



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19515.003259/2004-72
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101-005.975 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 8 de fevereiro de 2022
Recorrente CAMIL ALIMENTOS S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002, 2003

DEDUÇÃO DE ÁGIO. RENTABILIDADE FUTURA. GLOSA COM FUNDAMENTO NA DESNECESSIDADE. IMEGITIMIDADE.

Estando a acusação fiscal da glosa da amortização de ágio baseada no “desconhecimento” dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, e uma vez constatado que a autoridade autuante também deixou de analisar o laudo que atestaria seu fundamento econômico em rentabilidade futura, não há como a glosa se sustentar ante a impropriedade do critério *desnecessidade* adotado.

CSLL. “TRIBUTAÇÃO REFLEXA”.

Considerando que tanto o *recorrido* quanto o *paradigma* trataram a CSLL como “matéria reflexa”, aplica-se a ela o que restou decidido para o IRPJ.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. No mérito, por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, deu-se provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Andréa Duek Simantob que votaram por negar-lhe provimento. Votou pelas conclusões a conselheira Livia De Carli Germano. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o conselheiro Caio Cesar Nader Quintella. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli.

(documento assinado digitalmente)

ANDREA DUEK SIMANTOB – Presidente em exercício.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora.

(documento assinado digitalmente)

LUIS HENRIQUE MAROTTI TOSELLI – Redator designado.

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

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto por CAMIL ALIMENTOS S/A ("Contribuinte") em face da decisão proferida no Acórdão n.º 1401-00.584, na sessão de 29 de junho de 2011, no qual foi negado provimento ao recurso voluntário.

A decisão recorrida está assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002, 2003

GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. DESPESA DESNECESSÁRIA.

A ausência de comprovação do fato econômico que justificasse a anterior aquisição de suas ações, pela pessoa jurídica incorporada, com ágio elevado, autoriza considerar desnecessária a correspondente despesa e, por conseguinte, indedutível para fins de apuração do lucro real.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002

GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. DESPESA DESNECESSÁRIA.

Aplica-se ao lançamento da CSLL o que restar decidido em relação ao lançamento de IRPJ, tendo em vista a íntima relação de causa e efeitos entre os mesmos.

O litígio decorreu de lançamentos dos tributos incidentes sobre o lucro apurados nos anos-calendário 1999 a 2003 a partir da constatação de despesas desnecessárias de amortização de ágio. A autoridade julgadora de 1ª instância manteve integralmente a exigência (e-fls. 1102/1107). O Colegiado *a quo*, por sua vez, afastou a preliminar de nulidade e negou provimento ao recurso voluntário (e-fls. 1176/1187).

Cientificada em 21/10/2011 (e-fls. 1194), a Contribuinte opôs embargos de declaração em 27/10/2011 (apesar de não digitalizada a primeira página dos embargos com o correspondente carimbo de protocolo, que constituiria a fl. 1174, e que deveria estar antes da e-fl. 1229, consta sua juntada posterior à e-fl. 1276). O Colegiado *a quo* rejeitou a arguição, mas acolheu a arguição de obscuridade na fundamentação do acórdão embargado, acompanhando a conclusão assim expressa no voto condutor do Acórdão n.º 1401-000.942:

Em vista de todo o exposto, voto por **acolher em parte os presentes embargos**, apenas para substituir a expressão "*alínea 'c' do § 2º do art 20 do Decreto-lei nº 9.532/97*", às fls. 1119, pela expressão "*alínea 'c' do § 2º do art 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, c/c a autorização legal contida nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97*" (a parte alterada encontra-se sublinhada). Esclareço que a presente decisão não produz quaisquer efeitos infringentes, servindo unicamente para melhor esclarecer a contribuinte. (*destaques do original*)

Notificada da decisão dos embargos de declaração em 24/04/2014 (e-fl. 1282), a Contribuinte interpôs recurso especial em 15/04/2014 (e-fls. 1283) no qual arguiu divergências parcialmente admitidas no despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 1349/1353, do qual se extrai:

No primeiro ponto do recurso, a recorrente alega que a decisão recorrida diverge do acórdão paradigma ao não reconhecer a nulidade da decisão de primeira instância, por esta ter inovado nos fundamentos do lançamento.

[...]

Ante ao exposto, entendo que não deve ser dado seguimento ao recurso quanto ao primeiro ponto.

Passo a examinar o segundo ponto do recurso.

No segundo ponto do recurso a recorrente alega que o acórdão recorrido diverge do paradigma indicado ao manter a atuação lavrada sob o fundamento de que as despesas de amortização de ágio, que foram glosadas, não eram necessárias às atividades da empresa, enquanto que o paradigma afastou a imputação do Fisco e reconheceu como válidas as deduções em face do atendimento às disposições legais específicas sobre a criação e amortização do ágio.

Os acórdãos recorrido e paradigma têm as seguintes conclusões sobre o mérito dos lançamentos espelhadas em suas ementas, *verbis*:

Acórdão recorrido

GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. DESPESA DESNECESSÁRIA.

A ausência de comprovação do fato econômico que justificasse a anterior aquisição de suas ações, pela pessoa jurídica incorporada, com ágio elevado, autoriza considerar desnecessária a correspondente despesa e, por conseguinte, indedutível para fins de apuração do lucro real.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002

GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. DESPESA DESNECESSÁRIA.

Aplica-se ao lançamento da CSLL o que restar decidido em relação ao lançamento de IRPJ, tendo em vista a íntima relação de causa e efeitos entre os mesmos.

Acórdão paradigma:

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. DEDUTIBILIDADE.

A pessoa jurídica que, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, absorver patrimônio de outra que dela detenha participação societária adquirida com ágio, poderá amortizar o valor do ágio, cujo fundamento seja o de expectativa de rentabilidade futura, nos balanços correspondentes de 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.(arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97).

A premissa utilizada pela fiscalização quanto à glosa do ágio como despesa não se sustenta quando aponta o artigo 13, inciso III, da Lei n.º 9.430/96, visto a existência de regra específica que tratou a dedutibilidade do ágio.

Os laudos não contestados pela Fazenda e a ausência de apontamento de dolo na operação não permite que o ágio apurado sobre rentabilidade futura e deduzido pelo contribuinte para fins de dedução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL seja glosado pela Receita Federal. Deve-se ter em mente que as operações tributárias e societárias (planejamentos tributários) fundadas em negócios jurídicos indiretos não configura simulação, dissimulação ou evasão fiscal,

ainda mais quando se tem uma operação aberta, transparente, mesmo com a utilização de empresa veículo.

CSLL. TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Aplicação reflexa dos fundamentos tratados no IRPJ. Cancelamento da cobrança em razão da legalidade quanto à dedução do ágio

Examinando o acórdão apresentado como paradigma, na íntegra, verifica-se que trata da mesma situação de fato e de direito, analisada no acórdão recorrido, com conclusões distintas.

O acórdão paradigma, ao analisar o fundamento da glosa da despesas com amortização de ágio apontada pelo Fisco, como despesas desnecessárias, nos termos do art. 13, inc. III da Lei nº 9.430/1996, entendeu improcedente o lançamento na medida em que a dedutibilidade de tais despesas tem sua normatização própria estabelecida nos art.s 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, que um vez atendidos autorizam tal dedução.

O acórdão recorrido, por sua vez, entendeu correto o lançamento de glosa da despesa como desnecessária, nos termos do art. 13, inc. III da Lei nº 9.430/1996, uma vez que não teria sido comprovado o fundamento econômico do ágio.

Assim, entendo que restou caracterizada a divergência jurisprudencial alegada tanto sob o aspecto da fundamentação legal do lançamento, como pelos seus elementos materiais, na medida em que ambos os lançamentos têm o mesmo suporte fático.

Pelo exposto, entendo que o recurso deve ter seguimento quanto ao segundo aspecto.

Procedida à análise com fundamento na Portaria CARF nº 24, de 25 de maio de 2015, submeto este exame de admissibilidade ao Presidente da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF.

A admissibilidade parcial foi confirmada em reexame conforme e-fl. 1354/1355, sendo a Contribuinte cientificada destas decisões em 07/11/2017 (e-fl. 1376).

Na parte admitida de seu recurso especial, a Contribuinte descreve as operações que antecederam a amortização do ágio e afirma que, *em vista da legalidade e legitimidade dos passos percorridos pela Recorrente, bem como da correta fundamentação do ágio tendo por base a futura lucratividade do investimento, detalhada em laudo de avaliação, resta claro que o ágio apurado pela RICE é válido e passível de amortização, isso em face de sua incorporação pela Recorrente.* Contudo, os documentos apresentados à autoridade fiscal *não teriam sido suficientes para comprovar que a despesa com ágio registrada na RICE era necessária para sua atividade, muito menos à atividade da contribuinte que a incorporou – CAMIL ALIMENTOS.*

Defende a dedutibilidade de tais valores com fundamento no art. 7º e incisos da Lei nº 9.532/97, assevera que o fundamento do ágio somente foi questionado na DRJ, e aponta dissídio jurisprudencial em face de decisão que, analisando exigência correlata formalizada para o ano-calendário 2004 (Acórdão nº 1201-00.659), reconheceu a inovação promovida pela DRJ, entendeu que não houve questionamento do fundamento econômico do ágio e da sua natureza jurídica, e permitiu a sua amortização fiscalizada.

No mérito, argumenta que *as operações realizadas pela Recorrente e seus controladores tinham dois objetivos: (i) adquirir a participação da Cooperativa na Camil Alimentos; (ii) admitir um novo sócio com recursos suficientes para prover as necessidades de capital de giro da Recorrente, que à época passava por dificuldades financeiras,* e defende que o ágio assim formado, por estar lastreado em rentabilidade futura, seria plenamente dedutível. Discorda da aplicação da regra de necessidade da despesa prevista no art. 13, inciso III da Lei nº 9.249/95 e entende que necessário seria a autoridade fiscal ter informado a natureza do ágio pago, à vista do laudo de avaliação.

Adiciona que:

Assim, seguindo os ditames da Lei 9.532/97 – norma aplicável à hipótese - a Recorrente provou cabalmente que o ágio registrado possuía a justificativa econômica de expectativa de rentabilidade futura, com base em laudo de avaliação (fls. 488/548) e cópia dos lançamentos contábeis da incorporação na ora Recorrente (fls. 549/777) entregues à fiscalização.

Além disso, partindo-se da premissa de que a própria fiscalização reconheceu que não houve fraude ou simulação, conforme mencionado no próprio acórdão da DRJ proferido nestes autos (fls. 1050 – item 16), conforme se vê do trecho a seguir, as operações realizadas não podem ser desconsideradas:

“Contudo, não vislumbro que tais atos sejam ilícitos e simulados. Vejo que estamos diante de planejamento tributário lícito e fundado em operações indiretas que buscou através do planejamento fiscal economia tributária respaldada em autorização legal em relação a dedutibilidade do ágio.”
(grifos nossos)

Portanto, inexistindo simulação e diante da ausência de contestação da natureza do ágio, estando este ágio devidamente respaldado em laudo, há de ser afastada a exigência. *(destaques do original)*

Pede, assim, que o recurso especial seja provido, com o cancelamento integral da autuação.

Os autos foram remetidos à PGFN em 04/04/2016 (e-fls. 1356), e retornaram em 18/04/2016 com contrarrazões (e-fls. 1357/1365), nas quais a PGFN expõe os requisitos para dedutibilidade fiscal das amortizações de ágio e assevera:

Na espécie, tanto no procedimento fiscal quanto na impugnação o contribuinte não apresentou o fundamento econômico que teria justificado o pagamento do ágio pela Rice (de aproximadamente R\$ 8.64). E mais, apenas dois dias após, consta dos autos que esta adquiriu ações do contribuinte em poder da Cooperativa Agrícola por valor muito inferior (R\$ 4,40 por ação). Qual o fator econômico que justificaria uma diferença tal grande no valor das ações em dois dias? Com certeza não foi o valor de mercado que variou, não foi o valor da rentabilidade futura que caiu em dois dias e não foi o fundo de comércio. Assim, não se verificou qual o fundamento econômico que justificou tal operação.

Então, não tendo fundamento econômico, tal ágio decorreu de mera liberalidade da Rice, não sendo sua amortização dedutível por esta empresa haja vista a falta de necessidade. Por consequência, não sendo necessária para a Rice, também não pode ser considerada necessária para o contribuinte após a incorporação. A autorização legal contida no inciso III do art. 7º da Lei no. 9.532/97 permite a amortização do ágio absorvido na incorporação, por óbvio, apenas quando este tiver sido realizado com fundamento econômico.

O art. 299, do RIR/99, abaixo transcrito, é cristalino ao prever que as despesas dedutíveis para fins de IRPJ são aquelas necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, e as consideradas usuais e normais para o tipo de atividade da empresa. Caso as despesas não ostentem as mencionadas características de necessidade, usualidade e normalidade, devem ser elas adicionadas no lucro real para fins de aferição da base de cálculo do IRPJ.

[...]

Assim, as operações comerciais, econômicas ou financeiras que são contrários aos fins lucrativos de uma organização, como uma S/A, não podem ser consideradas necessárias, usuais e normais, pois contrariam a racionalidade própria do empreendimento lucrativo. Foi justamente o que ocorreu no caso concreto, em que ficou demonstrado que a participação de 50% no capital de Camil poderia ter sido adquirida por um valor inferior

àquele decorrente do conjunto de negócios jurídicos levados a efeito pelas partes, **demonstrando cabalmente a desnecessidade da operação.**

Evidentemente que os gestores desses empreendimentos, no exercício do direito de autonomia na gestão dos próprios negócios, podem realizar, intencionalmente, esse tipo de operações, mas, obviamente, trata-se de atos de mera liberalidade, estranhos à racionalidade que preside a atividade empresarial com fins lucrativos, e, obviamente, sem implicar desobrigação do cumprimento das normas tributárias pertinentes.

Dessa forma, não há como admitir, diante do ordenamento jurídico brasileiro a amortização de uma “despesa” que decorre, claramente, de uma operação econômica em que não ficou demonstrada a sua necessidade.

Dessa forma, tendo em vista o não cumprimento das condições para detutibilidade da despesa, descabe admitir a amortização do ágio pretendido pela Camil Alimentos.

O que se verifica dos autos é uma série de elementos levantados e provados pela Fiscalização, demonstrando que **o contribuinte não apresentou o fundamento econômico que teria justificado o pagamento de ágio pela empresa RICE**, evidenciando que toda operação não teve qualquer respaldo fático-negocial. (*destaques do original*)

Voto Vencido

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA, Relatora.

Recurso especial da Contribuinte - Admissibilidade

O recurso especial da Contribuinte deve ser conhecido com fundamento nas razões do Presidente de Câmara, aqui adotadas na forma do art. 50, §1º, da Lei nº 9.784, de 1999.

Recurso especial da Contribuinte - Mérito

O caso presente trata de glosa de despesas de amortização de ágio deduzidas na apuração do lucro real de 1999 a 2003 sob o entendimento de que elas não seriam necessárias à atividade da empresa e à manutenção da fonte produtora, com reflexo na apuração da CSLL.

A autoridade julgadora de 1ª instância manteve a exigência sob os seguintes fundamentos:

8. No meu entender, restou claramente demonstrado no Termo de Verificação Fiscal que o contribuinte não conseguiu justificar o motivo da aquisição com elevado ágio de suas ações pela Rice (empresa que foi posteriormente por ele incorporada).

9. Consoante o disposto no art. 329 do RIR/99, especificamente em seu parágrafo 2º, cuja base legal é o Decreto-lei no. 1.598/77, o lançamento do ágio na aquisição de investimento deve indicar o fundamento econômico do mesmo, podendo ser o valor de mercado dos bens do ativo da investida, o valor da rentabilidade com base em previsão de resultados futuros, o fundo de comércio e outros. Inclusive, para os dois primeiros fundamentos econômicos mencionados há a exigência legal de que estejam amparados em demonstração devidamente arquivada e mantida junto à escrituração.

10. Na espécie, tanto no procedimento fiscal quanto na impugnação o contribuinte não apresentou o fundamento econômico que teria justificado o pagamento do ágio pela Rice (de aproximadamente R\$ 8.64). E mais, apenas dois dias após, consta dos autos que esta adquiriu ações do contribuinte em poder da Cooperativa Agrícola por valor muito inferior (R\$ 4,40 por ação). Qual o fator econômico que justificaria uma diferença tal grande no valor das ações em dois dias? Com certeza não foi o valor de mercado que variou, não foi o valor da rentabilidade futura que caiu em dois dias e não

foi o fundo de comércio. Não vislumbro fundamento econômico que justifique tal operação.

11. Tratou-se, evidentemente, de um ágio criado. Tal conclusão é reforçada pelo fato de que o montante utilizado pela Rice para adquirir ágio decorreu de empréstimo concedido pelo contribuinte à empresa Palmeira, que emprestou o mesmo valor à Rice. Frise-se que a Palmeira foi criada apenas para realizar tal operação e que nesta transação de empréstimos e compra de ações não houve movimentação de numerário, havendo apenas movimento escritural, vez que tanto a Rice como a Palmeira foram incorporadas pelo contribuinte.

12. Saliento, ainda, que na velocidade em que as transações ocorrerem não haveria como se obter um terceiro financiador, não sendo possível aceitar a alegação do contribuinte de que a idéia inicial não era que ocorresse este empréstimo. É óbvio que ao iniciar as operações, volto a dizer, realizadas "a toque de caixa", todas as etapas já estavam traçadas e planejadas. Não consigo crer em coincidências como as que ocorreram no presente caso: "por sorte, o contribuinte havia recebido um capital decorrente de ágio suficiente para imediatamente realizar um empréstimo, que nem chegou a ser pago, pois os beneficiários dos mesmos também foram imediatamente incorporados..."

13. Então, não tendo fundamento econômico, tal ágio decorreu de mera liberalidade da Rice, não sendo sua amortização dedutível por esta empresa haja vista a falta de necessidade. Por consequência, não sendo necessária para a Rice, também não pode ser considerada necessária para o contribuinte após a incorporação. A autorização legal contida nos art. 7º e 8º da Lei no. 9.532/97 permite a amortização do ágio absorvido na incorporação, por óbvio, apenas quando este tiver sido realizado com fundamento econômico.

O voto condutor do acórdão recorrido endossa este entendimento, e acrescenta:

Conclui-se, portanto, que o acórdão recorrido não promoveu nenhuma alteração no enquadramento legal do lançamento, razão pela qual merece ser rejeitada a preliminar de nulidade arguida pela contribuinte.

A recorrente alegou, também, que as autoridades fiscais e os julgadores de 1ª instância teriam ignorado o laudo de avaliação da Camil Alimentos S/A, emitido pela Ernst & Young Consultores S/C Ltda., o qual supostamente comprovaria que o ágio pago decorria da expectativa de rentabilidade futura.

[...]

Em síntese: a Ernst & Young limitou-se a descontar o fluxo de caixa, utilizando os valores de recebimentos futuros estimados pela própria CAMIIL. Os aludidos valores não foram auditados pela Ernst & Young, razão pela qual o aludido laudo não se presta para comprovar expectativa de rentabilidade futura, capaz de justificar o enorme ágio na aquisição de ações do capital social da CAMIL ALIMENTOS.

Sobre o tema, convém destacar que a RICE S/A, que pagou R\$ 10,91 por ação da coligada CAMIL ALIMENTOS em 22 de dezembro de 1998, pagou COOPERATIVA, dois dias depois, apenas R\$ 4,40 por ação da mesma empresa. Tal fato, que nunca foi explicado pela recorrente, demonstra a total imprestabilidade do aludido laudo de avaliação. Conclui-se, portanto, que o aludido laudo não foi ignorado pelas autoridades fiscais e pelo colegiado julgador a quo. Ele foi simplesmente desconsiderado como elemento de prova, uma vez que os dados utilizados para sua elaboração não foram auditados pela Ernst & Young.

[...]

No mérito, a recorrente reiterou que situação idêntica à do presente processo foi objeto de julgamento pelo Conselho de Contribuintes (Acórdão n.º 101-93.704), tendo a 1ª Câmara do extinto Primeiro Conselho, por unanimidade, confirmado a licitude e regularidade de todas as operações realizadas.

[...]

Conforme facilmente se verifica, no caso do Acórdão no 101-93.704 a autoridade fiscal pretendeu desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com simulação, fraude à lei, abuso de direito ou qualquer outra patologia. No caso presente, o fundamento da atuação foi a simples desnecessidade da despesa com ágio na subscrição e aquisição de ações do capital social da CAMIL ALIMENTOS.

Em síntese: o lançamento a que se refere a decisão mencionada pela recorrente (Acórdão n.º 101-93.704) teve uma fundamentação totalmente diversa da que foi empregada no presente processo. Consequentemente, a referida decisão não se presta como paradigma para avaliação dos presentes lançamentos. Em outras palavras: o presente processo não pode ser analisado à luz dos argumentos expendidos no julgamento do outro processo, que versa sobre questão completamente diferente.

Prosseguindo em sua linha de argumentação, a recorrente alegou que se a fiscalização quisesse questionar a dedutibilidade de ágio, deveria fazê-lo não sustentando a desnecessidade da despesa, com fulcro no art. 13, III da Lei n.º 9.249/95, mas sim na alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei n.º 9.532/97.

Tal alegação não merece prosperar. Ora, se a despesa com ágio na subscrição e aquisição de ações do capital social da CAMIL ALIMENTOS se revelava desnecessária, a infração deveria ser — como de fato foi — capitulada no art. 13, III da Lei n.º 9.249/95, bem como nos artigos 249, I, 251, 299, 300 e 324 do RIR/99. Não faria nenhum sentido qualificar a aludida infração na “alínea “c” do § 2º do art 20 do Decreto-lei n.º 1.598/77, c/c a autorização legal contida nos arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532/97, pois o referido dispositivo legal trata de questão totalmente estranha à matéria em análise.

[...] *(texto ajustado depois do acolhimento dos embargos de declaração da Contribuinte)*

Tais referências evidenciam identidade entre a questão posta nestes autos e a analisada no paradigma n.º 1201-00.659. No referido julgado, também analisando glosa de despesas consideradas desnecessárias, porque representadas por amortização do mesmo ágio gerado aqui referido, outro Colegiado do CARF, depois de afastar os fundamentos que entendeu indevidamente adicionados pela autoridade julgadora de 1ª instância, decidiu, por maioria de votos¹, adotar o entendimento expresso pelo ex-Conselheiro Rafael Correia Fuso que, reportando a existência de efetiva operação dentre partes independentes, motivadora de incidência sobre ganho de capital analisada no Acórdão n.º 101-93.704, admitiu a interposição da empresa-veículo e se contrapôs ao principal argumento da autoridade fiscal – majoração do valor da ação de R\$ 4,40 para R\$ 10,91 – nos seguintes termos:

Verdade é que a Rice foi constituída com a finalidade específica de gerar ágio, pautada em rentabilidade futura, possibilitando inclusive operações financeiras com o exterior. Assim, originaram-se recursos financeiros, além de empréstimos com a empresa Palmeira, valores esses vindos do exterior para fins de investimentos, sendo que ambas as empresas (Rice e Palmeira) foram incorporadas pela Camil. Nesse aspecto, se pagou o ágio com dinheiro vindo do exterior.

Contudo, não vislumbro que tais atos sejam ilícitos e simulados. Vejo que estamos diante de planejamento tributário lícito e fundado em operações indiretas que buscou através do planejamento fiscal economia tributária respaldada em autorização legal em relação a dedutibilidade do ágio.

É notório nos autos que o contribuinte não esconde se tratar de uma empresa com fins específicos. Tal operação societária desde o início teve seus objetivos e impactos fiscais reconhecidos, como o ocorrido no caso da atuação da Cooperativa, permitindo afirmar que estamos diante de uma operação transparente de aproveitamento de ágio, pautada

¹ Divergiram na matéria os Conselheiros Marcelo Cuba Netto e Luis Tadeu Matosinho Machado.

em laudo não contestado com metodologia apropriada e não questionada, atestado por parecer, constituído sob o fundamento do artigo 7º, inciso III, da Lei nº 9.532/97.

Há inúmeros casos sendo julgados nesse E. Tribunal, destacando-se dentre eles o caso da Repsol que julgamos nessa Turma, de minha relatoria, que por maioria de votos cancelou o lançamento fiscal em razão da não impugnação do laudo pela fiscalização.

No caso em apreço em nenhum momento o laudo sequer foi questionado e a natureza jurídica do ágio, muito menos, e também não há simulação, visto que o próprio relatório fiscal atesta essa inexistência.

Por fim, quanto ao valor pago pelo ágio contestado pela fiscalização, que num primeiro momento se deu 22/12/1998, pelo valor de R\$ 10,91 por ação e dois dias depois a aquisição se deu pelo valor de R\$ 4,40, tal fato ocorreu, segundo relatos da contribuinte, porque houve um negócio celebrado entre partes distintas, fundado numa premissa inicial para a apuração sobre o cálculo do ágio.

Não vejo nesse aspecto algum ato que viesse a desabonar o contribuinte e a operação, pois estamos tratando de estimativas de fluxo de caixa descontado fundado em rentabilidade futura, o que pode perfeitamente variar segundo as premissas e metodologias das empresas que realizam os laudos.

Portanto, não vejo aqui ausência de fundamento econômico que sirva de premissa para desconsiderar o ágio para fins de amortização, sendo totalmente incoerente a fiscalização glosar tudo, não reconhecendo pelo menos parte do valor.

Basta agora analisar se estamos diante de uma despesa dedutível ou não, pois em nenhum momento, seja pela fiscalização seja na decisão da DRJ se falou em simulação, fraude ou dolo do contribuinte, com o intuito de dar ao negócio conotação de ato ilícito.

Vejamos as descrições da decisão recorrida:

[...]

Sob esse prisma, se o ágio tem fundamento econômico (antecedente): sendo algo inquestionável tratar-se de rentabilidade futura; e sua dedutibilidade está estampada no inciso III do artigo 7º da Lei nº 9.532/97, então a dedução do ágio como despesa deve ser reconhecida (consequente), pelo disposto na legislação abaixo, visto tratar-se de regra específica sobre o tema, atendendo o disposto no Decreto-Lei nº 4.657/1942.

[...]

A fiscalização agiu de forma equivocada no momento em que adotou as regras genéricas de dedutibilidade para avaliar o ágio como despesa, pois o ágio possui tratamento de dedutibilidade específica, não sendo inserido no artigo 13, inciso III, da Lei nº 9.249/95 e artigos 249, inciso I, 251, 299, 300 e 324 do RIR/99.

Portanto, é incontestável, sob o ponto de vista do direito, que a despesa do ágio fundada em valor da rentabilidade com base em previsão de resultados futuros é dedutível das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, nos termos do artigo 7º, inciso III, da Lei nº 9.532/97.

[...]

Portanto, se não há simulação e a natureza jurídica do ágio não foi contestada, sendo apenas tomada como despesa indedutível por suposta ausência de fundamento econômico e esse fundamento está no laudo, não vejo como manter no sistema jurídico o lançamento fiscal sob essas premissas.

Nestes termos, diversamente da condução do recorrido, no paradigma foi dado relevo ao fato de o lançamento por ganho de capital decorrente da mesma operação evidenciar operação entre partes independentes, admitiu-se que a interposição de Rice tinha propósito negocial e que seria impróprio glosar integralmente os valores apropriados, e também classificar as despesas como desnecessárias, exigindo-se demonstração do descumprimento de algum dos

requisitos do art. 7º da Lei nº 9.532/97 para glosa das amortizações que repercutiram na apuração do lucro tributável no período lá sob exame.

Esta decisão, porém, foi apreciada e reformada por este Colegiado depois da interposição do presente recurso especial, conforme Acórdão nº 9101-003.607², proferido na sessão de 5 de junho de 2018, e cujo voto vencedor, a seguir transcrito, de lavra da ex-Conselheira Viviane Vidal Wagner (que inclusive participou do julgamento que resultou no acórdão ora recorrido e reafirmou seus fundamentos nesta segunda oportunidade de enfrentamento da questão), é aqui adotado como razões de decidir:

Sem prejuízo dos argumentos apresentados pela ilustre relatora, peço vênia para divergir quanto à sua opinião, pois vislumbro solução jurídica distinta para o caso em tela.

Como visto, trata-se de autuações de IRPJ e CSLL decorrentes da glosa de despesas de amortização de ágio que foram consideradas desnecessárias pela autoridade fiscal.

Por outro lado, durante todo o processo o contribuinte procurou demonstrar que as operações de reorganização societária empreendidas pela Camil Alimentos S/A, em conformidade com o "Contrato de Subscrição" e o "Contrato de Compra e Venda de Ações" representaram negócios jurídicos lícitos, perfeitos e acabados, com propósito negocial econômico e empresarial legítimo.

Destaco que tive a oportunidade de participar e presidir o julgamento da mesma matéria e contribuinte formalizado no processo nº 19515.003259/2004-72, relativo à dedução do ágio efetuado nos anos-calendário entre 1999 e 2003, que ensejou o acórdão 1401-00.584 (1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara), no qual foi negado provimento ao recurso voluntário ante a constatação da desnecessidade das despesas incorridas.

Tendo em vista que o presente processo cuida das despesas amortizadas no ano-calendário subsequente (2004), apresentarei neste voto os fundamentos para a manutenção da autuação fiscal, na esteira do entendimento já esposado naquela oportunidade.

No que se refere à desnecessidade das despesas oriundas das operações realizadas pelo contribuinte, convém destacar que este, já ao tempo da fiscalização, não apresentou argumentos e provas suficientes para a comprovação do caminho trilhado, como evidenciam as respostas aos questionamentos formulados pela autoridade fiscal (fls. 850/851).

A título de exemplo, convém reproduzir a primeira resposta aos esclarecimentos solicitados pela fiscalização:

"Em atenção às indagações formuladas no Termo de Intimação em referência, tempestivamente, vem, a empresa CAMIL ALIMENTOS SA, tecer as informações requeridas, logo abaixo da transcrição dos quesitos, conforme segue:

I – Informar por que a CAMIL HOLDINGS LLC no ano de 1998, em vez de fazer seu investimento diretamente na CAMIL ALIMENTOS S/A., preferiu fazê-lo indiretamente através da RICE S/A. ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES. Deve ser comprovada a necessidade de a operação ter sido efetuada desta forma:

*Resposta 1 – Cumpre referenciar que a indagação formulada no Termo de Intimação **não pode ser respondida pela Camil Alimentos S/A, diante da ausência de elementos a precisar a motivação da operação realizada.** A Camil Alimentos S/A possui as informações que estão inscritas nos documentos*

² Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Flávio Franco Corrêa, Cristiane Silva Costa, Viviane Vidal Wagner, Luis Flávio Neto, Fernando Brasil de Oliveira Pinto (suplente convocado), Gerson Macedo Guerra, José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado) e Rafael Vidal de Araújo (Presidente em Exercício), e divergiram na matéria os conselheiros Cristiane Silva Costa (relatora), Luis Flávio Neto, Gerson Macedo Guerra e José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado).

societários já em poder dessa r. Fiscalização e ali encontram-se os elementos necessários a demonstrar e justificar a operação.

Supõe a Camil Alimentos S/A que o investimento na RICE S/A ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES ocorreu por decisão do acionista desta. (grifou-se)

Verifica-se que o próprio interessado teve dificuldade em apresentar a motivação e o substrato econômico da operação. Nesse contexto, vale destacar que nas respostas seguintes a empresa apenas afirma que os negócios jurídicos foram "comutativos e independentes".

A ausência de fundamentos para o reconhecimento do ágio, na forma em este foi produzido, levou a autoridade fiscal a concluir, acertadamente, pela sua indedutibilidade, nos seguintes termos (TVF fls. 853/854):

A CAMIL HOLDINGS poderia ter efetuado seu investimento diretamente na CAMIL ALIMENTOS. Ou poderia comprar os cinquenta por cento do capital social dela diretamente da COOPERATIVA. Contudo, preferiu realizar tais operações de forma indireta através da recém-constituída RICE.

Se executasse as operações diretamente, sem a intermediária RICE, não se formaria o ágio na subscrição de novas ações nem o ágio gerado na aquisição das ações em poder da COOPERATIVA.

Ao ser questionada, a CAMIL ALIMENTOS não soube explicar porque a investidora preferiu agir através da RICE em vez de agir diretamente. Tampouco, conseguiu comprovar que era necessário, para o desempenho de suas atividades, que as operações fossem executadas da forma como foram.

A contribuinte também não conseguiu comprovar a necessidade das despesas que a RICE dispendeu na subscrição de ações com ágio. Embora tivesse a opção de comprar diretamente da COOPERATIVA as ações da coligada CAMIL ALIMENTOS, a RICE preferiu subscrever e integralizar novas ações de seu capital, pagando valores bem mais elevados por ação integralizada.

Da mesma forma, não conseguiu a fiscalizada comprovar a necessidade, para a execução de suas atividades, do empréstimo que fez à PALMEIRA sem cobrar juros ou exigir garantias. Conclui-se, portanto, que a contribuinte assim agiu por mera liberalidade.

É óbvio que, se a CAMIL ALIMENTOS não tivesse efetuado esse empréstimo, a RICE não teria recursos para adquirir as ações em poder da COOPERATIVA e a reestruturação societária não poderia ser executada da forma como foi planejada.

Foi muita estranha a justificativa apresentada pela fiscalizada quando intimada a comprovar a necessidade das incorporações da RICE e da PALMEIRA. Como poderiam as incorporações de empresas que não possuíam investimentos (exceto o investimento da RICE na própria CAMIL ALIMENTOS), recursos ou bens e não exerciam atividade alguma, promover, como alegou a contribuinte, economia de esforços, investimentos ou recursos financeiros para a incorporadora? Para as atividades da CAMIL a reunião das três empresas em uma só não traria vantagem nenhuma, eis que as incorporadas nada lhe acrescentariam. As incorporações eram, portanto, totalmente desnecessárias para a fiscalizada.

Em vez de apresentar documentos e elementos que comprovassem a necessidade dos atos praticados e das elevadas despesas despendidas, a CAMIL informou apenas que as operações realizadas foram comutativas e decorreram de contratos em que efetivamente houve prestação das partes envolvidas.

Todos os elementos de prova reunidos no curso da fiscalização demonstram que as despesas com ágio- na subscrição e aquisição de ações do capital social da

CAMIL ALIMENTOS não eram necessárias para as atividades da RICE nem para a execução das atividades da fiscalizada.

A análise dos autos nos permite concluir que o resultado desejado pelas partes sempre foi a aquisição, pelo fundo de investimento TCW, da participação de 50% que a Cooperativa detinha no capital da Camil Alimentos S/A.

Constata-se que tal propósito poderia ser obtido pelo fundo TCW com a simples celebração de um negócio jurídico, representado pela compra e venda das ações respectivas, ao valor unitário de R\$ 4,40.

Contudo, em vez de adotarem uma solução única, direta e transparente, as partes realizaram diversos negócios jurídicos que, ao cabo, resultaram na aquisição pelo fundo TCW da mesma participação de 50% desejada no capital da CAMIL, só que pelo valor de R\$ 10,91 por ação.

Como bem destacado pelo ex-conselheiro Marcelo Cuba Neto na declaração de voto anexa ao acórdão recorrido, a desnecessidade das despesas se mostra patente quando se constata que a Rice S/A empresa que foi criada apenas para a realização das operações questionadas, com posterior extinção por incorporação adquiriu ações da CAMIL em duas oportunidades:

a) primeiro, em 22/12/1998, pelo valor de R\$ 10,91 por ação, mediante aumento de capital de Camil, conforme Ata de Assembléia Geral Extraordinária de fls. 104/106;

b) segundo, em 24/12/1998, apenas dois dias depois da aquisição acima mencionada, pelo valor de R\$ 4,40 por ação, quando adquiriu a participação societária que a Cooperativa detinha junto à Camil (fl. 409).

Digno de nota ainda é o fato, também não contestado pela defesa, de que do total do aumento no capital de Camil, no valor de R\$ 46.690.084,00, verificado entre o início e o término dos negócios jurídicos sob exame, apenas R\$ 12.050.000,00 referem-se a dinheiro que efetivamente serviu a esse propósito. Na forma e na sequência em que foram realizadas as transações, parte daquele aumento de capital, no valor de R\$ 25.305.000,00, serviu para que a Camil pagasse a Cooperativa pela compra, por Rice, das ações da própria Camil. Só isso já reduziria o ágio de R\$ 29.610.678,00 para R\$ 4.305.678,00.

Assim, não há como discordar da fiscalização quando esta afirma que a aquisição de 50% do capital da CAMIL pelo valor de R\$ 10,91 por ação constitui mera liberalidade, cuja contrapartida óbvia é a desnecessidade das despesas relativas ao ágio, pois a mesma operação poderia ser feita diretamente com a Cooperativa, pelo valor de R\$ 4,40.

Ademais, inexistente qualquer argumento econômico ou de mercado para a variação observada no preço das ações no intervalo de apenas dois dias.

E disso também decorre o fato de que, independentemente de qualquer apreciação relativa ao laudo apresentado pelo contribuinte, o valor de aquisição poderia ser de R\$ 4,40, razão suficiente para a manutenção dos lançamentos efetuados a título de IRPJ e CSLL, objeto do recurso fazendário, visto que o preço pago a maior caracteriza mera liberalidade, sendo desnecessária a despesa com a amortização desse ágio.

A simples menção, no bojo do racional desenvolvido pela fiscalização, ao art.13, III, da Lei nº 9.249/95, em nada desqualifica os argumentos formulados ou invalida as conclusões adotadas. De se notar que a autoridade fiscal utilizou, além do citado art.13, diversos outros dispositivos do Regulamento do Imposto de Renda, como os arts. 299, 300 e 324 (TVF fls. 851/852).

Com efeito, a legislação de regência (art. 299 do Decreto nº 3.000/99), indicada pela autoridade fiscal, assim estabelece o conceito de despesas necessárias:

Art.299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 47).

§1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 47, §1º).

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

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

Entendo correta a capitulação legal indicada pela fiscalização, posto que em nenhum momento a autoridade afirma que a glosa tenha ocorrido pela falta de relação entre as despesas com amortização do ágio e as operações de produção ou comercialização de bens e serviços, pois resta evidente que o fundamento da autuação foi a desnecessidade de se adquirir a participação de 50% no capital da CAMIL pelo sobrepreço resultante de todos os negócios jurídicos praticados.

Ademais, é certo que *"a amortização, a qual se submete o ágio para o seu aproveitamento, constitui-se em espécie de gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99, submetendo-se aos testes de necessidade, usualidade e normalidade"* (Acórdão n.º 9101.002301, de 06/04/2016).

Descabe, portanto, o argumento de defesa relacionado à suposta ocorrência de nulidade ou inovação de fundamentos no processo, pois na medida em que a aquisição das ações, nos moldes praticados, ensejou ágio calcado em mera liberalidade, as despesas em nada contribuíram para a manutenção das fontes produtoras, como exige a legislação.

Salta aos olhos a ausência de qualquer fundamento econômico capaz de abonar o ágio, circunstância que o próprio contribuinte não conseguiu esclarecer durante os trabalhos de fiscalização, como já demonstrado.

Nada justifica que em apenas dois dias as ações pudessem apresentar uma diferença de valor tão grande, sem qualquer relação com as cotações de mercado ou a expectativa de rentabilidade futura, sendo forçoso concluir pelo acerto das conclusões fiscais, com a glosa das despesas relativas ao ágio, por desnecessárias.

Ante o exposto, voto por conhecer do recurso fazendário e, no mérito, por dar-lhe provimento. *(destaques do original)*

Como bem destacado ao norte, o caso em tela se diferencia de outras operações societárias analisadas por este Colegiado, vez que *o próprio interessado teve dificuldade em apresentar a motivação e o substrato econômico da operação*. Daí a regular fundamentação da glosa na desnecessidade das despesas escrituradas. Os indícios são de que a adquirente de parte da participação societária da autuada detida por Cooperativa Agrícola Itaquense Ltda seria a sua outra sócia (Arfei Comércio e Representações Ltda que interpôs Camil Holdings LLC e Garial S/A na titularidade desta participação societária a partir de 18/02/1998), mas diversas outras operações foram realizadas para criar um sobrepreço no valor negociado e, para além disso, integrar ao patrimônio da autuada a parcela do preço paga por sua controladora, sem que a incorporação exigida pelo art. 7º da Lei n.º 9.532/97 se efetivasse.

Irrelevante, assim, os questionamentos da Contribuinte acerca da discussão estabelecida, a partir da decisão de 1ª instância, quanto ao fundamento econômico do ágio. A acusação fiscal está regularmente fundamentada e a Contribuinte não logrou, nem mesmo no contencioso administrativo, justificar a escrituração em seu patrimônio do ágio que não foi por ela pago, e nem mesmo esclarecer porque outro interessado teria efetuado este pagamento. Em recurso especial, sua argumentação prende-se a discutir a glosa dissociada de questionamento

quanto ao fundamento econômico do ágio, limitando-se a afirmar a aplicação do art. 7º, inciso III da Lei nº 9.532/97 porque:

As operações realizadas pela Recorrente e seus controladores tinham dois objetivos: (i) adquirir a participação da Cooperativa na Camil Alimentos; (ii) admitir um novo sócio com recursos suficientes para prover as necessidades de capital de giro da Recorrente, que à época passava por dificuldades financeiras.

O dispositivo invocado, porém, demanda incorporação, fusão ou cisão de pessoa jurídica na qual a beneficiária detenha participação adquirida com ágio. E nada neste sentido se vê ao final das operações societárias realizadas. A aquisição e admissão de novo sócio referidas apenas confirmam que a autuada era a investida, e não a investidora nestas operações. Em tal contexto, nem mesmo o omitido art. 8º da Lei nº 9.532/97 autorizaria a dedução pretendida porque não se vê, nestas operações, a incorporação, fusão ou cisão com participação de seus adquirentes.

Para maior clareza, e apropriando-se das mesmas designações adotadas no procedimento fiscal, cabe pontuar objetivamente que:

- As glosas veiculadas nestes autos, promovidas nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, têm em conta a apropriação de amortização de ágio no valor de R\$ 1.209.693,75 no ano-calendário 1999, no valor de R\$ 4.838.775,00 nos anos-calendário 2000 a 2002 e no valor de R\$ 4.838.773,22 no ano-calendário 2003;
- A autoridade fiscal indica como origem destas glosas os valores baixados do Ativo Diferido contabilizado em 30/09/1999, no valor de R\$ 24.193.875,22, conforme fls. 526/532 (e-fls. 574/580), por ocasião da incorporação à CAMIL ALIMENTOS de RICE e PALMEIRA;
- PALMEIRA era pessoa jurídica constituída em 08/10/1998, que recebeu empréstimo de CAMIL ALIMENTOS em 24/10/1998 no valor de R\$ 23.305.000,00 e emprestou o mesmo valor a RICE. Em paralelo, CAMIL ALIMENTOS destina dois cheques emitidos em nome de PALMEIRA, naquele mesmo valor, à COOPERATIVA;
- COOPERATIVA detinha 50% do capital de CAMIL ALIMENTOS pretendidos por CAMIL HOLDINGS (TCW GROUP). A outra parcela do capital de CAMIL ALIMENTOS pertencia ARFEI (GARIAL/TCW GROUP);
- A proposta de compra à COOPERATIVA foi apresentada por ARFEI em 17/10/1998, com promessa de pagamento em 28/12/1998. RICE foi constituída em 25/11/1998 por diretores da CAMIL ALIMENTOS;
- Em 18/12/1998 é celebrado “Contrato de Subscrição” entre as pessoas jurídicas e físicas do TWC GROUP definindo os passos da reestruturação societária para se tornarem detentores de todas as ações da CAMIL ALIMENTOS, dele constando, nas palavras da autoridade fiscal, que *a CAMIL HOLDINGS, a GARIAL e a RICE são empresas recém-constituídas para participar da operação, as quais não iriam assumir passivos ou obrigações nem conduzir atividades, exceto as relacionadas direta ou indiretamente com as "Ações dos Investidores ARFEI" o as "Ações da CAMIL"*. Nessa data o capital social de CAMIL ALIMENTOS

tem o valor de R\$ 16 milhões e há promessa de venda das ações interna ao grupo, de CAMIL HOLDINGS para TCW, por US\$ 31 milhões;

- CAMIL HOLDINGS aumenta capital de RICE em 21/12/1998 de R\$ 200,00 para R\$ 37.442.000,00 e lhe transfere o direito de aquisição das ações detidas por COOPERATIVA. Em 22/12/1998 RICE aumenta o capital de CAMIL ALIMENTOS em R\$ 37.355.000,00, sendo R\$ 29.610.668,00 destinado a reserva de ágio, pagando R\$ 10,91 para cada nova ação adquirida da coligada, de modo que o capital de CAMIL ALIMENTOS passa a ser detido em 22,95% por RICE, 38,525% por CAMIL HOLDINGS e 38,525% por COOPERATIVA;
- Como RICE destinara seus recursos a aumento de capital em CAMIL ALIMENTOS, recebeu de PALMEIRA R\$ 23.305.000,00 em empréstimo, valor este recebido por PALMEIRA de CAMIL ALIMENTOS, passando RICE ter condições de comprar as ações da COOPERATIVA. O valor foi representado por dois cheques administrativos emitidos por PALMEIRA, comprados por CAMIL ALIMENTOS e depositados diretamente na conta da COOPERATIVA. A dívida de RICE com PALMEIRA foi liquidada na incorporação de 30/09/1999;
- Os recursos *utilizados pela RICE para a compra das ações em poder da COOPERATIVA foram os mesmos recursos utilizados na integralização de ações do capital da CAMIL ALIMENTOS, efetuada pela RICE*, quando esta pagou R\$ 10,91 por ação da CAMIL ALIMENTOS, ao passo que o pagamento à COOPERATIVA correspondeu a R\$ 4,40 por ação;
- Em 30/09/1999 CAMIL ALIMENTOS incorpora RICE e PALMEIRA. Em razão das duas operações que aportaram recursos em CAMIL ALIMENTOS, seu capital social passa, do primeiro passo no valor R\$ 16 milhões, para R\$ 62.690.084,00 no passo final, apesar do pagamento de apenas R\$ 25.305.000,00 por 50% das ações, cujo valor inicial representava, então, R\$ 8.000.000,00.

Se a aquisição fosse promovida de forma direta, CAMIL ALIMENTOS teria seu capital social de R\$ 16.000.000,00 incrementado em R\$ 17.305.000,00 (R\$ 25.305.000,00 – R\$ 8.000.000,00) pela aquisição de 50% de suas ações. Contudo, ao final das operações, a autoridade fiscal indica a majoração deste capital social para R\$ 62.690.084,00. Há um excesso, portanto, de R\$ 29.385.084,00 em relação ao ágio que poderia ser esperado, mas que ainda assim não seria passível de amortização porque a real adquirente não seria RICE, nem PALMEIRA, mas sim CAMIL HOLDINGS. Recorde-se que: i) R\$ 29.610.668,00 são formados quando RICE aumenta o capital de CAMIL ALIMENTOS em R\$ 37.355.000,00, antes da aquisição das ações detidas por COOPERATIVA, naquele primeiro momento atribuindo as ações o valor de R\$ 10,91; e ii) o “Contrato de Subscrição” firmado entre as pessoas jurídicas e físicas do grupo estabelecia, também, uma promessa de venda interna ao grupo, de CAMIL HOLDINGS para TCW, por US\$ 31 milhões.

Válida, portanto, a conclusão fiscal de que as amortizações do Ativo Diferido de R\$ 24.193.875,22, promovidas a partir da incorporação de RICE e PALMEIRA por CAMIL ALIMENTOS, não reúnem qualquer materialidade para afetar a apuração do lucro tributável nos períodos autuados, mormente tendo em conta a postura da Contribuinte ao longo do

procedimento fiscal que, como bem ressaltado pela autoridade fiscal, em nada colaborou para revelar a real natureza dos valores aportados no resultado. Veja-se:

9. CAMIL HOLDINGS poderia ter efetuado seu investimento direta ente na CAMIL ALIMENTOS. Ou poderia comprar os cinquenta por cento do capital social dela diretamente da COOPERATIVA. Contudo, preferiu realizar tais operações de forma indireta através da recém-constituída RICE.

10. Se executasse as operações diretamente, sem a intermediária RICE, não se formaria o ágio na subscrição de novas ações nem o ágio gerado na aquisição das ações em poder da COOPERATIVA.

11. Ao ser questionada, a CAMIL ALIMENTOS não soube explicar porque a investidora preferiu agir através da RICE em vez de agir diretamente. Tampouco, conseguiu comprovar que era necessário, para o desempenho de suas atividades, que as operações fossem executadas da forma como foram.

12. A contribuinte também não conseguiu comprovar a necessidade das despesas que a RICE despendeu na subscrição de ações com ágio. Embora tivesse a opção de comprar diretamente da COOPERATIVA as ações da coligada CAMIL ALIMENTOS, a RICE preferiu subscrever e integralizar novas ações de seu capital, pagando valores bem mais elevados por ação integralizada.

13. Da mesma forma, não conseguiu a fiscalizada comprovar a necessidade, para a execução de suas atividades, do empréstimo que fez à PALMEIRA sem cobrar juros ou exigir garantias. Conclui-se, portanto, que a contribuinte assim agiu por mera liberalidade.

14. É óbvio que, se a CAMIL ALIMENTOS não tivesse efetuado esse empréstimo, a RICE não teria recursos para adquirir as ações em poder da COOPERATIVA e a reestruturação societária não poderia ser executada da forma como foi planejada.

15. Foi muita estranha a justificativa apresentada pela fiscalizada quando intimada a comprovar a necessidade das incorporações da RICE e da PALMEIRA. Como poderiam as incorporações de empresas que não possuíam investimentos (exceto o investimento da RICE na própria CAMIL ALIMENTOS), recursos ou bens e não exerciam atividade alguma, promover, como alegou a contribuinte, economia de esforços, investimentos ou recursos financeiros para a incorporadora? Para as atividades da CAMIL a reunião das três empresas em uma só não traria vantagem nenhuma, eis que as incorporadas nada lhe acrescentariam: As incorporações eram, portanto, totalmente desnecessárias para a fiscalizada.

16. Em vez de apresentar documentos e elementos que comprovassem a necessidade dos atos praticados e das elevadas despesas despendidas, a CAMIL informou apenas que as operações realizadas foram comutativas e decorreram de contratos em que efetivamente houve prestação das partes envolvidas.

17. Todos os elementos de prova reunidos no curso da fiscalização demonstram que as despesas com ágio na subscrição e aquisição de ações do capital social da CAMIL ALIMENTOS não eram necessárias para as atividades da RICE nem para a execução das atividades da fiscalizada.

Equivocada, portanto, a conclusão do paradigma no sentido de que o dito “ágio” formado no primeiro momento, 22/12/1998, *pelo valor de R\$ 10,91 por ação*, também teria ocorrido *porque houve um negócio celebrado entre partes distintas, fundado numa premissa inicial para a apuração sobre o cálculo do ágio*. Para esta operação não há qualquer *fundamento econômico que sirva de premissa para admitir a formação de ágio para fins de amortização*. Logo, não há qualquer incoerência em a *fiscalização glosar tudo*, sem reconhecer qualquer parcela do valor como correspondente a ágio amortizável.

Por tais razões, deve ser NEGADO PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa

Voto Vencedor

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, redator designado

Conforme visto, o dissídio jurisprudencial restou caracterizado **(i) tanto sob o aspecto da fundamentação legal do lançamento; (ii) como pelos seus elementos materiais.**

No que diz respeito à *fundamentação legal* da autuação, a controvérsia gira em torno da possibilidade ou não da fiscalização glosar despesas a título de amortização de ágio exclusivamente com base nas regras gerais de dedutibilidade (artigo 13, inciso III, da Lei n.º 9.249/95 e artigos 249, inciso I, 251, 299, 300 e 324 do RIR/99 para o **IRPJ**; e artigo 2.º e §§, da Lei n.º 7.689/88, artigo 10 da Lei n.º 9.316/96 e artigo 28 da Lei n.º 9.430/96 e artigo 37 da Lei n.º 10.637/2002 para a **CSLL**), notadamente em razão da *desnecessidade* do dispêndio, mas sem que o fisco tenha indicado e nem motivado os dispositivos legais específicos que regulamentam o tratamento fiscal do ágio (artigos 7.º e 8.º da Lei n.º 9.532/97).

Já os *elementos materiais* dizem respeito à existência ou não de fundamento econômico do ágio propriamente dito nesse caso concreto.

Para o acórdão recorrido, tendo em vista a ausência de fundamento econômico do ágio, a despesa daí decorrente de fato seria desnecessária, não havendo nenhum vício no critério jurídico empregado no lançamento.

Mais precisamente, assim fundamenta a decisão recorrida sobre a desnecessidade do dispêndio:

Como facilmente se percebe, o fundamento da autuação foi a **desnecessidade das despesas com ágio na subscrição e aquisição de ações do capital social da CAMIL ALIMENTOS.**

Esse foi, exatamente, o fundamento utilizado pelo acórdão recorrido para considerar procedentes os lançamentos constantes do presente processo, conforme se constatada por meio de simples leitura da ementa do aludido acórdão, fls. 1046 (grifado):

GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. DESPESA DESNECESSÁRIA.

*Em que pese a lei permitir a dedução de amortização de ágio absorvido em incorporação, não restou comprovado pelo contribuinte o fato econômico que justificou a anterior aquisição de suas ações pela incorporada com ágio elevado, o quo autoriza considerar a **despesa desnecessária** e, por conseguinte, indedutível para fins de apuração do lucro real.*

Conclui-se, portanto, que o acórdão recorrido não promoveu nenhuma alteração no enquadramento legal do lançamento, razão pela qual merece ser rejeitada a preliminar de nulidade arguida pela contribuinte.

A recorrente alegou, também, que as autoridades fiscais e os julgadores de 1ª instância teriam ignorado o laudo de avaliação da Camil Alimentos S/A, emitido pela Ernst & Young Consultores S/C Ltda., o qual supostamente comprovaria que o ágio pago decorria da expectativa de rentabilidade futura.

Ora, o próprio laudo mencionado pela recorrente apresenta os seguintes esclarecimentos ou ressalvas, fls. 1080 (grifado):

Para atingirmos o objetivo de nosso trabalho de avaliação econômico -financeira, foram aplicados procedimentos baseados na metodologia do fluxo de caixa descontado aplicados sobre base de dados fornecida pela CAMIL, merecendo as seguintes considerações:

[...]

• *Este trabalho foi feito COM base em informações contábeis e gerenciais fornecidas pelos executivos e funcionários CAMIL que foram consideradas verdadeiras, uma vez que não faz parte do escopo deste projeto qualquer tipo de procedimento de auditoria. Desta forma, a Ernst & Young não assume qualquer responsabilidade futura pela precisão das informações históricas utilizadas neste relatório, bem como da continuidade da vigência dos contratos de prestação de serviços em vigor na data base deste relatório;*

[...]

• *Não foram efetuadas investigações sobre títulos de propriedade da empresa envolvida neste relatório, nem verificações da existência de ônus ou gravames sobre os mesmos;*

• *Não fez parte de nosso trabalho a realização de pesquisas sobre o mercado em que atua a CAMIL.*

Em síntese: a Ernst & Young limitou-se a descontar o fluxo de caixa, utilizando os valores de recebimentos futuros estimados pela própria CAMIL. Os aludidos valores não foram auditados pela Ernst & Young, razão pela qual o aludido laudo não se presta para comprovar expectativa de rentabilidade futura, capaz de justificar o enorme ágio na aquisição de ações do capital social da CAMIL ALIMENTOS.

Sobre o tema, convém destacar que a RICE S/A, que pagou R\$ 10,91 por ação da coligada CAMIL ALIMENTOS em 22 de dezembro de 1998, pagou COOPERATIVA, dois dias depois, apenas R\$ 4,40 por ação da mesma empresa.

Tal fato, que nunca foi explicado pela recorrente, demonstra a total imprestabilidade do aludido laudo de avaliação. Conclui-se, portanto, que o aludido laudo **não foi ignorado** pelas autoridades fiscais e pelo colegiado julgador a quo. Ele foi simplesmente **desconsiderado** como elemento de prova, uma vez que os dados utilizados para sua elaboração **não foram auditados** pela Ernst & Young.

Em sentido oposto entendeu o *paradigma* (Acórdão n.º 1201-00.659), conforme atestam as seguintes passagens do voto condutor:

(...)

Entendo que o contribuinte tem total razão quando alega que a DRJ confirmou o lançamento fiscal sobre outro fundamento, não sendo aquele trazido pelo Auditor Fiscal, inovando nos autos, na medida em que o laudo trazido pela empresa (que se trata do fundamento econômico do ágio) sob rentabilidade futura, em nenhum momento foi questionado pela autoridade lançadora, que teve oportunidade para tanto, conforme se constata às fls. 548 e seguintes dos autos (documento juntado antes do relatório fiscal).

Vejamos abaixo de forma discriminada as regras emitidas pelo agente fiscal (norma individual e concreta do lançamento) e pelas autoridades julgadoras (norma individual e concreta de primeira instância administrativa):

a) Norma expedida pela fiscalização:

Dado o fato de o contribuinte ter se aproveitado de despesas relativas ao ágio que não necessárias para fins de apuração do lucro sob a sistemática da estimativa, então deve-se pagar os tributos com multa juros e multa isolada, em razão do aproveitamento indevido dessas despesas. Fundamento de validade: **artigo 13, inciso III, da Lei n.º 9.249/95 e artigos 249, inciso I, 251, 299, 300 e 324 do RIR/99 (IRPJ), artigo 2º e §§, da Lei n.º 7.689/88, artigo 10 da Lei n.º 9.316/96 e artigo 28 da Lei n.º 9.430/96 e artigo 37 da Lei n.º 10.637/2002 (CSLL)**

b) Norma expedida pela DRJ:

Dado o fato de o contribuinte não ter demonstrado o fundamento econômico para fins de aproveitamento do ágio a título de dedução da apuração do lucro real, sob o regime

de estimativa, então, não pode ser considerada necessária para o contribuinte a despesa do ágio após a incorporação, devendo ser glosado o valor aproveitado, sujeitando o contribuinte ao pagamento de IRPJ e CSLL. Fundamento: **não atendimento ao disposto nos artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/97.**

Vejo que a decisão da DRJ, a despeito de tentar consertar o lançamento incluindo em seus enunciados como conseqüência que a despesa não deve ser considerada, aplicou como base para esse conseqüente o fundamento principal que antecede a essa conclusão: a ausência de fundamentação econômica do ágio, que não foi questionado pela autoridade lançadora, inovando por completo o fundamento da autuação sob o ponto de vista da norma individual e concreta expedida.

O certo é que errou também a autoridade autuante, na medida em que deixou de trazer como fundamento do lançamento a questão dos artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.430/96.

Como o objeto do lançamento fiscal foi a indedutibilidade da despesa do ágio; provando que tal despesa seria dedutível, é certo dar provimento ao apelo do contribuinte quanto ao mérito.

Não podemos nos esquecer que a função atribuída a nós julgadores nesse Tribunal é de revisora do lançamento. Se o lançamento se funda em determinado contexto e toma como norma geral determinado dispositivo para a incidência normativa sobre o fato, não pode a DRJ alterar essa norma individual e buscar consertar o lançamento.

Como o cerne da questão não se trata de indedutibilidade de despesa, mas de fundamento econômico do ágio aproveitado, vislumbro que faltou na conclusão do Sr. Auditor fundamentar sua investigação na suposta ausência do fundamento econômico do ágio, mencionando o artigo 7º da Lei n.º 9.532/97, como fez a DRJ.

Contudo, mesmo que a decisão da DRJ tenha extrapolado seus limites, conforme visto acima, vale reconhecer a sua improcedência inicial na parte que extrapolou os limites do lançamento.

Em meu entender, a despeito da decisão da DRJ ter extrapolado os limites do lançamento, já corrigido nesse acórdão, podemos constatar que não houve em nenhum momento prejuízo à defesa, pelo contrário, reforça a sua tese, pois a empresa apresentou ao Sr. Auditor Fiscal o laudo que demonstra o fundamento econômico do ágio, qual seja o valor da rentabilidade futura da empresa, que não foi questionado e muito menos comentado.

Quanto à alegação de que teria havia cerceamento do direito de defesa em razão da falta de questionamento econômico do ágio, adotando a fiscalização a opção em ignorar o laudo e o fundamento econômico apresentado, não vejo como um cerceamento do direito de defesa, mas uma opção do agente fiscal, reforçando essa conduta à tese da improcedência do lançamento.

Portanto, o que remanesce nesse processo a ser julgado, após superada a questão da DRJ ter inovado nos autos, são:

a) a dedutibilidade do ágio para fins de apuração do IRPJ e da CSLL pela empresa incorporadora, sem questionar a natureza do ágio, visto que se trata de rentabilidade futura em razão da ausência de questionamentos do laudo pela fiscalização, e se esse ágio é ou não considerado uma despesa dedutível; e

b) a concomitância da multa isolada com a multa de ofício.

Assim, investigaremos a questão da dedutibilidade do ágio, como despesa e as operações societárias adotadas pela Recorrente para fins de apuração do ágio.

(...)

É notório nos autos que o contribuinte não esconde se tratar de uma empresa com fins específicos. Tal operação societária desde o início teve seus objetivos e impactos fiscais reconhecidos, como o ocorrido no caso da atuação da Cooperativa, permitindo afirmar que estamos diante de uma operação transparente de aproveitamento de ágio, pautada

em laudo não contestado com metodologia apropriada e não questionada, atestado por parecer, constituído sob o fundamento do artigo 7º, inciso III, da Lei nº 9.532/97.

Há inúmeros casos sendo julgados nesse E. Tribunal, destacando-se dentre eles o caso da Repsol que julgamos nessa Turma, de minha relatoria, que por maioria de votos cancelou o lançamento fiscal em razão da não impugnação do laudo pela fiscalização.

No caso em apreço em nenhum momento o laudo sequer foi questionado e a natureza jurídica do ágio, muito menos, e também não há simulação, visto que o próprio relatório fiscal atesta essa inexistência.

Por fim, quanto ao valor pago pelo ágio contestado pela fiscalização, que num primeiro momento se deu 22/12/1998, pelo valor de R\$ 10,91 por ação e dois dias depois a aquisição se deu pelo valor de R\$ 4,40, tal fato ocorreu, segundo relatos da contribuinte, porque houve um negócio celebrado entre partes distintas, fundado numa premissa inicial para a apuração sobre o cálculo do ágio.

Não vejo nesse aspecto algum ato que viesse a desabonar o contribuinte e a operação, pois estamos tratando de estimativas de fluxo de caixa descontado fundado em rentabilidade futura, o que pode perfeitamente variar segundo as premissas e metodologias das empresas que realizam os laudos.

Portanto, não vejo aqui ausência de fundamento econômico que sirva de premissa para desconsiderar o ágio para fins de amortização, sendo totalmente incoerente a fiscalização glosar tudo, não reconhecendo pelo menos parte do valor.

Basta agora analisar se estamos diante de uma despesa dedutível ou não, pois em nenhum momento, seja pela fiscalização seja na decisão da DRJ se falou em simulação, fraude ou dolo do contribuinte, com o intuito de dar ao negócio conotação de ato ilícito. Vejamos as descrições da decisão recorrida:

Em momento algum a autoridade fiscal afirmou ter ocorrido simulação, fraude, abuso de direito ou outra patologia nos negócios efetuados, mas sim procurou reforçar a desnecessidade da despesa, já comprovada pela falta de justificação da mesma, com a apresentação de uma análise pormenorizada da sucessão de operações realizadas pelo contribuinte em um intervalo de dois meses, as quais, se analisadas como um todo, indicam um caminho tortuoso, desnecessário e, a meu ver, não plausivelmente explicado, para a assunção dos objetivos informados, quais sejam, buscar novo investidor para ajudar na expansão dos negócios e melhorar a apresentação das demonstrações financeiras do contribuinte, o qual enfrentava desconfiança dos estabelecimentos bancários. Se não fosse assim, a autoridade fiscal teria qualificado a multa de ofício; o que não ocorreu.

Sob esse prisma, se o ágio tem fundamento econômico (antecedente): sendo algo inquestionável tratar-se de rentabilidade futura; e sua dedutibilidade está estampada no inciso III do artigo 7º da Lei nº 9.532/97, então a dedução do ágio como despesa deve ser reconhecida (consequente), pelo disposto na legislação abaixo, visto tratar-se de regra específica sobre o tema, atendendo o disposto no Decreto-Lei nº 4.657/1942.

Vejamos a redação do texto legal aplicável:

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

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

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

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

**razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;
(Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)**

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes 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.

A fiscalização agiu de forma equivocada no momento em que adotou as regras genéricas de dedutibilidade para avaliar o ágio como despesa, pois o ágio possui tratamento de dedutibilidade específica, não sendo inserido no artigo 13, inciso III, da Lei nº 9.249/95 e artigos 249, inciso I, 251, 299, 300 e 324 do RIR/99.

Portanto, é incontestável, sob o ponto de vista do direito, que a despesa do ágio fundada em valor da rentabilidade com base em previsão de resultados futuros é dedutível das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, nos termos do artigo 7º, inciso III, da Lei nº 9.532/97.

Nesse sentido, colaciono julgados recentes dessa Corte sobre a questão do ágio como despesa dedutível fundada em regra específica para fins de apuração do IRPJ e CSLL:

(...)

Portanto, se não há simulação e a natureza jurídica do ágio não foi contestada, sendo apenas tomada como despesa indedutível por suposta ausência de fundamento econômico e esse fundamento está no laudo, não vejo como manter no sistema jurídico o lançamento fiscal sob essas premissas.

Como se percebe, e ao contrário da decisão ora recorrida – que a meu ver “pretendeu salvar” os lançamentos -, o paradigma, em situação fática idêntica, cancelou as exigências diante da constatação de dois graves vícios materiais, quais sejam: **(i)** erro de fundamentação legal para a glosa; e **(ii)** desconsideração do laudo do fundamento econômico pela autoridade fiscal responsável.

Ora, estando a acusação fiscal da glosa da amortização de ágio baseada no “desconhecimento” dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, bem como na omissão quanto à análise do laudo que atestaria seu fundamento econômico, realmente não há como ela se sustentar.

O que se tem no caso, pois, é uma autuação fundada em, digamos, *digressões* sobre o ágio, mas sem a devida compreensão e motivação com base nas normas específicas de sua dedutibilidade, fato este que notoriamente impediu a necessária subsunção dos fatos à lei especial de regência.

Também restou demonstrado que o laudo sobre o fundamento econômico do ágio (*de rentabilidade futura* – fls. 488/548) propositadamente não foi apreciado pela autoridade fiscal responsável. Basta consultar o TVF para verificar que não há qualquer comentário acerca dos requisitos legais de dedução do ágio, assim como sobre o conteúdo ou o critério de avaliação refletidos no referido **laudo**, mesmo tendo a fiscalização atestado expressamente que *a contribuinte apresentou também, entre outros documentos, os razões contábeis das contas de valores a amortizar e o demonstrativo do ágio que vem sendo deduzido desde a incorporação da RICE (fls. 224 a 226 e 526 a 532).*

Ocorre que, sob a égide do artigo 7º da Lei 9.532/1997, a dedução do Lucro Real como perda de capital atribuída à baixa do ágio por extinção do investimento em razão de fusão, cisão ou incorporação era permitida justamente quando seu motivo econômico consistisse na expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida, conforme previsto na alínea “b” do § 2º, do artigo 20, do Decreto-Lei n. 1.598/77.

E de acordo com a redação do § 3º deste mesmo artigo 20, antes de sua alteração pela Lei n. 12.973/2014, “*o lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração*”.

Na prática, a experiência mostra que esses demonstrativos costumam ser preparados justamente com base em projeções de fluxo de caixa descontado, formalizados por meio de estudos econômicos internos ou laudos de empresas de auditoria, devendo ser disponibilizado em eventual fiscalização ou solicitação específica das autoridades competentes, que detém o poder-dever de investiga-los.

Nesse contexto, foi justamente essa a prova que foi apresentada pela contribuinte - que inclusive invocou o artigo 7º como fundamento de seu direito à dedução fiscal -, mas que não recebeu nenhum comentário ante o inapropriado *critério jurídico* empregado pela fiscalização na *identificação da matéria tributável*.

Seja, então, por não levar em conta os dispositivos próprios que regulamentam a dedução da amortização fiscal de ágio para fins do Lucro Real (lembrando, aqui, que a CSLL foi lançada como *mero reflexo*, não constituindo matéria autônoma), seja por deixar de apreciar (e, eventualmente, questionar) o laudo específico do fundamento do ágio apresentado pela contribuinte em atendimento à fiscalização, a glosa não deve prosperar.

Essas são as razões, portanto, para dar provimento ao recurso especial da contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli

Fl. 23 do Acórdão n.º 9101-005.975 - CSRF/1ª Turma
Processo n.º 19515.003259/2004-72

Declaração de Voto

Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella

Ousando divergir do robusto e bem fundamentado voto da I. Relatora, Edeli Pereira Bessa, em relação ao provimento do Recurso Especial da Contribuinte, registra-se a seguir as discordâncias do seu posicionamento.

Em primeiro lugar, por muitos anos, em diversos votos, inclusive no âmbito desta C. 1ª Turma da CSRF, este Conselheiro vem se posicionando sobre a matéria da *dedução* fiscal do ágio do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL – além da aplicação da multa de ofício qualificada, quando diante de tais imposições.

Conforme visto, relatado e tratado no claro e muito técnico voto vencido, em suma, temos sob escrutínio a questão da **fundamentação legal** para a glosa desses dispêndios com *sobrepreço* na aquisição de investimentos societários, apurados pela Fiscalização nesse feito, com base na constatação de sua *desnecessidade* (*o contribuinte não conseguiu justificar o motivo da aquisição com elevado ágio de suas ações pela Rice*), invocando, para tanto, os art. 13, inciso III, da Lei n.º 9.249/95 e art. 299 do RIR/99 (atual art. 311 do RIR/18), nessa apuração do Lucro Real e, em relação à base imponible da CSLL, por, supostamente, tratar-se de *Tributação Reflexa*, afirma-se, textualmente, que *as despesas glosadas por serem indedutíveis na apuração do lucro real também são indedutíveis na apuração da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido* (vide fls. 909 a 915).

Pois bem, tal temática *central*, referente ao fundamento jurídico para a glosa de despesas com ágio da apuração do Lucro Real e da base tributável da CSLL, é matéria recorrente e exaustivamente abordada nos juízo de que analisam o tratamento de tal *mais-valia* pela legislação específica dessa mencionada Contribuição Social.

Nesse sentido, como Relator e Redator Designado, o tema foi tratado nos recentes v. Acórdãos n.º 9101-005.936, publicado em 25/01/2022, v. Acórdão n.º 9101-005.894, publicado em 31/01/2022, v. Acórdão n.º 9101-005.865, publicado em 05/01/2022 e v. Acórdão n.º 9101-005.773, publicado em 04/10/2021, todos ementados assim em relação à matéria do ágio:

ÁGIO. BASE DE CÁLCULO DA CSLL. IDENTIDADES E DISTINÇÕES DO LUCRO REAL. DELIMITAÇÃO LEGAL PRÓPRIA. REGRAS DE AJUSTE DIVERSAS. NECESSIDADE DE PREVISÃO OU REMISSÃO EXPRESSA. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO AO CÔMPUTO E DE DETERMINAÇÃO DE ADIÇÃO. CANCELAMENTO DA EXIGÊNCIA.

A base de cálculo da CSLL é autônoma e legalmente delimitada por normas próprias, somente se verificando identidades com a apuração do Lucro Real quando, expressamente, assim for determinado pela legislação.

Diferentemente do Lucro Real (art. 25 do Decreto-Lei n.º 1.598/77), inexistente previsão legal para que as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio não sejam computadas no cálculo base de cálculo da CSLL e tampouco encontra-se determinações próprias para a adição dos valores de ágio percebido em aquisição de participações societárias. Assim, a amortização contábil do ágio reduz a monta do lucro líquido do período, do qual se extrai a base de cálculo da CSLL, nos termos do art. 2 da Lei n.º 7.689/88.

A norma do art. 57 da Lei n.º 8.981/1995 confere o mesmo tratamento do IRPJ à CSLL exclusivamente no que tange aos trâmites de apuração, vencimento e dinâmica de pagamento, expressamente ressaltando a manutenção jurídica de seus próprios critérios quantitativos - quais sejam, base de cálculo e alíquota - que devem ser tratados individualmente, em legislação própria.

A monta do dispêndio representado pelo ágio pago na aquisição da participações societárias é elemento extraído no desdobramento do custo, sendo rubrica que tem tratamento e reflexos distintos dos valores de avaliação de investimentos, sujeitos ao controle pelo Método de Equivalência Patrimonial.

De tal posição vencedora nesta C. 1ª Turma já pode-se extrair que: **1)** o tratamento legal do ágio na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL são distintos e **2)** o lançamento de CSLL não é mero *reflexo* da apuração do Lucro Real.

Posto isso, temos a figura ágio, na esfera fiscal, em relação à apuração do Lucro Real (IRPJ), é expressa, específica e especialmente tratada nos arts. 7º e 8º da Lei n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n.º 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.

Claramente, esse tratamento tributário que traz a *permissão* específica do cômputo do ágio como rubrica *redutora* é dirigido ao Lucro Real – nada, lá, tratando da CSLL e a sua base.

Conforme há muito vem se defendendo, seja pela inaplicabilidade do art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598/77 à CSLL ou pela - acima já vista - especificidade de aplicação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 apenas ao IRPJ, os dispêndios registrados com ágio se submetem às regras de deduções e adições da apuração da Contribuição Social incidente sobre o lucro líquido ajustado, mas de maneira geral, não havendo na legislação federal regente da incidência de tributo uma norma especial para o tratamento fiscal desse *sobrepreço*.

Dessa forma, já se mostra manifestamente equivocada e indevida a base legal do lançamento de ofício, ora sob julgamento, em relação aos valores de IRPJ impostos – não podendo ter se adotado os art. 13, inciso III, da Lei nº 9.249/95 e art. 299 do RIR/99 –

marginalizando e olvidando, sem qualquer justificativa, menção ou remissão, os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Não pode prevalecer, sob qualquer circunstância, tal exigência, vez que a fundamentação jurídica da exação referente ao Lucro Real está maculada, não ocorrendo a devida e necessária *identificação da matéria tributável* por parte da Autoridade Fiscal.

Além disso, as amortizações reguladas pelo art. 13, inciso III, da Lei nº 9.249/95 não são referentes ao ágio, tratando de valores de *despesas de depreciação, amortização, manutenção, reparo, conservação, impostos, taxas, seguros e quaisquer outros gastos com bens móveis ou imóveis*. Ora, o ágio, principalmente aquele atribuído à *rentabilidade futura* (correspondente ao *goodwill*), não se amolda a qualquer uma dessas despesas, sendo, na verdade, uma partícula, identificável e individualizável, da formação do custo de aquisição de investimentos patrimoniais, correspondentes à detenção de participações societárias.

Já no que tange à exação de CSLL, não só a matéria de Recurso Especial admitida, como o fundamento do TVF (*vide* fls. 915), é que tratar-se-ia de uma *apuração reflexa* ao Lucro Real, na medida em que *as despesas glosadas por serem indedutíveis na apuração do lucro real também são indedutíveis na apuração da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido*.

Como visto, tal afirmação é equivocada, falaciosa e improcedente. Repita-se: o tratamento legal dos dispêndios de ágio regem-se por normas diversas em relação ao IRPJ e à CSLL.

Ainda que, realmente, como registrado em votos pretéritos, entende-se que aplica-se o art. 299 do RIR/99 (atual art. 311 do RIR/18), como requisito geral para dedução do ágio da base de cálculo da CSLL, este não foi a fundamentação da Autoridade Fiscal – mas, sim, a (indevida) coincidência de tratamento legislativo dos tributos sobre o lucro empresarial e a (inexistente) natureza reflexa do nascimento da obrigação tributária dessa Contribuição Social.

Não pode haver modificação de critério jurídico, por força daquilo determinado no art. 146³ do CTN, e, muito menos, *salvamento* de Auto de Infração pela identificação casuística de mera coincidências, não intencionais, entre a conclusão ulterior do Julgador e o resultado do procedimento inicial de Fiscalização (alcançado por outros motivos jurídicos, contrários às razões de decidir em julgamento).

³ Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em conseqüência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

Concluindo, tanto as exações de IRPJ, como aquelas de CSLL, referentes ao *ágio glosado*, padecem de insuperável pústula em sua fundamentação legal, não podendo prosperar em face da Contribuinte.

Diante do exposto, prestando novamente as devidas homenagens à I. Relatora, voto por dar provimento ao Recurso Especial da Contribuinte, para cancelar as exigências de IRPJ e de CSLL, referentes ao *ágio apurado*.

(documento assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella