



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

Processo nº 16682.721095/2013-30
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-003.255 – 1ª Turma
Sessão de 5 de dezembro de 2017
Matéria DEDUTIBILIDADE DE ÁGIO
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado REPSOL SINOPEC BRASIL S/A

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. PLANEJAMENTO FISCAL.

O *caput* do artigo 7º da Lei nº 9.532/1997 remete a dedutibilidade da amortização do ágio, fundado em expectativa de rentabilidade futura, para fins de cálculo do lucro real, à exigência de que a participação societária na pessoa jurídica incorporada tenha sido adquirida com esse ágio pela incorporadora. Já o artigo 8º da Lei nº 9.532/1997 permite a dedução da despesa de amortização do ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura, nos casos em que a pessoa jurídica incorporadora adquirir a participação societária na incorporada com a referida mais valia. Ademais, sobreleva-se dos citados dispositivos legais que a influência do ágio no resultado tributável pelo IRPJ só tem amparo legal se houver a confusão patrimonial entre a investidora e a investida, momento em que o investimento adquirido com ágio torna-se extinto.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2008, 2009

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EFEITOS NA BASE DE CÁLCULO DA CSLL. VEDAÇÃO.

Os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 instituíram regras específicas às hipóteses de fusão, cisão e incorporação que são exclusivas ao âmbito do IRPJ, como bem explicitam os incisos III e IV do *caput* do antedito artigo 7º, ao estabelecerem que as influências da amortização do ágio baseado na alínea "b" do § 2º do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977 estão restritas à apuração do lucro real, uma vez ausente da redação de tais dispositivos da Lei nº 9.532/1997 qualquer referência à apuração da base de cálculo da CSLL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo e Gerson Macedo Guerra, que não conheceram do recurso. No mérito, por voto de qualidade, acordam em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Daniele Souto Rodrigues Amadio (relatora), Cristiane Silva Costa, Luis Flávio Neto e Gerson Macedo Guerra, que lhe negaram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Flávio Franco Corrêa.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Daniele Souto Rodrigues Amadio – Relatora

(assinado digitalmente)

Flávio Franco Corrêa - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luis Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em exercício). Ausentes, justificadamente, os conselheiros, Carlos Alberto Freitas Barreto e Adriana Gomes Rêgo.

Relatório

Tratam-se de **Autos de Infração** (E-fls. 287 ss.) cientificados à contribuinte em 08.10.2013 para a exigência de IRPJ e CSLL relativos aos anos calendário 2008 e 2009, juntamente com juros de mora em multa proporcional, decorrente da glosa de despesas relacionadas à amortização do ágio, sob a acusação fiscal de que a sociedade incorporada (REFISOL) seria mero veículo para a transferência de 30% do capital social da REFAP para a incorporadora (REPSOL), seu único patrimônio, de modo que o referido ágio não poderia ter como fundamento econômico a previsão de resultados futuros da primeira, pois o laudo de avaliação alcançaria o desempenho desta empresa (REFAP), detentora dos ativos e fatores de produção.

Como melhor detalhado no **Termo de Verificação Fiscal** (E-fls. 142 ss.), sintetizado pelo relatório do acórdão recorrido, o qual se aproveita nesta oportunidade,

“I. DO PROCEDIMENTO FISCAL :

Segundo o agente fiscal, a REPSOL, empresa fiscalizada, deduziu indevidamente, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, despesas com amortização de ágio, nos anos de 2008 e 2009, no montante de R\$

72.365.897,62, em cada ano.

Ressalta a autoridade fiscal que o ágio foi derivado da incorporação da empresa REFISOL S.A, pela fiscalizada, em 07/06/2002, e que a incorporada detinha como único patrimônio 30% das ações da Refinaria Alberto Pasqualini REFAP S.A., as quais foram transferidas para a fiscalizada com o advento da citada incorporação.

Assevera que o único propósito da REFISOL foi servir de veículo para a transferência de 30% do capital social da REFAP para a fiscalizada, pois "(...) A REFISOL não tinha outro ativo, nem fatores de produção, logo o ágio não poderia ter como fundamento econômico a previsão de resultados futuros, como, de fato, não teve, pois o laudo de avaliação comprova que a perspectiva de resultados futuros está fundada no desempenho da Alberto Pasqualini REFAP S.A."

Destaca o autor do procedimento que a BDO Directa Auditores, responsável pelo laudo, efetuou a avaliação da REFISOL, em 30 de setembro de 2001, em R\$ 861.322.000,00, e que a própria fiscalizada justificou "a finalidade de estabelecer um valor de referência, face à necessidade de transferir 30% das referidas ações (da Alberto Pasqualini REFAP S.A.) para a Refisol S.A. para a posterior troca de ativos com a Repsol YPF Brasil S.A., como parte do acordo firmado entre a RepsolYPF SA., Repsol YPF Brasil S.A. e Petróleo Brasileiro S.A, Petrobrás Distribuidora S.A.BR e Downstream Participações S.A."

Ressalta o agente fiscal que a Downstream (holding, controlada pela Petrobrás S.A, que possui como ativos a empresa REFAP) foi criada em 27/11/2000 para facilitar a permuta de ativos entre a Petrobrás S.A. e a Repsol YPF.

A REFISOL, por sua vez, foi constituída em 22/11/2000, e tem como objetivo a participação no capital social de outras empresas. Em 06/02/2001, a Downstream transferiu 81.571.776 ações do capital social da REFAP para a REFISOL, a título de integralização de aumento de capital no valor de R\$ 81.570.776,00. As ações transferidas correspondem a 30% do capital social da REFAP. A fiscalizada, por seu turno, com a aludida incorporação da REFISOL, efetuou o competente registro contábil, com o lançamento de ágio de R\$ 723.658.976,22 que vem sendo amortizado à razão de 10% ao ano.

Aduz o auditor fiscal que os ajustes de equivalência patrimonial têm como premissa a neutralidade tributária e que, nesse contexto, é que deve ser interpretado o art. 386, inciso III, do RIR/1999.

Segundo o autor do procedimento, este dispositivo "tem aplicação limitada aos casos em que o acervo vertido na fusão, cisão ou incorporação venha a efetivamente contribuir para a formação dos resultados sujeitos à tributação na empresa de destino. Tal ocorre apenas quando é absorvido o conjunto de fatores de produção que gera os resultados futuros esperados que deram fundamento ao ágio."

Assevera que, no presente caso, "as atividades que geraram as expectativas de lucros futuros são todas desenvolvidas pela Refinaria Alberto Pasqualini REFAPS.A., cujo conjunto de fatores de produção permanece sob seu domínio e em nada contribui para a formação dos resultados tributáveis do interessado", e que, como a REFISOL tinha como único elemento patrimonial os 30% das ações da REFAP, transferidos ao interessado na

incorporação, restou configurada a utilização de empresa veículo, através da qual a amortização do ágio, com base em previsão de resultados futuros, é usada para reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Ressalta, por fim, o autuante, que em decisão em processo administrativo fiscal sobre o mesmo tema, referente a anos calendário anteriores, a DRJ/RJ1, no Acórdão 1232.483, se posicionou a favor da procedência dos autos de infração (transcreve a ementa do acórdão).”(grifou-se)

A contribuinte apresentou **Impugnação** (E-fl. 1204 ss.), sustentando os seguintes pontos, novamente organizados pelo relatório do acórdão recorrido:

“II. DA IMPUGNAÇÃO:

Cientificada dos autos de infração em 08/10/2013, a contribuinte, irressignada, apresentou, em 06/11/2013, a impugnação de fls. 204/228. Ressalta que a glosa das despesas com ágio foi fundamentada na presunção de que a REFISOL seria uma mera empresa veículo, e na circunstância de que o ágio pago em sua aquisição (fundamentado em sua lucratividade futura) estaria relacionado indiretamente com as atividades desenvolvidas pela REFAP, investida da REFISOL.

Protesta, de plano, a impugnante pela improcedência da conclusão da Fiscalização pelos seguintes motivos:

1) a REFISOL não foi criada pela ora autuada, nem era uma simples empresa veículo, na medida em que sua existência teve um propósito econômico, que foi a segregação de ativos a serem permutados pelo grupo Petrobrás em operação

totalmente transparente, entre partes não relacionadas, independentes, e consoante valores de mercado, atestado em laudo específico para esse fim;

2) Após a aquisição da REFISOL, a impugnante, observando o art. 385 do RIR/1999, procedeu ao desdobramento do valor da aquisição, entre investimento (R\$ 137.663.023,78) e ágio (R\$ 723.658.976,22), sendo que o ágio teve como fundamentação a perspectiva de lucros futuros (art. 385, § 2º, II, do RIR/1999);

3) Em 2002, a impugnante procedeu à incorporação da REFISOL, razão pela qual o ágio pago na sua aquisição passou a ser amortizado, à razão de 10% ao ano;

4) O art. 386, inciso III, do RIR/1999, estabelece que a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação adquirida com ágio, cujo fundamento econômico seja o valor da rentabilidade futura, hipótese que ora se cuida, poderá amortizar o ágio em, no mínimo, 5 anos;

5) À luz da doutrina e dos recentes precedentes do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), a REFISOL não pode ser qualificada como empresa veículo;

6) A legislação tributária vigente não apresenta qualquer objeção quanto à utilização de empresas veículos, estando o contribuinte autorizado a organizar suas operações da forma que lhe parecer mais eficiente; e

7) O ágio pago pela impugnante na aquisição da REFISOL está efetivamente fundamentado na sua lucratividade futura, derivada de sua atividade, correspondente à sua participação na REFAP.

A seguir, presta a impugnante diversos esclarecimentos sobre as operações que resultaram na amortização do ágio, valendo destacar os seguintes aspectos:

“A REFISOL foi adquirida pela IMPUGNANTE através de permuta de ativos realizada com empresas do Grupo PETROBRÁS (PETRÓLEO BRASILEIRO S.A., DOWNSTREAM PARTICIPAÇÕES S.A., e PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S.A. conforme documentos em anexo, Doc. Nº 03), a qual, à época, foi amplamente noticiada nos jornais de grande circulação do país. Tal operação de permuta teve uma importância crucial para as empresas envolvidas: o propósito negocial da operação combinava o interesse da REPSOL da Espanha de entrar no mercado brasileiro, através de sua subsidiária no País (a IMPUGNANTE), e o do Grupo PETROBRÁS, de entrar no mercado argentino, em ambos os casos de forma sólida e competitiva. Ou seja, com a permuta de ativos realizada, se, por um lado, o Grupo PETROBRÁS adquiriu 12% do Mercado argentino de combustíveis, por outro, a REPSOL YPF S.A. pôde entrar no Mercado brasileiro de petróleo, através de sua subsidiária, a ora IMPUGNANTE.

Como medida preparatória da permuta de ativos, a IMPUGNANTE transferiu para a empresa denominada 5283 PARTICIPAÇÕES LTDA. os ativos na Argentina, a saber: (a) 219.144.038 ações da EG3 S.A. (equivalentes a 99,6109% de seu capital social); (b) 30.000 ações da EG3 ASFALTOS (equivalentes a 1,2% de seu capital social); e (c) 2 ações da EG3 RED S.A. (equivalentes a 0,0004% de seu capital social).

O mesmo se deu com o Grupo PETROBRÁS, que efetuou uma reorganização de seus ativos, com o objetivo de segregar aqueles a serem transferidos para a IMPUGNANTE.

Assim é que a Refinaria Alberto Pasqualini — até então uma unidade de negócios — foi transferida para a REFAP, empresa investida da DOWNSTREAM PARTICIPAÇÕES S.A.

A etapa subsequente para a segregação desse ativo foi a transferência, pela DOWNSTREAM PARTICIPAÇÕES S.A., para a REFISOL, de 30% do capital social da REFAP (justamente o percentual que seria objeto da permuta). A PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S.A. BR, por sua vez, transferiu para a empresa POSTOS ESTAÇÕES DE SERVIÇOS S.A., os ativos imobilizados e direitos contratuais de fornecimento de combustíveis, com centenas de postos de abastecimento.

Nesse sentido, a PETROBRÁS publicou fato relevante, dando conta não apenas da permuta a ser celebrada com a IMPUGNANTE, mas também da reorganização prévia dos ativos a serem permutados, acima mencionada, nos seguintes termos:

(...)

O laudo de avaliação elaborado pela BDO DIRECTA AUDITORES S/C da REFAP também explica como a DOWNSTREAM PARTICIPAÇÕES S.A., empresa que permutou as ações da REFISOL com a IMPUGNANTE, antes tinha transferido 30% do capital social da REFAP para a REFISOL (Doc. Nº 05):

(...)

Assim, a IMPUGNANTE permutou 100% das quotas da 5283PARTICIPAÇÕES LTDA., nas seguintes proporções: 67,5% com a DOWNSTREAM PARTICIPAÇÕES S.A.; 20,2% com a PETROBRÁS; e

12,3% com a PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. BR, recebendo, em troca:

- 100% das ações da REFISOL (permutadas com a DOWNSTREAM PARTICIPAÇÕES S.A. (99,9993% do capital social), sendo que os outros 0,0007% foram recebidos pela IMPUGNANTE com a transferência da POSTOS ESTAÇÕES DE SERVIÇOS S.A.);
- 10% dos direitos e obrigações sobre Albacora Leste (permutados com a PETROBRAS); e
- 100% das ações da POSTOS ESTAÇÕES DE SERVIÇOS S.A. (permutadas com a PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. BR (99,9847% do capital social) e com a PETROBRAS (0,0153% do capital social)).

A operação de permuta de ativos também foi avaliada e relatada no parecer elaborado pela Deloitte Touche Auditores Independentes, referente às demonstrações financeiras da IMPUGNANTE relativas aos exercícios findos em 31/12/2001 e 2002, o qual deu conta, inclusive, da forma como tais ativos foram contabilizados.

(...)

Prosseguindo, assevera a impugnante que nem a lei nem os dispositivos regulamentares que tratam da amortização de ágio vinculam o aferimento da rentabilidade futura à existência de fatores de produção na sociedade adquirida, mas apenas determinam que as sociedades empresárias incorporadas, fusionadas ou cindidas tenham sido adquiridas com o pagamento de ágio devidamente fundamentado, para que se possa proceder à amortização do ágio. Cita ensinamento doutrinários.

A seguir, passa a suplicante a abordar o conceito de empresa veículo na ótica atual jurisprudência do CARF.

Assevera que, no caso dos autos, o propósito negocial da operação realizada combinava o interesse da REPSOL da Espanha de entrar no mercado brasileiro, através de sua subsidiária no País (a impugnante), e o do Grupo PETROBRÁS, de entrar no mercado argentino, em ambos os casos de forma sólida e competitiva. Ou seja, com a permuta de ativos realizada, para o Grupo PETROBRÁS ingressar no mercado argentino de combustíveis, e, por outro lado, a impugnante participar no mercado brasileiro de petróleo.

Conclui, então, que, presente propósito indiscutivelmente empresarial, a REFISOL não pode ser considerada como uma empresa veículo.

Ademais, pondera a suplicante que, ainda que a REFISOL pudesse ser caracterizada como uma empresa veículo, se aplicaria o entendimento que afinal prevaleceu nos acórdãos nos 1102000.875 e 1301001.224, segundo os quais, seguindo a recente tendência do CARF, reconheceu-se a legitimidade de amortização de ágio decorrente de reorganizações societárias, em que foram usadas as tais "empresas veículos".

Ao final, pede a impugnante que sejam cancelados os autos de infração, restaurando-se os prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas de CSLL, e cancelando-se os lançamentos de IRPJ e CSLL referentes aos anos calendário de 2008 e 2009."

Na sequência, a **Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Brasília** proferiu o **acórdão n. 03-60.745** (E-fl. 547 ss.) julgando improcedente a impugnação, adotando as razões de decidir do Acórdão nº 1232.483, no sentido de que a rentabilidade futura a ser verificada deveria ser a da REFISOL, e não da REFAP, independentemente de como se

classifique a empresa veículo. Eis a sua ementa:

“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano calendário:2008, 2009

MATÉRIA JÁ DECIDIDA EM OUTRO PROCESSO. APLICAÇÃO AO PRESENTE PROCESSO.

Tratando-se de matéria já decidida no âmbito da primeira instância de julgamento, em outro processo administrativo, no qual foram examinados os efeitos tributários decorrentes dos mesmos atos e negócios jurídicos e concluiu-se pela procedência da mesma acusação fiscal em face do mesmo sujeito passivo, não compete a esta Turma de Julgamento reabrir a discussão, não lhe cabendo outra decisão que não a de aplicar aqui o que já foi decidido lá, sob pena de a presente impugnação configurar verdadeiro pedido de reconsideração, não previsto na lei processual administrativa, mormente porque, no presente processo, não foi suscitada qualquer questão preliminar ou prejudicial de mérito, além do fato de o recurso voluntário interposto naqueles autos se encontrar pendente de julgamento.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

Em face da referida decisão, a contribuinte interpôs **recurso voluntário** (E-fls. 576 ss.), basicamente no mesmo sentido de sua impugnação administrativa, adicionando, preliminarmente, arguição de nulidade da decisão de primeira instância, por cerceamento do direito de defesa, ao replicar o que decidido em outro acórdão, deixando-se de apreciar as razões deduzidas na referida impugnação.

A Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara da Primeira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso voluntário, como revela a ementa do **acórdão n.1402-002.190**(E-fls. 618 ss.):

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano calendário:2008, 2009

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA HOLDING.LAUDO COM BASE NO RESULTADO DA EMPRESA OPERACIONAL COLIGADA.

Quando a norma estabelece como fundamento econômico do ágio o valor da rentabilidade da coligada ou controlada com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, não faz qualquer distinção quanto à origem desse resultado. Se a empresa holding detém participação na empresa operacional com base na qual foi elaborado o laudo de avaliação, o resultado dessa últimas e refletirá naquela na mesma proporção.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

LEONARDO DE ANDRADE COUTO – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Fernando Brasil de

Oliveira Pinto, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Gilberto Baptista, Paulo Mateus Ciccone, Demetrius Nichele Macei e Leonardo de Andrade Couto.”

Em face do referido acórdão, primeiramente, a Fazenda Nacional opôs **embargos de declaração** (E-fls. 627 ss.), alegando-se o resumido pelo despacho seguinte:

“A decisão seria omissa quanto ao exame da própria competência para apreciação da matéria de processo diverso em que já houve julgamento do mérito perante a DRJ, com recurso voluntário pendente de julgamento por outra Turma deste CARF. Também teria havido contradição. É de se notar que o acórdão ora embargado, na prática, reformou o acórdão proferido no Processo nº 16832.000247/2008-39, e não o acórdão da DRJ proferido nestes autos. A nulidade seria evidente.

Ainda nessa questão, o acórdão teria incorrido em omissão relacionada à apreciação do conhecimento do recurso, pois como o recurso voluntário interposto pelo contribuinte impugna a matéria de fundo do processo, e não propriamente os fundamentos do acórdão da DRJ, sequer mereceria conhecimento.

No mérito, haveria contradição pois embora a DRJ (no Processo nº 16832.000247/2008-39) tenha entendido pela irrelevância da utilização da empresa veículo, por entender suficiente manter a autuação por fundamento diverso, isso não impediria que o acórdão do CARF entenda ser isso relevante, ainda mais quando afirma em seu acórdão que isso seria um dos requisitos para a amortização do ágio e que entende que houve sim a utilização de empresa veículo, conforme também se manifestou a Fiscalização.”

Os embargos foram rejeitados por **despacho** (E-fls. 648 ss.) que inadmitiu as alegações da contribuinte, sob a seguinte motivação:

“A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Brasília – DF aplicou nestes autos a decisão proferida em outro processo tratando de matéria idêntica relativa ao mesmo sujeito passivo, referente a outro período, o que não significa “deixar de decidir” ou “manifestar-se incompetente”, mas apenas “abraçar” o acórdão proferido nos autos do processo 16832.000247/2008-39, inclusive quanto ao mérito.

Sendo assim, as alegações de nulidade e omissão quanto à apreciação do recurso partem de uma premissa equivocada e não merecem qualquer guarida.

No que se refere à contradição em relação à utilização da empresa veículo, o recurso não merece melhor sorte. O posicionamento do acórdão recorrido foi no sentido de que a Fiscalização – e não apenas a DRJ – apesar de mencionar a existência da empresa veículo baseou o entendimento no fato de as expectativas de lucros futuros decorreriam das atividades desenvolvidas pela Refinaria Alberto Pasqualini – REFAP S/A cujo conjunto de fatores de produção permaneceria sob domínio dessa e não contribuiriam para formação dos resultados da interessada. Assim sendo, o laudo não se

prestaria a justificar as expectativas de resultados futuros.

Se, no entendimento do Fisco, a utilização da empresa veículo fosse determinante e suficiente para negar a dedução da amortização do ágio, sequer haveria necessidade de analisar a força probatória do laudo. Assim se manifestou o Termo de Verificação:

(...)

Do exposto, declaro improcedentes as alegações suscitadas e REJEITO os embargos de declaração interpostos pela Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto

Presidente da 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção”

A Fazenda Nacional então interpôs **recurso especial** (E-fls. 652 ss.), trazendo como paradigmas os acórdãos n. 1201-001.350 e 1201-000.285, para sustentar que “*para que o interessado pudesse amortizar o ágio pago na aquisição da Refisol S/A, este deveria ter como fundamento econômico a previsão dos resultados de exercícios futuros da própria Refisol S/A (incorporada). Ocorre que, como visto no laudo de avaliação, a perspectiva de resultados de exercícios futuros está fundada no desempenho da Alberto Pasqualini - Refap S/A, e não da Refisol S/A. A Refisol S/A não têm, data vênua, expectativa de gerar, por si só, lucros futuros, já que não dispõe de fatores de produção, como bem relatado pela fiscalização. Cabe lembrar que seu único ativo era os 30% do capital social na Alberto Pasqualini - Refap S/A e que sua única finalidade foi servir de instrumento para transferi-lo para o interessado.*”

Assim, conclui: “*Portanto, é importante registrar que o ágio foi apurado com base na expectativa de resultados futuros, não da incorporada Refisol S/A, mas sim, da controlada/coligada Alberto Pasqualini - Refap S/A que, é bom que se diga, não foi incorporada pelo interessado. Logo, in casu, descabe a aplicação do art. 386, inciso III, do RIR/1999, não sendo dedutíveis, na apuração do lucro real, e da base de cálculo da CSLL, as amortizações de ágio registradas pelo interessado, diga-se, indevidamente, em conta do ativo diferido.*”

Ao Recurso Especial foi dado parcial seguimento por **despacho de admissibilidade** (E-fls. 666 ss.) demarcando que os acórdãos paradigmas “*trazem o entendimento de que a dedutibilidade da despesa com amortização de ágio não é possível na circunstância em que a aquisição de participação societária decorre de terceira sociedade, da qual o patrimônio não foi absorvido em razão de incorporação, fusão ou cisão*”, enquanto o acórdão recorrido “*vem considerar que as condições para adedutibilidade da despesa com amortização de ágio são: a independência entre as partes, a efetiva existência do ônus que justifique o ágio e a ausência de empresas veículo com finsexclusivamente tributários. No presente caso, há participação societária e a legislação pertinente não impõe restrição quanto à natureza do ativo que gerará a rentabilidade.*”

Por sua vez, a contribuinte ofereceu **contrarrazões** (E-fls. 680 ss.), combatendo a única divergência apresentada pela Fazenda Nacional.

Passa-se, então, à apreciação do recurso.

Voto Vencido

Conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio - Relatora

Conhecimento do Recurso Especial

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

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

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

Mérito

Coerentemente com a análise de conhecimento procedida, devolve-se a este colegiado o julgamento da divergência quanto ao laudo de avaliação que fundamenta o ágio na operação em que a REPSOL incorporou a REFISOL, cujo patrimônio resumia-se à participação em 30% do capital da REFAP, segundo a fiscalização, a detentora dos ativos e fatores de produção.

Primeiramente, pontua-se que o acórdão recorrido já demarcou não estar em questão o fato de a REFISOL haver sido classificada como sociedade veículo, que já havia sido considerado não determinante pela decisão da DRJ, restando, portanto, a questão de o laudo da

REFISOL ser suficiente para avaliar sua rentabilidade, com base no patrimônio que detém, o qual, afinal, refletiria a lucratividade da REFAP.

É importante se pontuar que não se está sequer tratando de um laudo elaborado para a REFAP em si, que é o que foi objeto de alguns julgados, como um dos paradigmas, mas um laudo da própria incorporada, que foi afastado simplesmente pela argumentação de que não possuiria fatores de produção.

Ocorre que, de pronto, vê-se que a legislação vigente à época dos fatos sequer exigia a elaboração de laudo de avaliação, mas apenas prova que demonstrasse o fundamento econômico do ágio, de modo que não se vê como estabelecer então critério específico para a produção do laudo, o que foi confirmado pela Lei n. 12.973/2014.

Além disso, a legislação também não trazia qualquer previsão no sentido exigido pela fiscalização, tornando-a arbitrariedade da autoridade asministrativa, sem fundamento legal, o que invalidaria por si só o lançamento efetuado.

De todo modo, se está se tratando de uma empresa cujo objeto é a participação noutra empresa, naturalmente a lucratividade desta deve ser avaliada, e não a impossibilidade do ágio ser afastada por conta de não possuir fatores de produção, no dizer da fiscalização, porque justamente essa é a sua finalidade.

Certamente que com a participação de 30% da REFISOL na REFAP o lucro desta refletirá na primeira, razão pela qual se entende então não só que o seu laudo deve estar pautado na rentabilidade da empresa na qual detém participação, como também se aceitaria inclusive se o laudo houvesse sido elaborado para a REFAP, porque conseguiria demonstrar o fundamento econômico do ágio da mesma forma, ainda que indiretamente.

Por esses motivos sintetizados acima, mantém-se o acórdão recorrido, adotando-se também suas razões de decidir:

“Conselheiro Leonardo de Andrade Couto

O recurso é tempestivo e foi interposto por signatário devidamente legitimado, motivo pelo qual dele conheço.

A arguição de nulidade da decisão de primeira instância não merece prosperar. Ainda que o acórdão tenha tomado como base o decidido em outro processo –tratando da mesma matéria – houve a transcrição das principais partes que embasaram a decisão aqui prolatada, deixando claras as razões de decidir e os pontos de divergência com a defesa.

No mérito, de imediato importa registrar que, para fins de dedução das despesas com ágio, as premissas básicas a serem verificadas são: a independência entre as partes, a efetiva existência do ônus que justifique o ágio e a ausência de empresas veículo com fins exclusivamente tributários.

A justificativa da Fiscalização para não aceitar a dedução das despesas com ágio voltou-separa o laudo de avaliação da Refisol S/A, incorporada pela

autuada. De acordo com o Fisco, tendo em vista que as atividades que geraram as expectativas de lucros futuros seriam desenvolvidas pela REFAP (da qual a Refisol detinha 30% das ações) não haveria como imputá-las à Repisol pois o conjunto de fatores de produção lhe seriam estranhos. Assim, nos dizeres do Fisco, a Repisol seria meramente uma empresa veículo. Em relação às premissas para de dutibilidade a questão da independência entre as partes é incontroversa e sequer foi cogitada pela Fiscalização como limitador. A decisão recorrida reconhece tal fato (ainda que com base em acórdão proferido por outra Unidade):

[...]

No caso concreto, tal fato não ocorreu. A Refisol S/A não foi criada pelo interessado, mas sim pelo grupo Petrobrás, e a Refisol S/A não serviu de instrumento para transportar o ágio, mas sim, para receber um ativo segregado do grupo Petrobrás (30% da Alberto Pasqualini Refap S/A) a ser transferido para o interessado, em razão da permuta de ativos.

[...]

Além de registrar a independência entre as partes, a transcrição supra mostra que a decisão recorrida estabelece que a Repisol foi utilizada não para transportar o ágio mas para receber um ativo segregado da Petrobras. No meu sentir essa distinção não descaracterizaria a empresa veículo e a lide deveria ser analisada sobre esses moldes. Entretanto, a Fiscalização voltou-se ao questionamento do laudo e a decisão recorrida caminhou na mesma linha e ainda ressaltou que a classificação da Refisol como empresa veículo não seria relevante, conforme transcrição abaixo:

[...]

Todavia, toda essa discussão de se a Refisol S/A poderia ser ou não classificada como “empresa veículo” é irrelevante, pois o fato é que o único propósito da Refisol S/A foi servir de instrumento para transferir 30% do capital social da Alberto Pasqualini Refap S/A para o interessado. Sendo assim, e considerando que a Refisol S/A não tinha outro ativo e nem fatores de produção, o ágio não poderia ter como fundamento econômico a previsão de seus resultados futuros, como, de fato, não teve. Como já foi abordado anteriormente, o laudo de avaliação comprova que a perspectiva de resultados futuros está fundada no desempenho da Alberto Pasqualini Refap S/A.

[...]

Vê-se portanto que, com base na decisão recorrida, restou como questão impeditiva para a dedução o fato de que os resultados que serviriam de base para o cálculo da rentabilidade futura da Repisol pertenceriam à Refap.

A meu ver, o posicionamento do Fisco – e da decisão recorrida – só teria fundamento se não existisse qualquer vínculo entre a Repisol e a REFAP. Dito de outra forma, um incremento de rentabilidade na REFAP não poderia ter qualquer impacto na Repisol.

Ora, se a Repisol detém 30% da participação acionária na REFAP, os resultados dessa última se refletirão naquela na mesma proporção.

Quando a norma estabelece como fundamento econômico do ágio o valor da rentabilidade da coligada ou controlada com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, não faz qualquer distinção quanto à origem desse resultado. Correta a interessada em argumentar que não há restrição quanto à natureza do ativo que gerará a rentabilidade.

*Do exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário.
Leonardo de Andrade Couto Relator”*

No mesmo sentido, também se adota as razões postas no acórdão n. 1302-001.995, do Conselheiro Alberto Silva Pinto Junior, no processo n. 16832.000247/200839, justamente no qual se julgou autuação sobre os mesmos fatos, mas relativamente ao período de 2003 a 2007. Vale a sua leitura:

“Trata-sede uma fundamentação para a glosa de amortização de ágio totalmente inusitada, para falar o mínimo. Note-seque, em momento algum, o autuante enquadra a situação como uma operação casa e separa, ágio interno, transferência de ágioexterno ou mesmo simulação pelo uso de empresa veículo.

É verdade que, ao final da Descrição dos fatos a fls. 1649, o autuante faz ligeira afirmação de que a Refisol seria uma “empresa veículo”, mas não desenvolve tal afirmativa, nem muito menos enquadra a conduta como simulação ou fraude, tanto que o lançamento foi com multa de 75%. Por essa razão, deixo de me manifestar sobre tal afirmativa. Por sua vez, também não fala em abuso de direito.

Ora, isso, por si só, já é suficiente para considerarmos a glosa indevida, pois cabia ao autuante demonstrar a existência de alguma patologia jurídica nos atos praticados, para justificar o não reconhecimento dos efeitos que lhes são próprio.

O lançamento adotou um critério jurídico, o qual, se alterado para atender outras conclusões deste Colegiado, significaria um possível novo lançamento e não apenas uma correção do aspecto quantitativo do lançamento. A instância julgadora pode determinar que se exclua uma parcela da base tributável e que se recalcule o tributo devido, ou mesmo determinar que se recalcule a base de cálculo considerando uma despesa dedutível ou uma receita como não tributável, mas não pode inovar o lançamento a partir de outro critério jurídico que o altere substancialmente, mesmo porque, nessa hipótese, estaríamos determinando um novo lançamento. Por essas razões, deixo de me pronunciar se houve ou não simulação ou abuso de direito caracterizado pela utilização de empresa veículo, porque não é essa a imputação feita à conduta da recorrente pelo autuante.

O fulcro da acusação é de que, nos termos do art. 7º da Lei 9.532/97, a recorrente não estava autorizada a deduzir tributariamente a despesa com a amortização do ágio na aquisição da Refisol, porque “as atividades que geraram as expectativas de lucros futuros são todas desenvolvidas pela Refap, cujo conjunto de fatores de produção permanece sob seu inteiro domínio e em nada contribui para a formação dos resultados tributáveis do contribuinte”.

Ora, o autuante comete rotundo equívoco ao interpretar o art. 7º da Lei 9.532/97, base legal do art. 386 do RIR/99. Primeiramente, há que se observar que ágio é apenas a parte do valor de aquisição que supera o valor patrimonial do investimento adquirido, o qual tenha, por força da legislação societária, que ser avaliado pelo MEP. O autuante, em nenhum momento, questionou a existência do ágio na aquisição pela recorrente da Refisol. Segundo, o art. 7º da Lei 9.532/97 não admite a interpretação que lhe foi dad

apelo autuante, ou seja, pelo fato de a Refisol ter como fonte de receitas apenas a sua participação na Refap, não tornaria indedutível a despesa de amortização do ágio após a recorrente incorporá-la (após a Repsol incorporar a Refisol).

O art. 7º da Lei 9.532/97 exige apenas que haja a absorção do patrimônio da investida, para que a amortização do ágio passe a ser tributariamente dedutível, o que se justifica (aceite-se ou não tal justificativa, mas é a inteligência do dispositivo legal) unicamente no fato de que não seria mais possível, após tal absorção, a recuperação do custo pela alienação do investimento.

Por essas razões, voto por dar provimento ao recurso voluntário.

Alberto Pinto Souza Junior Relator”

Por essas razões, **vota-se por NEGAR PROVIMENTO ao recurso da Fazenda Nacional**, mantendo-se o acórdão recorrido e desconstituindo-se o crédito tributário.

(assinado digitalmente)

Daniele Souto Rodrigues Amadio.

Voto Vencedor

Conselheiro Flávio Franco Corrêa, Redator Designado.

Indo aos fatos, conforme o que consta no laudo de avaliação às E-fls. 59/82:

1) REFAP foi constituída em 27/11/2000 com o objetivo de suportar as transferências de ativos entre PETROBRAS e REPSOL - YPF;

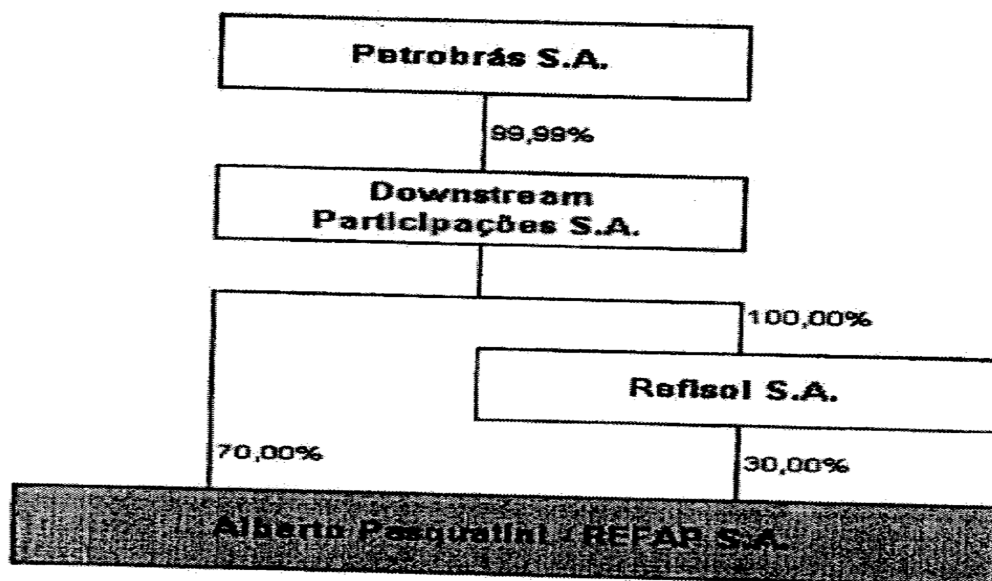
2) DOWNSTREAM PARTICIPAÇÕES foi criada em 27/11/2000 com o objetivo de facilitar a permuta de ativos entre PETROBRAS e REPSOL-YPF;

3) REFISOL foi criada em 22/11/2000, tendo como objetivo a participação no capital social de outras pessoas jurídicas;

4) em 05/02/2001, com base em contrato de permuta de ativos entre PETROBRAS E REPSOL YPF, as ações da primeira na REFAP são transferidas para DOWNSTREAM PARTICIPAÇÕES (REFAP se tornou subsidiária integral de DOWNSTREAM PARTICIPAÇÕES);

5) em 06/02/2001, DOWNSTREAM PARTICIPAÇÕES transferiu 30% do capital da REFAP para REFISOL.

Ao final, obteve-se a estrutura societária abaixo:



Os autos ainda descrevem que, de acordo com o laudo de 30/09/2001, BDO DIRECTA AUDITORES efetuou a avaliação de REFAP "face à necessidade de transferir 30% das referidas ações para a Refisol S/A para posterior troca de ativos com a REPSOL YPF BRASIL S/A, como parte do acordo firmado com a Repsol YPF S/A, Repsol YPF Brasil S/A, Petróleo Brasileiro S/A, Petrobras Distribuidora S/A - BR E Downstream Participações S/A". (grifei). Ora, em 06/02/2001, portanto, antes de 30/09/2001, DOWNSTREAM PARTICIPAÇÕES já havia transferido a quota de 30% do capital de REFAP para REFISOL.

Ainda que se diga que este laudo tenha sido elaborado para aferir o valor de mercado do investimento em REFISOL com vistas à transferência desta para a fiscalizada, é

inegável que, antes disso, o mesmo laudo reavaliara o investimento em REFAP para a atribuição do valor de mercado do investimento em REFISOL. Nessas circunstâncias, claro que a mais valia do investimento em REFAP, decorrente da reavaliação, acabou originando o ágio do investimento em REFISOL suportado pela fiscalizada, com a expectativa de ser deduzido dos resultados fiscais da incorporadora, com suposto lastro do artigo 7º da Lei nº 9.532/1997.

O cenário aqui apresentado revela que REFISOL não passou de um mero veículo, resultante de uma arquitetura negocial concebida entre o grupo REPSOL e a PETROBRAS com a finalidade de gerar uma despesa pretensamente dedutível, a título de ágio, na aquisição, pela fiscalizada, do investimento em REFAP, com a mais valia da reavaliação.

Tendo em conta que o único ativo de REFISOL é o percentual de 30% do capital de REFAP, o grupo REPSOL e PETROBRAS vislumbraram, em última instância, a transferência de REFAP para a recorrida. Em outras palavras, retirando-se o véu colocado para ocultar o verdadeiro propósito negocial, mostra-se transparente que a pessoa jurídica efetivamente investida não é REFISOL, mas REFAP. Por isso, impõe-se o reconhecimento da procedência do argumento da Fazenda Nacional, ao expor que "as atividades que geraram as expectativas de lucros futuros seriam todas desenvolvidas, não pela Refisol S/A, **mas sim pela Refap S/A, que não foi incorporada.**" (grifo no original)

Ocorre que o *caput* do artigo 7º da Lei nº 9.532/1997 remete a dedutibilidade da amortização do ágio, fundado em expectativa de rentabilidade futura, para fins de cálculo do lucro real, à exigência de que a participação societária na pessoa jurídica incorporada tenha sido adquirida com esse ágio pela incorporadora. Já o artigo 8º da Lei nº 9.532/1997 permite a dedução da despesa de amortização do ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura, nos casos em que a pessoa jurídica incorporadora adquirir a participação societária na incorporada com a referida mais valia. Ademais, sobreleva-se dos citados dispositivos legais que a influência do ágio no resultado tributável pelo IRPJ só tem amparo legal se houver a confusão patrimonial entre a investidora e a investida, momento em que o investimento adquirido com ágio torna-se extinto. Isso, contudo, como já afirmado, não aconteceu, porquanto a confusão patrimonial operou-se entre recorrida e REFISOL.

No tocante à prática de infração à legislação da CSLL, cabe elucidar, preliminarmente, que o ágio pago com lastro em rentabilidade futura deve ser contabilmente amortizado ao longo do tempo, conforme orienta o Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações da FIPECAFI¹:

"11.7.4 Natureza e Origem do Ágio ou Deságio

[...]

c) ÁGIO POR VALOR DE RENTABILIDADE FUTURA

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

¹ Sérgio de Iudicibus, Eliseu Martins e Ernesto Rubens Gelbcke. São Paulo: Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras (FEA/USP), 7a Edição.

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

[...]

11.7.5 Amortização do Ágio ou Deságio

a) CONTABILIZAÇÃO

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

O ágio pago por expectativa de lucros futuros da coligada ou controlada deve ser amortizado dentro do período pelo qual se pagou por tais futuros lucros, ou seja, contra os resultados dos exercícios considerados na projeção dos lucros estimados que justifiquem o ágio. O fundamento aqui é o de que, na verdade, as receitas equivalentes aos lucros da coligada ou controlada não representam um lucro efetivo, já que a investidora pagou por eles antecipadamente, devendo, portanto, baixar o ágio contra essas receitas. Suponha que uma empresa tenha pago pelas ações adquiridas um valor adicional ao do patrimônio líquido de \$ 200.000, correspondente a sua participação nos lucros dos 10 anos seguintes da empresa adquirida. Nesse caso, tal ágio deverá ser amortizado na base de 10% ao ano. (Todavia, se os lucros previstos pelos quais se pagou o ágio não forem projetados em uma base uniforme de ano para ano, a amortização deverá acompanhar essa evolução proporcionalmente). (...)"

Portanto, o ágio pago por expectativa de rentabilidade futura, na aquisição de investimento, é despesa amortizável; como tal, está sujeita à norma veiculada pelo artigo 13, inciso III, da Lei nº 9.249/1995:

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

[...]

III - de despesas de depreciação, amortização, manutenção, reparo, conservação, impostos, taxas, seguros e quaisquer outros gastos com bens móveis ou imóveis, exceto se intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços;

Isso porque, como é cediço, as ações são bens móveis, conforme previsão do artigo 82 do vigente Código Civil. Nesses termos, o ágio pago sob a justificativa de rentabilidade futura, na aquisição de ações, constitui gasto que deve ser amortizado, como despesa, dentro do período pelo qual se pagou por lucros futuros. Logo, tal despesa de amortização não pode afetar a apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, a teor do já mencionado artigo 13, inciso III, da Lei nº 9.249/1995.

Acrescente-se que os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 instituíram regras específicas às hipóteses de fusão, cisão e incorporação que são exclusivas ao âmbito do IRPJ, como bem explicitam os incisos III e IV do *caput* do antedito artigo 7º, ao estabelecerem que

Processo nº 16682.721095/2013-30
Acórdão n.º **9101-003.255**

CSRF-T1
Fl. 756

as influências da amortização do ágio baseado na alínea "b" do § 2º do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977 estão restritas à apuração do lucro real, uma vez ausente da redação de tais dispositivos da Lei nº 9.532/1997 qualquer referência à apuração da base de cálculo da CSLL. Ainda se fosse o caso de se entender que os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 são aplicáveis à CSLL, remanesceria o impedimento à dedutibilidade da despesa com ágio em razão da ausência de confusão patrimonial entre investida e investidora, consoante explicações anteriores.

Dessarte, com os argumentos presentemente externados, conheço do Recurso Especial da Fazenda Nacional para, no mérito, dar-lhe provimento.

É como voto.
(assinado digitalmente)
Flávio Franco Corrêa