



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10903.720009/2015-13
ACÓRDÃO	1201-007.272 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	24 de setembro de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	MOOZ SOLUCOES FINANCEIRAS LTDA
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013

NULIDADE. MODIFICAÇÃO DO CRITÉRIO JURÍDICO FIRMADO POR LANÇAMENTO PRÉVIO. CTN, ART. 146.

É nulo o lançamento que modifica o critério jurídico fixado por lançamento anterior para qualificar a multa de ofício e imputar responsabilidade tributária relativamente aos fatos geradores ocorridos posteriormente à fixação do critério jurídico pelo lançamento anterior, que avaliou as mesmas operações societárias sob o mesmo prisma da dedutibilidade do ágio.

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A previsão de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no artigo 386 do RIR/1999, pressupõe a participação de uma pessoa jurídica investidora que, de forma efetiva, tenha reconhecido a mais-valia do investimento e realizado sacrifícios patrimoniais concretos para sua aquisição.

Na ausência de tais sacrifícios, especialmente quando demonstrado que alienante e adquirente pertencem ao mesmo grupo econômico, resta caracterizada a artificialidade da reorganização societária. Tal operação, desprovida de propósito negocial e de substrato econômico efetivo, não possui o condão de legitimar o aproveitamento fiscal do ágio pleiteado pela contribuinte.

MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA. POSSIBILIDADE.

É cabível a aplicação de multa isolada, decorrente da falta de pagamento do IRPJ e da CSLL calculados sobre bases estimadas mensais, concomitantemente com multa de ofício, referente ao tributo devido e não

pago ao final do período de apuração anual, uma vez tratarem de hipóteses punitivas distintas.

PREJUÍZO FISCAL E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DA CSLL. RETIFICAÇÃO. EFEITOS CONDICIONADOS À DECISÃO ADMINISTRATIVA DEFINITIVA. SOBRESTAMENTO.

A retificação dos saldos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL deverá observar o que vier a ser decidido, em caráter definitivo, no presente processo administrativo. Ainda que tais saldos tenham sido ajustados em decorrência do lançamento de ofício anterior e no ora analisado, poderão ser novamente retificados caso os julgamentos finais sejam favoráveis à recorrente. Inexiste previsão de sobrestamento.

ACÓRDÃO

Acordam os membros do colegiado dar parcial provimento ao recurso voluntário, nos seguintes termos: (a) por maioria de votos, manter as glosas de amortização do ágio. Vencidos os Conselheiros Isabelle Resende Alves Rocha e Lucas Issa Halah (Relator) que exoneravam; (b) por maioria dos votos, afastar a qualificação da multa de ofício aplicada. Vencida a Conselheira Carmen Ferreira Saraiva (substituta integral) que, nessa matéria, dava parcial provimento apenas para aplicar a retroatividade benigna reduzindo o índice da qualificação da multa de ofício para 100%; (c) por maioria de votos, exonerar as responsabilidades tributárias imputadas. Vencida a Conselheira Carmen Ferreira Saraiva (substituta integral) que mantinha; (d) por voto de qualidade, manter a exigência da multa isolada aplicada. Vencidos os Conselheiros Renato Rodrigues Gomes, Isabelle Resende Alves Rocha e Lucas Issa Halah (Relator) que afastavam; e (e) por voto de qualidade, negar o pedido de reestabelecimento da base de cálculo negativa de CSLL. Vencidos os Conselheiros Renato Rodrigues Gomes, Isabelle Resende Alves Rocha e Lucas Issa Halah (Relator) que acatavam. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Marcelo Antonio Biancardi.

Assinado Digitalmente

Lucas Issa Halah – Relator

Assinado Digitalmente

Marcelo Antonio Biancardi – Redator Designado

Assinado Digitalmente

Raimundo Pires de Santana – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Marcelo Antonio Biancardi, Renato Rodrigues Gomes, Carmen Ferreira Saraiva (substituto[a] integral), Isabelle Resende Alves Rocha, Lucas Issa Halah, Raimundo Pires de Santana Filho (Presidente).

RELATÓRIO

O caso versa sobre lançamento tributário de IRPJ e CSLL por glosa de despesas de amortização fiscal de ágio nos anos-calendário de 2010 a 2013.

Também foi glosada a compensação de base de cálculo negativa de CSLL no ano-calendário de 2012 sob a premissa de que referidos saldos teriam sido absorvidos pelas infrações apuradas nos autos do processo nº 10980.723408/2011-81 (glosa dos encargos com amortização do ágio interno nos anos-calendário de 2008 e 2009).

A multa de ofício foi qualificada, houve lançamento da multa isolada por insuficiência no recolhimento de estimativas e os sócios foram responsabilizados solidariamente com fundamento nos artigos 124, I e 135, III do CTN. Houve arrolamento de bens de um dos sócios responsabilizados, Miguel Gellert Krigsner, e lavratura de representação fiscal para fins penais.

O ágio foi formado em operações societárias alegadamente internas ao grupo Boticário, tendo como data de sua geração a incorporação das ações da G&K Holding ocorrida em 18/12/2006 e início da dedução o ano-calendário de 2008, a partir da incorporação reversa promovida pelo Recorrente na qualidade de incorporador.

A autoridade autuante glosou o ágio pois em seu entender seria Ágio Interno fabricado por meio de operação sem propósito negocial na qual não houve pagamento de preço. Verbis:

“160. Como já abordado anteriormente, da análise do conjunto de operações societárias efetuadas e isoladamente realizadas sob os ditames legais, descortina-se o intuito doloso, embutido no seu planejamento e execução, de uma redução indevida de tributos, pela ausência de substância econômica ou propósito negocial, em que a economia de tributo é a única ou principal motivação, caracterizando uma evasão fiscal, que todos sabemos ser uma prática contrária à lei.”

Sob a ótica contábil, argumenta também que sob a perspectiva dos CPCs nºs 02 e 04 o ágio interno não poderia ser reconhecido. Vejamos:

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

Em alguns casos incorre-se em gastos para gerar benefícios econômicos futuros, mas que não resultam na criação de ativo intangível que se enquadre nos critérios de reconhecimento estabelecidos no presente Pronunciamento. Esses gastos costumam ser descritos como contribuições para o ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente, o qual não é reconhecido como ativo porque não é um recurso identificável (ou seja, não é separável nem advém de direitos contratuais ou outros direitos legais) controlado pela entidade que pode ser mensurado com confiabilidade ao custo.” (grifos nossos)”

48. Paralelamente, verificamos na Orientação CPC 02, que “o ativo intangível correspondente a ágio por expectativa de rentabilidade futura só pode ser reconhecido se adquirido de terceiros, nunca o gerado pela própria entidade (ou mesmo conjunto de empresas sob controle comum). E o seu reconhecimento será sempre pelo custo, vedada completamente sua reavaliação.”

49. Reiterando e complementando este entendimento, encontramos na Orientação CPC 04:”

A multa de ofício foi qualificada sob argumento que se confunde com um dos próprios fundamentos para a glosa do ágio, o fato de ser interno, pois, segundo a fiscalização, tudo indica que a reestruturação teria sido arquitetada com o único ou principal propósito de economizar tributos.

“139. Tais dados indicam o elevado interesse dos mencionados acionistas no resultado de todas as reestruturações societárias, por eles próprios deliberadas, e a responsabilidade que têm sobre as decisões tomadas, haja vista que, à época da ocorrência dos fatos geradores, ocuparam as mais altas posições na administração, tanto da EMBRALOG/HAGANÁ quanto da G&K (empresa que, em algum período, deteve nela participação). Ou seja, a administração efetiva continuou em suas mãos mesmo constando em seu Estatuto Social que essa era uma incumbência da Diretoria, haja vista que as Assembleias Gerais somente poderiam ser convocadas por um dos quotistas/acionistas (que eram os próprios Miguel e Artur ou as empresas que tinham somente eles por sócios), assim como eram sempre por um deles presididas. Se não bastasse, a Diretoria estatutariamente cumpria obrigatoriamente o que fosse determinado nas referidas assembleias. Era exatamente esta estrutura hierárquica que os colocava no comando de tudo e lhes conferia total poder de decisão.

140. A ocorrência de operações como as que nos deparamos, com o intuito de registrar um ágio fictício, deduzindo-o da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, se enquadra na hipótese prevista nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, já que o objetivo com estas operações era impedir o Fisco do conhecimento de como ocorreu realmente o fato gerador ou de aspectos deste, o que autoriza a cominação da multa de lançamento de ofício qualificada, prevista no § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007:”

Contribuinte informou o ágio nas DIPJ's, e a fiscalização viu nessa prática mais uma causa para qualificar a multa de ofício

“144. Acrescente-se a tudo isto que o fato de **incluir nas DIPJ informações sobre o “ágio” como se ele dedutível fosse, em nada altera a tipificação do dolo.** Ao contrário, constitui-se em **mais uma parte da estratégia para tentar mascará-lo.** A conduta repetida, de reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, não apenas nos AC de 2010 a 2013 ora autuados, mas também nos anos de 2008 e 2009, já fiscalizados e lançados (a amortização total foi prevista para ser concluída em **5 anos**, ou seja, até outubro de 2013), expõe a sonegação enquadrada no artigo 71 da Lei nº 4.502/64.”.

Fiscalização incluiu os sócios/administradores da pessoa jurídica fiscalizada à época da ocorrência das infrações, Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaumr, no polo passivo desta autuação, na condição de responsáveis solidários, conforme os arts. 124, inc. I, e 135, inc. III, do CTN, pelos mesmos fundamentos utilizados para a qualificação da penalidade, notadamente expostos em seu parágrafo 139 acima transcrito.

A responsabilidade solidária com fundamentação no art. 124, I do CTN foi assim justificada e tratada como hipótese de responsabilidade objetiva decorrente de interesse econômico, pois os sócios receberiam dividendos da sociedade:

“147. Assim sendo, quando duas ou mais pessoas estiverem ligadas por interesse comum e vinculadas por qualquer forma de interesse econômico ao fato gerador (e o fato gerador sempre tem substrato econômico), haverá solidariedade legal presumida (art. 124, I).

(...)

152. A responsabilidade solidária é objetiva, presumida. A mera vinculação da pessoa ao fato gerador no qual tinha interesse econômico produz, desde logo, a sujeição passiva por solidariedade.

153. A situação configurada na lei (art. 124, I) é aquela em que todos os envolvidos ganham simultaneamente com o fato econômico tornado fato gerador pela lei tributária; aquela em que todos os envolvidos estão do mesmo lado, pretendendo o maior benefício possível do referido fato econômico.

154. No caso dos sócios/acionistas que participam da lucratividade de uma empresa obrigada, todos os envolvidos (sócios/acionistas e empresa) têm interesse comum nos resultados econômicos do fato gerador; todos se beneficiam

com o lucro dele advindo; daí a solidariedade presumida que se estabelece entre eles para a satisfação do tributo ou contribuição resultante.”

A responsabilidade também foi fundamentada no 135, III, pois vislumbrou-se intento doloso dos sócios em praticar infração consciente à lei.

“160. Como já abordado anteriormente, da análise do conjunto de operações societárias efetuadas e isoladamente realizadas sob os ditames legais, descortina-se o intuito doloso, embutido no seu planejamento e execução, de uma redução indevida de tributos, pela ausência de substância econômica ou propósito negocial, em que a economia de tributo é a única ou principal motivação, caracterizando uma evasão fiscal, que todos sabemos ser uma prática contrária à lei.

161. Este intuito doloso configura uma infração de lei praticada pelos acionistas e administradores da empresa que detêm amplo poder de gerência sobre os desígnios da mesma, enquadrando-se desta forma no inciso III do art. 135 do CTN, retrocitado.”.

Também se fundamentou a responsabilização solidária no art. 187 do Código Civil, equivocadamente referenciado no TVF como “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro”.

Contribuinte e responsáveis ofertaram impugnações autônomas.

O Contribuinte:

- 1) Alega decadência com termo inicial na data de formação do ágio, 18/12/2006.
- 2) Defende a existência de Razões Empresariais que Ensejaram a Apuração do Ágio e sua Amortização Pela Embralog (Atual Haganá), relatando o contexto e que se deu a reestruturação societária. Nesse sentido, afirma que:
 - i. Na reestruturação do grupo foi realizada a segregação de suas linhas de negócios e captação de recursos de investidor externo via fundo de Investimentos (IGP), de maneira que o ágio apurado foi uma consequência do processo.
 - ii. O fundo investidor IGP transferiu suas quotas ao fundo de investimentos do grupo Votorantim (Votorantim G&K), havendo divergência de interesses entre o novo investidor (rentabilidade de curso prazo) e do grupo Boticário (expansão por meio de aquisições em segmentos distintos). Por isso foi feita nova reestruturação (cisão parcial) visando a preservar os interesses do novo investidor ao mesmo tempo em que o grupo Boticário implementava sua nova estratégia de crescimento.
 - iii. Após a cisão parcial as pessoas físicas e o Votorantim, que inicialmente detinham as ações da G&K Holding, receberam em substituição de suas ações possuídas no capital desta holding, ações novas das empresas operacionais.
 - iv. O plano de expansão que deu causa à nova reestruturação se concretizou.

- 3) Defende a improcedência da qualificação da multa de ofício, notadamente considerando que os autos de infração lavrados pelo ágio amortizado nos anos-calendário de 2008 e 2009 ocorreu com multa de ofício de 75%, sem qualificação. Afirma que a qualificação neste momento implica alteração de critério jurídico, já que os fatos são idênticos.
- 4) Tece argumentos sobre comentários feitos pela autoridade autuante relativos a auto de infração anterior, irrelevantes ao presente caso.
- 5) Alega que ágio em questão não era interno, pois realizadas em função de, e no contexto do ingresso de uma parte independente não relacionada no capital das empresas do Grupo, qual seja, o acionista estratégico IGP, posteriormente G&K do Grupo Votorantim”, o que foi isolado pela fiscalização que deu relevância apenas às últimas etapas da reestruturação (a incorporação de ações ocorrida em 2006 e a cisão parcial ocorrida em 2008).
- 6) Rememora Parecer de Eliseu Martins sobre as normas contábeis em vigor, segundo o qual “A operação realizada pela consultante NÃO pode ser caracterizada como ágio interno. A operação possui todos os elementos necessários para a caracterização da amortização fiscal do ágio. No Brasil, principalmente à época dos atos praticados, ‘ágio interno’ se referia, de fato, exclusivamente ao reconhecimento desse ativo (...) *qualquer pretensão fiscal no sentido de rejeitar o ágio alegando tratar-se de ágio interno implica na exigência de imposto sobre um modelo de tributação em conjunto, que nunca entrou em vigor no Brasil*”.
- 7) Afirma que a CVM expressamente reconhece o efeito dos encargos de amortização do ágio sobre o lucro dos acionistas e regula procedimentos visando neutralizar tais efeitos.
- 8) Pontua que valores foram apurados com base em laudo da KPMG que avaliou as empresas com base no método do fluxo de caixa descontado.
- 9) Afirma que o conceito de ágio interno não existe na legislação brasileira, sendo a operação não vedada.
- 10) Ainda, alega que “... a norma que, de fato, passou a dispor e a regular o ágio gerado internamente só veio a integrar o Direito Contábil Societário muito tempo após as operações em questão, mais precisamente em 5 de novembro de 2010, quando da aprovação do CPC nº 04/10, porém sem efeitos tributários até o advento da Lei nº 12.973/2014” que vedou o aproveitamento do ágio entre partes dependentes, chamado de interno, sendo eu até a época das operações o desmembramento do custo de aquisição era obrigatório.

- 11) Defende a fidedignidade dos valores apurados no Laudo de Avaliação e assevera que os questionamentos fiscais se basearam no resumo do laudo, e não em sua integralidade, lembrando ainda que a expectativa de rentabilidade representa sempre uma estimativa que pode não se realizar, mas que no caso se realizou e superou as expectativas do laudo da KPMG.
- 12) Sobre a falta de pagamento em dinheiro, alega que esta forma de pagamento não é exigida pela legislação, sendo forma de quitação impossível na operação de incorporação de ações, que é distinta da incorporação societária não só na estrutura (naquela, a ocorre o aumento do capital da sociedade incorporadora, que passa a ter a outra sociedade como sua subsidiária integral), como também nas consequências, pois nesta não ocorre sucessão universal, protegendo o investidor.
- 13) Afirma que mesmo caso fosse interno o ágio, deveria ter tratamento isonômico com o deságio, que é tributável mesmo em operações entre partes relacionadas.
- 14) Defende a inaplicabilidade dos requisitos do art. 299 do RIR/99 e subsidiariamente, caso se entenda por sua aplicabilidade,
- 15) Defende a ausência de dolo, pedindo a aplicação do art. 112 do CTN.
- 16) Sustenta a inexistência de abuso de direito
- 17) Afirma que não houve dolo, pois a empresa agiu às claras.
- 18) Defende a ausência de comprovação de dolo e fraude, argumentando que “a caracterização do dolo pelas autoridades lançadoras apoia-se no suposto benefício para os acionistas da Impugnante, como se os recursos pagos ou distribuídos pela pessoa jurídica, o fossem por meio ilegal e às custas do Erário, simplesmente pela eventual consequência da redução da carga tributária que a referida operação pudesse proporcionar”
- 19) Afirma que o relatório fiscal não aponta a ocorrência de
- “(i) ocultação de informações;
 - (ii) falta de vivência dos efeitos das operações praticadas;
 - (iii) documentos inidôneos, adulterados ou falsificados;
 - (iv) conduta ou atos contraditórios;
 - (v) não apresentação de esclarecimentos durante o procedimento de fiscalização, enfim, estes ou quaisquer outros elementos clássicos aptos a caracterizar a vontade exclusiva de suprimir ou reduzir tributos de forma ilegal”.
- 20) Sobre um equívoco no preenchimento do Fcont, alega que:

“erro não se confunde com ocultação e omissão de informação, até porque as inconsistências no preenchimento do FCONT não geraram qualquer outra repercussão diversa do que a própria amortização do ágio. Em outras palavras: tais inconsistências não acarretaram recolhimento a menor de tributo, tanto assim que não houve qualquer exigência adicional além daquelas correspondentes ao ágio que foi amortizado!”.

- 21) Defende a ausência de Previsão Legal Para a Adição na Base de Cálculo da CSLL da Despesa com a Amortização de Ágio
- 22) Sustenta a impossibilidade de Aplicação da Multa Isolada Concomitante com a Multa de Ofício, e a inaplicabilidade da Multa Isolada em Razão do Encerramento do Ano-Base Quando da Lavratura dos Autos de Infração
- 23) Sobre a glosa de Base Negativa de CSLL do ano de 2012, alega que a impugnação apresentada nº processo nº 10980.723408/2011-81 ainda se encontra pendente de julgamento, razão pela qual os créditos tributários nele exigidos estão com sua exigibilidade suspensa, nos termos do artigo 151, inciso III, do CTN. Logo, não se pode afirmar, até o presente momento, que houve efetiva compensação indevida por ausência de saldo suficiente, sendo necessário que fique suspenso qualquer ato tendente à cobrança desses valores, até que seja proferida decisão final e definitiva nos autos do processo administrativo nº 10980.723408/2011-81.
- 24) Pugna pela ilegalidade da Cobrança de Juros Sobre a Multa de Ofício

Os responsáveis solidários, também impugnaram a autuação defendendo:

- 1) Nulidade por alteração de critério jurídico do lançamento relativamente à responsabilidade solidária;
- 2) Inexistência de abuso de direito;
- 3) Inexistência de dolo e fraude;
- 4) Inaplicabilidade do art. 124, I do CTN pelo simples fato de os responsáveis serem sócios e terem recebido dividendos, pois o interesse a que diz respeito o art. 124, I é jurídico; e
- 5) Inaplicabilidade do art. 135, III do CTN por ausência de dolo específico em cometer fraude, ausência de sentença transitada em julgado comprovando a infração de lei societária, e até mesmo por ausência de intenção exclusiva de economizar tributos, já que as operações tiveram propósito negocial.

O Acórdão Recorrido negou provimento às Impugnações, restando assim ementado:

“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013 NULIDADE.

Além de não se enquadrar nas causas enumeradas no artigo 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, e não se tratar de caso de inobservância dos pressupostos legais para lavratura do auto de infração, é incabível falar em nulidade do lançamento quando não houve transgressão alguma ao devido processo legal.

NULIDADE. MODIFICAÇÃO DO CRITÉRIO JURÍDICO.

APLICABILIDADE PARA LANÇAMENTO EFETUADO CONTRA O UM MESMO SUJEITO PASSIVO.

A vedação à modificação dos critérios jurídicos anteriormente adotados pela autoridade administrativa aplica-se apenas a lançamento fiscal efetuado contra um mesmo sujeito passivo.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013 AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO. FUNDAMENTO ECONÔMICO EM EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA.

EMPRESA VEÍCULO. OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA. TRANSAÇÃO DOS SÓCIOS COM ELES MESMOS. AUSÊNCIA DE SUBSTÂNCIA ECONÔMICA.

É descabida a amortização pela interessada do ágio interno, com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, apurado pela empresa veículo sobre o próprio patrimônio líquido da interessada, mediante operações societárias estruturadas em sequência dentro do grupo econômico, pois não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dos sócios com eles mesmos, haja vista a ausência de substância econômica e de não resultar de um processo imparcial de valoração, num ambiente de livre mercado e de independência entre as duas companhias.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. RECUPERAÇÃO DO VALOR PAGO ANTECIPADAMENTE POR CONTA DA EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA.

É condição indispensável para apuração do ágio que haja sempre um preço ou custo de aquisição, ou seja, um dispêndio para se obter algo de terceiros; o ágio por expectativa de rentabilidade futura deve ser amortizado dentro do período a que se referem os lucros futuros, observado o prazo mínimo de 60 meses, porquanto a realização dessa riqueza não configura um ganho para o investidor, pois este já pagou antecipadamente por ela, mas a recuperação do capital aplicado na aquisição da participação, fato que autoriza a sua amortização.

ÁGIO INTERNO APURADO SOB JUSTIFICATIVA DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA. CRIAÇÃO DE CONDIÇÕES ARTIFICIAIS PARA JUSTIFICAR A APURAÇÃO DO ÁGIO INTERNO PELA EMPRESA VEÍCULO.

Independentemente das razões e dos propósitos almejados com a reorganização societária do grupo econômico, é inegável que as operações societárias estruturadas em sequência, com utilização de empresa veículo, ainda que no prazo de quase dois anos, criaram condições artificiais para justificar a apuração de ágio interno, com finalidade de gerar ganhos indevidos de natureza tributária; a liberdade de auto-organização não endossa a prática de atos sem motivação negocial, pois o ágio amortizável de que trata o art. 7º, III, da Lei nº 9.532, de 1997, é aquele em que houve um efetivo dispêndio ou ônus assumido por terceiro em um processo imparcial de valoração, num ambiente de livre mercado e de independência entre as partes.

OPERAÇÕES INTRAGRUPU. INTEGRALIZAÇÃO DO AUMENTO DO CAPITAL DA EMPRESA VEÍCULO. PAGAMENTO EFETUADO POR NOVO SÓCIO. OPERAÇÃO DISTINTA DA QUE DEU CAUSA AO SURGIMENTO DO ÁGIO INTERNO.

A integralização do capital social da empresa veículo realizada por novo sócio estratégico constitui operação distinta da que deu causa à geração do ágio interno e é insuficiente para descaracterizar como intragrupo as operações societárias analisadas nos presentes autos; além de o aporte de R\$ 50.000.000,00 realizado pelo novo sócio ser irrisório e totalmente insignificante diante do valor de avaliação de R\$ 2.026.298.966,40 pelo qual as ações das empresas operacionais do grupo econômico foram recebidas na integralização do aumento do capital da empresa veículo, com base em laudo de avaliação elaborado sobre a expectativa de rentabilidade futura, o pagamento realizado pelo novo investidor não deu causa ao surgimento do ágio de R\$ 1.776.161.561,96 apurado pela referida empresa veículo.

CONSTITUIÇÃO DA PROVISÃO IN CVM 319/1999 E 349/2001. DESPESA INDEDUTÍVEL ADICIONADA NA PARTE “A” DO LALUR DA EMPRESA VEÍCULO. CONTROLE INDEVIDO NA PARTE “B” DO LALUR PARA EXCLUSÃO EM PERÍODO FUTURO.

Uma provisão é utilizada para registrar uma provável despesa futura, mas somente são dedutíveis as provisões com dedutibilidade expressamente autorizada pelos artigos 335 a 338 do RIR de 1999; a despesa com constituição de provisão não expressamente autorizada deve ser adicionada na parte “A” do Lalur para ser posteriormente excluída no período em que a despesa provisionada for efetivamente incorrida, porquanto tal despesa seria nesse momento dedutível, desde que devidamente comprovada e estejam atendidos os requisitos da necessidade, usualidade e normalidade no tipo de transação, operação ou atividades desenvolvidas pela empresa; contudo, a despesa com constituição da Provisão Instrução CVM 319/1999 e 349/2001 é indedutível não só por se tratar de provisão com dedutibilidade não autorizada pelos artigos 335 a 338 do RIR de 1999, mas também por se referir a despesa inexistente de ágio interno gerado artificialmente; como essa indedutibilidade não se restringe apenas ao período em que a provisão foi constituída pela empresa veículo, mas atinge todo e

qualquer período de apuração posterior, a despesa com constituição foi corretamente adicionada na parte “A” do Lalur, mas não podia jamais ser controlada na parte “B” desse livro para exclusão em período futuro.

COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS EM VALOR SUPERIOR AO DO SALDO COMPENSÁVEL DE EXERCÍCIOS ANTERIORES.

É descabida a compensação de prejuízos fiscais de períodos anteriores em montante superior ao dos saldos existentes.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013

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

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

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM COM A SITUAÇÃO QUE CONSTITUI O FATO GERADOR. ATOS PRATICADOS COM INFRAÇÃO DE LEI OU EXCESSO DE PODERES.

Os sócios controladores devem compor o rol dos responsáveis solidários pelo crédito tributário em face de terem interesse comum com a situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, porquanto tiveram participação ativa na concepção e execução do planejamento tributário levado a efeito para criação e amortização indevida do ágio interno; também devem ser responsabilizados por atos praticados com infração de lei ou excesso de poderes, pois, na condição de acionistas administradores, criaram condições artificiais para justificar a amortização indevida pela interessada de ágio constituído sobre o seu próprio patrimônio líquido, mediante operações estruturadas em sequência e com aparência de negócios jurídicos legítimos e válidos, mas desprovidos de causa.

POSSIBILIDADE DE FISCALIZAÇÃO DE FATOS OCORRIDOS EM PERÍODOS ANTERIORES. DECADÊNCIA. EFEITOS TRIBUTÁRIOS COM REPERCUSSÃO EM EXERCÍCIOS FUTUROS.

Os contribuintes estão sujeitos à fiscalização de fatos ocorridos há mais de cinco anos, ainda que não seja mais possível efetuar exigência tributária, em face da decadência, quando houver repercussão de seus efeitos em exercícios futuros ainda não decaídos; assim, não há como se iniciar a contagem do prazo decadencial no momento da constituição do ágio interno, pois não havia ainda crédito tributário algum a ser constituído; apenas com o início da exclusão no Lalur dos encargos com amortização do ágio interno passou a haver redução indevida do resultado tributável, quando, então, foi iniciada a contagem do prazo decadencial do direito de a Fazenda Pública efetuar o pertinente lançamento de ofício, inclusive com a correspondente multa de ofício.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

Aplicável a multa qualificada de 150% quando caracterizado o intuito de fraude para possibilitar à contribuinte a amortização de ágio gerado artificialmente sobre o seu próprio patrimônio líquido, pois os sócios da contribuinte estavam perfeitamente conscientes da falta de propósito negocial do ágio gerado em operações realizadas intragrupo, em transações que não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes.

MULTA DE OFÍCIO ISOLADA. FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO MENSAL DEVIDO POR ESTIMATIVA.

A falta ou insuficiência de recolhimento do imposto mensal devido por estimativa, por pessoa jurídica que optou pela tributação com base no lucro real anual, enseja a aplicação da multa de ofício isolada de 50%.

MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO INCIDENTE SOBRE O TRIBUTO APURADO COM BASE NO LUCRO REAL ANUAL. COMPATIBILIDADE.

Tratando-se de infrações distintas, é perfeitamente possível a exigência concomitante da multa de ofício isolada sobre estimativa obrigatória não recolhida ou recolhida a menor com a multa de ofício incidente sobre o tributo apurado, ao final do ano-calendário, com base no lucro real anual.

JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.

Considerando que entre os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, se incluem a multa de lançamento de ofício, esta fica sujeita à incidência de juros moratórios se não for recolhida em seu termo, ou seja, depois de trinta dias da notificação do sujeito passivo do lançamento.”

Na apertada e precisa síntese feita pelo Recurso Voluntário, que bem reflete a essência da decisão *a quo*, o Acórdão Recorrido entendeu:

“(i) Que não teria ocorrido decadência do Fisco questionar a legalidade do ágio constituído em 18/12/2006 (fls. 64/66 do acórdão);

(ii) Que não houve violação ao art. 146 do CTN, posto que as demais empresas do Grupo já sofreram autuação complementar para exigência da multa qualificada e atribuição de responsabilidade aos sócios (fls. 66 do acórdão);

(iii) Que seria indevida a amortização de um ágio gerado dentro do Grupo Boticário (ágio interno), mediante empresa veículo e comandadas pelos próprios sócios (fls. 75/77 do acórdão);

(iv) Se a contabilidade não aceita o ágio interno na aquisição de participação societária, esse registro também é rejeitado pela legislação tributária (fls. 87/88 do acórdão);

(v) Reestruturação societária realizada entre empresas de um mesmo grupo econômico, sem desembolso ou sacrifício de ativo é desprovida de substância econômica e não encontra guarida nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97; (fls. 91 a 98 do acórdão);

(vi) Que o aporte realizado pelo IGP-Fundo de Investimento (sócio externo) no valor de R\$ 50.000.000,00 pela subscrição e integralização de novas ações da G&K teria sido insignificante e não teria dado causa ao surgimento do ágio (fls. 98/99 do acórdão);

(vii) Que o fato de somente agora (após a Lei nº 12.973/2014) estar expressamente vedada a dedutibilidade do encargo com amortização de ágio em operações intergrupo, não significa que tal prática já não tivesse sido condenada (fls. 104 a 106 do acórdão);

(viii) Que a multa qualificada deve ser mantida, por força de fraude e abuso de direito na conduta da Recorrente pela constituição de um ágio interno, sem substância econômica e com vistas a reduzir a carga tributária (fls. 107 a 109 do acórdão);

(ix) Que é legalmente possível a aplicação conjunta da multa isolada com a multa de ofício por serem penalidades distintas (fls. 116 a 118 do acórdão);

(x) Que a glosa da compensação de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSLL não foi indevida, posto que já houve decisão pela DRJ de Curitiba acerca dos autos do Processo Administrativo nº 10980.723408/2011-81 (fls. 106 do acórdão);

(xi) Que é descabida a dedução da despesa com amortização de ágio na base de cálculo da CSL por ser uma despesa inexistente (fls. 119 a 121 acórdão); e

(xii) Que os juros sobre a multa são devidos porque se referem a débitos para com a União (fls. 118 a 119 do acórdão).

Contribuinte e Responsáveis ofertaram Recursos Voluntários independentes de fs. 3.066/3228, 3.236/3.302 e 3.306/3.374 nos quais basicamente reprisaram as teses defensivas apresentadas nas Impugnações, dialogando com as premissas do Acórdão Recorrido. Nesse diálogo, alega que o Acórdão Recorrido teria promovido inovações ao lançamento, tecendo

acusações que dele não constariam e que tampouco seriam procedentes, como a acusação de que a operação teria sido estruturada em diversos passos sequenciais (*step transactions*).

Este diálogo será melhor desenvolvido no voto, em que abordaremos os argumentos dos Recorrentes face à acusação fiscal e ao Acórdão Recorrido, sendo o que por ora basta para relatar o caso em seu estado atual.

VOTO VENCIDO

Conselheiro Lucas Issa Halah, Relator.

1 ADMISSIBILIDADE

Os Recursos Voluntários são tempestivos e preenchem os requisitos de admissibilidade, razão pela qual deles conheço.

2 PRELIMINARES

2.1 DECADÊNCIA

Os Recorrentes sustentam a verificação da decadência tomando-se como termo inicial a operação societária na qual formou-se o ágio, ocorrida em **18/12/2006** com a incorporação de 100% das ações da Embralog pela G&K Holding.

O Acórdão Recorrido afastou a tese defensiva, entendendo que o termo inicial independe da formação do ágio, guardando relação com o período da dedução fiscal.

A matéria, no entanto, hoje encontra-se pacificada pela Súmula CARF nº 116, com efeitos vinculantes ao CARF. Vejamos sua redação:

“Súmula CARF nº 116

Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em 03/09/2018

Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129, de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).”

Afasto, pois, o argumento da decadência.

2.2 Nulidade por alteração do critério sobre a qualificação da multa de ofício

O Contribuinte defende a “improcedência de multa qualificada de 150% por violação ao art. 146 do CTN”, pois em lançamentos pretéritos envolvendo o mesmo ágio a multa de ofício não foi qualificada (processo nº 10980.723408/2011-81).

Sob a mesma linha argumentativa, os Responsáveis solidários alegaram nulidade relativamente à atribuição da responsabilidade solidária, pois nos mesmos lançamentos pretéritos em que a multa de ofício não foi qualificada, tampouco houve responsabilização solidária.

O Acórdão Recorrido, a este respeito, afastou a tese, pois houve a lavratura de autos de infração complementares para exigência da multa qualificada e atribuição de responsabilidade aos sócios.

Os Recorrentes, por sua vez, defendem que os lançamentos complementares padeceriam do mesmo vício, pois implicariam alteração da interpretação do direito sobre os mesmos fatos.

No caso em tela não houve a lavratura de lançamentos complementares, que a meu ver são irrelevantes para a avaliação da violação ao art. 146 do CTN.

Veamos a redação do dispositivo:

“Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência 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.”

A redação do dispositivo legal permite expressamente a modificação do critério jurídico a fatos geradores futuros, posteriores à introdução do critério jurídico inicial, fatos geradores estes coincidentes com o encerramento de cada período de apuração em que o ágio é deduzido, e não com o momento da formação do ágio.

Muito embora pessoalmente entenda que a restrição aos fatos geradores contida no art. 146 do CTN não encampe a melhor forma de preservação da segurança jurídica nem tampouco o melhor valorize da melhor forma papel de estabilização do qual é dotado o lançamento tributário, trata-se de restrição cuja previsão a meu sentir é inconteste no sentido de privilegiar o fato-gerador como elemento distintivo, em detrimento do fato despido de sua qualificação jurídico-tributária.

No caso em tela, as autuações referenciadas pelo contribuinte ocorreram em 29 de junho de 2011 e 20 de outubro de 2011 e o presente lançamento, embora verse sobre o mesmo ágio, questiona seu impacto em fatos geradores ocorridos entre 31/12/2010 e 31/12/2013.

Portanto, a tese defensiva de plano não merece prosperar relativamente aos anos-calendário de 2011, 2012 e 2013.

Quanto ao ano-calendário de 2010, a avaliação da potencial alteração de critério jurídico depende da análise do teor da autuação anterior, ao qual esta relatoria não tem acesso, embora trate-se de processo administrativo. A defesa chega a mencionar que partes de tais autos estariam acostados aos presentes autos, mas esta relatoria não logrou êxito em localizá-las.

Entretanto, em consulta à base de jurisprudência do CARF, identificamos dois Acórdãos proferidos até o momento sobre o processo nº 10980.723408/2011-81, o Acórdão nº 1401-006.713 e o Acórdão nº 9101-007.314.

O Acórdão nº 1401-006.713, por maioria de votos, reconheceu a nulidade do lançamento complementar por meio do qual se qualificou a multa de ofício e se atribuiu a responsabilidade solidária aos sócios Miguel e Artur. Vejamos:

Ementa(s)ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)Ano-calendário: 2008, 2009 NULIDADE. LANÇAMENTO COMPLEMENTAR. MODIFICAÇÃO DO CRITÉRIO DO LANÇAMENTO. CTN, ART. 146. ERRO DE DIREITO.

O lançamento complementar que modifica o critério jurídico do lançamento anterior para qualificar a multa de ofício e imputar responsabilidade tributária é nulo por ofensa ao artigo 146, do Código Tributário Nacional. A complementação do auto para qualificação da multa de ofício e atribuição de responsabilidade solidária não se enquadra em mera incorreção, omissão ou inexatidão, mas sim alteração do critério jurídico do lançamento, razão pela qual não se aplica o disposto do art. 18, §3º, do Decreto nº 70.235/72.

Já o Acórdão nº 9101-007.314 decorreu da interposição de Recurso Especial da Procuradoria, que entretanto não versou sobre a nulidade reconhecida no Acórdão nº 1401-006.713.

A análise dos Acórdãos acima referenciados permite-nos constatar que o ágio e as operações societárias que ensejaram sua formação e propiciaram sua amortização são de fato os mesmos. Também permite constatar que a falta de qualificação da penalidade e de responsabilização solidária dos sócios não decorreu de mero lapso no momento da lavratura do auto de infração, que pudesse ter sido evidenciado a partir, por exemplo, da presença no Termo de Verificação Fiscal de fundamentação para a qualificação da multa e responsabilização solidária dos sócios.

Dessa maneira, entendo nula a qualificação da multa e a correspondente responsabilização passiva solidária relativamente ao ano-calendário de 2010.

3 MÉRITO

3.1 PREMISSAS TEÓRICAS

A análise dos requisitos legais e dos *safe harbours* construídos pela jurisprudência e doutrina para delimitar as situações em que o aproveitamento fiscal do ágio seria ilegítimo foi feita de maneira lapidar pelo Conselheiro Luiz Flávio Neto no Acórdão nº 9101-003.468.

O Conselheiro, de maneira bastante didática e sistematizada, elencou e classificou os principais elementos considerados como essenciais, úteis e irrelevantes para a avaliação da dedutibilidade fiscal do ágio.

A transcrição de tal escólio, embora longa, é valiosa, por classificar com propriedade os elementos essenciais, distinguindo-os dos úteis e dos irrelevantes à dedutibilidade do ágio.

“1. A amortização fiscal das despesas de ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura.

A palavra “ágio” conduz à ideia de um sobrepreço que se paga por algo, um valor superior a determinado parâmetro. O ágio analisado no presente processo administrativo se refere à aquisição de participação societária relevante em empresas (investidas) por outras empresas (investidoras). No período atinente ao caso ora sob julgamento, como se verá a seguir, o legislador reconhecia como justificativa negocial para o pagamento de ágio (ou deságio) a expectativa de rentabilidade futura da empresa investida, o valor de mercado de bens do ativo da empresa investida superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, o fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Quando uma pessoa jurídica possui participação societária relevante em outra pessoa jurídica (controlada ou coligada), deve refletir em sua contabilidade tal investimento avaliando-o conforme o método da equivalência patrimonial (doravante “MEP”). Por sua vez, “ágios” e “deságios” são itens evidenciados nas demonstrações contábeis pelo MEP: a companhia deve evidenciar que parte do investimento mantido em sua controlada ou coligada não se justifica pelo valor patrimonial desta, mas sim por um ágio despendido quando de sua aquisição, considerando o fundamento pelo pagamento deste¹.

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

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

(...)

A legislação brasileira passou a prever que as pessoas jurídicas que detenham investimentos em controladas ou coligadas devem, ao realizar sua

escrituração pelo MEP, desdobrar o custo destas **(i)** no valor do patrimônio líquido existente no momento da aquisição da respectiva empresa investida e **(ii)** no ágio ou deságio eventualmente suportado para a aludida aquisição:

Decreto-lei n. 1.598/77

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Avaliação do Investimento no Balanço

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

I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até 2 meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda.

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

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

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

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

Note-se que, *para fins meramente contábeis e sem consequências tributárias*, na empresa investidora, o ágio (ou deságio) lançado no ativo permanente, na conta de investimento, como ativo diferido, devendo ser deverá ser amortizado mediante débito ou crédito ao seu lucro líquido. Na empresa investida, por sua vez, o ágio componente do preço de emissão de ações, lançado como reserva de capital, não está sujeito à amortização e não afeta de modo algum o resultado.²

Ainda sob a perspectiva contábil, vale observar que, contabilmente, o desdobramento do referido ágio também pode ser observado sob a *perspectiva da pessoa jurídica investida*, embora tais registros contábeis não apresentem qualquer importância para a questão em análise. Supondo-se que uma pessoa jurídica (investidora) realize aumento de capital com sobrepreço em uma outra empresa (investida), referido ágio seria escriturado em conta do ativo, de *investimento*. Já as demonstrações financeiras da investida, em tese, deveriam evidenciar o ágio em questão em conta de *reserva de capital*³.

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

A apuração ou mesmo amortização contábil do aludido ágio por expectativa de rentabilidade futura, escriturados pela empresa investidora em função do MEP, ***sempre permaneceram neutros para fins tributários nas diversas alterações legislativas atinentes à matéria***. No que é mais relevante ao presente caso, prescreve o Decreto-lei 1.598/77:

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

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

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

No período que antecedeu a Lei n. 12.973/2014, vigorou no sistema jurídico brasileiro dois regimes distintos relacionados ao ágio, dedicados a funções bastante distintas: um *regime contábil* e outro *regime tributário*.⁴ Embora possuíssem pontos em comum, eram evidentes os seus distanciamentos.

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

Já sob a ótica do Direito contábil, é possível identificar apenas dois períodos, um anterior e outro posterior à Lei n. 11.638/2007. Note-se que essa lei introduziu alterações marcantes à matéria contábil, com a convergência das normas brasileiras aos padrões internacionais, mas não afetou em nada a apuração do *ágio* para fins fiscais.⁵ Tais alterações de métodos contábeis, contudo, permaneceram neutras para fins fiscais até a edição da Lei n. 12.973/2014.

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

2.1. A legislação do período pré-1997.

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

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

Investimento Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2. A legislação que perdurou de 1997 a 2014, aplicável ao caso dos autos.

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

A possibilidade de amortização das despesas de ágio por expectativa de rentabilidade futura, da forma prescrita pela Lei n. 9.532/97, depende do cumprimento de uma **fórmula operacional básica**, que pressupõe o fenômeno societário da *absorção patrimonial*, com a reunião (por *incorporação, fusão ou cisão*) do patrimônio da pessoa jurídica investidora com a pessoa jurídica investida, a fim de que o aludido ágio registrado naquela seja emparelhado com os lucros gerados por esta. Concretizada a *absorção patrimonial* exigida pelo legislador, o ágio apurado em aquisição precedente pode ser amortizado nos balanços levantados após a ocorrência de um desses eventos, ainda que a incorporada ou cindida seja a investidora (incorporação reversa).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ainda que tais efeitos indutores possam ser observados em alguns casos, parece mais correto compreender que os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 enunciam mera norma de dedutibilidade para apuração fiscal, que inclusive limita quantitativamente a amortização do ágio em questão à fração 1/60 ao mês (ao contrário de “ampliar”, ao que seria um benefício), antes consumada em um único ato⁸.

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

Ainda que não seja determinante para a interpretação da norma em apreço, a exposição de motivos da Lei n. 9.532/97 é ilustrativa, *in verbis*⁹:

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

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

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

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

Se algum “benefício” foi pretendido em 1997 pelo legislador ordinário, este consistiu no estabelecimento de ambiente de *segurança jurídica* para a

realização de aquisições de empresas privadas brasileiras. Em franco plano econômico de desestatização¹ aclamado pelo governo, seguido de período de intenso movimento econômico e investimentos em empresas privadas brasileiras (“M&A”), seria relevante aos investidores ter ambiente jurídico seguro, com uma objetiva *fórmula operacional básica* a ser seguida. As discussões existentes sobre o ágio até 1997 poderiam fragilizar o ambiente de confiança jurídica e econômica com inevitável inibição de investimentos, o que foi remediado pelo legislador ordinário com a edição da Lei n. 9.532/97.

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

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

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

Note-se que, em 2014, o legislador mais uma vez manifestou a sua decisão sobre a apuração e o aproveitamento do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura. O legislador teve a oportunidade para aprimorar o sistema jurídico de forma a reduzir o contencioso com nova regulamentação quanto às exigências para a amortização do ágio. Tal decisão legislativa restou bastante aclarada em relação a discussões como a demonstração do valor do ágio por expectativa de rentabilidade futura (agora a lei exige a elaboração de um laudo específico e em determinado prazo, o que não existia anteriormente)¹⁰ e a validade do “ágio interno” (agora a lei veda a apuração de ágio na aquisição de investimento relevante realizada entre partes dependentes, o que não existia anteriormente)¹¹.

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

¹ O Projeto de Lei 2.922/00 propôs extinguir a faculdade, sob a justificativa de ter ocorrido o esvaziamento de sua finalidade com o término das privatizações. O Projeto de Lei 5.339/01, por sua vez, propunha diluir a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura em 30 anos. Ambos foram arquivados, mantendo o tratamento a despeito do fim do Programa Nacional de Desestatização.

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

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

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

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

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

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

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

Por fim, não se pode deixar de sublinhar alguns elementos cuja ocorrência é completamente indiferente para que o contribuinte possa ou não amortizar

do ágio na forma prescrita pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, os quais serão analisados no subtópico “4.3”.

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

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

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

4.1.1. Demonstração da aquisição de investimento relevante com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.

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

O art. 20, §3º, do Decreto-lei 1.598/77 (redação anterior à Lei 12.973.2014), prescreve que o ágio desdobrado por ocasião da aquisição de participação, com justificativa no valor de mercado dos bens do ativo ou na expectativa de rentabilidade futura da investida, “deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”.

Quando se investiga o Decreto-lei 1.598/77, a Lei 6.404, a Lei 9.532/97 e o Decreto 3.000/99 (antes das alterações introduzidas pela Lei n. 12.973), há uma constatação comum: nenhum desses enunciados prescritivos requer qualquer forma específica de demonstração do ágio apurado pela pessoa jurídica investidora, no momento da aquisição, por expectativa de rentabilidade futura da pessoa jurídica investida.

O meio de prova a ser adotado pelo contribuinte, então, deve estar circunscritos àqueles permitidos ou não vedados pelo Direito, mas ao seu critério e conveniência.¹²

A investigação pelas normas jurídicas brasileiras que tutelam em geral a questão da prova conduz ao menos aos seguintes enunciados prescritivos:

Código Civil

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:

I - confissão;

II - documento;

III - testemunha;

IV - presunção;

V - perícia.

Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.

Parágrafo único. A prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos.

Código de Processo Civil (“antigo”, Lei n. 5.869, de 11.01.1973)

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

A conclusão inevitável é que a “demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração” não possuem forma e conteúdo pré-determinados pelo legislador, que conferiu ao contribuinte liberdade para a adoção dos meios jurídicos probatórios que lhe convier, observadas as normas gerais do Direito quanto às provas em geral que não demandam forma específica.¹³

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

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

A Lei n. 9.532/97, em seu art. 7º, apenas faz referência à “participação societária adquirida com ágio ou deságio”, sem especificar a forma como deve ser implementada tal aquisição. A maneira mais óbvia de aquisição

seria o pagamento em moeda, embora seja muito comum que aquisições desse tipo ocorram, por exemplo, por meio de integralização de ações. O legislador não restringiu qualquer dessas possibilidades.

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

Do legado do Conselheiro MARCOS SHIGUEO TAKATA¹⁴, observa-se que “esse preço, repita-se, pode dar-se em ‘moeda’ diversa a dinheiro, como ações emitidas pela companhia incorporadora de ações, como já descrito, no caso de incorporação de ações”.

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

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

No caso, a norma obtida dos arts. 7º e art. 8º da Lei n. 9.532/97 e art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/77, torna obrigatória a avaliação do investimento pelo MEP a toda pessoa jurídica que realizar aquisição, por qualquer forma jurídica, na qual exista contraprestação com ágio. O contribuinte que realizar a referida aquisição de investimento deverá, por ocasião desse evento, desdobrar o custo de aquisição em:

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

O art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/77 prevê que o ágio por expectativa de rentabilidade futura “deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”.

Há, assim, determinação para que o contribuinte realize tal segregação e a demonstração dos fundamentos adotados, de tal forma que não lhe é dado seguir por outro caminho caso pretenda amortizar as fiscalmente tais despesas.¹⁵ A decomposição do investimento nesses dois elementos é mandatória, apenas sendo facultativa a amortização do ágio para fins fiscais na proporção máxima de 1/60 ao mês. Tratando-se de deságio, por sua vez, as suas consequências fiscais são naturalmente cogentes.¹⁶

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

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

O legislador se baseou no “*princípio do emparelhamento das receitas e despesas*”, que é decorrência *princípio da competência*, aplicável como regra geral para a apuração tributária¹⁷. Mais do que ter se baseado, é possível afirmar que o legislador tributário, ao tutelar a amortização fiscal do ágio, se manteve coerente com o regime de competência e com as normas que o regulam no Direito societário. Note-se o que prescreve o art. 177 da Lein. 6.404/76:

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

O legislador foi enfático, pois entre os “princípios de contabilidade geralmente aceitos” ou “princípios fundamentais da de contabilidade”¹⁸ está justamente o princípio da competência, do qual decorre o “*princípio do emparelhamento das receitas e despesas*”. A adoção de tais princípios contábeis como regra geral para a apuração do resultado das companhias também foi prescrita de forma expressa no art. 187 da Lei n. 6.404/76:

Art. 187. A demonstração do resultado do exercício discriminará:

(...)

§ 1º Na determinação do resultado do exercício serão computados:

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

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

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

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

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

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

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

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

No caso da amortização fiscal das despesas de ágio por expectativa de rentabilidade futura, o referido método (ou princípio) contábil é vivificado sob a premissa de que “despesas antecipadas devem ser ‘guardadas’ (ativadas) até que se verifiquem as receitas que lhe são correspondentes.”¹⁹, o que condiz com a observância do princípio da competência e do emparelhamento de receitas e despesas: a amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.

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

Em alguns países, a exemplo dos Estados Unidos, em que o princípio da entidade é tratado de forma diversa e há a consolidação dos demonstrativos financeiros da controladora e de suas subsidiárias, é comum verificar-se o que se chama de “*push down accounting*”. Por meio desse, em hipótese, com a consolidação dos balanços da controladora e de suas subsidiárias, as

despesas de ágio apuradas por aquela seriam trazidos para baixo e confrontados com lucros gerados por esta.

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

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

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

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

Caso se adote o sentido estrito da expressão “planejamento tributário”²⁰, a questão do ágio estará fora de sua matéria. Ocorre que a regra expressa pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 situa a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, em termos estritos, entre as “*economias de opção*” ou “*opções fiscais*”²¹.

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

Explorando o exemplo da DIRPF²², com opção pela *sistemática simplificada* ou *completa*, verifica-se que o legislador prescreveu ao contribuinte uma ***fórmula procedimental básica*** a ser seguida pela pessoa física: no programa de computador fornecido pela Receita Federal, o contribuinte deve pura e simplesmente optar pelo modelo *simplificado* ou *completo*. O programa de computador calcula para o contribuinte qual opção lhe trará o menor custo de IRPF e, caso se opte pelo modelo mais oneroso, o sistema não prossegue até que o contribuinte confirme estar certo de que realmente

irá optar por pagar mais (mensagem semelhante não aparece caso o contribuinte opte pelo caminho mais natural de poupar despesas tributárias). Neste exemplo, não estaria o contribuinte realizando um “planejamento tributário”, mas algo não apenas tolerado como regulado e incentivado pelo legislador: “*opções fiscais*” ou “*economias de opção*”.

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

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

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

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

A exigência normativa, portanto, reside simplesmente em uma necessidade técnica de reunião **(i)** do *acervo patrimonial cuja rentabilidade futura justificou o ágio* com **(ii)** o *acervo patrimonial em que estão registrados os sacrifícios do investimento realizado, com a segregação, pelo MEP, dos valores atinentes ao ágio e ao valor patrimonial da investida identificado quando de sua aquisição.* A exigência do legislador consiste simplesmente no emparelhamento de receitas e despesas, o que se dá com “a realização’ do investimento, mediante operação que integre, numa mesma entidade, a investidora e o acervo objeto do investimento”²³.

Essa *fórmula operacional básica* é bem descrita por LUCIANO AMARO²⁴, quando identifica que “o que autorizará a amortização do ágio é a

operação de incorporação(ou fusão ou cisão) que implique a “confusão” na mesma entidade (investidora ou investida, ou terceira empresa resultante de fusão de ambas) do investimento societário e do acervo da investida que justificou o ágio pago na aquisição desse investimento”. Conclui esse professor, acertadamente, que “A lei não criou obstáculos. Pelo contrário, afastou-os expressamente”²⁵.

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

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

- se a empresa investidora (“X”) **incorporar** a empresa investida (“Y”), esta deixaria de existir, passando a existir apenas aquela (“X”) com a sucessão universal de todos os direitos e obrigações desta (“Y”). Assim, das receitas da então empresa investida (“Y”) poderiam ser deduzidas, no limite de 1/60 mensais, as despesas de amortização de ágio apuradas pela investidora (“X”). O mesmo se daria com a *incorporação reversa*, na hipótese da empresa investida (“Y”) incorporar a investidora (“X”), por permissivo expresso do art. 8º, “b” da Lei n. 9.532/97.
- se a empresa investidora (“X”) for **cindida**, resultando na criação de nova empresa (“X2”) com o investimento detido na investida (“Y”) e, posteriormente, incorporar esta, a empresa investida (“Y”) deixará de existir, passando a existir apenas cindida (“X2”). Devido à sucessão universal de todos os direitos e obrigações, as receitas da então empresa investida (“Y”) poderão ser amortizadas, no limite de 1/60 mensais, com as despesas de ágio apuradas pela investidora (“X2”). A cisão parcial seguida da incorporação reversa também seria possível, por permissivo expresso do art. 8º, “b” da Lei n. 9.532/97.
- se a empresa investidora (“X”) e a investida (“Y”) forem **fusionadas**, deixando de existir para dar lugar ao nascimento da empresa fundida (“Z”), a qual receberá por sucessão universal todos os direitos e obrigações daquelas (“X” e “Y”), as receitas da então empresa investida (“Y”) poderão ser amortizadas, no limite de 1/60 mensais, com as despesas de ágio apuradas pela investidora (“X”).

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

essencial foi a reunião, “absorção” das pessoas jurídicas investidora e investida.

Permitam-me a transcrição das acertadas ponderações de RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA²⁶, emitidas em âmbito acadêmico:

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

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

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

É importante observar que as operações referidas nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 não devem ser consideradas fora de seu contexto. Assim, se uma empresa (“X”) adquire investimento relevante de outra empresa (“Y”), com o pagamento de ágio justificado por *expectativa de rentabilidade futura*, a norma fiscal não autoriza a amortização do referido ágio, por exemplo, se a empresa investidora (“X”) for incorporada por uma terceira empresa (“Z”). Nesse caso, a referida empresa incorporadora (“Z”), por sucessão universal de todos os direitos e obrigações, passaria a deter o investimento da empresa cuja expectativa de rentabilidade futura justificou o pagamento de ágio (“Y”). Ocorre a *transferência do investimento e do respectivo ágio*, o que é **indiferente sob a perspectiva tributária, isto é, nem é vedado e nem gera o direito à amortização**, conforme será melhor analisado no tópico “4.3.2”. Apenas se a aludida incorporadora (“Z”), por exemplo, incorporar, ser incorporada ou realizar fusão com a empresa investida (“Y”), é que estaria autorizada a amortização fiscal do ágio em questão.²⁷

É correta, então, a afirmação de RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA²⁸, de que “a condição legal de reunião das pessoas jurídicas não é simplesmente formal, vazia de conteúdo racional, pois a absorção, seja por via de fusão ou de incorporação ou de cisão, é verdadeiramente necessária para que se

possa dar a reunião do ágio ou deságio e do lucro numa única pessoa jurídica.” A precisão dessa assertiva é confirmada com o requisito analisado no subtópico anterior, qual seja: o legislador impõe que o ágio em questão seja processado contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.

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

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

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

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

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

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

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

4.2.1. Aquisição de investimento de partes não relacionadas.

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

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

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

Para KAREM JUREIDINI DIAS e RAPHAEL ASSEF LAVEZ²⁹, nas situações em que operações são realizadas entre partes relacionadas, a fiscalização poderia contestar a apuração de ágio “se, e somente se, identificarem-se elementos com base nos quais o laudo ou demonstrativo do ágio possa ser questionado pela administração tributária – à parte disso, reputa-se *arm’s length* o ágio realizado entre partes dependentes, na condição de que amparado em laudo ou demonstrativo condizente com a legislação fiscal”.

Tal fator, embora possa ter elevada capacidade de influenciar a decisão do intérprete, não é, por si só, decisivo (ao menos até a edição da Lei n. 12.973). Ocorre que outros fatores devem ser verificados, como, por exemplo, o requisito fundamental da existência de fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição.

Além disso, quando se está diante de operações rotuladas de “ágio interno”, é necessário investigar as suas peculiaridades, a fim de atribuir-lhes a qualificante “válido” ou “inválido”. Enquanto o primeiro, válido, mantém incólume a possibilidade de amortização fiscal, este, inválido, não. Ocorre que, sob a perspectiva fiscal, as modalidades de *ágios internos* podem ser agrupadas em dois grupos: *válidos* ou *inválidos*. Nas palavras de MARCOS SHIGUEO TAKATA³⁰, “há *ágios internos* e *‘ágios internos*”.

4.2.2. Inexistência de “prejuízos” à Fazenda Pública decorrente das reestruturações societárias realizadas.

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

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

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

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

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

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

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

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

A jurisprudência do CARF, com contribuição digna de nota de MARCOS SHIGUEO TAKATA, caminhou para o estabelecimento de *safe harbours* em reestruturações societárias que, embora não tivessem a participação de terceiros estranhos ao grupo econômico, poderiam apurar ágio potencialmente amortizável para fins tributários. Surgiu a proposta para a apuração de ganho de capital por parte da empresa alienante do investimento seja tomada como uma salvaguarda, que influenciaria para a validação de ágio apurado em operações com partes relacionadas (“*ágio interno*”). Em declaração de voto no acórdão 1103-000.501³¹, tal questão foi muito bem colocada, *in verbis*:

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

Duas considerações são necessárias quanto à referida salvaguarda. Primeiro, não se descarta que a apuração de ganho de capital pela empresa alienante possa influenciar o julgador quanto à legitimidade das operações realizadas, tratando-se ou não de casos de *ágio interno*. Segundo, embora este possa ser um elemento relevante e persuasivo, que corrobora para o reconhecimento da lisura das operações realizadas pelo contribuinte, não se trata de um requisito essencial, de forma que a sua ausência não conduziria à inoponibilidade fiscal das operações.

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

Na mesma marcha para a interpretação e aplicação das regras da Lei 9.532/97 relacionadas à amortização do ágio fundado na expectativa de rentabilidade futura, alguns fatores passaram a ganhar atenção da

jurisprudência administrativa. No entanto, “*permissa maxima venia*”, conforme explicitado nos subtópicos seguintes, tais fatores não apresentam qualquer relevância para a aplicação ou não da norma dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97.

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

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

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

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

Nessa mesma linha, RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA³² apresenta ponderações relevantes não apenas em âmbito acadêmico, mas de grande valia para a adequada compreensão de casos concretos:

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

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

4.3.2. Operações periféricas, adjacentes, intermediárias à reestruturação societária para absorção patrimonial requerida pela Lei n. 9.532/97.

A Lei n. 9.532/97 estabeleceu uma *fórmula operacional básica*, segundo a qual, por meio de determinados atos societários, deverá haver a reunião do *acervo patrimonial cuja rentabilidade futura justificou o ágio com o acervo patrimonial em que se localiza o investimento realizado com o respectivo ágio*: receitas e despesas devem ser emparelhadas, com “a realização’ do investimento, mediante operação que integre, numa mesma entidade, a investidora e o acervo objeto do investimento”³³.

Ocorre que muitas outras operações podem ser realizadas na órbita reestruturação societária requerida pela Lei n. 9.532/97, antes ou após a aquisição da pessoa jurídica com ágio, como por exemplo:

- constituição de pessoa jurídica com aporte de capital necessário à aquisição de investimentos, com diversificação ou não de suas atividades. Após a aquisição de um investimento em outra pessoa jurídica com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, a chamada “**empresa-veículo**” poderia executar a *fórmula operacional básica* prescrita pelo legislador, com a incorporação, cisão ou fusão que dá ensejo ao direito de amortização das despesas de ágio contra os lucros da empresa adquirida.
- nos casos rotulados de “**transferência de ágio**”, ocorre uma operação de aquisição precedente, entre partes independentes, com a posterior *transferência* do investimento adquirido para outra empresa do grupo. Em outras palavras, após a aquisição de investimento em outra pessoa jurídica com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, este investimento é transferido para outra pessoa dentro do mesmo grupo econômico, previamente à operação de incorporação, cisão ou fusão que dá ensejo ao direito de amortização das despesas de ágio contra os lucros da empresa adquirida.³⁴

Para o caso em exame nos presentes autos, interessa analisar com mais detalhes a questão da “empresa-veículo”.

Com paralelo nas “*conduit companies*”, a expressão acolhida na pragmática do CARF pode, em si, dar ensejo a confusões, pois pode abarcar situações distintas e encontrar justificativa por razões variadas, atinentes a fatores de mercado, regulatórios, societários ou mesmo exclusivamente tributários.

Salvo hipótese de fraude, a utilização de “empresa-veículo” não gera qualquer efeito tributário, isto é, não altera o potencial de amortização deste em caso de posterior operação de fusão, incorporação ou cisão que ocasione o encontro patrimonial requerido pelo legislador. **Por isso é correto afirmar que tais operações são neutras, não alterando a esfera de direitos dos contribuintes ou do fisco no que concerne a efetiva amortização do ágio.**

A Lei n. 9.532/97 não veda, expressa ou implicitamente, a prática de tais operações intermediárias, que são indiferentes ao legislador, gozando daquilo que TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.³⁵ classifica de “*permissão*”

fraca”. Ensina o Professor que:

“Permissões, no entanto, não resultam apenas de um preceito exposto, mas também da ausência de norma, do que decorre a chamada liberdade negativa. A permissão por ausência de norma (livre por não estar proibido nem ser obrigado) chama-se *permissão fraca*. Já a permissão que resulta da norma se chama *permissão forte*, que aponta para a liberdade no sentido positivo.”

De fato, não há disposição expressa na Lei n. 9.532/97 que vede expressamente a realização de reorganizações societárias periféricas e intermediárias ao evento de absorção eleito para ensejar a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, a exemplo da constituição de empresa-veículo. O que há é uma tese sobre uma “interpretação” da Lei n. 9.532/97, pela qual a PFN sustenta a perda da possibilidade de amortização do ágio em face de reorganizações societárias com empresas-veículo.

Como não há disposição expressa nesse sentido que dê ensejo a argumentos contundentes apoiados em *interpretação literal*, é necessário investigar se uma interpretação sistemática, teleológica ou mesmo histórica apoiariam tal tese.

De início, não se pode jamais perder de vista que, na *receita procedimental básica* prescrita pelo legislador para que o contribuinte opte (*economia de opção*) pela amortização fiscal do ágio em aquisição oneroso de investimento, a chamada *empresa veículo* funciona como instrumento para o emparelhamento das receitas (da empresa investida) com as despesas da amortização do ágio (apurados pela empresa investidora), o que, afinal, pressupõe alguma forma de “*push down accounting*”. Daí a assertiva de VICTOR BORGES POLIZELLI³⁶: “Enfatiza-se: a ‘empresa veículo’ foi legalmente criada pela Lei n. 9.532/1997 como condição para o carregamento do ágio para baixo, para a empresa investida”.

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

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

1ª) A utilização de empresa-veículo é indiferente ou mesmo goza de permissão do sistema jurídico: por esta, não há ampliação ou redução de qualquer direito à amortização de ágio por parte do contribuinte e nem o Estado amplia ou reduz a sua esfera de direitos em relação à amortização

de tais despesas;

2ª) A utilização de empresa-veículo faz com que pereça o direito à amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura, ainda que este tenha sido legitimamente apurado: por esta, há restrição ao direito do contribuinte à amortização de despesas com ágio, com a consequente ampliação da participação do Estado no patrimônio privado.

É premissa inafastável que a atividade arrecadatória do Estado deve observar todo o repertório de direitos assegurados às pessoas físicas e jurídicas, o que evidentemente inclui as *liberdades econômicas*. Desrespeitado esse limite, a tributação perde legitimidade. E, no Brasil, a Ordem Econômica é amparada por normas constitucionais³⁷ geralmente suscitadas para fundamentar o direito do contribuinte à auto-organização de suas atividades sem a interferência do fisco: a *garantia à livre iniciativa* e à *livre concorrência*.

A *livre iniciativa* foi erigida como fundamento da ordem econômica pelo *caput* do art. 170 da Constituição Federal³⁸. Como observa EROS ROBERTO GRAU³⁹, a livre iniciativa assume uma dupla feição, protegendo ao capital e ao trabalho. Na explicação de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR⁴⁰, trata-se de mandamento para que o Estado atue de forma *negativa*, no sentido de não interferir na expansão da criatividade do indivíduo e, ainda, *positiva*, de atuação para a valorização do *trabalho humano*. A esse propósito, leciona esse professor:

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

A *autonomia privada* decorre do *princípio da livre iniciativa*, atribuindo aos particulares o direito à *liberdade contratual*, isto é, de livremente celebrar ou não um contrato (liberdade de celebração), bem como de eleger o tipo contratual mais adequado (liberdade de seleção do tipo contratual) e de preencher o seu conteúdo de acordo com os seus interesses (liberdade de fixação do conteúdo do contrato ou de estipulação).⁴¹ Garante-se, por esse princípio, a liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação⁴².

A *liberdade contratual*, que garante ao particular a faculdade de *contratar ou não contratar*, de escolher *como* e com *quem* estabelecer uma relação contratual e, por óbvio, de decidir qual o conteúdo dos contratos, decorre da *autonomia privada*.⁴³ TULLIO ROSEMBUJ⁴⁴ observa que a *liberdade da empresa* não se esgota no exercício da *liberdade contratual*, no exercício do

direito de propriedade ou na atividade de produção de bens de terceiros no mercado livre: trata-se da garantia de se poder combinar fatores de produção e de utilizar de riqueza para produzir nova riqueza.

Já o *princípio da livre concorrência* pode ser compreendido como garantia de oportunidades iguais a todos os agentes do mercado, de tal forma que o particular possui a faculdade de conquistar a clientela por seus próprios méritos e na expectativa de que sejam premiados os eficientes e excluídos os ineficientes, embora seja vedada a detenção do mercado e a prática de concorrência desleal. A *livre concorrência* tem como pressuposto a *livre iniciativa* e induz à distribuição de recursos a preços mais baixos ao consumidor. Não se exige, contudo, identidade de condições entre os partícipes do mercado, que, respeitados os limites prescritos pelo Direito econômico, podem se valer de todas as suas forças para conquistar a clientela⁴⁵.

Note-se que nenhuma dessas liberdades é absoluta. As *liberdades econômicas*, segundo EROS GRAU⁴⁶, nem mesmo em sua formulação original (*Édito de Turgot, de 1776*) pretendiam a omissão total do Estado. Em trabalho publicado em 1969, LUIGI FERRI⁴⁷ já apontava que: “*El problema de la autonomia es ante de todo um problema de limites, y de limites que son siempre el reflejo de normas jurídicas, a falta de las cuales el mismo problema no podría siquiera plantearse a menos que se quiera identificar la autonomía com la libertad natural o moral del hombre*”.

O que se coloca em questão é a necessidade de *manifestação expressa e clara do legislador* para a restrição de tal liberdade ou, ao menos, a existência de razoabilidade na interpretação conduzida pela administração fiscal que conduza à tal restrição. Afinal, como ensina TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR⁴⁸, a “*intervenção que possa afetar a liberdade deve, antes de tudo, estar pautada por regras claras e públicas, que permitam ao indivíduo planejar seu curso de vida, ciente das consequências jurídicas de seus atos*.” Resta evidenciado, então, que, a ausência de decisão clara do agente competente (Poder Legislativo) é realmente fator suficiente afastar restrição à liberdade de auto-organização consubstanciada na penalização de operações societárias intermediárias, como é o caso da constituição de empresas-veículo.

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

Se há limites ao exercício da liberdade, também há limites à sua restrição, pois “a liberdade pode ser disciplinada, mas não pode ser eliminada”⁴⁹. A exigência de congelamento completo da estrutura societária do grupo empresarial, sob pena de perda do direito à potencial amortização

do ágio legitimamente apurado, sem dúvida consiste em uma liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação.

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

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

Tal consideração não se aplica apenas quando empresa adquirente do investimento seja um fundo de previdência, instituição bancária ou outras entidades com normas regulatórias próprias. A interpretação proposta pela PFN imputaria à mais comum das empresas desigualdade em relação a outras que se encontrem em situação semelhante, o que redundaria em inevitável vilipêndio do princípio da livre concorrência. Para que reste evidenciada a seriedade de tal constatação, suponha-se que três grupos empresariais do mesmo seguimento econômico concorram por uma mesma fatia do mercado e todos realizaram recentes aquisições de participação relevante em controladas e coligadas:

“Empresa A”: Nacional. Adquire os investimentos em outras pessoas jurídicas nacionais e posteriormente os incorpora;

“Empresa B”: Nacional. Por *motivos* gerenciais, decide constituir uma empresa veículo para a aquisição de investimento e a posterior incorporação da investida (ou ser incorporada por esta);

“Empresa C”: Estrangeira. Por *motivos* gerenciais e também para viabilizar a posterior amortização fiscal do ágio, decide constituir uma empresa veículo para a aquisição de investimento e a posterior incorporação da investida (ou ser incorporada por esta).

Se a interpretação sustentada pela PFN for levada a termo, apenas a “Empresa A” estaria livre para se valer da *opção fiscal* outorgada pela Lei n. 9.532/97 e amortizar o ágio à fração de 1/60 ao mês. Tanto a “Empresa B” quanto a empresa “C” seriam privadas da possibilidade de se valer da *economia de opção* em questão.

O tratamento desigual e o desequilíbrio concorrencial evidenciados nesse exemplo hipotético denunciam a desproporcionalidade e ausência de razoabilidade dessa interpretação que restringe direitos à revelia de lei que lhe dê suporte.

A desigualdade perpetrada por essa interpretação se mostra mais discriminatória, no exemplo acima, em relação à “Empresa C”. Tratando-se de empresa estrangeira, não se poderia cogitar que incorporasse diretamente a empresa brasileira investida ou, ainda, que fosse incorporada por esta. A isonomia entre esta empresa e as demais concorrentes de mercado apenas se verificaria se, por exemplo, a “Empresa C” constituísse uma pessoa jurídica no Brasil (empresa-veículo), na qual pudesse integralizar capital suficiente para a aquisição do investimento para, após, executar a fórmula prescrita pelo legislador.

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

4.3.3. Propósitos negociais e extratributários nas operações fiscalizadas.

A existência de propósitos unicamente fiscais como locomotiva para o exercício de liberdades econômicas tem polarizado a doutrina brasileira. De um lado, por exemplo, PAULO AYRES BARRETO⁵⁰, leciona que o contribuinte possui o direito de gerir as suas atividades com o menor ônus fiscal possível, desde que aja de forma lícita, ou seja, sem a prática de atos qualificados como *ilícitos*, *simulados* ou *fraudulentos*. Para esse professor, a tese que defende a desqualificação dos negócios realizados exclusivamente para a redução da carga tributária conduziria à obrigação de o contribuinte sempre ter de escolher a forma mais onerosa em termos fiscais para a sua atividade.⁵¹ Em outra direção, por exemplo, MARCO AURÉLIO GRECO⁵² sustenta que “a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios privados somente poderá ocorrer se puder demonstrar de forma inequívoca que o ato foi abusivo porque sua única ou principal finalidade foi conduzir a um menor pagamento de imposto”.

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

Tratando-se de **opção fiscal** (ou *economia de opção*, conforme exposto adiante), o legislador abre caminhos diversos ao contribuinte, entre os quais este poderá escolher aquele que melhor lhe aprouver e assumidamente interessado na carga fiscal que lhe seja menos onerosa. Assim como uma pessoa física não precisa demonstrar por quais razões deseja adotar o modelo “simplificado” ou “completo” para sua DIRPF, a investidora e investida não precisam demonstrar quaisquer razões extratributárias para que procedam a absorção patrimonial necessária à operacionalizar a amortização fiscal do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.

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

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

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

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

Em síntese, parece-me mais harmônico com a fórmula tributária do aproveitamento fiscal do ágio introduzida pela Lei nº 9.532/97 como forma de regrar de maneira clara o tratamento do ágio e, assim, conferir segurança jurídica para fomento das desestatizações e operações de M&A, interpretá-la como mecanismo para permitir o confronto de despesas com receitas na apuração do resultado a partir da confusão patrimonial entre investidora e investida² (ou suas respectivas sucessoras), atendendo ao *matching principle* e superando os efeitos da ausência, no sistema brasileiro, da apuração consolidada dos balanços das empresas subsidiárias e sua respectiva controladora (*push down accounting*).

Não me parece ter sido a intenção minifesta no texto legal (artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97), que criou economia de opção sem vedar (nem mesmo com as alterações promovidas pela Lei nº 12.973/2014) a reorganização e segregação de ativos partir de sua alocação em sociedades (ainda que intermediárias) por meio de mecanismos societários variados (e.g. cisão parcial ou mera constituição com conferência dos ativos a título de integralização ou aumento de capital).

Tampouco se exige propósito negocial extrafiscal na eleição pelas partes da forma por meio da qual será realizada a aquisição do bem desejado, nem mesmo se exige a existência de substância econômica operacional nas sociedades intermediárias usualmente alcunhadas de “veículo”. A Lei nº 6.404/76, afastando-se da exigência de propósito negocial, prevê expressamente a possibilidade de constituição de sociedade cujo único propósito seja beneficiar-se de incentivo fiscal, conforme seu artigo 2º, § 3.³

A legislação apenas exigiu a *união não simulada* da investida e da investidora (ou as sucessoras de seus acervos) *em que registrado o ágio originado em*

² AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, in Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 719.

³ “Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes. (...)”

§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.”

legítima operação a mercado, para que se emparelhem a despesa incorrida (o ágio, o valor pago pela expectativa de rentabilidade futura) e a própria rentabilidade futura pela qual se pagou o sobrepreço.

Assim, não encontram respaldo no direito Brasileiro as teorias estrangeiras, como a teoria do propósito negocial e da substância econômica. Ademais, admitir tais figuras implica ampla indeterminação legal e conseqüentemente a transferência, para a administração tributária, do papel de suprir tal indeterminação, violando a separação entre os Poderes, a segurança jurídica, e a legalidade material escorada no art. 150, I da Constituição Federal⁴.

Nesse sentido, partilho das considerações expostas pelo Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, no julgamento do Acórdão nº 1201-006.328, que a seguir transcrevo:

“Considerando que o sistema jurídico tributário brasileiro tem como premissa a segurança jurídica, é fundamental que os contribuintes possuam uma previsibilidade acerca das conseqüências dos atos que serão praticados para que eles possam decidir por fazê-los ou não diante de tais conseqüências.

Uma das principais faces da segurança jurídica no âmbito do Direito Tributário se dá com base no princípio da legalidade, por meio do qual toda e qualquer tributação dependerá de previsão legal, assim como as proibições a determinados comportamentos devem ser expressas.

No âmbito do Direito Tributário, já houve tentativas de se estabelecer uma norma geral anti elisiva, no entanto, até hoje esta norma não foi instituída. Nessa linha, o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional (incluído pela Lei Complementar n. 104/01), trouxe apenas uma norma anti dissimulação e ainda expressa previsão legal de que tal norma será regulamentada, o que não veio a acontecer.

Muito pelo contrário, já houve tentativa de regulamentação tanto na Medida Provisória n. 66/02, quanto pela Medida Provisória n. 685/15, mas em ambas as situações o Congresso Nacional rejeitou explicitamente essa regulamentação, por mais que ambas as medidas provisórias tenham sido convertidas em lei ordinária.

Assim, teorias estrangeiras de combate aos planejamentos tributários como propósito negocial, abuso de forma, abuso de direito, consideração econômica, dentre outras, permanecem alienígenas em relação ao nosso ordenamento jurídico brasileiro.

Com fundamento na premissa da segurança jurídica, cabe ao contribuinte verificar a legalidade ou ilegalidade de uma determinada situação jurídica a ser por ele praticada.

⁴ ÁVILA, Humberto. Legalidade tributária material: conteúdo, critérios e medida do dever de determinação. 2.ED. São Paulo: Malheiros, 2023.

Dessa forma, entendo que aos julgadores de um processo administrativo ou judicial caberia a análise tão somente se os atos praticados pelo contribuinte estão de acordo ou contrários à lei.

Aliás, nessas premissas se alicerçaram o julgamento do Superior Tribunal de Justiça quando julgou a validade do ágio interno anteriormente à Lei 12.793/2014:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FIM DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA. DESCABIMENTO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. ÁGIO. DESPESA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES DEPENDENTES. POSSIBILIDADE. NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR À ALTERAÇÃO LEGAL. EMPRESA-VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE INDEDUTIBILIDADE. ILEGALIDADE.

1. Não há violação do art. 1.022, II, do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado, como no caso dos autos.

2. Hipótese em que a Corte Regional apresentou motivação clara e expressa a respeito: a) da possibilidade de dedução do ágio no caso concreto, visto que o instituto teria efetivamente ocorrido (e não artificialmente criado); b) da impossibilidade de criação de hipóteses de "inedutibilidade" não previstas na lei, tal como pretendeu fazer o Fisco; c) da extensão da Lei n. 9.532/1997, notadamente dos seus arts. 7º e 8º; d) da ocorrência efetiva de investimento (aporte de recursos), tendo enfrentado diretamente as questões postas em discussão e entregado a prestação jurisdicional nos limites da lide.

3. Quanto à alegada violação do art. 1.026, § 2º, do CPC, assiste razão jurídica à recorrente, uma vez que os aclaratórios foram interpostos com o objetivo de prequestionamento, pelo que aplicável a Súmula 98 do STJ no particular.

4. A controvérsia principal dos autos consiste em saber se agiu bem o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de "empresa-veículo".

5. Ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença (para mais) entre o custo de aquisição do investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977).

6. Em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

7. A exceção à regra da ineditabilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

8. A exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997 (convertida na Lei n. 9.532/1997) visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que a justificassem.

9. O Código Tributário Nacional autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando "se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação" (art. 149, VII) e também contém norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), a qual poderia, em última análise, até mesmo justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a "plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos" (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

10. **Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o "propósito negocial" das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre "partes dependentes" (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via "empresa-veículo"; ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.**

11. Do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia o Fisco não resultam automaticamente na conclusão de que o "ágio interno" ou o ágio resultado de operação com o emprego de "empresa-veículo" impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real, especialmente porque, até 2014, a legislação era silente a esse respeito.

12. Quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação a ele.

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

14. No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, em razão dos limites impostos pela Súmula 7 do STJ, não há demonstração de que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social, a ponto de justificar a glosa na dedução do ágio.

15. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa imposta em face da interposição dos embargos de declaração.

(REsp n. 2.026.473/SC, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 19/9/2023.)

Com efeito, na oportunidade, consignou o relator em seu voto:

Não há proibição legal para que uma sociedade empresária seja criada como "veículo" para facilitar a realização de um negócio jurídico; inclusive há razões reais ("propósito negocial") para tanto, pois é possível que as pessoas jurídicas originais queiram manter sua segregação por diversas razões (estratégicas, econômicas, operacionais...)."

Estabelecemos, portanto, que o Direito Brasileiro não possui uma norma tributária antielisão nem figuras típicas (como exige a regra constitucional da legalidade)⁵ que permitam a

⁵ "Essas considerações demonstram que as regras comportamentais constitutivas da legalidade não podem ser simplesmente afastadas por princípios ou finalidades estatais relativas ao aumento da arrecadação. Só o Poder

adoção de categorias do Direito estrangeiro (como propósito negocial, empresa veículo e real adquirente) ou a análise econômica das operações para desconsiderar estruturas societárias lícitas adotadas pelo contribuinte visando à economia fiscal. A requalificação jurídica dos fatos é possível, mas a legislação pátria elege a simulação como mote de superação de estruturas consideradas artificiais (art. 149, VIII, CTN), e o parágrafo único do art. 116 do CTN (que tampouco foi aventado pela autoridade autuante) trata de evasão fiscal (não de elisão), além de depender de regulamentação específica para que seja aplicado, conforme bem decidiu o STF ao julgar a ADI nº 2.446.

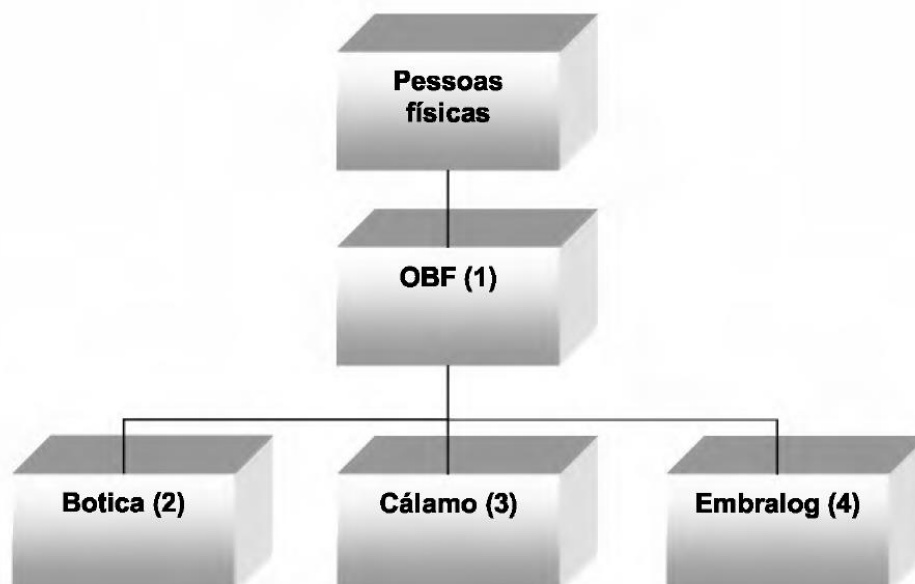
Firmadas estas premissas, a autuação somente poderia, em tese, amparar-se na figura da simulação, cuja presença no caso em tela passaremos a avaliar.

Ao desempenhar este mister, acabaremos por apreciar a própria presença de motivos extrafiscais e substância econômica da operação, para a eventualidade de tais elementos eleitos pela fiscalização serem relevantes para algum membro do colegiado.

3.2 A OPERAÇÃO

A análise do caso demanda antes de mais nada a compreensão do passo a passo da operação.

O Grupo Boticário, incluindo o Recorrente, se conformava da seguinte maneira em 2006:



Legislativo pode votar uma lei, sendo vedado a qualquer outro Poder o exercício dessa função⁷. Só a lei pode instituir ou aumentar tributo, sendo a lei o ato normativo aprovado de acordo com o procedimento legislativo. Sendo assim, não se pode aceitar que razões fiscais, mesmo que bem fundamentadas, venham a superar a razão para obedecer às regras.” Cf. ÁVILA, Humberto. “Legalidade tributária multidimensional”. In FERRAZ, Roberto. (Coord.). Princípios e Limites da Tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 277-291.

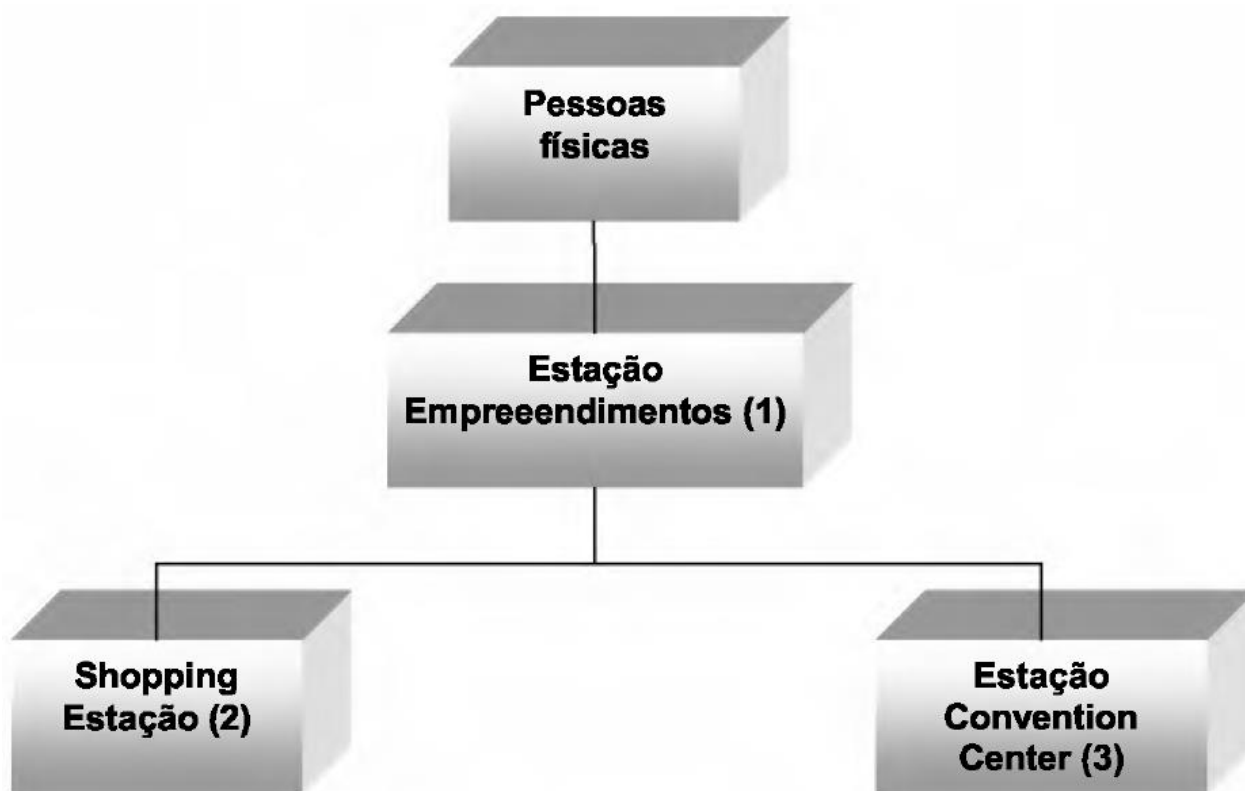
“(1) O Boticário Franchising S.A (“OBF”), holding mista que, além de anteriormente deter as participações societárias nas empresas do Grupo, também desenvolve a atividade de assessoramento técnico e mercadológico concernente à comercialização de produtos cosméticos e de perfumaria sob o sistema de franquia empresarial, conforme cópia de Estatuto Social anexa (Doc. 03 anexo à Impugnação);

(2) Botica Comercial Farmacêutica Ltda (“Botica”), empresa que tem como objeto principal a indústria e o comércio de perfumaria, cosméticos, produtos de higiene pessoal, dentre outros identificados em seu Estatuto Social anexo (Doc. 03 anexo à Impugnação);

(3) Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza Ltda (“Cálamo”), empresa que tem por objeto principal o comércio e a distribuição por atacado de perfumaria, cosméticos, produtos de higiene pessoal, dentre outros identificados em seu Contrato Social (Doc. 03 anexo à Impugnação); e

(4) Empresa Brasileira de Logística Ltda (“Embralog”), atual Haganá Logística e Fomento Mercantil Ltda. empresa que tem por objeto principal a prestação de serviços de apoio logístico em geral, conforme Contrato Social anexo (Doc. 03 anexo à Impugnação).”

Os sócios pessoas físicas, paralelamente, possuíam já em 2005 investimentos nos ramos de shopping centers e centro de convenções, por meio das três empresas a seguir ilustradas:



“(1) Estação Empreendimentos e Participações Ltda : antiga holding das empresas que exploravam o segmento de shopping center e centro de convenções;

(2) Shopping Estação Ltda: explorava a atividade de shopping center, desde a administração do shopping até o aluguel dos pontos comerciais; e(3) Estação Convention Center Ltda: explorava a atividade de centro de convenções.

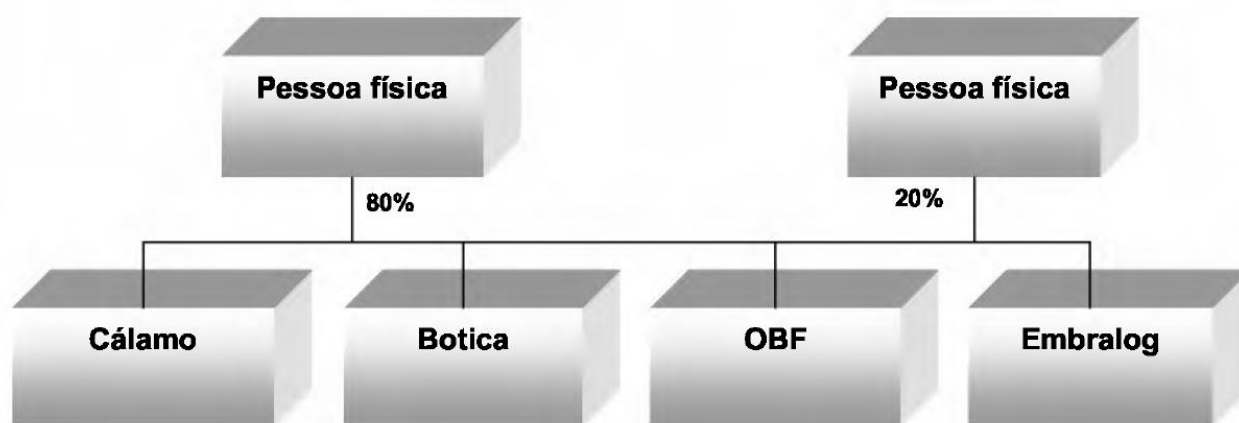
(3) Estação Convention Center Ltda: explorava a atividade de centro de convenções.”

Segundo a defesa, esta segunda linha de negócios dos sócios era deficitária, demandando dos sócios pessoas físicas novos investimentos com recursos que auferiam dos negócios lucrativos do Grupo Boticário, desviando a atenção dos acionistas.

Além disso, a defesa alega que a posição da OBF de cuidar das franquias mas também atuar como Holding do grupo, a desviava de seu foco de atuação levando inclusive à perda de Marketshare.

Diante disso, o grupo teria vislumbrado a necessidade de profissionalizar sua gestão e captar recursos no mercado, o que decidiu fazer reorganizando sua estrutura para receber investidor estratégico e talvez abrir seu capital, aproveitando a curva ascendente do mercado de capitais brasileiro.

Por isso teria reduzido o capital da OBF para devolver as participações societárias das demais empresas operacionais aos sócios pessoas-físicas, retirando a responsável pelas franquias do papel de holding.



Paralelamente, a Cálamo incorporou a Holding Estação Empreendimentos, que concentrava as participações nos segmentos de shoppings e centros de convenções, passando a Cálamo a deter as participações na Shopping Estação Ltda (SE) e na Estação Convention Center (ECC).

Ato contínuo, **constituiu-se a Holding Pura G&K Holding SA**, cujo capital é parcialmente subscrito pelo investidor estratégico IGP Fundo de Investimento em Participações (IGP-FIP), do grupo GP Administração de Recursos S.A., que aporta R\$ 50.000.000,00, o que representaria, conforme a defesa, 86% do capital social consolidado do Grupo Boticário e 42,85% do caixa do grupo.

Após a entrada do Investidor IGP-FIP, a Cálamo incorpora a ECC em 01/11/2006.

A G&K Holding passa então a ser administrada por um Conselho de Administração e uma diretoria, cabendo ao investidor IGP-FIP a indicação de um membro do Conselho, conforme previsão no acordo de acionistas, o que confirmaria os legítimos interesses.

A G&K Holding incorpora as ações das empresas operacionais, transformando-as em subsidiárias integrais conforme motivos expostos no protocolo de justificação, apurando o ágio e resultando na seguinte estrutura:



A Cálamo, em 28/02/07, efetuou a venda dos ativos (principalmente imóveis e equipamentos) do SE e ECC a terceiros e em 02/05/07 incorporou totalmente o acervo líquido remanescente do SE, extinguindo-a.

Em 09/10/08, as quotas do Fundo IGP foram transferidas para a Votorantim Asset Management DTVM Ltda., passando o fundo a ser denominado de Votorantim G&K Fundo de Investimento em Participações

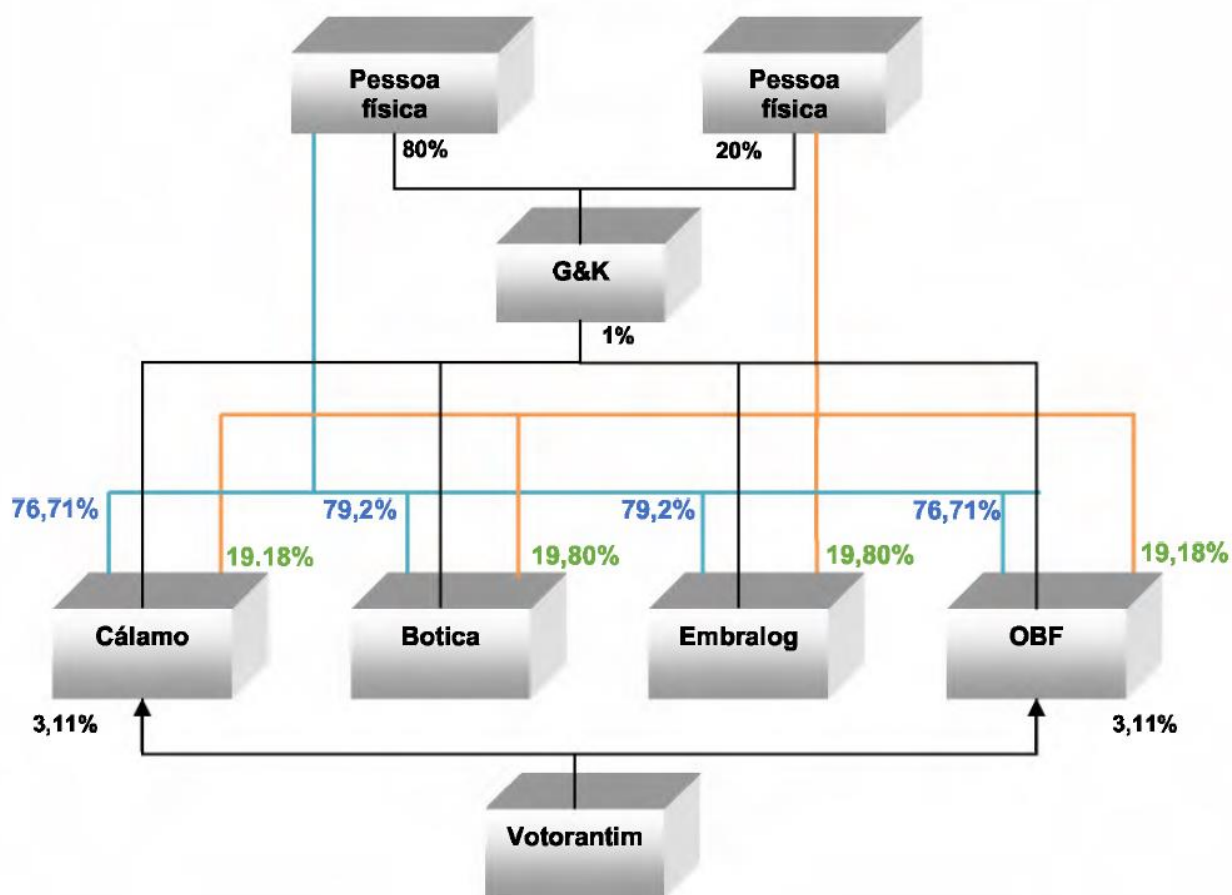
Como consequência, houve o ingresso do conselheiro José Roberto de Mattos Curan e concomitante pedido de renúncia do conselheiro Nelson Rozental, que até então representava os interesses do IGP na G&K Holding, conforme AGE de 14/10/08 (Doc. 09 anexo à Impugnação).

Houve incremento dos negócios no período, visto pelo bloco de controle formado pelos acionistas pessoas físicas do Grupo Boticário como oportunidade para crescer adquirindo outras marcas e explorando outros canais de venda, o que foi consignado na Ata da 15ª Reunião do Conselho de Administração da G&K anexa aos autos como Doc. 10 da Impugnação.

De outro lado, Fundo de Investimento sócio, agora Votorantim DTVM, manifestou discordância em relação a essa estratégia, pois quando entrou no negócio considerava apenas seu investimento na G&K Holding e que as aquisições iriam comprometer a rentabilidade de curto prazo visada, já que todo investimento precisava de maturação, amortização de investimento, conforme manifestação contrária consignada na mesma ata da 15ª Reunião do Conselho de Administração.

Viu-se então a necessidade de conciliar interesses, o que foi atingido mediante a cisão parcial, seletiva e desproporcional da G&K Holding, seguida de incorporação reversa das 4 cindendas pelas respectivas 4 "operacionais, o que permitiu ao Fundo Votorantim participar somente dos resultados das operações da OBF e Cálamo, saindo da G&K Holding, enquanto as demais operacionais dariam andamento ao projeto de crescimento por meio de aquisições, pretendido pelos controladores do Grupo Boticário.

Em decorrência da cisão da G&K seguida de incorporações inversas das parcelas cindidas pelas empresas operacionais, as pessoas físicas e o Votorantim, que inicialmente detinham as ações da G&K, receberam ações novas das empresas operacionais, em substituição de suas ações possuídas no capital desta holding, conforme abaixo:

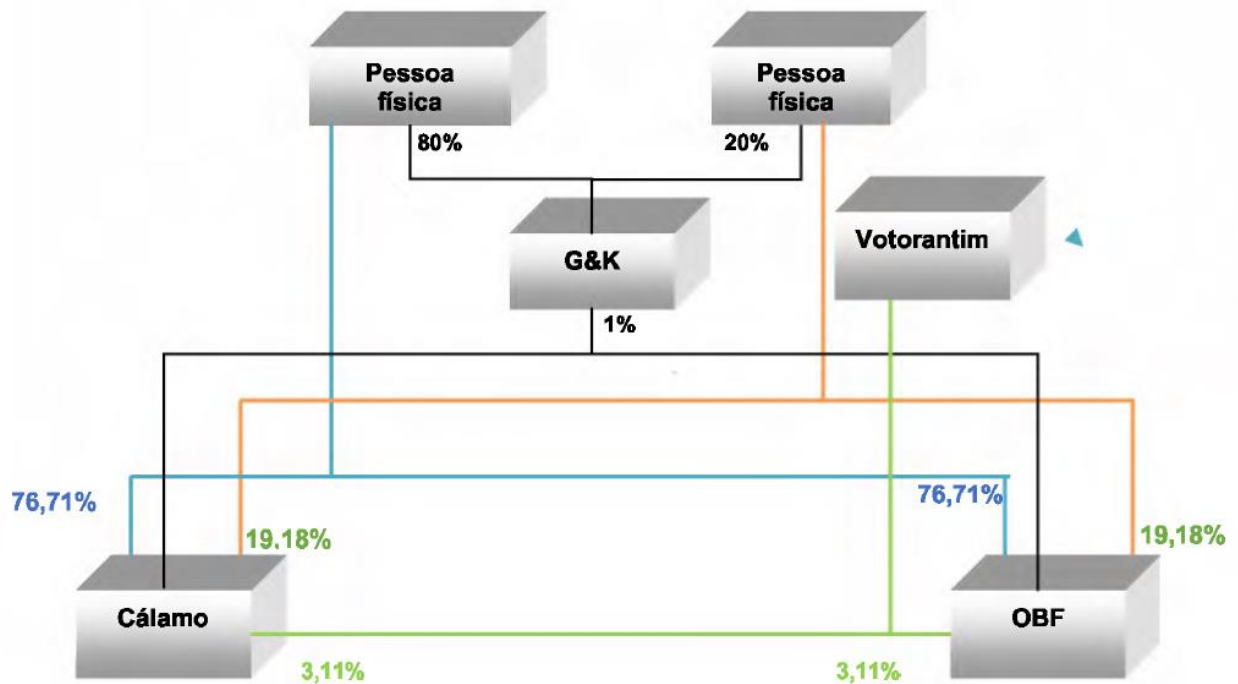


As cindendas registraram, por sucessão, na Parte “B” dos respectivos LALUR, valor correspondente ao ágio formado na G&K Holding quando da incorporação de ações das operacionais e provisionado quando de sua cisão, de montante correspondente à provisão constituída em atenção às práticas contábeis determinadas pela Instrução CVM nº 319, com as alterações da Instrução nº 349, item 6 (“provisão para preservação de dividendos futuros” ou “provisão do ágio”).

Com a Incorporação reversa o ágio passou a ser amortizado, após quase 2 anos da incorporação de ações que lhe deu origem.

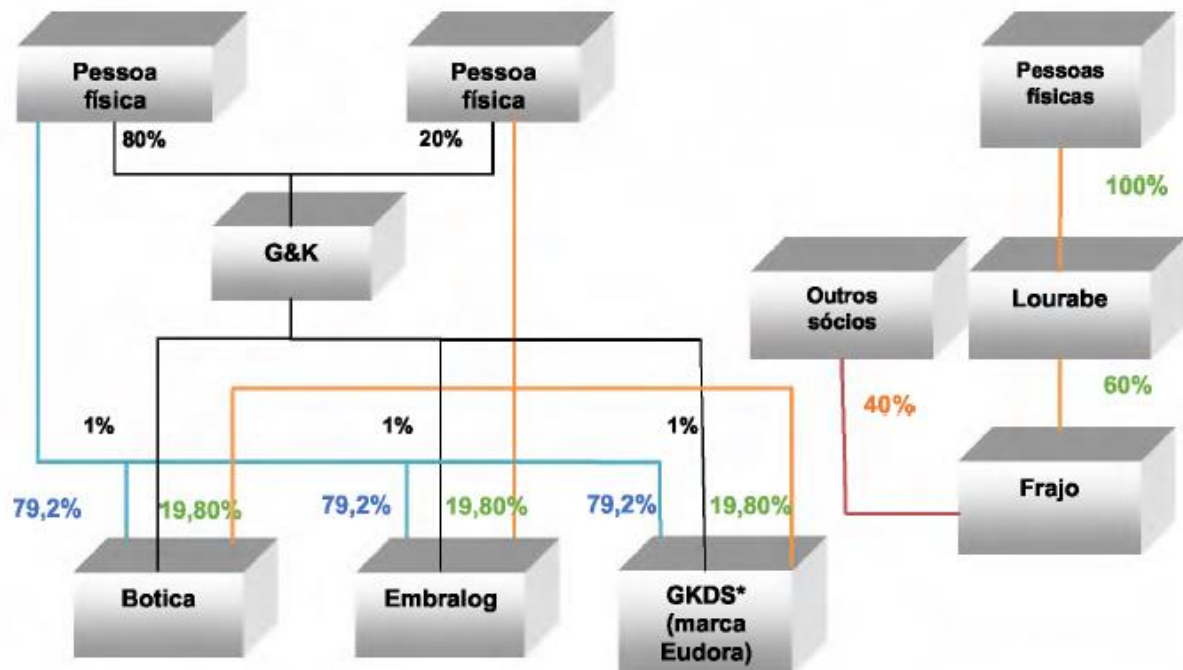
Nesse novo contexto societário, o Recorrente alega que os acionistas pessoas físicas e a G&K constituíram (sem a participação do Votorantim) a empresa GKDS Assessoramento em Produtos de Beleza Ltda (Doc. 11 anexo à Impugnação), destinada à exploração desse canal de vendas sob a marca “Eudora”; constituíram sem a participação do Votorantim a empresa Lourabe Cosméticos e Perfumaria Ltda (“Lourabe”), que adquiriu 60% de participação na empresa Frajo Internacional de Cosméticos Ltda (“Frajo”); criaram as marcas “Skingen”, “Quem Disse Berenice” e “The Beauty Box”; e adquiriram participação minoritária na empresa Scalina S.A. em 21/09/11, detentora das marcas Scala e Trifil, dando seguimento ao plano de expansão por meio da aquisição de novos negócios, que não contava com o apoio do Fundo Votorantim.

Vejamos a estrutura das sociedades com negócios relacionados ao Fundo Votorantim após todas as operações:



Vejamos agora a estrutura das sociedades sem a participação do Fundo Votorantim:

Negócios expandidos via novos canais de venda e aquisições:



* A atual denominação social da GKDS é Interbelle Comércio de Produtos de Beleza Ltda.

Essas são as operações sob análise.

3.3 TRATAVA-SE DE ÁGIO INTERNO?

A primeira questão a ser respondida diz respeito à classificação do ágio como “interno”, termo que a partir de 2014 teve sua essência incorporada à lei nº 12.973/2014, que vedou o aproveitamento do ágio formado em aquisições societárias realizadas entre partes dependentes⁶, relação ampla definida na mesma lei.⁷

O TVF entende tratar-se de ágio interno, pois as operações que deram ensejo a sua formação ocorreram entre empresas do mesmo grupo econômico, vale dizer, tratou-se de ágio formado na incorporação de ações da Embralog pela G&K Holding, controlada pelos mesmos sócios da Embralog, atual Haganá, Recorrente, o que contou com a concordância do Acórdão Recorrido.

Por sua vez, o Recorrente defende que apesar de formado em relação entre partes dependentes, o ágio em questão não poderia ter a conotação de um ágio interno, visto que as operações foram realizadas em função de, e no contexto do ingresso de uma parte independente não relacionada no capital das empresas do Grupo, qual seja o acionista estratégico IGP”.

Entendo que o ágio em questão é ágio interno. Muito embora a reestruturação possa ter ocorrido no contexto da preparação do grupo para a captação de investidor estratégico externo, o passo a passo das operações iniciou-se com a redução de capital anterior à constituição da G&K Holding. Esta, muito embora tenha incorporado as ações do Recorrente formando o ágio quando já contava com a participação societária do IGP-FIP, não deixa de ser interno dado que o Recorrente e a G&K Holding eram controladas pelos mesmos sócios quando da incorporação de ações.

⁶ Art. 20. Nos casos de incorporação, fusão ou cisão, o saldo existente na contabilidade, na data da aquisição da participação societária, referente à mais-valia de que trata o inciso II do caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, decorrente da aquisição de participação societária entre partes não dependentes, poderá ser considerado como integrante do custo do bem ou direito que lhe deu causa, para efeito de determinação de ganho ou perda de capital e do cômputo da depreciação, amortização ou exaustão. (Vigência)

⁷ Art. 25. Para fins do disposto nos arts. 20 e 22, consideram-se partes dependentes quando: (Vigência)

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

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

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

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

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

Parágrafo único. No caso de participação societária adquirida em estágios, a relação de dependência entre o(s) alienante(s) e o(s) adquirente(s) de que trata este artigo deve ser verificada no ato da primeira aquisição, desde que as condições do negócio estejam previstas no instrumento negocial.

Há, contudo, “ágios internos e ágio interno”, conforme expressão eternizada pelo Conselheiro Marcos Shiguo Takata⁸.

Diferentemente do que assevera o Acórdão Recorrido e conforme já antecipamos nos tópicos destinados ao estabelecimento das premissas teóricas deste voto, o ágio interno não é indedutível, vedação que só ganhou força de lei em com a Lei nº 12.973/2014, que não rege a dedução em análise.

Assim, sua dedutibilidade dependerá da avaliação da legitimidade e caráter simulado das operações que lhe deram causa.

3.3.1 O ÁGIO INTERNO DEVE OU NÃO SER CONTABILIZADO? INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONTÁBEIS E SOCIETÁRIAS

O Acórdão Recorrido também endossa considerações tecidas pelo TVF sobre eventual violação às melhores práticas contábeis, que, nos CPCs 02 e 04 determinariam o não reconhecimento contábil do ágio interno.

Nem o Decreto-lei nº 1.598/77 em sua redação anterior à Lei nº 12.973/14, nem mesmo as alterações promovidas pela Lei nº 12.973/14 diferenciaram a composição do valor contábil das participações societárias adquiridas com ágio por expectativa de rentabilidade futura, a depender de a operação que ensejou o registro do ágio ter se dado entre partes dependentes ou entre partes independentes.

A vedação ao chamado ágio interno foi inserida somente com a Lei nº 12.973/14, em seu artigo 22, que restringiu a vedação à dedução das contrapartidas de amortização do ágio, muito embora o artigo 20 da mesma lei tenha, ao tratar da mais valia de ativos, estendido tal restrição também à composição do valor contábil do bem a ser computado na apuração de Ganhos ou Perdas de Capital.

Não havendo qualquer vedação, não se pode admitir a glosa pura e simplesmente por tratar-se de ágio originado em relação entre partes relacionadas. Relevante é verificar se as operações que geraram o ágio são ou não artificiais.

Quanto à questão contábil, é necessária alguma contextualização para que não se interprete de maneira equivocada a item 50 da Orientação Técnica CPC 02/2008 e o item 47 do CPC 04/2010, **sem nunca perder de vista que a incorporação de ações que deu origem ao**

⁸ TAKATA, Marcos Shiguo. Ágio Interno sem Causa ou “Artificial” e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções Necessárias. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel. Controvérsias Jurídico-Contábeis. 3º volume. São Paulo: Dialética, 2012. p. 194-214. Há ágios internos e “ágios internos”. Quero com isso dizer que há ágios internos reais ou efetivos ou com causa, e ágios internos “criados” ou artificiais ou sem causa. Para fins jurídicos-tributários, o ágio interno, formado dentro do grupo societário, para ser real ou com causa, deve ter uma efetividade econômica ou um significado econômico.

registro do ágio no caso em questão ocorreu em 18/12/2006, portanto antes da entrada em vigor das normas contábeis em questão, o que bastaria para afastar a glosa nelas fundada.

Um primeiro ponto importante a ser lembrado é que a lei tributária, de maneira independente da contabilidade (especificamente o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598), ao determinar o desdobramento do custo de aquisição, não faz nenhuma menção a se a aquisição é de uma sociedade parte do grupo econômico ou não.

Dessa maneira, seguindo o comando do artigo 20 do decreto-lei 1.598, ainda que se trate de ágio interno a sociedade adquirente está obrigada considerar o ágio no desdobramento do custo de aquisição.

Portanto, não há vedação ao registro do ágio interno para fins fiscais. Há, é verdade, mas apenas para ágios formados a partir de 2014, uma vedação ao aproveitamento do formado em relação entre partes “dependentes” via exclusão correspondente às quotas de amortização, situação distinta da ora sob questão.

Portanto, analisando somente a legislação tributária, **há uma obrigatoriedade de desdobramento** do custo de aquisição considerando o ágio por rentabilidade futura, mesmo tratando-se de ágio formado entre partes dependentes, sendo que **esse ágio integra o valor contábil tanto no cenário anterior quanto no posterior à Lei nº 12.973/14, mas desde a 12.973/14 não pode ensejar a exclusão do valor correspondente às quotas de amortização.**

Do escólio de Edmar de Oliveira Andrade Filho podemos extrair algumas conclusões interessantes sobre a validade do ágio interno.

“As leis tributárias devotam especial atenção às operações realizadas por sujeito passivo com pessoas ligadas (art. 465 do RIR/99) ou partes relacionadas. O espectro significativo destas expressões é amplo e variado; são consideradas pessoas ligadas às sociedades coligadas (art. 243, §1º, da Lei n. 6.404/76) ou controladas (§2º) e também as pessoas que, por determinação legal, sejam consideradas “interdependentes”, interligadas” ou vinculadas”

“As partes relacionadas podem fazer o que a lei não proíbe, ou não fazê-lo nas mesmas condições que contratariam com terceiros independentes; as pessoas jurídicas são distintas das pessoas dos sócios, cabendo unicamente à lei restringir a densidade normativa deste princípio jurídico. As citadas normas de bloqueio existem para eliminar os efeitos das operações realizadas fora do âmbito do princípio da equidade ou do ‘dealing at arms length’”⁹

O autor, portanto, confirma inexistir vedação ao ágio interno, sendo que o fator relevante é, ao fim e ao cabo, a averiguação da artificialidade das operações. Adverte o autor:

“a menos que o ágio não seja fruto de uma operação legítima (sincera e devidamente documentada), não cabe às autoridades fiscais contestar a sua

⁹ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Estudos e Pareceres sobre Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas*. São Paulo : MP Editora, 2007. p. 49 s 51.

existência e os respectivos efeitos, salvo em caso de fraude, sonegação ou conluio”¹⁰

Já sob a ótica contábil, a descontextualização do CPCs 02 e 04 pode trazer alguma neblina sobre o tema. Na contabilidade, muitas vezes as demonstrações financeiras são consolidadas, ou seja, consolida-se as demonstrações financeiras dos vários CNPJs que compõem uma entidade, que pode coincidir com o grupo econômico. Dessa forma, cada pessoa jurídica do grupo econômico terá suas demonstrações individuais, e o grupo como um todo, que pode ou não ter registro de grupo econômico conforme facultado pelo art. 269 da lei nº 6.404/67, apresentará demonstrações consolidadas ao mercado.

Sob a ótica das demonstrações consolidadas, os recursos que transitam entre pessoas jurídicas deste grupo acabam não gerando reflexos para essa entidade supra-CNPJ, por isso não faz sentido registrar ágio formado em relações entre partes dependentes. Essa é a realidade para a qual as normas contábeis do padrão IFRS foram pensadas, razão pela qual a maior parte dos países que adotou o padrão IFRS adotou essas normas somente para as entidades que apresentam demonstrações consolidadas, mas não para as demonstrações individuais.

No Brasil, a despeito da adoção do padrão IFRS, se utiliza, sobretudo para fins tributários, somente as demonstrações individuais, de maneira que o registro do ágio interno não é indiferente, merecendo registro.

Consequentemente incorporou-se normas que muitas vezes estão desenhadas para demonstrações consolidadas, que temos de aplicar para as demonstrações individuais, considerando a norma específica de combinação de negócios (CPC 15¹¹), em cujo “Alcance” consta a ressalva de que ele não se aplica para as negociações entre partes sob controle comum, justamente porque ele foi cunhado para esse cenário de demonstrações consolidadas.

Diante disso temos de interpretar a norma contábil para criar nossa própria política contábil, sendo sua fiscalização atribuída à CVM no âmbito das companhias abertas.

Nesse cenário, algumas entidades registram transações entre partes dependentes pelo custo sem registro de nenhum ágio, havendo quem entenda que a melhor forma de evidenciação é aplicando o CPC 15 e registrando o ágio contrariamente ao que prevê o item 50 do CPC 02 e o item 47 do CPC 04.

É uma questão controversa. No âmbito internacional o IASB está discutindo soluções e propondo normas sobre as “Business Combinations under Common Control” (BUCC), sem ter solucionado ainda a questão.

No Brasil, a CVM já foi instada a julgar a questão, entendendo que as normas contábeis não imporiam vedação de registro do ágio, mas, pelo contrário, deveriam ser

¹⁰ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de Renda das Empresas*. 3 ed. São Paulo : Atlas, 2006. p. 380 a 382.

¹¹ “2. Este Pronunciamento é aplicável às operações ou a outros eventos que atendam à definição de combinação de negócios. Este Pronunciamento não se aplica: (...) (c) em combinação de entidades ou negócios sob controle comum (os itens B1 a B4 contêm orientações adicionais).”

interpretadas conforme o contexto de sua criação, ou seja, sob a ótica das preocupações válidas para países onde se faz demonstrações consolidadas.

No caso Mahle Metal Leve, por exemplo, a CVM concordou que o registro do ágio interno seria necessário, sobretudo para proteger o interesse de sócios minoritários, pois a transação se dava entre sociedades que, embora dependentes, não sofriam influência dos resultados da outra, mas passaram a tê-lo a partir da operação que gerou o ágio. Talvez seguindo essa normativa, no presente caso, o ágio ensejou a constituição da provisão para preservação do fluxo de dividendos, em atendimento à Instrução Normativa CVM nº 319/99, com redação dada pela Instrução nº 349/01, para evitar que os dividendos atribuídos às ações detidas pelos acionistas não controladores fossem diminuídos pelo montante do ágio amortizado em cada exercício¹².

Vale lembrar, que no momento da incorporação de ações a G&K Holding já tinha como sócio o IGP-FIP, terceiro cujos interesses justificavam a contabilização do ágio, embora com respeito à sistemática prevista pela Instrução CVM 349-01. O Recorrente não era companhia aberta, mas sua intenção (embora não concretizada) de preparar-se para o *boom* do mercado de ações brasileiro que sobreveio, justificava o respeito às mais avançadas políticas de governança e transparência, assim como a participação de terceiro, justificava a atenção às normas da CVM.

Já sobre a suposta guinada de posicionamento do professor Eliseu Martins, para a qual o Acórdão Recorrido chama atenção, penso que merece leitura mais atenta e contextualizada, conforme feito pelo Professor Alexandre Evaristo Pinto na Declaração de Voto proferida no Acórdão nº 1201-007.048.

“Ágio interno: existência na contabilidade, precedentes da CVM e IFRS Uma das questões mais interessantes relativas ao chamado ágio interno diz respeito à sua existência ou não segundo a Contabilidade.

Em primeiro lugar, cumpre notar que as demonstrações financeiras podem ser individuais ou consolidadas. A apuração do IRPJ e da CSLL é feita a partir das demonstrações financeiras individuais, ainda que na redação original do Decreto-Lei n. 1.598/77 até houvesse previsão de tributação em conjunto de grupo econômico, no entanto, tal previsão foi revogada antes mesmo que produzisse efeitos.

No âmbito da normatização contábil, é comum que as normas contábeis sejam elaboradas tendo como premissa a elaboração de demonstrações financeiras consolidadas. Tal premissa tem a sua razão de ser, uma vez que as normas contábeis geralmente se destinam a garantir uma padronização na evidenciação da situação econômica e financeira de uma entidade aos seus usuários externos, sobretudo investidores e credores.

¹² “Art. 16. Os dividendos atribuídos às ações detidas pelos acionistas não controladores não poderão ser diminuídos pelo montante do ágio amortizado em cada exercício.”

Desse modo, faz todo sentido que as demonstrações financeiras sejam transparentes e demonstrem a situação consolidada de todo o grupo econômico, e não apenas a situação patrimonial da entidade controladora que é a sociedade de capital aberto.

As normas contábeis internacionais (padrão IFRS) foram desenvolvidas tendo por fundamento as demonstrações financeiras consolidadas e a maior parte dos países adotou o padrão IFRS tão somente para as demonstrações consolidadas, de forma que as demonstrações individuais permaneceram seguindo os padrões locais, inclusive para fins de tributação da renda.

No Brasil, adotou-se o padrão IFRS tanto para as demonstrações consolidadas quanto para as demonstrações individuais. Como decorrência da adoção do padrão IFRS nas demonstrações individuais, surgem diferentes desafios relativos à tributação da renda.

Sob a ótica de uma demonstração financeira consolidada, as operações intragrupo acabam sendo anuladas, de forma que uma eventual aquisição de participação societária entre duas empresas do mesmo grupo acabam sendo anuladas quando demonstradas (evidenciadas) nas demonstrações consolidadas. O mesmo não se pode dizer das demonstrações individuais, que são utilizadas para fins de tributação.

Cabe mencionar que receitas oriundas de operações intragrupo não são demonstradas nos relatórios financeiros consolidados, mas ainda assim tais receitas (ora como receitas, ora como parte do lucro tributável, ora como base de venda de produtos, mercadorias ou serviços) são tributadas para fins de PIS, COFINS, IRPJ, CSLL, IPI, ICMS e ISS, uma vez que a tributação se dá no âmbito da pessoa jurídica, isto é, não há tributação no nível do grupo econômico.

Dessa forma, a partir da premissa das demonstrações consolidadas surgem posições abalizadas da doutrina sobre a inexistência de ágio em operações entre partes dependentes. Talvez o mais citados dos estudos sobre o tema seja o artigo “A Incorporação Reversa com Ágio gerado Internamente: consequências da elisão fiscal sobre a contabilidade”, escrito pelo então doutorando Jorge Vieira da Costa Junior e pelo professor Eliseu Martins, artigo apresentado ao Congresso USP de Contabilidade e Controladoria.

Os seguintes trechos do referido artigo merecem ser citados:

“Resta justificado, dessa forma, pelo exposto, que definitivamente, à luz da Teoria da Contabilidade, é inadmissível o surgimento de ágio em uma operação realizada dentro de um mesmo grupo econômico. Não é permitido contabilmente o reconhecimento de ágio gerado internamente, tampouco o lucro resultante.

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

O correto, contabilmente, é fazer o mesmo nas demonstrações individuais também”¹³

Conforme se observa, os referidos autores pontuam que à luz da teoria da contabilidade não haveria registro de ágio interno e tampouco lucro de operações entre partes de um mesmo grupo econômico.

É curioso notar que o referido artigo acadêmico é interpretado de forma a não validar a dedutibilidade do ágio interna, mas se permanece tributando o lucro em demonstrações financeiras individuais de operações entre partes relacionadas.

As ideias contidas no artigo acadêmico de Jorge Vieira e Eliseu Martins foram, de certa forma, repetidas no Ofício-Circular CVM/SNC/SEP n. 01/2007, que trazia as seguintes disposições:

20.1.7 “Ágio” gerado em operações internas

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

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

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

Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários, do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge, única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.

Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada

¹³ COSTA JÚNIOR, Jorge Vieira; e MARTINS, Eliseu. A incorporação reversa com ágio gerado internamente: consequências da elisão fiscal sobre a contabilidade. Disponível em: <<http://www.congressosp.fipecafi.org/artigos42004/13.pdf>>

entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como “arm’s length”.

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

Mais uma vez, o documento feito pela CVM ressalta uma análise do ponto de vista econômico, sendo que há a afirmação expressa de que “essas operações atendam integralmente os requisitos societários” e “ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto)”, o que demonstra por si só que houve o cumprimento dos requisitos normativos de cunho societário.

Feitas estas considerações iniciais, torna-se relevante trazer outros trechos do artigo acadêmico de Jorge Vieira e Eliseu Martins, conforme segue:

Logo, em termos de Teoria da Contabilidade, a rigor, em uma transação admite-se tão só a figura do ágio, que vem a ser um resultado econômico obtido em um processo de compra e venda de ativos líquidos (net assets), quando estiverem envolvidas partes independentes não relacionadas. Enfim, quando o ágio for resultado de um processo de barganha comercial não viciado, que concorra para a formação de um preço justo dos ativos líquidos em apreço¹⁴.

Como se nota, a formação do ágio pressupõe uma negociação não viciada entre partes. Assim, é possível depreender do referido trecho que desde que cumpridos os requisitos de uma negociação a mercado entre as partes, poderia haver conceitualmente a geração de um ágio, ainda que se desse entre partes relacionadas. O que não gera ágio é um processo comercial viciado.

Indo para as conclusões do artigo acadêmico de Jorge Vieira e Eliseu Martins, trazemos o seguinte trecho para leitura:

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

Entretanto, o respaldo em legislação tributária para o fenômeno – ágio gerado internamente – dá sentido econômico à operação. Há de fato riqueza sendo gerada pelo grupo societário nesses arranjos só que, no caso, está sendo transferida do Estado para o grupo via renúncia fiscal. É bem verdade que referido respaldo legal concorre, ainda que indiretamente, para o retrocesso do estágio

¹⁴ COSTA JÚNIOR, Jorge Vieira; e MARTINS, Eliseu. A incorporação reversa com ágio gerado internamente: consequências da elisão fiscal sobre a contabilidade. Disponível em: <<http://www.congressosp.fipecafi.org/artigos42004/13.pdf>>

avançado de desenvolvimento em que se encontra a Contabilidade Brasileira. A bem da verdade, pavimenta um caminho tortuoso: o fomento à indústria do ágio.

Finalizando, a expectativa que se tem é a de que órgãos reguladores de governo e entidades representativas da profissão contábil e de auditoria atentem para a questão, e que eventualmente revejam posicionamentos adotados e/ou manifestem-se prontamente na disciplina da matéria, de tal sorte que a Contabilidade, na sua finalidade mais nobre, que é a de servir como um sistema de informações relevantes e úteis para julgamento e para tomada de decisão, não seja prejudicada¹⁵.

Mais uma vez, é trazida a questão de não faria sentido econômico um ágio interno, no entanto, o artigo conclui que: “entretanto, o respaldo em legislação tributária para o fenômeno – ágio gerado internamente – dá sentido econômico à operação. Há de fato riqueza sendo gerada pelo grupo societário nesses arranjos só que, no caso, está sendo transferida do Estado para o grupo via renúncia fiscal”. Logo, há respaldo legal para tal operação, que acaba por dar respaldo econômico. Vale notar que o artigo é da época em que vigia o artigo 36 da Lei n. 10.637/02.

Outro ponto importante do trecho é que o artigo expressamente se propõe a mais apontar uma situação problemática (na visão dos autores) a ser corrigida “de lege ferenda”, do que concluir que o ágio interno é vedado pela legislação brasileira, de forma que há menção explícita da legalidade do ágio interno. O artigo acadêmico possui um tom de alerta ao legislador tanto é assim que há o trecho: “a expectativa que se tem é a de que órgãos reguladores de governo e entidades representativas da profissão contábil e de auditoria atentem para a questão, e que eventualmente revejam posicionamentos adotados e/ou manifestem-se prontamente na disciplina da matéria”.

Após a edição de diversos precedentes em que este artigo acadêmico foi citado, Eliseu Martins escreveu um novo artigo, desta vez ao lado de Sérgio de Ludícius, ressaltando alguns pontos, dentre os quais:

- (i) o artigo tinha a pretensão acadêmica de provocar os normatizadores;
- (ii) quem registrou ágio interno na época estava agindo de acordo com as normas contábeis vigentes; e
- (iii) há ágios internos com substância econômica. Merecem ser citados os seguintes trechos:

“o inconformismo dos autores a esse respeito se dava à luz não de estarem as empresas descumprindo normas contábeis vigentes; exatamente pelo contrário: as normas em vigor, na sua visão, permitiam o que eles não consideravam como o melhor para a informação contábil brasileira.

¹⁵ COSTA JÚNIOR, Jorge Vieira; e MARTINS, Eliseu. A incorporação reversa com ágio gerado internamente: consequências da elisão fiscal sobre a contabilidade. Disponível em: <<http://www.congressosp.fipecafi.org/artigos42004/13.pdf>>

(...)

Mas não podemos deixar de reconhecer que, do ponto de vista normativo, nada impedia, pelo contrário, era-se obrigado a reconhecer esses resultados até a efetiva entrada em vigência da ICPC 09. E como contrapartida desse reconhecimento tem-se o registro, na adquirente, pelo valor total referente à transação. Desde, é claro, que tais valores tenham substância econômica”¹⁶.

Este novo artigo surge em resposta ao uso equivocado na visão do Professor Eliseu Martins do artigo acadêmico anterior que, de algum modo, estava sendo interpretado “em tiras” como se a legislação proibisse o ágio interno.

Mais uma vez, voltamos aquele ponto de que há ágios e ágios. Tanto é assim que a própria Diretoria da Comissão de Valores Mobiliários já validou alguns ágios decorrentes operações entre partes dependentes que foram registrados em demonstrações financeiras.

A título de ilustração, em decisão proferida em 2011, no âmbito do processo administrativo CVM nº RJ 2010/16665, de relatoria do Diretor Otávio Yazbek, a CVM julgou o recurso interposto pela Mahle Metal Leve S.A. contra entendimento da área técnica acerca do tratamento contábil do ágio decorrente de reorganização societária envolvendo sociedades sob controle comum.

Para um melhor entendimento da questão, torna-se fundamental uma breve descrição do caso.

Em 27 de setembro de 2010, a Mahle protocolou consulta a respeito do tratamento contábil a ser dado a ágio por expectativa de rentabilidade futura decorrente de reorganização societária envolvendo entidades do "Grupo Mahle".

No caso em tela, a Mahle Metal Leve S.A. adquiriu a totalidade das quotas da Mahle Participações Ltda. (ambas as sociedades controladas pela sociedade alemã Mahle Industriebeteiligungen GmbH), sendo que a Mahle Participações Ltda incorporou uma terceira empresa do grupo: a Mahle Componentes de Motores do Brasil Ltda.

A avaliação econômica das cotas da Mahle Participações Ltda foi efetuada por dois avaliadores independentes e a operação de incorporação da Mahle Componentes de Motores do Brasil Ltda foi deliberada em assembléia geral extraordinária, exclusivamente pelos acionistas não controladores.

Considerando que a reorganização foi negociada e submetida à aprovação dos acionistas minoritários, a Mahle Metal Leve S.A. entende que o ágio gerado na aquisição da Mahle Participações Ltda poderia ser considerado como resultante de uma transação realizada entre partes independentes, sendo passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade.

¹⁶ MARTINS, Eliseu; IUDÍCIBUS, Sérgio de. Ágio Interno – É um mito?. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel. Controvérsias Jurídico-Contábeis. 4o volume. São Paulo: Dialética, 2013. p. 83-103.

A Superintendência de Normas Contábeis e Auditoria (SNC) se manifestou nos memorandos SNC/GNC/Nº037/10 e SNC/GNC/Nº045/10 no sentido de que a transação supracitada foi efetuada entre partes relacionadas, pelo que não teria havido "geração de riqueza", de forma que o não exercício do poder de voto do controlador na aprovação da reorganização não pode ser considerado suficiente para caracterizar a transação como "arm's length" e, conseqüentemente, autorizar o reconhecimento do ágio.

A Superintendência de Relações com Empresas (SEP) comunicou o entendimento da SNC por meio do Ofício/CVM/SEP/GEA-5/Nº002/2011, sendo que a Mahle Metal Leve S.A. apresentou recurso reiterando os mesmos argumentos apresentados anteriormente.

O diretor relator Otávio Yazbek assinalou que embora o CPC 15 não seja aplicável em caso de combinações de negócios sob controle comum, também é importante que seja reconhecido que tal não aplicação do CPC 15 decorre do fato que tal norma foi elaborada pensando-se no âmbito das demonstrações financeiras consolidadas.

Assim, entendeu-se que deverá ser observado "in casu" se estão presentes as características que, em operações realizadas intragrupo, usualmente impedem o reconhecimento de ágio.

A título de exemplo, não seria possível reconhecer o ágio naquelas operações justamente em que não há nenhuma verdadeira alteração patrimonial no âmbito das demonstrações consolidadas.

Todavia, no voto, foi considerado que no caso em tela, a discussão diz respeito ao reconhecimento do ágio nas demonstrações financeiras (individuais) da Mahle Metal Leve S.A., sendo que houve inequívoco ganho patrimonial decorrente da operação, uma vez que a Mahle Metal Leve S.A. recebeu em decorrência da operação um ativo que ela não possuía antes, isto é, ela não detinha os potenciais lucros futuros da Mahle Participações Ltda.

Ademais, a partir de uma interpretação do conceito de partes relacionadas presente no Pronunciamento Técnico CPC 05, que trata da divulgação de partes relacionadas, a deliberação tomada pelos minoritários pode ser entendida como uma relação entre partes independentes, além de legitimar a operação.

Nessa linha, os acionistas minoritários poderiam ser considerados como terceiros em relação ao grupo societário e deliberariam em função de um interesse econômico próprio.

Diante do exposto, a CVM reconheceu a possibilidade de reconhecimento de ágio e a respectiva aplicação do Pronunciamento Contábil CPC 15, uma vez que existe ganho patrimonial na Mahle Metal Leve S.A., que não poderia deixar de ser reconhecido, já que as partes que deliberaram e aprovaram a operação podem ser consideradas independentes.

Tendo em vista o exposto, o preconceito contra o ágio de operações entre partes dependentes cai por terra quando se verifica a validação de um caso pela CVM, sendo que o eventual não registro do ágio interno pode causar prejuízos diretos aos acionistas minoritários.

Por fim, outra questão interessante é a seguinte.

No âmbito da Contabilidade não há nenhuma norma contábil dispendo sobre o tratamento tributário em operações de combinações de negócios sob o controle comum. Em outras palavras, não há norma que trate do registro contábil das aquisições de participação societária intragrupo.

Diante de uma lacuna normativa, cabe ao preparador da demonstração contábil construir a sua política contábil e desenvolver a sua norma contábil de modo a refletir de maneira fidedigna aquela transação econômica.

Em situação tal qual a julgada pela CVM no caso Mahle, não tenho dúvidas de que a melhor forma de demonstrar aquela operação é exatamente registrar eventual ágio ou ganho por compra vantajosa.

A discussão tem se tornado tão relevante que o órgão que normativa a contabilidade internacional, isto é, o IASB tem discutido minutas de normas com a temática do “Business Combinations under Common Control” (BUCC), de forma que nos próximos anos podemos ter uma norma contábil expressamente prevendo o registro do ágio interno.

Isso não significa que a porteira esteja aberta. Somente haverá registro de ágio em tais operações quando houver substância econômica, de modo que as autoridades regulatórias poderão não concordar com o registro de alguns ágios e exigir a republicação das demonstrações financeiras, tal qual a CVM poderá fazer com relação às companhias por ela reguladas.”

Concluo, portanto, pela inexistência de vedação de que o ágio por rentabilidade futura apurado em operação entre partes dependentes (ágio interno) seja registrado e amortizado fiscalmente, desde que formado em operação não simulada.

3.4 A OPERAÇÃO FOI SIMULADA?

A fixação de nossa posição quanto à ausência de vedação à dedução do ágio interno nos leva à necessária verificação da essência da operação, ou seja, devemos avaliar se a operação foi ou não simulada. Nessa empreitada, acabaremos também avaliando a essência econômica da operação e seus propósitos materializados.

3.4.1 A DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO DEMANDA PAGAMENTO EM DINHEIRO?

Um dos elementos nos quais a fiscalização se ancora para sustentar o caráter artificial da operação é a ausência de pagamento em dinheiro.

Entendo ser desnecessário o pagamento em dinheiro para a formação legítima do ágio, o importante, expusemos ao firmarmos nossas premissas, é a assunção de sacrifícios econômicos inerente a qualquer operação de incorporação de ações. Não desmerece o caráter oneroso da operação que a quitação do preço se dê mediante a entrega de ações da incorporadora, única possibilidade na incorporação de ações, negócio típico com previsão legal no art. 252 da Lei das Sociedades Anônimas, que demanda avaliação do negócio por laudo pericial.

“Art. 252. A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembléia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.

§ 1º A assembléia-geral da companhia incorporadora, se aprovar a operação, deverá autorizar o aumento do capital, a ser realizado com as ações a serem incorporadas e nomear os peritos que as avaliarão; os acionistas não terão direito de preferência para subscrever o aumento de capital, mas os dissidentes poderão retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

(...)

§ 3º Aprovado o laudo de avaliação pela assembléia-geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem.”

É o entendimento atual da CSRF, nesta matéria decidido por unanimidade de votos, conforme vemos do Acórdão 9101-007.299 de 2025.

“ÁGIO. AMORTIZAÇÃO FISCAL. OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. POSSIBILIDADE.

O fato de o ágio ter surgido em uma operação de incorporação de ações, por si só, não afasta a possibilidade de sua amortização fiscal. Na incorporação de ações, o “desembolso” ou “sacrifício econômico” corresponde ao valor atribuído às ações incorporadas, substituídas pelas ações da incorporadora. Assim, o custo de aquisição do investimento, para a incorporadora, é o valor das ações da incorporadas e, caso esse custo seja superior ao valor patrimonial da empresa incorporada, a diferença será ágio, que poderá ter por fundamentação a expectativa de rentabilidade futura da empresa incorporada.

(...)

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. Quanto à quarta matéria 4 (“Inexistência de Previsão Legal Para a Adição à Base de Cálculo da CSLL da Despesa com a Amortização de Ágio Considerada Indedutível”), votou pelas conclusões a Conselheira Edeli Pereira Bessa.

No mérito, acordam em dar provimento ao recurso, nos seguintes termos: (i) quanto às matérias 1 e 2 (respectivamente “Da Natureza Jurídica da Incorporação de Ações - Forma de Aquisição de Participação Societária — Possibilidade de Geração de Ágio” e “Do Custo de Aquisição na Operação de Incorporação de Ações”), por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso; e (ii) relativamente à matéria 3 (“Do Correto Registro do Fundamento Econômico do Ágio – Expectativa de Rentabilidade Futura - Ágio Indireto”), por maioria de votos, dar provimento ao recurso, vencida a Conselheira Edeli Pereira Bessa que votou por negar provimento. Prejudicado o exame de mérito das matérias 4 (“Inexistência de Previsão Legal Para a Adição à Base de Cálculo da CSLL da Despesa com a Amortização de Ágio Considerada Indedutível”) e 5 (Impossibilidade de Cumulação da Multa Isolada com a Multa de Ofício”). Assinado Digitalmente Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic – Relatora Assinado Digitalmente Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente Participaram da sessão de julgamento os julgadores Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Helder Jorge dos Santos Pereira Júnior, Jandir José Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício). (grifo nosso)”

3.4.2 ANÁLISE DOS QUESTIONAMENTOS SOBRE O LAUDO

A fiscalização também questiona o laudo de avaliação elaborado para amparar a relação de troca de ações, conforme a determinação do art. 252 da lei das S.A.

Já expusemos que a legislação vigente não exigia a elaboração de laudo, nem impunha qualquer requisito formal ou material acerca do demonstrativo que a sociedade deveria apresentar, conforme exigia o então vigente art. 20, § 3º da do Decreto-lei nº 1.598/77.

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

Bastava o arquivamento de demonstração que amparasse a decisão da sociedade. Por outro lado, o art. 252 da lei das S.A exige um laudo que dê suporte à relação de troca estabelecida na operação.

A incorporação integral das ações da Embralog pela G&K em 18/12/2006 ocorreu com um ágio de R\$ 6.247.392,50 amparado pelo laudo de avaliação elaborado pela KPMG, que

estimou o valor de mercado da fiscalizada em R\$ 7.693.000,00 com base no método do fluxo de caixa descontado.

A fiscalização questionou o laudo, chamando atenção para os seguintes pontos:

1º) (pág 3, 1º parágr) segundo expresso no próprio laudo que nos foi apresentado, trata-se apenas de um extrato do “Relatório de Avaliação Econômico-Financeira da EMBRALOG”, sem as informações estratégicas e de caráter confidencial contempladas neste último;

2º) (pág 4, 1º parágr) o laudo tem por base entrevistas e informações orais ou escritas fornecidas pela Administração da EMBRALOG;

3º) (pág 4, item do 3º parágr) consistiu, dentre outros, na comparação dos resultados projetados apresentados no Plano de Negócios com os resultados históricos da Empresa e discussão com a Administração sobre as principais variações observadas;

4º) (pág 5, 2º parágr) a avaliação e as projeções financeiras estão fundamentadas substancialmente em premissas e informações fornecidas pela Administração da EMBRALOG;

5º) (pág 5, 3º parágr) toda avaliação efetuada pela metodologia do fluxo de caixa descontado apresenta um significativo grau de subjetividade, dado que se baseia em expectativas sobre o futuro, que podem se confirmar ou não; portanto, é reconhecido que não há qualquer garantia de que quaisquer das premissas, estimativas, projeções, resultados ou conclusões utilizadas ou apresentadas serão efetivamente alcançadas ou virão a se verificar, total ou parcialmente;

6º) (pág 5, 3º parágr) os resultados reais verificados poderão ser diferentes das projeções e estas diferenças podem ser significativas;

7º) (**pág 5, 2º parágr**) é ressaltado que na avaliação por fluxo de caixa descontado toda e qualquer premissa altera o valor obtido para a empresa que está sendo avaliada;

8º) (**pág 6, 1º parágr**) é enfatizado que o trabalho não constituiu uma auditoria, conforme as normas geralmente aceitas de auditoria e não deve ser interpretado como tal;

9º) (**pág 6, 2º parágr**) A KPMG Corporate Finance Ltda não será responsabilizada, em qualquer hipótese, ou suportará danos ou prejuízos resultantes ou decorrentes da omissão de dados e informações por parte da Administração da Empresa.

10º) (**pág 11, 3º parágr**) eventuais fatos relevantes que tenham ocorrido entre a data-base (31/08/2006) e a data de emissão do relatório (15/12/2006) e que não tenham sido informados pela Administração da Empresa à KPMG podem afetar a estimativa de valor da EMBRALOG.

86. Como se observa, o instrumento fundamental em que se baseia todo o processo de origem do ágio é o laudo de avaliação, o qual, por sua vez, apresenta uma série de incertezas expressamente nele consignadas que, por consequência, o debilitam consideravelmente. Adicionalmente, ele se torna ainda mais vulnerável quando a KPMG afirma que sua elaboração fundamentou-se “substancialmente em premissas e informações fornecidas pela Administração da EMBRALOG”. Obviamente que a empresa avaliadora, de pronto, se exime de qualquer responsabilidade pelas informações que recebeu de quem a contratou, assim como também não assume a responsabilidade pelos resultados alcançados, uma vez que estes serão influenciados tanto pelas premissas e informações que lhe foram previamente fornecidas pela Administração da EMBRALOG quanto pelas não poucas variáveis de mercado (vendas, crescimento da economia do País, exportações, decisões administrativas, etc.).

87. Embora não retratado nas mencionadas observações feitas pouco acima, no laudo integralmente anexado às fls. 295 a 307 encontra-se em seu item 9 (à fl. 9) que, para determinação da taxa de desconto (aplicada sobre o valor dos fluxos de caixa no tempo para se chegar ao seu valor presente), foi utilizado o custo de capital próprio com base na metodologia do CAPM (Modelo de Apreçamento de Ativos de Capital, do inglês “Capital Asset Pricing Model”) e que, para investimentos no Brasil, o referido custo é calculado pela fórmula:

(...)

88. Percebe-se na expressão (e, se não estivermos bem atentos, pode passar despercebido) o uso de parâmetros que sequer dizem respeito ao Brasil, como é o caso da taxa de retorno médio de longo prazo e da inflação de longo prazo, ambas relativas aos Estados Unidos.

89. Diante do exposto, chega-se à inegável conclusão de que o valor da avaliação é de tamanha subjetividade (frise-se que devidamente admitido no próprio documento), que se pode atingir qualquer resultado que se deseje, bastando para isto se partir dos dados (premissas e informações) “adequados” e as variáveis de mercado serem “estimadas” de forma conveniente.

90. Que fique bem claro que não estamos com isto, de modo algum, desmerecendo o trabalho da contratada. O que afirmamos com convicção é que a falta de maior consistência na avaliação como um todo fragiliza totalmente o resultado obtido, determinante para quantificar o real valor de mercado do investimento e, a partir deste, os valores do ágio e da redução tributária que todos os envolvidos na situação, equivocadamente (no caso do ágio intragrupo), pretendem que o laudo dê respaldo.

Entendo que os questionamentos postos sobre o laudo são irrelevantes e, ainda que não o fossem, são inapropriados para infirmar suas conclusões, por uma série de razões que explico a seguir.

Não se exige que o laudo ao qual faz referência o art. 252 da LSA, quanto menos que a demonstração arquivada pela sociedade conforme o então vigente parágrafo 3º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, preencham os requisitos de uma auditoria.

Para o legislador tributário, basta que a sociedade apresente qualquer demonstração de que ao realizar a operação estava imbuída da intenção de pagar preço excedente ao patrimônio líquido por crer na expectativa de rentabilidade futura do empreendimento. Então, para amparar a dedução do ágio não seria necessário qualquer laudo, quanto menos um dotado de precisão digna de auditoria.

Já a exigência de laudo pela Lei das S.A volta-se à proteção de terceiros já que implica aumento do capital da sociedade incorporadora, bem como dos acionistas minoritários nas sociedades de capital, amparando especificamente o IGP-FIP, já acionista da incorporadora G&K quando da incorporação de ações. A própria lei societária traz seus requisitos, exigindo em seu art. 8º que a avaliação seja feita por 3 (três) peritos **ou por empresa especializada** (no caso, a KPMG), mediante laudo fundamentado, amparado por documentação de suporte e indicação dos critérios adotados. Estes critérios para a avaliação de participações societárias são fixados pelo art. 170, §1º, que prevê o uso alternativo ou concomitante de:

“I - a perspectiva de rentabilidade da companhia; (Incluído pela Lei nº 9.457, de 1997)

II - o valor do patrimônio líquido da ação; (Incluído pela Lei nº 9.457, de 1997)

III - a cotação de suas ações em Bolsa de Valores ou no mercado de balcão organizado, admitido ágio ou deságio em função das condições do mercado. (Incluído pela Lei nº 9.457, de 1997)”

No caso, foram utilizados os critérios dos incisos I e II, dado que a empresa não era cotada em bolsa, seguindo a lei vigente.

Verifica-se que não se exige auditoria nem precisão cirúrgica, até porque a decisão de incorporação implica a tomada de riscos e as projeções feitas por meio dos métodos que buscam trazer a valor presente expectativas de rentabilidade futura são por essência dotados de elevada subjetividade, dependem da previsão de cenários econômicos incertos, da avaliação dos planos de negócio, dentre outros aspectos sujeitos ao imponderável.

Inclusive por isso, muito embora o fluxo de caixa descontado seja uma metodologia bastante adotada para nortear negociações, seu uso é bastante questionado em ações de dissolução parcial de sociedade, o que leva parte da doutrina comercialista a defender, nesses casos, a adoção de métodos meramente patrimoniais, que não consideram as perspectivas de rentabilidade futura. O uso destas alternativas em operações não forçadas seria o menos suscetível a subjetividades, mas é irreal, — já que não se poderia cogitar que em um cenário real de mercado alguém alienasse suas participações societárias por valores patrimoniais sem cogitar de suas perspectivas de ganho futuro — como reconheceu o legislador tributário ao prever o

desdobramento do custo de aquisição em elementos dentre os quais encontra-se o ágio por expectativa de rentabilidade futura.

Em síntese, respondendo especificamente aos questionamentos postos pelo TVF, temos:

“1º) (pág 3, 1º parágr) segundo expresso no próprio laudo que nos foi apresentado, trata-se apenas de um extrato do “Relatório de Avaliação Econômico-Financeira da EMBRALOG”, sem as informações estratégicas e de caráter confidencial contempladas neste último;”

Resposta: O extrato do 'Relatório de avaliação económica financeira - Embralog- Empresa Brasileira de Logística S.A.', encontra-se nos autos às fls. 296 a 306, sendo suficiente para confirmar que o laudo preenche os requisitos legais. De todo modo, o Laudo veio aos autos à fls. 2314 a 2341, como doc. 08 da Impugnação e o Acórdão Recorrido a seu respeito reprisou os questionamentos feitos pela fiscalização.

“2º) (pág 4, 1º parágr) o laudo tem por base entrevistas e informações orais ou escritas fornecidas pela Administração da EMBRALOG;”

Resposta: Trata-se de procedimento usual e correto na elaboração de laudos econômicos que considerem as perspectivas de rentabilidade futura pelo método do fluxo de caixa descontado.

3º) (pág 4, item do 3º parágr) consistiu, dentre outros, na comparação dos resultados projetados apresentados no Plano de Negócios com os resultados históricos da Empresa e discussão com a Administração sobre as principais variações observadas;

Resposta: Trata-se de procedimento usual e correto na elaboração de laudos econômicos que considerem as perspectivas de rentabilidade futura pelo método do fluxo de caixa descontado.

4º) (pág 5, 2º parágr) a avaliação e as projeções financeiras estão fundamentadas substancialmente em premissas e informações fornecidas pela Administração da EMBRALOG;

Resposta: Trata-se de procedimento usual e correto na elaboração de laudos econômicos que considerem as perspectivas de rentabilidade futura pelo método do fluxo de caixa descontado. Não se exige auditoria na avaliação.

5º) (pág 5, 3º parágr) toda avaliação efetuada pela metodologia do fluxo de caixa descontado apresenta um significativo grau de subjetividade, dado que se baseia em expectativas sobre o futuro, que podem se confirmar ou não; portanto, é reconhecido que não há qualquer garantia de que quaisquer das premissas, estimativas, projeções, resultados ou conclusões utilizadas ou apresentadas serão efetivamente alcançadas ou virão a se verificar, total ou parcialmente;

Resposta: Trata-se de característica inerente ao método do fluxo de caixa descontado.

6º) (pág 5, 3º parágr) os resultados reais verificados poderão ser diferentes das projeções e estas diferenças podem ser significativas;

Resposta: Trata-se de característica inerente ao método do fluxo de caixa descontado.

7º) (**pág 5, 2º parágr**) é ressaltado que na avaliação por fluxo de caixa descontado toda e qualquer premissa altera o valor obtido para a empresa que está sendo avaliada;

Resposta: Trata-se de característica inerente ao método do fluxo de caixa descontado.

8º) (**pág 6, 1º parágr**) é enfatizado que o trabalho não constituiu uma auditoria, conforme as normas geralmente aceitas de auditoria e não deve ser interpretado como tal;

Resposta: A lei não exige auditoria.

9º) (**pág 6, 2º parágr**) A KPMG Corporate Finance Ltda não será responsabilizada, em qualquer hipótese, ou suportará danos ou prejuízos resultantes ou decorrentes da omissão de dados e informações por parte da Administração da Empresa.

Resposta: Trata-se de ressalva natural em qualquer trabalho de avaliação dependente de informações restadas pela sociedade avaliada.

10º) (**pág 11, 3º parágr**) eventuais fatos relevantes que tenham ocorrido entre a data-base (31/08/2006) e a data de emissão do relatório (15/12/2006) e que não tenham sido informados pela Administração da Empresa à KPMG podem afetar a estimativa de valor da EMBRALOG.

Resposta: COMPLEMENTAR

Por fim, cabe mencionar que a taxa de desconto aplicada para trazer os fluxos projetados a valor presente não deve ser necessariamente aquela adotada no Brasil, a taxa a ser escolhida depende das opções disponíveis à sociedade que pretende emitir novas ações, pois se ela capta recursos no mercado norte-americano, historicamente menos inflacionário e com juros menores, este é o referencial adequado para avaliar o custo de capital e trazer a valor presente os fluxos financeiros futuros.

O laudo, portanto, é hígido para amparar o valor do ágio, subsistindo às críticas tecidas.

3.4.3 O ASPECTO CRONOLÓGICO

Outro elemento suscitado pela defesa para sustentar a ausência de simulação é o lapso temporal entre as operações, havendo-se passado quase 2 anos entre a data da incorporação de ações que formou o ágio (18/12/2006) e a data da incorporação que acompanhou a cisão parcial da G&K em 03/11/2008, a partir de quando operou-se a confusão patrimonial que permite o início da amortização fiscal do ágio.

Esclarecemos, ao firmar nossas premissas teóricas, que o aspecto cronológico é irrelevante, embora seja recorrentemente utilizado como elemento persuasório nos lançamentos fiscais. Tendo isso em conta, não abunda ressaltar que o lapso temporal entre a geração do ágio e

a confusão patrimonial que permite sua amortização deve ser elemento adicional de convicção àqueles que enxergam com desconfiança operações realizadas em curto lapso de tempo, corroborando a defesa de ausência do intento simulatório.

3.4.4 O PROPÓSITO NEGOCIAL

O Recorrente explora diversos elementos para justificar o propósito negocial da operação, elemento que para esta relatoria é desimportante, como já consignamos nas premissas teóricas.

De todo modo, restaram demonstradas as razões negociais dos movimentos societários que propiciaram as condições para o aproveitamento fiscal do ágio.

As considerações tecidas no tópico 3.2 são autoexplicativas a este respeito, e restou comprovada a entrada de investidor estrangeiro, a cessão de sua posição a outro investidor, a divergência no seio do conselho de administração quanto aos futuros da sociedade de maneira a justificar a segregação de negócios, e o superveniente direcionamento dos negócios pelo bloco de controle no sentido causador da divergência, qual seja, o crescimento mediante a aquisição de outras empresa e diversificação dos canais de vendas.

A participação minoritária do investidor não desmerece a consideração de seus interesses, notadamente considerando que tratava-se de investidor estratégico com direitos extraordinários, como a nomeação de membro do Conselho de Administração.

Há portanto propósito negocial.

3.4.5 HOUVE USO DE EMPRESA VEÍCULO?

De maneira bastante ligada com o aspecto cronológico encontramos passagens nas quais o Acórdão Recorrido sustenta que a G&K seria mera empresa veículo, a despeito de terem passado quase dois anos entre sua criação e sua extinção.

O Recurso Voluntário do contribuinte defende tratar-se de inovação do Acórdão Recorrido.

Trata-se realmente de acusação inovadora, pois a figura “empresa veículo” não foi utilizada em nenhum momento pelo Termo de Verificação Fiscal, de todo modo, não vislumbro na G&K as características usualmente atribuídas às empresas veículo. Tratou-se de sociedade constituída com o objetivo de ser a nova Holding do grupo, preparando-o para a recepção do investidor estratégico externo, com vida própria durante os cerca de 2 anos passados entre sua criação e extinção, durante os quais houve diversos eventos econômicos e societários que justificaram os movimentos societários verificados.

3.5 STEP TRANSACTIONS - INOVAÇÃO QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO TRAZIDA PELO ACÓRDÃO DA DRJ

O Recurso Voluntário do contribuinte sustenta ter havido inovação pelo Acórdão Recorrido, que teria trazido a acusação de uso proposital de operações estruturadas em sequência com o objetivo de auferir vantagem indevida (*step transactions*), já que acusação não lança mão desta figura de maneira categórica.

Contudo, a este respeito penso que a qualificação das operações como operações planejadas passo a passo para obter vantagem ilícita não configura inovação, por confundir-se com a própria causa de qualificação da multa de ofício, qual seja, o intento doloso em praticar operações mediante fraude para auferir vantagem fiscal indevida.

Tal dolo e planeamento estratégico para obter a vantagem supostamente ilícita, como veremos, não restou demonstrado, o que abordaremos ao tratarmos da qualificação da multa de ofício.

3.6 HÁ PREVISÃO PARA ADIÇÃO DO ÁGIO NA BASE DE CÁLCULO DA CSLL?

Relativamente à CSLL, penso que a dedutibilidade também se encontra assegurada pela legislação, sob a especial fundamentação de que as limitações à dedutibilidade do ágio existentes relativamente ao IRPJ não se aplicam à CSLL, inexistindo, por outro lado, qualquer previsão para a respectiva adição.

A CSLL foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 7.689/88 em tão astuta quanto maquiavélica manobra política visando a segregar parte da arrecadação federal de maneira tal que não fosse repartida com os demais entes federados (Art. 159 da Constituição Federal). Reduziu-se a alíquota do IRPJ e criou-se a CSLL. Assim como Eva, fruto de uma costela de Adão, pode-se dizer que a CSLL deriva, em certa medida, do IRPJ, mas assumiu vida própria resguardando sua autonomia.

A base de cálculo da CSLL foi prevista pelo art. 2º da Lei nº 7.689/88, tendo passado por significativas alterações introduzidas pela Lei nº 8.034/90, que exacerbou a especificidade de sua base de cálculo. De maneira mais ampla, a base de cálculo da CSLL foi definida pelo art. 2º como o valor do resultado (contábil) do exercício, antes da provisão para o imposto de renda. As alterações promovidas pela Lei nº 8.034/90 deram maior concretude à sua base, relativamente a quais seriam as adições ou exclusões pertinentes. Vejamos as previsões introduzidas no § 1º de sua alínea “c”, tal como vigentes à época dos fatos:

“c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela: [\(Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990\)](#)

1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; [\(Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990\)](#)

2 - adição do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base; [\(Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990\)](#)

3 - adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda; [\(Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990\)](#)

4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; [\(Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990\)](#)

5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita; [\(Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990\)](#)

6 - exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas na forma do item 3, que tenham sido baixadas no curso de período-base. [\(Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990\)](#)”

Nos itens 1 e 4, previu-se que eventuais *variações do valor do patrimônio líquido* (e somente dele) que implicassem alteração do resultado em decorrência do Método de Equivalência Patrimonial (Art. 248 da Lei nº 6.404/76) seriam fiscalmente neutras também para a apuração da CSLL. Não pretendeu, portanto, neutralizar os efeitos de *variações* do valor pago a título de ágio, pois este *é imutável*, já que se consubstancia no montante pago excedente ao patrimônio líquido no momento da aquisição, devendo ser registrado contabilmente de maneira apartada conforme determinação do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77.

Afirmar, portanto, que os itens 1 e 4 da alínea “c” acima transcritos imporiam a neutralidade fiscal do ágio, é desconsiderar sua imutabilidade e confundir patrimônio líquido com o sobrepreço, a ele excedente, é, na essência, assumir a falta de compreensão do conceito mais rudimentar de ágio.

Anos depois sobreveio a Lei 8.981/95, que teve sua redação alterada pela Lei nº 9.065/95, restando seu artigo 57 da seguinte maneira

“Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro [\(Lei nº 7.689, de 1988\)](#) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. [\(Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995\)](#)”

O dispositivo, muito embora traga aproximações entre a CSLL e o IRPJ quanto à apuração e pagamento (portanto, quanto ao vencimento, pagamento, período e dinâmica de apuração), **ressalva que tais aproximações não avançariam sobre o critério quantitativo da regra matriz de incidência tributária**, asseverando restarem ***mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor***, salvo alterações pontuais expressas nessa mesma lei.

Deixou-se claro para além de qualquer dúvida minimamente razoável, a autonomia do critério quantitativo de cada um desses tributos.

Essa autonomia foi novamente reafirmada pela primeira parte do art. 13 da Lei nº 9.249/95, curiosamente ao aproximar as bases de cálculo de ambas por meio de sua submissão à regra geral de dedutibilidade de despesas do art. 47 da Lei nº 4.506/64:

“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:

I - de qualquer provisão, exceto as constituídas para o pagamento de férias de empregados e de décimo-terceiro salário, a de que trata o art. 43 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, e as provisões técnicas das companhias de seguro e de capitalização, bem como das entidades de previdência privada, cuja constituição é exigida pela legislação especial a elas aplicável;

II - das contraprestações de arrendamento mercantil e do aluguel de bens móveis ou imóveis, exceto quando relacionados intrinsecamente com a produção ou comercialização dos bens e serviços;

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;

IV - das despesas com alimentação de sócios, acionistas e administradores;

V - das contribuições não compulsórias, exceto as destinadas a custear seguros e planos de saúde, e benefícios complementares assemelhados aos da previdência social, instituídos em favor dos empregados e dirigentes da pessoa jurídica;

VI - das doações, exceto as referidas no § 2º;

VII - das despesas com brindes.

1º Admitir-se-ão como dedutíveis as despesas com alimentação fornecida pela pessoa jurídica, indistintamente, a todos os seus empregados.

§ 2º Poderão ser deduzidas as seguintes doações:

I - as de que trata a Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991;

II - as efetuadas às instituições de ensino e pesquisa cuja criação tenha sido autorizada por lei federal e que preencham os requisitos dos incisos I e II do art. 213 da Constituição Federal, até o limite de um e meio por cento do lucro operacional, antes de computada a sua dedução e a de que trata o inciso seguinte;

III - as doações, até o limite de dois por cento do lucro operacional da pessoa jurídica, antes de computada a sua dedução, efetuadas a entidades civis, legalmente constituídas no Brasil, sem fins lucrativos, que prestem serviços gratuitos em benefício de empregados da pessoa jurídica doadora, e respectivos dependentes, ou em benefício da comunidade onde atuem, observadas as seguintes regras:

- a) as doações, quando em dinheiro, serão feitas mediante crédito em conta corrente bancária diretamente em nome da entidade beneficiária;
- b) a pessoa jurídica doadora manterá em arquivo, à disposição da fiscalização, declaração, segundo modelo aprovado pela Secretaria da Receita Federal, fornecida pela entidade beneficiária, em que esta se compromete a aplicar integralmente os recursos recebidos na realização de seus objetivos sociais, com identificação da pessoa física responsável pelo seu cumprimento, e a não distribuir lucros, bonificações ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados, sob nenhuma forma ou pretexto;
- c) a entidade civil beneficiária deverá ser reconhecida de utilidade pública por ato formal de órgão competente da União.” (grifo nosso)

Tamanho esforço legislativo em delimitar as aproximações e distanciamentos entre o IRPJ e a CSLL confirma a ausência de plena identidade entre ambos os tributos, notadamente quanto ao seu critério quantitativo. Muito embora ambos partam do lucro líquido contábil para sua apuração, cada qual sofre adições e exclusões próprios.

Analisando, sob este arcabouço, o Decreto-lei nº 1.598/77, verificamos que seu artigo 25, na redação então vigente, exclui as contrapartidas de amortização do ágio apenas da determinação do lucro real (base de cálculo do IRPJ), não trazendo vedação relativamente à base de cálculo da CSLL. A previsão também confirma que, não fosse a ressalva ali prevista, tratar-se-ia de despesa a priori dedutível.

“Art. 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979) (Vigência)” (grifo nosso)

Ao seu turno, a permissão da dedutibilidade do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura (goodwill) introduzida no ordenamento pelo artigo 7º, III da Lei nº 9.532/97 faz referência unicamente ao Lucro Real, justamente porque somente a ele se aplicava a restrição do art. 25 do Decreto-lei nº 1.598/77.

Por fim, é pertinente enfrentar o argumento de que o inciso III do art. 13 da Lei nº 9.249/95 impediria a dedução das despesas de amortização para a apuração da base de cálculo da CSLL. O argumento, parece-me, decorre da leitura parcial do inciso, que em sua parte final contém ressalva permitindo a dedução — *respeitadas as regras gerais do artigo 47 da Lei nº 4.506/64* —

das despesas correspondentes a quotas de amortização de bens móveis (como as participações societárias) *intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços*.

A ressalva, aplicável ao caso em questão, refuta o argumento e confirma decorrer a dedutibilidade do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, de sua natureza de despesa com a aquisição de uma expectativa rentabilidade futura, dedutível a partir da consolidação da entidade que nele incorreu, com a entidade de onde advirão tais potenciais resultados futuros (*matching principle*). Afasta, também, a comum assertiva de tratar-se de benefício fiscal, permitindo que o sobrepreço, como despesa, seja confrontado com as potenciais receitas futuras que lhe deram causa.

Entendo, portanto, procedente o Recurso Voluntário também relativamente à dedutibilidade do ágio para fins de apuração da base de cálculo da CSLL.

3.7 QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

A multa de ofício foi qualificada com os seguintes fundamentos, extraídos do TVF:

140. A ocorrência de operações como as que nos deparamos, com o intuito de registrar um ágio fictício, deduzindo-o da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, se enquadra na hipótese prevista nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, já que o objetivo com estas operações era impedir o Fisco do conhecimento de como ocorreu realmente o fato gerador ou de aspectos deste, o que autoriza a cominação da multa de lançamento de ofício qualificada, prevista no § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007:

(...)

143. No presente caso, com a intenção dos ágios fictícios diminuírem a base de cálculo do IRPJ e da CSLL e os respectivos valores a recolher, o dolo, a vontade e o intuito de fraude são evidentes. Eles exsurtem da elaboração de documentos, como laudos, alterações contratuais e lançamentos contábeis e extra-contábeis, que tiveram por finalidade impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do verídico fato gerador e de suas circunstâncias materiais, necessárias à sua mensuração.

144. Acrescente-se a tudo isto que o fato de incluir nas DIPJ informações sobre o “ágio” como se ele dedutível fosse, em nada altera a tipificação do dolo. Ao contrário, constitui-se em mais uma parte da estratégia para tentar mascarar-lo. A conduta repetida, de reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, não apenas nos AC de 2010 a 2013 ora autuados, mas também nos anos de 2008 e 2009, já fiscalizados e lançados (a amortização total foi prevista para ser concluída em 5 anos, ou seja, até outubro de 2013), expõe a sonegação enquadrada no artigo 71 da Lei nº 4.502/64.

145. Ou seja, a flagrante ação dolosa dos administradores visou levar benefícios dela advindos para si próprios, às custas do erário público.”

Do excerto podemos constatar que a autoridade atuante confundiu o dolo específico exigido para a qualificação da multa de ofício com a própria conduta contrária a sua interpretação da norma permissiva da dedução do ágio, sem apontar qualquer elemento que levasse a crer que a suposta indedutibilidade fiscal do ágio seria conhecida, e que a sociedade teria agido ciente desta indubitável vedação legal.

O Termo de Verificação Fiscal, além de não apontar nenhum elemento específico do qual se pudesse inferir o dolo específico, extrai da publicidade das operações e seu adequado reflexo nas DIPJs elemento que corroboraria o intento doloso, quando na verdade a publicidade dada à operação é elemento que o contradiz, na medida em que escancara ao Fisco a interpretação dada aos fatos e ao Direito pelo Recorrente.

O caráter interno do ágio, vale dizer, não só é admitido pela mais recente jurisprudência do STJ (REsp n. 2.026.473/SC, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 19/9/2023), como também é recorrentemente admitido pelo CARF, o que confirma a razoabilidade da interpretação conferida pelo Recorrente quanto à higidez de seu ágio, apta a demonstrar a existência de mera divergência interpretativa, que afasta a qualificação da multa de ofício sem demandar recurso ao art. 112 do CTN.

3.8 A GLOSA DE BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DE CSLL DE PERÍODOS ANTERIORES

No lançamento fiscal, foi glosada a base de cálculo negativa de CSLL no ano-calendário de 2012 devido ao seu consumo pelas infrações apuradas nos autos do processo nº 10980.723408/2011-81 (glosa dos encargos com amortização deste mesmo ágio nos anos-calendário de 2008 e 2009).

O Recorrente alegou, desde a Impugnação, que a impugnação apresentada nº processo nº 10980.723408/2011-81 ainda se encontra pendente de julgamento, razão pela qual os créditos tributários nele exigidos estão com sua exigibilidade suspensa, nos termos do artigo 151, inciso III, do CTN.

O Acórdão Recorrido manteve a glosa pois o processo nº 10980.723408/2011-81 já teria sido julgado pela DRJ/Curitiba, no Acórdão nº 06-37.939, em 06/09/2012, tendo a infração relativa à glosa da despesa inexistente com amortização do ágio nos anos-calendário de 2008 e 2009 sido integralmente mantida.

No estado atual da demanda, o processo relativo aos anos-calendário de 2008 e 2009 ainda não transitou em julgado. A autuação foi cancelada pelo Acórdão 1401-006.713, que admitiu a dedução do ágio interno.

Na Câmara Superior de Recursos Fiscais, o Acórdão 1401-006.713 foi reformado pelo Acórdão 9101-007.314 de abril de 2025, que, embora tenha inadmitido a dedução do ágio interno por voto de qualidade, determinou a baixa do processo para manifestação da Turma Ordinária sobre matérias que restaram prejudicadas no julgamento original, **dentre as quais se encontra a ausência de previsão legal para a adição do ágio na base de cálculo da CSLL.**

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2008, 2009 ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer a participação de uma pessoa jurídica investidora originária, que efetivamente tenha acreditado na "mais valia" do investimento e feito sacrifícios patrimoniais para sua aquisição.

Inexistentes tais sacrifícios, notadamente em razão do fato de alienante e adquirente integrarem o mesmo grupo econômico e estarem submetidos a controle comum, evidencia-se a artificialidade da reorganização societária que, carecendo de propósito negocial e substrato econômico, não tem o condão de autorizar o aproveitamento tributário do ágio que pretendeu criar.

ÁGIO INTERNO. APROVEITAMENTO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.

O ágio criado artificialmente a partir de operações celebradas exclusivamente entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, submetidas a controle comum e sem a efetiva circulação de riquezas que justifique a contabilização de sobrepreço não se presta a produzir efeitos tributários.

Assim, não se presta o "ágio interno" a aumentar o valor patrimonial de um bem ou a reduzir/eliminar o ganho de capital auferido com a sua alienação.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. No mérito, por voto de qualidade, acordam em dar provimento ao recurso com **retorno dos autos ao colegiado para exame de mérito das matérias "reversão da provisão", "amortização de ágio na base de cálculo da CSLL" e "multas isoladas concomitantes"**, vencidos os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli (relator), Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Helder Jorge dos Santos Pereira Júnior e Jandir José Dalle Lucca que votaram por negar provimento. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Edeli Pereira Bessa.

Desse modo, referido processo não só não transitou em julgado como a matéria com relação à qual ainda não houve manifestação do CARF impacta diretamente a composição da base negativa ora glosada. Por isso, tem razão o contribuinte, merecendo provimento o pleito.

3.9 MULTA ISOLADA – LANÇAMENTO APÓS O FINAL DO ANO-BASE E CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO.

A matéria em questão é objeto de uma série de questionamentos perante este Conselho.

Debate-se, usualmente, se a multa isolada somente poderia ser exigida conjuntamente ao lançamento de ofício voltado à exigência das estimativas não quitadas, e, não sendo possível exigir o recolhimento das estimativas após o término do ano-calendário, tampouco poderia ser exigida a penalidade pelo não recolhimento.

Não partilho desse entendimento. A Súmula CARF nº 82 consolidou o entendimento deste Conselho, de que as estimativas de IRPJ e CSLL consistem em mera antecipação do tributo devido, o que as tornaria inexigíveis com o término do ano-calendário a partir do qual se apura o tributo efetivamente devido. Trata-se de técnica de arrecadação imposta aos optantes pelo regime do Lucro Real de apuração anual. Caso o contribuinte seja autuado sofrendo a exigência do recolhimento das estimativas no curso do ano-calendário ao qual correspondem, não se exige a multa isolada, mas a multa de ofício de 75%.

Em virtude da exigência de antecipação, impõe-se sobre o contribuinte a penalidade ora em questão, voltada a punir a conduta daquele que desatende à obrigação de antecipar recursos aos cofres públicos, independentemente de, ao final do ano-calendário, apurar ou não saldo de tributo a pagar.

Entendimento diverso implicaria não só o esvaziamento da sanção imposta àquele que desatende ao dever de antecipar, como também a instituição de prazo decadencial inferior a um ano, distinto do prescrito pelo Código Tributário Nacional.

A Conselheira Livia de Carli Germano no mesmo Acórdão 9101-005.080 muito bem expõe que a multa isolada, tanto na redação anterior como na posterior às alterações legislativas promovidas pela Lei 11.488/2007 no art. 44 da Lei nº 9.430/96, é exigível mesmo depois do encerramento do ano-calendário:

“Estas são as razões pelas quais considero também que, de maneira geral, a multa isolada sobre as estimativas não pagas é devida independentemente do resultado final da apuração do ajuste anual.

Nesse ponto, não ignoro a linha de raciocínio segundo a qual, após o término do ano-calendário, a exigência de recolhimentos por estimativa perderia sua eficácia, prevalecendo a exigência do tributo efetivamente devido e apurado com base no lucro. Segundo essa linha, haveria, entre as estimativas e o tributo devido no final do ano, uma relação de meio e fim, ou de parte e todo, de modo que a multa isolada cobrada em razão da ausência de recolhimento de estimativas apenas poderia ser aplicada durante o ano-calendário, ou seja, antes do ajuste anual.

Não discordo das *premissas* de tal raciocínio, isto é, concordo que é inerente ao dever de antecipar a existência da obrigação cujo cumprimento se antecipa. Não obstante, compreendo que a *conclusão* a que ele chega não é adequada, e isso essencialmente porque, aqui, não estamos tratando de incidência de principal de tributo, mas de norma que estabelece penalidade.

É dizer, embora se trate, essencialmente, do mesmo tributo (IRPJ/CSLL anual), as condutas exigidas do contribuinte são distintas: a primeira é o dever de antecipar parcelas do tributo calculadas sobre uma base provisória (estimativas mensais), e a segunda é o dever de pagar este mesmo tributo efetivamente apurado como devido ao final do ano-calendário (ajuste anual).

Uma conduta independe logicamente da outra, ou seja, o dever de recolher estimativas pode existir sem que venha a haver tributo devido no ajuste anual, e vice-versa. Além disso, tais condutas visam a atender bens jurídicos distintos, sendo uma destinada a manter o fluxo de caixa do governo durante o ano, e outra dirigida ao recolhimento do tributo efetivamente devido.

Daí porque tais condutas podem ser, como de fato são, penalizadas de forma específica – nos das atuais, a primeira à razão de 50% da estimativa não recolhida e a segunda à razão de 75% do valor do ajuste anual devido.

Vale notar que a conclusão acima não contradiz o disposto no enunciado da Súmula CARF 82 (vinculante, conforme Portaria MF 277/2018), que diz:

Súmula CARF 82: Após o encerramento do ano-calendário, é incabível lançamento de ofício de IRPJ ou CSLL para exigir estimativas não recolhidas.

Isso porque, de novo, é essencial destacar que, nos presentes autos, não estamos tratando do principal de tributo, mas da pena prevista para a conduta consistente em agir em desconformidade com o que prevê a legislação fiscal (dever de adiantar estimativas mensais).

Neste sentido, a análise dos acórdãos precedentes que orientaram a edição de tal enunciado sumular esclarece que o que não pode ser exigido é apenas o principal da estimativa, visto que este está contido no ajuste apurado ao final do ano-calendário. Não obstante, a pena prevista para o descumprimento do dever de recolher a estimativa permanece -- e, até por isso, é denominada "multa isolada": porque cobrada independentemente da exigibilidade da sua base de cálculo (a própria estimativa devida).

De fato, parece que só faz sentido se falar em exigência isolada de multa quando a infração é constatada após o encerramento do ano de apuração do tributo. Isso porque, se fosse constatada a falta no curso do ano-calendário, caberia à fiscalização exigir a própria estimativa devida, acrescida de multa e dos respectivos juros moratórios. Ao estabelecer a cobrança apenas da multa (ou seja, a cobrança "isolada") quando detectada a falta de recolhimento da estimativa mensal, a norma visa exatamente à adequação da exigência tributária à situação fática.

A título ilustrativo, destaco a argumentação constante de trecho do voto condutor do acórdão 101-96.353, de 17/10/2007, que é um dos que orientaram a edição do enunciado da Súmula CARF 82:

(...)

A ação do Fisco, após o encerramento do ano-calendário, não pode exigir estimativas não recolhidas, uma vez que o valor não pago durante o período-base está contido no saldo apurado no ajuste efetuado por ocasião do balanço.

Na prática, a aplicação da multa isolada desonera a empresa da obrigação de recolher as estimativas que serviram de base para o cálculo da multa. O imposto e a contribuição não recolhidos serão apurados na declaração de ajuste, se devidos.

(...)

Distinta é a situação em que, ao final do ano-calendário, o contribuinte apura tributo a pagar mas não o recolhe, tornando-se alvo do lançamento de ofício. Nesses casos, a **jurisprudência administrativa admite a absorção da multa imposta sobre a conduta-meio pela multa imposta sobre a conduta-fim**, levando à prevalência apenas da multa de ofício como consequência da aplicação do princípio da consunção, reconhecido pela súmula CARF nº 105.

“Súmula CARF nº 105

Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em 08/12/2014

A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Acórdãos Precedentes:

9101-001.261, de 22/11/2011; 9101-001.203, de 17/10/2011; 9101-001.238, de 21/11/2011; 9101-001.307, de 24/04/2012; 1402-001.217, de 04/10/2012; 1102-00.748, de 09/05/2012; 1803-001.263, de 10/04/2012”

Ocorre, portanto, punição da conduta-meio e da conduta-fim, devendo esta absorver aquela (consunção).

Reconhecendo a aplicabilidade do princípio penal da consunção à seara tributária e muito bem delineando as **três vertentes existentes a seu respeito**, podemos mencionar o Acórdão nº 1401003.058, de relatoria do Conselheiro Abel Nunes de Oliveira Neto, o qual se vale de voto do Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes:

“ESTIMATIVAS RECOLHIDAS A MENOR. MULTA ISOLADA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. POSSIBILIDADE.

Nos casos de lançamento com aplicação de multa de ofício, cumulado com lançamento de multa isolada por não recolhimento das estimativas, cabível a aplicação do princípio da consunção em razão de, decorrendo da aplicação do princípio, a multa aplicada em razão da infração maior (de ofício) absorver a multa relativa à menor infração (isolada) até o limite do valor da multa de ofício lançada.”

(...)

“Inicialmente já é de conhecimento dos membros desta Turma Julgadora que meu posicionamento é no sentido da impossibilidade da exigência da multa isolada quando há a aplicação, relativa ao mesmo exercício da multa de ofício em valor igual ou superior ao da multa agravada. Para tanto apresento posicionamento já muitas vezes apresentado neste CARF que contou o prestigioso auxílio do então Conselheiro do CARF Guilherme Adolfo Mendes. vejamos:

Com relação ao auto de infração relativo a aplicação de multa isolada pela falta de recolhimento por estimativa, por diversas vezes este tema foi objeto de discussão nesta Câmara, existindo três diferentes vertentes de opinião:

1) A primeira segue no sentido de que a aplicação de multa de ofício relativo ao período de apuração anual do imposto impede a aplicação da multa isolada pela falta de recolhimento por estimativa em função de tratar-se, em essência do mesmo tributo exigido no exercício e, assim, o contribuinte estaria sendo penalizado em duplicidade.

2) A segunda corrente advoga no sentido de que as multas de ofício e isolada punem condutas distintas e assim, podem subsistir concomitantemente sem qualquer empecilho, visto que os fatos geradores são distintos e também distintas as bases de cálculo.

3) A terceira posição interpretativa segue no sentido de que os fatos geradores sendo complementares as sanções, visto que uma pune a falta de antecipação durante o exercício e a outra pune a falta do pagamento no ajuste anual, a maior penalidade deve prevalecer até o montante em que consuma integralmente a punição pela falta de antecipação, somente subsistindo esta se comportar montante maior do que a multa de ofício.

Pessoalmente sou adepto da terceira corrente e da adoção do princípio da consunção.

Por isso, transcrevo os valiosos fundamentos do Conselheiro Guilherme Adolfo Mendes no Acórdão 1201000.235:

As regras sancionatórias são em múltiplos aspectos totalmente diferentes das normas de imposição tributária, a começar pela circunstância essencial de que o

antecedente das primeiras é composto por uma conduta antijurídica, ao passo que das segundas se trata de conduta lícita.

Dessarte, em múltiplas facetas o regime das sanções pelo descumprimento de obrigações tributárias mais se aproxima do penal que do tributário. Pois bem, a Doutrina do Direito Penal afirma que, dentre as funções da pena, há a PREVENÇÃO GERAL e a PREVENÇÃO ESPECIAL.

A primeira é dirigida à sociedade como um todo. Diante da prescrição da norma punitiva, inibe-se o comportamento da coletividade de cometer o ato infracional. Já a segunda é dirigida especificamente ao infrator para que ele não mais cometa o delito.

É, por isso, que a revogação de penas implica a sua retroatividade, ao contrário do que ocorre com tributos. Uma vez que uma conduta não mais é tipificada como delitiva, não faz mais sentido aplicar pena se ela deixa de cumprir as funções preventivas.

Essa discussão se torna mais complexa no caso de descumprimento de deveres provisórios ou excepcionais.

Hector Villegas, (em Direito Penal Tributário. São Paulo, Resenha Tributária, EDUC, 1994), por exemplo, nos noticia o intenso debate da Doutrina Argentina acerca da aplicação da retroatividade benigna às leis temporárias e excepcionais.

No direito brasileiro, porém, essa discussão passa ao largo há muitas décadas, em razão de expressa disposição em nosso Código Penal, no caso, o art. 3º:

Art. 3º A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.

O legislador penal impediu expressamente a retroatividade benigna nesses casos, pois, do contrário, estariam comprometidas as funções de prevenção. Explico e exemplifico.

Como é previsível a cessação da vigência de leis extraordinárias e certo, em relação às temporárias, a exclusão da punição implicaria a perda de eficácia de suas determinações, uma vez que todos teriam a garantia prévia de, em breve, deixarem de ser punidos.

É o caso de uma lei que impõe a punição pelo descumprimento de tabelamento temporário de preços. Se após o período de tabelamento, aqueles que o descumpriram não fossem punidos e eles tivessem a garantia prévia disso, por que então cumprir a lei no período em que estava vigente?

Ora, essa situação já regrada pela nossa codificação penal é absolutamente análoga à questão ora sob exame, pois, apesar de a regra que estabelece o dever de antecipar não ser temporária, cada dever individualmente considerado é provisório e diverso do dever de recolhimento definitivo que se caracterizará no ano seguinte.

Nada obstante, também entendo que as duas sanções (a decorrente do descumprimento do dever de antecipar e a do dever de pagar em definitivo) não devam ser aplicadas conjuntamente pelas mesmas razões de me valer, por terem a mesma função, dos institutos do Direito Penal.

Nesta seara mais desenvolvida da Dogmática Jurídica, aplica-se o Princípio da Consunção. Na lição de Oscar Stevenson, "pelo princípio da consunção ou absorção, a norma definidora de um crime, cuja execução atravessa fases em si representativas desta, bem como de outras que incriminem fatos anteriores e posteriores do agente, efetuados pelo mesmo fim prático". Para Delmanto, "a norma incriminadora de fato que é meio necessário, fase normal de preparação ou execução, ou conduta anterior ou posterior de outro crime, é excluída pela norma deste". Como exemplo, os crimes de dano, absorvem os de perigo. De igual sorte, o crime de estelionato absorve o de falso. Nada obstante, se o crime de estelionato não chega a ser executado, pune-se o falso.

É o que ocorre em relação às sanções decorrentes do descumprimento de antecipação e de pagamento definitivo. Uma omissão de receita, que enseja o descumprimento de pagar definitivamente, também acarreta a violação do dever de antecipar. Assim, pune-se com multa proporcional. Todavia, se há uma mera omissão do dever de antecipar, mas não do de pagar, pune-se a não antecipação com multa isolada.

No presente caso, percebe-se que a multa de ofício excede o valor da multa isolada pelo não recolhimento da estimativa, absorvendo-a integralmente. Desta forma entendo por negar provimento ao lançamento da multa isolada em razão desta ter sido integralmente abrangida pela multa de ofício.

Do exposto voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso para excluir da autuação o lançamento de multa isolada por falta de pagamento de estimativa do IRPJ e CSLL.

(...)

Com relação ao princípio da Consunção que, reconheço, não é se sabeiça geral em sua completude, a estranheza decorre do fato de se afastar a aplicação de uma norma legal (a de aplicação de multa isolada por falta de recolhimento por estimativa) em razão de um princípio não escrito.

Mas o princípio da Consunção funciona exatamente desta forma. Quando existem condutas praticadas pelos particulares que se amoldem a mais de uma infração, há de se aplicar a pena relativa à maior infração capitulada e deixar de aplicar a pena da menor infração até o limite daquela."

Mais recentemente o Acórdão 9101-005.080, de relatoria do Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, expressa o estado atual do debate no âmbito da **CSRF**, no qual se reconheceu a

aplicação do princípio da consunção pela **1ª das vertentes acima mencionadas** no voto do Conselheiro Abel Nunes de Oliveira Neto com as contribuições do Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes e a manutenção da aplicabilidade da Súmula CARF nº 105, sendo extremamente oportuna a transcrição dos seguintes excertos de seu voto:

Assim, um único ilícito tributário e seu correspondente singular *dano* ao Erário (do ponto de vista *material*), não pode ensejar duas punições distintas, devendo ser aplicado o *princípio da absorção* ou da *consunção*, visando repelir esse *bis in idem*, instituto explicado por Fabio Brun Goldschmidt em sua obra¹⁷.

Frise-se que, *per si*, a coexistência jurídica das multas isoladas e de ofício não implica em qualquer ilegalidade, abuso ou violação de garantia. A patologia surge na sua efetiva *cumulação*, em Autuações que sancionam tanto a falta de pagamento dos tributos apurados no ano-calendário como também, por suposta e equivocada *consequência*, a situação de pagamento a menor (ou não recolhimento) de estimativas, antes devidas dentro daquele mesmo período de apuração, já encerrado.

Ainda sobre a permanência da aplicabilidade da Súmula CARF nº 105, as alterações promovidas pela Lei nº 11.488/2007 no art. 44 da Lei nº 9.430/96 não modificaram o aspecto material da regra matriz de incidência das prescrições punitivas em questão, tendo apenas alterando o percentual da multa isolada e afastado a sua possibilidade de agravamento, com alteração topográfica que retirou a previsão da exigência isolada da multa do parágrafo 1º, IV, alocando-a no inciso II do *caput*. Todo o raciocínio que ensejou a consolidação do entendimento do colegiado no verbete sumular de nº 105 remanesce aplicável diante da ausência de alteração de suas premissas fundantes.

Portanto, no caso em questão, verifica-se a patologia apontada pelo Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, impondo-se óbice à aplicação da multa isolada segundo a 1ª vertente da qual acima se tratou, razão pela qual a multa isolada torna-se insubsistente.

3.10 INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

Os Recorrentes questionam a incidência de juros moratórios sobre a multa de ofício, tema sumulado que por isso dispensa maiores elucubrações, dada a inafastabilidade do entendimento sumulado pelo CARF. Vejamos:

“Súmula CARF nº 108

Aprovada pelo Pleno em 03/09/2018

¹⁷ Teoria da Proibição de Bis in Idem no Direito Tributário e Sancionador Tributário. São Paulo: Noeses, 2014, p. 462.

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).”

Pelo exposto, nego provimento ao pedido.

3.11 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS SÓCIOS ADMINISTRADORES

3.11.1 HOUVE DOLO E FRAUDE ESPECÍFICOS DOS ADMINISTRADORES RESPONSABILIZADOS?

Os sócios e administradores foram responsabilizados solidariamente com fundamento nos artigos 124, I e 135, III do CTN, imputando-se a eles o mesmo dolo que ensejou a qualificação da multa de ofício, já afastada.

Tratando-se do mesmo dolo, não nos resta outra alternativa senão afastar a responsabilidade solidária com base no art. 135, III do CTN.

A mesma sorte recebe a imputação da responsabilidade com fundamento no art. 124, I do CTN. Sobre o tema há três principais vertentes: (i) a que entende bastar o interesse econômico, (ii) a que demanda o interesse jurídico, e (iii) a vertente intermediária.

A primeira vertente, para a qual basta o interesse econômico, foi a encampada pelo Termo de Verificação fiscal, conforme extraímos do seguinte excerto:

“147. Assim sendo, quando duas ou mais pessoas estiverem ligadas por interesse comum e vinculadas por qualquer forma de interesse econômico ao fato gerador (e o fato gerador sempre tem substrato econômico), haverá solidariedade legal presumida (art. 124, I).”

Trata-se de vertente que não mais é sustentada pela própria Receita Federal, conforme se infere do Parecer Normativo Cosit/RFB nº 04/18, norma interpretativa vinculante às autoridades fiscais, que dispõe sobre a responsabilidade tributária prevista no artigo 124, inciso I.

O Conselheiro José Eduardo Genero Serra, ao relatar o Processo nº 10950.723660/2016-52, manifestou visão alinhada ao Parecer Normativo mencionado, considerando que o referido parecer trouxe importantes delineamentos acerca desse tema tratado de maneira pouco minudente no Código Tributário Nacional, inclusive com a fixação de entendimento segundo o qual o interesse comum deveria alcançar **não somente o ato lícito que gerou a obrigação tributária, mas também o ato ilícito que a desfigurou**. Cito trechos oportunos para o caso:

10. Cabe observar que a responsabilização tributária pelo inciso I do art. 124 do CTN (doravante simplesmente denominada "responsabilidade solidária") não pode se dar de forma indiscriminada, sem uma delimitação clara do seu alcance. Ela não se confunde com a responsabilidade tributária de que trata o art. 135 do CTN, não obstante em algumas situações poderem estar presentes os elementos

de ambas as responsabilidades. Seu signo distintivo é o interesse comum, e é por ele que a presente análise se inicia.

Sobre o Interesse Comum

11. A terminologia "interesse comum" é juridicamente indeterminada. A sua delimitação é o principal desafio deste Parecer Normativo. Ao analisá-la, normalmente a doutrina e a jurisprudência dispõem que esse interesse comum é jurídico, e não apenas econômico.

11.1. O interesse econômico aparentemente seria no sentido de que bastaria um proveito econômico para ensejar a aplicação do disposto no inciso I do art. 124 do CTN.

11.2. O interesse jurídico, por sua vez, se daria pelo vínculo jurídico entre as partes para a realização em conjunto do fato gerador. Para tanto, as pessoas deveriam estar do mesmo lado da relação jurídica, não podendo estar em lados contrapostos (como comprador e vendedor, por exemplo).

11.3. Ambas as construções doutrinárias são falhas e não devem ser aplicadas no âmbito da RFB, pois tenta-se interpretar um conceito indeterminado com outro conceito indeterminado.

12. Como norma geral à responsabilidade tributária, o responsável deve ter vínculo com o fato gerador ou com o sujeito passivo que o praticou. (...)

13. Voltando-se à responsabilidade solidária, o interesse comum ocorre no fato ou na relação jurídica vinculada ao fato gerador do tributo. É responsável solidário tanto quem atua de forma direta, realizando individual ou conjuntamente com outras pessoas atos que resultam na situação que constitui o fato gerador, como o que esteja em relação ativa com o ato, fato ou negócio que deu origem ao fato jurídico tributário mediante cometimento de atos ilícitos que o manipularam. Mesmo nesta última hipótese está configurada a situação que constitui o fato gerador, ainda que de forma indireta.

14. Para se chegar a essa conclusão, deve-se levar em conta que a interpretação do inciso I do art. 124 do CTN não pode estar dissociada do princípio da capacidade contributiva contida no § 1º do art. 145 da Constituição Federal (CF), o qual deve ser aplicado pelo seu duplo aspecto: (i) substantivo, em que a graduação do caráter pessoal do imposto ocorre "segundo a capacidade econômica"; (ii) adjetivo, na medida em que é facultado à administração tributária "identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte". (...)

15. Apesar de neste parecer concordar-se com a linha da consultante no sentido de ser possível a responsabilização pelo inciso I do art. 124 do CTN para situação de ilícitos, em geral, ele não implica que qualquer pessoa possa ser responsabilizada. Esta deve ter vínculo com o ilícito e com a pessoa do contribuinte ou do responsável por substituição, comprovando-se o nexo causal

em sua participação comissiva ou omissiva, mas consciente, na configuração do ato ilícito com o resultado prejudicial ao Fisco dele advindo.

16. Não é qualquer interesse comum que pode ensejar a aplicação do disposto no inciso I do art. 124 do CTN. O interesse deve ser no fato ou na relação jurídica relacionada ao fato jurídico tributário, como visto acima. Assim, o mero interesse econômico, sem comprovação do vínculo com o fato jurídico tributário (incluídos os atos ilícitos a ele vinculados) não pode caracterizar a responsabilização solidária, não obstante ser indício da concorrência do interesse comum daquela pessoa no cometimento do ilícito. (...)

17. Ao caracterizar o interesse comum como sendo aquele relacionado com algum vínculo ao fato jurídico tributário, pode-se criar a falsa impressão de que neste parecer se alinharia à tese de que o interesse comum seria o que se denominou interesse jurídico, o que não é verdade.

(...)

19. Destarte, além do cometimento em conjunto do fato jurídico tributário, pode ensejar a responsabilização solidária a prática de atos ilícitos que englobam: (i) abuso da personalidade jurídica em que se desrespeita a autonomia patrimonial e operacional das pessoas jurídicas mediante direção única ("grupo econômico irregular"); (ii) evasão e simulação fiscal e demais atos deles decorrentes, notadamente quando se configuram crimes; (iii) abuso de personalidade jurídica pela sua utilização para operações realizadas com o intuito de acarretar a supressão ou a redução de tributos mediante manipulação artificial do fato gerador (planejamento tributário abusivo).

(...)

Cometimento de ilícito tributário doloso vinculado ao fato gerador. Evasão fiscal. Atos que configuram crimes.

26. Preliminarmente, esclareça-se um fato: **não é qualquer ilícito que pode ensejar a responsabilidade solidária. Ela deve conter um elemento doloso** a fim de manipular o fato vinculado ao fato jurídico tributário (vide item 13.1), uma vez que o interesse comum na situação que constitua o fato gerador surge exatamente na participação ativa e consciente de ilícito com esse objetivo. Há, portanto, em seu antecedente a ocorrência do ato ilícito, que necessariamente implica também a comprovação de vínculo entre todos os sujeitos passivos solidários.

26.1. O elemento doloso, por sua vez, constitui-se na vontade consciente de realizar o elemento do tipo ilícito. Seria a fraude, no sentido lato da palavra.

26.2. Como exaustivamente visto no presente parecer, **o mero interesse econômico não pode ensejar a responsabilização solidária**. Do mesmo modo, há que estar presente vínculo não só com o fato, mas também com o contribuinte ou com o responsável por substituição (vide item 15). Mera assessoria ou consultoria

técnica, assim, não tem o condão de imputar a responsabilidade solidária, salvo na hipótese de cometimento doloso, comissivo ou omissivo, mas consciente, do ato ilícito.

(...)

27.1. Casos típicos de ilícitos tributários são as condutas de sonegação, fraude (strictu sensu) e conluio contidas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964: (...)

27.2. Apesar de a sonegação e a fraude (no sentido strictu sensu de que trata o art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964) englobarem, em regra, a simulação, esta tem um espectro de incidência mais abrangente. Se o conceito de sonegação fiscal está ligada diretamente ao lançamento, a simulação pode ocorrer em outras hipóteses, como no reconhecimento de direito creditório, desde que presentes os seus elementos caracterizadores, consoante art. 167 do Código Civil:

(...)

Planejamento tributário abusivo. Ocorrência da operação antes do fato gerador

29. A responsabilização solidária pela constatação de planejamento tributário abusivo é uma variável em relação à do cometimento de ato simulado. Vide julgado do CARF que entende serem tais operações fruto de simulação: (...)

30. Contudo, há a especificidade de se tratar de atos jurídicos complexos que não possuem essência condizente com a forma para supressão ou redução do tributo que seria devido na operação real (abuso de forma). Por tal motivo desenvolve-se esse tema de forma específica, inclusive pelo fato de que tais operações são normalmente realizadas antes da ocorrência do fato jurídico tributário.

30.1. O interesse comum resta caracterizado na medida em que a personalidade jurídica não está em consonância com as prescrições legais do direito privado, tampouco corresponde ao resultado econômico desejado. Em verdade, trata-se de atos anormais de gestão, que atentaram contra o próprio objeto social da sociedade e cujos efeitos não podem e não devem ser opostos ao Fisco.

30.2. O planejamento tributário abusivo ora tratado é o que envolve diversas pessoas jurídicas existentes com o único fito de reduzir ou suprimir tributo. A personalidade jurídica não cumpre a função social esperada da empresa, conforme arts. 116, parágrafo único, e 154 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, c/c art. 421 do Código Civil. Ora, nem o objetivo de obter lucro essa pessoa jurídica tem, pois esta apenas serve como meio para uma economia ilegítima para pagamento de tributo, contrariando o já mencionado princípio da capacidade contributiva. E daí se verifica a comunhão do interesse comum de todas elas, as quais não deixam de compor modalidade de grupo econômico irregular.

(...)

32. Como ocorrido em outras situações, o presente Parecer Normativo não tem por objetivo relacionar, de forma exaustiva, todas os negócios jurídicos que

podem ser considerados planejamento tributário abusivo, até por depender da sua conformação e comprovação no caso concreto. Mas **citam-se três situações típicas em que se configura o interesse comum para a responsabilização solidária**, as quais podem estar todas presentes num mesmo planejamento: operações estruturadas em sequência, as realizadas com uso de sociedades-veículo e as que têm por objetivo o deslocamento da base tributável.

32.1. As **operações estruturadas em seqüência** referem-se àquelas que contêm etapas em que cada uma, pretensamente isolada, corresponde a um tipo de ato ou deliberação societária ou negocial encadeado com a subsequente com o fito de reduzir ou suprimir tributo devido. **Cada etapa dessa cadeia de operações estruturadas só faz sentido caso exista a etapa anterior e caso seja também deflagrada a operação posterior.** Conforme Greco: (...)

32.2. A **empresa-veículo (conduit company)** é uma pessoa jurídica intermediária utilizada apenas para servir como canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro sem que tenha efetivamente outra função dentro do contexto. Muito comum é a utilização de Sociedade de Propósito Específico para tanto. **Em regra, ela se apresenta na estruturação de operações e em que há a utilização das mais diversas pessoas jurídicas, em direção única, com o fito de suprimir ou reduzir tributo devido.**

32.3. Já o deslocamento da base tributária ocorre mediante utilização de pessoas jurídicas distintas com o propósito de transferir receitas ou despesas entre uma e outra de forma artificial, sem substrato na realidade das atividades por elas desenvolvidas.

33. Enfim, nessas hipóteses em que há desproporção entre a forma jurídica adotada e a intenção negocial, com vistas a desfigurar ou manipular o fato jurídico tributário, está configurado o interesse comum a ensejar a responsabilização solidária. Cita-se mais um paradigmático julgado do CARF, que corrobora o aqui exposto: (...)

34. Ressalte-se, por fim, que para a responsabilização solidária há que restar comprovado o abuso da personalidade jurídica cuja existência é fictícia ou utilizada para uma sequência de transação com o fito de reduzir ou suprimir tributo. Esse nexo causal entre a artificialidade da personalidade jurídica e a operação em conjunta deve estar demonstrado, mesmo que mediante conjunto de provas indiciárias. Contudo, deve-se estabelecer que a pessoa jurídica ou física responsabilizada é partícipe direta e consciente da simulação. (...)” (grifei)

Extrai-se do parecer que, na visão das autoridades fiscais: (i) o responsável deve ter vínculo – de fato ou de direito - com o fato gerador ou com o sujeito passivo que o praticou; (ii) o exigido “*interesse comum*” deve ser no fato ou na relação jurídica relacionada ao fato jurídico tributário, **não bastando o mero proveito econômico**; (iii) ensejam a responsabilidade o cometimento de ato ilícito com abuso de personalidade jurídica envolvendo grupo econômico

irregular, evasão fiscal ou planejamento tributário abusivo; (iv) o ato ilícito tem de ser praticado com dolo.

A visão é interessante, pois identifica o interesse comum como uma situação fática decorrente de **ato, comissivo ou omissivo, doloso** pelo qual a pessoa responsabilizada contribua com a infração à legislação tributária, ainda que não se encontre no mesmo polo jurídico da relação que deu ensejo ao tributo. Por esta visão, o adquirente de bem imóvel que aceita lavrar a escritura por valor inferior ao de mercado contribui com a sonegação e portanto responde solidariamente pela obrigação tributária nos termos do art. 124, I do CTN ainda que não seja contribuinte do tributo sonegado.

No caso em questão, não se demonstrou a prática de nenhum ato omissivo ou comissivo doloso praticado pelos administradores seja para gerar a obrigação tributária, seja para desfigurá-la, o que afasta sua responsabilidade.

A despeito de reconhecer lógica nessa posição e de sua adoção levar ao afastamento da responsabilidade, vale consignar que sou partidário da vertente que extrai do art. 124, I a necessidade de demonstração de interesse jurídico comum.

Na lição de Luís Eduardo Schoueri:

“Interesse comum só têm as pessoas que estão no mesmo polo na situação que constitui o fato jurídico tributário. Assim, por exemplo, os condôminos têm “interesse comum” na propriedade; se esta dá azo ao surgimento da obrigação de recolher o IPTU, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto todos os condôminos. Note-se que o débito é um só, mas todos os condôminos se revestem da condição de sujeitos passivos solidários.

É importante destacar aqui que o art. 124, I, do CTN não define sujeito passivo. Ele apenas fixa, a partir do interesse comum, a solidariedade entre sujeitos passivos, já definidos em outros dispositivos. De maneira mais clara, ainda com o exemplo do IPTU e dos condôminos: na inexistência de tal dispositivo, cada condômino de um mesmo apartamento pagaria o imposto relativo a sua quota. O art. 124, I, por sua vez, faz com que esses contribuintes sejam solidários. Ou seja: se inaplicável qualquer dispositivo legal que caracterize determinada pessoa como contribuinte ou responsável, não há como defini-la como sujeito passivo a partir do art. 124. O primeiro passo é verificar se é sujeito passivo para daí, num segundo passo, investigar se existe solidariedade entre os sujeitos passivos definidos pela lei.

O Supremo Tribunal Federal parece ter adotado essa interpretação, ao julgar a constitucionalidade de lei estadual que instituíra a obrigação solidária de contadores por créditos tributários oriundos de infrações à legislação tributária, para as quais o contador, em alguma medida, houvesse concorrido. Na ocasião, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a lei estadual invadira a competência da lei complementar na matéria. Nesse sentido, o Relator observou que a lei estadual teria disposto diversamente do CTN sobre quem pode ser

responsável tributário, na medida em que incluiu “hipóteses não contempladas pelos arts. 134 e 135 do CTN”. O Supremo Tribunal Federal, portanto, parece ter entendido que, em primeiro lugar, é preciso verificar se há sujeição passiva, nos termos dos artigos 134 e 135 do CTN; em segundo lugar, verifica-se se há interesse comum e, portanto, solidariedade passiva, nos termos do art. 124, I, do CTN. Afinal, na visão da Corte, a lei estadual não poderia ter criado nova hipótese de responsabilidade (solidária) de terceiro, autônoma em relação àquelas dos artigos 134 e 135 do CTN. Parece haver, então, no posicionamento do Tribunal, o pressuposto de que o art. 124, I, do CTN não se configura como hipótese autônoma de responsabilidade tributária; primeiro seria preciso apurar a existência de sujeição passiva (o que, no caso da chamada “responsabilidade de terceiros”, dar-se-ia a partir dos artigos 134 e 135 do CTN).

A caracterização de solidariedade, nos termos do art. 124, I, do CTN exige a configuração do interesse comum. Já se afirmou que interesse comum clama por estarem as pessoas no mesmo polo, mas isso sob a perspectiva jurídica. Afinal, justamente porque cada sujeito passivo liga-se ao fato jurídico tributário (seja contribuinte, seja responsável) é que, nas palavras do Min. Luiz Fux, não cabe cogitar a existência de “interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação principal”.

É justamente, por isso, que não faz sentido imputar a responsabilidade solidária entre duas empresas do mesmo grupo econômico nas situações nas quais só uma delas ostenta a condição de sujeito passivo. Se a outra empresa não realiza o fato jurídico tributário – nem a ele se vincula por outras hipóteses de responsabilidade –, não pode ela se tornar solidária porque sequer é sujeito passivo.

Por outro lado, não constituem “interesse comum” as posições antagônicas em um contrato, mesmo quando em virtude deste surja um fato jurídico tributário. Assim, comprador e vendedor não têm “interesse comum” na compra e venda: se o vendedor é contribuinte do ICMS devido na saída da mercadoria objeto da compra e venda, o comprador não será solidário com tal obrigação. Daí a distinção entre interesses contrapostos, coincidentes e comuns, assim resumida:

Interesses contrapostos, coincidentes e comuns podem ser também evidenciados nos negócios jurídicos privados de compra e venda mercantil com pluralidade de pessoas. Afinal, vendedores e compradores têm interesse coincidente na realização do negócio (tarefa), mas interesses contrapostos na execução do contrato (necessidades opostas). Já os interesses comuns situam-se apenas em cada um dos polos da relação: entre o conjunto de vendedores e, de outro lado, entre os compradores.

Mesmo que duas partes em um contrato fruam vantagens por conta do não recolhimento de um tributo, isso não será, por si, suficiente para que se aponte um “interesse comum”. Eles podem ter “interesse comum” em lesar o Fisco. Pode o comprador, até mesmo, ser conivente com o fato de o vendedor não ter recolhido o imposto que devia. Pode, ainda, ter tido um ganho financeiro por isso,

já que a inadimplência do vendedor poderá ter sido refletida no preço. Ainda assim, comprador e vendedor não têm “interesse comum” no fato jurídico tributário.¹⁸”

Em sentido semelhante, para Caio Takano:

“Se da expressão “interesse comum” seria possível extrair diferentes significados, não é irrelevante a constatação de que o Superior Tribunal de Justiça, intérprete autêntico do enunciado prescritivo do art. 124, inc. I, do CTN, tem reiteradamente se posicionado no sentido de construir a norma de solidariedade tributária de forma mais restritiva, adotando o conceito estritamente jurídico de interesse comum, que alcança apenas as pessoas que se encontram no mesmo polo do contribuinte em relação à situação jurídica ensejadora da exação. Ainda que seja reconhecido existir diversas possibilidades interpretativas a partir do enunciado prescritivo, há, neste caso, um ato de decisão do intérprete autêntico do direito posto, no qual se escolheu apenas uma dessas possibilidades: o conceito jurídico.¹⁹”

Adicionalmente, valho-me das lições de Luciano da Silva Amaro²⁰, que encampa a mesma vertente pela qual o interesse comum de que trata o art. 124, I do CTN deve ser jurídico, merecendo ser distinguido do interesse meramente econômico.

“Por outro lado, o só fato de o Código Tributário Nacional dizer que, em determinada operação (por exemplo, a alienação de imóvel), a lei do tributo pode eleger qualquer das partes como contribuinte não significa que, tendo eleito *uma* delas, a *outra* seja solidariamente responsável. Poderá sê-lo, mas isso dependerá de expressa previsão da lei (já agora nos termos do item II do art. 124). Até porque nessa hipótese o *interesse* de cada uma das partes no negócio *não é comum*, não é o *mesmo*; o interesse do vendedor é na alienação, o interesse do comprador é na aquisição. Se, porém, houver dois vendedores ou dois compradores (copropriedade), aí sim teremos interesse comum (dos vendedores ou dos compradores, respectivamente), de modo que, se a lei definir como contribuinte a figura do comprador, ambos os compradores serão responsáveis solidários, não porque a lei tenha eventualmente vindo a proclamar essa solidariedade, mas sim porque ela decorre do interesse *comum* de ambos no fato da aquisição. O mesmo se diga em relação ao imposto predial. Havendo copropriedade, ambos os proprietários são devedores solidários⁵⁰².

¹⁸ SCHOUERI, Luis Eduardo. Direito Tributário. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.(p. 625)

¹⁹ TAKANO, Caio Augusto. Em busca de um Interesse Comum: Considerações Acerca dos Limites da Solidariedade Tributária no art. 124, I, do CTN. in Revista Direito Tributário Atual. 41- 2019.

²⁰ AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 426/427.

Não é demais consignar que julgados recentes deste Conselho encampam a vertente acima exposta, conforme se verifica do Acórdão nº 1402-002.459, de 2017, de relatoria do Conselheiro Leonardo de Andrade Couto, cujas razões de decidir merecem transcrição:

“No que se refere à imputação da responsabilidade importa preliminarmente definir o alcance dos dispositivos que regem a matéria.

Sob esse prisma, esclareça-se que **a solidariedade prevista no art. 124, do CTN, não é um mecanismo de eleição de responsável tributário**. Em outras palavras, **não tem o condão de incluir um terceiro no pólo passivo da obrigação tributária, mas apenas de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já o compõem**.

21

Tanto é assim, que **o dispositivo em comento não integra o capítulo do CTN que trata da responsabilidade tributária**.

Assim, a definição da sujeição passiva deve ocorrer em momento anterior ao estabelecimento da solidariedade. Ainda que tal assertiva tenha características de obviedade, seu escopo dirige-se à ressalva da **fragilidade do inciso I, do mencionado art. 124, do CTN; muitas vezes utilizado de forma equivocada para estabelecer uma espécie de sujeição passiva de forma indireta**.

Em regra, deve-se buscar a responsabilidade tributária enquadrando-se o fato sob exame em alguma das situações previstas nos arts. 129 a 137, do CTN. Já a solidariedade obrigacional dos devedores prevista no inciso I, do art. 124 é definida pelo interesse comum ainda que a lei seja omissa, pois trata-se de norma geral.

Justamente por não ter sido definida pela lei, a expressão “interesse comum” é imprecisa, questionável, abstrata e mostra-se inadequada para expor com exatidão a condição em que se colocam aqueles que participam da realização do fator gerador.

Por outro lado, definida a responsabilidade com base no enquadramento em alguns dos dispositivos do art. 135, do CTN (normalmente o inciso III) é cabível a aplicação em conjunto com o art. 124, II do mesmo diploma legal, para definir que essa responsabilidade é solidária ainda que, reconheço, o tema não é pacífico na doutrina.” (g.n.)

Feito este preâmbulo teórico, concluímos que tanto sob a ótica da Doutrina preponderante, quanto pela ótica encampada pelo Parecer Normativo Cosit/RFB nº 04/18 a responsabilidade dos sócios administradores deve ser afastada.

²¹ Derzi, Misabel Abreu. Atualização da obra de Aliomar Baleeiro. Direito Tributário Brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 729.

4 DISPOSITIVO

Pelo exposto, voto por conhecer dos Recursos Voluntários para acolher a preliminar de nulidade por alteração do critério jurídico do lançamento relativamente ao ano-calendário de 2010 e, no mérito, superada a preliminar dar provimento integral ao Recurso Voluntário do Contribuinte e dos Responsáveis Solidários.

Assinado Digitalmente

Lucas Issa Halah

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Marcelo Antonio Biancardi, redator designado

Pedimos vênia para discordar do Ilustre Relator no que tange as glosas de amortização do ágio, a exigência da multa isolada aplicada e ao pedido de reestabelecimento da base de cálculo negativa de CSLL.

1 AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO

A análise das condições e requisitos que envolvem a dedutibilidade das despesas com amortização do ágio exige inicialmente a compreensão do conceito contábil de ágio antes da vigência da Lei nº 12.973/2014.

À época, o ágio correspondia à diferença entre o custo de aquisição de uma pessoa jurídica e o valor contábil do investimento adquirido. Tal custo representava um desembolso presente com a expectativa de geração de resultado econômico futuro. O registro observava o princípio da correspondência entre receitas e despesas, permitindo que a pessoa jurídica recuperasse gradualmente o custo do ágio por meio de sua amortização, à medida que os resultados projetados se realizassem.

Ao adotar o Método da Equivalência Patrimonial (MEP), os efeitos de equivalência são neutralizados pelo reconhecimento da despesa de amortização do ágio, implicando que o acréscimo verificado no patrimônio líquido da controlada não decorre de efetivo incremento patrimonial, mas da recomposição de um custo anteriormente suportado. Assim, o ajuste contábil do ágio reflete o valor real do investimento e a correta mensuração de sua variação patrimonial.

O tratamento contábil do ágio consiste em ajuste do custo de aquisição de investimentos, uma vez que a amortização reduz o valor do ativo investido e ajusta o patrimônio líquido da controladora. A inclusão de ágio já amortizado no cálculo do custo de aquisição poderia gerar duplicidade, razão pela qual somente o montante ainda não amortizado deve ser considerado.

Ressalte-se que a amortização do ágio, enquanto ajuste contábil, é neutra sob os aspectos patrimonial e fiscal, não devendo gerar efeitos tributários enquanto a receita decorrente da equivalência patrimonial não for submetida à tributação.

Quanto ao tratamento fiscal do ágio, antes da Lei nº 9.532/1997, a matéria era disciplinada pelos artigos 20, 25 e 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, na redação conferida pelo Decreto-Lei nº 1.730/1979. Essas normas estabeleciam que as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio não eram computadas na determinação do lucro real, salvo quando integrassem a base de cálculo, a título de custo, para fins de apuração de ganho de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliada pelo valor do patrimônio líquido.

O artigo 385 do RIR/1999 reproduziu, em essência, o conteúdo do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, determinando que o contribuinte que avalia investimentos em sociedades controladas ou coligadas pelo valor do patrimônio líquido registre o ágio em subconta específica, distinta daquela que contém o valor do patrimônio líquido da investida à época da aquisição.

As normas em referência exigem que o ágio seja fundamentado em pelo menos um dos seguintes elementos econômicos: (a) valor de mercado dos bens do ativo da investida superior ao valor registrado na contabilidade; (b) expectativa de resultados futuros positivos; ou (c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões de natureza econômica.

O legislador estabeleceu, ainda, duas exceções à regra geral de indedutibilidade. A primeira refere-se à apuração de ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento, conforme artigo 426 do RIR/1999 e artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977.

A segunda diz respeito às reorganizações societárias, envolvendo incorporação, fusão ou cisão, nas quais a empresa adquirente absorve o patrimônio da investida ou vice-versa, admitindo-se a dedução do ágio registrado contabilmente.

Com a edição da Lei nº 9.532/1997, especialmente os arts. 7º e 8º, com redação dada pela Lei nº 9.718/1998, incorporados ao RIR/1999 pelo art. 386 e regulamentados pela IN SRF nº 11/1999, passou a admitir-se, no âmbito tributário, a amortização do ágio na aquisição de participação societária, desde que fundamentado na expectativa de resultados futuros da coligada ou controlada, e desde que o patrimônio seja absorvido por outra pessoa jurídica em razão de incorporação, fusão ou cisão. O art. 8º da Lei nº 9.532/1997 estende tal possibilidade às hipóteses de incorporação “às avessas”, quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida detinha a participação societária.

Destarte, havia permissivo legal para a dedução da amortização do ágio na aquisição de participação societária, desde que fundamentado na expectativa de resultados futuros da coligada ou controlada, devendo a referida dedução ser feita com base nos valores registrados na contabilidade, visto que os valores do ágio por rentabilidade futura deveriam ser contabilizados em conta do Ativo Diferido, tornando desnecessário o LALUR como bem esclarece o enunciado do art. 2º, da IN SRF nº 11/99.

Art. 2º O controle e as baixas, por qualquer motivo, dos valores de ágio ou deságio, na hipótese de que trata esta Instrução Normativa, serão efetuados exclusivamente na escrituração contábil da pessoa jurídica, não se lhes aplicando a norma do parágrafo único do art. 334 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto No 1.041, de 11 de janeiro de 1994 - RIR/94.

Havendo subsunção à previsão supra, ocasião em que a adquirente absorve patrimônio da adquirida, ou vice-versa, as amortizações serão dedutíveis à razão de no máximo um sessenta avos por mês do período de apuração. Este prazo poderá ser superior a sessenta meses, inclusive podendo ser o prazo de duração da empresa, se determinado, ou da permissão ou concessão, no caso de empresa permissionária ou concessionária de serviço público, consoante enunciado do § 5º, do art. 1º, da IN SRF nº 11/99.

§ 5º A amortização a que se refere a alínea "a" do inciso II do § 3º, observado o máximo de 1/60 (um sessenta avos) por mês, poderá ser efetuada em período maior que sessenta meses, inclusive pelo prazo de duração da empresa, se determinado, ou da permissão ou concessão, no caso de empresa permissionária ou concessionária de serviço público.

O aproveitamento fiscal do ágio nas hipóteses de reorganizações societárias não configura benefício fiscal, mas aplica o princípio da neutralidade tributária, permitindo a dedução apenas quando o investimento foi adquirido mediante efetivo sacrifício patrimonial, com expectativa de rentabilidade futura e propósito negocial real.

Nesse contexto, considerando os textos normativos legais, infralegais e contábeis que disciplinam a escrituração do ágio e a sua utilização como dedução do lucro, bem como a jurisprudência consolidada deste CARF, nos alinhamos ao entendimento de que devem ser observados os requisitos ao exame das operações societárias que originam o ágio, a fim de confirmar a sua dedutibilidade, quais sejam:

- i. **Avaliação do investimento baseada no Método de Equivalência Patrimonial – MEP**, nos termos do art. 248, da Lei das S/A;
- ii. **Operações com propósito negocial**: há necessidade da demonstração que a negociação envolveu outros motivos de natureza econômica, além da simples economia tributária. Ou seja, deve ser demonstrada a lógica econômica, a razão negocial que justificou a aquisição de um investimento por valor superior àquele que custou ao alienante e, portanto, deu origem ao ágio, respeitados os princípios da boa-fé e da função social da empresa;

- iii. **Comprovação do sacrifício patrimonial:** deve estar comprovado nos autos que houve o efetivo sacrifício patrimonial para a aquisição do investimento por parte da empresa adquirente. Sendo assim, pressupõe-se que a "mais valia" porventura contabilizada tenha sido efetivamente suportada – desembolso de valores ou sacrifício de outros ativos à título de investimento - por alguma das pessoas jurídicas participantes da operação (em função do método de avaliação com base na equivalência patrimonial, o correspondente preço do ágio ou deságio deverá ser registrado pela parte que o suporta em conta distinta daquela onde é escriturado o valor patrimonial do investimento adquirido - desdobramento do custo de aquisição), cuja prova é robustecida caso demonstrado o auferimento do ganho de capital por parte da vendedora. Por outro lado, se o ágio não foi de fato arcado por nenhuma delas, quer dizer não houve o esperado sacrifício econômico ou financeiro, não há sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio em questão;
- iv. **Confusão patrimonial entre as pessoas jurídicas adquirente e adquirida:** para fins de acesso à dedutibilidade estabelecida pelas positivamente multicitadas, a pessoa jurídica que concretamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento deve incorporar tal investimento (incorporação da adquirente pela adquirida) ou ser incorporada pela adquirida (incorporação "às avessas"). Quer dizer a desoneração é prevista, portanto, exclusivamente para a hipótese em que uma empresa deixa de existir em razão do evento societário. Desse modo, ao compartilharem o mesmo patrimônio, há harmonização das contas entre a investidora e a investida e consolida-se o cenário no qual a pessoa jurídica detentora da "mais valia" (ágio) do investimento, baseado na expectativa de rentabilidade futura, passa a ser responsável também por honrar tal rentabilidade. Assim, a legislação permite que o contribuinte considere perdido o capital que foi investido com o ágio e deduza a despesa relativa à "mais valia";
- v. **Existência de demonstração que o fundamento do ágio foi a expectativa de rentabilidade futura:** nos termos do inciso II, alínea "b", e § 3º, ambos do art. 20, do Decreto-Lei nº 1.598/77, demanda-se, em favor de corretamente configurar o valor do ágio que pode ser escriturado, que exista, no momento da aquisição, um instrumento que revele o valor da rentabilidade futura do investimento para fins de formação do ágio e sirva como documentação dessa motivação; e
- vi. **Operação deve ser realizada entre partes independentes:** Embora nos debruçaremos sobre este requisito com maior profundidade quando

tratarmos do ágio interno, partindo da premissa lógico-jurídica de que a dedução das despesas com amortização do ágio é uma exceção, pois a regra é a indedutibilidade, o dispêndio correspondente ao ágio oriundo das operações entre partes relacionadas – “ágio interno” ou “ágio de si mesmo” – é indedutível: primeiro, face não restar evidenciado nesses casos o princípio *arm's length*, presente em várias normas do sistema jurídico nacional, o qual é exigido para a oponibilidade dos efeitos das operações negociais, notadamente intragrupo, com intuito de impedir artificialidades e abusos; segundo, pelo fato de só haver preço (custo) pago e, por consequência, aquisição, quando há intervenção de terceiro e efetiva transmissão de propriedade do direito; e, terceiro, por só haver ágio por rentabilidade futura quando um terceiro reconhece esta possibilidade – lucro que se espera vir a ser auferido no futuro - e por ela antecipadamente paga.

Conclui-se que, nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, a legitimidade da escrituração do ágio e a dedutibilidade das despesas decorrentes de sua amortização dependem do pleno cumprimento dos requisitos legais estabelecidos, sendo indispensável verificar a efetiva origem do ágio, a existência de propósito negocial e a ausência de ágio interno.

Uma das razões que fundamentaram as glosas recorridas foi a constatação, pelo Fisco e ratificada pela decisão de primeira instância, de que o ágio questionado decorreu de operação realizada entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, caracterizando o denominado ágio interno ou “ágio de si mesmo”.

Embora se reconheça que, até o advento da Lei nº 12.973/2014, não existia no ordenamento jurídico brasileiro exigência expressa de que as operações societárias fossem celebradas entre partes independentes para legitimar a dedução das despesas com amortização do ágio, não se pode olvidar que, até a edição da Lei nº 9.532/1997, as contrapartidas de amortização do ágio ou deságio não eram computadas na determinação do lucro real, ou seja, eram indedutíveis, salvo quando integravam a base de cálculo a título de custo para apuração do ganho de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada, avaliado pelo Método da Equivalência Patrimonial (MEP). Em síntese, no caso das despesas com amortização do ágio, a regra vigente era a indedutibilidade.

A jurisprudência do CARF está consolidada no sentido de que o ágio interno, ou seja, gerado em operações realizadas entre empresas de um mesmo grupo econômico, não possui substância econômica capaz de legitimar a dedutibilidade para fins fiscais, independentemente da expressa vedação posterior prevista na Lei nº 12.973/2014 ou da interpretação quanto à “opção legal” contida no art. 36 da Lei nº 10.637/2002.

O entendimento deste Conselho, reiterado em diversos acórdãos (como os nº 9101-002.300, 9101-003.077 e 9101-002.388), alinha-se ao disposto nos arts. 7º da Lei nº 9.532/1997 e

art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, segundo os quais o ágio só se configura quando há pagamento de valor superior ao patrimônio líquido de participação adquirida junto a terceiros, o que não ocorre em transações internas, desprovidas de onerosidade.

O Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações (FIPECAFI, 7ª ed., 2008) e as normas do Conselho Federal de Contabilidade (Resoluções CFC nº 750/1993, nº 1.110/2007 e nº 1.303/2010) reforçam que o ágio por expectativa de rentabilidade futura, gerado internamente (goodwill interno), não deve ser reconhecido como ativo contábil, por ausência de custo efetivamente despendido.

Tanto o Conselho Federal de Contabilidade, no CPC 04/2010 e o CPC 15/2011, assim como a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, no Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 1/2007, possuem esse mesmo entendimento, destacando que somente operações realizadas entre partes independentes, sob o critério do “*arm’s length*”, podem gerar ágio contabilizável, evitando-se registros artificiais que carecem de substância econômica.

Portanto, a indedutibilidade do ágio interno não decorre apenas da Lei nº 12.973/2014 ou da MP nº 627/2013, mas da própria essência das normas contábeis e princípios fundamentais do registro pelo valor original e da prevalência da substância sobre a forma.

A legislação tributária, ao regulamentar a dedutibilidade do ágio por rentabilidade futura (arts. 19 a 21 da MP nº 627/2013, art. 21 da Lei nº 11.941/2009, art. 7º da Lei nº 9.532/1997 e art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977), condiciona essa dedutibilidade à ocorrência de aquisição entre empresas independentes, tornando inaplicável qualquer registro de ágio gerado internamente em operações entre sociedades sob controle comum.

Ressalte-se que a Lei nº 6.404/1976 (Lei das S/A) traz expressamente que a escrituração deve obedecer aos princípios contábeis acima defendidos:

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

[...]

§ 3º As demonstrações financeiras das companhias abertas **observarão, ainda, as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários** e serão obrigatoriamente submetidas a auditoria por auditores independentes nela registrados. [Grifo nosso].

Portanto, conclui-se que as normas contábeis, há muito, vedam o registro do ágio interno, sob pena de afronta ao princípio do valor original. Considerando que o ponto de partida para a apuração do IRPJ e da CSLL é o lucro líquido contábil, o qual não reconhece amortização de ágio interno, tal registro não pode ser admitido para fins fiscais. Caso contrário, seria necessário autorizar exclusões adicionais no LALUR e no LACS, sem qualquer respaldo legal expresso.

Somente as exclusões previstas de forma clara em lei ou em ato normativo conferem legitimidade à dedução no LALUR ou no LACS. Não cabe ao contribuinte interpretar de maneira extensiva a legislação tributária a fim de criar hipóteses próprias de exclusão do lucro real ou da base de cálculo da CSLL.

O não reconhecimento do ágio interno tem por objetivo preservar a fidedignidade das demonstrações contábeis, evitando que acionistas, investidores e o fisco sejam induzidos a erro por informações econômicas distorcidas.

O ágio, definido como a diferença entre o preço pago por ações ou quotas de uma sociedade e o valor patrimonial correspondente, depende de elementos objetivos e subjetivos: enquanto o valor patrimonial é determinado com base no patrimônio líquido, o preço é livremente pactuado pelas partes. Em operações entre partes independentes, o preço resulta do equilíbrio entre interesses antagônicos de comprador e vendedor, conferindo substância econômica à transação; já em operações intragrupo, essa disputa desaparece, cedendo lugar a propósitos que beneficiam o grupo econômico como um todo.

Em operações societárias entre empresas sob controle comum, não há geração de riqueza real: o ganho de uma parte equivale ao dispêndio contábil da outra, muitas vezes sem fluxo financeiro efetivo. Conforme o Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações (FISCAFI, 7ª ed., 2008), fusões, incorporações e cisões sob controle comum não alteram a avaliação dos ativos e passivos, mantendo inalterada a situação econômica consolidada. Assim, a fixação de preço em operações intragrupo perde relevância econômica, mas pode ser utilizada artificialmente para criar ágio dedutível de IRPJ e CSLL, evidenciando a ausência de substância econômica.

O ágio interno, portanto, carece de legitimidade para fins fiscais, pois é criado arbitrariamente entre partes vinculadas, sem influência de agentes externos ou parâmetros de mercado. Sua utilização como dedução tributária configuraria um artifício de vantagem fiscal, desviando-se da essência econômica da operação. Assim, mesmo que formalmente mensurado, o ágio interno não pode ser considerado gasto dedutível, mantendo-se a integridade da tributação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

No tocante à jurisprudência dominante sobre a matéria, destaca-se que os defensores da legitimidade do ágio interno costumam invocar o acórdão proferido pela Primeira Turma do STJ, no REsp 2.026.473/SC, como exemplo de posicionamento do Poder Judiciário favorável à dedutibilidade do ágio gerado entre partes relacionadas, antes da entrada em vigor da Lei nº 12.973/2014. Contudo, observa-se que, em decisão mais recente, a Segunda Turma do mesmo Tribunal, ao julgar o REsp 2.152.642/RJ, firmou entendimento em sentido oposto, revelando a existência de divergência jurisprudencial no âmbito da Primeira Seção do STJ. Confira-se a ementa:

TRIBUTÁRIO. IRPJ. CSLL. ÁGIO. LEI N. 9.532/1997. DEDUÇÃO. ABUSO DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE.

I - O ordenamento jurídico brasileiro passou a tratar da figura do ágio por meio do Decreto-Lei n. 1.598/1977, podendo ser conceituado como preço adicional ao custo de aquisição de participação societária, representado pela diferença positiva entre o custo de aquisição e o valor contábil do investimento adquirido, justificada pela perspectiva de obtenção de receitas futuras. Em outras palavras, a empresa adquirente aceita pagar pela aquisição valor superior ao contabilizado no patrimônio líquido da empresa adquirida, considerando a expectativa de auferimento de lucros, que necessariamente deve ser justificada mediante demonstração contábil.

II - Sob as perspectivas contábil e societária, o ágio é passível de amortização na apuração de resultado da empresa investidora, impedindo o reconhecimento de ganhos inexistentes. Ou seja, a rentabilidade da sociedade adquirida não constituirá lucro da sociedade investidora até o montante equivalente ao ágio pago. Uma vez que, sendo neutralizado o ágio, os resultados positivos da empresa investida refletem no aumento do patrimônio da investidora.

Entretanto, sob a perspectiva fiscal, o ágio é tratado de forma distinta, uma vez que a legislação tributária impõe que todo ágio ou deságio contabilmente amortizado deve ter seus efeitos fiscais anulados perante o IRPJ e CSLL, enquanto não houver a alienação ou liquidação do investimento adquirido. Paralelamente a isso, o registro contábil é preservado para futuro aproveitamento quando da alienação, momento em que é autorizada a integração do ágio ao custo de aquisição para apuração do ganho de capital. Exceção à regra ocorre apenas na hipótese em que a empresa investida é incorporada pela investidora, porque não mais subsiste a possibilidade de sua alienação, impossibilitando a recuperação fiscal do ágio em face dos itens patrimoniais da investida se fundirem e se confundirem com os da própria investidora.

III - Na exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997, da qual se originou a Lei n. 9.532/1997, consta expressamente que o propósito era o de evitar as situações envolvendo planejamentos tributários abusivos, restringindo o tratamento tributário de ágio às hipóteses de casos reais. Os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 foram inseridos no ordenamento jurídico pelo legislador com o fim específico de coibir a prática de planejamentos tributários abusivos em que empresas superavitárias adquiriam com ágio empresas deficitárias para serem em seguida incorporadas por ela, sem que houvesse um propósito comercial que não fosse a geração de ganhos de natureza tributária.

IV - A Lei n. 9.532/1997 estabeleceu um caminho natural em que determinada empresa, adquirindo participação societária com ágio, ao incorporar a empresa coligada ou controlada, poderia amortizar esse valor de rentabilidade futura na base de cálculo do IRPJ e da CSLL devidos. Tudo isso com o objetivo específico de afastar da tributação o eventual ganho futuro que, em verdade, somente poderia ser aferido em posterior venda, frustrada pela extinção da empresa adquirida.

V - Toda a descrição do mecanismo de funcionamento da amortização do ágio conduz à ideia de que as normas estabelecidas buscavam regular operações societárias usuais, em que a dinâmica do mercado promovia um regime de circulação do capital e de potencialização de resultados nos diversos segmentos econômicos. Nesse contexto, as definições do Direito Empresarial são inarredáveis, especialmente as advindas com o Código Civil de 2002, no qual se conceitua o exercício da atividade empresarial como aquela atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços (art. 966). Assim é que uma sociedade empresária não existe como um fim em si mesma. Independentemente da corrente que se adote a respeito do sentido da existência de uma personalidade jurídica diferente da personalidade das pessoas naturais dos sócios (se da ficção ou da realidade), fato é que uma empresa deve ter por objetivo, evidentemente, o exercício de atividades empresariais. Em outras palavras, não se concebe que o ordenamento tolere a existência de sociedades empresárias não direcionadas à prática econômica, ou seja, desprovidas de qualquer atividade empresarial.

VI - É importante cotejar a assertiva com a liberdade de contratar e de auto-organizar seus negócios de que qualquer cidadão é titular.

Não se trata de obstar o exercício de um direito, mas sim de coibir o denominado "abuso no exercício de direitos". Veja-se que o manejo das expressões não é mera logomaquia como pode parecer a uma análise mais superficial da questão. A diferença entre exercício de direito e abuso no exercício de um direito é assente na doutrina contratual já há muito tempo. Advém desta conjugação do exercício da atividade empresarial, por meio de pessoas jurídicas com o abuso na constituição de sociedades empresárias, a definição do chamado "abuso da personalidade jurídica", que pode se destinar a diversos objetivos, sempre antijurídicos, de maneira que a ilicitude se encontre caracterizada.

VII - No caso específico do ágio interno, ou ágio próprio, ou ágio de si mesmo, uma característica necessária é a inexistência de qualquer relação jurídica com membros que não fazem parte do mesmo grupo societário. É dizer, todas as operações acontecem entre partes vinculadas. Outro ponto indispensável para se caracterizar o ágio de si mesmo é a completa ausência de operação societária envolvendo a efetiva transferência de recursos financeiros. As transações precisam relacionar participações societárias cujo valor é atribuído em consenso entre as partes envolvidas que, em verdade, são exatamente a mesma pessoa nos dois polos da relação jurídica.

Finalmente, e este é um evento havido no caso concreto, o ágio interno pode ser gerado por meio de uma chamada "empresa veículo", cuja existência no mundo jurídico somente se justifica para criar a mais valia para o grupo societário.

Cuida-se de sociedade completamente desprovida de propósito negocial em absoluto descompasso com o regime do direito societário. Não há "empresa" nos termos definidos pelo Código Civil, porque não há exercício de atividade

econômica organizada para a circulação de bens ou serviços. E exatamente neste ponto pode-se identificar o abuso de direito caracterizado pelo abuso da personalidade jurídica. O próprio codex de 2002 fez questão de definir o abuso de direito como um ato ilícito em seu art. 187 (Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes).

VIII - Com efeito, não é demais asseverar que a função social da propriedade preconizada no Texto Constitucional irradia efeitos em diversos campos do direito privado, inclusive no Direito Empresarial. Tanto assim que é recorrente a utilização da "função social da empresa" como elemento indissociável da exploração da atividade econômica por uma sociedade. À evidência, uma empresa que não exerce nenhum objeto social não possui função social.

IX - Sobre o ágio interno e sua relação com o abuso de direito, é importante mencionar que este abuso, para que seja considerado antijurídico, demanda, para além da utilização de um instituto para fins aos quais o ordenamento não o destina, que esta utilização afete direito de terceiros, ainda que não haja a intenção de prejudicar por parte daquele que o exerce. A inexistência de direitos absolutos e a limitação destes direitos a partir do momento em que outros direitos ou prerrogativas são atingidos é lugar comum em assertivas gerais e abstratas, mas que encerram dificuldades quando é necessária a aplicação destas premissas nos casos concretos.

X - Sob essas lentes, data vênua, não são admissíveis as conclusões tomadas pelo Tribunal de origem e mesmo em precedente citado pela recorrida, nos quais se admite que a liberdade de auto-organização comporta a construção de estruturas artificiais para a economia de tributos. É evidente que não se está a defender o argumento pueril de que a economia de tributos só pode acontecer de maneira "casual".

O contribuinte pode sim organizar seus negócios de maneira a escolher o caminho menos oneroso tributariamente, desde que as estruturas jurídicas utilizadas se compatibilizem com o ordenamento jurídico, exatamente porque a liberdade contratual se limita aos termos em que o constituinte concebeu esta e outras prerrogativas. O que se impõe é pura e simplesmente o rule of law, consagrado no Texto Constitucional como o chamado "devido processo legal substantivo".

XI - O abuso de direito perpetrado com a criação de estruturas artificiais para aproveitamento do ágio e pagamento a menor de tributos agride a juridicidade do ordenamento. Para além do reconhecimento legal como ato ilícito previsto no art. 187 do Código Civil, o abuso de direito no caso encerra violação dos primados da capacidade contributiva, em sua condição de corolário da própria isonomia. Por esse motivo, o abuso de direito materializado na amortização de ágio gerado em operações internas, sem nenhum propósito comercial, desrespeitou o ordenamento jurídico vigente, ensejando a neutralização dos efeitos do ato

abusivo pela autoridade fiscal. No caso, portanto, deve ser mantida a glosa dos créditos amortizados.

XII - Recurso especial provido.

(REsp n. 2.152.642/RJ, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 05/11/2024, DJe de 11/11/2024.)

Destarte, a Segunda Turma do STJ reconhece precisamente o que se sustentamos: independentemente da vigência da Lei nº 12.973/2014, o ordenamento jurídico já vedava a dedutibilidade do ágio interno, em virtude de sua natureza artificial e ausência de substância econômica.

Este tema tem sido objeto de diversos julgados da CSRF deste CARF, havendo decidido majoritariamente pela indedutibilidade do ágio interno, conforme excertos de ementas abaixo reproduzidas:

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

Ano-calendário: 2011

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.

Deve ser mantida a glosa da despesa de amortização de ágio que foi gerado internamente ao grupo econômico, sem qualquer dispêndio, e transferido à pessoa jurídica que foi incorporada. (Acórdão 9101-006.888 – CSRF/1ª TURMA. Sessão de 02/04/2024)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009

ÁGIO INTERNO - NÃO DEDUTIBILIDADE

Não é dedutível a amortização de ágio interno, isto é, formado por meio de transações entre entidades submetidas a controle comum e as regras de preços de transferência não o validam. Afinal, se o chamado ágio interno não é admitido quando realizado por meio de operações realizadas exclusivamente dentro das nossas fronteiras, não faz sentido que possa ser considerado para fins de mitigação da tributação da renda no caso de transações internacionais com base em normas erigidas justamente com o propósito oposto, isto é, o de combater a erosão das bases de cálculo nacionais. (Acórdão 9101-007.073 – CSRF/1ª TURMA. Sessão de 06/08/2024)

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

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015

ÁGIO INTERNO - NÃO DEDUTIBILIDADE

Não é dedutível a amortização de ágio interno, isto é, formado por meio de transações entre entidades submetidas a controle comum. (Acórdão 9101-006.843 – CSRF/1ª TURMA. Sessão de 05/03/2024)

Concluindo, ao lume do aqui já exposto, temos que, além de ser historicamente vedado pelas normas contábeis nacionais e internacionais, cuja aplicação decorre da própria Lei das Sociedades por Ações, o ágio decorrente de rentabilidade futura gerado internamente (goodwill interno) também carece dos requisitos e condições indispensáveis à legitimação de sua dedução. Tal vedação encontra respaldo não apenas nas normas contábeis, mas igualmente na doutrina e na jurisprudência, que reconhecem a ausência de substância econômica nessas operações.

Em primeiro lugar, constata-se a falta de substância econômica, uma vez que, na maioria dos casos, como no presente, sequer há desembolso efetivo que dê suporte ao ágio registrado. Embora sob o prisma contábil possa aparentar ganho para uma das partes, este é integralmente neutralizado pela perda da outra. Assim, em transações societárias intragrupo, a fixação de preço superior ao patrimônio líquido não passa de mera reavaliação de ativos, sem efeito econômico real, mas com expressiva atratividade tributária, pois enseja a criação de um ágio artificial, que se tenta indevidamente deduzir na apuração do IRPJ e da CSLL.

Em segundo lugar, deve-se considerar que somente há ágio legítimo quando existe intervenção de terceiros independentes e efetiva transferência de propriedade do investimento, refletindo uma expectativa real de rentabilidade futura. Quando a operação se dá entre partes relacionadas, inexistente tal expectativa autêntica, pois o reconhecimento de um valor superior ao patrimônio líquido decorre exclusivamente da vontade das partes interessadas na redução do lucro tributável, e não de uma avaliação de mercado. Portanto, a presença de um terceiro alheio ao grupo econômico é essencial à caracterização do ágio por rentabilidade futura, de modo que, sem essa condição, os efeitos patrimoniais somente poderão ser reconhecidos quando a rentabilidade efetivamente se concretizar.

Diante disso, a ausência de substância econômica e a impossibilidade de fundamentar-se em expectativa de rentabilidade futura, somadas às demais características que afastam a legitimidade do ágio interno, precedem as normas hoje vigentes e até mesmo a legislação que instituiu a convergência internacional das práticas contábeis.

Assim, os diplomas contemporâneos apenas reforçaram e consolidaram a indedutibilidade do chamado “ágio de si mesmo”. Consequentemente, qualquer ágio dessa natureza registrado anteriormente deve ser baixado, pois, desde a entrada em vigor do CPC 15, aprovado em 3 de junho de 2011, não é mais possível o reconhecimento contábil de ágio gerado internamente em combinações de negócios entre entidades sob controle comum.

Para analisarmos a natureza do ágio objeto do lançamento, se interno ou não, nos valem das conclusões do voto do relator, o qual em seu item 3.3 esmiúça as operações para concluir:

Entendo que o ágio em questão é ágio interno. Muito embora a reestruturação possa ter ocorrido no contexto da preparação do grupo para a captação de investidor estratégico externo, o passo a passo das operações iniciou-se com a

redução de capital anterior à constituição da G&K Holding. Esta, muito embora tenha incorporado as ações do Recorrente formando o ágio quando já contava com a participação societária do IGP-FIP, não deixa de ser interno dado que o Recorrente e a G&K Holding eram controladas pelos mesmos sócios quando da incorporação de ações.

Desta feita, tendo o ágio gerador das amortizações a natureza de ágio interno, pelas razões supra expostas, deve ser mantido o lançamento calcado na glosa das amortizações na apuração do IRPJ e da CSLL. Destarte, nosso voto é no sentido manter as glosas de amortização do ágio.

2 DA CONCOMITÂNCIA DA MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO

O argumento da impossibilidade da aplicação concomitante das multas isolada e de ofício não pode ser acolhido, na medida em que o motivo determinante para cada penalidade é diverso, conforme se extrai dos incisos I e II, “b”, do art. 44 da Lei nº 9.430, de 96:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Consoante o previsto no art. 44, II, “b”, acima reproduzido, o sujeito passivo que deixar de recolher o IRPJ devido por estimativa estará sujeito, no caso de lançamento de ofício, à multa isolada de 50% sobre o montante não recolhido, ainda que venha a ser apurado prejuízo fiscal ao final do período de apuração.

Assim, se a penalidade em tela é aplicável mesmo na hipótese de se verificar prejuízo ao final do período de apuração, claro está que essa multa é imposta não em razão do pagamento insuficiente do tributo devido ao final do ano-base, mas sim pela falta de cumprimento de outra obrigação distinta, que é o recolhimento antecipado da estimativa mensal, previsto no art. 6º, c/c art. 2º, da Lei nº 9.430/96.

Nesse sentido, é importante observar que a multa de ofício de 75%, capitulada no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, tem como pressuposto, o lançamento de ofício de IRPJ e CSLL, que deixaram de ser recolhidos pela recorrente. Já a multa isolada de 50% aplicada na presente autuação, cujo fundamento de validade, repita-se, reside no art. 44, inciso II, “b”, da Lei nº. 9.430/96, tem como antecedente a falta do pagamento de estimativas do IRPJ e da CSLL devidos mensalmente. Logo, é evidente que as penalidades são aplicadas em face de eventos distintos, sendo plenamente possível a coexistência que ambas no curso de determinada ação fiscal.

Fazendo uma interpretação histórica, o art. 16 da Instrução Normativa SRF nº 93, de 97 previa expressamente o lançamento da multa isolada sobre as estimativas não recolhidas e também do tributo devido com base no lucro real apurado em 31 de dezembro, acrescido de multa de ofício e juros de mora.

Art. 16. Verificada a falta de pagamento do imposto por estimativa, após o término do ano-calendário, o lançamento de ofício abrangerá:

I - a multa de ofício sobre os valores devidos por estimativa e não recolhidos; II - o imposto devido com base no lucro real apurado em 31 de dezembro, caso não recolhido, acrescido de multa de ofício e juros de mora contados do vencimento da quota única do imposto.

Referida instrução normativa foi revogada pela Instrução Normativa RFB nº 1.515, de 2014, que trouxe conteúdo normativo idêntico:

Art. 17. Verificada a falta de pagamento do imposto por estimativa, após o término do ano-calendário, o lançamento de ofício abrangerá:

I - a multa de ofício de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do pagamento mensal que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal no ano-calendário correspondente; II - o imposto devido com base no lucro real apurado em 31 de dezembro, caso não recolhido, acrescido de multa de ofício e juros de mora contados do vencimento da quota única do imposto.

Por sua vez, a IN RFB nº 1.515, de 2014 foi revogada pela IN RFB nº 1.700, de 2017, que assim determina:

Art. 53. Verificada a falta de pagamento do IRPJ ou da CSLL por estimativa, após o término do ano-calendário, o lançamento de ofício abrangerá:

I - a multa de ofício de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do pagamento mensal que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL no ano-calendário correspondente; e

II - o IRPJ ou a CSLL devido com base no lucro real ou no resultado ajustado apurado em 31 de dezembro, caso não recolhido, acrescido de multa de ofício e juros de mora contados do vencimento da quota única do tributo.

Como se vê, os textos normativos determinam a cobrança, não de forma alternativa, e sim de forma cumulativa. Resta evidente que deve haver a exigência da multa de ofício e também da multa isolada.

Destarte, em face do art. 3º do CTN, deve a autoridade fiscal proceder ao lançamento das multas isolada e de ofício sempre que identificar presentes seus fatos geradores. Assim, voto por manter a exigência da multa isolada aplicada.

3 DO REESTABELECIMENTO DA BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DE CSLL

Mantidas as glosas de amortização do ágio, incumbe-nos adentrar na alegação da recorrente, sobre a glosa de Base Negativa de CSLL do ano de 2012.

Defende a recorrente que a impugnação apresentada no processo nº 10980.723408/2011-81 ainda se encontra pendente de julgamento, razão pela qual os créditos tributários nele exigidos estão com sua exigibilidade suspensa, nos termos do artigo 151, inciso III, do CTN. Logo, não se pode afirmar, até o presente momento, que houve efetiva compensação indevida por ausência de saldo suficiente, sendo necessário que fique suspenso qualquer ato tendente à cobrança desses valores, até que seja proferida decisão final e definitiva nos autos do processo administrativo nº 10980.723408/2011-81.

Primeiramente, é importante destacar que o lançamento de ofício se reveste de presunção de legitimidade, bem como goza de eficácia imediata. Melhor dizendo, os lançamentos tributários são atos administrativos definitivos, por conseguinte, o simples fato de o crédito tributário encontrar-se, temporariamente, com sua exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151 do Código Tributário Nacional, não implica afastar a definitividade do lançamento que o constituiu.

O lançamento tributário constitui uma relação jurídica cujo objeto é o crédito tributário. No caso, a relação jurídica, na parte que interessa, ou seja, no critério de valor do consequente da regra matriz de incidência, pode ter revertido um prejuízo fiscal de determinado ano-calendário ou aproveitado de ofício um prejuízo fiscal de período anterior. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário ou a possibilidade de o lançamento ser revertido no contencioso administrativo ou judicial não altera a situação jurídico-tributária constituída por meio do auto de infração, que subsiste íntegra por mais absurda que se apresente. Apenas uma nova norma jurídica inserida no sistema por autoridade e procedimento competentes pode desconstituir ou alterar a relação jurídica inserida por meio do auto de infração, em respeito aos sucessivos controles de legalidade a que os atos administrativos estão subordinados.

Portanto, o contribuinte, diante da redução do saldo de prejuízo fiscal e base negativa operada por procedimento de fiscalização, deve ajustar as apurações das bases de cálculo dos tributos (IRPJ e CSLL) de acordo com os saldos apurados de ofício.

Ao deixar de fazer tal ajuste, o sujeito passivo incorre em nova infração tributária, autônoma em relação às anteriores. Como dito, a relação jurídica veiculada pelo lançamento anterior é definitiva e somente será reformada por meio de outra norma jurídica válida. A mera incidência da norma de suspensão da exigibilidade do crédito tributário não tem o condão de afetar a norma jurídica que reduziu o saldo de prejuízo fiscal e base negativa de CSLL.

Partindo dessa inteligência, a retificação do saldo de prejuízo fiscal e de base negativa de CSLL tem que ser formalizada nos moldes do que for decidido administrativamente no presente processo. Dessarte, os saldos de prejuízo fiscal e da base negativa de CSLL que foram retificados em decorrência do lançamento de ofício aqui analisado, poderão ser revertidos caso a decisão administrativa definitiva no presente processo seja favorável ao Recorrente.

Por fim, no que toca ao requerimento de sobrestamento de quaisquer procedimentos decorrentes, carece de previsão legal, portanto se indefere.

4 CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto por manter as glosas de amortização do ágio, manter a exigência da multa isolada aplicada e negar o pedido de reestabelecimento da base de cálculo negativa de CSLL. No mais, prevalece as argumentações e decisões do voto do relator.

Assinado Digitalmente

Marcelo Antonio Biancardi