



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10903.720018/2015-04
ACÓRDÃO	9101-007.000 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	5 de junho de 2024
RECURSO	ESPECIAL DO PROCURADOR E DO CONTRIBUINTE
RECORRENTE	FAZENDA NACIONAL E CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.
RECORRIDA	CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A. E FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO.

“TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO”. “ÁGIO EMPRESA-VEÍCULO”. OPERAÇÕES DISTINTAS. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. DIVERGÊNCIA INTERPRETATIVA NÃO CARACTERIZADA.

No exame da admissibilidade do recurso especial, além da tempestividade, do prequestionamento da matéria e dos demais requisitos contidos na legislação, é preciso que haja a divergência interpretativa, que deve ser demonstrada por meio da indicação de até duas decisões por matéria, bem como dos pontos nos paradigmas que divirjam de pontos específicos do acórdão recorrido.

A operação de aquisição de um investimento com ágio e posterior integralização do investimento em uma “empresa-veículo” – comumente denominada de “transferência de ágio” - é distinta da integralização de capital em uma “empresa-veículo” e posterior aquisição pela “empresa veículo” de um investimento com ágio – comumente chamada de “ágio empresa-veículo”. Assim, em regra, não há similitude fática a caracterizar a divergência interpretativa quanto ao preenchimento dos requisitos para amortização fiscal do ágio quando o recorrido versa sobre operação de “ágio empresa-veículo” e os paradigmas tratam de “transferência de ágio”.

REPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INTERESSE COMUM. CONTEXTOS FÁTICOS DIFERENTES. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. Não se conhece de recurso especial cujo acórdão apresentado para demonstrar a divergência evidencia decisão em contexto fático distinto, concernente a omissão de receitas mantidas à margem da contabilidade, e não por infração

decorrente de operações societárias que resultam na redução indevida do lucro tributável.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013

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.

MULTA QUALIFICADA. ÁGIO INTERNO. PERÍODO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 12.973/2014. IMPOSSIBILIDADE.

Para a qualificação da multa de ofício, é preciso que a falta de pagamento, recolhimento ou declaração esteja acompanhada de sonegação, fraude ou conluio. No entanto, não basta que haja a imputação genérica de sonegação ou fraude, é preciso que exista a individualização da conduta do agente e a comprovação inequívoca da existência de dolo.

Até o advento da Lei nº 12.973/2014, a amortização fiscal de um ágio gerado dentro de um grupo econômico, denominado de "ágio interno", não pode ser considerada conduta dolosa a justificar a imputação da multa de ofício qualificada. Isso porque da divergência interpretativa que, até hoje, ronda o tema, faz com que a legislação tributária que comina a

penalidade correlata seja, necessariamente, interpretada de forma mais favorável ao contribuinte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em: (i) quanto ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, por maioria de votos, conhecer parcialmente do recurso apenas em relação à matéria “multa qualificada”, vencida a Conselheira Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic (relatora) que votou por conhecer parcialmente em maior extensão, também em relação à matéria “responsabilidade tributária”; (ii) relativamente ao Recurso Especial do Contribuinte, por unanimidade de votos, conhecer do recurso; votaram pelas conclusões os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes e Jandir José Dalle Lucca. No mérito, acordam em: (i) quanto ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, por maioria de votos, negar-lhe provimento, vencidos os Conselheiros Edeli Pereira Bessa e Luiz Tadeu Matosinho Machado que votaram por dar provimento parcial para fixar a multa de ofício no percentual de 100%; (ii) relativamente ao Recurso Especial do Contribuinte, por voto de qualidade, negar-lhe provimento, vencidos os Conselheiros Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic (relatora), Luis Henrique Marotti Toselli, Helder Jorge dos Santos Pereira Júnior e Jandir José Dalle Lucca que votaram por dar provimento. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Edeli Pereira Bessa, que manifestou ainda intenção em apresentar declaração de voto. Julgamento realizado após a vigência da Lei nº 14.689/2023, a qual deverá ser observada quando do cumprimento da decisão.

Assinado Digitalmente

Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic - Relatora

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa – Redatora designada

Assinado Digitalmente

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício

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).

RELATÓRIO

Trata-se de recursos especiais interpostos pelo contribuinte e pela Fazenda Nacional em face do Acórdão nº 1301-002.918, proferido em 09.04.2018, pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento (fls. 3784-3840), integrado pelos Acórdãos de números 1301-004.118 (fls. 3949-3954) e 1301-006.313 (fls. 4296-4310), julgados pela mesma turma, respectivamente, em 19.09.2019 e 16.03.2023. O Acórdão nº 1301-002.918 foi assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013

FATOS CONTABILIZADOS COM REPERCUSSÃO EM EXERCÍCIOS FUTUROS. EFEITOS TRIBUTÁRIOS. DECADÊNCIA.

Na hipótese de fato que produza efeito em períodos diversos daquele em que ocorreu, a decadência não tem por referência a data do evento registrado na contabilidade, mas sim, a data de ocorrência dos fatos geradores em que esse evento produziu o efeito de reduzir o tributo devido.

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESAS DE MESMO GRUPO ECONÔMICO. INDEDUTIBILIDADE.

A dedutibilidade da amortização do ágio somente é admitida quando este surge em negócios entre partes independentes, condição necessária à formação de um preço justo para os ativos envolvidos. Nos casos em que seu aparecimento acontece no bojo de negócios entre entidades sob o mesmo controle, o ágio não tem consistência econômica ou contábil, o que obsta que se admitam suas consequências fiscais.

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. USO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGITIMIDADE.

Embora a criação da empresa veículo teve como objetivo a economia tributária, de não se pode qualificar como ilícita a opção por um caminho facultado pela legislação.

ÁGIO. MULTA QUALIFICADA.

Não restando comprovada nos autos a conduta dolosa, com evidente intuito de fraude, do contribuinte, é aplicável a multa no percentual de 75%, nos termos do § 1º, do artigo 44, da Lei nº 9.430/96.

JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA SOBRE MULTA. CABIMENTO.

Os juros moratórios incidem sobre a totalidade da obrigação tributária principal, nela compreendida, além do próprio tributo, a multa.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ARTIGO 124 DO CTN.

A responsabilização tributária preceituada pelo artigo 124, I, do CTN atribui a responsabilidade solidária para aqueles que têm interesse comum na situação que constitua o fato gerador do tributo ou aqueles expressamente designados por lei. Desse modo, para caracterizar o interesse comum ao fato gerador, deve ser evidenciada a vinculação econômica, e não apenas a vinculação jurídica.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ARTIGO 135, III, CTN.

A responsabilização tributária preceituada pelo artigo 135, inciso III, do CTN pressupõe que a pessoa indicada tenha tolerado a prática de ato abusivo ou ilegal ou praticado diretamente esta conduta. O sócio-gerente ou diretor deve ter praticado verdadeira atuação dolosa contrária à legislação tributária.

Contra tal acórdão, a Fazenda Nacional interpôs recurso especial (fls. 3843-3920), alegando que o julgado conferiu à legislação tributária interpretação divergente daquela dada por outros julgados do CARF quanto às seguintes matérias:

- Dedutibilidade do Ágio, com base nos Acórdãos paradigmas de números 9101-002.187 e 103-23.290;
- Multa qualificada, com base nos Acórdãos paradigmas de números 9101-002.300 e 1301-001.220; e
- Responsabilidade Solidária dos Sócios Administradores, com base nos Acórdãos paradigmas de números 1202-00.362 e 1302-001.657.

O despacho de admissibilidade (fls. 3923-3939) deu seguimento ao recurso especial da Fazenda Nacional nos seguintes termos:

1) Dedutibilidade do Ágio

Alega a Fazenda que não obstante o decidido no acórdão recorrido (possibilidade de amortização do ágio decorrente da incorporação da “empresa veículo” pela investida), em sentido oposto, decidiram outros julgados do CARF, indicados como paradigma (fl.3850).

Acrescenta que os precedentes reconhecem que a dedutibilidade do ágio só pode ser reconhecida quando houver propósito negocial e confusão patrimonial entre a investida e a real investidora.

Apresenta os acórdãos paradigmas nº.9101-002.187 (da 1ª Turma da CSRF, de 20/01/2016) e nº. 103-23.290 (da 3ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, de 05/12/2007). Transcreveu inteiro teor das ementas no corpo do recurso.

Os paradigmas indicados constam do sítio do CARF na internet e até a interposição do recurso não haviam sido reformados. O primeiro paradigma nº.9101-002.187 possui a seguinte ementa, no que concerne ao tema: (...)

O paradigma tratou de reorganizações societárias, com a utilização de uma pessoa jurídica interposta, dita "veículo", para a transferência do ágio, que vem a ser adquirida pela investida, mas que não é a investidora original ou a que pagou o ágio.

Havia um grupo de empresas que adquiriu a CELPE em processo licitatório de privatização. As ações da CELPE adquiridas com ágio foram transferidas para a Guaraniana, através de integralização de aumento de capital. Em seguida, houve a transferência dessas mesmas ações para a Leicester (empresa "veículo") e, por fim, a Leicester é incorporada pela CELPE que passa a amortizar o ágio. Observe-se que a investidora original, neste caso, foi o grupo de empresas formado para aquisição da CELPE.

No paradigma, foi dado provimento ao recurso da Fazenda para impedir a amortização de ágio quando transferido da pessoa jurídica que efetivamente pagou o ágio para outra pessoa jurídica, através de interposta pessoa jurídica, comumente denominada de empresa veículo. (...)

De maneira contrária, o acórdão recorrido reconheceu que houve a criação de uma empresa veículo (KRGR), com o objetivo de economia tributária, e firmou entendimento de que a dedutibilidade do ágio foi legítima, uma vez que a legislação dá essa faculdade ao contribuinte.

Defende a Fazenda que são situações fáticas semelhantes, que em ambos os casos os Colegiados consideraram que o negócio ocorreu entre partes independentes ou, como se independentes fossem, onde foi praticado o preço de mercado.

Todavia, o acórdão recorrido concluiu ser possível a dedutibilidade do ágio gerado com a intervenção de empresa veículo, enquanto que o paradigma sustentou entendimento de que não tendo sido demonstrado propósito negocial, não tendo ocorrido confusão patrimonial entre a real adquirente e o investimento adquirido, não há como ser autorizada a dedução do ágio.

A sequência de operações e a forma das reorganizações societárias não são exatamente as mesmas no recorrido e no paradigma, mas se constata a semelhança de contexto fático, uma vez que os dois processos trataram de reorganizações societárias, onde interveio uma empresa considerada como "veículo", desprovida de maiores propósitos negociais que não a economia de tributos e a caracterização do permissivo legal constante do art. 7º da Lei nº 9.532/1997.

Contudo, diante de situações fáticas semelhantes, no acórdão recorrido reconheceu-se a legitimidade da amortização do ágio. Enquanto que no paradigma restou consubstanciada a indedutibilidade do ágio, posto que não há previsão legal que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.

Portanto, no que diz respeito ao paradigma nº.9101-002.187, a recorrente logrou êxito em demonstrar divergência no que diz respeito à dedutibilidade do ágio através de reorganizações societárias efetivadas com intermédio de empresa denominada "veículo".

Transcreve-se a ementa do segundo paradigma nº. 103-23.290 no que concerne à matéria em discussão: (...)

Neste paradigma, o Colegiado não admitiu a amortização do ágio, na medida em que não enxergou o propósito negocial das operações. Concluiu que não era possível a dedução de ágio transferido através de empresa veículo, apenas com o objetivo de reduzir o ganho de capital tributável nas operações que se seguiram. (...)

Com efeito, constata-se a divergência de entendimento entre acórdão recorrido e o paradigma nº. 103-23.290, posto que no acórdão recorrido, como já exposto acima, o Colegiado apesar de considerar que a empresa KRGR se caracterizava como empresa veículo, e que o objetivo das operações era a economia tributária, concluiu que a legislação permitia tal conduta por parte do contribuinte.

Por seu turno, o paradigma nº. 103-23.290 trata de situação fática semelhante, pois envolveu autuação em razão de glosa de despesa com amortização de ágio, o qual teve origem em reorganizações societárias envolvendo empresa veículo.

No paradigma, a empresa a RIVIEREPAR foi considerada veículo, para a transferência do ágio da BREPA para a RDC (autuada). Segundo o relator, a reserva de ágio não comporia o patrimônio da RDC. De modo semelhante, no recorrido, a KRGR foi considerada veículo para transferência do ágio para a CÁLAMO (autuada).

Por tudo o exposto, verifica-se a existência de operações societárias semelhantes, com transferência de ágio através de pessoa jurídica denominada "empresaveículo", não obstante, o acórdão recorrido considerou que a legislação permite tal operação por parte do sujeito passivo, ainda que tenha por objetivo a redução de tributos e admitiu a amortização do ágio pela empresa autuada. Enquanto que no paradigma considerou-se artificial e ausente de propósito negocial a utilização de sociedade veículo de curta duração.

Logo, o segundo paradigma nº. 103-23.290, ratifica a divergência em relação à possibilidade de dedução do ágio através de operações que utilizam empresa denominada de veículo.

2) Multa qualificada

Em relação ao tema, a Fazenda apresenta os acórdãos paradigmas nº. 9101-002.300 (da 1ª Turma da CSRF, de 07/04/2016) e nº.1301-001.220 (da 1ª Turma da 3ª Câmara da 1ª Seção, de 09/05/2013). Transcreveu inteiro teor das ementas no corpo do recurso.

Indica como legislação interpretada de modo divergente o art. 44, inciso I e § 1º da Lei nº 9.430/1996; arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964; artigo 7º, da Lei nº 9.532, de 1997; artigo 386, do RIR/1999.

Os paradigmas indicados constam do sítio do CARF na internet e até a interposição do recurso não haviam sido reformados. Ressalte-se que o segundo paradigma nº.1301-001.220 aparentemente foi proferido pelo mesmo Colegiado que o recorrido (nº 1301- 002.918). Todavia trata-se de acórdão emanado em data anterior à vigência do atual Regimento Interno, razão pela qual consideram-se Turmas distintas nos termos do §2º do art.67 do RICARF, in verbis: (...)

No paradigma, foi negado provimento ao recurso do contribuinte para manter a glosa de despesa de amortização de ágio e a multa qualificada. Entendeu-se que a geração de ágio interno, dentro de um mesmo grupo econômico, sem o efetivo dispêndio relativo à "mais valia", é artificial e desprovida de lógica negocial, não podendo ser amortizado e que não há previsão legal para transferência de ágio por intermédio de outras pessoas jurídicas. Concluiu que a amortização de ágio é uma despesa, que deve atender a requisitos temporal, pessoal e material.

Diante de operações consideradas artificiais, o Colegiado do paradigma restaurou a multa qualificada, afirmando não haver dúvida acerca da conduta dolosa do contribuinte, tendente a impedir a ocorrência de fato gerador da obrigação tributária principal ou a modificar suas características de modo a reduzir o montante devido, o que teria atraído a aplicação do art. 72 da Lei nº 4.502/1964.

No paradigma, o dolo restou configurado em razão do claro intuito de impedir a ocorrência do fato gerador ou da modificação de suas características, sem que tenham sido observados ilícitos típicos como a falsificação de documentos, entre outros, conforme trecho abaixo onde o relator reafirma a decisão da DRJ(fl.3871): (...)

Inicialmente, cumpre salientar que o acórdão recorrido tratou de dois ágios (o primeiro da incorporação da G&K e o segundo, relativo à incorporação da KRGR), onde a Turma a quo, manteve a glosa do primeiro ágio, afastando a qualificadora da multa de ofício.

A dedução do segundo ágio foi considerada legítima, não restando o que discutir acerca da qualificação da multa de ofício, posto que afastada por completo.

Em relação ao primeiro ágio (incorporação da G&K), o Colegiado recorrido entendeu ser indedutível uma vez que criado dentro do mesmo grupo de empresas, sem consistência econômica ou contábil. Mas afastou a qualificadora da multa, visto que não enxergou dolo nos atos praticados, na medida em que esses atos atenderam aos requisitos formais exigidos por lei. Vide o seguinte trecho do recorrido, trazido pela Recorrente em seu recurso (fl.3849): (...)

Apesar de o paradigma nº. 9101-002.300 tratar de situação fática semelhante ao acórdão recorrido, qual seja, a amortização de despesa de ágio, através de reorganização societária entre empresas de um mesmo grupo econômico (ágio

interno), sem que tivesse havido o efetivo dispêndio da despesa, e desprovido de propósito negocial, tendo as operações o único objetivo de redução dos tributos; o Colegiado paradigmático concluiu pela existência do dolo e manteve a multa qualificada.

Contrariamente, o acórdão recorrido, mesmo sustentando entendimento de que as operações societárias eram desprovidas de propósito negocial e que sua única finalidade era a economia tributária, não vislumbrou conduta dolosa que ensejasse a qualificação da multa, posto que os atos praticados possuíam validade formal.

Com efeito, constata-se a divergência de entendimento entre acórdão recorrido e o paradigma nº. 9101-002.300, tendo em vista que diante de situações fáticas semelhantes, as decisões confrontadas trouxeram conclusões divergentes no que diz respeito à aplicação da multa qualificada.

Para o Colegiado que proferiu a decisão paradigma, o fato de o sujeito passivo realizar operações societárias, desprovidas de propósito negocial, com a única finalidade de reduzir tributos configura fraude, nos termos do art.72 da Lei nº 4.502/1964. Por sua vez, no acórdão a quo, o Colegiado entendeu que apesar da intenção do contribuinte em obter ganhos e economia com a amortização do ágio, não se pode presumir dolo nos atos praticados pelo sujeito passivo quando da série de reorganizações societárias.

Logo, em relação ao primeiro paradigma nº. 9101-002.300, a Recorrente logrou êxito em demonstrar a divergência no que diz respeito à aplicação da multa de ofício qualificada.

O segundo paradigma nº.1301-001.220 possui a seguinte ementa: (...)

A Recorrente transcreveu trechos do recorrido, já transcritos, e do paradigma nº.1301-001.220 para demonstrar a divergência de entendimento, com destaque para os seguintes excertos da decisão paradigma: (...)

No acórdão recorrido, a situação fática envolve autuação em face de amortização indevida de despesa com ágio (primeiro ágio -incorporação da G&K), porquanto não efetivamente pago, gerado artificialmente, dentro do mesmo grupo econômico, e desprovido de propósito negocial, que não a redução de tributos. Concluiu o Colegiado a quo pela manutenção da glosa da despesa de ágio, todavia afastou a multa de ofício qualificada.

Enquanto que no paradigma, ao enfrentar situação fática semelhante, qual seja, a falta de propósito negocial nas operações de reorganização societária, com o objetivo de economia de tributos, o Colegiado manteve a multa de ofício de 150%.

De fato, verificam-se entendimentos divergentes no que diz respeito à aplicação da multa de ofício qualificada, na medida em que o aresto guerreado apesar de manter a glosa de despesa de ágio, não enxergou dolo nas operações societárias

realizadas, tendo em vista que foram consideradas válidas do ponto de vista formal.

De maneira contrária, o paradigma considerou que a conduta do sujeito passivo, ao realizar operações societárias desprovidas de propósito negocial, que não a redução de tributos, configurava dolo nos termos do art. 72 da Lei nº 4.502/64, ensejando portanto a imposição da multa de ofício qualificada.

Ainda que as operações societárias não sejam exatamente as mesmas, os aspectos citados acima e consignados nos acórdãos confrontados são suficientes a demonstrar a similitude fática que deram origem a decisões divergentes no que diz respeito à configuração ou não do dolo, a ensejar a qualificação da multa de ofício.

Em ambos os casos, tratou-se de glosa de despesa de amortização de ágio. Os dois acórdãos reconheceram ser indevida a dedução do ágio, diante de operações de reorganização societária realizadas entre empresas de um mesmo grupo econômico, sem o efetivo pagamento do ágio e sem propósito negocial, a não ser a redução dos tributos.

Restou comprovado que diante de contexto fático semelhante, o paradigma firmou entendimento de que a mera legalidade formal dos atos, considerados isoladamente, não afasta o conceito de fraude fiscal, que reside na artificialidade do ágio, criado com intuito de reduzir tributos. Contrariamente, o acórdão recorrido sustentou não restar caracterizado o dolo, uma vez que, em seu aspecto formal, os atos praticados foram considerados legais.

Portanto, no que diz respeito ao segundo paradigma nº.1301-001.220, a recorrente logrou êxito em demonstrar divergência no que diz respeito à aplicação da multa de ofício qualificada.

3) Responsabilidade Solidária dos Sócios Administradores

Declara a Fazenda que, segundo a decisão recorrida, seria necessário trazer os elementos probatórios que comprovassem a prática de atos ilícitos pelos sócios-administradores, não se prestando para isso meros atos gerenciais.

Argumenta que o aresto recorrido diverge de outros Colegiados e apresenta os paradigmas nº 1202-00.362 (da 2ª Turma da 2ª Câmara da 1ª Seção, de 03/08/2010) e nº 1302- 001.657 (da 2ª Turma da 3ª Câmara da 1ª Seção, de 03/03/2015). Reproduziu inteiro teor das ementas no corpo do recurso.

Os paradigmas apresentados constam do sítio do CARF e até a data da interposição do recurso não haviam sido reformados.

Transcreve-se a ementa do primeiro paradigma nº 1202-00.362: (...)

Defende a Recorrente que tanto no recorrido, quanto nos paradigmas, não há nenhuma descrição dos ilícitos praticados especificamente pelos sócios-administradores e que não foi arrolada nenhuma prova específica relacionada a eles. Acrescenta que os elementos probatórios a que aludem os paradigmas são

as provas das infrações descritas no Auto, da mesma forma que se deu no presente caso.

De fato, nesse sentido, verifica-se semelhança entre os julgados, pois tanto no recorrido, quanto no paradigma, a autoridade fiscal imputou responsabilidade aos sócios administradores, em função de seus atos de gerência que acarretaram nas infrações lançadas de ofício, mas sem a individualização da prática de ilícito específico pelos sócios.

Entretanto, diante de situações fáticas semelhantes, no acórdão recorrido, a Turma a quo excluiu a responsabilidade dos sócios sob o fundamento de que o sócio-gerente tem que ter praticado verdadeira atuação dolosa contrária à legislação tributária, o que é normalmente chamado de ato ilícito típico, como a falsificação de documentos, entre outras condutas.

De maneira contrária, o paradigma manteve a responsabilização dos sócios-gerentes em razão da sua condição de administrador, sem que tenha sido demonstrado a prática de atos ilícitos típicos.

Observa-se que os fatos que deram origem ao lançamento dos tributos são distintos. No acórdão recorrido, o lançamento decorreu da glosa de despesas de amortização de ágio, enquanto que no paradigma, a autuação teve por fundamento a omissão de receitas com base em depósitos bancários de origem não comprovada. Mas guardam semelhança no que diz respeito à responsabilização dos sócios-administradores pelos atos de gerência.

Por conseguinte, através do paradigma nº 1202-00.362, a Recorrente logrou êxito em demonstrar a divergência na interpretação da legislação tributária referente à solidariedade passiva dos sócios-administradores.

A Recorrente apresentou um segundo paradigma nº 1302-001.657 assim ementado, no que concerne ao tema: (...)

Neste segundo paradigma nº 1302-001.657, atribuiu-se responsabilidade solidária aos sócios-gerentes, em razão das condutas consideradas dolosas que também serviram para qualificar a multa de ofício. Entre as condutas, especificou-se a apresentação de DIPJ zerada, bem como a apresentação de notas fiscais adulteradas.

É de se observar que este segundo paradigma, possui circunstâncias fáticas distintas do aresto recorrido, mormente no que diz respeito à prática de ilícitos. No recorrido, as condutas praticadas, consideradas isoladamente, atendia aos requisitos formais exigidos por lei. Não se pode dizer o mesmo em relação aos ilícitos praticados no paradigma, quando consta relato de apresentação de nota fiscal com informação falsa.

Logo, vislumbra-se contextos fáticos distintos entre o acórdão a quo e o segundo paradigma, que na mesma medida, consignaram conclusões diversas no que diz respeito à responsabilização dos sócios-administradores.

Não é possível presumir que o Colegiado do paradigma fosse ter o mesmo entendimento acerca da sujeição passiva solidária quando da análise do processo ora em litígio.

Isto porque, no acórdão recorrido, os atos praticados foram considerados legítimos do ponto de vista formal.

Dessarte, o segundo paradigma nº 1302-001.657 não se presta a demonstrar divergência no que toca à sujeição passiva solidária dos sócios-administradores.

O recurso atende aos demais requisitos de admissibilidade. Diante do exposto, com fundamento no art.67, do anexo II do RICARF, proponho que seja DADO SEGUIMENTO ao Recurso Especial interposto pelo Fazenda Nacional.

Em seguida, a Receita Federal opôs embargos de declaração (fls. 3941-3942) em razão de suposta contradição com relação ao lançamento de CSLL. Os embargos foram admitidos (fls. 3944-3948) e a 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção do CARF proferiu o Acórdão nº 1301-004.118 (fls. 3949-3959), acolhendo os embargos para, sem efeitos infringentes, eliminar a contradição apontada, nos termos da ementa abaixo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013

ÁGIO. EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. AMORTIZAÇÃO. NÃO DEDUTIBILIDADE.

A dedutibilidade da amortização do ágio é admitida quando nascido de negócio celebrado entre partes independentes, que é condição necessária à formação de preço justo para o ativo envolvido. Nos casos em que se origina de negócios entre entidades submetidas ao mesmo controle, o ágio não tem consistência econômica ou contábil, o que obsta sua dedutibilidade na apuração da base de cálculo tanto do IRPJ, quanto da CSLL.

Diante disso, a Fazenda Nacional ratificou os termos de seu recurso especial anteriormente interposto (fl. 3956).

Intimado, o sujeito passivo opôs embargos de declaração (fls. 4006-4021), em razão de supostas omissões no Acórdão nº 1301-002.918 no que se refere (i) à possibilidade de amortização de ágio apurado em operações com “partes dependentes” até a publicação da Lei nº 12.973/2014; (ii) à aplicação retroativa das normas da CVM e CFC e o os CPC que supostamente vedam o reconhecimento do “ágio interno”; (iii) à inaplicabilidade ao caso dos conceitos definidos no artigo 299 do antigo RIR/99; e (iv) à inovação trazida pela decisão da DRJ no que se refere à existência de operações estruturadas em sequencia.

Os referidos embargos foram parcialmente admitidos (fls. 4289-4294) apenas com relação aos itens “i” e “ii” acima e, em 16.03.2023, foram acolhidos (fls. 4296-4310) para suprir tais omissões, sem efeitos infringentes, nos termos da ementa abaixo:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2020

EMBARGOS. DEVER DE SE PRONUNCIAR.

Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma.

Em seguida, a Fazenda Nacional peticionou nos autos (fl. 4312), ratificando os termos de seu recurso especial e esclarecendo que a sua insurgência se refere, dentre outros à dedutibilidade dos ágios, para fins de IRPJ e também de CSLL.

Intimado do resultado do julgamento dos embargos de declaração, o contribuinte interpôs recurso especial (fls. 4344-4372) em face do Acórdão nº 1301-002.918, integrado pelos Acórdãos de números 1301-004.118 e 1301-006.313, alegando que os acórdãos conferiram à legislação tributária interpretação divergente daquela dada por outros julgados do CARF quanto à matéria “amortização fiscal de ágio gerado em transação entre partes relacionadas”, indicando como paradigmas os Acórdãos de números 9101-006.358 e 1301-001.297.

O despacho de admissibilidade (fls. 4691-4698) deu seguimento ao recurso especial do contribuinte, nos seguintes termos:

Em relação a ambos os paradigmas, a Recorrente logrou êxito em demonstrar a divergência.

A similitude fática entre eles é atestada pelo fato de todos os casos terem lidado com ágio tido como artificial, gerado internamente por empresas de um mesmo grupo econômico (ágio G&K), mediante utilização de empresa veículo, com a realização de operações meramente contábeis (aquisição de ações mediante entrega de outras ações) e sem circulação de riqueza, mas chegaram a conclusões opostas.

Nesse cenário, a divergência é comprovada porque o principal fundamento para glosa foi o fato de o ágio G&K ter sido originado em transações entre partes relacionadas (antes da vigência da Lei nº 12.973/2014), e ambos os paradigmas atestam expressamente que essa situação não representa impedimento legal ao aproveitamento fiscal do ágio.

Nesse cenário, Fazendo-se um teste de aderência, pode-se concluir que caso o entendimento manifestado nos respectivos paradigmas fosse aplicado ao caso concreto, o resultado do presente processo seria diferente. Isso porque o único fundamento do acórdão recorrido (integrado pelos Acórdãos nº 1301-004.118 e 1301-006.313), para glosa foi o fato de o ágio ter sido originado em transações entre partes relacionadas numa operação denominada “intragrupo” sem sacrifício econômico (antes da vigência da Lei nº 12.973/2014), e os paradigmas atestam expressamente que isso por si só não seria um óbice ao aproveitamento fiscal do ágio.

Outrossim, complementando o acima disposto, pressupostos relevantes abraçados pelo acórdão recorrido para fins de caracterizar a legalidade da geração do ágio, tais como ausência de sacrifício econômico do grupo, estruturas societárias dentro do mesmo grupo econômico foram ultrapassadas pelos referidos paradigmas.

O escopo jurídico do 1º paradigma (acórdão nº 1301-001.297) é bastante abrangente, na medida em que constou a seguinte ressalva: (...)

O escopo do 2º paradigma (acórdão nº 9101-006.358) também é bastante assemelhado ao do 1º paradigma: (...)

Por outro lado, verifica-se que todo o escopo da discussão do acórdão recorrido limitou-se ao ágio interno, não havendo qualquer questionamento a respeito de precificação do ágio por meio do laudo e seus critérios de avaliação.

Para além disso tudo, no caso específico do segundo paradigma, esta 1ª Turma da CSRF tem reiteradamente aceitado o mesmo para fins de comprovar a divergência relacionada a situação de ágio interno. sendo um desses julgados, Ac. nº: 9101-006.462,02 de fevereiro de 2023, da Relatoria do I. Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira, que foi assim ementado:

Na ocasião, no referido julgado foi proposto o conhecimento nos seguintes termos, que adoto aqui também como razões complementares deste despacho:

(...)

No que diz respeito ao paradigma admitido, Acórdão nº 1301-001.297, em outro precedente envolvendo empresa do mesmo grupo econômico (Acórdão nº 9101-006.057 – julgado na sessão de 05/04/2022) cheguei a examinar o mesmo precedente, mas indicado para fins de divergência em relação à existência, ou não, de vedação de ágio gerado internamente no bojo de subscrição de ações, e assim me pronunciei acerca do não conhecimento do recurso naquele caso:

Se a Recorrente tivesse indicado esse precedente como paradigma para questionar não só a matéria subscrição de ações como apta a gerar ágio amortizável, mas também a possibilidade de amortização de ágio interno, o presente exame poderia se estender para esse enfoque.

No caso concreto, a Recorrente indicou esse mesmo paradigma, mas justamente para questionar a possibilidade de existência de amortização de ágio gerado internamente. Sob esse aspecto, não há dúvidas acerca da existência de dissídio jurisprudencial: os acórdãos paragonados tratam de ágio surgido entre partes relacionadas e seus efeitos para fins de amortização de ágio interno, e parte da divergência construída neste tópico do Recurso Especial enveredou por esse caminho.

O fato de o referido paradigma examinar o ágio gerado intragrupo em operação de subscrição de ações, em nada interfere no que diz respeito à formação do

dissenso, uma vez que, em ambos os acórdãos, tal discussão sequer é tangenciada.´

Nesse contexto, uma vez que o paradigma nº 1301-001.297 admite a amortização de ágio gerado internamente ao grupo empresarial, não há dúvidas de que o colegiado paradigmático reformaria o acórdão recorrido.

Seguem, por fim, outras decisões desta 1ª Turma, admitindo o referido paradigma para a matéria relacionada diretamente à ágio interno:

- Ac. nº 9101-004.7502 4 de fevereiro de 2020 (Relator: André Mendes de Moura);
- Ac. nº 9101-006.3733, 9 de novembro de 2022 (Relatora: Livia De Carli Germano);
- Ac. n 9101-006.4644, 2 de fevereiro de 2023 (Alexandre Evaristo Pinto).

Pelo exposto, proponho que esta matéria seja admitida por meio dos dois paradigmas apresentados.

CONCLUSÃO:

Ante ao exposto, com fundamento no art. 67, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, proponho seja DADO SEGUIMENTO ao Recurso Especial do Contribuinte.

No mérito, a Fazenda Nacional sustenta em seu recurso especial, em breve síntese, que: (i) o contribuinte é obrigado, pela lei tributária, a apurar o lucro líquido de acordo com a lei societária que, por seu turno, determina que este lucro é obtido através da observância da escrituração e dos preceitos da Ciência Contábil e, se a Contabilidade não aceita um determinado registro contábil, no caso, um determinado ágio na aquisição de um ativo, esse registro, em princípio, também será rejeitado pela lei comercial e pela lei tributária, na medida em que ele trará reflexos na apuração do lucro líquido da pessoa jurídica; (ii) para existir, o ágio ou deságio deve sempre ter como origem um propósito negocial (aquisição de um investimento) e, assim, um substrato econômico (transação comercial); (iii) por propósito negocial entende-se a lógica econômica que levou ao surgimento do ágio ou deságio, ou seja, a razão negocial que ensejou a aquisição de um investimento por valor superior ou inferior àquele que custou originalmente ao alienante; (iv) o ágio ou deságio devem sempre decorrer da efetiva aquisição de um investimento oriundo de um negócio comutativo, onde as partes contratantes, interdependentes entre si e ocupando posições opostas, tenham interesse em assumir direitos e deveres proporcionais; (v) a aquisição de um investimento, assim como de qualquer bem ou direito, deve sempre importar o dispêndio de um gasto (econômico ou patrimonial) pelo adquirente e o ganho (também econômico ou patrimonial) pelo alienante, sem essa troca de riquezas e da titularidade do investimento, não há que se falar em aquisição, e, como consequência, no surgimento de ágio ou deságio; (vi) a aquisição de um investimento por meio de mera escrituração artificial, sem a sua real materialização no mundo econômico, não é hábil a gerar ágio ou deságio; (vii) considerando tudo o que foi trazido aos autos é possível afirmar que a KRGR foi constituída com a finalidade específica de realizar a aquisição das participações detidas pelo FIP (única operação realizada,

concretizada 14 dias depois de sua criação), com vistas a ser extinta com o consequente aproveitamento fiscal do ágio.; (viii) não cabe ao agente fiscal fazer ingerências sobre qual a melhor forma do contribuinte conduzir as atividades do contribuinte, mas é igualmente certo que as operações societárias que reduzem a tributação que de outra forma seria devida devem ser dotadas de propósito específico que não o simples contorno à norma fiscal; (ix) entender que a simples aquisição de participação com ágio é motivo suficiente para autorizar malabarismos e o uso de sociedades sem substância econômica nem propósito negocial com vistas a obter a amortização do ágio, significa, com todas as vênias, desconsiderar o requisito previsto no art. 7º da Lei 9.532/97, de que haja a legítima absorção do patrimônio; (x) a operação de incorporação das ações da Cálamo, Botica, Embralog e OBF pela G&K Holding S/A fez surgir um ágio de R\$ 1,776 bilhão e, em menos de dois anos, esta praticamente se desfez com a cisão parcial da G&K Holding S/A, com a transferência de 99% do patrimônio para as mesmas empresas; (xi) da análise do conjunto de operações societárias efetuadas, descortina-se o intuito doloso, embutido no seu planejamento e execução, de uma redução indevida de tributos, impulsionada por atos desprovidos de substância econômica ou propósito negocial, em que a economia de tributo é a única ou principal motivação, caracterizando evasão fiscal; (xii) não há como afastar a percepção de que as operações foram planejadas e estruturadas deliberadamente em sequência, propositadamente propiciando um retorno à situação societária inicial, gerando, contudo, uma redução substancial da incidência tributária; (xiii) a realização destas operações para possibilitar a amortização de ágio gerado artificialmente sobre o seu próprio patrimônio líquido ou mediante a utilização de “empresa veículo” constitui fraude, pois foi o meio utilizado para impedir dolosamente a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal; (xiv) a responsabilidade pessoal pelo crédito tributário recai sobre quem, de qualquer forma, age com infração à lei, tornando-se sujeito passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 121, II do CTN, podendo dela ser exigido, inclusive, se fosse o caso, diretamente o crédito tributário em virtude da inobservância intencional da legislação em trato; (xv) cabe a responsabilização solidária do sócio administrador com base no art. 135, III, do CTN, sendo prescindível o enquadramento da conduta também no art. 124 do CTN para que se verifique a solidariedade; (xvi) na esteira do que dispõe o art. 135, inciso III, o que se deve perquirir na apreciação da presente questão são dois aspectos: a condição de administrador da empresa autuada, por parte do imputado como responsável; e a existência de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos; (xvii) é indubitável que a falta de recolhimento do tributo constitui, por si só, uma ilicitude, porquanto configura o descumprimento de um dever jurídico decorrente de leis tributárias, afinal, o Código Tributário Nacional não adjetiva a lei que deve ser infringida para que se responsabilize aquelas pessoas elencadas em seu artigo 135; (xviii) nada obstante, no caso específico destes autos, a fraude está patente; (xix) pode perfeitamente ser o sócio-gerente responsabilizado solidariamente pelo crédito tributário imputado à autuada, relativamente ao montante apurado no período compreendido em que exerceu a gerência da pessoa jurídica em trato, em respeito às regras gerais de direito tributário que tratam da responsabilidade pessoal pelo recolhimento dos tributos, resultante de atos praticados por representantes de pessoas

jurídicas de direito privado com infração de lei, que, inclusive, não comporta benefício de ordem; (xx) em razão das disposições do artigo 124, I, e 135, III, do CTN, e diante das evidências expostas na auditoria fiscal, está correto o procedimento no que diz respeito à identificação dos administradores como responsáveis tributários de forma solidária com a pessoa jurídica autuada, uma vez que está patente que eles estavam plenamente no exercício da administração dos interesses da empresa autuada e agiram ao arrepio da lei; (xxi) os administradores da autuada tinham interesse comum na situação que constituiu o fato gerador dos tributos ora lançados e eram pessoalmente responsáveis pelas obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, dado o fato de que eram os sócios-administradores da empresa; e (xxii) descabe exigir, para a responsabilização dos sócios administradores, qualquer individualização da conduta, seja porque não se trata de imputação de responsabilidade penal, seja porque a lei tributária não traz essa exigência ou, ainda, porque detendo ambos os sócios administradores poderes para decidir e gerir a pessoa jurídica autuada, em caso de discordância acerca das atitudes ou omissões tomadas em nome da pessoa jurídica, deveria o dissidente assinalar, de forma clara e expressa a sua discordância e tomar outras medidas, denunciando às autoridades competentes a conduta ilegal ou excessiva ou desbordante dos poderes conferidos pelo contrato social/estatuto.

Em suas contrarrazões (fls. 4037-4107), o contribuinte alega, em resumo, quanto ao conhecimento do recurso especial, (i) a ausência de similitude fática entre o v. acórdão recorrido e os v. acórdãos paradigmas números 9101-002.187 e 103-23.290 no que tange à amortização do ágio envolvendo a empresa KRGR, vez que os acórdãos que foram proferidos em um contexto fático similar ao caso concreto; e, no mérito, (ii) a legalidade acerca da dedutibilidade das despesas com amortização de ágio envolvendo a empresa KRGR; e (iii) a inexistência de comprovação de abuso de direito, dolo e fraude para justificar a qualificação da multa de ofício.

Os responsáveis tributários Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum igualmente apresentaram contrarrazões ao recurso especial da Fazenda Nacional (fls. 4121-4179 e 4196-4254), sustentando, em síntese, quanto ao conhecimento, (i) a ausência de demonstração da efetiva divergência da interpretação da legislação tributária quanto ao art. 135, III, do CTN no acórdão paradigma nº 1202-00.362 – único aceito pelo despacho de admissibilidade; (ii) ausência de similitude fática entre o v. acórdão recorrido e o v. acórdão paradigma nº 1202-00.362 no que tange à responsabilidade solidária; e (iii) ausência de similitude fática entre o v. acórdão recorrido e os v. acórdãos paradigmas n. 1301-001.220 e 9101-002.300 no que tange à multa qualificada do ágio envolvendo a operação da G&K, vez que os acórdãos não foram proferidos em um contexto fático similar ao caso concreto; e, no mérito, (iv) a inaplicabilidade do artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional ao caso concreto; (v) a ausência de responsabilidade prevista no artigo 135, inciso 111, do Código Tributário Nacional; e (vi) o correto afastamento da multa qualificada pelo acórdão recorrido, em razão da inexistência de comprovação de patologias que justificariam a aplicação da penalidade agravada.

O recurso especial do contribuinte, por sua vez, no mérito, contempla os seguintes argumentos: (i) a ausência de impedimentos para a amortização fiscal do ágio interno nos ordenamentos contábil e tributário brasileiro, o que somente foi alterado com o advento da Lei nº 12.973/2014, nos termos do parecer do Professor Eliseu Martins juntado aos autos (fls. 2.995/3.039), bem como de manifestações doutrinárias e jurisprudenciais; e (ii) que a Receita Federal e o CARF entendem que o deságio deveria ser tributado mesmo que fosse gerado em uma operação interna, dentro do mesmo grupo, como ocorreu no presente caso, contudo, de forma contraditória, pretende o Fisco vedar o ágio gerado dentro do mesmo grupo econômico.

Em suas contrarrazões, a Fazenda Nacional alega que (i) o “ágio” apurado quando da incorporação de ações das sociedades operacionais, entre elas a recorrente, pela G&K, foi realizado integralmente intra-grupo e, ainda que não se questione a avaliação a valor de mercado elaborada por auditoria independente, o fato é que esse ágio decorreu de pura e simples reavaliação de ativos no contexto do próprio grupo econômico; (ii) o fato dessa reavaliação se dar em função do futuro (ou concomitante) ingresso do investidor independente IGP na G&K, não ilide o fato de que só quem efetivamente teve um custo representado pela diferença entre o valor de patrimônio líquido e valor aportado na G&K foi o fundo IGP; (iii) a G&K e seus acionistas, antigos controladores diretos das sociedades operacionais, não experimentaram nenhum efeito patrimonial proveniente de todo esse rearranjo societário, a não ser a redução proporcional à participação cedida ao investidor ingressante na G&K; e (iv) a amortização do ágio em questão foi objeto de lançamento relativo a anos-calendários anteriores, lançamento este que já foi inclusive confirmado pela 1ª Turma da 3ª Câmara da 1ª Seção deste E. CARF (Acórdão n.º 1301001.744, confirmado pelo Acórdão 9101003.446).

É relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheira Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Relatora.

I – ADMISSIBILIDADE

O prazo para o sujeito passivo e para a Fazenda Nacional interporem recurso especial é de 15 dias contados da data de ciência da decisão recorrida. E eventuais embargos de declaração opostos tempestivamente, isto é, no prazo de 5 dias da ciência do acórdão embargado, interrompem o prazo para a interposição de recurso especial¹. Ainda, de acordo com o art. 5º do Decreto nº 70.235/1972, os prazos são contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento. Ademais, os prazos só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

¹ Tais previsões estavam contidas nos artigos 65 e 68 do Regimento Interno do CARF (“RICARF”) aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 e, atualmente, são objeto dos artigos 119 e 116 do RICARF aprovado pela Portaria MF nº 1.634/2023.

No exame da admissibilidade do recurso especial, além da tempestividade e dos demais requisitos contidos na legislação, é preciso verificar: **(i)** o prequestionamento da matéria, que deve ser demonstrado pelo recorrente com a precisa indicação na peça recursal do prequestionamento contido no acórdão recorrido, no despacho que rejeitou embargos opostos tempestivamente ou no acórdão de embargos; e **(ii)** a divergência interpretativa, que deve ser demonstrada por meio da indicação de até duas decisões por matéria, bem como dos pontos nos paradigmas que divirjam de pontos específicos do acórdão recorrido. Com relação à divergência, o Pleno da CSRF concluiu que “a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles”².

Com base nessas premissas, passamos a analisar a admissibilidade dos recursos especiais da Fazenda Nacional e do sujeito passivo.

a) Recurso Especial da Fazenda Nacional

No que se refere à tempestividade, de acordo com os artigos 23, § 9º, do Decreto nº 70.235/1972, e 7º, §5º, da Portaria MF 527/2010, o prazo para a interposição do recurso pela Fazenda Nacional será contado a partir da data da intimação pessoal presumida, isto é, 30 dias contados da entrega dos respectivos autos à PGFN, ou em momento anterior, na hipótese de o Procurador se dar por intimado mediante assinatura no documento de remessa e entrega do processo administrativo.

No presente caso, os autos foram encaminhado à PGFN em 05.06.2018 (fl. 3841), de forma que se presume a intimação em 05.07.2018. O processo foi devolvido ao CARF com o recurso especial em 10.07.2018 (fl. 3921). Assim, é tempestivo o recurso especial interposto pela PGFN.

Com relação ao prequestionamento, o recurso especial da Fazenda Nacional versa sobre as seguintes matérias, todas tratadas expressamente no acórdão recorrido: dedutibilidade do ágio, multa qualificada e responsabilidade solidária dos sócios administradores.

Por fim, no que se refere à divergência interpretativa, analisaremos, a seguir, cada uma das matérias apontadas no recurso especial da Fazenda Nacional, com os respectivos paradigmas:

(i) Dedutibilidade do Ágio (KRGR), com base nos Acórdãos paradigmas de números 9101-002.187 e 103-23.290:

No que se refere à dedutibilidade do ágio, o acórdão recorrido analisou o ágio gerado nas operações envolvendo a empresa G&K (“ágio G&K”) e KRGR (“ágio KRGR”). O ágio G&K foi considerado “ágio interno” e, nesse ponto, negou-se provimento aos recursos voluntários, para manter a exigência do IRPJ e CSLL – o que ensejou a interposição de recurso especial pelo contribuinte. No que se refere ao ágio KRGR, o acórdão recorrido deu provimento aos recursos

² Acórdão n. 9900-00.149. Sessão de 08/12/2009.

voluntários, para cancelar a exigência e excluir os co-obrigados do polo passivo – donde a interposição de recurso especial pela Fazenda Nacional, ora em análise.

Como se extrai do voto do Relator Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, o ágio KRGR, no montante de R\$ 30.318.949,42, decorreu da aquisição pela KRGR de participação no capital Cálamo, pertencente ao Votorantin G&K Fundo de Investimentos e Participações (FIP). As operações foram assim resumidas no voto do Relator (fl. 3828):

- em 05.12.2011, a KRGR foi constituída, com capital social de R\$ 10.000,00, tendo como acionistas Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum, que também eram sócios da Cálamo e da O Boticário Franchising S.A.(OBF);
- em 19.12.2011, a KRGR adquiriu participações na Cálamo e da OBF pertencentes ao Votorantim G&K Fundo de Investimentos e Participações (FIP), tendo pago R\$ 30.318.949,42 a título de ágio relativo à Cálamo, sob o fundamento de expectativa de rentabilidade futura;
- em 31.10.2012, a KRGR foi cindida totalmente em duas parcelas, uma delas incorporadas pela Cálamo, com o ágio de R\$ 30.318.949,47, e a outra pela OBF, com ágio correspondente; e
- o ágio passou a ser amortizado pela Cálamo em 60 parcelas mensais a partir de novembro de 2012.

Em seguida, o Relator retrata as razões invocadas pela fiscalização para a glosa do ágio (fl. 3829):

Conforme TVF, a criação da KRGR teve a finalidade específica de realizar a aquisição da participação detida pelo FIP, única operação realizada por ela, visando exclusivamente o aproveitamento do ágio fiscal.

Nesse mister, a fiscalização destacou que havia outras formas mais simples e diretas de dar cabo ao único propósito de fato verificado no caso, como adquirir a participação societária do FIP, por exemplo. Os sócios poderiam tê-lo feito diretamente, resultado final do grupo após a brevíssima intervenção da KRGR.

Adiante afirmou que recursos usados para a aquisição das participações pela KRGR foram aportados pelos sócios na mesma data da transferência ao FIP, sob a forma de AFAC Adiantamento para Futuro Aumento de Capital, conforme TVF, p. 69, § 145.

E resume o cerne da discussão na seguinte frase: “Entendo que a questão posta aqui versa sobre o fato de a KRGR figurar como empresa veículo, questionando o propósito na reorganização societária ocorrida para fins de amortização do ágio”.

Apesar de descrever uma operação na qual os sócios integralizam capital da KRGR, dita empresa-veículo, e, em seguida, a participação societária na investidora é adquirida com ágio diretamente pela empresa veículo, o Relator afirma a licitude de uma operação na qual o investidor “adquire diretamente o investimento, com pagamento de ágio, e, a seguir, promove

aumento de capital em outra empresa, integralizando-o com os investimentos previamente adquiridos, inclusive o ágio” (fl. 3829).

Diante disso, assegura que “não se pode qualificar como ilícita a opção por um caminho facultado pela legislação, ainda que a adoção de tal caminho tenha por objetivo a economia tributária. Essa conclusão fica especialmente reforçada na situação em comento”. Para fundamentar sua afirmação, cita jurisprudência que valida a utilização de holdings para aquisição de investimentos.

Ao final, conclui o Relator o seguinte (fl. 3829):

Além disso, restou consignado que a compra das ações foi implementada pelo efetivo pagamento realizado pela KRGR ao FIP, por meio de transferência bancária (fls. 1206/1208). Tal transação foi realizada em observância ao preço de mercado dessas ações, como partes independentes fossem.

Portanto, não devem prosperar o lançamento fiscal nesse ponto, conquanto a operação foi lícita para fins legais, havendo o pagamento da aquisição das participações societárias com bases de mercado.

Cumprido ressaltar que a operação de aquisição de um investimento com ágio e posterior integralização do investimento com ágio em uma “empresa-veículo” - aqui denominada, para fins didáticos, de “transferência de ágio” - é distinta da integralização de capital em uma “empresa-veículo” e posterior aquisição pela “empresa veículo” de um investimento com ágio – aqui denominada, para fins didáticos, de “ágio empresa-veículo”.

O Relator, apesar de descrever corretamente os fatos analisados, inicialmente, reconhece a licitude de uma operação na qual o investimento é adquirido com ágio e, posteriormente, integralizado em uma “empresa-veículo”, ou seja, parece examinar uma operação de “transferência de ágio”. Em seguida, invoca um argumento genérico acerca da validade da adoção de um “caminho [que] tenha por objetivo a economia tributária” e, para embasar seu raciocínio, invoca jurisprudência que valida a utilização de holdings para aquisição de investimentos com ágio, isto é, uma operação de “ágio empresa-veículo”. Ao final, reconhece que o pagamento foi realizado pela KRGR e conclui pela insubsistência do lançamento neste ponto.

Não obstante a aparente contradição, que, frise-se, não foi objeto dos embargos de declaração do contribuinte, entendo que o Relator validou uma operação de integralização de capital em “empresa-veículo”, com posterior aquisição de investimento com ágio, ou seja, uma operação de “ágio empresa-veículo” – e não uma operação de “transferência de ágio”. Isso porque (i) a operação analisada, de fato, tem natureza de “ágio empresa-veículo”; (ii) o Relator descreve corretamente a operação; e (iii) o Relator cita jurisprudência de operação de “ágio empresa-veículo”.

A autorização para amortização do ágio no presente caso se deu com base nos seguintes fundamentos: (i) licitude da adoção do caminho que resulte em maior economia tributária; (ii) efetivo pagamento realizado pela empresa-veículo para a aquisição da participação

societária; e (iii) transação realizada com observância do preço de mercado da participação societária.

No Acórdão paradigma nº 9101-002.187, examina-se o ágio gerado na aquisição da Companhia Energética de Pernambuco (“CELPE”), mediante processo licitatório de privatização, realizado em 17.02.2000, por um consórcio formado por ADL Energy S/A, PREVI – Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil, BB – Banco de Investimentos S/A e 521 Participações S/A, representante dos empregados da CELPE. Após a aquisição, as referidas empresas transferiram para a empresa Guaraniana S/A, mediante integralização de aumento de capital, as ações adquiridas com ágio da CELPE. Em seguida, a Guaraniana adquire 99,99% do capital da Leicester e subscreve o capital desta mediante integralização das ações de emissão da CELPE, de sua propriedade. Por fim, a CELPE incorpora a Leicester, sua controladora e as ações de emissão da Leicester, que eram detidas pela sua controladora e única acionista, a Guaraniana, são substituídas por igual quantidade de ações de emissão de sua incorporadora (a CELPE) a serem recebidas pela Guaraniana. Com isso, o ágio passa a ser amortizado. Vê-se, portanto, que não se trata de caso de “aquisição de ágio por empresa-veículo”, mas, sim, de “transferência de ágio”.

Diante desse contexto fático, concluiu o Acórdão paradigma nº 9101-002.187:

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

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

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

Portanto, como o recorrido trata de uma operação de “ágio empresa-veículo” e o Acórdão paradigma nº 9101-002.187 versa sobre “transferência de ágio”, não há que se falar em similitude fática a possibilitar a admissibilidade do recurso especial da Fazenda Nacional com base em tal paradigma.

Com relação ao Acórdão paradigma nº 103-23.290, o relatório igualmente descreve uma operação de “transferência de ágio”. Confira-se:

"Em 01.01.2000 a Brepa Comércio e Participação Ltda., CNPJ 49.740.038/0001-90 adquiriu esta empresa conforme contrato entre ela e os seus antigos sócios, por R\$ 3.399.000,00, valor atribuído às quotas. A diferença do preço foi contabilizada a título de ágio, no total de R\$ 669.286.468,30, com base na rentabilidade futura e conforme Laudo de Avaliação. Em 01 10 2000 a Brepa subscreve capital de nova sociedade, Rivierepar, transferindo seu investimento em RDC a título de capital de empresa. Em sua contabilidade o investimento permanece em valores iguais, mudando apenas o nome da sociedade investida de RDC para Rivierepar. Nesta mesma data a RDC incorpora a Rivierepar, transferindo para sua contabilidade o único bem da Rivierepar, ou seja, o valor do ágio pago pela Brepa por ocasião em que adquiriu a RDC e a Reserva de Ágio. A RDC trouxe para dentro da empresa a mais valia atribuída a seus bens. Em 01.01.2001 a Brepa transfere o seu investimento RDC para o Carrefour. Em 30.9.2002, o Carrefour, sócia controladora, compra os imóveis que compõem os supermercados e os Estoques pelo preço estipulado em Laudo de Avaliação = R\$376.951.818,00. Os fatos acima descritos mostram que a empresa Rivierepar foi criada para servir ao propósito de transferir o ágio e a reserva de ágio para a RDC. Ao assumir seu próprio ágio a RDC contabilizou indevidamente um fato jurídico estranho a ela.

O fato de se tratar de uma operação de "transferência de ágio" é confirmada pelo voto do Relator:

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

Diante desses fatos, conclui-se pela impossibilidade de amortização do ágio, nos seguintes termos:

Da descrição dos fatos e elementos de prova constantes dos autos bem se percebe a ausência de qualquer propósito comercial ou societário na incorporação realizada, restando caracterizada a utilização da incorporada como mera "empresa veículo" para transferência do ágio para a incorporadora, apenas com o fim almejado de redução do ganho tributável resultante da venda dos estabelecimentos ao CARREFOUR. Observe-se que, abstraindo-se do contexto de fato a incorporação, a reserva de ágio não comporia o patrimônio da RDC, ora recorrente. A meu ver, o caso concreto deveria ser enquadrado como simulação, acompanhada da aplicação de multa qualificada. Entretanto, a autoridade fiscal impôs apenas a multa ordinária de 75%. (...)

Pelo exposto, em relação ao recurso voluntário, rejeito a preliminar de nulidade da decisão recorrida suscitada pela recorrente e a de intempestividade do recurso suscitada pela PFN quando da sustentação oral e, no mérito, nego-lhe provimento. Quanto ao recurso *ex officio*, também nego provimento.

Assim, também com relação ao Acórdão paradigma nº 103-23.290, não há que se falar em similitude fática a possibilitar a admissibilidade do recurso especial da Fazenda Nacional, tendo em vista que o paradigma versa sobre operação de “transferência de ágio”, enquanto o recorrido examina uma operação de “ágio empresa-veículo”.

Diante disso, não deve ser conhecido o recurso especial da Fazenda Nacional no que se refere à matéria dedutibilidade do ágio.

(ii) Multa qualificada, com base nos Acórdãos paradigmas de números 9101-002.300 e 1301-001.220:

Com relação à multa qualificada, o acórdão recorrido reduziu para 75% a multa decorrente das operações envolvendo a empresa G&K por entender que “todos os atos praticados pelo contribuinte perfizeram os requisitos formais exigidos pela legislação, não restando caracterizada as hipóteses de fraude, dolo ou simulação do contribuinte”. E acrescenta o seguinte:

Ademais, inexistente vedação expressa aos procedimentos adotados pelo contribuinte, logo, não há que se falar em fraude à lei.

Ora, inobstante a intenção da contribuinte em obter ganhos e economia com a amortização do ágio, não se pode presumir dolo nos atos praticados do Contribuinte quando da série de operações societárias, pois as interpretou como válidas e amparadas na lei.

Logo, ainda que a contribuinte possa ter realizado algum procedimento que se considere doloso, certamente não pode ser considerado uma conduta que “demonstre a existência de artifício doloso na prática da infração, ou que importe em agravar as suas consequências ou em retardar o seu conhecimento pela autoridade fazendária”, conforme o artigo 68 da Lei nº 4.502/64.

Cumprido ressaltar que, como se infere do item denominado “DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO GERADO NA G&K” do acórdão recorrido (fls. 3813 e seguintes), o referido ágio decorreu de uma reorganização societária dentro do grupo econômico. É o que se concluiu, dentre outros, do seguinte trecho do Acórdão nº 1541.255, proferido pela 2ª Turma da DRJ/SDR, e transcrito pelo acórdão recorrido:

As operações que resultaram na constituição dos denominados “ágio maior” e “ágio menor” decorrentes da “Incorporação da G&K” estão resumidas a seguir:

a) em 18/12/2006, ocorreu a incorporação integral das ações da Cálamo pela G&K Holding S.A (G&K), com um ágio de R\$ 1.011.690.937,33, tendo os sócios da G&K (Miguel Gellert Kringsner e Artur Noemio Grynbaum), detentores de todas as 17.767.680 ações da Cálamo, usando as mesmas para a integralização do aumento do capital social da G&K resultante da dita incorporação; e, nesta mesma data, a G&K registrou em seu Ativo Permanente na conta de Investimentos 180003 Investimentos Cálamo o valor de R\$ 56.679.661,07,

relativamente à conversão das ações da controlada, e na conta do Diferido 192080 Ágio s/ Investimentos o ágio de R\$ 1.011.690.937,33;

b) em 31/12/2007, a G&K registrou uma despesa de R\$ 13.467.329,92 na conta 371006 Ágio sobre Investimentos, a título de amortização do ágio relativo à Cálamo, tendo como contrapartida a conta de Investimentos (Ativo Permanente) 180020 Ágio s/ Investimentos; entretanto, por se tratar de uma despesa indedutível, foi corretamente adicionada na apuração do lucro real e base de cálculo da CSLL;

c) de janeiro a outubro de 2008, procedeu de forma semelhante, contabilizando mensalmente despesa com a amortização do referido ágio, no total de R\$ 16.387.812,00;

d) em 03/11/2008, os acionistas da G&K decidiram promover a cisão parcial da mesma, aprovando o “Protocolo e Justificação de Cisão Parcial Seguida de Versão do Patrimônio Cindido a Sociedades já Existentes”, onde no item 4.2.2 detalha os ativos da G&K vertidos para a Cálamo, dentre os quais 99% do ágio ainda não amortizado sobre o referido investimento, no montante de R\$ 972.017.437,44 ((R\$ 1.011.690.937,33 R\$ 13.467.329,92 R\$ 16.387.812,00) x 0,99), denominado no lançamento fiscal como “ágio maior”; bem como, a integralidade dos valores já amortizados pela G&K, no montante de R\$ 29.855.141,92 (R\$ 13.467.329,92 + R\$ 16.387.812,00), denominado “ágio menor”, transferida para a Cálamo via parte B do LALUR;

e) tanto o “ágio menor” quanto o “ágio maior” passaram a ser amortizados pela Cálamo em 60 parcelas mensais a partir de novembro de 2008.

Portanto, diante de uma operação de ágio interno, o acórdão recorrido entendeu pela inexistência de sonegação, fraude ou conluio a justificar a qualificação da multa, tendo em vista que (i) os atos praticados pelo contribuinte perfizeram os requisitos formais exigidos pela legislação; (ii) não há vedação expressa na legislação à amortização do ágio interno; (iii) não se pode presumir dolo na conduta do contribuinte, apesar da sua intenção de obter economia tributária; e (iv) ainda que o contribuinte possa ter realizado algum procedimento que se considere doloso, não se pode considerar que houve a existência de artifício doloso na prática da infração.

No Acórdão paradigma nº 9101-002.300 os julgadores concluíram que, em razão do ágio interno não gerar qualquer alteração de fato no controle societário da empresa fiscalizada, evidenciada está a ação dolosa tendente a impedir a ocorrência do fato gerador que atrai a aplicação da multa de ofício qualificada. Confira-se:

Prova cabal de que a contribuinte e o grupo econômico a que pertence teriam praticado ação dolosa tendente a impedir a ocorrência de fato gerador de obrigação tributária principal ou a modificar suas características de modo a reduzir o montante devido, o que atrai a aplicação do art. 72 da Lei nº

4.502/1964, é o fato de nenhuma alteração de fato ter ocorrido no controle societário da empresa fiscalizada, após encerrada a reorganização.

Ao final de dezembro de 2004, a contribuinte se encontrava submetida ao controle dos mesmos acionistas identificados ao final de setembro daquele ano, com percentuais de participação exatamente iguais aos anteriores. Em virtude principalmente deste fato, concluo que realmente não houve outro propósito a guiar a atuação da contribuinte senão o de simular uma reorganização societária com a finalidade de reduzir o montante de IRPJ e CSLL a ser recolhido nos cinco anos seguintes.

Filho-me, portanto, ao entendimento exposto pelo Julgador da DRJ, que, em seu voto condutor do acórdão que julgou a impugnação da contribuinte, discorreu:

"É inegável que, caso não houvesse criado artificialmente esse ágio desprovido de qualquer fundamento econômico, a impugnante teria recolhido tributos em montantes muito superiores ao que recolheu. Logo, quando contratou consultoria especializada e praticou todos esses atos de reorganização – absolutamente desnecessários e sem qualquer propósito efetivo – para, ao final, permanecer tudo do jeito que estava anteriormente, sendo o ágio a única alteração, é evidente que seu objetivo sempre foi aliviar ilicitamente a carga tributária.

E se o propósito exclusivo foi obter esse ganho ilícito, o dolo é evidente, ainda que sem utilização dos artifícios grosseiros apontados pela impugnante às fls. 1.078: adulteração de comprovantes, adulteração de notas fiscais, conta bancária em nome fictício, falsidade ideológica, notas calçadas, notas frias, notas paralelas, etc." (Grifouse)

Assim, relativamente ao pleito de restabelecimento da multa de ofício em sua versão qualificada, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN.

Portanto, tendo em vista que, diante de contexto fático similar (ágio gerado em operações societárias dentro de um mesmo grupo econômico), o acórdão recorrido e o Acórdão paradigma nº 9101-002.300 atribuíram soluções diametralmente opostas no que se refere à qualificação da multa de ofício. Diante disso, evidenciada está a divergência interpretativa nesse ponto.

No Acórdão paradigma nº 1301-001.220, por sua vez, os fatos que ensejaram o registro do ágio foram assim descritos no voto do Relator:

Dos autos, extraio, por relevante, os seguintes fatos:

- em 31 de janeiro de 2006, a fiscalizada promoveu reavaliação de seus imóveis, motivo pelo qual constituiu uma reserva de reavaliação;
- em 08 de março de 2006, foi constituída a empresa ESTRE HOLDING, com capital de R\$ 1.000,00;
- em 30 de abril de 2006, a ESTRE HOLDING promove a incorporação de ações do capital social da contribuinte, transformando-a em sua subsidiária integral;

- o valor econômico da fiscalizada foi avaliado, por meio de laudo, em R\$ 220.179.000,00, sendo registrado ágio de R\$ 175.824.453,00
- em 26 de junho de 2006, a ESTRE HOLDING é incorporada pela fiscalizada.

A manutenção da glosa do ágio, por seu turno, foi fundada no seguinte:

Em uma primeira análise, os procedimentos adotados pela Recorrente revelam-se em conformidade com a lei. Entretanto, ao analisarmos os fatos que lhes serviram de suporte, ficam evidenciados fatores que levam à convicção acerca do artificialismo na geração da despesa com amortização de ágio.

Com efeito, um processo de reestruturação societária, submetido a uma única vontade, eis que realizado entre empresas pertencentes ao mesmo Grupo Econômico, realizado em um espaço curto de tempo, no qual não houve desembolso e totalmente desprovido de substância econômica, não encontra guarida nas disposições dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, de modo a tornar o ágio, nascido de si próprio, dedutível.

Já a qualificação da multa de ofício foi assim justificada:

Relativamente à qualificação da multa, diversamente do esposado na decisão de primeiro grau, penso que ela deve ser mantida.

A autuação, no presente caso, fundou-se na constatação e comprovação de que a reestruturação elaborada pela fiscalizada visou, apenas, alcançar um benefício fiscal previsto em lei. Para tanto, em curtíssimo espaço de tempo, não obstante declina formalmente razões de ordem societária ou econômica, constituiu uma HOLDING; transformou-se em subsidiária integral da HOLDING criada, vez que esta incorporou suas ações pelo valor de mercado; e, passo seguinte, fez desaparecer a HOLDING criada para, por meio de uma incorporação reversa, deduzir um suposto “ágio”, derivado de uma alegada rentabilidade futura dos seus ativos.

Diante dos fatos retratados, não me parece restar dúvida de que a fiscalizada agiu, intencionalmente (dolosamente), no sentido de impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, das suas condições pessoais, afetando, assim, as obrigações tributárias principais.

No caso vertente, a meu ver, a qualificação é ínsita à própria infração imputada, isto é, se existente essa, não há como deixar de admitir a exasperação da penalidade, vez que a irregularidade apontada encontra seu maior suporte no artificialismo da reorganização societária empreendida.

Embora o referido acórdão faça referência ao curto espaço de tempo em que foram realizadas as operações que levaram à amortização do ágio, ao final, afirma que a qualificação da multa “é ínsita à própria infração imputada”, donde pode se extrair que, de acordo com o relator, a amortização fiscal do ágio interno, por si só, é suficiente para a qualificação da multa de ofício.

Assim, entendo que igualmente está caracterizada a divergência interpretativa a autorizar o conhecimento do recurso especial da Fazenda Nacional quanto ao Acórdão paradigma nº 1301-001.220.

Diante disso, deve ser conhecido o recurso especial da Fazenda Nacional quanto à matéria multa qualificada.

(iii) Responsabilidade Solidária dos Sócios Administradores, com base no Acórdão paradigma número 1202-00.362 (tendo em vista que o Acórdão nº 1302-001.657 não foi aceito pelo despacho de admissibilidade):

No que se refere à responsabilidade solidária dos sócios administradores, o acórdão recorrido entende que não estaria caracterizada a hipótese do art. 124, I, do CTN, tendo em vista que não “reputa razoável” a imputação de responsabilidade por terem os administradores participado nas práticas societárias que originaram a infração fiscal. Além disso, afirma o Relator que “não houve a caracterização do interesse comum ao fato gerador, pois sua acepção é jurídica, pressupondo uma relação jurídica de duas ou mais pessoas configurando como contribuintes, isto é, somente aqueles que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”. Diante disso, somente o interesse comum jurídico, que ocorre quando duas pessoas atuam como contribuintes, seria capaz de atrair a responsabilização com base no art. 124, I, do CTN.

Com relação ao art. 135, III, do CTN, o acórdão recorrido afirma que “somente pode ocorrer a responsabilização pessoal dos sócios quando estes agem com excesso de poderes ou infração de lei ou ainda de contrato social”. E, no relatório fiscal, “não há qualquer comprovação das condutas supostamente dolosas praticadas pelo responsável solidário, sendo descritas somente as infrações realizadas pelas pessoas jurídicas”.

E acrescenta o seguinte:

Entendo que a hipótese de responsabilização tributária preceituada pelo artigo em comento pressupõe que a pessoa indicada tenha tolerado a prática de ato abusivo ou ilegal ou praticado diretamente essa conduta.

Logo, para efeito de atribuição da responsabilidade contida em tal artigo, impõe-se que o sócio-gerente ou diretor tenha praticado verdadeira atuação dolosa contrária à legislação tributária.

Portanto, o Relator afasta a responsabilização com base no art. 135, III, do CTN, tendo em vista que o dispositivo exige que o sócio-gerente tenha praticado ou tolerado a prática de ato abusivo ou ilegal e, no caso concreto, não há descrição de condutas realizadas pelos responsáveis, mas, apenas pelas pessoas jurídicas.

No Acórdão paradigma nº 1202-00.362, a caracterização da responsabilidade tributária com base no art. 124, I do CTN decorreu do fato de os responsáveis serem sócios

administradores da pessoa jurídica, o que caracterizaria “interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”. E, em reforço argumentativo, afirma o Relator que, no caso concreto, ficou configurada a prática dolosa de sonegação fiscal e não fornecimento de documentos obrigatórios ao fisco, bem como de escrituração e oferecimento à tributação de apenas 7% de toda receita apurada pela pessoa jurídica. Confira-se:

O art. 124 do CTN prescreve que as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, são solidariamente obrigadas, situação esta em que se inserem os sócios administradores de pessoa jurídica, quanto mais quando fica claramente configurada a prática dolosa de sonegação fiscal e não fornecimento de documentos obrigatórios ao fisco.

A própria extrema discrepância entre a movimentação financeira da impugnante e sua receita informada, que informou em declaração apenas 7% de toda receita apurada, já demonstra a atividade dolosa dos sócios da pessoa jurídica de excluir da escrituração e tributação a quase totalidade da receita, corroborando na caracterização do interesse comum dos sócios e a pessoa jurídica (grifamos).

Assim, entendo que as peculiaridades do caso concreto foram um reforço argumentativo adotado pelo Relator na caracterização da responsabilidade tributária com base no art. 124, I, do CTN, já que, na sua visão, os sócios administradores de pessoas jurídicas têm interesse comum na situação que caracteriza o fato gerador da obrigação principal.

No que se refere à responsabilidade tributária com base no art. 135, III, do CTN, asseverou o Relator que o dispositivo “responsabiliza pessoalmente os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração de lei, prática que ficou plenamente caracterizada pelas condutas dolosas acima analisadas, bem como no item relativo à análise da decadência”. Tais condutas incluem a declaração e tributação de apenas 7% da receita auferida pela empresa, a não apresentação de documentação contábil e fiscal a omissão de receita por depósitos bancários, não localização da empresa no endereço informado à Receita Federal, presença de pessoas estranhas no quadro social da empresa – fatos que não ocorreram no caso do acórdão recorrido. Diante disso, não há que se falar em similitude fática e o Acórdão paradigma nº 1202-00.362 com relação à responsabilidade tributária com arrimo no art. 135, III, do CTN.

Diante do exposto, nesse item, o recurso especial da Fazenda Nacional deve ser conhecido apenas no que se refere à responsabilidade tributária com base no art. 124, I, do CTN.

b) Recurso Especial do Sujeito Passivo

No presente caso, o contribuinte foi cientificado do Acórdão nº 1301-002.918 em 24.08.2020 (fl. 4000), e, em 28.08.2020 (fl. 4004), opôs embargos de declaração. Intimado do acórdão que julgou os embargos de declaração em 05.06.2023 (fl. 4338), o contribuinte interpôs o

recurso especial ora em análise em 19.06.2023 (fl. 4342). Diante disso, é tempestivo o recurso especial.

No que se refere ao prequestionamento, o acórdão recorrido versa expressamente sobre a matéria “amortização fiscal de ágio gerado em transação entre partes relacionadas”.

Com relação à divergência interpretativa, o acórdão recorrido descreve a reorganização societária que culminou com o registro do ágio de ágio de R\$ 1.011.690.937,33 da seguinte forma:

- a) em 18/12/2006, ocorreu a incorporação integral das ações da Cálamo pela G&K Holding S.A (G&K), com um ágio de R\$ 1.011.690.937,33, tendo os sócios da G&K (Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum), detentores de todas as 17.767.680 ações da Cálamo, usando as mesmas para a integralização do aumento do capital social da G&K resultante da dita incorporação; e, nesta mesma data, a G&K registrou em seu Ativo Permanente na conta de Investimentos 180003 Investimentos Cálamo o valor de R\$ 56.679.661,07, relativamente à conversão das ações da controlada, e na conta do Diferido 192080 Ágio s/ Investimentos o ágio de R\$ 1.011.690.937,33;
- b) em 31/12/2007, a G&K registrou uma despesa de R\$ 13.467.329,92 na conta 371006 Ágio sobre Investimentos, a título de amortização do ágio relativo à Cálamo, tendo como contrapartida a conta de Investimentos (Ativo Permanente) 180020 Ágio s/ Investimentos; entretanto, por se tratar de uma despesa indedutível, foi corretamente adicionada na apuração do lucro real e base de cálculo da CSLL;
- c) de janeiro a outubro de 2008, procedeu de forma semelhante, contabilizando mensalmente despesa com a amortização do referido ágio, no total de R\$ 16.387.812,00;
- d) em 03/11/2008, os acionistas da G&K decidiram promover a cisão parcial da mesma, aprovando o “Protocolo e Justificação de Cisão Parcial Seguida de Versão do Patrimônio Cindido a Sociedades já Existentes”, onde no item 4.2.2 detalha os ativos da G&K vertidos para a Cálamo, dentre os quais 99% do ágio ainda não amortizado sobre o referido investimento, no montante de R\$ 972.017.437,44 ((R\$ 1.011.690.937,33 R\$ 13.467.329,92 R\$ 16.387.812,00) x 0,99), denominado no lançamento fiscal como “ágio maior”; bem como, a integralidade dos valores já amortizados pela G&K, no montante de R\$ 29.855.141,92 (R\$ 13.467.329,92 + R\$ 16.387.812,00), denominado “ágio menor”, transferida para a Cálamo via parte B do LALUR;
- e) tanto o “ágio menor” quanto o “ágio maior” passaram a ser amortizados pela Cálamo em 60 parcelas mensais a partir de novembro de 2008.

Como afirma o Relator, a reavaliação de ativos “se deu em função do futuro ingresso do investidor independente IGP na G&K”. No entanto, “apesar do IGP Fundo de Investimento em Participações realmente ter subscrito e integralizado 4.613.618 novas ações

ordinárias nominativas da G&K Holding S/A, não subscreveu nem integralizou aumento do capital algum na Cálamo. (...) Ou seja, o ágio em questão foi constituído exclusivamente em decorrência da operação de incorporação das ações da Cálamo pela G&K, envolvendo apenas essas empresas e os sócios Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum”. E concluiu que “ainda que há uma participação de um terceiro independente no processo, não resta dúvida de que se trata de um ágio interno, visto que não gerou custo ou riqueza”.

Em seguida, o Relator adota como suas as razões de decidir do Acórdão nº 1301001.744, que versa sobre o lançamento do mesmo ágio, com relação a períodos anteriores e, resumidamente, afirma o seguinte:

Portanto, do ponto de vista estritamente tributário, para que se possa falar em ÁGIO, é necessário verificar se, efetivamente, houve AQUISIÇÃO de participação societária; se essa aquisição teve um CUSTO, isto é, teve um “preço”, um “valor”, de modo a exigir um sacrifício de ativo; e se esse CUSTO representou “preço”, “valor”, “sacrifício de ativo” de qualquer natureza, superior ao das quotas ou ações adquiridas segundo o espelhado em seu patrimônio contábil. (...)

Nessa linha, constata-se que em 18 de setembro de 2006 foi constituída a empresa G&K HOLDING S/A, com capital social de R\$ 10.000,00, tendo como sócios o Srs. MIGUEL GELLERT KRIGSNER (oitenta por cento) e NOEMIO GRYNBAUN (vinte por cento).

Três meses após a constituição da G&K HOLDING S/A, ou seja, em 18 de dezembro de 2006, por meio de uma incorporação de ações, a fiscalizada transforma-se em subsidiária integral da empresa constituída, que aumentou seu capital social, emitindo novas ações em substituição às detidas anteriormente pelo Srs. MIGUEL GELLERT KRIGSNER e NOEMIO GRYNBAUN.

A partir dessa reorganização societária, com base em laudo de avaliação elaborado pela empresa KPMG Corporate Finance, a G&K HOLDING S/A escritura ágio no montante de R\$ 1.011.690.937,33 em relação à participação societária na fiscalizada, correspondente à diferença entre o valor de avaliação (R\$ 1.068.370.598,40 = 17.767.080 ações X R\$ 60,13) e o referente ao patrimônio líquido dela (R\$ 56.679.661,07).

Desse montante de R\$ 1.011.690.937,33, a parcela de R\$ 972.017.437,44 foi transferida em virtude do evento de cisão parcial e passou a ser amortizada pela ora Recorrente.

Penso que as passagens abaixo transcritas, colhidas do voto condutor da decisão de primeiro grau, expressam com propriedade o entendimento do Colegiado acerca da absoluta improcedência da dedução pretendida pela Recorrente.

[...]

87. Considerando que o ágio surge, única e exclusivamente, quando o valor efetivamente despendido para aquisição de um investimento – o sacrifício econômico suportado pela sociedade investidora – supera o valor patrimonial

desse investimento, não há como se admitir que as ações da interessada tenham sido incorporadas pela G&K Holding S/A por um preço que contém uma mais valia de si próprio, em transação dos sócios Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum com eles mesmos, por intermédio das sociedades investida e investidora. (...)

89. No presente caso, a G&K Holding não suportou sacrifício econômico algum que justificasse a constituição do ágio de R\$ 1.011.690.937,33 por ocasião da incorporação das ações da interessada, em 18/12/2006, porquanto recebeu as 17.767.680 ações ordinárias nominativas de emissão da Cálamo, pertencentes aos acionistas Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum, e em contrapartida emitiu 17.767.680 novas ações ordinárias nominativas do seu capital social, atribuídas a esses mesmos acionistas na proporção das participações por eles anteriormente detidas na interessada, conforme Ata de AGE (fls. 100115), Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações Para Conversão de Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza S/A em Subsidiária Integral da G&K Holding S/A (fls. 334339) e Laudo de Avaliação elaborado pela KPMG Corporate Finance Ltda. (fls. 342352).

90. A Cálamo tinha à época valor patrimonial de R\$ 56.679.661,07, mas cada uma de suas 17.767.680 ações ordinárias nominativas foi avaliada em R\$ 60,13 por laudo de avaliação elaborado pela KPMG, com utilização da metodologia do fluxo de caixa descontado, perfazendo o total de R\$ 1.068.370.598,40. Assim, a G&K Holding contabilizou em seu ativo permanente investimentos a importância de R\$ 56.679.661,07 em conta representativa do valor do patrimônio líquido da Cálamo e R\$ 1.011.690.937,33 na conta do ágio na aquisição dessa investida, além de registrar em seu patrimônio líquido a importância de R\$ 17.767.680,00 na conta Capital Social e R\$ 1.050.602.918,40 na conta Reserva de Capital.

91. Contudo, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. A G&K Holding não teve nenhum outro dispêndio além da entrega das 17.767.680 novas ações nominativas do seu capital social, mas constituiu um ágio de R\$ 1.011.690.937,33 sobre o patrimônio líquido da interessada, cuja parcela de R\$ 972.017.437,44 acabou retornando à própria Cálamo, em 03/11/2008, na operação de cisão parcial da G&K Holding S/A – conforme Ata da AGE (fls. 11931198), Protocolo e Justificação de Cisão Parcial Seguida de Versão do Patrimônio Cindido a Sociedades Já Existentes (fls. 11991211) e Laudo Pericial Contábil Para Efeito de Cisão Parcial Seguida de Versão do Patrimônio Cindido a Sociedades Já Existentes (fls. 12121222) –, fato que possibilitou a esta amortizar e excluir mensalmente do LALUR 1/60 do ágio constituído sobre o seu próprio patrimônio líquido, ou seja, um ágio de si mesmo.

92. Assim, verifica-se que a operação de incorporação das ações da Cálamo em valor superior ao seu valor patrimonial não têm substância econômica, pois foi reconhecido um acréscimo de riqueza inexistente, haja vista ganho algum ter sido realizado nessa operação. Nenhuma riqueza nova foi gerada dentro do grupo

Boticário com a operação de incorporação das ações da Cálamo, cujo valor após a incorporação das ações permaneceu sendo exatamente o mesmo de antes dessa operação. (...)

99. Ainda que o valor de mercado da investida pudesse corresponder à avaliação efetuada pela KPMG, não é concebível, econômica e contabilmente, o e conhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de transação dos acionistas com eles próprios. Quando a impugnante alega que na incorporação de ações não há “pagamento”, que é uma contraprestação do negócio jurídico de venda e compra, e que o valor das ações incorporadas corresponde ao valor das ações da incorporadora que serão recebidas pelos titulares das ações incorporadas, verifica-se que tal raciocínio é válido apenas para a operação realizada intragrupo, pois tais condições certamente não seriam aceitas pelos acionistas da Cálamo caso negociassem suas ações com terceiros, um processo imparcial de valoração, num ambiente de livre mercado e de independência entre as duas companhias.

Essa é exatamente a circunstância retratada nos autos impeditiva da dedução pretendida, circunstância essa que não é capaz de indicar que o sobrepreço (ágio) tenha surgido em razão de um sacrifício de ativo de qualquer natureza.

As incessantes referências às ocorrências de ágio interno, ágio de si próprio, artificialismo, ágio entre partes relacionadas, etc., só têm relevância em termos tributários na situação em que se observa que o “ágio” objeto de amortização e dedução do resultado fiscal não se amolda ao conceito de “custo de aquisição” referenciado pelo art. 20 do Decreto-Lei no 1.598, de 1977.

No caso vertente, a indagação é exatamente a seguinte: afinal, qual o custo (sacrifício econômico, no dizer do ato decisório recorrido) que justifica a constituição do ágio? (...)

Na situação ora analisada, a constituição da empresa G&K HOLDING S/A para incorporar as ações da fiscalizada, pelo valor atualizado, transformando-a em sua subsidiária integral, trouxe significativa redução de tributos, eis que de tal processo fez emergir um ágio que nada mais representa que a própria “mais valia” da sociedade cujas ações foram objeto de incorporação.

Como dito, quando se constata que a glosa empreendida pela autoridade fiscal tem por fundamento o denominado ÁGIO INTERNO, mas, resta verificado que a autoridade fiscal descortina sob esse manto a existência de uma ação deliberada de “criar” uma despesa por meio de um conjunto de reorganizações societárias, sem qualquer desembolso, orquestradas dentro de um grupo de empresas submetidas ao mesmo comando, efetivamente não se pode admitir a sua dedutibilidade, eis que totalmente desvirtuada a norma tributária autorizadora.

Do ponto de vista tributário, o ágio não deve provocar efeito de qualquer natureza, ou seja, a neutralidade fiscal é a regra. Assim, quando se admite a sua dedução, é vital a existência de um custo que se contrapõe a um lucro, resultando

disso a ausência de efeitos tributários. Obviamente, quando não se tem custo, não se pode falar em despesa com amortização.

Não resta dúvida de que, quando o art. 386 do RIR/99 fala em “participação societária adquirida”, fica evidente, ao se interpretar em conjunto com o art. 385 do mesmo diploma regulamentar, que se trata de participação societária em relação a qual se pode atribuir um custo de aquisição, que deverá ser desdobrado.

A amortização de ágio interno que não corresponde a custo incorrido, indubitavelmente não se inclui na hipótese descrita na norma autorizadora da dedutibilidade;

E, ao final, em suas próprias palavras, conclui o Relator do acórdão recorrido:

Como muito bem exaurida pela decisão não há o que se falar em ágio, pelo simples fato da reavaliação de ativos do contribuinte. Além disso, as operações ocorreram dentro de um contexto de dependência ao interesse econômico do grupo (ainda que motivado por um terceiro), bem como não houve o respectivo desembolso.

Portanto, diante de uma operação de incorporação de ações com ágio, suportada por laudo de avaliação, na qual as ações da empresa incorporada foram substituídas por novas ações de emissão da incorporadora, o acórdão recorrido entendeu se tratar de uma operação de ágio interno, uma transação dos sócios com eles mesmos, sem sacrifício econômico, sem substância econômica, na qual nenhuma riqueza foi gerada, com o objetivo único de criar uma despesa dedutível, donde não se pode autorizar a amortização fiscal do ágio. No caso em análise, no momento da incorporação de ações, houve o ingresso de um novo sócio na empresa incorporadora, o IGP Fundo de Investimento em Participações, que subscreveu e integralizou 4.613.618 novas ações ordinárias nominativas da G&K Holding S/A pelo preço total de R\$ 50.000.000,00 – no entanto, esse fato não foi relevante para a conclusão do acórdão recorrido.

No Acórdão paradigma número 9101-006.358, analisou-se operações por meio das quais, “valendo-se do ajustamento de ativos com objetivos sucessórios, Antenor e Arnaldo Angeloni transitaram investimentos na autuada e em “Granja Angeloni” por sociedades *holdings* recém criadas, atribuindo-lhes valor afirmado como “de mercado” em razão de avaliação por empresa por eles contratada, para, ao final, estes diferenciais oriundos das reavaliações promovidas, fossem incorporados ao patrimônio da autuada, que passa a amortiza-los”. A Relatora transcreve em seu voto trechos do voto condutor da decisão de 1ª instância que assim descreve a operação analisada:

A amortização do ágio glosada pela Fiscalização foi aquela, como já relatoriado, encontrada na escrituração contábil da Autuada, a empresa A ANGELONI & CIA Ltda. (...)

No caso, temse a empresa A ANGELONI & CIA Ltda (a Autuada) como a empresa comercial, operando no ramo de supermercados, com expressiva receita e lucro bruto anual, conforme consta nas DIPJ acostadas aos autos.

Para se utilizar da amortização prevista no art.386, supratranscrito, necessária a existência de outras empresas, ocasião em que foi criada a empresa **Angeloni Investimentos e Participações Ltda.**, que seria o que se denomina na doutrina contábil de empresa “veículo”.

Então, em 10/12/2004, numa operação de integralização de capital da **Angeloni Investimentos e Participações Ltda.**, com quotas (então reavaliadas) de empresa do mesmo grupo, qual seja, a da **A ANGELONI & CIA Ltda**, a diferença entre a integralização de Capital e o valor histórico da participação societária foi contabilizada como **ágio** pela Angeloni Investimentos e Participações Ltda.

As quotas da **A ANGELONI & CIA Ltda** deveriam ter sido incorporadas e registradas pela Angeloni Investimentos e Participações Ltda. de acordo com o respectivo valor patrimonial. No entanto, como isso não aconteceu, tendo sido registradas por valor lastreado em laudo de avaliação, o **ágio** gerado o foi intragrupo, isto é, internamente entre partes relacionadas, procedimento que não encontra amparo legal no art.385 do RIR/99.

Afinal, que investimento a Autuada adquiriu que estivesse conformado com a norma jurídica disposta no art.385 do RIR/99, supratranscrito? Nenhum! Qual o custo de aquisição? não há!

Em 22 de dezembro de 2004, passados doze dias da sua criação, houve uma **cisão** na empresa Angeloni Investimentos e Participações Ltda., ocasião em que foi vertido para a Autuada, a A ANGELONI & CIA Ltda., justamente o ativo (99% do ativo total!) que registrava o tal **ágio**, ativo este representado por participação societária (quotas) da própria Autuada, passando daí a amortizar o **ágio...** (pasmem) decorrente de avaliação econômico-financeira da própria A ANGELONI & CIA Ltda!

Nada mais despropositado, e que fere frontalmente as regras que regem o instituto do **ágio**, desde seu surgimento até a sua amortização, como vimos. Os procedimentos adotados pelo grupo ANGELONI contrariam a finalidade do benefício concedido pelo artigo 7º da Lei nº 9.532, de 1997, consolidado no art.386 do RIR/99, transcrito linhas atrás.

Nesse contexto, o Redator do voto vencedor entendeu pela possibilidade de amortização do **ágio** interno no referido caso com base em três argumentos: (i) ausência de vedação legal à constituição de **ágio** entre partes dependentes até o advento da Lei nº 12.973/2014, donde decorre a possibilidade de amortização fiscal do **ágio** interno, desde que não haja dolo, fraude ou simulação e a operação tenha efetivamente gerado um **ágio**; (ii) no âmbito da Contabilidade não há nenhuma norma contábil dispondo sobre o tratamento tributário em operações de combinações de negócios sob o controle comum e, nas demonstrações contábeis individuais, que são utilizadas para fins de tributação, é possível a contabilização do **ágio** interno; e (iii) até 2006, o art. 36 da Lei nº 10.637/2002, dispunha sobre uma hipótese de **ágio** gerado internamente com a constituição de sociedade veículo, de forma que, à época, era possível que houvesse a geração de um **ágio** interno dentro de um grupo econômico por meio de uma operação de combinação de negócios

mediante a constituição de “sociedade veículo”, que surgia e era extinta em um breve período de tempo e a existência de tal dispositivo legal é suficiente para amparar as operações entre partes dependentes que geraram ágio interno.

Interessante notar que o Redator do voto vencedor, para embasar seu racional, transcreve trechos da doutrina que consideram válidos a amortização fiscal do ágio interno quando há operações envolvendo minoritários – como aconteceu no presente caso, apesar de a participação do IGP Fundo de Investimento em Participações não ter sido relevante para o deslinde do acórdão recorrido.

Diante disso, ainda que as operações societárias que geraram o ágio interno no acórdão recorrido e no Acórdão paradigma número 9101-006.358 não sejam idênticas, tudo indica que, caso os julgadores do referido acórdão paradigma fossem confrontados com os fatos aqui tratados, a conclusão do caso seria diametralmente oposta – donde se concluiu pela existência de divergência interpretativa entre o acórdão recorrido e o Acórdão paradigma número 9101-006.358.

No que se refere ao Acórdão paradigma nº 1301-001.297, o voto vencido assim descreve a operação que ensejou o registro do ágio interno, com base nas informações extraídas do TVF correlato:

- i) em 04 de maio de 1995, foi constituída a empresa V&F IMPORT – IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., com capital social de R\$ 1.000,00, que, posteriormente, teve sua razão social alterada para ZANOTTI COMERCIAL EXPORTADORA LTDA.;
- ii) em 26 de maio de 1999, foi constituída a empresa ZANOTTI ADMINISTRADORA DE BENS E PARTICIPAÇÕES LTDA
- iii) em 31 de maio de 2000, a ZANOTTI ADMINISTRADORA DE BENS E PARTICIPAÇÕES LTDA. teve seu capital social aumentado com quotas da fiscalizada ZANOTTI S/A;
- iv) em 10 de outubro de 2003, a fiscalizada (ZANOTTI S/A) solicita a empresa DELOITTE TOUCHE TOHMATSU CONSULTORES avaliação econômico financeira do seu patrimônio;
- v) em 31 de outubro de 2003, por conta de alteração contratual, ingressa na ZANOTTI COMERCIAL EXPORTADORA LTDA., como sócia, a empresa ZANOTTI ADMINISTRADORA DE BENS E PARTICIPAÇÕES LTDA., o que faz com que o capital social fosse aumentado em R\$ 356.734.070,00, capital esse subscrito e integralizado mediante a incorporação de 1.596.504 ações emitidas por ZANOTTI S/A;
- vi) em 15 de dezembro de 2004, foi assinado PROTOCOLO E JUSTIFICATIVA DE INCORPORAÇÃO da ZANOTTI COMERCIAL EXPORTADORA LTDA. pela fiscalizada (ZANOTTI S/A);
- vii) em 28 de dezembro de 2004, a incorporação da ZANOTTI COMERCIAL EXPORTADORA LTDA. pela fiscalizada (ZANOTTI S/A) é autorizada, momento em

que esta, a fiscalizada, passa a amortizar o ágio gerado em decorrência da reavaliação do seu próprio patrimônio.

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

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

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

Portanto, nem mesmo pode-se afirmar que a operação se deu apenas entre empresas de um mesmo grupo, pois, no propósito negocial objetivado pelo plano de negócios, existia a necessidade de que houvesse uma nova avaliação das empresas, brasileira e estrangeira para que se pudesse realizar a permuta de ações negociada entre elas.

Apesar do voto do Redator do acórdão paradigma fazer referência à suposta existência de uma empresa estrangeira, o que traria concretude à operação, não localizei essa informação no relatório ou na descrição dos fatos contida no voto vencido ou em qualquer trecho do acórdão. De qualquer forma, a existência de um terceiro a corroborar com a validade da operação que gerou o ágio interno também se verifica no acórdão recorrido, no qual, frise-se, houve a participação do IGP Fundo de Investimento em Participações, ainda que essa participação tenha sido considerada irrelevante pelos julgadores do caso.

Por fim, no Acórdão paradigma nº 1301-001.297, o Redator do voto vencedor invoca um argumento adicional para autorizar a amortização do ágio interno: a impossibilidade de a Autoridade Fiscal desconsiderar um ágio interno registrado no período em que vigorou a Lei nº

10.637/2002, ainda que esteja em desacordo com os princípios contábeis – o que, entretanto, não se aplica ao presente caso, em que o ágio interno surgiu em uma operação realizada em dezembro de 2006. Por se tratar de um argumento adicional, entendendo tal análise pelo acórdão paradigma não afasta a caracterização da divergência interpretativa.

Diante do exposto, entendo que, mais uma vez, ainda que as operações societárias que geraram o ágio interno no acórdão recorrido e no Acórdão paradigma número 1301-001.297 não sejam idênticas, o argumento autônomo adotado pelo voto vencedor do paradigma, no sentido de que é possível a amortização fiscal do ágio interno por ausência de vedação legal expressa, é suficiente para a reforma da decisão contida no acórdão recorrido. Por essa razão, deve ser conhecido o recurso especial do contribuinte também com relação ao Acórdão paradigma nº 1301-001.297.

II – MÉRITO

II.1 – Recurso especial da Fazenda Nacional

Nos termos da redação original do art. 44, inciso I, e § 1º, da Lei nº 9.430/1996, ao sujeito passivo será aplicada multa de ofício de 150% sobre a totalidade ou diferença de tributo sempre que a falta de pagamento, recolhimento ou declaração vier acompanhada de sonegação, fraude ou conluio.

Antes de adentrar na análise da procedência da qualificação da multa de ofício no presente caso, é preciso ressaltar que a Lei nº 14.689/2023 alterou a redação do § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 para estabelecer que a referida multa qualificada será exigida no aporte de 100%, exceto nos casos em que verificada a reincidência do sujeito passivo, hipótese na qual a multa seria aplicada no percentual de 150%.

O §1º-A do art. 44 da Lei nº 9.430/96, igualmente incluído pela Lei nº 14.689/2023, determina que a reincidência será verificada quando, no prazo de 2 anos, contado do ato de lançamento em que tiver sido imputada a ação ou omissão com sonegação, fraude ou conluio, ficar comprovado que o sujeito passivo incorreu novamente em qualquer uma dessas ações ou omissões.

Disso se extrai que a multa, outrora exigida no patamar de 150%, nas hipóteses em que o sujeito passivo, por meio de prática sonegatória ou fraudulenta, deixa de efetuar pagamento, recolhimento ou declaração, atualmente, incide no percentual de 100%, por força das alterações introduzidas pela Lei nº 14.689/2023. E, por se tratar de lei que comina penalidade menos severa, sua aplicação alcança atos e fatos pretéritos, nos termos do art. 106, “c” do CTN.

A atual multa de 150% em caso de reincidência, por sua vez, é uma penalidade nova, que somente poderá ser imputada nos lançamentos futuros e, frise-se, desde que verificada pela Autoridade Fiscal, além da falta de pagamento, recolhimento ou declaração por meio de prática sonegatória ou fraudulenta, a caracterização da reincidência nos termos da legislação.

Portanto, a multa qualificada, objeto do recurso especial da Fazenda Nacional ora em discussão, atualmente incide no patamar de 100% e exige que a falta de pagamento, recolhimento ou declaração esteja acompanhada de sonegação, fraude ou conluio.

Entende-se por sonegação a ação ou omissão dolosa capaz de impedir ou retardar o conhecimento pela Autoridade Fiscal (i) da ocorrência do fato gerador, sua natureza ou circunstâncias; ou (ii) das condições pessoais do contribuinte capazes de afetar a obrigação ou crédito tributário (art. 71 da Lei nº 4.502/1964). Fraude, por sua vez, é a ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária ou a excluir ou modificar suas características, de modo a reduzir, evitar ou diferir o pagamento do imposto devido (art. 72 da Lei nº 4.502/1964). Por fim, conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, visando à sonegação ou à fraude (art. 73 da Lei nº 4.502/1964).

No lançamento da multa de ofício qualificada, deve a Fiscalização demonstrar a subsunção da conduta praticada pelo sujeito passivo a uma das hipóteses dos artigos 71, 72 ou 73 da Lei nº 4.502/1964, ou seja, não basta que haja a imputação genérica de sonegação ou fraude, é preciso que exista a individualização da conduta do agente e a comprovação inequívoca da existência de dolo. Esse entendimento, que já era objeto de decisões do presente Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, foi positivado no §1º-C do art. 44 da Lei nº 9.430/96, com a redação atribuída pela Lei nº 14.689/2023. Confira-se:

§ 1º-C. A qualificação da multa prevista no § 1º deste artigo não se aplica quando:

I – não restar configurada, individualizada e comprovada a conduta dolosa a que se referem os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

No presente caso, de acordo com o Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal (fl. 2323-2325), a qualificação da multa decorreu das operações supostamente realizadas com o intuito doloso de registrar um ágio fictício. Confira-se:

171. 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: (...)

174. No presente caso, com a intenção do ágio fictício diminuir 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 exsurgem 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.

175. 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, no caso da G&K, e até outubro de 2017, no caso da KRGR), expõe a sonegação enquadrada no artigo 71 da Lei nº 4.502/64.

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

Pode-se entender que a Autoridade Fiscal individualizou a conduta do agente, na medida em que listou os atos praticados que, supostamente, evidenciam a conduta dolosa. No entanto, até o advento da Lei nº 12.973/2014, a amortização fiscal de um ágio gerado dentro de um grupo econômico, denominado de “ágio interno”, não pode ser considerada conduta dolosa a justificar a imputação da multa de ofício qualificada.

Isso porque nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, bem como 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, com a redação vigente à época fatos, a amortização do ágio com fundamento em rentabilidade futura da investida era condicionada à verificação dos seguintes requisitos: (i) investimento em coligada ou controlada avaliado pelo método da equivalência patrimonial (“MEP”); (ii) participação societária adquirida com ágio, assim entendido a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido à época da aquisição; (iii) custo de aquisição do investimento desdobrado em valor do patrimônio líquido e ágio; (iv) elaboração de documento demonstrando, a depender do fundamento econômico do ágio, o valor de mercado de bens do ativo da investida superior ao custo registrado na sua contabilidade e o valor da rentabilidade futura da coligada ou controlada que embasou o registro do ágio; e (v) confusão patrimonial entre investida e investidora mediante incorporação, fusão ou cisão.

Assim, não havia, na legislação então vigente, vedação expressa à exclusão do lucro real do ágio decorrente de participação societária adquirida entre partes dependentes, o que somente foi introduzido no ordenamento jurídico com a publicação do art. 22 da Lei nº 12.973/2014, que assim dispõe:

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

A ausência de vedação expressa na legislação que antecedeu a Lei nº 12.973/2014 gerou inegável divergência interpretativa entre Autoridade Fiscal e contribuintes acerca da amortização fiscal do ágio interno – tema que, até o momento, não foi pacificado, havendo, inclusive, decisão do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) no sentido de que não se pode pressupor a artificialidade das operações que geram ágio entre partes dependentes³. E, havendo dúvidas quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato ou de seus efeitos, como ocorre com relação à dedutibilidade do ágio interno, a lei tributária que comina penalidades deve ser interpretada de maneira mais favorável ao contribuinte, como determina o art. 112, II, do CTN.

Ademais, como tratado acima, a sonegação exige que sejam adotadas medidas para frustrar a Autoridade Fiscal do conhecimento do fato gerador ou das condições pessoais do contribuinte; enquanto a fraude se verifica quando as medidas adotadas têm por objetivo impedir ou retardar a própria ocorrência do fato gerador ou modificar suas características. E, no presente caso, o ágio foi devidamente contabilizado e sua amortização informada à Autoridade Fiscal, sem que houvesse o emprego de qualquer artifício tendente a encobrir tais fatos. Tanto é assim que o próprio TVF afirma que o contribuinte incluiu em sua DIPJ as informações sobre o ágio “como se dedutível fosse”.

Diante disso, seja por não haver vedação expressa à amortização fiscal do ágio interno na legislação vigente à época dos fatos, seja em razão de a conduta adotada pelo contribuinte, no presente caso, não caracterizar fraude ou sonegação, não há que se falar em aplicação de multa de ofício qualificada. Por essa razão, deve ser NEGADO PROVIMENTO ao recurso especial da Fazenda Nacional nesse ponto.

II.2 – Recurso especial do contribuinte:

a) Ágio interno

Nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, bem como 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, com a redação vigente à época fatos, a amortização do ágio com fundamento em rentabilidade futura da investida era condicionada à verificação dos seguintes requisitos: (i) investimento em coligada ou controlada avaliado pelo método da equivalência patrimonial (“MEP”); (ii) participação societária adquirida com ágio, assim entendido a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido à época da aquisição; (iii) custo de aquisição do investimento desdobrado em valor do patrimônio líquido e ágio; (iv) elaboração de documento demonstrando, a depender do fundamento econômico do ágio, o valor de mercado de bens do ativo da investida superior ao custo registrado na sua contabilidade e o valor da rentabilidade futura da coligada ou controlada que embasou o registro do ágio; e (v) confusão patrimonial entre investida e investidora mediante incorporação, fusão ou cisão.

³ Resp nº 2026473/SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª Turma, j. em 05.09.2023.

Assim, não havia, na legislação então vigente, vedação expressa à exclusão do lucro real do ágio decorrente de participação societária adquirida entre partes dependentes, razão pela qual não concordo com o entendimento de que, mesmo antes do advento da Lei nº 12.973/2014, todo e qualquer ágio gerado dentro de um grupo econômico é, necessariamente, artificial e indedutível.

Como explica o Conselheiro Marcos Takata, na declaração de voto apresentada no Acórdão nº 1103-00.501⁴, para fins jurídico-tributários, “não se podem colocar os ágios internos todos numa ‘vala comum’”, de forma que é preciso distinguir os “ágios internos reais ou efetivos ou com causa”, que são aqueles que possuem efetividade econômica, daqueles “ágios internos ‘criados’ ou artificiais ou sem causa”.

No mesmo sentido, ensina Luís Eduardo Schoueri que “o fato de as partes serem ligadas, por si só, não é determinante para que se possa dizer que o ágio gerado em uma transação interna decorre de uma operação simulada, na qual não houve um real intuito negocial, isto é, que não busca realizar seus efeitos próprios.”⁵

Complementam esse racional Eliseu Martins e Alexsandro Broedel Lopes, ao afirmar que, quando o ágio por expectativa de rentabilidade futura (ou “goodwill”) é gerado em transações entre partes independentes, “existe maior segurança de que esse valor realmente corresponda a um ativo ligado à expectativa de rentabilidade futura da sociedade”. Por outro lado, “quando a transação societária envolve empresas sob controle comum, por exemplo, maior rigor deve ser aplicado na verificação da real existência do ágio”⁶.

Assim, no que se refere às operações anteriores à Lei nº 12.973/2014 – como as aqui analisadas – o fato de um ágio decorrer da aquisição de participação societária entre partes dependentes, por si só, não impede sua amortização na apuração do lucro real. O que impede a amortização do ágio interno é a ausência de fundamentação econômica da operação que lhe deu causa, ou, ainda, o não preenchimento de um dos requisitos do artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ou 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977.

Nos termos do art. 7º, III, da Lei nº 9.532/1997, ágio somente será amortizável quando sua fundamentação econômica for a expectativa de rentabilidade futura da investida. O valor do ágio é decorrência direta do custo de aquisição, já que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido da investida. Diante disso, a ausência de fundamentação econômica da operação de aquisição torna artificial o custo de aquisição e, por consequência, o próprio ágio. O ágio artificial, por sua vez, carece de

⁴ J. em 30.06.2011.

⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo: Dialética, 2012, p. 115.

⁶ LOPES, Alexsandro Broedel; MARTINS, Eliseu. Do Ágio Baseado em Expectativa de Rentabilidade Futura - Algumas Considerações Contábeis. In MOSQUEIRA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos). 3. ed., São Paulo: Dialética, p. 39.

fundamentação econômica, o que impede sua amortização, por violação ao disposto no referido art. 7º, III, da Lei nº 9.532/1997.

Em outras palavras: o ágio interno será real, efetivo, quando a operação de aquisição que lhe deu causa tiver fundamentação econômica – hipótese na qual o ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura da investida poderá ser amortizado na apuração do lucro real.

Nesse sentido, Ricardo Mariz de Oliveira explica que a justificativa econômica é o que dá suporte ao tratamento jurídico do ágio, de forma que, quando não houver aquisição ou a aquisição não dispuser de sentido econômico, o ágio interno será apenas aparente. Confira-se:

“Aliás, foi a sensibilidade do legislador do Decreto-lei nº 1.598 que o levou a arrolar um amplo leque de fundamentos econômicos para o ágio ou deságio, os quais estão no fundo da própria razão da sua existência. (...)”

Em síntese, há sempre uma justificativa econômica para ágio ou deságio, e essa justificativa dá suporte para o respectivo tratamento jurídico.

Pois é exatamente quando não haja essa justificação que se pode falar em ágio interno, bastando utilizar os exemplos acima no sentido negativo, ou seja, notadamente quando não haja aquisição ou haja uma aquisição na qual nenhum sentido econômico possa ser encontrado para o pagamento de ágio” ⁷.

Nas transações envolvendo empresas sob controle comum, a ausência de interesses conflitantes na formação do custo de aquisição do investimento indica artificialidade do ágio interno. Isso porque o preço de mercado se forma a partir da contraposição de interesses, de maneira que, ainda que o valor justo de uma participação societária possa ser estimado, é o crivo de uma negociação que traz concretude à estimativa, afastando eventuais distorções.

Portanto, para que um ágio interno seja passível de amortização na apuração do lucro real, é preciso que a sua formação sofra a influência de fatores externos ao grupo, que indiquem a contraposição de interesses na sua formação. Do contrário, ainda que o custo de aquisição da participação societária esteja baseado em laudo de avaliação, a artificialidade do ágio interno não será afastada, tendo em vista que o documento - em regra, contratado pelo próprio grupo - conterá uma estimativa, que pode não refletir o valor que um terceiro estaria disposto a pagar pela participação societária. Em outras palavras: para fins de dedutibilidade do ágio interno, a mera apresentação de laudo de avaliação não é suficiente para comprovar que a operação realizada entre empresas sob controle comum atendeu a condições de mercado, isto é, teve fundamentação econômica.

No presente caso, o ágio ora em discussão teve origem, basicamente, nas seguintes operações:

⁷ OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Questões Atuais sobre o Ágio. Ágio Interno – Rentabilidade Futura e Intangível – Dedutibilidade das Amortizações – As Inter-relações entre a Contabilidade e o Direito. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel. Controvérsias Jurídico-Contábeis. 2º volume. São Paulo: Dialética, 2011, p. 231.

- Em 17.03.2004, a Cálamo foi constituída como sociedade por quotas de responsabilidade limitada, tendo como sócios O Boticário Franchising S.A., Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum, conforme abaixo:

ANTES DA 7ª ALTERAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL			
SÓCIO	CPF/CNPJ	QUOTAS	VALOR (R\$)
O Boticário Franchising S.A.	76.801.166/0001-79	10.009.900	10.009.900,00
Miguel Gellert Krigsner	051.622.118-34	80	80,00
Artur Noemio Grynbaum	722.349.549-91	20	20,00
Total		10.010.000	10.010.000,00

- Em 21.08.2006, a Cálamo foi transformada em sociedade anônima e passou a ter a seguinte composição societária:

7ª ALTERAÇÃO SOCIAL ANEXO II - BOLETIM SUBSCRIÇÃO AÇÕES – 21/08/2006			
SÓCIO	CPF/CNPJ	QUOTAS	VALOR (R\$)
Miguel Gellert Krigsner	051.622.118-34	8.008.000	8.008.000,00
Artur Noemio Grynbaum	722.349.549-91	2.002.000	2.002.000,00
Total		10.010.000	10.010.000,00

- Em 18.09.2006, foi constituída a G&K Holding S/A, segundo o contribuinte, “sob a perspectiva concreta de receber aporte de recursos de um investidor em estágio avançado de negociações”. Isto é, a referida empresa se fazia necessária para, ao mesmo tempo, concentrar as participações societárias nas empresas operacionais do Grupo Boticário e o aporte de recursos do investidor, no caso, o IGP — Fundo de Investimento em Participações ("IGP").
- Em 18.12.2006, aprovou-se (i) "Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações para Conversão de Cálamo - Distribuidora de Produtos de Beleza S.A. em Subsidiária Integral da G&K Holding S.A."; e (ii) o Laudo de Avaliação da Cálamo, que registrou o valor das ações representativas do capital da empresa baseado no critério de valor econômico-financeiro, adotando a metodologia de rentabilidade futura a fluxo de caixa descontado. O referido laudo avaliou a Cálamo em R\$ 1.068.417 mil (fls. 2905 – 2906) - valor que foi acrescido ao patrimônio líquido da G&K. A diferença entre o valor patrimonial da Cálamo e seu valor de mercado, apurado no referido laudo, foi registrado na G&K como ágio por expectativa de rentabilidade futura, no montante de R\$ 1.011.737.338,93.
- Na mesma assembleia geral em que se deliberou pela incorporação de ações, o IGP subscreveu e integralizou aumento de capital na G&K no montante de R\$ 50 Milhões. O quadro societário da Cálamo passou a ser o seguinte:

ACIONISTA	CPF/CNPJ	AÇÕES	VALOR (R\$)
Miguel Gellert Krigsner	051.622.118-34	-	-
Artur Noemio Grynbaum	722.349.549-91	-	-
G&K Holding S.A.	08.336.303/0001-91	17.767.680	17.767.680,00
Total		17.767.680	17.767.680,00

- Em 03.11.2008, aprovou-se a cisão parcial da G&K Holding S.A, com a incorporação da parcela cindida pela Cálamo, passando a emoesa a ter a seguinte composição acionária:

ACIONISTA	CPF/CNPJ	AÇÕES
G&K Holding S.A.	08.336.303/0001-91	177.677
Miguel Gellert Krigsner	051.622.118-34	13.629.942
Artur Noemio Grynbaum	722.349.549-91	3.407.486
Votorantim G&K Fundo de Investimento em Participações	07.479.779/0001-19	552.574
José Roberto de Mattos Curan	046.258.838-65	1
Total		17.767.680

Vê-se, portanto, que o ágio por expectativa de rentabilidade futura registrado quando da incorporação das ações da Cálamo pela G&K surgiu em operações realizadas dentro do Grupo Boticário. No entanto, a meu ver, o fato de a avaliação da Cálamo ser motivada pelo ingresso de um novo acionista no Grupo faz com que a operação possua a exigida fundamentação econômica. Isso porque o valor de mercado atribuído à Cálamo para fins de incorporação de ações pela G&K decorreu das negociações realizadas com o IGP, parte independente que passou a figurar como investidor no Grupo Boticário em dezembro de 2016.

Cumprе ressaltar que o Relator do acórdão recorrido não ignora a entrada do novo investidor, mas desconsidera a sua repercussão na avaliação da Cálamo para fins de atribuir substância econômica ao ágio apurado no Laudo de Avaliação (fls. 2868-2934). Confira-se:

A Recorrente alega que a incorporação de ações em 18/12/2006 não poderia ser caracterizada como uma operação intragrupo, pois foi legitimada pelo ingresso de um novo acionista estratégico no grupo Boticário.

Contudo, verifica-se que, apesar do IGP Fundo de Investimento em Participações realmente ter subscrito e integralizado 4.613.618 novas ações ordinárias nominativas da G&K Holding S/A, não subscreveu nem integralizou aumento do capital algum na Cálamo. A IGP pagou R\$ 50.000.000,00 pelas 4.613.618 novas ações ordinárias nominativas da G&K Holding S/A, correspondente à participação de 2,41% do capital social desta, mas o ágio assim apurado somente poderia ser

reconhecido pela própria IGP sobre o patrimônio líquido da G&K Holding S/A, e mesmo assim este não se confundiria com o ágio objeto da autuação. Ou seja, o ágio em questão foi constituído exclusivamente em decorrência da operação de incorporação das ações da Cálamo pela G&K, envolvendo apenas essas empresas e os sócios Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum.

Inferre-se, portanto, que o ágio foi decorrente da simples reavaliação de ativos no contexto intragrupo. Tal reavaliação se deu em função do futuro ingresso do investidor independente IGP na G&K, o qual, de fato, suportou o custo representado pela diferença entre o valor do patrimônio líquido e valor aportado na G&K.

Portanto, trata-se de ágio suportado pelo IGP, em função do investimento na G&K, e NÃO o ágio pago por esta em função do investimento na Recorrente.

Ademais, a G&K não experimentaram nenhum efeito patrimonial, exceto a redução proporcional à participação cedido ao investido na G&K, que aportou 50 milhões, o que não justificaria um ágio de um pouco mais de 1 bilhão.

Assim, ainda que há uma participação de um terceiro independente no processo, não resta dúvida de que se trata de um ágio interno, visto que não gerou custo ou riqueza.

De fato, a integralização de capital do IGP na G&K, caso se dê por valor superior ao valor patrimonial da investida, é capaz de gerar ágio por expectativa de rentabilidade futura para o IGP. Mas, igualmente, a incorporação de ações da Cálamo pela G&K, por valor superior ao patrimônio líquido incorporado – e, frise-se, desde que tal valor tenha fundamentação econômica – enseja o registro do ágio por expectativa de rentabilidade futura na G&K. A possibilidade de registro do ágio no IGP, de forma alguma, afasta ou afeta o ágio na G&K em razão da incorporação das ações da Cálamo.

Acerca da relevância dos valores aportados na G&K pelo IGP, esclarece o contribuinte que “a quantia de R\$ 50 Milhões representava, à época: (i) 86% do capital social consolidado do Grupo (vide cópia do balanço publicado da Impugnante relativo a 31/12/05 — Doc. 04), que era de R\$ 58,10 Milhões e (ii) quase 45% da disponibilidade financeira do Grupo” (fl. 2392).

Portanto, entendo que, no presente caso, o ingresso de um novo acionista, não pertencente ao grupo econômico, ainda que minoritário, legitima a apuração do valor de mercado da Cálamo realizada pelo laudo da KPMG, para fins de incorporação das ações da empresa na G&K. Isto é, a participação do acionista minoritário faz com que existam interesses conflitantes na formação do custo de aquisição do investimento para a G&K, conferindo fundamentação econômica para a operação que ensejou o registro do ágio amortizado no presente caso.

O ex Conselheiro Marcos Takata, ao analisar o ágio gerado em operações entre partes dependentes, expressamente cita a relevância da participação e acionistas minoritários para legitimar a sua amortização fiscal⁸. Veja-se:

14. Suponha-se que haja aumento de capital de uma sociedade e um dos sócios ou acionistas não o subscreva, sendo integralmente subscrito pelo outro sócio ou acionista (por exemplo, o controlador). Como a empresa em que se organiza a sociedade vale mais que seu valor contábil, o sócio ou acionista que subscrever o aumento de capital daquela irá apurar ágio no aumento de sua participação societária, para que não haja diluição injustificada do outro sócio ou acionista. É um exemplo de ágio interno real ou com causa sob o aspecto jurídico-tributário. Há efetividade ou significado econômico nesse ágio.

14.1. Imagine-se um negócio de aquisição entre duas controladas, ambas com o mesmo controlador. É a aquisição horizontal. Ou seja, uma controlada adquire participação em outra controlada, irmão ou “prima” (as duas têm o mesmo controlador). O investimento adquirido é de tal monta que ele deve ser avaliado pelo MEP. Tal aquisição é feita pela controlada de minoritários da outra controlada. Nessa operação pode ser gerado ágio. Há justificativa ou efetividade econômica nesse ágio. Outro exemplo de ágio interno real ou com causa, nomeadamente sob a esfera tributária.

14.2. Mais. Conjecture-se que o negócio entre duas controladas, como descrito acima, seja de aquisição integral das ações da outra controlada, i.e., seja uma incorporação de ações. Na medida em que a controlada que tem suas ações incorporadas possuam minoritários que não sejam os mesmos da controladora (que é de ambas), aqui também pode ser gerado ágio. Este ágio tem significado ou justificativa econômica. É caso de ágio interno real ou com causa, nomeadamente sob o aspecto jurídico-tributário (...)

14.3. Cogite-se de uma pessoa jurídica que resolva incorporar as ações de uma controlada. Esta possui minoritários (outros acionistas que não do grupo). Também aqui, se a investida vale mais que seu valor contábil (e, quiçá, que o valor justo líquido de seus ativos), a relação de substituição de ações pode se dar com base no valor econômico da investida (e da investidora), e a incorporação de ações pode vir a ser feita por esse valor econômico (um critério de avaliação) da investida. Haverá um ágio no investimento, pago pela incorporadora de ações, através da emissão de ações entregues aos novos acionistas da incorporadora de ações (antigos acionistas da que teve as ações incorporadas) – leia-se, aos minoritários, diretos ou indiretos. (...) É inegável que esse ágio tem causa, é efetivo ou real, sob o aspecto jurídico-tributário.

⁸ TAKATA, Marcos Shigueo. 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.

Por fim, entendo que o fato de o ágio ter surgido em uma operação de incorporação de ações, por si só, não afasta a sua legitimidade. Na incorporação de ações, a os titulares das ações incorporadas recebem ações da incorporadora. Assim, o “desembolso” ou “sacrifício econômico” são as novas ações da incorporadora entregues aos titulares das ações incorporadas. Da mesma forma, o custo de aquisição do investimento para a incorporadora é o valor das suas ações entregues aos titulares das ações da incorporada. E, caso esse custo de aquisição seja superior ao valor patrimonial da empresa incorporada, a diferença será o ágio por expectativa de rentabilidade futura.

Para fins de aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ou 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, o sacrifício econômico não se limita aos casos em que há aquisição com pagamento em dinheiro. A incorporação de ações, assim como a integralização de capital por meio de bens ou direitos, também é uma forma de aquisição de participação societária, com sacrifício econômico para a incorporadora ou subscritora. Sobre o tema, são as lições de Ricardo Mariz de Oliveira⁹:

Ademais, na perspectiva do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598 e dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532, é possível haver ágio em preço de aquisição de participação societária pago ao seu detentor, caso em que o valor correspondente ao ágio sequer entra no patrimônio da empresa. A despeito disso, tal ágio recebe o mesmo tratamento para a pessoa jurídica adquirente, que o ágio pago por esta a outra pessoa jurídica na subscrição de aumento do seu capital, hipótese em que o valor correspondente ao ágio entra na respectiva empresa.

Diante do exposto, deve ser DADO PROVIMENTO ao recurso especial do contribuinte.

III – CONCLUSÕES

Diante do exposto, voto por CONHECER PARCIALMENTE do RECURSO ESPECIAL da Fazenda Nacional apenas quanto às matérias “multa qualificada” e “responsabilidade tributária”, sendo que, com relação a essa, somente no que se refere ao art. 124, I do CTN. E, no mérito, voto por NEGAR-LHE PROVIMENTO. Ainda, voto por CONHECER do RECURSO ESPECIAL do sujeito passivo e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO.

(documento assinado digitalmente)

Erro! Fonte de referência não encontrada.

⁹ Mariz de Oliveira, R. (2009). Os Motivos e os Fundamentos Econômicos dos Ágios e Deságios na Aquisição de Investimentos, na Perspectiva da Legislação Tributária. Revista Direito Tributário Atual, (23), 449–489. Recuperado de <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1628>.

VOTO VENCEDOR

Conselheira Edeli Pereira Bessa, Redatora designada.

A I. Relatora restou vencida em seu entendimento favorável ao conhecimento do recurso especial da Fazenda Nacional quanto à responsabilidade tributária dos sócios administradores. A maioria do Colegiado compreendeu que o dissídio jurisprudencial não restou demonstrado.

O recurso especial teve seguimento apenas com base no paradigma nº 1202-00.362. Consignou-se no exame de admissibilidade que:

De fato, nesse sentido, verifica-se semelhança entre os julgados, pois tanto no recorrido, quanto no paradigma, a autoridade fiscal imputou responsabilidade aos sócios administradores, em função de seus atos de gerência que acarretaram nas infrações lançadas de ofício, mas sem a individualização da prática de ilícito específico pelos sócios.

Entretanto, diante de situações fáticas semelhantes, no acórdão recorrido, a Turma a quo excluiu a responsabilidade dos sócios sob o fundamento de que o sócio-gerente tem que ter praticado verdadeira atuação dolosa contrária à legislação tributária, o que é normalmente chamado de ato ilícito típico, como a falsificação de documentos, entre outras condutas.

De maneira contrária, o paradigma manteve a responsabilização dos sócios-gerentes em razão da sua condição de administrador, sem que tenha sido demonstrado a prática de atos ilícitos típicos.

O Colegiado *a quo* afastou a imputação de responsabilidade com fundamento no art. 124, inciso I do CTN, porque não demonstrado interesse comum no fato gerador e, com fundamento no art. 135, inciso III do CTN, por entender que *o sócio-gerente ou diretor deve ter praticado verdadeira atuação dolosa contrária à legislação tributária*. Do voto condutor do recorrido extrai-se:

Primeiramente, com relação ao citado art. 124, I, não houve a caracterização do interesse comum ao fato gerador, pois sua acepção é jurídica, pressupondo uma relação jurídica de duas ou mais pessoas configurando como contribuintes, isto é, somente aqueles que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

Com efeito, não se reputa razoável a imputação da responsabilidade tributária por apenas terem participado, como administradores, nas práticas societárias que originou a infração fiscal.

[...]

No Relatório há menção do planejamento visando a artificialidade da despesa do ágio, porém não há qualquer comprovação das condutas supostamente dolosas praticadas pelo responsável solidário, sendo descritas somente as infrações realizadas pelas pessoas jurídicas e transcritos os dispositivos legais que embasaram a responsabilização.

Entendo que a hipótese de responsabilização tributária preceituada pelo artigo em comento pressupõe que a pessoa indicada tenha tolerado a prática de ato abusivo ou ilegal ou praticado diretamente essa conduta.

Logo, para efeito de atribuição da responsabilidade contida em tal artigo, impõe-se que o sócio-gerente ou diretor tenha praticado verdadeira atuação dolosa contrária à legislação tributária.

Recentemente esta Conselheira divergiu deste Colegiado¹⁰ para não admitir o paradigma em referência para caracterização de divergência em face de imputação de responsabilidade tributária em acusação fiscal de omissão de receitas, declarando o seguinte voto no Acórdão nº 9101-006.905:

Como bem exposto pelo I. Relator, no presente caso a responsabilidade tributária imputada a Luis Roberto Satriani teve em conta sua figuração como sócio de direito da autuada e de outra pessoa jurídica vinculada a Adir Assad e Marcello José Abbud, afirmando-se insuficientes as justificativas por ele apresentadas acerca do desconhecimento das atividades da autuada. O Colegiado *a quo*, por sua vez, afastou sua responsabilização sob os dois fundamentos indicados por entender que não estava provada sua participação efetiva na movimentação de recursos ou interesse comum.

O paradigma nº 1301-002.748, acima abordado, manteve responsabilidade tributária imputada com base no art. 124, I do CTN a Sandra Maria Branco Malago apesar de só haver evidências de participação na gestão financeira por parte da outra responsável acusada, Sonia Mariza Branco. Contudo, como bem exposto pelo I. Relator, este paradigma não caracteriza divergência em relação à imputação feita a Luis Roberto Satriani com base no art. 124, I do CTN porque tratou da participação de outras pessoas e, de fato, mesmo em relação a Sandra Maria Branco Malago, para a qual não havia indicação de participação na gestão financeira, há outras referências acerca de sua atuação nas pessoas jurídicas do *ramo de eventos* que foram invocadas como evidências de interesse comum.

Quanto ao paradigma nº 1302-001.657, esta Conselheira o tem admitido para caracterizar dissídios jurisprudenciais semelhantes ao presente, com respeito à imputação com base no art. 135, III do CTN sem individualização da conduta do sócio administrador. No presente caso, a qualificação da penalidade foi mantida pelo Colegiado *a quo*, mas a responsabilidade ao sócio de direito Luis Roberto Satriani foi afastada, reformando-se o que antes decidido pela autoridade julgadora de 1ª instância, consoante relato do acórdão recorrido:

Da mesma forma, nestes autos, uma vez que a qualificação da penalidade foi mantida, são irrelevantes as distinções acerca da matéria tributada, situando-se a divergência jurisprudencial na possibilidade de se imputar responsabilidade tributária, com fundamento no art. 135, III do CTN, a sócio gerente ou administrador, sem a especificação dos atos por ele praticados. O mesmo racional se aplica quanto à responsabilidade de Sandra Maria Branco Malago com fundamento no art. 135, III do CTN.

Já com respeito ao paradigma nº 1202-00.362, esta Conselheira discorda do I. Relator acerca da caracterização da divergência jurisprudencial em face dos dois responsáveis, com base no art. 124, I do CTN. Isto porque, embora seu voto condutor afirme a possibilidade de combinação do art. 124, I do CTN com art.

¹⁰ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luciano Bernart, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Helder Jorge dos Santos Pereira, Jandir José Dalle Lucca (substituto) e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

135, III do CTN, tal se deu em face especificamente das condutas dolosas lá analisadas, e que apresentam especificidades fáticas que as distinguem das presentes nestes autos. A acusação fiscal daquele caso dá relevo ao volume de receitas omitidas, afirma o dolo dos responsáveis em excluí-las da escrituração – especialmente com base na falta de apresentação de declarações e na conhecida atuação comercial e industrial da pessoa jurídica, com filiais e movimentação financeira no Rio de Janeiro antes da mudança da sede para uma sala em Juiz de Fora -, destaca que Jairo Sartori exerceu a gerência da sociedade e, quando se retirou, figurou como sócio de fato, inclusive assinando contrato de locação em nome da sociedade autuada, para além de observar que Henry Weissman era procurador da empresa estrangeira indicada como sócia-gerente. Ainda que em relação a este segundo responsável não haja conduta específica que motive a imputação, as características da infração que motivou a exigência são referidas na afirmação do dolo dos agentes, e os contornos da infração lá constituída se distinguem da acusação presente nestes autos.

Referido paradigma foi admitido apenas¹¹ por esta Conselheira em voto declarado no Acórdão nº 9101-006.653, mas lá a pretensão da PGFN era restabelecer a responsabilidade imputada a sócio gerente com fundamento no art. 124, I do CTN em face de exigência decorrente de “receitas escrituradas e não declaradas”, à qual foi acrescida multa qualificada, observando-se que:

Para além disso, o paradigma nº 1202-00.362 é trazido para restaurar a responsabilidade tributária com fundamento no art. 124, I do CTN, por assim ter decidido em face de administradores de sociedade que omitiu significativa parcela de sua movimentação financeira motivadora de exigência com qualificação da penalidade, circunstância considerada suficiente para afirmar que eles *tiveram interesse comum (jurídico e econômico) nas situações que constituíram os fatos geradores das obrigações tributárias tratadas no presente termo, sendo, portanto, solidariamente obrigados ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, de acordo com os artigos 124, inciso I, do CTN.*

Com respeito a Luis Roberto Satriani, porém, como a responsabilização teve em conta sua figuração como sócio de direito da autuada e de outra pessoa jurídica vinculada a Adir Assad e Marcello José Abbud, o Colegiado *a quo* a afastou sob os dois fundamentos indicados por entender que não estava provada sua participação efetiva na movimentação de recursos ou interesse comum. Já a descrição da conduta dos responsáveis analisada no paradigma nº 1202-00.362 evidencia participação substancialmente distinta da descrita nestes autos em relação ao responsável em questão.

Estes os fundamentos para divergir do I. Relator e CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial da PGFN acerca da responsabilidade tributária imputada a Luis Roberto Satriani, apenas com fundamento no art. 135, III do CTN e a partir do paradigma nº 1302-001.657.

O caso presente foi analisado sob a ótica de um planejamento tributário abusivo, mediante constituição de ágio interno, em operação acerca da qual o Colegiado *a quo* invocou

¹¹ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Luciano Bernart (suplente convocado) e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

dúvida quanto ao intuito doloso do sujeito passivo. Estas circunstâncias específicas ensejaram o afastamento da qualificação da penalidade e, também, da responsabilidade tributária sob os dois fundamentos apontados na acusação fiscal. A PGFN, por sua vez, pretende restabelecer a responsabilidade tributária arguindo que nos paradigmas indicados *não foi feita nenhuma descrição dos ilícitos práticos especificamente pelos sócios-administradores e que não foi arrolada nenhuma prova específica relacionada a eles*, e que os elementos probatórios a que supostamente aludem os paradigmas são as provas das infrações descritas no Auto de Infração e praticadas pela pessoa jurídica autuada. Ocorre que, justamente porque a infração tratada no paradigma admitido é substancialmente distinta da presente, não é possível inferir se o outro Colegiado do CARF também concordaria com a manutenção da responsabilidade tributária atribuída nestes autos com fundamento no art. 124, inciso I do CTN, único dispositivo invocado para o paradigma admitido.

Na medida em que o paradigma com o qual a PGFN pretendia restabelecer a responsabilidade tributária com fundamento no art. 135, inciso III do CTN não foi admitido, também não resta divergência jurisprudencial demonstrada acerca da desnecessidade de descrição específica dos atos ilícitos praticados pelos sócios-administradores, impondo que seja NEGADO CONHECIMENTO neste ponto do recurso especial fazendário.

A I. Relatora também restou vencida no provimento que deu ao recurso especial da Contribuinte. A maioria qualificada do Colegiado reafirmou o entendimento contrário à amortização fiscal de ágio constituído internamente ao grupo econômico, em linha com a jurisprudência deste Conselho consolidada desde a edição do Acórdão nº 9101-002.300, de 7 de abril de 2016, no sentido de que não há qualquer substância econômica nos valores que, formados internamente ao grupo econômico em operações desta espécie, passam a reduzir as bases tributáveis, independentemente da vedação posteriormente veiculada na Lei nº 12.973/2014 ou mesmo nos casos em que, antes da revogação pela Lei nº 11.196/2005, vislumbrava-se “opção legal” no art. 36 da Lei nº 10.637/2002.

Na sequência são transcritas as razões de decidir expressas pela ex-Conselheira Adriana Gomes Rêgo no Acórdão nº 9101-002.388 (“Caso Gerdau”), cujos fundamentos, aqui adotados, refutam os argumentos de defesa da Contribuinte:

O argumento de que como o legislador não vedou o ágio surgido de operações intragrupo, tudo seria possível, é mais absurdo ainda, porque a Lei nº 9.532, de 1997 trata expressamente de participações adquiridas com ágio ou deságio e ágio pressupõe um pagamento (ou que se arque com um dispêndio) maior do que um valor contabilizado (como deságio pressupõe pagamento a menor), reforçando-se ainda, quando o caput do art. 7º faz referência ao Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, o qual, também de forma expressa, define o ágio como diferença entre custo de aquisição e o valor do PL ao tempo dessa aquisição:

Lei nº 9.532, de 1997

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:

.....

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços

correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998). (Negritei)

Decreto-lei nº 1.598, de 1977 (redação vigente ao tempo dos fatos geradores)

*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. (Negritei)*

É oportuno registrar que não se está aqui a ampliar a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, como quis fazer crer a Recorrida em suas contrarrazões, mas simplesmente interpretando o que dispôs o legislador. E nem mesmo a se fazer uma interpretação econômica dos fatos ou da lei. É que não faz o menor sentido tratar como “custo” o que não representou qualquer dispêndio! Até ousar dizer que o que está a se fazer aqui é uma interpretação literal da lei, porque sequer consigo vislumbrar custo diferente de dispêndio e dispêndio diferente de se arcar com um ônus.

Aliás, a definição de Custo de Aquisição trazida pelo Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações elaborado pela FIECAFI (item 10.3.2.a, da 7ª ed., 2008), não deixa dúvidas:

“a) CUSTO DE AQUISIÇÃO O custo de aquisição é o valor efetivamente despendido na transação por subscrição relativa a aumento de capital, ou ainda pela compra de ações de terceiros, quando a base do custo é o preço total pago. Vale lembrar que esse valor pago é reduzido dos valores recebidos a título de distribuição de lucros (dividendos), dentro do período de seis meses após a aquisição das cotas ou ações da investida.” (Grifei)

Ou seja, os valores a serem registrados como custo de aquisição, como preço pago, deve corresponder ao valor despendido, pago, nas transações com agentes externos, para obtenção do investimento.

Ainda do referido Manual, 7ª ed., destaco todas as menções feitas a valor pago e aquisição de ações, no sentido de demonstrar o que a teoria contábil considera custo de aquisição e ágio:

“11.7.1 – Introdução e Conceito Os investimentos, como já vimos, são registrados pelo valor da equivalência patrimonial e, nos casos em que os investimentos foram feitos por meio de subscrições em empresas coligadas ou controladas, formadas pela própria investidora, não surge normalmente qualquer ágio ou deságio. Vejase, todavia, caso especial no item 11.7.6.

Todavia, no caso de uma companhia adquirir ações de uma empresa já existente, pode surgir esse problema.

O conceito de ágio ou deságio, aqui, não é o da diferença entre o valor pago pelas ações e seu valor nominal, mas a diferença entre o valor pago e o

valor patrimonial das ações, e ocorre quando adotado o método da equivalência patrimonial.

Dessa forma, há ágio quando o preço de custo das ações for maior que seu valor patrimonial, e deságio, quando for menor, como exemplificado a seguir.

11.7.2 Segregação Contábil do Ágio ou Deságio

Ao comprar ações de uma empresa que serão avaliadas pelo método da equivalência patrimonial, deve-se, já na ocasião da compra, segregar na Contabilidade o preço total de custo em duas subcontas distintas, ou seja, o valor da equivalência patrimonial numa subconta e o valor do ágio (ou deságio) em outra subconta.(...)

11.7.3 Determinação do Valor do Ágio ou Deságio

a) GERAL

Para permitir a determinação do valor do ágio ou deságio, é necessário que, na data-base da aquisição das ações, se determine o valor da equivalência patrimonial do investimento, para o que é necessária a elaboração de um Balanço da empresa da qual se compraram as ações, preferencialmente na mesma data-base da compra das ações ou até dois meses antes dessa data. Todavia, se a aquisição for feita com base num Balanço de negociação, poderá ser utilizado esse Balanço, mesmo que com defasagem superior aos dois meses mencionados. Ver exemplos a seguir.

b) DATA-BASE

Na prática, esse tipo de negociação é usualmente um processo prolongado, levando, às vezes, a meses de debates até a conclusão das negociações. A data-base da contabilização da compra é a da efetiva transmissão dos direitos de tais ações aos novos acionistas; a partir dela, passam a usufruir dos lucros gerados e das demais vantagens patrimoniais.(...)

11.7.4 Natureza e Origem do Ágio ou Deságio

(...)

c) **ÁGIO POR VALOR DE RENTABILIDADE FUTURA** Esse ágio (ou deságio) ocorre quando se paga pelas ações um valor maior (menor) que o patrimonial, em função de expectativa de rentabilidade futura da coligada ou controlada adquirida.

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

No exemplo anterior da Empresa B, os \$ 100.000.000 pagos a mais na compra das ações representam esse tipo de ágio e devem ser registrados nessa subconta específica.

Sumariando, no exemplo anterior, a contabilização da compra das ações pela Empresa A, por \$ 504.883.200, seria (...).

11.7.5 Amortização do Ágio ou Deságio

CONTABILIZAÇÃO

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

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

Nesse sentido, a CVM determina que o ágio ou o deságio decorrente da diferença entre o valor pago na aquisição do investimento e o valor de mercado dos ativos e passivos da coligada ou controlada deverá ser amortizada da seguinte forma

(...).

11.7.6 Ágio na Subscrição

(...)

por outro lado, vimos nos itens anteriores ao 11.7 que surge o ágio ou deságio somente quando uma empresa adquire ações ou quotas de uma empresa já existente, pela diferença entre o valor pago a terceiros e o valor patrimonial de tais ações ou quotas adquiridas dos antigos acionistas ou quotistas.

Poderíamos concluir, então, que não caberia registrar um ágio ou deságio na subscrição de ações. Entendemos, todavia, que quando da subscrição de novas ações, em que há diferença entre o valor de custo do investimento e o valor patrimonial contábil, o ágio deve ser registrado pela investidora.

Essa situação pode ocorrer quando os acionistas atuais (Empresa A) de uma empresa B resolvem admitir novo acionista (Empresa X) não pela venda de ações já existentes, mas pela emissão de novas ações a serem subscritas, pelo novo acionista. Ou quando um acionista subscreva aumento de capital no lugar de outro.

O preço de emissão das novas ações, digamos \$ 100 cada, representa a negociação pela qual o acionista subscritor está pagando o valor patrimonial contábil da Empresa B, digamos \$ 60, acrescido de uma mais-valia de \$ 40, correspondente, por exemplo, ao fato de o valor de mercado dos ativos da Empresa B ser superior a seu valor contabilizado. Tal diferença representa, na verdade, uma reavaliação de ativos, mas não registrada pela Empresa B, por não ser obrigatória.

Notemos que, nesse caso, não faz sentido lógico que o novo acionista ou mesmo o antigo, ao fazer a integralização do capital, registre seu investimento pelo valor patrimonial das suas ações e reconheça a diferença como perda não operacional. Na verdade, nesse caso, o valor pago a mais tem substância econômica bem fundamentada e deveria ser registrado

como um ágio, baseado no maior valor de mercado dos ativos da Empresa B.”

É de se observar, ainda, que mesmo na subscrição de ações, fala-se em **preço e pagamento** de valor.

É bem verdade que no item 38.6.1.2, ao tratar da Incorporação Reversa com Ágio Interno, o referido Manual, ao analisar o art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, aduz que o referido diploma legal admitia a reavaliação de participações societárias, quando da integralização de ações subscritas, com o diferimento da tributação do IRPJ e da CSLL e concluem os autores da obra:

“Questiona-se, desse modo, a racionalidade econômica do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, pelo lado do ente tributante, que permite que grupos econômicos, em operações de combinação de negócios, criem artificialmente, ágios internamente, por intermédio da constituição de ‘sociedades veículos’, que surgem e são extintas em curso lapso temporal, ou pela utilização de sociedades de participação denominadas ‘casca’, com finalidade meramente elisiva.

Do ponto de vista tributário, à luz do art. 36, e dependendo da forma pela qual a operação é realizada, a Fazenda pública perde porque permite a dedutibilidade da quota de ágio amortizada para fins de IRPJ e base de cálculo da CSLL e difere a tributação do ‘ganho de capital’ registrado pela companhia que subscreve e integraliza aumento de capital em ‘sociedade veículo’ ou de participação ‘casca’, a ser em seguida incorporada”.

Com a devida vênia aos autores, é de se verificar e como a própria Recorrida aduz em suas Contrarrazões, que existe permissão legal, sim, de integralização de capital social com ações de outra empresa, que há permissão legal de avaliação de investimentos em sociedades coligadas e controladas com o desdobramento do custo de aquisição em ágio; contudo, o que não há é autorização legal para, em virtude dessa integralização, lançar em contrapartida o desdobramento do custo como ágio, pois, em operações internas, sem que um terceiro se disponha a pagar uma mais-valia, não há ágio; a contrapartida é uma reavaliação de ativos.

E é isso que os autores confundem quando tratam do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, porque essa lei sequer fala em ágio. Assim, o que tal dispositivo tratava é da possibilidade de diferimento do ganho de capital, quando uma companhia A, que possui participação societária em B, resolve constituir C, subscrevendo capital com ações reavaliadas de B. Ocorre que essa reavaliação de B é puramente uma reavaliação, quando as operações ocorrem dentro de um mesmo grupo. A lei não autoriza que a contrapartida da reavaliação seja uma conta de ágio. Só existe ágio se um terceiro se dispõe a reconhecer esse sobre-preço e a pagar por ele. Sem onerosidade, descabe falar em mais-valia.

E é nessa linha que os autores acabam concluindo às fls. 599 e 600 da 7ª edição:

“Para admitir-se o registro da parcela legalmente dedutível do ágio gerado internamente, deve-se enxergar-la tecnicamente, abstraindo outras questões, similarmente a um ativo fiscal diferido advindo de estoques de prejuízos fiscais e de bases negativas de contribuição social. Poder-se-ia advogar que seu registro encontra amparo no fato de haver uma evidência persuasiva de sua substância econômica: um diploma legal que corrobora o seu surgimento. E ainda dentro dessa corrente de pensamento, seria

*admitido como critério de mensuração contábil inicial, por analogia, o mesmo dispensado a um ativo fiscal diferido advindo de estoques de prejuízos fiscais e de bases negativas de contribuição social, qual seja, **mensuração a valores de saída**, utilizando o método do fluxo de benefícios futuros trazidos a valor presente, no limite de benefícios nominais projetados para dez anos.*

*Por outro lado, haveria também como refutar o registro da parcela legalmente dedutível do ágio gerado internamente, ao se enxerga-la tecnicamente como um intangível gerado internamente. Dentro do Arcabouço Conceitual Contábil em vigor, considerando a **mensuração a valores de entrada**, não se admite o reconhecimento de um ativo que não seja por seu custo de aquisição. Um intangível gerado internamente, como no caso em comento, embora gere benefícios econômicos inquestionáveis para uma dada entidade, tem o seu reconhecimento contábil obstado por uma simples razão: a ausência de custo para ser confrontado com benefícios gerados e permitir, com isso, a apuração de lucros consentâneos com a realidade econômica da entidade.*

(...)

Só que, no caso desses créditos tributários derivados de operações societária entre empresas sob controle comum, não há, na essência, e também na figura das demonstrações consolidadas, qualquer desembolso que lhes dê suporte. Direitos obtidos sem custo, como direitos autorais, por exemplo, não são contabilizados; o goodwill (fundo de comércio) desenvolvido sem custo ou com custo diluído ao longo de vários anos na forma de despesas já reconhecidas também não é contabilizado; patentes criadas pela empresa são registradas apenas pelo seu custo etc. Por que os direitos de pagar menos tributos futuros, advindos de operações com ausência de propósito comercial e permeadas por abuso de forma, seriam registrados? Essas seriam discussões no campo técnico e conceitual a serem travadas. Contudo, estimulando um pouco mais o debate, deve-se atentar para uma questão sobremaneira crucial para a Contabilidade. Do ponto de vista institucional e moral da profissão contábil, e por que não político, admitir-se o registro do ativo fiscal implica estimular o surgimento de uma indústria do ágio?

*Assim, à parte possíveis controvérsias conceituais, o procedimento mais adequado, **técnica e eticamente**, é não se proceder ao reconhecimento do ativo fiscal diferido nessas operações."(Grifei)*

Por oportuno, trago ainda a versão do Manual de Contabilidade Societária, após as normas internacionais e os pronunciamentos do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (edição de 2010, pág. 442), que reforça ainda mais o que entendiam os autores do Manual:

"Considerando que na época não havia uma normatização contábil similar ao CPC 15, a consequência direta da prática desse tipo de incorporação (reversa) era a geração de um benefício fiscal bem como o reconhecimento contábil de um ágio gerado internamente (contra o qual, nós, os autores deste Manual, sempre nos insurgimos).

Dessa forma, era fortemente criticada a racionalidade econômica do art. 36 da Lei nº 10.637/02, que permitia que grupos econômicos, em operações de

combinação de negócios (sob controle comum) criassem artificialmente ágios internamente por intermédio da constituição de "sociedades veículo", que surgem e são extintas em curto lapso de tempo, ou pela utilização de sociedades de participação denominadas "casca", com finalidade meramente elisiva.

Nesse sentido, vale lembrar que a CVM vedava fortemente esse tipo de prática (vide Ofício-Circular CVM SNC/SEP nº 01/2007), uma vez que a operação se realizava entre entidades sob controle comum e, portanto, careciam de substância econômica (nenhuma riqueza era gerada efetivamente em tais operações). Além disso, o ágio fundamentado em rentabilidade futura (goodwill) proveniente de combinações entre entidades sob controle comum era eliminado nas demonstrações consolidadas da controladora final, tornando inconsistente o reconhecimento desse tipo de ágio gerado internamente (na ótica do grupo econômico não houve geração de riqueza).

Atualmente, o art. 36 da Lei na 10.637/02 foi revogado pela Lei na 11.196/05 (art. 133, inciso III), bem como com a entrada em vigor do CPC 15, para fins de publicação de demonstrações contábeis, não mais será possível reconhecer contabilmente um ágio gerado internamente em combinações de negócio envolvendo entidades sob controle comum."

Convém observar que tudo isso foi escrito antes mesmo da MP nº 627, de 2013!

É importante também destacar que o próprio Conselho Federal de Contabilidade estabeleceu, por meio da Resolução nº CFC nº 750, de 1993, que as essências das transações devem prevalecer sobre a forma, e que a avaliação dos componentes patrimoniais deve ser efetuada com base nos valores de entrada, considerando-se como tais aqueles resultantes do consenso com os agentes externos ou da imposição destes, senão vejamos:

Art. 1º. Constituem PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DE CONTABILIDADE (PFC) os enunciados por esta Resolução.

§ 1º. A observância dos Princípios Fundamentais de Contabilidade é obrigatória no exercício da profissão e constitui condição de legitimidade das Normas Brasileiras de Contabilidade (NBC).

§ 2º. Na aplicação dos Princípios Fundamentais de Contabilidade há situações concretas e a essência das transações deve prevalecer sobre seus aspectos formais.

(...)

Art. 7º. Os componentes do patrimônio devem ser registrados pelos valores originais das transações com o mundo exterior, expressos a valor presente na moeda do País, que serão mantidos na avaliação das variações patrimoniais posteriores, inclusive quando configurarem agregações ou decomposições no interior da ENTIDADE.

Parágrafo único. Do Princípio do REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL resulta:

I - a avaliação dos componentes patrimoniais deve ser feita com base nos valores de entrada, considerando-se como tais os resultantes do consenso com os agentes externos ou da imposição destes;

II – uma vez integrado no patrimônio, o bem, direito ou obrigação não poderão ter alterados seus valores intrínsecos, admitindo-se, tão-somente, sua decomposição em elementos e/ou sua agregação, parcial ou integral, a outros elementos patrimoniais;

III – o valor original será mantido enquanto o componente permanecer como parte do patrimônio, inclusive quando da saída deste;

IV – os Princípios da ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA e do REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL são compatíveis entre si e complementares, dado que o primeiro apenas atualiza e mantém atualizado o valor de entrada

V – o uso da moeda do País na tradução do valor dos componentes patrimoniais constitui imperativo de homogeneização quantitativa dos mesmos.” (Grifei)

O Conselho Federal de Contabilidade editou, ainda, a Resolução CFC nº 1.110/2007 para aprovar a NBC T 19.10 – Redução ao Valor Recuperável de Ativos, aplicável aos exercícios encerrados a partir de dezembro de 2008, cujo item 120 determina expressamente:

“120. O reconhecimento de ágio decorrente de rentabilidade futura gerado internamente (goodwill interno) é vedado pelas normas nacionais e internacionais. Assim, qualquer ágio dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado”.

O Comitê de Pronunciamentos Contábeis também repudiou o ágio interno por meio do CPC nº 04, aprovado em 2010, que, ao se manifestar sobre ativo intangível, dedicou os itens 48 a 50 para tratar do “Ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente”, deixando bastante claro que tal ágio sequer deve ser reconhecido como ativo:

Ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente

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

49. 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.(Grifei)

Também em 2010, o Conselho Federal de Contabilidade por meio da Resolução CFC nº 1.303, de 2010, aprovou a NBC TG 04, que tem como base o mencionado Pronunciamento Técnico CPC 04 já acima transcrito:

Ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente

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

49. *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 na presente Norma. 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.*

50. *As diferenças entre valor de mercado da entidade e o valor contábil de seu patrimônio líquido, a qualquer momento, podem incluir uma série de fatores que afetam o valor da entidade. No entanto, essas diferenças não representam o custo dos ativos intangíveis controlados pela entidade. (Grifei)*

Também a Comissão de Valores Mobiliários, por meio do Ofício Circular CVM/SNC/SEP nº 1, de 2007, no item 20.1.7 tratou o ágio interno nos seguintes termos:

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, iniciase com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizarse 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 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. (Grifei)

Em 2011, inclusive, o Comitê quando aprova o CPC nº 15, que trata das demonstrações contábeis acerca da combinação de negócios e seus efeitos, deixa expresso que o Pronunciamento não alcança a combinação de negócios de entidades ou negócios sob controle comum:

Objetivo

1. O objetivo deste Pronunciamento é aprimorar a relevância, a confiabilidade e a comparabilidade das informações que a entidade fornece em suas demonstrações contábeis acerca de combinação de negócios e sobre seus efeitos. Para esse fim, este Pronunciamento estabelece princípios e exigências da forma como o adquirente:

(a) reconhece e mensura, em suas demonstrações contábeis, os ativos identificáveis adquiridos, os passivos assumidos e as participações societárias de não controladores na adquirida;

(b) reconhece e mensura o ágio por expectativa de rentabilidade futura (goodwill adquirido) advindo da combinação de negócios ou o ganho proveniente de compra vantajosa; e

(c) determina quais as informações que devem ser divulgadas para possibilitar que os usuários das demonstrações contábeis avaliem a natureza e os efeitos financeiros da combinação de negócios.

Combinação de negócios de entidades sob controle comum –aplicação do item 2(c)

B1. Este Pronunciamento não se aplica a combinação de negócios de entidades ou negócios sob controle comum. A combinação de negócios envolvendo entidades ou negócios sob controle comum é uma combinação de negócios em que todas as entidades ou negócios da combinação são controlados pela mesma parte ou partes, antes e depois da combinação de negócios, e esse controle não é transitório.

B2. Um grupo de indivíduos deve ser considerado como controlador de uma entidade quando, pelo resultado de acordo contratual, eles coletivamente têm o poder para governar suas políticas financeiras e operacionais de forma a obter os benefícios de suas atividades. Portanto, uma combinação de negócios está fora do alcance deste Pronunciamento quando o mesmo grupo de indivíduos tem, pelo resultado de acordo contratual, o poder coletivo final para governar as políticas financeiras e operacionais de cada uma das entidades da combinação de forma a obter os benefícios de suas atividades, e esse poder coletivo final não é transitório.

E não é só isso: até este voto do acórdão recorrido, a jurisprudência do CARF também trilhava o mesmo caminho, isto é, o CARF não admitia a dedutibilidade da amortização de ágio surgido em operações internas ao grupo econômico, nem com o uso de empresas veículos, conforme acórdãos trazidos pela Fazenda em

seu Recurso, todos de decisões unânimes na matéria ágio: 10196724, 10323.290, 10517.219.

Por conseguinte, não se pode afirmar agora, como suscitado da sessão passada, que o ágio interno só deixou de ser dedutível a partir da Lei nº 12.973, de 2014, ou melhor, da MP nº 627, de 2013, da qual referida lei resultou por conversão. Na verdade, a nova lei, ao dispor expressamente assim, nada mais fez do que esclarecer que, por óbvio, ágio pressupõe sobrepreço pago por partes independentes, ou seja, a indedutibilidade do ágio interno para fins fiscais decorre do fato de ele não ser aceito sequer contabilmente.

Aliás, é nesta linha que se verifica já na própria exposição de motivos da MP nº 637, de 2013, que ora colaciono:

EM nº 00187/2013 MF

Brasília, 7 de Novembro de 2013

Excelentíssima Senhora Presidenta da República,

Submeto à apreciação de Vossa Excelência a Medida Provisória que altera a legislação tributária federal e revoga o Regime Tributário de Transição RTT instituído pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, bem como dispõe sobre a tributação da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, com relação ao acréscimo patrimonial decorrente de participação em lucros auferidos no exterior por controladas e coligadas e de lucros auferidos por pessoa física residente no Brasil por intermédio de pessoa jurídica controlada no exterior; e dá outras providências.

1. A Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, alterou a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 Lei das Sociedades por Ações, modificando a base de cálculo do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica IRPJ, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido CSLL, da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social COFINS. A Lei nº 11.941, de 2009, instituiu o RTT, de forma opcional, para os anos-calendário de 2008 e 2009, e, obrigatória, a partir do ano-calendário de 2010.

2. O RTT tem como objetivo a neutralidade tributária das alterações trazidas pela Lei nº 11.638, de 2007. O RTT define como base de cálculo do IRPJ, da CSLL, da Contribuição para o PIS/PASEP, e da COFINS os critérios contábeis estabelecidos na Lei nº 6.404, de 1976, com vigência em dezembro de 2007. Ou seja, a apuração desses tributos tem como base legal uma legislação societária já revogada.

3. Essa situação tem provocado inúmeros questionamentos, gerando insegurança jurídica e complexidade na administração dos tributos. Além disso, traz dificuldades para futuras alterações pontuais na base de cálculo dos tributos, pois a tributação tem como base uma legislação já revogada, o que motiva litígios administrativos e judiciais.

4. A presente Medida Provisória tem como objetivo a adequação da legislação tributária à legislação societária e às normas contábeis e, assim, extinguir o RTT e estabelecer uma nova forma de apuração do IRPJ e da CSLL, a partir de ajustes que devem ser efetuados em livro fiscal. Além disso, traz as convergências necessárias para a apuração da base de cálculo da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS.

(...)

15.9. O art. 20, com o intuito de alinhá-lo ao novo critério contábil de avaliação dos investimentos pela equivalência patrimonial, deixando expressa a sua aplicação a outras hipóteses além de investimentos em coligadas e controladas, e registrando separadamente o valor decorrente da avaliação ao valor justo dos ativos líquidos da investida (mais-valia) e a diferença decorrente de rentabilidade futura (**goodwill**). O § 3º determina que os valores registrados a título de mais-valia devem ser comprovados mediante laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deve ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos até o último dia útil do décimo terceiro mês subsequente ao da aquisição da participação. Outrossim, em consonância com as novas regras contábeis, foi estabelecida a tributação do ganho por compra vantajosa no período de apuração da alienação ou baixa do investimento;

(...)

Os arts. 19 e 20 dispõem sobre o tratamento tributário a ser dado à mais ou menos-valia que integrará o custo do bem que lhe deu causa na hipótese de fusão, incorporação ou cisão da empresa investida. Tendo em vista as mudanças nos critérios contábeis, a legislação tributária anterior revelou-se superada, haja vista não tratar especificamente da mais ou menos-valia, daí a necessidade de inclusão desses dispositivos estabelecendo as condições em que os valores poderão integrar o custo do bem para fins tributários. Os referidos dispositivos devem ser analisados juntamente com o disposto nos arts. 35 a 37.

32. As novas regras contábeis trouxeram grandes alterações na contabilização das participações societárias avaliadas pelo valor do patrimônio líquido. Dentre as inovações introduzidas destacam-se a alteração quanto à avaliação e ao tratamento contábil do novo ágio por expectativa de rentabilidade futura, também conhecido como **goodwill**. O art. 21 estabelece prazos e condições para a dedução do novo ágio por rentabilidade futura (**goodwill**) na hipótese de a empresa absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com **goodwill**, apurado segundo o disposto no inciso III do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977. Esclarece que a dedutibilidade do **goodwill** só é admitida nos casos em que a aquisição ocorrer entre empresas independentes. (Grifei)

É importante destacar que esse novo regramento contido na Lei nº 12.973/2014 é decorrente dos novos métodos e critérios contábeis introduzidos pelas Leis nº 11.638/2007 e 11.941/2009, e pelos pronunciamentos contábeis decorrentes.

No que diz respeito à questão de ágio, ocorreram mudanças significativas, como a nova definição de coligada (alteração do art. 243 da Lei nº 6.404/76), a alteração sobre o Método da Equivalência Patrimonial (art. 248 da Lei nº 6.404/79), além da edição de atos pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis CPC sobre o assunto (em especial, o CPC nº 18 – “Investimento em Coligada, em Controlada e em Empreendimento Controlado em Conjunto” e CPC nº 15 – “Combinação de Negócios”, acima já citado).

De acordo com essa nova concepção contábil, o ágio (que passou a ser denominado de *goodwill*) é determinado como sendo o excedente pago, após os ativos líquidos da investida serem avaliados a “valor justo” (conceito que aliás é bem mais amplo do que “valor de mercado”). Em razão dessa alteração, o custo de aquisição do investimento passou a ser desdobrado em: a) valor do patrimônio líquido da investida; b) mais ou menos valia; e c) ágio por rentabilidade futura (*goodwill*), conforme destaque:

Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em: (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

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

*II - mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do **caput**; e (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)*

*III - ágio por rentabilidade futura (**goodwill**), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de que tratam os incisos I e II do **caput**. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)*

Por tudo isso, é de se perceber que não é possível se fazer uma associação exata entre a nova sistemática de identificação e apuração do ágio com a anterior. De forma que, o que era ágio antes, pode ser agora somente “mais valia”, mesmo que anteriormente tivesse sido identificado como decorrente de expectativa de rentabilidade futura. A possibilidade de se apurar uma “menos valia” também influi na existência ou não do ágio.

Além disso, as situações em que o Método da Equivalência Patrimonial se torna obrigatório também foram alteradas, o que tem influência direta sobre a necessidade ou não de se determinar a existência de ágio.

Portanto, é um grande equívoco de interpretação se utilizar das disposições contidas no art. 7º da Lei 9.532/1997, a partir do constante nos arts. 20 a 22 da Lei nº 12.973/2014, uma vez que disciplinam efeitos tributários de procedimentos contábeis totalmente distintos.

Não fossem apenas essas diferenças, mas o fato mais curioso ainda é que o próprio conceito de partes dependentes estabelecido pelo art. 25 da Lei nº 12.973, de 2014, é bem mais amplo do que o conceito de ágio interno:

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.

Ou seja, não apenas as operações que envolvem duas pessoas jurídicas sob controle comum caracterizam-se como partes dependentes: a nova lei incluiu as pessoas físicas, com situações, por exemplo, em que o alienante é parente ou afim até o terceiro grau do sócio acionista da empresa. Assim, passa a ser possível a existência de um ágio contábil (diferente do ágio interno), mas que ao teor da nova legislação, a sua dedutibilidade fica vedada. *(destaques do original)*

Pertinente, também, consignar a abordagem prevalente neste Colegiado em relação à operação em tela, desde o Acórdão nº 9101-003.446, nos termos do voto condutor do ex-Conselheiro Rafael Vidal de Araújo, aqui também adotado:

O ponto central do debate desenvolvido ao longo destes autos diz respeito à regularidade do procedimento adotado pela recorrente (e condenado pela Fiscalização) de promover, nos anos-calendário de 2007 a 2009, o aproveitamento tributário de ágio registrado em sua contabilidade.

O presente processo tratou de aproveitamento tributário de ágios gerados em duas cadeias distintas de operações societárias. Ambas envolveram a contribuinte recorrente CÁLAMO e empresas a ela relacionadas.

Em 28/11/2003, a empresa ESTAÇÃO EMPREENDIMENTOS, que tinha como acionistas controladores MIGUEL GELLERT KRIGSNER e ARTUR NOEMIO GRYNBAUM, teve seu capital aumentado e integralizado pela entrega de ações, a valor superior ao patrimonial, do SHOPPING ESTAÇÃO, controlado pelos mesmos sócios majoritários da primeira pessoa jurídica. Tal operação provocou, na ESTAÇÃO EMPREENDIMENTOS, o registro de ágio de R\$ 1.168.982,33.

A contribuinte, que também é controlada majoritariamente por MIGUEL GELLERT KRIGSNER e ARTUR NOEMIO GRYNBAUM, incorporou a ESTAÇÃO EMPREENDIMENTOS em 01/09/2006 e trouxe para sua contabilidade o ágio registrado na empresa incorporada. Já em 02/05/2007, foi a vez do SHOPPING ESTAÇÃO ser incorporado pela contribuinte.

Por conta do encerramento das atividades do SHOPPING ESTAÇÃO, a contribuinte apurou perda de capital correspondente à diferença entre o valor contábil de seu investimento (incluindo aí o ágio de R\$ 1.168.982,33) e o valor do acervo líquido incorporado. Com este fundamento, promoveu, em maio de 2007, diretamente no seu LALUR, a exclusão do valor total deste ágio.

Além deste primeiro ágio, cuja utilização afetou o resultado tributável da contribuinte no ano-calendário 2007, houve ainda o aproveitamento tributário, nos anos-calendário 2008 e 2009, de uma segunda parcela de ágio, oriunda de outro processo de reorganização societária.

Tal processo teve início quando, em 18/12/2006, a contribuinte tornou-se subsidiária integral da *holding* G&K, empresa que havia sido criada poucos meses antes pelas mesmas pessoas físicas que controlavam a CÁLAMO. Todas as suas

ações foram incorporadas pela G&K por valor reavaliado superior ao patrimonial, o que provocou o registro de ágio, na *holding*, no valor de R\$ 1.011.690.937,33.

Posteriormente, em 03/11/2008, a G&K sofreu cisão parcial seletiva e 99% das ações da contribuinte foram por ela incorporadas, juntamente com 99% do correspondente saldo restante do ágio originalmente registrado (R\$ 972.017.437,44).

Assim, a partir de novembro de 2008, a contribuinte recorrente passou a promover o aproveitamento fiscal do ágio, excluindo mensalmente de seu LALUR parcelas equivalentes a despesas de sua amortização e reduzindo os valores de IRPJ e de CSLL devidos ao Fisco, sob a alegação de que tal procedimento estaria amparado pelo art. 386 do RIR/1999.

Muito bem. A respeito da figura do ágio, há que se dizer que seu conceito tributário foi introduzido no ordenamento brasileiro pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. À época dos fatos discutidos nestes autos, dispunha o art. 20 do Decreto-Lei, antes de ter sua redação alterada pela Lei nº 12.973, de 13/05/2014:

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.

O art. 385 do RIR/1999 é basicamente uma cópia do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977. Em ambos os dispositivos, encontra-se a determinação de que contribuintes que avaliam investimentos em sociedade controlada ou coligada pelo valor do patrimônio líquido registrem o ágio apurado na aquisição de

participação societária em subconta separada daquela que registra o valor do patrimônio líquido da investida na época da aquisição.

Além disso, os dispositivos prevêm que tal ágio deve ser fundamentado em pelo menos um dos três fatores: a) valor de mercado dos bens do ativo da investida superior ao registrado na contabilidade; b) expectativa de resultados positivos da investida nos exercícios futuros ou; c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Quando o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e o art. 385 do RIR/1999 afirmam que o destinatário das regras ali expostas é o contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, estão se referindo ao método da equivalência patrimonial. Segundo tal método, as variações observadas nos patrimônios líquidos das sociedades coligadas ou controladas provocam reflexos nos valores dos investimentos registrados na investidora.

Observe-se o que dispõem os arts. 387 a 389 do RIR/1999, a respeito do método de equivalência patrimonial:

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

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 dois 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;

(...)

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

(...)

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

(...)

O art. 389 do RIR/1999 é explícito ao determinar que os resultados auferidos pelas empresas coligadas ou controladas não devem ser computados na

determinação do resultado da investidora. Assim, lucros apurados em uma investida devem ser objeto de tributação somente no âmbito daquela empresa. Embora tenham o reflexo de majorar o valor do investimento registrado na investidora, os lucros da investida não devem integrar a base tributável da pessoa jurídica que nela detém participação societária, sob pena de configurar-se hipótese de dupla tributação.

Caso a investidora tenha registrado, em sua contabilidade, ágio decorrente da expectativa de rentabilidade futura da investida, conclui-se que a causa do pagamento a maior efetivamente se concretizou, mas foi tributada somente na coligada ou controlada. Sendo assim, não há que se cogitar de amortização do ágio na investidora, uma vez que não ocorre, nesta pessoa jurídica, tributação do resultado positivo da investida.

Somente seria lógico falar em amortização daquele ágio caso a concretização do motivo que lhe deu causa, qual seja, a lucratividade futura da investida, tivesse reflexos tributários na pessoa jurídica que pagou a "mais valia". Dessa forma, o dispêndio a maior poderia ser gradativamente recuperado sob a forma de despesas dedutíveis, se os lucros que o motivaram provocassem um maior recolhimento de tributos nos períodos posteriores à aquisição do investimento.

Como, por determinação legal, não é esta a hipótese que se verifica no método de equivalência patrimonial, pode-se concluir que a regra geral é a da impossibilidade de utilização fiscal do ágio registrado na investidora. É o que reza expressamente o art. 391 do RIR/1999:

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

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

Existem, contudo, duas exceções a tal regra. A primeira delas é indicada pelo próprio art. 391, quando ressalva o disposto no art. 426 do mesmo RIR/1999:

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

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

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

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

A primeira exceção à regra da impossibilidade de aproveitamento tributário do ágio tratado pelo art. 385 do RIR/1999 diz respeito, portanto, à apuração de ganho ou perda de capital. Se o investimento que deu causa à "mais valia" for alienado ou liquidado, o ágio ou deságio registrados na contabilidade da controladora devem compor o custo de aquisição considerado no cálculo do resultado tributável da operação, sobre o qual incidirão IRPJ e CSLL.

Já a segunda exceção refere-se a transformações societárias envolvendo investidoras, investidas e o ágio associado aos investimentos.

A respeito da evolução histórica das previsões legais que contemplaram a possibilidade de aproveitamento tributário do ágio em hipóteses de transformações societárias, remeto-me ao irretocável apanhado feito pelo nobre Conselheiro André Mendes de Moura no Acórdão nº 9101-002.301:

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

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

I – somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos; (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

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

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

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

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

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

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

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

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997¹², que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

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

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

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUER¹³ ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

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

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

(...)

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

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

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista¹⁴ que trabalhou na edição da MP 1.609, de 1997¹⁵:

¹³ SCHOUER, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

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

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

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

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

Em breves palavras, caso fosse benefício fiscal, o próprio legislador deveria ter tratado do assunto, como o fez na Exposição de Motivos de outros dispositivos da MP nº 1.607, de 1997 (convertida na Lei nº 9.532, de 1997).

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

Depreende-se da retrospectiva transcrita que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (produto da conversão da Medida Provisória nº 1.602/1997) foram erigidos pelo legislador com a específica finalidade de coibir a prática de planejamentos tributários abusivos em que empresas superavitárias adquiriam com ágio empresas deficitárias para serem em seguida incorporadas por elas. Tal incorporação reversa, também denominada de incorporação "às avessas", não

¹⁴ Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18494, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

¹⁵ Na realidade, o número da Medida Provisória abordada é 1.602.

tinha nenhum propósito comercial que não fosse a simples geração de ganhos de natureza tributária.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram integralmente incorporados ao RIR/1999 por meio de seu art. 386. Como este artigo faz referência expressa a dispositivos do art. 385 (cópia do já reproduzido art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977), transcrevem-se ambos a seguir:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §1º).

§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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §2º):

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

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

§3º O valor registrado na forma do inciso II (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §3º):

I – 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;

II – 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 do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §4º).

§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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §5º).

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

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

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

§7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no §2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei nº 9.718, de 1998, art. 11).

Verifica-se que os arts. 385 e 386 do RIR/1999 guardam uma relação indissociável entre si, uma vez que requisitos à aplicação do segundo artigo são extraídos diretamente da redação do primeiro.

O art. 385, conforme já mencionado, estabelece duas regras principais. A primeira determina que o ágio apurado em uma aquisição de participação societária em sociedade controlada ou coligada seja registrado em subconta separada daquela que registra o valor do patrimônio líquido da investida na época da aquisição. Já a segunda fixa os possíveis fundamentos econômicos do ágio pago na aquisição da participação societária (valor de mercado dos bens do ativo da investida superior ao registrado na contabilidade; expectativa de resultados positivos da investida nos exercícios futuros; fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas). Por fim, o artigo ainda prevê que o ágio fundamentado em valor de mercado dos bens do ativo da investida ou na expectativa de resultados futuros deve ser baseado em documentação comprobatória, devidamente arquivada.

Já o art. 386 trata, entre outras coisas, da possibilidade de aproveitamento tributário do ágio decorrente do fundamento econômico previsto no inciso II do §2º do artigo anterior (valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros).

O caput do art. 386 traz o primeiro requisito que deve ser cumprido para que seja possível o aproveitamento do ágio: uma pessoa jurídica deve absorver o patrimônio de uma segunda, em que detenha participação societária adquirida com ágio. A respeito deste primeiro requisito exigido pela norma, recorro novamente ao Acórdão nº 9101-002.301, pela assertividade da análise ali desenvolvida:

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

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA¹⁶.

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

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

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

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

Como exemplo, podemos citar situação no qual a pessoa jurídica A adquire com ágio participação societária da pessoa jurídica B. Em seguida, utiliza-se de uma outra pessoa jurídica, C, e integraliza o capital social dessa pessoa jurídica C com a participação societária que adquiriu da pessoa jurídica B.

Resta consolidada situação no qual a pessoa jurídica A controla a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C controla a pessoa jurídica B. Em seguida, sucede-se evento de transformação societária, no qual a pessoa jurídica B absorve patrimônio da pessoa jurídica C, ou vice-versa.

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

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

Mais uma vez, não é o que prevê o aspecto pessoal da hipótese de incidência da norma em questão. A pessoa jurídica que adquiriu o investimento, que acreditou na mais valia e que desembolsou os recursos

¹⁶ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

para a aquisição foi, de fato, a **pessoa jurídica A (investidora)**. No outro pólo da relação, a pessoa jurídica adquirida com ágio foi a pessoa jurídica B. Ou seja, o aspecto pessoal da hipótese de incidência, no caso, autoriza o aproveitamento do ágio a partir do momento em que a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) passem a integrar a mesma universalidade.

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

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

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

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

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

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora.

SCHOUER¹⁷, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que

¹⁷ SCHOUER, 2012, p. 62.

foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

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

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

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

Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável**. Considerando-se o regime de tributação adotado pelo sujeito passivo, aperfeiçoa-se o lançamento fiscal e o termo inicial para contagem do prazo decadencial."

Conclui-se, portanto, que o art. 386 do RIR/1999, sob o aspecto pessoal, se dirige à investidora que vier a incorporar sua investida (ou por ela ser incorporada), após ter efetivamente **acreditado na mais valia do investimento, feito os estudos de rentabilidade futura e desembolsado os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o do ágio)**. Ou seja, quando ocorre a incorporação é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço, pago em momento anterior pela investidora em razão da confiança na rentabilidade futura da investida.

Destaque-se que a regra se aplica tanto à incorporação da investida pela investidora quanto, no sentido inverso, à hipótese em que a investidora é que é incorporada por sua investida. Em ambos os casos, a lei exige que a investidora envolvida na incorporação seja a "original" ou *stricto sensu* (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada à pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco).

A situação em que a investida incorpora sua investidora é denominada de incorporação reversa ou ainda de incorporação "às avessas". A previsão da possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio nesta hipótese é trazida pelo §6º, inciso II, do art. 386 do RIR/1999. O dispositivo faz uso de uma técnica legislativa transitiva, indicando assim que o que vale para o *caput* do art. 386 do RIR/1999 vale também para o seu §6º. As premissas de exegese da norma não são afetadas, sendo necessárias apenas as devidas adaptações para contemplar a situação prevista.

De forma correlata ao que se analisou quanto ao aspecto pessoal, **a confusão de patrimônios**, principal item do aspecto material para fins de enquadramento no art. 386 do RIR/1999, consuma-se **quando, na sociedade incorporadora, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobre-avaliado) passam a se comunicar diretamente** (os riscos se fundem: o risco do investimento assim entendidos os recursos aportados e o risco do empreendimento).

Compartilhando o mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se 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".

Configuração semelhante ocorre na incorporação reversa, na medida em que a pessoa jurídica responsável por gerar a rentabilidade esperada para o futuro passa a ser a detentora do ágio baseado na expectativa de tal rentabilidade.

Sendo assim, pressupõe-se que a "mais valia" porventura contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participam da "confusão patrimonial". Para fins de acesso à dedutibilidade estabelecida pelo art. 386 do RIR/1999, a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento deve incorporar tal investimento (incorporação da investida pela investidora) ou ser incorporada pela empresa em que investiu (incorporação "às avessas").

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/1999, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material das hipóteses ali previstas. Na atual redação destes dispositivos,

exclusivamente no caso em que houver o efetivo desembolso de valores (ou sacrifício de outros ativos) a título de investimento da investidora (futura incorporadora ou, no caso da incorporação reversa, incorporada) na investida (futura incorporada ou, no caso da incorporação reversa, incorporadora), é que haverá o atendimento aos aspectos pessoal e material. Se o ágio não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial", não há sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio instituída pelo art. 386 do RIR/1999.

No caso analisado nos presentes autos, é incontroverso que as parcelas de ágio que a contribuinte pretendeu aproveitar tributariamente tiveram origem em operações que envolveram a recorrente CÁLAMO e outras empresas a ela relacionadas, todas controladas direta ou indiretamente pelas pessoas físicas MIGUEL GELLERT KRIGSNER e ARTUR NOEMIO GRYNBAUM.

O ágio cujas despesas de amortização foram utilizadas como deduções do lucro tributável nos anos-calendário de 2008 e 2009 surgiu na operação de incorporação das ações da contribuinte CÁLAMO pela *holding* G&K, ocorrida em 18/12/2006. O valor reavaliado de tais ações ultrapassou seu valor contábil, o que levou ao registro, na incorporadora, de ágio no valor de R\$ 1.011.690.937,33.

Com a cisão parcial e seletiva da *holding* G&K em 03/11/2008, 99% das ações da CÁLAMO retornaram ao seu patrimônio, juntamente com a parcela proporcional do saldo de ágio no valor de R\$ 972.017.437,44. De posse de tal ágio, a contribuinte passou a excluir diretamente de seu LALUR parcelas mensais equivalentes às despesas de sua amortização, sob o argumento de que sua situação amoldava-se à previsão legal abrigada pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e pelos arts. 385 e 386 do RIR/1999.

Ocorre que tal entendimento não tem amparo legal nos mencionados dispositivos legais ou em quaisquer outros.

Interpretando-se o conteúdo do art. 386 do RIR/1999 sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária, verifica-se que não restaram observados, no caso concreto, os aspectos pessoal e material necessários à subsunção da situação fática à previsão normativa.

A configuração do aspecto pessoal da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999 requer, como foi visto, que a pessoa jurídica que vier a absorver o patrimônio da outra em que detenha participação societária (ou ser absorvida por ela, no caso da incorporação "às avessas") tenha acreditado na "mais valia", feito estudos de rentabilidade futura e efetivamente desembolsado os recursos para a aquisição do investimento.

No caso dos autos, é incontroverso que não houve desembolso algum, por qualquer das partes envolvidas, nas operações que originaram o ágio de R\$ 1.011.690.937,33. Este número adveio simplesmente da diferença entre a reavaliação encomendada pelos controladores da recorrente e o valor nominal de

suas ações que foram incorporadas pela *holding* G&K. Sendo assim, não há que se falar na existência de uma investidora real, que faria jus à possibilidade de aproveitamento tributário do ágio nos moldes delineados no art. 386 do RIR/1999.

Além disso, também o aspecto material da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999 não restou caracterizado no caso concreto. Para que o ágio possa ser objeto de aproveitamento fiscal, é necessária a ocorrência de "confusão patrimonial" entre investidora e investida porque assim passam a coexistir dentro da mesma pessoa jurídica a "mais valia" paga com base na expectativa de rentabilidade futura e o próprio investimento de que se espera tal rentabilidade. É justamente por conta deste encontro que a legislação permite que os contribuintes dêem por perdido o capital investido na "mais valia" e passem a utilizar as despesas de sua amortização como deduções da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Se não existiu o efetivo dispêndio da investidora por tal "mais valia", não há valor pago a maior que possa ser considerado perdido por ocasião de seu encontro, na contabilidade da mesma pessoa jurídica, com o investimento de que se esperava a produção futura de resultados positivos. Logo, perde o sentido a possibilidade de aproveitamento tributário do ágio.

Assim, a operação de aproveitamento tributário do ágio por meio da exclusão de valores correspondentes às despesas de sua amortização, promovida pela contribuinte recorrente, não teve amparo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ou dos arts. 385 e 386 do RIR/1999. Conforme se viu, a possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio só tem sentido em situações em que a investidora de fato, responsável por arcar com o dispêndio que faz nascer o ágio, incorpora a pessoa jurídica em que possua participação societária (investimento) ou é por ela incorporada. No caso dos autos, não existiu a figura da investidora originária porque não houve dispêndio apto a amparar a criação do ágio que se pretendeu amortizável. O ágio contabilizado decorreu de reavaliação do valor de mercado das ações da contribuinte CÁLAMO, posteriormente incorporadas pela *holding* G&K, não tendo sido verificado dispêndio que viesse a satisfazer os aspectos pessoal e material da hipótese de incidência da benesse estabelecida no art. 386 do RIR/1999.

Importante ressaltar que, quando se estabelece a necessidade de que a investidora arque com a aquisição do investimento com ágio, não se restringe tal operação a uma compra e venda com o desembolso de valores monetários. O dispêndio a que se refere diz respeito a qualquer operação que gere ganhos para o alienante e gastos para o adquirente. Mais do um pagamento em dinheiro, o que se espera como resultado desta operação é que haja variações patrimoniais para os envolvidos em valores proporcionais ao negócio celebrado.

O ágio inicialmente contabilizado pela *holding* G&K e posteriormente incorporado pela recorrente CÁLAMO foi criado sem esta troca de riquezas entre adquirente e

alienante. A criação de tal ágio foi um fenômeno puramente contábil. Ninguém sacrificou valores ou direitos que justificassem sua criação.

Isto só foi possível porque a CÁLAMO e a *holding* G&K pertenciam ao mesmo grupo econômico, tendo exatamente os mesmos acionistas controladores: MIGUEL GELLERT KRIGSNER e ARTUR NOEMIO GRYNBAUM.

Assim, o negócio celebrado entre estas empresas não aconteceu em um ambiente de livre concorrência, em que os atos negociais visam a atender aos interesses de ambos os contratantes, que assumem direitos e deveres proporcionais. O fato de as empresas integrarem um mesmo grupo econômico adiciona novos elementos e interesses maiores ao negócio. Não necessariamente os atos celebrados têm como objetivo beneficiar ambas as partes.

A recorrente defende que teria havido, no caso concreto, a participação de terceiros independentes (sem relação societária com as empresas controladas por MIGUEL GELLERT KRIGSNER e ARTUR NOEMIO GRYNBAUM) na operação que culminou no surgimento do ágio de R\$ 1.011.690.937,33, o que contradiria a teoria do Fisco de que trata-se de ágio interno imprestável para fins fiscais.

Ela se refere ao fundo de investimento IGP, que, na mesma data em que a G&K incorporou a integralidade das ações das empresas operacionais do grupo econômico (18/12/2006), integralizou aumento de capital daquela *holding* por meio do pagamento de R\$ 50.000.000,00, dos quais R\$ 4.613.618,00 foram destinados ao capital social da empresa (houve subscrição de 4.613.618 novas ações ordinárias ao valor unitário de R\$ 1,00) e R\$ 45.386.382,00 foram utilizados para constituição de reserva de capital.

Segundo a tese da recorrente, o investidor externo somente teria aceitado realizar o aporte de recursos na *holding* do grupo BOTICÁRIO por concordar com os valores pelos quais foram reavaliadas as ações das empresas operacionais do grupo, entre elas a CÁLAMO. Assim, a operação responsável pela geração do ágio teria a participação de terceiro independente a lhe garantir a isenção necessária no tocante aos valores praticados.

A tese da recorrente, embora seja interessante, não prospera.

De início, identifica-se um claro descompasso quantitativo na justificativa apresentada. O montante despendido pelo IGP que ultrapassou o valor nominal das ações integralizadas na *holding* G&K foi de R\$ 45.386.382,00. Já o ágio contabilizado na G&K por ocasião da incorporação das ações reavaliadas da recorrente CÁLAMO e das demais empresas operacionais do grupo econômico (BOTICA COMERCIAL FARMACÊUTICA S.A., O BOTICÁRIO FRANCHISING S.A. e EMPRESA BRASILEIRA DE LOGÍSTICA S.A.) totalizou R\$ 1.776.161.561,96. Não se pode admitir que o desembolso realizado por um investidor externo justifique a criação de ágio quase quarenta vezes (!) maior.

Além disso, o valor pago a maior pelo fundo de investimento IGP somente poderia repercutir em sua própria contabilidade, caso este se tratasse de uma pessoa

jurídica. O montante que ultrapassou o valor nominal das ações integralizadas da *holding* G&K poderia ser, nesta situação hipotética, contabilizado como ágio e posteriormente aproveitado tributariamente, caso se verificasse a confusão patrimonial exigida pelo art. 386 do RIR/1999.

Portanto, quanto ao aproveitamento tributário do ágio de R\$ 972.017.437,44 (99% do saldo restante, em 03/11/2008, do ágio original de R\$ 1.011.690.937,33), pretendido pela recorrente CÁLAMO, considero que andou bem a Fiscalização ao não permitilo e ao determinar as respectivas glosas. Conforme se verificou, trata-se de ágio interno, criado de forma artificial em operações meramente contábeis realizadas entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, imprestável, portanto, para fins de utilização tributária.

Melhor sorte não cabe ao outro procedimento fiscal adotado pela contribuinte e igualmente condenado pela Fiscalização.

[...]

Portanto, conclui-se que tanto o ágio de R\$ 1.011.690.937,33 (utilizado pela contribuinte para reduzir as bases de cálculo de IRPJ e CSLL de 2008 e 2009) quanto o de R\$ 1.168.982,33 (aproveitado para apuração de perda de capital no ano de 2007) foram gerados de forma artificial por meio de operações celebradas entre partes vinculadas entre si e são imprestáveis para fins tributários.

Este entendimento é corroborado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), que já se pronunciou de forma contrária à possibilidade de geração de ágio em operações societárias envolvendo empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico, por meio do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, de onde se transcreve o seguinte trecho:

"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 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.**” (grifou-se)

Assim, verifica-se que a CVM não chancela a existência contábil do ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico, sem dispêndio algum.

Também o Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) já se manifestou de maneira semelhante, por meio da Orientação Técnica OCPC nº 02/2008:

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

Por fim, relevante ainda mencionar que o Conselho Federal de Contabilidade (CFC) tampouco reconhece a legitimidade do ágio gerado intragrupo, como foi expresso nas seguintes Resoluções:

Resolução CFC nº 1.110/2007

“O reconhecimento de ágio decorrente de rentabilidade futura gerado internamente (goodwill interno) é vedado pelas normas nacionais e internacionais. Assim, qualquer ágio dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado.”

Resolução CFC nº 1.303/2010

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

49. 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 na presente Norma. 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.”

Os atos administrativos mencionados e parcialmente transcritos foram todos exarados de 2007 em diante, posteriormente, portanto, aos períodos em que o grupo econômico a que pertence a recorrente praticou as operações societárias

que pretensamente originaram ágio passível de aproveitamento tributário (2003 e 2006).

Isto não significa, entretanto, que o entendimento exposto nos atos administrativos daqueles órgãos fosse novo. A este respeito, observe-se a manifestação da própria CVM por ocasião do julgamento de recurso constante do Processo Administrativo CVM RJ 2007/3480:

"RELATÓRIO

No caso concreto, as demonstrações financeiras da Companhia do exercício de 2006 continham uma informação que a SEP e a SNC consideraram errada: o valor de um ativo (a participação acionária na CPM USA) foi contabilizado por um valor apurado em laudo de avaliação, mas esse bem estava, antes, contabilizado em companhia do mesmo grupo por valor mais baixo, e o aumento de seu valor se deu por incorporação entre partes relacionadas.

A Companhia não recorreu quanto ao mérito desse entendimento, mas entende que ele somente foi manifestado pela CVM ao mercado através do Ofício-Circular de 2007, divulgado em 14.02.2007,(...) SEP e SNC confirmam que essa dicção somente constou a partir do Ofício-Circular 01/2007, mas sustentam que o entendimento já era este desde sempre, porque ele decorre dos princípios contábeis geralmente são aplicáveis à escrituração contábil das companhias brasileiras por força do art. 177 da Lei 6.404/76

(...)

O recurso apresentado pela Companhia sustenta que a introdução desse entendimento pela CVM constituiria mudança de critério contábil de que trata o art. 186, §1º da Lei 6.404/76, e, por isso, a determinação de baixa do ágio poderia ser feita mediante ajuste de exercícios anteriores, na primeira ITR, como já teria sido aceito pela CVM em outros precedentes. Quanto ao primeiro ponto, entendo ter razão a área técnica. **Não se pode afirmar que seja novo o entendimento da CVM quanto à impossibilidade contábil de aproveitamento do ágio interno (assim entendido como aquele gerado em operações entre partes relacionadas). Como lembra a SNC, essa impossibilidade está ligada ao Princípio do Custo como Base de Valor — segundo os especialistas "o mais antigo e discutido princípio de contabilidade" — que considera o valor de entrada como o que deve servir de base para registro de qualquer ativo, ressalvada a hipótese restrita (e mesmo inexistente em alguns países, como nos Estados Unidos) de reavaliação e, ainda, observando-se o valor de recuperação, sempre que menor. Como destacam as áreas técnicas, esse princípio foi expressamente reconhecido na "Estrutura Conceitual Básica de Contabilidade" desde a Deliberação 29/86, além de estar à base da Deliberação 183/95.**

Portanto, ainda que o Ofício-Circular 01/2007 tenha vindo a dar maior destaque à questão específica do ágio interno, o entendimento da CVM sempre existiu, com fundamento do Princípio do Custo como Base de Valor, e era público. Assim, não vejo como sustentar, portanto, que se possa falar em "mudança de critério contábil" (grifou-se).

Diante de todo o exposto, conclui-se que as próprias Ciências Contábeis têm restrições em relação à existência do ágio gerado internamente, por meio de operações societárias realizadas no interior de um grupo econômico e sem o lastro de efetiva circulação de riquezas. Com base nisso e na inexistência de lei que estabeleça tratamento tributário diferenciado para este instituto, forçoso se faz concluir pela inutilidade do denominado "ágio interno" para os fins tributários pretendidos pela recorrente.

Diante do exposto, relativamente ao pedido de reconhecimento da legitimidade do aproveitamento tributário de ágio gerado internamente, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da contribuinte.

Esclareça-se que, como bem exposto acima, a participação do citado “terceiro independente” somente se deu depois da reavaliação das ações das empresas operacionais do grupo e, neste contexto, claramente não se apresenta como ocorrência que pudesse atribuir alguma realidade ao valor definido internamente pelos sócios administradores do grupo econômico. De toda a sorte, a maioria qualificada deste Colegiado recentemente reafirmou a impossibilidade de amortização fiscal do ágio formado internamente ao grupo econômico, ainda que com a presença de minoritários, acompanhando o entendimento assim expresso pelo Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, na condução do Acórdão nº 9101-006.841:

A expressão “minoritários” é adotada justamente para qualificar aqueles sócios que, independentemente da sua quantidade, não possuem poder de mando numa entidade e, conseqüentemente, sua vontade não orienta a formação de preço nas transações. Assim, a participação de minoritários, mesmo em grande número, não altera a formação de preço e, desse modo, não dá azo a valoração de participações societárias em transações entre partes relacionadas.

Por todo o exposto, cabe (i) CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial da Fazenda Nacional apenas em relação à matéria “*multa qualificada*”; e (ii) NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte, para que subsista a glosa dos efeitos fiscais das amortizações do ágio constituído internamente ao grupo econômico.

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheira Edeli Pereira Bessa.

O recurso especial da Fazenda Nacional teve seguimento na matéria “Dedutibilidade do Ágio” com base nos paradigmas nº 9101-002.187 e 103-23.290.

No exame de admissibilidade observou-se que *o acórdão recorrido reconheceu que houve a criação de uma empresa veículo (KRGR), com o objetivo de economia tributária, e firmou entendimento de que a dedutibilidade do ágio foi legítima, uma vez que a legislação dá essa faculdade ao contribuinte*, enquanto nos paradigmas, embora a *sequência de operações e a forma das reorganizações societárias não sejam exatamente as mesmas no recorrido*, concluiu-se pela *indedutibilidade do ágio, posto que não há previsão legal que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas*.

O Colegiado *a quo*, no Acórdão nº 1301-002.918, deu provimento ao recurso voluntário *em relação ao ágio gerado na KRGR*, vencidos os Conselheiros Nelso Kichel e Ângelo Antunes Nunes, bem como o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto que apenas reduzia a multa a 75% e excluía os coobrigados do polo passivo da obrigação tributária em relação a este item da autuação, assim descrito no voto condutor do acórdão recorrido:

(ii) ágio apurado na operação pela qual a empresa KRGR Administração e Participações Ltda. (“KRGR”) adquiriu a participação societária que o Votorantim G&K Fundo de Investimentos e Participações (“FIP”) detinha na CÁLAMO, por meio do contrato de compra e venda de ações celebrado em 19/12/2011. O evento que deu ensejo à amortização do ágio na Recorrente foi a cisão total da KRGR, seguida de incorporação da parcela cindida pela Recorrente, ocorrida em 31/10/2012.

A autoridade lançadora entendeu que a aquisição teria sido feita diretamente pelos sócios da Contribuinte, que constituíram a *holding* KRGR em 05/12/2011, promovendo-se a aquisição com ágio em 19/12/2011, o qual passa a ser amortizado pela autuada a partir de novembro/2012, depois da cisão parcial de KRGR em 30/10/2012.

O voto condutor do acórdão recorrido entendeu lícita a conduta do investidor, ainda que objetivando economia tributária, observando *que a compra das ações foi implementada pelo efetivo pagamento realizado pela KRGR ao FIP, por meio de transferência bancária (fls. 1206/1208). Tal transação foi realizada em observância ao preço de mercado dessas ações, como partes independentes fossem*.

O paradigma nº 9101-002.187, por sua vez, refere hipótese de transferência de ágio inicialmente registrado pela adquirente original, e esta é a circunstância trazida em relatório e invocada em seu voto condutor para negar a possibilidade de sua amortização fiscal:

- o ágio, cuja dedutibilidade ora se discute, decorre da aquisição da Companhia Energética de Pernambuco –CELPE, mediante processo licitatório de privatização, realizado em 17/02/2000;

- na oportunidade, os adquirentes da CELPE consistiam num consórcio de empresas, formado por ADL Energy S/A, PREVI – Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil, BB – Banco de Investimentos S/A, resultando os mesmo com 89,60% do capital votante e 79,62% do capital total, tendo sido a aquisição efetuada com incorporação de expressivo ágio;

[...]

- a Fiscalização registra que, como não havia intenção de extinguir as empresas controladoras, o Conselho de Administração aprovou, por unanimidade, a adoção

da seguinte estratégia: i) transferência à empresa Guaraniana das ações adquiridas, com ágio, da CELPE, mediante a integralização de aumento de capital na mesma; ii) transferência dessas mesmas ações para outra empresa – a Leicester, cujo patrimônio passa a ser formado apenas por essas ações; iii) incorporação da Leicester pela CELPE, possibilitando então o aproveitamento do ágio por esta empresa, reduzindo-se a carga fiscal (IRPJ e CSLL) em exercícios futuros;

[...]

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

O paradigma nº 103-23.290 apresenta em seu relatório a transcrição da acusação fiscal que, da mesma forma, refere operação de transferência de ágio:

"Em 01.01.2000 a Brepa Comércio e Participação Ltda., CNPJ 49.740.038/0001-90 adquiriu esta empresa conforme contrato entre ela e os seus antigos sócios, por R\$ 3.399.000,00, valor atribuído às quotas. A diferença do preço foi contabilizada a título de ágio, no total de R\$ 669.286.468,30, com base na rentabilidade futura e conforme Laudo de Avaliação. Em 01 10 2000 a Brepa subscreve capital de nova sociedade, Rivierepar, transferindo seu investimento em RDC a título de capital de empresa. Em sua contabilidade o investimento permanece em valores iguais, mudando apenas o nome da sociedade investida de RDC para Rivierepar. Nesta mesma data a RDC incorpora a Rivierepar, transferindo para sua contabilidade o único bem da Rivierepar, ou seja, o valor do ágio pago pela Brepa por ocasião em que adquiriu a RDC e a Reserva de Ágio. A RDC trouxe para dentro da empresa a mais valia atribuída a seus bens. Em 01.01.2001 a Brepa transfere o seu investimento RDC para o Carrefour. Em 30.9.2002, o Carrefour, sócia controladora, compra os imóveis que compõem os supermercados e os Estoques pelo preço estipulado em Laudo de Avaliação = R\$376.951.818,00. Os fatos acima descritos mostram que a empresa Rivierepar foi criada para servir ao propósito de transferir o ágio e a reserva de ágio para a RDC.

E o voto condutor deste segundo paradigma analisa especificamente os efeitos tributários desta estrutura constituída para amortização fiscal do ágio:

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

caso concreto deveria ser enquadrado como simulação, acompanhada da aplicação de multa qualificada. Entretanto, a autoridade fiscal impôs apenas a multa ordinária de 75%.

Não há, nos paradigmas, qualquer análise acerca da validade, ou não, da constituição de *holding* previamente à aquisição, proceder admitido no acórdão recorrido.

Por tais razões, esta Conselheira concorda com a I. Relatora em NEGAR CONHECIMENTO ao recurso especial da PGFN neste ponto.

O recurso especial fazendário também teve seguimento quanto à qualificação da penalidade afastada em relação às glosas de amortização do *ágio* G&K, e isto com base nos paradigmas nº 9101-002.300 e 1301-001.220. As glosas foram mantidas sob o entendimento de que seria indedutível o *ágio* criado dentro do mesmo grupo de empresas, sem consistência econômica ou contábil, mas o Colegiado *a quo* compreendeu que, *inobstante a intenção da contribuinte em obter ganhos e economia com a amortização do ágio, não se pode presumir dolo nos atos praticados do Contribuinte quando da série de operações societárias, pois as interpretou como válidas e amparadas na lei*.

Esta Conselheira declarou voto¹⁸ no Acórdão nº 9101-006.409 para conhecer de divergência semelhante, ponderando que:

Nesta matéria, o recurso especial da PGFN teve seguimento com base nos paradigmas nº 1301-001.220 e 9101-002.300, consoante conclusão assim expressa no exame de admissibilidade:

Verifica-se da leitura dos trechos reproduzidos no recurso especial, anteriormente transcritos, que as decisões paradigmas esposaram o entendimento de que a reestruturação promovida com o único propósito de gerar *ágio* e deduzir essa despesa na apuração de tributos, caracteriza dolo e, portanto, enseja a qualificação da multa de ofício.

Nesse quadrante, divergem os paradigmas do acórdão recorrido, que considerou atendidos os requisitos formais exigidos pela legislação em relação às operações societárias praticadas pela autuada e, à vista disso, entendeu não caracterizada hipótese de fraude, dolo ou simulação, "*inobstante a intenção da contribuinte em obter ganhos e economia com a amortização do ágio*".

A I. Relatora entende que somente há divergência jurisprudencial demonstrada em face do paradigma nº 1301-001.220 porque a qualificação da penalidade ali foi mantida por ser ínsita à própria infração, enquanto no recorrido admitiu-se haver mera divergência de interpretação da legislação.

Recentemente esta Conselheira rejeitou este paradigma para caracterização de divergência jurisprudencial em face de qualificação da penalidade exonerada na apreciação de exigência decorrente de glosa de amortização de *ágio* transferido,

¹⁸ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Gustavo Guimarães Fonseca, Ana Cecília Lustosa da Cruz e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente), e votaram pelas conclusões neste ponto do conhecimento os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Fernando Brasil de Oliveira Pinto e Luiz Tadeu Matosinho Machado.

impeditiva da confusão patrimonial entre adquirente e adquirida. Neste sentido, assim consignou em declaração de voto no Acórdão nº 9101-006.166¹⁹:

Quanto ao paradigma nº 1301-001.220, como bem observado pela I. Relatora, tratava-se ali de operação formadora de ágio em incorporação de ações interna ao grupo econômico. A 1ª Turma da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento decidiu que *um processo de reestruturação societária, submetido a uma única vontade, eis que realizado entre empresas pertencentes ao mesmo Grupo Econômico, realizado em um espaço curto de tempo, no qual não houve desembolso e totalmente desprovido de substância econômica, não encontra guarida nas disposições dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, de modo a tornar o ágio, nascido de si próprio, dedutível* e, quanto à qualificação da penalidade concluiu que *diante dos fatos retratados, não me parece restar dúvida de que a fiscalizada agiu, intencionalmente (dolosamente), no sentido de impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, das suas condições pessoais, afetando, assim, as obrigações tributárias principais. No caso vertente, a meu ver, a qualificação é ínsita à própria infração imputada, isto é, se existente essa, não há como deixar de admitir a exasperação da penalidade, vez que a irregularidade apontada encontra seu maior suporte no artificialismo da reorganização societária empreendida*. A decisão acerca da qualificação da penalidade, assim, foi dependente dos contornos da operação lá analisada que, por serem distintos do presente – no qual houve efetiva aquisição de participação societária pertencente a terceiros, com pagamento de ágio, antes de sua transferência à empresa-veículo – não permitem a caracterização do dissídio jurisprudencial.

Aqui, porém, a operação societária analisada no acórdão recorrido também apresenta a característica de ser regida por *uma única vontade, eis que realizado entre empresas pertencentes ao mesmo Grupo Econômico, realizado em um espaço curto de tempo, no qual não houve desembolso e totalmente desprovido de substância econômica*. O voto vencido do acórdão recorrido assim refere as circunstâncias destes autos, apenas deixando de referir o curto espaço de tempo, aqui também transcorrido em poucos meses, como no paradigma:

Avalia-se a qualificação da multa considerando aspectos já mencionados acima, de que o ágio interno foi gerado em operação de combinação de negócios e em transações que não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, verifica-se que não há outra justificativa para a operação do que objetivar a criação de condições artificiais para possibilitar a amortização indevida do ágio e dedução de despesas financeiras de empréstimos bancários e, em consequência, evitar dolosamente a ocorrência de parte do fato gerador da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, situação enquadrada na hipótese prevista no art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964.

¹⁹ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Carlos Henrique de Oliveira (Presidente), e votaram pelas conclusões do não conhecimento os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Gustavo Guimarães Fonseca.

A contribuinte utilizou uma série de ações tomadas sob o manto de reorganizações societárias, compostas de várias etapas sequenciais de transformação, compra de controle acionário e incorporação, cujos propósitos negociais vistos com um todo, se contradizem e levam a concluir que o real motivo dessas operações era burlar a legislação tributária federal.

Observa-se que a Calmac (empresa veículo) e Gotemburgo eram integralmente administradas/dirigidas, por Bruno Rosário Caltabiano e Ricardo Bernardino Pamplona. Assim, as operações que resultaram no reconhecimento de acréscimo de riqueza, em decorrência de transação dos acionistas com eles próprios, não se foram num processo imparcial de valoração.

Quanto ao paradigma nº 9101-002.300, a I. Relatora entende que a análise acerca do art. 36 da Lei nº 10.637/2002, ali referida, seria diferencial relevante, na medida em que as operações examinadas nestes autos ocorreram depois do fim da vigência de referido dispositivo. Contudo, aquela abordagem se prestou a afastar a defesa produzida no paradigma em razão desta circunstância específica de as operações terem se verificado sob a vigência daquele dispositivo, e, apesar disso, o outro Colegiado do CARF manteve a qualificação da penalidade. Ou seja, no segundo paradigma a artificialidade da operação justificou a manutenção da multa qualificada mesmo em período no qual havia maior razão para o sujeito passivo interpretar as operações societárias *válidas e amparadas na lei*, viés este sob o qual o acórdão recorrido afastou a qualificação da penalidade.

Esta a razão, portanto, para concluir que este paradigma também se presta à caracterização do dissídio jurisprudencial quanto ao cabimento da qualificação da penalidade na hipótese de glosa de amortização de ágio formado artificialmente dentro do grupo econômico.

Anote-se, ainda, que no precedente nº 9101-006.845, o Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes argumentou, em relação ao paradigma nº 9101-002.300 *que, para a posição adotada no referido paradigma reverter a decisão do acórdão recorrido, seria necessário que houvesse neste recorrido circunstância fática similar àquela que levou o acórdão recorrido a manter a qualificação da multa, isto é, a absoluta igualdade do controle societário ao final das operações, que ensejaram o ágio amortizado*. Contudo, o caso presente aparenta a similitude assim demandada.

Assim, também neste ponto esta Conselheira concorda com a I. Relatora, agora para CONHECER do recurso especial da PGFN.

O recurso especial da Contribuinte, por sua vez, teve seguimento quanto à “Amortização fiscal de ágio em transação entre partes relacionadas”, com base nos paradigmas nº 9101-006.358 e 1301-001.297.

A operação analisada no paradigma nº 9101-006.358, na qual esta Conselheira, relatora do recurso especial do sujeito passivo, restou vencida, é substancialmente semelhante à presente, mas lá, em razão do empate no julgamento na vigência do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, prevaleceu o entendimento de que *até a edição da Lei n. 12.973/14 inexistia proibição para a constituição de ágio em operações de aquisição de participação societária de partes dependentes*.

Esclareça-se, por oportuno, que embora o voto condutor deste paradigma refira doutrina que cogita de operações com participação de minoritários, a operação lá apreciada não contemplava este diferencial. Consoante expresso no voto vencido desta Conselheira, relatora do paradigma nº 9101-006.358:

De fato, vê-se claramente nas justificativas apresentadas pela Contribuinte que, valendo-se do ajustamento de ativos com objetivos sucessórios, Antenor e Arnaldo Angeloni transitaram investimentos na autuada e em “Granja Angeloni” por sociedades *holdings* recém criadas, atribuindo-lhes valor afirmado como “de mercado” em razão de avaliação por empresa por eles contratada, para, ao final, estes diferenciais oriundos das reavaliações promovidas, fossem incorporados ao patrimônio da autuada, que passa a amortiza-los.

É sob esta ótica que se vislumbra suficiente similitude com o caso presente, no qual os dois sócios administradores do grupo empresarial também promoveram a reavaliação de seus investimentos em contrapartida a ágio, posteriormente amortizado pelas investidas. O mencionado “terceiro independente”, por sua vez, somente ingressou no capital de G&K Holding Holding S/A depois de tal reavaliação ter sido escriturada.

Com respeito ao paradigma nº 1301-001.297, este Colegiado já o rejeitou para caracterização de divergência semelhante, suscitada em face de litígio instaurado no mesmo grupo econômico, porque, nos termos da ementa associada ao voto condutor desta Conselheira no Acórdão nº 9101-005.973, tal paradigma evidencia decisão em contexto fático distinto, concernente à dedutibilidade de amortizações de ágio interno acerca do qual não houve questionamento quanto à avaliação do investimento, e não em face de operação na qual a autoridade fiscal demonstrou a insegurança e a incerteza do valor atribuído às participações societárias. No presente caso, vê-se no relatório do acórdão recorrido que a acusação fiscal reportou os mesmos vícios antes noticiados para o laudo que suporta a rentabilidade futura atribuída ao ágio formado internamente ao grupo econômico. Contudo, o voto condutor do acórdão recorrido adota fundamentos antes expressos no Acórdão nº 1301-001.744, acerca da mesma operação, e não dá relevo aos referidos vícios no laudo, inclusive consignando que:

99. Ainda que o valor de mercado da investida pudesse corresponder à avaliação efetuada pela KPMG, não é concebível, econômica e contabilmente, o e conhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de transação dos acionistas com eles próprios. Quando a impugnante alega que na incorporação de ações não há “pagamento”, que é uma contraprestação do negócio jurídico de venda e compra, e que o valor das ações incorporadas corresponde ao valor das ações da incorporadora que serão recebidas pelos titulares das ações incorporadas, verifica-se que tal raciocínio é válido apenas para a operação realizada intragrupo, pois tais condições certamente não seriam aceitas pelos acionistas da Cálamo caso negociassem suas ações com terceiros, um processo imparcial de valoração, num ambiente de livre mercado e de independência entre as duas companhias. *(destacou-se)*

Em tais circunstâncias, não se verifica aqui o diferencial que determinaria a rejeição do paradigma nº 1301-001.297.

Por tais razões, o recurso especial da Contribuinte deve ser CONHECIDO.

E, com respeito ao recurso especial da Fazenda Nacional, esta Conselheira reitera o voto vencido proferido no precedente nº 9101-005.973, em favor do cabimento da qualificação

em face dos contornos da operação questionada em relação aos sujeitos passivos integrantes do mesmo grupo econômico:

Esta Conselheira divergiu do I. Relator no mérito da matéria 4 (*Não incidência de multa qualificada (150%) quando ausente a comprovação de dolo e fraude - Interpretação divergente quanto ao artigo 44, §1º da Lei nº 9.430/96 e 72 da Lei nº 4.502/64*), dado concordar com os fundamentos assim expressos pela autoridade julgadora de 1ª instância para manutenção desta exigência:

194. No caso dos autos, apesar de os atos societários estarem devidamente registrados na Junta Comercial do Paraná e na escrituração comercial e fiscal da interessada e da G&K Holding S/A, cabe destacar que a contribuinte estava perfeitamente consciente da falta de propósito negocial do ágio gerado artificialmente em operações realizadas intragrupo, conforme já analisado nos tópicos anteriores do presente voto.

195. De fato, não se verifica no presente caso uma situação de fraude gritante, pois não foi constatada utilização de “laranjas” ou de documentos inidôneos. No entanto, configura-se sem sombra de dúvida o intuito de fraude para possibilitar à interessada a amortização de ágio gerado artificialmente sobre o seu próprio patrimônio líquido, 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 na operação e de não resultar de um processo imparcial de valoração, num ambiente de livre mercado e de independência entre as partes, que, na realidade, são uma parte só.

196. A constituição do ágio pela empresa veículo e a sua transferência para a interessada na incorporação reversa revela evidente falta de propósito negocial, não justificada pela alegação de reorganização societária.

197. A incorporação às avessas demanda uma razão específica relevante que mostre sua perfeita adequação à realidade fática do caso. Como bem destacou Marco Aurélio Greco (Planejamento Tributário. S. Paulo, Dialética, 2004), o elemento relevante quando se está perante uma pessoa jurídica não é apenas a sua existência formal. Em matéria tributária, tão ou mais importante que o preenchimento das formalidades legais para sua constituição é a identificação do empreendimento que justifica sua existência. A criação de uma empresa tem sentido na medida em que corresponda “a vestimenta jurídica de um determinado empreendimento econômico ou profissional”.

198. Logo, como o ágio interno foi gerado mediante operações societárias engendradas formalmente sem conexão com o mundo fático, tendo por objetivo predominante a redução da carga tributária, houve sim abuso de direito, assim considerado o ato praticado que exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, conforme define o artigo 187 do Código Civil.

199. Ainda que algum tipo de “propósito” possa ser extraído da reorganização societária implementada pela Grupo Boticário, importa verificar se os efeitos tributários decorrentes de tal reorganização podem ser admitidos à luz da legislação de regência, e se existem elementos ou se a própria reorganização em si autorizam concluir que a contribuinte,

embora tivesse perfeito conhecimento acerca da impossibilidade de aproveitamento o da vantagem fiscal, deliberadamente a perseguiu.

200. A impossibilidade de aproveitamento do ágio interno decorre, fundamentalmente, da ausência de sacrifício de ativo de qualquer natureza, que possibilite identificar um custo de aquisição excedente ao valor patrimonial que possa ser classificado como ágio.

201. Se os fatos retratados nos autos deixam fora de dúvida a intenção do contribuinte de, por meio de atos societários diversos, desprovidos de substância econômica e propósito negocial, reduzir a base de incidência de tributos, descabe afastar a qualificação da penalidade promovida pela autoridade autuante.

202. Com relação à pretendida aplicação da interpretação mais favorável à contribuinte com base no disposto no artigo 112 do CTN, ao argumenta que foi aplicada multa não qualificada de 75% em dois lançamentos efetuados contra outras empresas do Grupo Boticário, cabe apenas reiterar que a Cálamo e a Embralog já sofreram lançamento complementar justamente para exigência da multa de ofício qualificada de 150%, nos autos do processo nºs 10980.725496/2011-56 e 10980.723408/2011-81.

203. Dessa forma, tendo em vista que a contribuinte estava perfeitamente consciente de o ágio interno constituído em 18/12/2006 não têm qualquer substância econômica e foram gerados artificialmente em operações realizadas intragrupo, verifica-se que foram criadas condições para impedir dolosamente a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, situação enquadrada na hipótese prevista no art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964, razão pela qual voto por manter a qualificação da multa de ofício.

Como bem disse a autoridade fiscal, *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*. Destaque-se, nesse ponto, o que bem exposto no voto condutor do acórdão recorrido acerca do laudo de avaliação do investimento:

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

[...]

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

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

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

Neste contexto, a qualificação da penalidade deve ser mantida e aplicável se mostra a Súmula CARF nº 72, segundo a qual, *caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN*. Logo, relativamente ao ano-calendário 2008, as exigências de IRPJ e CSLL somente poderia ser formalizadas a partir de 2009, iniciando-se a contagem do prazo decadencial em 01/01/2010, evidenciando-se válido o lançamento cientificado em 19/12/2014.

O presente voto, portanto, é no sentido de NEGAR PROVIMENTO aos recursos especiais relativamente à matéria 4 (*Não incidência de multa qualificada (150%) quando ausente a comprovação de dolo e fraude - Interpretação divergente quanto ao artigo 44, §1º da Lei nº 9.430/96 e 72 da Lei nº 4.502/64*) e, em consequência, rejeitar a arguição de decadência relativamente às exigências pertinentes ao ano-calendário 2008.

Contudo, a legislação acerca da qual recai o dissídio jurisprudencial foi alterada pela Lei nº 14.689/2023, em razão da qual a Lei nº 9.430/96 passou a ter a seguinte redação:

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)

a) na forma do art. 8o da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (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)

~~*§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*~~

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será majorado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis, e passará a ser de: (Redação dada pela Lei nº 14.689, de 2023)

I - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

III - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

IV - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

V - (revogado pela Lei nº 9.716, de 26 de novembro de 1998). (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

VI – 100% (cem por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício; (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

VII – 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício, nos casos em que verificada a reincidência do sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

§ 1º-A. Verifica-se a reincidência prevista no inciso VII do § 1º deste artigo quando, no prazo de 2 (dois) anos, contado do ato de lançamento em que tiver sido imputada a ação ou omissão tipificada nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, ficar comprovado que o sujeito passivo incorreu novamente em qualquer uma dessas ações ou omissões. (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

§ 1º-B. (VETADO). (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

§ 1º-C. A qualificação da multa prevista no § 1º deste artigo não se aplica quando: (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

I – não restar configurada, individualizada e comprovada a conduta dolosa a que se referem os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964; (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

II – houver sentença penal de absolvição com apreciação de mérito em processo do qual decorra imputação criminal do sujeito passivo; e (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

III – (VETADO). (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

§ 1º-D. (VETADO); (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1o deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pela sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - prestar esclarecimentos; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei no 8.218, de 29 de agosto de 1991; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 3º Aplicam-se às multas de que trata este artigo as reduções previstas no art. 6º da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, e no art. 60 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991.

§ 4º As disposições deste artigo aplicam-se, inclusive, aos contribuintes que derem causa a ressarcimento indevido de tributo ou contribuição decorrente de qualquer incentivo ou benefício fiscal.

§ 5º Aplica-se também, no caso de que seja comprovadamente constatado dolo ou má-fé do contribuinte, a multa de que trata o inciso I do caput sobre: (Redação dada pela Lei nº 12.249, de 2010)

I - a parcela do imposto a restituir informado pela contribuinte pessoa física, na Declaração de Ajuste Anual, que deixar de ser restituída por infração à legislação tributária; e (Redação dada pela Lei nº 12.249, de 2010)

II – (VETADO). (Redação dada pela Lei nº 12.249, de 2010)

Dessa forma, a majoração da multa de ofício nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis passou a ser de 100% (cem por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício.

Nos termos do art. 106, II, “c”, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, passe a lhe cominar penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. Logo, a lei nova deve ser observada ainda que em sede de instância especial de solução de dissídios jurisprudenciais, porque tal fase processual se situa no contexto de “ato não definitivamente julgado”.

Por tais razões, o presente voto é no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso especial da Fazenda Nacional, para restabelecer a qualificação da penalidade, mas no percentual de 100%.

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa