



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10980.724365/2015-85
ACÓRDÃO	9101-007.426 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	9 de setembro de 2025
RECURSO	ESPECIAL DO PROCURADOR E DO CONTRIBUINTE
RECORRENTES	FAZENDA NACIONAL

O BOTICÁRIO FRANCHISING LTDA

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.

GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NO ÂMBITO DA APURAÇÃO DA CSLL.

Inexiste qualquer especificidade a ensejar resultado diferenciado na apuração da base de cálculo da CSLL decorrente da glosa de amortização do ágio que reduziu indevidamente as bases tributáveis da Contribuinte.

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

A partir do ano-calendário 2007, a alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas". A lei ainda estabelece a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente, não havendo falar em impossibilidade de imposição da multa após o encerramento do ano-calendário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em: (i) quanto ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, por unanimidade de votos, conhecer do recurso; (ii) por maioria de votos, conhecer parcialmente do Recurso Especial do Contribuinte, vencida a Conselheira Edeli Pereira Bessa (relatora) que votou por conhecer parcialmente do recurso, apenas em relação à matéria “*Ágio G&K*” (“*ágio interno*”). No mérito, acordam em: (i) por voto de qualidade, dar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, vencidos os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior e Jandir José Dalle Lucca que votaram por negar provimento; e (ii) por maioria de votos, negar provimento ao recurso do Contribuinte, vencidos os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior e Jandir José Dalle Lucca que davam provimento em relação às infrações de “*amortização de ágio interno*”, e os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic e Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior que votaram por dar provimento em relação à matéria “*repercussão da amortização de ágio na base de cálculo da CSLL*”, votando pelas conclusões, quanto a essa última matéria, o Conselheiro Jandir José Dalle Lucca. Designada para redigir o voto vencedor, quanto ao conhecimento, a Conselheira Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, que manifestou intenção de apresentar declaração de voto.

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa - Relatora

Assinado Digitalmente

Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic – Redatora designada

Assinado Digitalmente

Carlos Higino Ribeiro de Alencar – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros 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 Junior, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Jandir José Dalle Lucca, Semiramis de Oliveira Duro e Carlos Higino Ribeiro de Alencar (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de recursos especiais interpostos pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ("PGFN") e por O BOTICÁRIO FRANCHISING LTDA ("Contribuinte") em face da decisão proferida no Acórdão nº 1301-004.168, na sessão de 11 de novembro de 2019, nos seguintes termos:

Acordam os membros do colegiado em: (i) por maioria de votos, excluir do polo passivo Miguel Gellert Kringsner e Artur Noemio Grynbaum, e dar parcial provimento ao recurso de O Boticário Franchising Ltda., para: a) em relação ao ágio gerado na G&K, reduzir a multa de ofício para 75%; b) em relação ao ágio da KRGR Participação e Administração Ltda., restabelecer as deduções das quotas de amortização e considerar prejudicada a análise da multa de ofício; c) cancelar a exigência de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas. Vencido o Conselheiro Nelso Kichel que votou por negar provimento aos recursos dos coobrigados e manter integralmente essas infrações, a Conselheira Giovana Pereira de Paiva Leite que votou por negar provimento aos recursos dos coobrigados, manter a glosa referente ao ágio G&K, reduzir a multa de ofício para 75% em relação ao ágio da KRGR e manter a exigência das multas isoladas, e o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto que acompanhou a divergência do voto da Conselheira Giovana Pereira de Paiva, exceto em relação à responsabilidade dos coobrigados em relação ao ágio G&K e a multa isolada, em que votou para serem excluídos do polo passivo em relação a essas parcelas da exigência; e (ii) por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso para permitir a compensação de prejuízo fiscal e base de negativa de CSLL de períodos anteriores, adequando a base de cálculo aos efeitos decorrentes da decisão final do processo administrativo nº 10980.726765/2011-00, nos termos do voto do relator.

A decisão recorrida está assim ementada:

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

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013

ÁGIO. REGISTRO CONTÁBIL. QUOTAS DE AMORTIZAÇÃO. GLOSA DECADÊNCIA.

O prazo de decadência para a glosa das quotas de amortização de ágio começa a fluir do momento em que a amortização gera efeitos sobre a apuração do IRPJ e da CSLL, independentemente da data de constituição e de registro contábil do ágio.

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. NÃO DEDUTIBILIDADE.

As quotas de amortização do ágio nascido de operações envolvendo empresas do mesmo grupo econômico são insuscetíveis de dedução do IRPJ e da CSLL, em razão da falta de substância econômica.

ÁGIO. RENTABILIDADE FUTURA. PARTES INDEPENDENTES. AUSÊNCIA DE SIMULAÇÃO. AMORTIZAÇÃO. DEDUTIBILIDADE.

São passíveis de dedução as quotas de amortização de ágio fundado na perspectiva de rentabilidade futura, desde que o ágio seja oriundo de negócio entre partes independentes, tenha havido efetivo pagamento do preço e esteja ausente qualquer vício de simulação.

PREJUÍZO FISCAL. COMPENSAÇÃO. INSUBSISTÊNCIA PARCIAL.

É passível de glosa a compensação de prejuízo fiscal quando se constata que o valor do prejuízo compensado é superior ao prejuízo efetivamente existente.

ART. 24 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO-LINDB. PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. MATÉRIA CONTROVERSA. INAPLICABILIDADE.

O art. 24 da LINDB se destina à proteção da confiança e da boa-fé daquele que se comportou segundo orientação emanada do Poder Público, não se aplicando, portanto, a situações em que havia clara controvérsia na interpretação e aplicação da lei.

MULTA QUALIFICADA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO. NÃO CABIMENTO.

É incabível a aplicação de multa qualificada, no percentual de 150%, quando não restar comprovada a conduta dolosa do sujeito passivo, em especial nos casos de planejamento tributário acerca do qual houvesse, ao tempo dos fatos, divergência na doutrina e na jurisprudência.

MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE.

A multa isolada é cabível nos casos de falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ ou de CSLL, mas não pode ser exigida cumulativamente com a multa de ofício, aplicável aos casos de falta de pagamento do tributo, devendo subsistir, nesses casos, apenas a multa de ofício.

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE MULTA. POSSIBILIDADE.

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia-SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

REPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INFRAÇÃO. ADMINISTRADOR. VIOLAÇÃO DE LEI.

É incabível responsabilizar o administrador da empresa pelos débitos da pessoa jurídica, quando não ficar demonstrada a prática de ato com violação de lei, entendido como tal a infração praticada de forma consciente e dolosa, visando obter vantagem indevida.

IRPJ E CSLL. LANÇAMENTO. MESMA BASE FÁTICA.

Quando os lançamentos de IRPJ e de CSLL recaírem sobre idêntica matéria fática, deve ser dada a mesma decisão, ressalvados os aspectos específicos da legislação de cada tributo.

O litígio decorreu de lançamentos dos tributos incidentes sobre o lucro apurados nos anos-calendário 2010 a 2013, a partir da constatação de *despesas inexistentes/ajustes negativos de RTT* decorrentes do denominado “ágio gerado na G&K” e de exclusões indevidas correspondentes ao “ágio da KRGR Participação” e Administração Ltda.. Houve exigência de multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas, bem como imputação de multa qualificada, além da glosa de compensação indevida de prejuízo fiscal e base negativa, e imputação de responsabilidade tributária a Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaum, com fundamento nos arts. 124, inciso I e 135, inciso III do CTN.

A primeira decisão de 1ª instância foi anulada pelo Acórdão nº 1301-002.919. A segunda decisão declarou improcedentes as impugnações dos sujeitos passivos (e-fls. 4313/4397). O Colegiado *a quo*, por sua vez, afastou a imputação aos responsáveis tributários e deu provimento parcial ao recurso voluntário da Contribuinte para manter apenas as glosas do “ágio gerado na G&K”, reduzindo a multa aplicada a 75%, e admitindo as compensações de prejuízo fiscal e bases negativas em face do que decidido no processo administrativo nº 10980.726765/2011-00 (e-fls. 4849/4874).

Os autos do processo foram remetidos à PGFN em 07/01/2020 (e-fl. 4875) e em 19/02/2020 retornaram ao CARF veiculando o recurso especial de e-fls. 4876/4898 no qual a Fazenda aponta divergência reconhecida no despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 4902/4906, do qual se extrai:

[...]

Pois bem, pelo exame dos trechos do acórdão recorrido transcritos na peça recursal, bem como do inteiro teor desse julgado, é possível verificar que a recorrente logrou êxito em demonstrar o prequestionamento da matéria, pois a Turma, ao interpretar o disposto no art. 44, II, “b” da Lei 9.430/97, com a redação dada pela Lei 11.488/2007, entendeu ser incabível a exigência da multa isolada imposta em razão da falta de pagamento de estimativas mensais de IRPJ e CSLL, quando também for imposta multa de ofício pela falta de pagamento do IRPJ e da CSLL devidos ao final do respectivo ano-calendário.

[...]

No que concerne à demonstração de que a legislação tributária foi interpretada de forma divergente por outro colegiado do CARF, do extinto Conselho de Contribuintes ou da própria CSRF, a recorrente aponta como paradigmas os acórdãos nos 1202-000.964 e 1302-001.080.

Pois bem, em relação ao primeiro paradigma verifica-se, pelo exame de seu inteiro teor, que a multa isolada concomitante com a multa de ofício foi mantida pelo Colegiado para atos ocorridos nos anos de 2004 a 2007.

Ocorre que, em relação aos fatos ocorridos o período de 2004 a 2006, o acórdão 1202-000.964 não serve como paradigma da divergência interpretativa ora sob exame, haja vista o disposto no art. 67, § 12, III, do Anexo II do Regimento Interno do CARF, c/c o disposto na Súmula CARF nº 105, a qual afasta a exigência da multa isolada concomitante com a multa de ofício para fatos ocorridos anteriormente ao advento da Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007.

Já para os fatos ocorridos no ano de 2007 o acórdão nº 1202-000.964, em princípio, serve como paradigma da divergência ora suscitada e, portanto, prosseguiremos em sua análise, a qual se restringirá ao ali decidido para os fatos ocorridos no ano de 2007.

Bem, pelo cotejo entre o acórdão recorrido e o primeiro paradigma é possível verificar que entre eles há a divergência interpretativa suscitada pela recorrente, pois (i) enquanto no recorrido entendeu-se que a multa isolada prevista no art. 44, II, “b” da Lei 9.430/97, com a redação dada pela Lei 11.488/2007, não é exigível quando imposta, também, a multa de ofício de que tratam o inciso I ou o § 1º do mesmo dispositivo legal, (ii) no primeiro paradigma entendeu-se que essa mesma norma autoriza a imposição concomitante da multa isolada e da multa de ofício.

Da mesma forma, pelo cotejo entre o acórdão recorrido e o segundo paradigma, (o qual tratou apenas de fatos ocorridos após o advento da Medida Provisória nº 351/2007), é possível verificar que entre eles há a divergência interpretativa suscitada pela recorrente, pois (i) enquanto no recorrido entendeu-se que a multa isolada em comento não é exigível quando imposta, também, a multa de ofício, (ii) no segundo paradigma entendeu-se que a norma autoriza a imposição concomitante da multa isolada e da multa de ofício.

Isso posto, conforme visto acima, a recorrente logrou êxito em demonstrar o prequestionamento e a divergência interpretativa sobre a matéria. *(destaques do original)*

A PGFN afirma a existência de divergência jurisprudencial nos seguintes termos:

Conforme anteriormente relatado, a e. Câmara a quo, julgou que não existe a possibilidade de se aplicar, cumulativamente, a multa de ofício pelo não recolhimento do imposto de renda apurado com o ajuste anual, e a multa isolada

pelo descumprimento de obrigação acessória quando, em verdade, essa obrigação acessória converteu-se em obrigação principal ao final do ano calendário, pela superveniência do fato gerador do imposto de renda.

Ocorre que a **2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF (Acórdão nº 1202-000.964 de 10/04/2013)** e a **2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção do CARF (Acórdão nº 1302-001.080 de 07/05/2013)**, ao analisarem caso similar, interpretaram o art. 44 da Lei 9.430/96, de modo diverso ao esposado pela e. Câmara *a quo*.

Com efeito, os acórdãos paradigmas acima citados mantiveram a cobrança de multa isolada exigida de contribuinte, devido ao não recolhimento do IRPJ sobre base de cálculo estimada, e, **também**, mantiveram a cobrança da multa de ofício cobrada juntamente com o tributo devido, senão vejamos:

[...]

Nas hipóteses dos acórdãos paradigmas, tanto como na hipótese analisada pela Câmara *a quo*, **os fatos são similares: discute-se a possibilidade aplicação simultânea das multas. Entretanto, as soluções dadas pelos colegiados são inteiramente diferentes.**

Vê-se, portanto, que as câmaras deste Conselho deram soluções diferentes para o mesmo caso.

Enquanto que a Câmara *a quo* entende que não pode ser exigida a multa por lançamento de ofício e a multa isolada concomitantemente, a **2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF (Acórdão nº 1202-000.964 de 10/04/2013)** e a **2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção do CARF (Acórdão nº 1302-001.080 de 07/05/2013)** julgaram que ambas as multas podem ser exigidas simultaneamente, sem ofensa a qualquer dispositivo do Código Tributário Nacional, por se tratar de hipóteses legais distintas.

Constata-se interpretação divergente da legislação tributária, **em especial quanto ao artigo 44, II, “b” da Lei 9.430/97, na redação dada pela Lei 11.488/2007.** Assim, estando devidamente prequestionada a matéria, e demonstrada a divergência jurisprudencial entre Câmaras do CARF, encontram-se presentes os requisitos de admissibilidade do presente recurso. (*destaques do original*)

No mérito, defende a reforma do acórdão recorrido sob os seguintes argumentos:

O ordenamento jurídico pátrio rechaça a existência de *bis in idem* na aplicação de penalidades tributárias. Isso significa dizer, em suma, que não é legítima a aplicação de mais de uma penalidade em razão do cometimento da mesma infração tributária, sendo certo que o contribuinte não pode ser apenado duas vezes pelo cometimento de um mesmo ilícito.

Por outro lado, não há óbice de que sejam aplicadas ao contribuinte faltante, diante de duas infrações tributárias, duas penalidades que possuam a mesma base de cálculo. Ora, como se sabe, a base de cálculo é elemento que apenas

quantifica o imposto ou a penalidade tributária, não se confundindo com os fatos/atos que lhe dão origem. Assim, a penalidade tributária decorre sempre de um ato ilícito e a base de cálculo mensura o montante dessa penalidade.

O que a proibição do *bis in idem* pretende evitar é a dupla penalização por um mesmo ato ilícito, e não, propriamente a utilização de uma mesma medida de quantificação para penalidades diferentes, decorrentes do cometimento de atos ilícitos também diferentes.

Ainda nessa linha, é de se notar que a utilização de uma mesma base de cálculo (medida de quantificação) para penalidades diversas, não representa qualquer ofensa aos direitos do contribuinte, uma vez que essa identidade de bases de cálculos apenas indica que as duas penalidades foram quantificadas a partir das mesmas bases ou critérios. A sobrecarga indevida em relação ao contribuinte apenas existiria se as penalidades fossem aplicadas em razão do cometimento da mesma infração.

Na hipótese dos autos, a legitimidade, ou não, da cumulação entre a multa de ofício e a multa isolada não dependerá da análise em torno das bases de cálculos dessas penalidades, se idênticas ou não, mas sim do exame acerca das infrações que motivaram a aplicação das mesmas.

No passo, tem-se como ocorrido o *bis in idem* se as referidas multas decorrerem de uma mesma infração; ao contrário, será lícita a concomitância se as multas resultarem de infrações diversas, ainda que possuam bases de cálculo idênticas.

Analisando-se os autos, vê-se que a aplicação da multa de ofício, prevista no art. 44, inc. I, da Lei 9.430/96, resultou falta de recolhimento de tributo (IRPJ e CSLL) por parte da empresa. A denominada multa isolada, **fundada no art. 44, II, 'b' da Lei 9.430/96, com a redação dada pela Lei 11.488/2007**, foi aplicada em razão do descumprimento da sistemática de recolhimento por estimativa mensal da CSLL.

Como se sabe, no Imposto de Renda e na CSLL tem-se o chamado fato gerador complexivo, expressão criticada por alguns doutrinadores, mas aceita pela maioria. Significa dizer que, apesar de a disponibilidade jurídica ou econômica da renda ser adquirida no decorrer de todo ano calendário, o fato gerador apenas será considerado ocorrido no dia 31 de dezembro de cada ano.

Entretanto, apesar de o fato gerador se concretizar apenas no dia 31 de dezembro, o que, a princípio, faria com que o tributo fosse considerado devido a partir de tal data, foi criada a sistemática do recolhimento antecipado, a ocorrer mensalmente, nos termos previstos no art. 2º da Lei 9.430/96, e seus parágrafos.

Observe-se, nesse ponto, que essa sistemática de recolhimento antecipado nos termos do referido art. 2º se justifica diante da necessidade que possui a União de auferir receitas no decorrer do ano, precisamente a fim de fazer face às despesas em que incorre também nesse período. Caso não ocorresse essa antecipação mensal, a União apenas teria acesso às receitas decorrentes da arrecadação do IR

e da CSLL ao final do ano calendário, ou no exercício seguinte, por ocasião do ajuste anual.

Vê-se, portanto, que com recolhimento mensal antecipado, conforme o art. 2º da lei 9.430/96, o contribuinte do IRPJ e da CSLL auxilia a União a fazer frente às despesas incorridas durante o ano calendário, o que não ocorreria se a referida exação apenas fosse paga no exercício seguinte.

Sob essa ótica, o não recolhimento do IRPJ e da CSLL por estimativa é **infração bastante diversa daquela consistente na omissão de receitas apurada ao final do ano-calendário**. Nada impede que dessas infrações resultem penalidades distintas: da omissão de rendimentos, decorre a multa de ofício prevista no art. 44, inciso I, da Lei 9.430/96; enquanto que do descumprimento do regime de recolhimento de estimativa, decorre a multa isolada prevista no atual art. 44, inciso II, alínea “b”, da mesma Lei.

Note-se, que a multa de ofício somente será devida caso exista tributo a pagar por ocasião do Ajuste Anual.

Por outro lado, a multa isolada será devida ainda que, ao final do período, tenha sido apurado prejuízo fiscal, já que a infração da qual resulta essa multa consiste, simplesmente, no descumprimento do regime de recolhimento mensal por estimativa, não possuindo qualquer relação com o pagamento em si do imposto. É o que se extrai do atual art. 44, inciso II, alínea “b”, da Lei 9.430/96, segundo o qual a multa isolada será devida ainda que o contribuinte tenha “apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente”.

Em suma, as multas de ofício e isolada não decorrem da mesma infração. São multas inteiramente diversas, previstas em lei, e não configuram bis in idem, como defendido pela parte.

Portanto, não se pode concluir que estaria havendo dupla penalidade sobre o mesmo fato infracional. A contribuinte cometeu dois atos ilícitos distintos, previstos em lei, e há uma pena para cada um deles.

Após o advento da Medida Provisória nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, que alterou a redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96, não há sequer espaço para discussão do assunto, em face da clareza do texto legal. Confira-se:

[...]

O art. 44 da Lei nº 9.430/96 “foi alterado pela lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, dando-lhe nova redação, reduzindo a multa isolada para 50%; bem assim deixando bem claro, se dúvidas haviam, de que a referida multa isolada era cabível no caso de estimativa mensal não paga e não de tributo final não pago”.

Frise-se que até as bases de cálculo das citadas multas foram diferenciadas, afastando-se, dessa forma, qualquer alegação de *bis in idem*. Com efeito, segundo texto dado pela Lei nº 11.488/2007, a base de cálculo da multa isolada

pela falta de pagamento da estimativa consiste no valor do pagamento mensal, no percentual de 50%, enquanto a multa pelo lançamento de ofício incide 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, no percentual de 75%. O Código Tributário Nacional prevê, em seu art. 97, o seguinte, *verbis*:

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

(...)

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

O fato de estar sendo exigida a multa de ofício decorrente do não pagamento de tributo, não elide a incidência da multa prevista no art. 44, inciso II, alínea 'b', uma vez que a lei não dispensa a cobrança de penalidade nesses casos.

Uma vez constatada a falta de pagamento do imposto devido por estimativa, após o término do ano-calendário, há que ser aplicada a multa isolada sobre os valores devidos e não recolhidos pela pessoa jurídica. Não existe limitação no sentido de que a multa isolada somente pode ser aplicada antes da apuração definitiva do imposto. Apenas para corroborar as conclusões acima expostas, cumpre trazer alguns acórdãos do CARF sobre a matéria:

[...]

Especificamente, quanto à base de cálculo das duas penalidades, normalmente elas não são coincidentes. A multa de ofício incide sobre o tributo devido pela parte e que não foi recolhido no momento oportuno. Já a multa isolada deve ser calculada sobre as antecipações que não foram pagas pela empresa no decorrer do ano. Nem sempre o conjunto dessas antecipações equivalerá ao tributo cobrado.

O limite admitido no auto de infração é corroborado pela Lei nº 8.981/95, pois ela autoriza o sujeito passivo reduzir ou suspender o pagamento devido em cada mês, desde que demonstre por balancete/balanco mensal que o valor acumulado já recolhido excede o valor devido apurado até o mês corrente:

Art. 35 - A pessoa jurídica poderá suspender ou reduzir o pagamento do imposto devido em cada mês, desde que demonstre, através de balanços ou balancetes mensais, que o valor acumulado já pago excede o valor do imposto, inclusive adicional, calculado com base no lucro real do período em curso.

Considerando que o limite máximo da multa isolada, após o encerramento do ano-calendário, é mesmo o tributo anual devido e como a empresa não efetuou qualquer recolhimento de CSLL, excepcionalmente, a base de cálculo das penalidades será a mesma. Lembrando que tal fato não configura ilegalidade, pois, como visto acima, as multas são aplicadas para punir infrações distintas.

Com efeito, a teor art. 44, §1º, “IV” (art. 44, II, “b”), da Lei 9.430/96, a “multa isolada” é devida em função do não pagamento do imposto devido pelo regime de estimativa, ainda que o contribuinte tenha apurado, ao final do período, prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa.

No caso, não há dúvida de que a Recorrida optou por recolher o IRPJ/CSLL pelo regime de estimativa. Por outro lado, também não há dúvida de que a Recorrida descumpriu o regime, pois não recolheu integralmente o IRPJ/CSLL, e não justificou o não recolhimento mediante a apresentação dos balancetes de suspensão ou redução.

Sobre o tema objeto deste recurso especial fazendário são esclarecedores os judiciosos argumentos contidos nos votos-condutores dos acórdãos paradigmas, *in verbis*:

[...]

Portanto, conclui-se que, a partir da Lei 9.430/96, o contribuinte somente estará dispensado de recolher os tributos devidos, apurados pelo sistema de estimativa, quando transcrever no Livro Diário os balancetes de suspensão ou redução.

Quando deixar de recolher os tributos devidos, sem justificar o não recolhimento mediante a transcrição no Livro Diário dos balancetes de suspensão ou redução, estará sujeito ao pagamento da multa prevista no art. 44, §1º, inciso IV da Lei n.º 9.430/96. No presente caso, restou plenamente configurado o desrespeito da Recorrida à Lei 9.430/96, devendo, portanto, ser mantido o lançamento da multa isolada. (*destaques do original*)

Pede, assim, que o recurso especial seja provido, *para reformar o acórdão recorrido, mantendo-se a multa isolada aplicada nos termos no lançamento*.

Os sujeitos passivos foram cientificados, sendo a Contribuinte em 27/07/2020 (e-fl. 4922), seguindo-se a oposição de embargos de declaração em 03/08/2020 (e-fls. 4923/4939), bem como de contrarrazões em 10/08/2020 (e-fls. 4950/4977) nas quais expõe os fatos do processo e desta as *matérias transitadas em julgado diante da ausência de recurso por parte da Fazenda Nacional*, quais sejam: (i) *quanto ao afastamento da responsabilidade solidária dos acionistas e da multa qualificada quanto ao ágio envolvendo a empresa G&K*; (ii) *quanto ao cancelamento integral da infração quanto ao ágio envolvendo a empresa KRGR*.

Com respeito à matéria questionada pela PGFN, a Contribuinte discorda do conhecimento do recurso por ausência de similitude fática entre os acórdãos comparados, vez que: *enquanto o presente feito discute a legalidade/legitimidade do ágio amortizado pela Recorrida, o Acórdão nº 1202-000.964 decorre da investigação denominada "Operação Ouro Verde", conjunta da Polícia Federal e da Receita Federal do Brasil, montada para averiguar uma instituição financeira clandestina. Já no que tange ao Acórdão nº 1302-001.080, este decorre de autuação acerca de ganho de capital diante da alienação de participação societária*. E complementa:

Ainda que a divergência em questão recaia sobre a *cumulação de multa isolada com a multa de ofício*, o contexto fático de sua aplicação deve ser similar entre o acórdão recorrido e os acórdãos paradigmas, ou seja, devem tratar-se de autuações fiscais que estejam englobadas dentro de uma mesma situação fática autuada, nos termos do próprio entendimento do referido Manual. Em outras palavras, é certo que não tem sido admitido por essa E. Corte, paradigmas que, não obstante tratem da divergência da interpretação da mesma legislação, encontram-se aplicadas em um contexto fático que nada se assemelham, como se verifica no caso concreto.

Como já mencionado, o contexto fático em que se formou o v. acórdão nº 1301-004.168 recorrido foi a existência de duas operações societárias e ágios distintos (ágio de 2003 e outro de 2006), dos quais o ágio KRGR foi integralmente cancelado, sendo mantido apenas o ágio G&K com aplicação de multa de 75%, excluda a responsabilização solidária dos acionistas. Isto é, tal descrição dos fatos deixa claro que o caso concreto em nada se assemelha aos paradigmas indicados pela União, de forma que o recurso especial fazendário ora em combate, ainda que vise discutir a cumulação da aplicação da multa isolada com a multa de ofício, não merece seguimento.

Isso porque, foram essas as situações analisadas pelos i. Julgadores ao afastarem a multa isolada, sob os argumentos de que a mesma não se destinaria a apenar omissões de receitas / deduções indevidas / exclusões não autorizadas, ou seja, fatos vivenciados no caso concreto e diretamente relacionado com a penalidade aplicada. E mais, encerrado o ano base em que as estimativas deveriam ter sido recolhidas, já não é juridicamente viável exigir o referido tributo, tendo em vista a apuração no final do período (Súmula 82 do CARF), fato este que também foi objeto do v. acórdão para fins de afastar a multa isolada. E, a corroborar, na ocasião, aplicou-se ainda o entendimento consolidado pelo E. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a utilização da multa vinculada (de ofício) afastaria, pelo princípio da consunção, a multa isolada.

Sobre o tema, inclusive, pela breve leitura do **acórdão paradigma nº 1302-001.080**, é possível inferir-se que apesar do mesmo manter a exigência da multa isolada lá aplicada, o voto do Relator deixa claro que a simples ausência de recolhimento de IRPJ / CSLL sobre a base estimada, não enseja, por si só, a cobrança de multa isolada. Pelo contrário, para que haja a referida cobrança ora em discussão, o contribuinte deve também deixar de observar as normas que regem o próprio recolhimento das estimativas - situação que claramente não ocorreu no caso concreto. Vejamos.

[...]

Pela comparação entre o v. acórdão recorrido e o paradigma acima transcrito, resta claro que a manutenção da multa isolada no acórdão nº 1302-001.080 decorreu da inobservância, pelo contribuinte, de outras normas, as quais não se encaixam no contexto fático do presente processo. O único ponto em comum

entre as decisões é que em ambos os julgamentos há a suposta ausência de recolhimento de tributo, e a aplicação da multa isolada em conjunto com a multa de ofício, demonstrando que o *contexto fático* em que o paradigma foi formado é **diametralmente distinto do que ocorre no caso concreto (suposta amortização indevida de ágios, envolvendo duas operações distintas, com empresas distintas)**. E, nesse sentido, o referido paradigma não deve ser levado em consideração pelos i. Julgadores, de modo que deve ser mantido o v. acórdão recorrido, nesta parte, de forma integral, por observância ao art. 67 do RICARF e ao que estabelece o **Manual de Exame de Admissibilidade de Recurso Especial** deste E. CARF quanto à impossibilidade de se configurar divergência jurisprudencial, **quando estão em confronto situações diversas.**

Da mesma forma, pela breve leitura do relatório do acórdão paradigma nº 1202-000.964, fica claro que não existe a similitude fática entre a referida autuação fiscal e o presente processo além da exação de IRPJ / CSLL e a aplicação da multa isolada. Nesse sentido, o Processo Administrativo nº 10920.000634/2009-81 é decorrente da investigação de lavagem de dinheiro, manutenção de instituição financeira clandestina e, ainda, evasão de divisas e sonegação fiscal, situações fáticas essas totalmente diversas e alheias ao que ocorreu no caso concreto.

[...] (*destaques do original*)

Diz, ainda, que os paradigmas estão *em desacordo com o entendimento consolidado pelas Súmulas nº 82 e 105 do E. CARF*, destacando que:

Como mencionado anteriormente, o v. acórdão nº 1301-004.168, recorrido parcialmente pela Fazenda Nacional, entendeu corretamente por afastar a exigência da multa isolada em decorrência dos seguintes argumentos: (i) nos termos da súmula nº 82 do E. CARF, após o encerramento do ano calendário, é incabível o lançamento de IRPJ ou CSLL para exigir estimativas não recolhidas, de forma que se as estimativas não foram exigidas dentro do período-base, não seria possível a fiscalização calculá-las para aplicação da multa isolada; (ii) a multa isolada não se destina a apenar infrações que decorram da suposta omissão de receitas, dedução / exclusão indevida ou falta de adição ao lucro líquido; (iii) o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que a aplicação da multa de ofício afastaria, pelo princípio da consunção, a multa isolada. Nesse sentido, a manutenção desta última, como busca a Recorrente, seria um desvio de propósito e um aumento da penalidade exigida pela autoridade fiscal, sem previsão legal. Vejamos abaixo a transcrição do trecho do voto do i. Relator:

[...]

No entanto, pela leitura dos votos condutores de ambos os acórdãos paradigmas e, especialmente, pela leitura das Súmulas nºs 82 e 105 deste E. CARF, é possível inferir-se que, quanto ao tema da aplicação da multa isolada, os resultados de julgamento dos processos administrativos nº 10920.000634/2009-81 e 14120.720002/2011-28 foram proferidos em desacordo com as referidas súmulas.

E, nesse sentido, uma vez utilizados como paradigmas no caso concreto, os mesmos devem ser desconsiderados, por afronta ao inciso III, §12º do artigo 67 do RICARF, in verbis:

[...]

Ao tratar sobre o tema, o voto condutor do Acórdão Paradigma nº 1202-000.964 (Processo Administrativo nº 10920.000634/2009-81) seguiu a mesma linha de raciocínio utilizado pela Recorrente, de forma que restou consolidado no referido julgamento o posicionamento de que diante da impossibilidade de se equiparar a sistemática de recolhimento por estimativas com o fato gerador do imposto em si, configurado apenas em 31 de dezembro do ano calendário em referência, "*não há que se confundir a base de cálculo da multa isolada e a base de cálculo de eventual multa de ofício*", sendo possível, portanto, a sua cumulação.

No mesmo sentido, no julgamento do Processo Administrativo nº 14120.720002/2011-28, entendeu-se que as condutas que geram ambas as penalidades são distintas, isto é, decorrem de situações fáticas diferentes, de forma que foi negado provimento ao Recurso Voluntário do contribuinte. Outrossim, de acordo com o Relator do acórdão paradigma, o princípio da consunção não poderia ser aplicado a processos de matéria tributária, por ser específico do Direito Penal.

Assim sendo, em ambos os casos retratados pela União, concluiu-se, equivocadamente, pela manutenção da exigência da multa isolada com a multa de ofício, sendo os referidos julgados inadequados para o conhecimento / seguimento do Recurso Especial fazendário por ofensa à redação das Súmulas nºs 82 e 105 deste E. CARF e ao artigo 67, §12º, III, do RICARF, as quais, frise-se, são plenamente aplicáveis, inclusive a Súmula nº 105, para períodos após a alteração da legislação (o que restará mais adiante demonstrado), fatos estes, portanto, que impõe a não admissão do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional por esta E. CSRF.

No mérito, defende a manutenção do acórdão recorrido afirmando a *impossibilidade de aplicação da multa isolada concomitante com a multa de ofício*, apontando a existência de *dupla penalidade sobre a mesma suposta Infração*, e defendendo o entendimento da *Súmula nº 105 do CARF, aplicável mesmo após a vigência da Lei nº 11.488/2007*. Compara os argumentos do acórdão recorrido e do paradigma nº 1202-000.964, invoca decisões contrárias a este e acrescenta:

Isso porque, o pagamento de estimativa mensal não efetuado pela Recorrida, sobre o qual supostamente deve incidir a multa isolada, também está relacionado com o cumprimento da obrigação principal, qual seja, o recolhimento do IRPJ e da CSL devidos no período e, sobre esse último, deve incidir apenas a multa de ofício. Dessa forma, equivocado está o argumento apresentado pela Fazenda Nacional, em suas razões de Recurso Especial, de que ambas as penalidades sofridas pela Recorrida são relacionadas "*a infrações*

distintas”, de forma que se mantidos ambos os percentuais de cobrança, portanto, a Recorrida será duplamente penalizada.

Inclusive, não foi por outro motivo, senão com base no entendimento de que uma penalidade (a mais grave) absorve a outra (menos grave), que o Pleno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais aprovou a Súmula CARF nº 105, cuja matéria é exatamente a impossibilidade da cumulação de ambas as multas (de ofício e multa isolada), por existência de bis in idem. Tal debate de que não são infrações distintas já vinha sendo travado há muitos anos, mesmo antes das alterações trazidas pela Lei nº 11.488/2007. Senão, para ênfase, vejamos novamente o que determina a referida súmula:

[...]

Por oportuno, e contrariando o que restou declarado pela Fazenda Nacional, em seu Recurso Especial, note-se que **o entendimento acima é aplicável mesmo aos casos cuja multa isolada foi fundamentada sob as alterações do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 carreadas pela Lei nº 11.488/2007 (conversão em lei da MP nº 351/2007)**, na medida em que o conteúdo de referido texto legal não contraria o entendimento de que a multa de ofício e a multa isolada não podem ser exigidas concomitantemente. Nesse sentido, inclusive, o próprio CARF já se manifestou de forma expressa:

[...]

Portanto, mais uma vez demonstrado está o equívoco cometido pela Fazenda Nacional de que o entendimento defendido pela Recorrida, para a aplicação da Súmula 105 do CARF, foi prejudicada após a alteração do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996. Muito pelo contrário, mesmo após a vigência da Lei nº 11.488/2007, o E. CARF vem mantendo o seu posicionamento com respeito ao conteúdo na referida Súmula, a qual continua vigente e deve ser aplicada, como se percebe das diversas decisões acima.

[...]

Assim sendo, tendo em vista que (i) as disposições trazidas pela Medida Provisória nº 351/2007 (convertida na Lei nº 11.488/2007) em nada modificaram a natureza e materialidade da multa isolada aplicável na hipótese de não recolhimento das estimativas de IRPJ e CSLL; (ii) o entendimento jurisprudencial favorável aos contribuintes deste E. CARF e do Poder Judiciário; (iii) a obrigatoriedade de aplicação da Súmula 105 do CARF ao caso concreto, com base na Súmula 72 deste mesmo Tribunal; e, por fim (iv) a observância ao princípio da consunção, tem-se que as razões do Recurso Especial interposto pela União não merecem ser acolhidas. *(destaques do original)*

Defende, também, a *inaplicabilidade da multa isolada em razão do encerramento do ano-base quando da lavratura dos autos de infração*, transcrevendo doutrina no sentido de que *os recolhimentos efetuados com base na estimativa mensal nada mais são do que uma*

antecipação do tributo que será devido no encerramento do período-base, e invoca o disposto na Súmula CARF nº 82, que também afirma violada, concluindo que:

Dessa forma, não merece reparo a decisão ora recorrida, tendo em vista que **os períodos autuados já estavam encerrados quando da lavratura do presente auto de infração**. Sobre o tema, inclusive, tratou o voto condutor do v. acórdão nº 1301-004.168, demonstrando que "*encerrado o período de apuração, o Fisco só pode exigir o valor efetivamente devido, e não mais as antecipações*" (fls.21).

Em palavras mais simples, i. Conselheiros, a referida multa de 50% (cinquenta por cento) somente seria exigível se *as autoridades fiscais* tivessem autuado a Recorrida ainda nos anos de 2010, 2011, 2012 e 2013 – o que, frise-se, não foi feito à época. E, ante a ausência da referida autuação no período correto, não poderia a Autoridade Fiscal, no presente caso, apurar o IRPJ e a CSLL devidos por estimativa para aplicação dessa penalidade, juntamente com a multa de ofício. *(destaques do original)*

Requer, assim, que o recurso especial não seja conhecido e, se conhecido, que lhe seja negado provimento.

Os embargos de declaração não tiveram seguimento quanto às seguintes alegações:

- Das omissões contidas do v. acórdão embargado as quais podem infirmar o resultado de julgamento e da necessidade de prequestionamento explícito da matéria para fins de viabilização de recurso especial:
 - Da omissão quanto a aplicação retroativa das normas da CVM, do CFC e os CPCs que supostamente vedavam o reconhecimento do "ágio interno" (item a.3.2. do recurso voluntário de 2018);
 - Da omissão do v. acórdão embargado quanto à inaplicabilidade do artigo 299 do RIR/99 (item a.3.9. do recurso voluntário de 2018);
 - Da omissão do v. acórdão embargado acerca do lançamento manifestamente contrário à lei: violação aos arts. 142 do CTN e arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 (item a.3.10. do recurso voluntário de 2018); e
 - Da omissão quanto a previsão legal (ou não) sobre a adição, na base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio e da aplicação do artigo 57 da lei nº 8.981/95 (item a.3.11. do recurso voluntário de 2018).
- Da obscuridade com relação aos cálculos do saldo remanescente do crédito tributário informado por meio da Intimação fiscal nº 3008/2020.

Foi dado seguimento *a fim de que seja analisado apenas o primeiro tópico deste despacho, relativo à possível discrepância entre o teor do acórdão e o resultado proferido no julgamento*, mas os embargos foram rejeitados no Acórdão nº 1301-006.818, assim ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA.

Não há que se falar em erro material no dispositivo do acórdão, por suposta ausência de explicitação das alegações rejeitadas, devidamente analisadas no voto vencedor, se a técnica de redação empregada deixa clara a conclusão da turma julgadora.

Cientificadas PGFN e Contribuinte, esta última em 27/05/2024 (e-fl. 5088), seguiu-se a interposição de recurso especial em 10/06/2024 (e-fl. 5090/5127), ao qual foi dado seguimento conforme despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 5858/5873, do qual se extrai:

Na peça de defesa suscita divergência jurisprudencial entre os Acórdãos nº 1301-004.168 e nº 1301-006.818, e outras decisões do CARF, nas matérias que assim identifica:

1) DIVERGÊNCIA SOBRE O ÁGIO G&K. Indica como paradigmas o Acórdão nº 1401-006.713 e o Acórdão nº 9101-006.358;

2) DIVERGÊNCIA SOBRE A INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A ADIÇÃO, À BASE DE CÁLCULO DA CSLL, DA DESPESA COM A AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO CONSIDERADA INDEDUTÍVEL PELA AUTORIDADE FISCAL. Indica como paradigmas o Acórdão nº 9101-002.310 e o Acórdão nº 9101-005.773.

E pede, ao final:

IV. PEDIDO

74. Diante do exposto, requer-se o conhecimento e o provimento do presente Recurso Especial para que seja parcialmente reformado o Acórdão Recorrido, proferido pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do E. CARF e, conseqüentemente, integralmente cancelados os autos de infração que originaram este processo.

Análise

1) DIVERGÊNCIA SOBRE O ÁGIO G&K.

Para demonstrar a divergência a Recorrente se vale do argumento de que o Acórdão Recorrido teria decidido que *o Ágio G&K seria interno, de modo que deveria ser mantido o lançamento nessa parte, mesmo sendo inexistentes dolo, sonegação, fraude ou conluio no caso concreto e que a operação ora discutida tenha sido realizada antes do advento da Lei nº 12.973/2014*. Mas que tal entendimento iria de encontro ao posicionamento adotado no Acórdão Paradigma nº 1401-006.713 (Doc. 02), no qual se entendeu pela legitimidade da amortização fiscal do ágio considerado “interno”, analisando-se exatamente a mesma operação do presente caso. Assim, apesar de estar diante de contexto fático idêntico ao presente, a Turma Julgadora no Acórdão nº 1401-006.713,

diferentemente do Acórdão Recorrido, compreendeu que não haveria proibição para amortização do ágio “interno”, uma vez que tal proibição só surgiu com o artigo 22 da Lei nº 12.973/2014. Nessa mesma linha teria decidido o Acórdão Paradigma nº 9101-006.358, que teria analisando fatos similares aos do presente caso, conduzido que deve ser permitida a amortização fiscal do chamado “ágio interno” gerado antes da proibição expressa trazida pela Lei nº 12.973/2014, caso não configurada fraude.

O voto proferido no acórdão recorrido, ao pronunciar-se sobre o “Ágio G&K”, lembrou que No Acórdão nº 1301-002.918 (Rel. Cons. Marcos Paulo Caseiro), foram examinados os mesmos ágios que são objeto deste processo. Com a diferença de que, no primeiro processo o interessado foi Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza S.A. e neste o interessado é O Boticário Franchising Ltda., mas que ambas as empresas pertenciam ao mesmo grupo econômico. Observou, ainda, que cada um dos processos envolve os “dois ágios”: o primeiro relativo à incorporação de parte da empresa G&K Holding S.A., e o outro a incorporação da KRGR Administração e Participações Ltda. E que, naquela ocasião, no Acórdão nº 1301-002.918 concluiu-se pela indedutibilidade da amortização do chamado “ágio G&K” **porquanto constituído em operação envolvendo empresas do mesmo grupo econômico**. Também registrou que a mesma operação fora apreciada pela 1ª Turma da CSRF no processo nº 10980.725496/2011-56, também de interesse de Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza S.A. dando origem ao Acórdão nº 9101-003.446, no qual foi reafirmado o entendimento no sentido da não dedutibilidade do ágio.

E depois de descrever a operação que deu origem ao ágio contestado, observou que a Recorrente nega tratar-se de ágio interno, mas, ainda que o fosse, defende que *ao tempo dos fatos não existia óbice legal à sua dedução, o que só veio a ser introduzido com o art. 22 da Lei nº 12.973/2014.*

E concluiu:

Não procede a alegação da recorrente. O ágio intragrupo não tem e nunca teve substância econômica, por isso ele é repudiado pela CVM e pelo CPC. Pela mesma razão esse ágio é indedutível para fins de IRPJ e de CSLL.

O art. 22 da Lei nº 12.973/2014 não veio para validar as amortizações de ágio interno feitas no passado. O objetivo da norma é por termo ao conflito que ainda existia em torno desse tema.

Portanto, deve ser mantida a glosa do ágio (menor e maior) que ingressou na contabilidade da recorrente via incorporação da G&K Holding.

O primeiro paradigma indicado para esta matéria não se encontra reformado e adotou a seguinte ementa:

Acórdão nº 1401-006.713

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

Ano-calendário: 2008, 2009

NULIDADE. LANÇAMENTO COMPLEMENTAR. MODIFICAÇÃO DO CRITÉRIO DO LANÇAMENTO. CTN, ART. 146. ERRO DE DIREITO.

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

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.

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, sendo que durante a vigência do artigo 36 da Lei n. 10.637/02, havia até previsão expressa de diferimento de ganho de capital de operação de subscrição de participação societária pelo valor de mercado com geração de ágio. Inexistindo comprovação de que as operações que geraram o ágio entre partes dependentes foram fraudulentas, há que ser mantida a dedutibilidade da então despesa com a amortização do ágio.

Não há dúvida de que este julgado pronunciou-se sobre as mesmas operações analisadas no acórdão recorrido e em outras decisões do CARF, inclusive identificando cada um dos processos que delas trataram. Dentre elas, o Acórdão nº 1301-002.918, citado pelo relator do acórdão recorrido que também tomou como seus aqueles fundamentos para decidir o presente caso:

[...]

Este julgado manifestou-se pela ausência de proibição, nas normas tributárias, para a ocorrência de operações societárias entre empresas vinculadas com a geração de ágio, ressaltando, unicamente, a necessidade de tal ágio ter substância econômica, sendo devidamente fundamentado economicamente.

[...]

E, por fim, ainda pronunciou-se no sentido de que, antes da entrada em vigor da Lei nº 12.973/14, que promoveu alterações no Decreto-Lei nº 1.598/77, *inexistia proibição para que o investimento tivesse sido adquirido com ágio numa operação entre partes independentes*.

Este paradigma se mostra apto a caracterizar a divergência suscitada.

O segundo paradigma da matéria, também não reformado, registra a seguinte ementa, na parte que importa a análise:

Acórdão nº 9101-006.358

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

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

[...]

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.

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, sendo que durante a vigência do artigo 36 da Lei n. 10.637/02, havia até previsão expressa de diferimento de ganho de capital de operação de subscrição de participação societária pelo valor de mercado com geração de ágio. Inexistindo comprovação de que as operações que geraram o ágio entre partes dependentes foram fraudulentas, há que ser mantida a dedutibilidade da então despesa com a amortização do ágio.

[...]

Este paradigma, igualmente, analisou a mesma operação, em relação a outros anos-calendário, de modo que a similitude fática entre eles – acórdão recorrido e ambos os paradigmas - 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.

Todavia, as decisões comparadas chegaram a conclusões opostas, como atestam os seguintes trechos deste segundo paradigma (destaques acrescidos):

[...]

Portanto, 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 este paradigma, tal qual o anterior, admite expressamente que essa situação não representa impedimento legal ao aproveitamento fiscal do ágio.

Observe-se que o único fundamento do acórdão recorrido para justificar a 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.

Para além disso tudo, no caso específico do segundo paradigma, a 1ª Turma da CSRF o tem reiteradamente aceitado para fins de comprovação de divergência relacionada a situação de ágio interno, tendo um desses julgados, o Acórdão nº: 9101-006.462, de 02/02/2023, de Relatoria do Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira, registrado a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2011, 2012

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO. IMPOSSIBILIDADE.

Deve ser mantida a glosa da despesa de amortização de ágio que foi gerado internamente ao grupo econômico, sem qualquer dispêndio, e transferido à pessoa jurídica que foi incorporada.

Na ocasião, no referido julgado foi proposto o conhecimento nos seguintes termos, que ora complementam este 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.

Há, ainda, outras decisões da 1ª Turma da CSRF, admitindo o referido paradigma para a matéria relacionada diretamente ao ágio interno:

- Ac. nº 9101-004.750, 4 de fevereiro de 2020 (Relator: André Mendes de Moura);
- Ac. nº 9101-006.373, 9 de novembro de 2022 (Relatora: Livia De Carli Germano);
- Ac. n 9101-006.464, 2 de fevereiro de 2023 (Alexandre Evaristo Pinto).

Em razão da caracterização da divergência, nesta matéria deve ser dado seguimento ao recurso especial.

2) DIVERGÊNCIA SOBRE A INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A ADIÇÃO, À BASE DE CÁLCULO DA CSLL, DA DESPESA COM A AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO CONSIDERADA INDEDUTÍVEL PELA AUTORIDADE FISCAL.

No que diz respeito a esta segunda matéria, a Recorrente apresenta as ementas e trechos dos paradigmas, e afirma que estas decisões trataram de situações fáticas semelhantes, mas concluíram de maneira oposta da decisão atacada que, *além de a CSLL possuir regras próprias quanto à definição de sua base tributável, também não há previsão legal que permita a adição, a tal base de cálculo, da despesa com amortização de ágio considerada indedutível.*

O voto proferido no acórdão recorrido adotou a seguinte fundamentação para decidir a questão:

CSLL

O ágio interno ou intragrupo, pelas razões já expostas, não pode ser reconhecido como ágio. Portanto, sua não dedutibilidade alcança tanto o IRPJ, quanto a CSLL, sendo desnecessária a existência de norma legal expressa nesse sentido.

Quanto ao mais, o lançamento de CSLL, porque baseado na mesma matéria fática, deve ter solução idêntica à que foi dada ao IRPJ.

Ou seja, ainda que de maneira sucinta, o Colegiado entende que o ágio que tem origem intragrupo não pode ser reconhecido como ágio, sendo, portanto, indedutível tanto na apuração do IRPJ, quanto na da CSLL, *sendo desnecessária a existência de norma legal expressa nesse sentido.*

Acórdão nº 9101-002.310

[...]

Este paradigma, portanto, não é apto a caracterizar a divergência invocada, por ter apreciado situação fática não similar.

O segundo paradigma desta matéria encontra-se assim ementado, na parte que importa ao exame:

Acórdão nº 9101-005.773

[...]

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2009

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

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

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

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

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

Aqui tratou-se de julgamento de recurso especial interposto pelo sujeito passivo contra decisão *a quo* que, em relação à despesa de amortização de ágio na apuração da base de cálculo da CSLL, decidiu nos termos da seguinte ementa:

DESPESA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. CONDIÇÃO DE DEDUTIBILIDADE. Sem que ocorra as condições previstas no art. 7º da Lei 9.532/97, a despesa de amortização do ágio é indedutível na apuração da base de cálculo da CSLL, por força dos itens 1 e 4 do §1º do art. 2º da Lei nº 7.689/88, os quais deixam claro a finalidade da norma de tornar o MEP neutro na apuração da CSLL.

O relatório que antecede o voto explicita a situação fática ali analisada:

Em resumo, a contenda tem como objeto exação CSLL, do ano-calendário de 2009, exigidas por meio de Auto de Infração lavrado contra a Contribuinte, em razão da glosa de ágio percebido em operação societária considerada artificial (interno) pela Fiscalização.

Registre-se, desde já, que as celeumas que prevalecem no presente feito referem-se à decadência do Fisco glosar tal amortização e às normas jurídicas aplicáveis na dedução ágio da base de cálculo da CSLL.

Aqui a acusação fiscal que justificou a glosa das despesas com amortização de ágio foi o fato de tratar-se de reorganização societária de determinado grupo econômico, com operações societárias estruturadas em sequência, utilização de empresa veículo, que teriam criado *condições artificiais para justificar a apuração de ágio interno, com finalidade de gerar ganhos indevidos de natureza tributária*.

Assim, foi estendida à CSLL, a glosa das despesas com amortização de ágio de sua base de cálculo com fundamento no artigo 57 da Lei 8.981/95, pois, *uma vez considerado inoponível ao Fisco o planejamento tributário tendente a reduzir a base de cálculo do IRPJ, por decorrência lógica o mesmo não pode ser validado para fins de CSLL*.

Submetido o mérito à CSRF, àquela formação, decidiu-se no sentido de que a apuração da base de cálculo da CSLL aproxima-se à do IRPJ, mas com ele não tem identidade, diante da expressa ressalva feita pela legislação quanto à *manutenção de seus próprios critérios quantitativos, quais sejam, base de cálculo e alíquota, veiculados em legislação própria*.

E prossegue o voto condutor:

[...]

Quando a Lei nº 9.532/97 trouxe a regulamentação da dedução do ágio fundamentado em rentabilidade futura, não houve qualquer prescrição de seu alcance à CSLL, inclusive mencionando o art. 7º, expressamente, o termo Lucro Real. No mais, o resto da legislação relativa a esta Contribuição Social é também silente em relação a tal modalidade de dispêndio incorrido nas aquisições societárias.

[...]

Nessa linha, em termos mais abstratos e em primeiro lugar, na medida que a despesa do ágio, na compra da participação societária, foi incorrida (fato não questionado agora, dado como incontroverso nessa C. Instância especial), representando dispêndio empresarial de investimento da entidade, pela sua própria natureza, a dedutibilidade é certa e está garantida, até eventual questionamento fundamentado pelo Fisco, nos termos da regra do atual art. 311 do RIR/18.

[...]

Não sendo aplicável à CSLL a disposição do art. 25 do Decreto-lei nº 1.598/77, que historicamente impedia o cômputo dos valores de ágio e deságio do Lucro Real, este prevalece na obtenção do lucro líquido, não existindo qualquer fundamento legal para exigir a adição desses valores de ágio amortizados contabilmente na extração da base de cálculo dessa Contribuição Social.

Em segundo lugar, as regras para a amortização do ágio fundamentado em rentabilidade futura, arroladas nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, são

requisitos legais apenas dirigidos à apuração do Lucro Real, que presta-se de base de cálculo apenas para o IRPJ. Repita-se: para a CSLL, o ágio é dispêndio ordinário, que constrói o lucro, percebido pela entidade empresarial.

[...]

No presente caso, uma vez que o próprio v. Acórdão recorrido, em relação à materialidade do dispêndio registrado e dos negócios que lhe deram margem, afirma que devem ser, a eles, conferidos os efeitos que lhes são próprios, entre os quais, o de considerar legítimo o registro do ágio decorrente da diferença entre o valor pago e o valor patrimonial da participação acionária adquirida (não podendo haver reformatio in pejus), não existe fundamentos legais válidos e propriamente aplicáveis para motivar a glosa procedida.

Por fim, deve ser afastada a ótica antes adotada, de tratar tais registros, para fins de apuração da base da CSLL, exclusivamente e como mera oscilação quantitativa em avaliação do investimento pelo MEP – que supostamente guardariam total neutralidade – posto que, assim, ignora-se a ocorrência, material, do próprio dispêndio, em si considerado (conforme aceito pelo próprio I. Relator aquo) e, principalmente, sempre foi controlado de forma contábil de maneira destacada, distinta e independente do valor patrimonial do investimento adquirido, conduzindo a um reflexo fiscal muito diverso.

[...]

O confronto analítico dos acórdãos apontados como divergentes, extrai-se que a solução dada a ambos os julgados é diversa. No caso paradigma foi reconhecido inexistir qualquer fundamento legal para exigir a adição dos valores de despesas com ágio amortizados contabilmente na apuração da base de cálculo da CSLL. De outro giro, no acórdão recorrido firmou-se o entendimento de que, por se tratar de ágio intragrupo, a sua indedutibilidade *alcança tanto o IRPJ, quanto a CSLL, sendo desnecessária a existência de norma legal expressa nesse sentido*, e, ainda, o lançamento de CSLL, *porque baseado na mesma matéria fática, deve ter solução idêntica à que foi dada ao IRPJ*.

Devidamente caracterizada a divergência, deve ser dado seguimento ao recurso especial nesta matéria.

Diante do exposto, proponho seja **DADO SEGUIMENTO** ao recurso especial interposto pela Contribuinte.

Aduz a Contribuinte, com respeito à parcela da exigência mantida no acórdão recorrido, que:

2. As glosas correspondentes aos montantes principais de IRPJ e CSLL estão associadas aos seguintes eventos:

(i) à amortização do ágio apurado na operação pela qual a Recorrente teve a totalidade das ações representativas do seu capital social incorporadas pela empresa G&K Holding S.A (“G&K”), tornando-se subsidiária integral desta última em 18/12/2006. O evento que deu ensejo à amortização do ágio na Recorrente foi a cisão parcial e seletiva da G&K, ocorrida dois anos depois, em 03/11/2008, seguida da incorporação do seu patrimônio cindido;

[...]

3. Diante desses eventos, conforme se verifica do Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal (“TVF” – fls. 2.044/2.143 dos autos), a Autoridade Fiscal compreendeu, em síntese, que:

(i) seria inadmissível o ágio G&K, uma vez que, em sua visão, se trataria de um ágio interno, gerado entre partes relacionadas, sem efetivo ônus (despesas pagas ou incorridas) na aquisição por meio da operação de incorporação de ações;

[...]

4. Submetidos os autos a julgamento, foi proferido o Acórdão nº 12-102.549 pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento (“DRJ”) do Rio de Janeiro/RJ, julgando improcedente a Impugnação, mantendo-se a integralidade do crédito tributário e a responsabilidade solidária dos acionistas.

5. Interposto Recurso Voluntário pela Recorrente e pelos responsáveis solidários perante turma ordinária deste CARF, foi proferido o Acórdão nº 1301-004.168, cuja ementa se reproduz a seguir:

[...]

(ii) no mérito, dar parcial provimento ao Recurso Voluntário sob os seguintes termos:

a. Ágio relacionado à empresa G&K (“Ágio G&K”): manter o lançamento principal por se entender que se trataria de um ágio interno, que não poderia gerar nenhum efeito fiscal, mas reduzir a multa de ofício ao percentual de 75% ante a inexistência de qualquer indício de ilícito neste caso e excluir do polo passivo os responsáveis solidários.

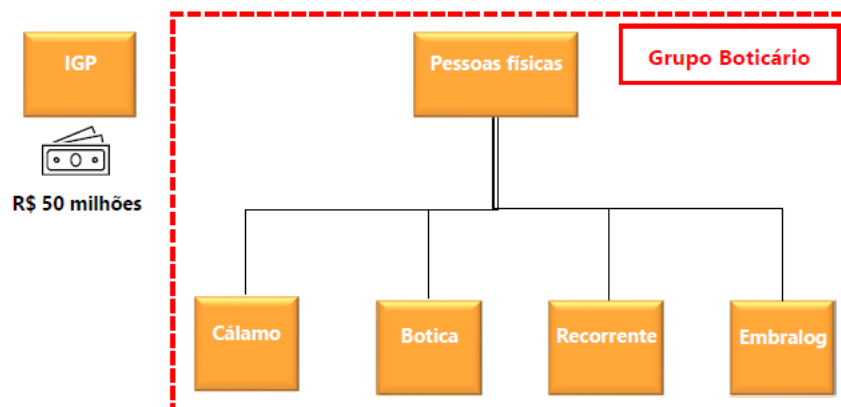
[...]

11. Não obstante, o Acórdão nº 1301-004.168, integrado pelos Despacho de Admissibilidade de Embargos e pelo Acórdão nº 1301-006.818 (Acórdão Recorrido), deve ser parcialmente reformado por esta Câmara Superior para que se cancele integralmente a autuação que originou este processo. É o que se passa a demonstrar.

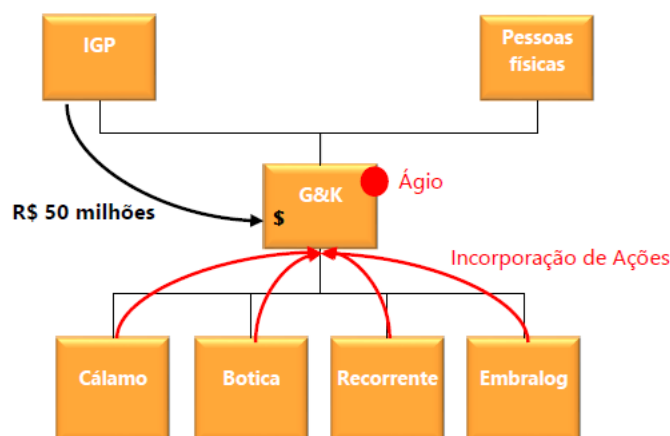
Apresenta quadros com a indicação dos paradigmas, da legislação interpretada de maneira divergente, e do prequestionamento dos temas, e passa a expor a operação que deu ensejo ao ágio em debate nos seguintes termos:

18. Como dito, antes de se adentrar na demonstração de divergência e no mérito da discussão acerca do Ágio G&K, se faz necessário apresentar de forma breve a operação societária que deu origem ao ágio em questão, o que, destaca-se, inclusive demonstra a inexistência de ágio interno neste caso. Veja-se.

➤ **Estrutura Societária Inicial**



- **18/12/2006:** (i) o investidor estratégico (IGP – Fundo de Investimento em Participações) aumenta o capital da G&K Holding em R\$ 50 milhões, com a respectiva **integralização em dinheiro**; (ii) nesta mesma data, as Pessoas Físicas ingressam no capital da G&K Holding mediante a incorporação das ações das empresas do Grupo Boticário a valor de mercado, com fundamento em sua expectativa de rentabilidade futura (**origem do ágio**).



Não havia razões para que a Recorrente permanecesse como holding do grupo, uma vez que essa função a desviava de seu foco empresarial principal relativo ao negócio de franquia.

O ingresso do investidor estratégico teve como principais objetivos: (i) obter **recursos financeiros** sob a forma de capital fixo para financiar a expansão das suas operações, via conquista de maiores fatias de mercado (“marketshare”); e (ii) obter outras **estratégias de gestão** para o negócio, a partir da visão externa de

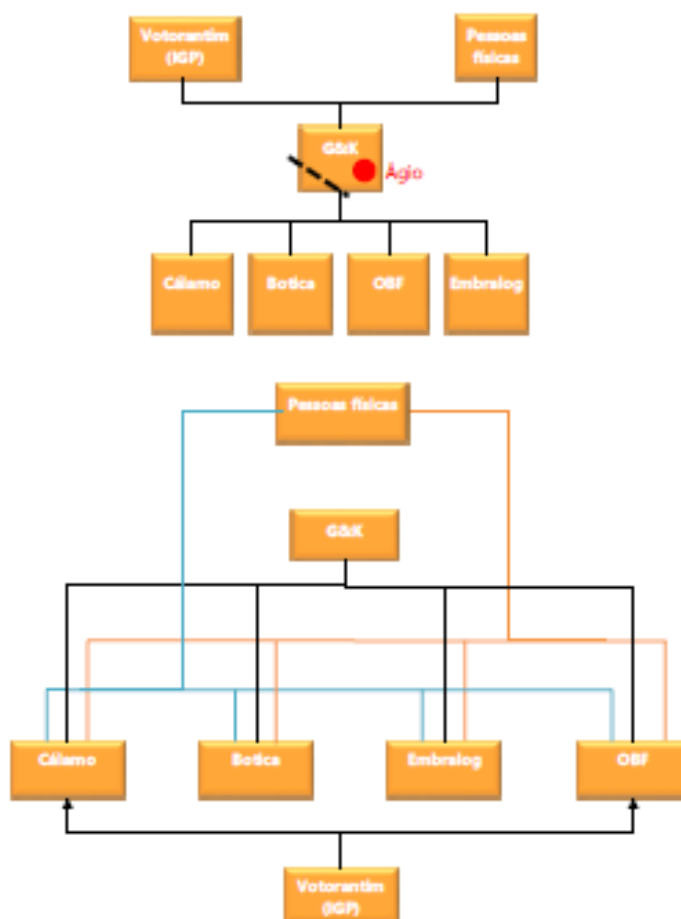
investidores institucionais capazes de, sobretudo, contribuir para a implementação de uma gestão profissional do grupo, baseada em um conselho de administração formado por profissionais com vasta experiência no mercado.

Neste sentido, cite-se o parecer o Prof. Eliseu Martins: “**A operação realizada pela consulente não pode ser caracterizada como ágio interno. A operação possui todos os elementos necessários para a caracterização da amortização fiscal do ágio.** No Brasil, principalmente à época dos atos praticados, ‘ágio interno’ se referia, de fato, exclusivamente ao reconhecimento desse ativo dentro da própria entidade jurídica, num registro que concordamos em chamar de espontâneo.”

Dessa forma, foi criada uma holding pura de participações societárias, de forma que a Recorrente deixou de figurar como holding do grupo, passando todas as empresas do segmento de cosméticos a serem controladas por ela.

➤ **09/10/2008:** as quotas do Fundo IGP foram transferidas para a Votorantim Asset Management DTVM (mudança de titularidade do investidor estratégico).

➤ **03/11/2008:** cisão parcial da G&K Holding e incorporação de parcela do patrimônio cindido na Recorrente dois anos depois.



A cisão parcial da G&K Holding foi motivada por **divergências na condução da gestão** estratégica das operações do grupo entre os acionistas controladores e o acionista minoritário estratégico (Votorantim). De fato, os controladores

decidiram buscar novas possibilidades de investimento, especialmente por meio de **aquisições de outras marcas e exploração de outros canais de venda**, conforme Ata da 15ª Reunião do Conselho de Administração.

Todavia, o conselheiro representante do acionista Votorantim manifestou discordância em relação a essa estratégia, pois quando entrou no negócio considerava

apenas seu investimento na G&K Holding e que as novas aquisições iriam comprometer a rentabilidade de curto prazo (também na Ata da 15ª Reunião).

Com efeito, para solucionar a divergência quanto à estratégia de gestão do Grupo Boticário, foi realizada a cisão parcial da G&K Holding, como forma de **propiciar a saída do Votorantim da estrutura societária no âmbito da Holding**, mas, ao mesmo tempo, **preservar as práticas de governança corporativa do grupo** concentradas nesta companhia, que remanesceu ativa.

Dessa forma, a Votorantim passou a participar **apenas nos resultados das operações da Recorrente e da Cálamo**, que continuaram com a mesma estratégia de crescimento “orgânico” (via operações próprias).

19. Assim, demonstrada a operação que deu origem ao ágio objeto deste ponto, passa-se a seguir a evidenciar que esta C. CSRF deve conhecer esta discussão e, no mérito, dar-lhe provimento, determinando a reforma parcial do Acórdão Recorrido com o cancelamento integral do lançamento que deu origem a este processo.

Demonstra a *divergência sobre a possibilidade de amortização fiscal do ágio considerado interno* a partir da premissa de que para o Colegiado *a quo a operação em questão consistiu, em síntese, na incorporação de ações da Recorrente pela G&K, momento em que houve a apuração do ágio e, anos depois, houve a cisão seletiva da G&K com a entrega desse ágio para a Recorrente, a qual passou a lhe dar efeitos fiscais*. Reproduz o voto condutor do acórdão recorrido e pondera:

21. Observa-se que a Turma Julgadora qualificou a operação em questão como “intragrupo” e o ágio a ela relacionado como “interno”, com ausência de substância econômica, e, em razão disso, negou a possibilidade de amortização deste ágio para fins fiscais.

22. Como se pode verificar da transcrição acima, o argumento utilizado no Acórdão Recorrido para a negativa da amortização fiscal do ágio relacionado à empresa G&K é o de que, para ser aceito para fins fiscais, o ágio deveria decorrer de operação entre partes independentes, o que não teria sido verificado no ágio em questão.

23. Além disso, também se entendeu que o fato de só existir vedação expressa à exclusão das bases do IRPJ e da CSLL do chamado ágio interno no artigo 22 da Lei

nº 12.973/2014, que entrou em vigor após os fatos examinados nestes autos, não seria capaz de afastar o lançamento.

24. Mencione-se que no referido Acórdão nº 1301-004.168 restou consignado o entendimento de que, a despeito da impossibilidade de amortização fiscal do Ágio G&K, não deveria prevalecer a imputação de multa qualificada (no percentual de 150%), ante a **inocorrência de dolo, sonegação, fraude ou conluio**. Veja-se:

[...]

25. Desse modo, conforme pode-se observar, no Acórdão Recorrido restou decidido que o Ágio G&K seria interno, de modo que deveria ser mantido o lançamento nessa parte, mesmo sendo inexistentes dolo, sonegação, fraude ou conluio no caso concreto e que a operação ora discutida tenha sido realizada antes do advento da Lei nº 12.973/2014.

26. Ocorre que o entendimento apresentado por aquela Turma Julgadora vai de encontro ao posicionamento adotado no **Acórdão Paradigma nº 1401-006.713 (Doc. 02)**, no qual se entendeu pela legitimidade da amortização fiscal do ágio considerado “interno”, analisando-se **exatamente a mesma operação** do presente caso.

27. Observando-se os fatos examinados no supracitado julgado cujo contribuinte era a Embralog Empresa Brasileira de Logística Ltda. – **uma das empresas operacionais pertencentes ao grupo da Recorrente e que participou da operação em questão** –, fica clara a sua **verdadeira identidade** com o presente caso. Nesse sentido, veja-se a descrição da operação abordada no Acórdão Paradigma nº 1401-006.713:

[...]

28. Contudo, apesar de estar diante de **contexto fático idêntico ao presente, a Turma Julgadora no Acórdão nº 1401-006.713, diferentemente do Acórdão Recorrido, compreendeu que não haveria proibição para amortização do ágio “interno”, uma vez que tal proibição só surgiu com o artigo 22 da Lei nº 12.973/2014**. Nesse sentido confira-se excerto da ementa e do voto vencedor daquele acórdão:

[...]

29. Como se pode verificar da leitura dos trechos acima, no Acórdão Paradigma nº 1401-006.713 se firmou o entendimento de que, antes da entrada em vigor da Lei nº 12.973/2014, não havia vedação para a formação e a amortização fiscal de ágio interno.

30. Inclusive, o Acórdão Paradigma nº 1401-006.713 traz à baila o fato de a operação ter se consolidado em razão da aquisição de participação societária por um acionista completamente independente, demonstrando a inexistência de

qualquer simulação na operação - o que é, inclusive, corroborado pelo Acórdão Recorrido que determinou o cancelamento da qualificação da multa de ofício.

31. Confira-se, nesse sentido, a tabela abaixo que ilustra a divergência jurisprudencial entre o Acórdão Recorrido e o Acórdão Paradigma nº 1401-006.713:

[...]

32. Portanto, resta evidenciado que o Acórdão Recorrido e o Acórdão Paradigma nº 1401-006.713, **partindo de contextos fáticos idênticos**, chegam a conclusões diametralmente opostas, motivo pelo qual deve ser conhecido o presente Recurso.

33. Ainda, na mesma linha de divergência apresentada acima, traz-se, também, junto a este Recurso Especial, o entendimento proferido por esta C. 1ª Turma da CSRF, por meio do **Acórdão Paradigma nº 9101-006.358 (Doc. 03)**.

34. Com efeito, analisando fatos similares aos do presente caso, entendeu esta C. 1ª Turma que deve ser permitida a amortização fiscal do chamado “ágio interno” gerado antes da proibição expressa trazida pela Lei nº 12.973/2014, caso não configurada fraude. Eis trecho pertinente para este caso da ementa do referido Acórdão Paradigma:

[...]

35. Corroborando-se a divergência, veja-se que no Acórdão Paradigma nº 9101-006.358 a Turma Julgadora partiu de fatos similares aos do presente caso, dado que houve a integralização de cotas da A. Angeloni na holding Angeloni Investimentos (incorporação de ações), seguida da cisão da Angeloni Investimentos e versão do ágio para a A. Angeloni.

36. Isto é, diante desses eventos societários houve a imputação, pela Autoridade Fiscal, da qualificação do ágio gerado como interno. A esse respeito, cita-se a transcrição dos fatos contida no Acórdão nº 9101-006.358:

[...]

37. Como se pode constatar, portanto, essa C. 1ª Turma da CSRF, ao emitir o Acórdão Paradigma nº 9101-006.358, partiu de fatos bastante similares aos do presente caso. Veja-se que tanto neste caso, quanto no Acórdão nº 9101-006.358, há autuação decorrente da imputação de ágio interno sobre operação societária de integralização de participação societária em holding que, posteriormente, é cindida com a conferência do ágio apurado a empresa anteriormente objeto da integralização.

38. Destaque-se, ainda, que os fatos analisados no Acórdão Paradigma nº 9101-006.358 se deram em dezembro de 2004, de modo que estavam sujeitos ao mesmo regimento legal vigente dos fatos analisados no presente caso. Isto é, em ambos os casos, à época das respectivas operações societárias, também ainda não

estavam sujeitos à vedação expressa da Lei nº 12.973/2014 ou a orientações regulatórias posteriores (CVM, CPC ou CFC).

39. Entretanto, mesmo partindo de contexto fático similar, no Acórdão Paradigma nº 9101-006.358 chegou-se à conclusão diametralmente oposta àquela apresentada no Acórdão Recorrido.

40. Com efeito, no Acórdão Paradigma nº 9101-006.358 entendeu-se corretamente que, dada a **ausência de vedação legal até a edição da Lei nº 12.973/2014**, não se pode impedir a amortização fiscal do ágio considerado interno. Confira-se, nesse sentido, estes excertos do voto vencedor que complementam o entendimento já evidenciado em trecho da ementa daquele acórdão reproduzido anteriormente:

[...]

41. Constata-se da leitura dos excertos acima que o entendimento fixado no Acórdão Paradigma nº 9101-006.358 é divergente daquele registrado no Acórdão Recorrido, uma vez que essa C. 1ª Turma da CSRF decidiu que a amortização fiscal do ágio interno deveria ser admitida, pela ausência de proibição na lei até a entrada em vigor da Lei nº 12.973/2014, desde que não houvesse configuração de fraude, ao passo que no Acórdão Recorrido entendeu-se que haveria uma proibição, não expressa, para a amortização fiscal do ágio interno, a qual decorreria de interpretação da Lei nº 9.532/1997, ainda que não configurado dolo ou fraude na operação.

42. Pontue-se, por fim, que no Acórdão Paradigma nº 9101-006.358 inclusive se reconhece que “o ágio interno pode existir na Contabilidade, sobretudo nas demonstrações financeiras individuais, sendo que não há norma contábil regulando o tema” (fl. 116). Ou seja, concluiu esta C. 1ª Turma que tampouco há norma contábil que vede o reconhecimento de ágio interno.

43. Portanto, resta evidente que o Acórdão Recorrido e o Acórdão Paradigma nº 9101- 006.358, apesar de partirem de contextos fáticos similares, chegam a conclusões completamente divergentes.

44. Para que fique clara a demonstração da divergência no presente caso, confira-se o presente quadro comparativo:

[...]

45. Assim, resta demonstrada a divergência jurisprudencial entre o Acórdão Recorrido e os Acórdãos Paradigmas nº 9101-006.358 e nº 1401-006.713, uma vez que, partindo de fatos muito similares, bem como de arcabouço legal e regulatório similar, se compreendeu no Acórdão Recorrido que haveria vedação a amortização fiscal do “ágio interno” e nos Acórdãos Paradigmas entendeu pela possibilidade dessa mesma amortização.

46. Diante disso, é devido o conhecimento do presente Recurso Especial, para que esta Turma Julgadora possa sanar a divergência contida entre o Acórdão

Recorrido e os Acórdãos Paradigmas no tocante a possibilidade de amortização fiscal do ágio interno, reformando parcialmente o Acórdão Recorrido para conformá-lo aos entendimentos trazidos acima nos Acórdãos Paradigmas, decidindo pela possibilidade de amortização fiscal do ágio interno no presente caso e, consequentemente, pelo cancelamento integral do lançamento.

No mérito, defende a reforma parcial do acórdão recorrido com relação ao Ágio G&K porque:

49. Como dito, a Turma Julgadora, no Acórdão Recorrido, defendeu que não haveria autorização no ordenamento pátrio para se formar e tampouco amortizar fiscalmente um ágio interno¹.

50. Ocorre que, o Professor Eliseu Martins, ao elaborar parecer específico sobre esta operação (fls. 2.757/2.801 dos autos), concluiu que qualquer pretensão fiscal no sentido de rejeitar o ágio alegando tratar-se de ágio interno implica exigência de imposto sobre um modelo de tributação em conjunto, que nunca entrou em vigor no Brasil. Cita-se:

Ora, e o que ocorre no Brasil? Nossa Lei das Sociedades por Ações normatiza, basicamente, o balanço individual. Trata as demonstrações consolidadas como uma espécie de complemento às demonstrações individuais, tão somente para fins de divulgação, sem qualquer efeito societário. O Fisco brasileiro tão rapidamente eliminou a figura da tributação em conjunto criada pelo Decreto-lei nº 1.598/77 que nunca entrou, de fato, em vigência. Assim, as demonstrações consolidadas são uma importantíssima fonte de informação para os usuários externos, mas não deriva dela qualquer direito societário (cálculos de dividendo, valor do direito de recesso, etc), ou qualquer obrigação tributária. **Tudo, nesse aspecto, no Brasil, continua regido pelas demonstrações contábeis individuais, o que nos permite afirmar que qualquer pretensão fiscal no sentido de rejeitar a dedução do ágio alegando tratar-se de um “ágio interno” não significa outra coisa senão exigir imposto com base em um modelo de tributação em conjunto que nunca entrou em vigor no Brasil** (Fls. 17 /18 do parecer – g.n.)

51. Com efeito, o Professor Eliseu Martins afirmou categoricamente: ***“Não existem impedimentos para a amortização do referido ágio nos ordenamentos contábil e tributário brasileiros. Nunca houve qualquer vedação ao reconhecimento desse tipo de ágio.”*** (Resposta ao quesito de nº 3 do parecer Pág. 41).

¹ Relembre-se:

“ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. NÃO DEDUTIBILIDADE.

As quotas de amortização do ágio nascido de operações envolvendo empresas do mesmo grupo econômico são insuscetíveis de dedução do IRPJ e da CSLL, em razão da falta de substância econômica.” (ementa do Acórdão Recorrido)

52. Conclui-se, portanto, que seja do ponto de vista contábil, seja do ponto de vista fiscal, **não existia no Brasil nenhuma vedação para o registro do ágio interno decorrente de operações realizadas dentro de um mesmo grupo à época dos fatos debatidos nos autos (o que só foi alterado com o advento da Lei nº 12.973/2014)**, motivo pelo qual, em obediência ao princípio da legalidade, este tipo de ágio deve ser aceito para fins fiscais.

53. Veja-se, nesse sentido, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (“TRF-4”) nos autos da Apelação / Remessa Necessária nº 5058075-42.2017.4.04.7100/RS, onde se verificou que antes do advento da Lei nº 12.973/2014 não havia qualquer vedação ao reconhecimento e aproveitamento fiscal do ágio gerado entre partes relacionadas:

1. A pessoa jurídica, **antes da vigência da Lei n. 12.973/14**, que absorver patrimônio de outra em virtude de incorporação ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, baseado em rentabilidade futura, **ainda que o aumento do capital social que deu origem ao ágio tenha sido integralizado com ações de sociedade integrante do mesmo grupo econômico**, juntamente com capital de terceiros, poderá amortizá-lo na forma prevista no art. 7º, III, da Lei n. 9.532/97.

4. **A adoção de regras contábeis não pode se sobrepor às regras jurídicas que disciplinavam o ágio gerado na reorganização societária sem qualquer distinção em relação a empresas do mesmo grupo econômico.** (fl. 56 – g.n.)

54. Cita-se ainda, outro acórdão do TRF-4, que, ao julgar apelação interposta pela União nos autos do processo nº 5011067-23.2018.4.04.7201/SC², decidiu pela procedência do ágio interno para fins fiscais, dada a ausência de proibição. Veja-se:

TRIBUTÁRIO. REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. INCORPORAÇÃO. ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO.

1. A operação de aproveitamento de ágio realizada encontrava amparo legal na legislação vigente à data dos fatos.

2. **Autorizada a amortização do ágio, consoante prevê o art. 7º, III, da Lei 9.532/97, não havia exceção legal que vedasse a operação entre pessoas jurídicas pertencentes ao mesmo grupo econômico, até o advento da Lei 12.973/2014, sendo as operações anteriores à referida lei.**

3. Realizadas operações contábeis e societárias autorizadas por lei, com transparência, tal planejamento tributário não se afigura fraudulento,

² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (1ª Turma). Apelação/Remessa Necessária nº 5011067-23.2018.4.04.7201/SC. Relator: Desembargador Federal Leandro Paulsen. Disponível em <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41661511925033987682180848571&evento=40400188&key=c02541df0850e9153f87a8f64364f2d17ddf47ed0f0e5fbbddf48cc919cb8041&hash=d41bfa32024752305cf6991354909c87> Acesso em 04 jun. 2024.

sendo certo que a própria autoridade coatora assim não o considerou, devendo ser afastado o ato coator.

4. O fato de o ágio ser baseado em rentabilidade futura não constitui óbice ao seu aproveitamento. Precedentes. (g.n.)

55. Seguindo a mesma linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça ("STJ") julgou, em 05/09/2023, por unanimidade de votos, de forma favorável ao contribuinte o REsp nº 2.026.473/SC, em que se definiu que o aproveitamento fiscal de ágio é devido quando observados tão somente os estritos requisitos legais:

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

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

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

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

13. Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que o ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresaveículo" já seria, por si só, abusivo. (REsp n. 2.026.473/SC, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 19/9/2023 – g.n.)

56. O STJ, ao proferir supracitada decisão deixa claro que os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 não trouxeram qualquer disposição sobre a impossibilidade de aproveitamento de ágio nas operações de partes dependentes. Afirmou, inclusive, que quando o legislador desejou excluir o ágio interno, o fez expressamente com a inclusão do artigo 22 da Lei nº 12.973/2014 – o que, inclusive, evidencia que a previsão anterior não trazia esta limitação³.

57. Insta mencionar que recentemente foram rejeitados Embargos de Dedaração opostos pela Fazenda Nacional em face do referido acórdão do STJ, de modo que este entendimento é definitivo.

58. O entendimento acima também é corroborado na obra de Ramon Tomazela Santos⁴, o qual afirma que *“a introdução de uma vedação expressa no artigo 22 da Lei nº 12.973/2014 evidencia que, no regime anterior, não havia restrição ao chamado ‘ágio interno’”*.

59. Essa posição também é defendida por Luís Eduardo Schoueri⁵, que assim se pronunciou a respeito da validade do ágio interno para o Direito:

Sob o **aspecto tributário**, por sua vez, verifica-se ser comum entre os contribuintes a utilização de estruturas em que o **ágio é gerado internamente**, em **operações realizadas entre partes relacionadas**.

Eis um bom exemplo de **divergência entre as disciplinas contábil e tributária**, já existente antes mesmo das recentes modificações da legislação societária: embora contabilmente o ágio exija uma participação de terceiros, **a legislação tributária jamais trouxe semelhante ressalva. Do ponto de vista tributário, o investidor deve, sempre, registrar um ágio que corresponderá, sempre, à diferença positiva entre o valor patrimonial e o preço pago pela participação societária.** (g.n.)

60. Por fim, confira-se artigo de autoria do Professor Eliseu Martins publicado no Jornal Valor Econômico, em 28/08/2012, que trata sobre esse tema:

Dedutibilidade fiscal da amortização do ágio

(...)

Mais recentemente, com o valor dessas dedutibilidades assumindo vultosas cifras, o Fisco começou a autuar as empresas sob os mais variados argumentos: **ágio interno, ou seja, derivado de negociações de participações societárias entre empresas do mesmo grupo - mas nada na**

³ Primeiro, porque os supracitados arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 em nenhum momento dispuseram de maneira expressa sobre a impossibilidade apriorística do aproveitamento do ágio nas operações de partes dependentes ou mediante o emprego de empresa interposta. Aliás, quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação, e continua não havendo, ao uso de sociedade-veículo.” (Fl. 16 do REsp n. 2.026.473/SC)

⁴ SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 200.

⁵ In Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários). São Paulo: Dialética. 2012, p. 105.

lei fiscal ou contábil jamais vedou isso até 2010; ausência de 'custo' por não haver desembolso de caixa na aquisição, já que pagamento com emissão de ações às vezes - só que jamais a contabilidade subordinou "custo de aquisição" a desembolso em caixa. Há ainda o laudo de avaliação elaborado após a negociação - o laudo nunca foi exigido legalmente e é mesmo comum que ele seja formalizado após a operação, com esta se dando com base em documentos e estudos internos ou externos elaborados rapidamente, apresentados em forma inacabada etc.; a não atribuição, primeiramente, da mais valia dos ativos - mas o próprio Decreto-Lei nº 1.598, de 1977 abriu a brecha para escolha de classificação e não hierarquização; não há ágio com patrimônio líquido negativo - mas isso jamais foi mencionado na legislação e, contabilmente, esse reconhecimento faz parte das práticas contábeis aceitas; não atribuição de valor a intangíveis não contabilizados - mas essa exigência contábil começou entre nós apenas a partir de 2010 etc. Ou seja, o Fisco vem procurando consertar, por vias na maioria das vezes muito discutíveis, os erros do próprio governo. (g.n.)

61. Ressalte-se, ainda, o entendimento deste Conselho no que tange à **tributação do deságio** gerado em operações societárias **dentro do mesmo grupo**.

62. De fato, caso a aquisição da participação societária tivesse se dado por valor inferior ao valor de patrimônio líquido, a Recorrente teria reconhecido um deságio, nos termos do RIR/99:

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.

63. Esse deságio (quando fundamentado na expectativa de rentabilidade futura – inciso II, do parágrafo 2º, do artigo 386 do RIR/99) deveria ser amortizado e tributado durante os cinco anos subsequentes à incorporação:

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):

(...)

IV - **deverá amortizar o valor do deságio** cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à

apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração. (g.n.)

64. Com efeito, verifica-se que o deságio deverá ser amortizado, com a consequente tributação dessas receitas. Ressalte-se, neste sentido, que a Receita Federal já manifestou entendimento de que este **deságio deveria ser tributado mesmo que fosse gerado em uma operação interna**, dentro do mesmo grupo, como ocorreu no presente caso. Este foi o objeto do Acórdão CARF nº 108-07.684⁶:

É fato inconteste que a recorrente controlava a empresa incorporada. Outrossim, que a mesma **adquiriu participações de sua controlada abaixo do valor patrimonial**. Com esses atributos o seu investimento estava sujeito à avaliação pelo regime de equivalência patrimonial, sendo-lhe também exigido a segregação contábil dos valores de patrimônio líquido e do ágio ou deságio, tudo conforme os artigos 384 e 385 do RIR/99.

(...)

Existindo o deságio a questão é saber o momento de sua amortização e do reconhecimento do ganho quando há extinção do investimento por incorporação.

Deve-se consignar que a legislação pertinente aos atos de absorção de patrimônio mediante incorporação, fusão ou cisão de uma sociedade investida, sofreu profunda alteração com a edição da Lei 9.532/97, posteriormente modificada pela Lei 9.718/99.

As novas regras aplicam-se aos casos de absorção de patrimônio de empresa investida por incorporação, fusão ou cisão, na qual a participação societária tenha sido adquirida com ágio ou deságio, e seja qual for o método de avaliação do investimento; equivalência patrimonial ou custo de aquisição.

Estabeleceram-se então critérios de amortização do ágio ou deságio, dependendo do seu fundamento econômico, que pode ser por: a) valor de mercado de bens da investida maior ou menor do que o contábil; b) rentabilidade futura da investida; e c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. **Para cada um dos possíveis fundamentos a lei veio a determinar o momento no qual o ágio poderia ser reconhecido como despesa/perda e o deságio deveria ser reconhecido como receita/ganho.** (Acórdão nº 108-07.684 - g.n.)

⁶ Ressalva-se que este precedente não está sendo apresentado como Acórdão Paradigma para fins de demonstração de divergência jurisprudencial. Trata-se somente como reforço argumentativo pela necessidade de reforma do Acórdão Recorrido.

65. Assim, conforme se percebe na manifestação da própria Receita Federal em casos análogos ao presente, que a aquisição de participação societária por valor inferior ao patrimônio líquido (deságio) é suficiente para que **esse valor seja configurado como receita tributável, após um evento de incorporação.**

66. Contudo, de forma contraditória, pretende o Fisco vedar o ágio gerado dentro do mesmo grupo econômico, **mas não o deságio.** Trata-se de evidente tratamento desigual, que não pode ser admitido.

67. Ora, diante de todo o exposto no tópico **III.1 e III.2** acima, bem como em razão dos argumentos desenvolvidos neste tópico, requer-se que esta C. CSRF determine a reforma parcial do Acórdão Recorrido para que se considere legítima a amortização fiscal do ágio relacionado à empresa G&K, imputado como interno, considerando que não havia restrição legal ou regulatória a sua apuração e aproveitamento, o que se verificava, inclusive, de igual modo, para o deságio. *(destaques do original)*

Com respeito à *divergência sobre a inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela autoridade fiscal*, observa que a exigência de CSLL foi mantida mediante adoção da mesma solução dada ao IRPJ. Discorre sobre a divergência em face do paradigma rejeitado nº 9101-002.310 e do paradigma nº 9101-005.773 afirmando que:

72. Como se vê, o entendimento exarado no Acórdão Recorrido é diametralmente oposto ao que discorrem os acórdãos paradigmas supracitados, tendo em vista que, ao analisar questões fáticas semelhantes (a dedução da despesa com amortização de ágio na base de cálculo da CSLL), **as decisões andaram em sentido diverso, concluindo que, além de a CSLL possuir regras próprias quanto à definição de sua base tributável, também não há previsão legal que permita a adição, a tal base de cálculo, da despesa com amortização de ágio considerada indedutível.**

73. Desta feita, evidenciada a divergência de interpretação legal quanto à aplicação do artigo 57 da Lei nº 8.981/1995 e do artigo 38 da Lei nº 8.541/1992, bem como do disposto no artigo 2º da Lei nº 7.689/1988, quanto à base de cálculo da CSLL, verifica-se que o entendimento esposado no Acórdão Recorrido mostrou-se equivocado, o que não poderá ser aceito por esta C. CSRF em razão do entendimento consolidado nos acórdãos paradigmas acima citados. *(destaques do original)*

Ao final, pede que o recurso especial seja conhecido e provido *para que seja parcialmente reformado o Acórdão Recorrido, proferido pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do E. CARF e, consequentemente, integralmente cancelados os autos de infração.*

Os autos foram remetidos à PGFN em 28/08/2024 (e-fl. 5874), e retornaram em 25/09/2024 com memoriais (e-fls. 5875/5913) nas quais a PGFN defende a manutenção do acórdão recorrido, afirmando a impossibilidade de aproveitamento do ágio interno porque:

Não obstante, a pretensão da Recorrente em ver o auto de infração cancelado não merece prosperar. Não é necessário esforço para perceber que o “ágio” apurado quando da incorporação de ações das sociedades operacionais, entre elas a recorrente, pela G&K, foi realizado integralmente intragrupo.

Ainda que não se questionasse 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.

O fato de que essa reavaliação se deu 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.

Trata-se, no entanto, de ágio suportado pelo IGP, em função de investimento na G&K, e não ágio “pago” por esta em função de investimento na recorrente.

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 – sendo mais do que evidente que um aporte de R\$ 50 milhões não pode ser a causa a justificar um ágio de mais de R\$ 1 bilhão.

Destarte, em que pese a participação de um terceiro independente no processo, não há dúvida de que se tratou do que se convencionou chamar de ágio interno que, à exceção da ínfima parcela mencionada no parágrafo anterior, não gerou qualquer custo ou riqueza e, portanto, não seria de se esperar que pudesse gerar os reflexos fiscais que pretende a recorrente.

A dedutibilidade do ágio se encontra prevista da seguinte forma na Lei nº 9532/1997:

[...]

De acordo, portanto, com os artigos supracitados, um ágio passará a ser dedutível se a empresa que adquiriu uma participação societária com ágio (investidor) absorver ou ser absorvida por essa participação societária (investimento). Em síntese, a lei estabelece uma presunção de perda de investimento em face da “confusão patrimonial” entre investimento e investidor.

Todavia, para que haja essa presunção de perda de capital decorrente da “confusão patrimonial” entre investimento e investidor, é imprescindível que o investimento tenha sido efetivamente adquirido pelo investidor com ágio. É indispensável que, antes de tudo, uma empresa tenha adquirido uma participação

societária por meio de uma verdadeira operação de aquisição, com propósito negocial e substrato econômico.

Tal entendimento decorre da interpretação da expressão “participação adquirida com ágio” contida no “caput” do artigo 7º da Lei nº 9.532/1997. Por certo, quando a norma faz uso da expressão “adquirida com ágio”, deve-se entender que a situação fática abrangida é aquela por meio da qual houve uma verdadeira aquisição de participação societária com pagamento de uma “mais valia”. Onde, portanto, há o interesse de partes independentes em negociar uma participação societária, e há a efetiva circulação de riquezas entre elas.

Assim, em outras palavras, no caso de uma incorporação, para que o ágio registrado seja dedutível nos termos da Lei nº 9.532/1997, deve a pessoa jurídica que efetivamente adquiriu uma participação societária com pagamento de ágio incorporar essa participação, ou ser incorporada por ela. Em resumo, o ágio deve ser de fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participam da incorporação, fusão ou cisão societária que tornará o ágio dedutível. Se assim não for, será impossível haver a “confusão patrimonial” que a autoriza a presunção de perda de investimento prevista na lei.

De acordo com a previsão legal, qualquer situação diferente da hipótese aqui ventilada não admite a dedução da despesa com amortização do ágio. Uma incorporação, fusão ou cisão societária que envolva um ágio que não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da operação societária não permitirá a aplicação do benefício fiscal instituído pela Lei nº 9.532/1997, pois se estará diante de uma situação onde a presunção de perda de investimento não poderá ser aplicada. Como não haverá a “confusão patrimonial” entre o real investidor e o investimento adquirido com ágio, o investimento não poderá ser considerado perdido por presunção, e, assim, o ágio não poderá ser deduzido. O ágio poderá até existir contabilmente, mas não será dedutível na apuração do lucro real.

Importante salientar que a amortização do ágio autorizada pelo inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, por **significar uma antecipação no registro de uma despesa**, vez que, em regra, o sobrepreço que integra o custo de aquisição de uma participação societária só deve impactar o resultado fiscal por ocasião da efetiva alienação da referida participação, representa até certo ponto um favor fiscal, motivo pelo qual deve-se emprestar interpretação restritiva à referida norma autorizadora.

Ademais, o aplicador da norma, frente a uma situação concreta que lhe é apresentada, deve envidar esforços no sentido de averiguar se efetivamente está diante de circunstância que autoriza a dedução do ágio.

Nesse sentido, **faz-se necessário verificar se, de fato, o valor amortizado, considerada a operação ou operações que deu ou deram causa ao seu surgimento, representa o ÁGIO de que trata a norma que autoriza a sua dedução.**

O art. 20 do Decreto-Lei no 1.598, de 1977, por sua vez, antes das alterações promovidas pela Lei no 12.973, de 2014, dispunha:

[...]

No que tange ao ágio gerado em 2006 em decorrência da incorporação das ações da OBF pela G&K, tem-se que ele não é dedutível nos termos da legislação tributária vigente uma vez que não existiu de verdade, fora criado apenas “no papel”, pois não apresenta propósito negocial e substrato econômico que justifique o seu surgimento, a sua existência.

Quanto à falta de propósito negocial, de acordo com a defesa apresentada pela recorrente, tem-se que a razão negocial que levou ao surgimento do ágio oriundo da incorporação das ações da OBF pela G&K foi: criação de uma holding pura de participações societárias (B&K), a qual passaria a concentrar em seu patrimônio as participações nas empresas operacionais do grupo (OBF, BOTICA, CÁLAMO e EMBRALOG).

Segundo a recorrente, essa era a melhor opção encontrada para concentrar as ações representativas do capital das empresas operacionais no patrimônio da G&K.

Ora, essa razão negocial não se encaixa naquela prevista no inciso III do artigo 386 do RIR/99 (rentabilidade futura do investimento adquirido). Esse motivo não apresenta sequer natureza econômica.

Um ágio pautado em objetivos meramente societários não há como ser confundido com um ágio que é cobrado em razão da rentabilidade futura que um negócio pode gerar. Como já ressaltado, o “propósito negocial” eleito pelo grupo empresarial a fim de justificar o ágio cobrado na incorporação das ações da OBF sequer é um verdadeiro propósito negocial.

Sobre a causa material que dá ensejo ao ágio ou deságio (propósito negocial), especialmente na aquisição de participações societárias, EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO⁷ tece as seguintes razões:

*O ágio ou deságio tem uma causa. A rigor, esta causa é o pagamento do preço que alguém faz pela aquisição de uma participação societária que seja portadora dos atributos da relevância e influência e, portanto, suscetível de ser obrigatoriamente avaliada com base no método da equivalência patrimonial. Quando a lei impõe o desdobramento do custo de aquisição entre valor patrimonial e ágio ou deságio, ela estabelece que o sujeito passivo atribua um **fundamento econômico** ao ágio ou deságio.*

A atribuição do fundamento econômico é ato de valoração e consequente qualificação jurídica; ao sujeito passivo é facultado escolher um dentre os vários que tenham contribuído como motivo determinante da aquisição. Por vezes, o fundamento econômico consta do próprio contrato de aquisição da

⁷ In.: _____. *Imposto de renda das empresas*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 422.

participação societária; isto ocorre quando as partes atribuem valores separados para certos bens.

*O fato de o sujeito passivo ter certa liberdade para eleger um critério de qualificação não significa que o ato possa ser absolutamente discricionário ou arbitrário: **ao adquirente da participação societária com ágio ou deságio cumpre o dever de provar que o ágio ou deságio existiu e que o fundamento econômico atribuído tem correspondência com a realidade.** (grifo nosso)*

Outrossim, para que ocorra a efetiva aquisição de um investimento, com o correspondente surgimento do ágio ou deságio, é imprescindível a existência de **substrato econômico** à sua realização, ou seja, de transação econômica que materialize o **valor de aquisição ao mesmo tempo pago pelo adquirente e recebido pelo alienante**. A aquisição de um investimento, assim como de qualquer bem ou direito, deve sempre importar o **dispêndio de um gasto (econômico ou patrimonial) pelo adquirente e o ganho (também econômico ou patrimonial) pelo alienante**. Sem essa troca de riquezas e da titularidade do investimento, não há que se falar em aquisição, e, como consequência, no surgimento de ágio ou deságio.

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

[...]

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

[...]

Mostra-se, assim, a necessidade de o ágio ou deságio auferido por uma empresa com a aquisição de uma participação societária ter como origem um propósito econômico real, assim como um efetivo substrato econômico. A presença concomitante desses dois requisitos é imprescindível ao reconhecimento da existência dessa figura econômica e contábil. **A aquisição de um investimento por meio de mera escrituração artificial, sem a sua real materialização no mundo econômico, não é hábil a gerar ágio ou deságio.**

Como já dito, a questão posta nos presentes autos é a seguinte: **um ágio criado internamente é hábil a gerar uma despesa dedutível nos termos do artigo 386 do RIR/99? Entende-se que não.**

Como já delineado acima, o artigo 386 do RIR/99 dispõe que o ágio **criado com supedâneo na previsão de rentabilidade futura de uma empresa** poderá gerar despesa dedutível na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. **O propósito negocial que justifica a criação do ágio deve ser a previsão de ganho calculada pelo adquirente da participação societária.**

Outrossim, mesmo que se considere como válido o propósito negocial eleito pela Recorrente e se reconheça como oriundo de transações entre partes independentes, **destaca-se que o registro que originou a criação do ágio fora cancelado com a posterior incorporação de uma empresa pela outra.**

Com efeito, é notório que uma sociedade não pode ser sócia dela mesma. Não pode uma empresa deter em seu ativo participação societária própria. O capital social de uma sociedade, do qual cada sócio tem participação, faz parte do patrimônio líquido da empresa e visa a permitir a persecução do seu objeto social.

Como já salientado, essa é a consequência normal quando uma empresa incorpora outra na qual detenha participação societária, daí porque o artigo 386 do RIR/99 (artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997) autoriza, em condições onde o ágio ou deságio foi criado verdadeiramente, a amortização dessa diferença na conta de resultado da incorporadora. Como a incorporadora perde o investimento realizado pela incorporada, ameniza-se o prejuízo admitindo a dedução da sua aquisição na conta de resultado da empresa.

No presente caso, o propósito negocial que deu origem ao ágio era a sua própria criação, um fim em si mesmo.

O ágio criado com a engenharia societária não teve, assim, qualquer propósito negocial, sua finalidade foi estritamente tributária: reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL a ser paga.

Não apresentando propósito negocial e substrato econômico ao seu surgimento, **o ágio ora em discussão não existiu**, tendo sido criado somente *no papel*. **Não existindo de fato, tal ágio, portanto, não é válido e nem eficaz para ser amortizado na conta de resultado da contribuinte**, seja pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (385 e 386 do RIR/99), seja por qualquer outra norma que autoriza tal dedutibilidade.

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

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

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas utilizando dos já referidos “planejamentos tributários”, vêm

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

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

Vê-se, assim, que a *mens legis* dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foi de repudiar ações como a praticada pela Recorrente junto com o seu grupo econômico. O artigo 386 do RIR/99, o qual repete o conteúdo das referidas disposições legais, autoriza a concessão do benefício fiscal de amortização do ágio na conta de resultados nos casos em que **essa diferença econômica realmente exista. O ágio ou deságio criado por meio de negócios sem fins econômicos e/ou onde não houve o efetivo dispêndio do preço de aquisição do investimento não deve dar ensejo ao benefício previsto nos multicitados artigos.**

Além de não ser dedutível nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, o ágio utilizado pela Recorrente não é passível de integrar a conta de resultado por nenhum outro dispositivo que autoriza a dedutibilidade de despesas na base de cálculo do IRPJ e da CSLL. **A despesa amortizada pelo sujeito passivo na apuração de seu lucro líquido não se enquadra em nenhuma das hipóteses de dedutibilidade previstas pelos artigos 324 a 327 do RIR/99.**

Mesmo se não tivéssemos enveredado pela ausência de propósito comercial ou sobre a discussão de tratar-se ou não de ágio interno, **ainda assim** a dedutibilidade deste ágio seria impossível. Isso porque há inobservância de requisitos legais expressos para a amortização do ágio efetivamente pago.

Com efeito, a legislação exige o seguinte para permitir a dedutibilidade (RIR/99):
[...]

Ora, **a permissão legal** para que a empresa resultante de incorporação, em que houver investimento de uma em outra, adquirido com ágio, possa amortizar esse ágio (despesa dedutível), **exige a absorção** do patrimônio da incorporada; de outra forma (permanecendo a existir o investimento), não se caracteriza a situação prevista na norma, que é exatamente o de estabelecer uma regra de tributação para quando acontece a “confusão patrimonial do investimento”, ou seja, o ágio pago na aquisição das ações de A em B resta desacompanhado de sua origem (conta de investimento).

Dessa forma, requisito legal específico, constante da legislação aplicável à matéria, não foi cumprido, qual seja: **a absorção do patrimônio da empresa que de fato realizou o investimento.**

Parece-nos claro, portanto, mais um motivo (**legal expreso**) que obsta a amortização de ágio levada a termo pela Contribuinte Recorrente.

A amortização do ágio G&K foi objeto de lançamento relativo a outros anos-calendários, tendo sido amplamente rechaçado: Acórdão n.º 1301-001.744, confirmado pelo Acórdão 9101-003.446 (10980.725496/2011-56); 1301-002.918, confirmado pelo Acórdão n.º 9101-007.000 (10903.720018/2015-04); 1302-002.630 confirmado pelo Acórdão n.º 9101-006.99 (10980.726765/2011-00).

Por oportuno, corrobora-se, *ipsis litteris*, os termos do acórdão recorrido na presente manifestação, por não merecerem quaisquer reparos:

[...]

Por fim, em razão da profundidade e riqueza, e por serem plenamente aplicáveis ao caso em apreço, adota-se os excertos a seguir extraídos do acórdão n.º 1301-001.744, que, como mencionado, enfrentou o mesmo caso, envolvendo uma outra empresa do mesmo grupo econômico:

[...]

A argumentação versada no acórdão põe por terra todos os argumentos da recorrente. Com efeito, desafia a qualquer lógica imaginar que seria da vontade do legislador ou da legislação que se criasse despesa dedutível em razão da simples reavaliação de ativos do contribuinte, sem que se tivesse despendido qualquer valor em tal aquisição – ainda que esta reavaliação tivesse sido motivada pelo ingresso de um terceiro investidor.

A antecipação da dedução fiscal do ágio é indissociável da noção de custo e na sua incorrência por parte daquele a quem aproveita, ao qual franqueia-se regra excepcional de dedutibilidade quando o investimento adquirido é extinto e incorporado ao patrimônio que o adquiriu.

Por derradeiro, a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, tem-se indinado a exigir, conforme aqui defendido, além do propósito negocial, que as operações não sejam travadas entre empresas sob controle comum (ágio interno). Nesse sentido, cabe transcrever o teor do já mencionado acórdão n. 1301-00058, lavrado pelo i. Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães:

[...] (*destaques do original*)

Com respeito à *impossibilidade de dedução da despesa com a amortização de ágio da base de cálculo da CSLL*, adiciona que:

A Lei nº 6.404/76 não prevê a contabilização do ágio em separado do valor do investimento. Já o Decreto-lei nº 1.598/77 prevê essa contabilização, dispondo, todavia, que as amortizações do ágio que decorram da aplicação do método da equivalência patrimonial não possuem efeito fiscal. O ágio somente pode ter efeito na apuração dos tributos sobre o lucro do IRPJ quando houver a baixa do investimento. Portanto, vê-se que a sociedade adquirente de um investimento

avaliado a valor de patrimônio líquido deverá registrar os ajustes no valor do investimento adquirido, resultante da aplicação do método da equivalência patrimonial, concomitantemente à amortização do ágio incorrido na aquisição desse investimento. Ou seja, a amortização do ágio é decorrente da aplicação do método da equivalência patrimonial.

Ocorre que o art. 2º da Lei nº 7.689/89 impõe exatamente a neutralidade dos ajustes decorrentes da equivalência patrimonial na apuração da base de cálculo da CSLL, conforme se observa pela redação do dispositivo, *verbis*:

[...]

Ou seja, os ajustes no resultado, decorrentes da aplicação do método da equivalência patrimonial, não geram nenhum efeito na base de cálculo da CSLL, tanto porque essa neutralidade dos efeitos é expressamente prevista no art. 2º, § 1º, alínea “c”, itens 1 e 4, quanto por uma interpretação sistemática da legislação que dá fundamento a esse tributo.

Dessa forma, se a amortização do ágio decorre do método da equivalência patrimonial, e os resultados decorrentes da aplicação desse método não possuem efeitos fiscais, não é possível admitir então que o contribuinte deduza da base de cálculo da CSLL a amortização de ágio na aquisição de investimento.

Tal entendimento consta do voto condutor, proferido pelo Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães, no Acórdão nº 1301-001.067, *verbis*:

[...]

Acerca da interpretação sistemática da legislação tributária, é importante ver que as bases imponíveis ao IRPJ e da CSLL partem do lucro líquido, ou o resultado contábil do período de apuração, tornando-se dispensável repetir os conceitos de receita bruta, receita líquida, custos e despesas operacionais, etc., aplicáveis à CSLL, se os mesmos estão devidamente definidos na legislação do IRPJ.

Também não seria necessário um comando legal que autorizasse excluir do lucro líquido os resultados positivos de participação societária e de amortização de ágio, na determinação da base de cálculo da CSLL, exatamente por adoção do mesmo art. 57 da Lei nº 8.981/95. Tal exclusão, no caso, seria decorrente da própria lógica contábil da metodologia de escrituração daqueles investimentos, construída pela legislação comercial e fiscal, buscando a manutenção dos referidos ganhos e perdas decorrentes da aplicação do método da equivalência patrimonial à margem da incidência tributária.

Como a legislação do IRPJ determina a adição dos valores referentes a amortização de ágio na determinação do lucro real, objetivando que esses valores deduzidos na escrituração contábil não influenciem o lucro real do período, igualmente devem ser adicionados na apuração da base de cálculo da CSLL, em conformidade com a intenção do legislador de mantê-los distanciados da

tributação das operações da empresa, agora pelo lado da redução da base imponible.

Com o art. 57 da Lei nº 8.981/95, a seguir transcrito, o legislador quis evitar a repetição desnecessária de comandos legais para disciplinar a metodologia de determinação das bases imponíveis do IRPJ e da CSLL, naquilo em que as sistemáticas tinham em comum:

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

Saliente-se que as Instruções Normativas SRF nº 93/97 e 390/2004 consolidaram as regras relativas à apuração e pagamento da CSLL, repetindo em seus artigos 49 e 3º, respectivamente, o mesmo comando da referida lei. Frise-se também que o art. 44 da IN SRF 390/2004 especificou a obrigatoriedade de aplicar à CSLL as normas previstas na legislação do IRPJ relativas à amortização. No mesmo sentido a Decisão SRRF/8ªRF/Disit nº 333/2000.

Portanto, a previsão para se aplicar à CSLL as mesmas regras e condições de dedutibilidade de amortização existentes para o IRPJ decorre de previsão legal, bem como está consubstanciada nos citados atos normativos, os quais corroboram o entendimento da Administração Tributária sobre a aplicabilidade do dispositivo à hipótese aqui tratada.

Diversamente do sustentado pelo contribuinte, a posição predominante no âmbito desse Conselho quanto à adição à base de cálculo da CSLL, de despesas com amortização de ágio, encontra amparo nas normas que regem a exigência da referida contribuição. Como exemplo os acórdãos nº 9101-003.002 e 1402-001.589, com as seguintes ementas:

[...]

Assim, como outrora registrado, impõe-se concluir que a previsão para se aplicar à CSLL as mesmas regras e condições de dedutibilidade de amortização existentes para o IRPJ decorre de previsão legal, e encontra-se embasada nos mencionados atos normativos, os quais apoiam o entendimento da Administração Tributária sobre a aplicabilidade do dispositivo à hipótese aqui tratada.

Em que pese o fato da conclusão acima ser, por si só, suficiente para demonstrar o acerto do procedimento fiscal, registre-se que, também do ponto de vista da dedutibilidade das provisões autorizadas pela legislação tributária, a pretensão da recorrente não pode prosperar.

A amortização de ágio constitui uma provisão, e não despesa incorrida. Não se pode minimizar o efeito da imprevisibilidade em projeções futuras de ganhos. Tal ocorrência poderá ou não se configurar, trazendo ou não os resultados futuros

esperados pela empresa. Tanto é assim que todos os laudos apresentados pela empresa alertam para tal fato.

A interpretação das variáveis envolvidas no negócio da empresa adquirida nem sempre leva às mesmas conclusões, não sendo possível prever com exatidão quais serão os resultados futuros que a empresa obterá. Somente por ocasião da alienação de um investimento é que se poderá determinar se houve ganho ou perda de capital com tal investimento. De forma que não é razoável desconsiderar-se o grau de imprevisibilidade contido em projeções futuras de ganhos, sob a alegação de que a amortização de ágio de investimentos em participações societárias não alienadas representaria obrigação certa quanto sua existência e valores.

A amortização de ágio na aquisição de investimentos reveste-se das características de provisão, pois não configura obrigação efetivamente constituída, que se traduza em uma despesa efetivamente incorrida. Como provisão, não é dedutível para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, consoante disposto nos art. 2º e 13, inciso I, da Lei nº 9.249/95:

[...]

Também o art. 2º, § 1º, letra “c”, da Lei nº 7.689/88, com a redação dada pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90, ao tratar da base de cálculo da CSLL, assim dispôs:

[...]

Dos dispositivos acima reproduzidos, conclui-se que a amortização de ágio na aquisição de investimento, considerada uma provisão, não pode ser deduzida da base de cálculo da CSLL.

Requer, assim, que seja *negado provimento ao recurso especial, mantendo-se a decisão recorrida nos pontos em discussão, por seus próprios e jurídicos fundamentos.*

VOTO VENCIDO

Conselheira **Edeli Pereira Bessa**, Relatora.

Recurso especial da PGFN - Admissibilidade

A Contribuinte contesta a admissibilidade do recurso fazendário por entender que não há similitude fática entre os acórdãos comparados. Contudo, o fato de os paradigmas tratarem de exigências decorrentes de infrações diversas na apuração do lucro real não afeta a similitude necessária para o tema que a PGFN pretende rediscutir em instância especial, especialmente porque o voto condutor do acórdão recorrido não questionou a cumulação de penalidades em razão, especificamente, das glosas aqui promovidas. Ao contrário, o entendimento ali firmado é expressamente estendido a quaisquer hipóteses de omissão de receita

ou glosa de despesa que afetem a apuração do lucro real anual e, na visão do Fisco, também os balancetes mensais de apuração de estimativas. Veja-se:

Até o advento da multa isolada, a norma que determinava o recolhimento das estimativas mensais àqueles que optassem pelo lucro real anual não era, na prática, obrigatória, pois destituída de sanção específica para seu descumprimento. Por isso, o recolhimento das estimativas se tornara mera recomendação, a qual o contribuinte atendia se lhe conviesse, porque o descumprimento não tinha qualquer consequência.

É nesse contexto que surgiu a figura da multa isolada, cujo propósito específico é apenas o descumprimento da norma que impõe, aos que optaram pelo lucro real anual, o recolhimento mensal por estimativa ou, opcionalmente, o levantamento de balancete de verificação, visando a suspender ou reduzir a estimativa do mês.

Essa, em linhas gerais, é a finalidade da multa isolada. Para tais situações foi concebida. Aplicá-la a casos de omissão de receita ou de glosa de despesas, além de ser um desvio, é uma forma de exacerbar a penalidade sem previsão legal para tanto.

Neste contexto, é válido concluir que a mesma orientação decisória seria aplicável se a exigência tivesse em conta a averiguação de *uma instituição financeira clandestina* ou *ganho de capital diante da alienação de participação societária*. Enquanto nos paradigmas admitiu-se que além da exigência do tributo devido sobre o lucro real ao final do ano-calendário, acrescida de multa proporcional, fosse também aplicada multa isolada sobre as estimativas que se revelaram não recolhidas com a repercussão das infrações apuradas nos balanços mensais, no acórdão recorrido afirmou-se que a multa isolada não foi concebida para punir falta de recolhimento de estimativas apuradas por repercussão destas infrações que afetaram o lucro real.

A divergência jurisprudencial resta evidenciada quando os casos comparados apresentam similitude fática nos elementos que são determinantes para a decisão da matéria pelos diferentes Colegiados do CARF, e tal se verifica entre os casos aqui confrontados: houve infração que afetou a apuração do lucro real e dos balanços mensais, e os Colegiados divergiram quanto à aplicação da multa isolada sobre as estimativas não recolhidas em decorrência desta apuração.

Esclareça-se, ainda, que a Contribuinte se equivoca ao interpretar que o paradigma nº 1302-001.080, ao expressar que *o simples fato de alguém, optante pelo lucro real anual, deixar de recolher o IRPJ mensal sobre a base estimada não enseja per se a aplicação da multa isolada*, estaria resguardando da punição condutas como a da Contribuinte. A multa isolada aqui aplicada tem em conta, justamente, que a Contribuinte não observou *as normas que regem o próprio recolhimento das estimativas*, vez que deduziu nos balancetes de suspensão/redução mensais a amortização de ágio considerada indevida, a evidenciar que o racional do paradigma validaria a exigência aqui formulada.

De forma semelhante, no paradigma nº 1202-000.964, vê-se que as circunstâncias correspondentes a *investigação de lavagem de dinheiro, manutenção de instituição financeira clandestina e, ainda, evasão de divisas e sonegação fiscal* em nada afetam a decisão acerca do cabimento da multa isolada por falta de recolhimento de estimativa apurada conjuntamente com o IRPJ e a CSLL devidos na apuração anual do lucro real.

Com respeito à aplicação das Súmulas CARF nº 82 e 105 como impeditivas à admissibilidade dos paradigmas, vê-se que apenas a Súmula CARF nº 82 é citada no recorrido, e isto apenas para historiar que a multa isolada constitui sanção na hipótese de falta de recolhimento de estimativas, vez que *após o encerramento do ano-calendário é incabível o lançamento de ofício de IRPJ ou CSLL para exigir estimativas não recolhidas*. Assim, como o acórdão recorrido não está fundamentado em tais enunciados, e não se vê nos paradigmas indicados qualquer ofensa ao disposto nas Súmulas CARF nº 82 e 105, não há óbice ao conhecimento do recurso especial.

Por tais razões, e com fundamento nas razões do Presidente de Câmara, aqui adotadas na forma do art. 50, §1º, da Lei nº 9.784, de 1999, o recurso especial da PGFN deve ser CONHECIDO.

Recurso especial da Contribuinte - Admissibilidade

O recurso especial da Contribuinte teve seguimento quanto ao *Ágio G&K* com base nos paradigmas nº 1401-006.713 e 9101-006.358, e quanto à repercussão na base de cálculo de tais glosas com base no paradigma nº 9101-005.773.

Como bem exposto no exame de admissibilidade, o paradigma nº 1401-006.713 se pronunciou sobre as mesmas operações analisadas no acórdão recorrido. Esclareça-se que no referido caso houve o acolhimento preliminar de nulidade do lançamento complementar para qualificação da multa de ofício, bem como foi superada a discussão acerca da *impossibilidade de tributação da receita de provisão*, para que a exigência fosse afastada apenas em razão de não prosperar a impossibilidade de amortização de ágio gerado internamente ao grupo econômico. A decisão do paradigma, neste sentido, foi assim expressa:

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, acolher a preliminar de nulidade do auto de infração complementar relativo à qualificação da multa de ofício e à responsabilização solidária dos sócios Miguel Gellert Krisgner e Artur Noemio Grynbaum. Vencidos os Conselheiros Itamar Artur Magalhães Alves Ruga e Luiz Augusto de Souza Gonçalves que negavam provimento ao recurso no ponto; no mérito da autuação, por aplicação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, com a redação dada pela Lei nº 13.988/2020, considerando o empate na votação, dar provimento aos recursos voluntários da contribuinte e dos responsáveis solidários, cancelando integralmente a exigência fiscal. Vencidos os Conselheiros Claudio de Andrade Camerano, Itamar Artur Magalhães Alves Ruga e Luiz Augusto de Souza Gonçalves, que negavam provimento ao recurso.

Referido julgado concluiu que *não há proibição nas normas tributárias para a ocorrência de operações societárias entre empresas vinculadas com a geração de ágio*, e inclusive invocou, neste mesmo sentido, o entendimento que prevaleceu no segundo paradigma, nº 9101-006.358.

O voto condutor do acórdão recorrido, por sua vez, aplica as conclusões dos Acórdãos nº 1301-002.918 e 9101-003.446 e valida a exigência tendo em vista, tão só, a formação do ágio intragrupo:

Como se percebe, o ágio deriva de operação entre empresas ligadas, já que todas elas se achavam sob o controle comum, emanado das mesmas pessoas.

A recorrente nega tratar-se de ágio interno. No entanto, ainda que fosse ágio interno, afirma que ao tempo dos fatos não existia óbice legal à sua dedução, o que só veio a ser introduzido com o art. 22 da Lei nº 12.973/2014.

[...]

Não procede a alegação da recorrente. O ágio intragrupo não tem e nunca teve substância econômica, por isso ele é repudiado pela CVM e pelo CPC. Pela mesma razão esse ágio é indedutível para fins de IRPJ e de CSLL.

O art. 22 da Lei nº 12.973/2014 não veio para validar as amortizações de ágio interno feitas no passado. O objetivo da norma é por termo ao conflito que ainda existia em torno desse tema.

Portanto, deve ser mantida a glosa do ágio (menor e maior) que ingressou na contabilidade da recorrente via incorporação da G&K Holding.

A divergência jurisprudencial, assim, resta validamente demonstrada quanto à pretensão da Contribuinte de que se *considere legítima a amortização fiscal do ágio relacionado à empresa G&K, imputado como interno, considerando que não havia restrição legal ou regulatória a sua apuração*, razão pela qual o recurso especial deve ser CONHECIDO nesta primeira matéria.

Já com respeito à segunda matéria, esta Conselheira reitera seu posicionamento contrário à admissibilidade do paradigma nº 9101-005.773 em dissídios semelhantes ao presente. Neste sentido, esta Conselheira, à semelhança do ocorrido julgamento⁸ consubstanciado no Acórdão nº 9101-007.136, ficou vencida⁹ no Acórdão nº 9101-007.064 quando reafirmou a divergência manifestada no Acórdão nº 9101-006.864, discordando da maioria do Colegiado¹⁰ que reconheceu a existência de dissídio jurisprudencial com base neste mesmo paradigma.

⁸ Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros 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).

⁹ 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).

¹⁰ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Jose Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado), Guilherme Adolfo dos Santos Mendes,

Como ocorrido no Acórdão nº 9101-007.064, aqui também se trata de glosa de amortização de ágio formado internamente ao grupo econômico, à semelhança do discutido no voto condutor do paradigma. De toda a sorte, esta Conselheira, participando do julgamento do paradigma, nele declarou voto esclarecendo que a parcela especificamente glosada naqueles autos correspondia às amortizações deduzidas antes da extinção do investimento, possivelmente adicionadas espontaneamente pelo sujeito passivo ao lucro real, mas não à base de cálculo da CSLL, motivo pelo qual o lançamento se restringira a esta contribuição. Veja-se:

O litígio submetido a este Colegiado tem em conta amortizações de ágio que afetaram a base de cálculo da CSLL antes do evento de cisão ocorrido em 01/11/2009. Estando fora de discussão a natureza do ágio, a questão subsistente é definir se seriam aplicáveis à CSLL as vedações, indiscutíveis no âmbito do IRPJ, às amortizações de ágio enquanto o investimento é mantido no patrimônio da investidora.

A maioria deste Colegiado já manifestou entendimento divergente daquele adotado pelo I. Relator, como bem espelha o voto do ex-Conselheiro André Mendes de Moura, condutor do Acórdão nº 9101-003.005¹¹:

A discussão é se deveria ou não ter sido realizada a adição na Base de Cálculo da CSLL de ágio contabilizado na aquisição de investimento, vez que a participação societária que deu causa ao ágio não foi objeto de alienação, e tampouco esteve envolvida em eventos de absorção de patrimônio (cisão, fusão ou incorporação).

Assim, a regra da adição ao Lucro Real, visando a neutralidade do lançamento contábil de amortização de ágio, também teria repercussão na Base de Cálculo da CSLL?

Há que se buscar a interpretação sistêmica da legislação tributária, sob pena de incorrer em contradições.

Toda a construção empreendida pelo Decreto-lei nº 1.598, de 1977, encontra-se em consonância com a edição no ano anterior (1976) da Lei nº 6.404 ("Lei das S/A"), no qual se buscou modernizar os conceitos de contabilização de investimentos decorrentes de participações societárias, inclusive com a adoção do método de equivalência patrimonial (MEP).

Foram tratados três momentos cruciais para o investidor, nascimento, desenvolvimento e fim do investimento, respectivamente delineados: (1) o da aquisição do investimento, normatizando-se a figura do "ágio", que consiste no sobrepreço pago na aquisição, e (2) o momento em que o

Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior, Jeferson Teodorovicz (suplente convocado) e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício)

¹¹ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Carlos Alberto Freitas Barreto, Adriana Gomes Rêgo, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Luis Flávio Neto, Rafael Vidal de Araújo, Lívia de Carli Germano (em substituição à conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio) e Gerson Macedo Guerra, e divergiram na matéria os Conselheiros Luis Flávio Neto (relator), Cristiane Silva Costa e Gerson Macedo Guerra.

investimento gera frutos para o investidor, ou seja, a empresa adquirida gera lucros; e (3) e desfazimento do investimento.

Em relação ao segundo momento (desenvolvimento do investimento), a interpretação integrada dos dois diplomas normativos consolidou a construção de sistema no qual os resultados de investimentos em participações societárias pudessem ser devidamente refletidos no investidor, por meio do MEP, e ao mesmo tempo, não fossem objeto de bitributação. Isso porque, em se considerando estritamente os lançamentos contábeis, os resultados da investida seriam refletidos no investidor, fazendo com que tanto na investida quando no investidor fossem apuradas receitas operacionais que, em tese, integrariam o lucro líquido e a base de cálculo tributável. Por isso, determinou-se que o investidor poderia efetuar ajuste, no sentido de excluir da base de cálculo tributável os resultados positivos auferidos pela investida.

É o que prescreve o art. 22 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, quando determina o procedimento a ser adotado pelo investidor ao final de cada exercício: o valor do investimento *na data do balanço (...), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento*. Caso tenha apurado resultado positivo, lançamento a débito na conta de investimento e a crédito em conta de resultado (receitas de equivalência patrimonial), com repercussão na base tributável.

Tal repercussão é neutralizada logo no artigo seguinte (art. 23), ao predicar *que a contrapartida do ajuste por aumento do valor de patrimônio líquido do investimento não será computada no lucro real (...)*. Assim, o crédito em conta de resultado seria excluído na apuração do lucro real.

Com a criação da CSLL, a Lei nº 7.689, de 1988, discorreu sobre ajuste na base de cálculo para fins fiscais, e determinou pela *exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido* (art. 2º, § 1º, alínea "c", item 1). Restou, nesse momento, nítida, clara e transparente, a **convergência** entre as bases de cálculo do IRPJ e CSLL, no que concerne às operações decorrentes de participações societárias e os correspondentes resultados auferidos.

A preocupação do legislador em compatibilizar a apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, mediante a operacionalização de ajustes no lucro líquido, é evidente.

Portanto, não há nenhum sentido entender que, para as operações societárias relativas ao primeiro momento (aquisição do investimento) e o terceiro momento (desfazimento do investimento), poder-se-ia aplicar um entendimento diferente daquele relativo ao segundo momento (desenvolvimento do investimento).

Em relação ao terceiro momento (desfazimento do investimento), predica a norma que na alienação do investimento, o valor do ágio deverá ser considerado, na apuração da base de cálculo tributável (art. 25 e 33 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977).

E, **em conexão indissociável** com o segundo momento (desenvolvimento do investimento) e o terceiro momento (desfazimento do investimento), o primeiro momento (nascimento do investimento) trata da aquisição do investimento que, se for realizada com sobrepreço, implica na contabilização desse valor a maior em conta específica. É o que diz o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, ao determinar nos incisos I e II que o custo de aquisição deveria ser desdobrado em (I) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e (II) ágio ou deságio na aquisição. Por isso que, apesar da disposição no art. 25 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, ser no sentido de que as contrapartidas da amortização do ágio não seriam computadas na determinação do lucro real, não há nenhum sentido em se considerar que tal ajuste não se aplica para fins de apuração da Base de Cálculo da CSLL.

Vale destacar que abraçar a tese da Contribuinte de que para a CSLL a amortização contábil, realizada a qualquer momento, sem nenhum critério, poderia ser realizada, e sem nenhum ajuste na base de cálculo da contribuição social, carrega insustentáveis incoerências.

Primeiro: ora, se o Decreto-lei nº 1.598, de 1977, foi editado em época em que não existia a CSLL, só poderia ser aplicado para o imposto de renda. Então, a contabilização do ágio, na aquisição do investimento, só poderia surtir efeitos para fins de apuração do IRPJ. Para a CSLL, sequer existiria ágio na aquisição do investimento. Por consequência, não haveria de se falar na amortização do sobrepreço pago.

Segundo, admitindo-se que a redação do art. 25 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, teria deixado grande margem de discricionariedade, e que a amortização poderia ser efetuada sem nenhum critério, é fato incontestável que tal cenário alterou-se completamente com a edição da edição Lei nº 9.532, de 1997.

Com o novel diploma, restou claro que a amortização do ágio **não se daria sem qualquer critério**. Os arts. 7º e 8º discorrem, não por acaso, que *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, poderá* amortizar o valor do ágio no prazo mínimo de sessenta meses. E no que concerne ao deságio a determinação é ainda mais incisiva, vez que o comando é que a empresa **deverá** amortizar o valor do deságio.

Ora, a partir do momento em que o legislador determina que a amortização do ágio poderá ser realizada sob determinada condição, fica claro que a amortização do ágio a critério exclusivo da pessoa jurídica não pode ser realizada. Não há que se falar em amortização do ágio sem motivação. Ou seja, se contabilmente o Contribuinte decidir amortizar o ágio, **tal medida não terá efeito para fins fiscais**, porque a legislação fiscal expressamente estipulou condição no qual o ágio poderia ser amortizado: eventos societários previstos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, incorporação, fusão e cisão envolvendo investidora e investida.

Assim, se a Contribuinte resolveu amortizar o ágio contabilmente, sem a ocorrência dos eventos expressos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, trata-se de ato de liberalidade não oponível ao Fisco, cuja contabilização não terá repercussão no Lucro Real ou na Base de Cálculo da CSLL.

E a discussão sobre compatibilidade entre as bases de cálculo do IRPJ e CSLL tem ainda outros contornos.

Isso porque o **ágio** é despesa, submetida a amortização.

Logo, encontra-se a despesa do ágio submetida ao **regramento geral das despesas disposto** no art. 47, da Lei nº 4.506, de 1964, base legal para o art. 299 do RIR/99:

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

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

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

Por sua vez, o art. 13 da Lei nº 9.249, de 1995, dispõe:

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

(...)

A interpretação dada ao dispositivo pelo Conselheiro Marcos Pereira Valadão, no Acórdão nº 9101-002.396, é didática e esclarecedora:

Assim, o texto legal acima transcrito evidencia claramente o vínculo entre a apuração da base cálculo da CSLL e os referidos requisitos para a dedutibilidade de despesas, do contrário não faria nenhum sentido a ressalva contida no texto. Com efeito, se o texto diz que para uma determinada situação deve se aplicar "A" independentemente de "B", é porque "B" também é aplicável àquela mesma situação.

Nessa perspectiva, as regras de dedutibilidade de despesas previstas no art. 47 da Lei nº 4.506, de 1964, aplicam-se tanto ao IRPJ quanto à CSLL.

A redação do art. 13 da Lei nº 9.249, de 1995, dispõe claramente sobre hipóteses de despesas indedutíveis **tanto para o IRPJ quanto para a CSLL, incluindo expressamente as situações** previstas no art. 47 da Lei nº 4.506, de 1964.

Sendo a despesa de amortização de ágio submetida ao regramento geral das despesas operacionais, não há que se falar em ausência de previsão normativa para a sua adição à Base de Cálculo da CSLL.

No mesmo contexto, encontra-se a redação do art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995, mencionada pela autoridade fiscal:

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

Pela expressão **normas de apuração** entende-se o cômputo do quantum tributável, o procedimento consistente em determinar a base de cálculo do tributo, mediante operações de soma e diminuição de valores. Ou seja, precisamente a discussão dos presentes autos. Pelo dispositivo, resta mais evidente que repercussão dos ajustes efetuados para apuração da base de cálculo do IRPJ para a CSLL.

Portanto, não há que se amparar o procedimento adotado pela Contribuinte, efetuado sem base legal e em completa dissonância com o sistema tributário. *(destaques do original)*

Excluída a referência ao art. 57 da Lei nº 8.981/95, tais fundamentos são aqui adotados como razões de decidir.

Pertinente adicionar, ainda, outra abordagem em desfavor da pretensão da Contribuinte, erigida por esta Conselheira no voto condutor do Acórdão nº 1302-001.895:

[...]

Assim, em verdade, inexistiria possibilidade de amortização do ágio na apuração do lucro líquido contábil, tomando desnecessária a previsão de sua exclusão no âmbito das normas de determinação da base de cálculo da CSLL.

Estas as razões, portanto, para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte. *(destaques do original)*

Ainda que a questão aqui posta possa ser solucionada com base nos fundamentos expressos por esta Conselheira no citado paradigma, mormente na segunda parte que refere a decisão do Acórdão nº 1302-001.895, a primeira parte do voto acima transcrito bem evidencia que a discussão presente no paradigma nº 9101-005.773, acerca da possibilidade de dedução, na base de cálculo da CSLL, de amortização de ágio na hipótese em *que a participação societária que deu causa ao ágio não foi objeto de alienação, e tampouco esteve envolvida em eventos de absorção de patrimônio (cisão, fusão ou incorporação)*, envolve regramento legal distinto, concernente à amortização fiscal de ágio que permanece no patrimônio do investidor.

Assim, neste ponto deve ser NEGADO CONHECIMENTO ao recurso especial da Contribuinte.

Por todo o exposto, o presente voto é no sentido de CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial da Contribuinte, apenas com respeito à amortização do ágio G&K.

Recurso especial da Contribuinte – Mérito

Com respeito à amortização do ágio G&K, como bem exposto no paradigma nº 1401-006.713, a discussão acerca de sua dedutibilidade não é nova neste Conselho:

[...]

As discussões acerca da dedutibilidade dos ágios amortizados pela recorrente não é nova neste Conselho. Isso porque, diversos casos que tratam da mesma operação já foram julgados no que se refere aos outros braços, cada um com suas peculiaridades, e com encaminhamentos distintos. Veja-se:

Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza S/A - P.A. 10980.725496/2011-56

➤ **Câmara Baixa – Acórdão nº 1301-001.744:**

- Dedutibilidade do Ágio (G&k): por voto de qualidade, negar provimento
- Multa Qualificada: por voto de qualidade, negar provimento - Responsabilidade Solidária: por voto de qualidade, negar provimento

➤ **Câmara Baixa – Acórdão nº 1301-001.905 (Embargos de Declaração):**

- Adição da Amortização do Ágio na BC da CSLL: por maioria, negar provimento
- Concomitância Multa Isolada: por maioria, negar provimento

➤ **Câmara Superior – Acórdão nº 9101-003.446:**

- Nulidade do Auto de Infração Complementar: por unanimidade de votos, acolher a nulidade por alteração do critério jurídico.
- Dedutibilidade do Ágio (G&k): por maioria, negar provimento.
- Tributação das receitas de provisão (2007, 2008 e 2009): por voto de qualidade, negar provimento.
- Concomitância Multa Isolada: por maioria, negar provimento

Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza S/A - P.A. 10903.720018/2015-04

➤ **Câmara Baixa – Acórdão nº 1301-002.918:**

- Dedutibilidade do Ágio (G&k): por maioria, negar provimento
- Multa Qualificada: por maioria, dar provimento
- Responsabilidade Solidária: por maioria, dar provimento
- Concomitância Multa Isolada: por maioria, dar provimento

Botica Comercial Farmacêutica Ltda - P.A. 10980.713835/2014-11

➤ **Câmara Baixa – Acórdão nº 1302-002.631:**

- Dedutibilidade do Ágio (G&k): por maioria, negar provimento
- Multa Qualificada: por maioria, negar provimento
- Responsabilidade Solidária: por maioria, negar provimento

➤ **Câmara Superior – Acórdão nº 9101-005.973:**

- Multa Qualificada: por aplicação do art. 19-E, dar provimento
- Responsabilidade Solidária: por voto de qualidade, negar provimento

Botica Comercial Farmacêutica Ltda - P.A. 10903.720017/2015-15

➤ **Câmara Baixa – Acórdão nº 1302-002.632:**

- Dedutibilidade do Ágio (G&k): por maioria, negar provimento
- Multa Qualificada: por maioria, negar provimento
- Responsabilidade Solidária: por maioria, negar provimento
- Concomitância Multa Isolada: por maioria, negar provimento

➤ **Câmara Superior – Acórdão nº 9101-006.341:**

- Multa Qualificada: por aplicação do art. 19-E, dar provimento
- Concomitância Multa Isolada: 19-E, dar provimento
- Responsabilidade Solidária: por voto de qualidade, negar provimento

Boticário Franchising S/A - P.A. 10980.726765/2011-00

➤ **Câmara Baixa – Acórdão nº 1302-002.630:**

- Dedutibilidade do Ágio:

“(…) por unanimidade, em acolher a prejudicial de mérito relativa à glosa das exdusões realizadas pelo contribuinte a título reversão de provisões, nos termos do relatório e voto do relator; nos termos do relatório e voto do relator; e, ainda, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário quanto as parcelas de despesas com amortização do ágio não aproveitado pela G&K, glosadas como "exclusão indevida do lucro real" (...)

Boticário Franchising S/A - P.A. 10980.726765/2011-00

➤ **Câmara Baixa – Acórdão nº 1301-004.168:**

- Dedutibilidade do Ágio (G&k): por maioria, negar provimento
- Multa Qualificada: por maioria, dar provimento
- Responsabilidade Solidária: por maioria, dar provimento
- Concomitância Multa Isolada: por maioria, negar provimento

A decisão mais recente nesta 1ª Turma foi exarada no Acórdão nº 9101-007.000 que, com respeito à dedutibilidade do Ágio G&K, confirmou a decisão do Acórdão nº 1301-002.918. Coube a esta Conselheira o voto vencedor¹², aqui replicado como razões de decidir.

Reafirma-se 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,

¹² 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) e restaram vencidos neste ponto os Conselheiros Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic (relatora), Luis Henrique Marotti Toselli, Helder Jorge dos Santos Pereira Júnior e Jandir José Dalle Lucca

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 enxerga-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 nº 10.637/02 foi revogado pela Lei nº 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 intemo 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 formale, 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 destaco:

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 induziu 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 prevêem 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 conduir 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 1997¹³, 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.

¹³ 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 SCHOUERI¹⁴ 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 Mista¹⁵ que trabalhou na edição da MP 1.609, de 1997¹⁶:

¹⁴ SCHOUERI, 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

¹⁵ 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.

¹⁶ Na realidade, o número da Medida Provisória abordada é 1.602.

tinha nenhum propósito negocial 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 subseqüentes 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 ATALIBA¹⁷.

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

Ao se apreciar o aspecto **peçoal**, 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

¹⁷ 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.

SCHOUERI¹⁸, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que

¹⁸ SCHOUERI, 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 damar-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 intemo, 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 CVMRJ 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 NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte, para que subsista a glosa dos efeitos fiscais das amortizações do ágio constituído internamente ao grupo econômico.

Com respeito à “inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela autoridade fiscal”, vencida no conhecimento, esta Conselheira entende que o acórdão recorrido não merece reparos quando conclui:

O ágio interno ou intragrupo, pelas razões já expostas, não pode ser reconhecido como ágio. Portanto, sua não dedutibilidade alcança tanto o IRPJ, quanto a CSLL, sendo desnecessária a existência de norma legal expressa nesse sentido.

Quanto ao mais, o lançamento de CSLL, porque baseado na mesma matéria fática, deve ter solução idêntica à que foi dada ao IRPJ.

A divergência jurisprudencial foi compreendida sob a ótica de que a glosa da amortização de ágio na apuração da base de cálculo da CSLL decorreu, aqui, da inobservância dos requisitos expressos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 – refletidos no art. 386 do RIR/99 – e neste contexto cabe aqui reiterar o entendimento desta Conselheira contrário à existência de *qualquer especificidade a ensejar resultado diferenciado na apuração da base de cálculo da CSLL decorrente da glosa de amortização* de ágio que reduza indevidamente o lucro tributável do sujeito passivo, expresso no voto vencedor do Acórdão nº 9101-006.164¹⁹.

Isto porque a figura do ágio surge, em regra, no momento da aquisição do investimento, quando seu custo de aquisição é confrontado com a correspondente parcela do patrimônio líquido da investida e mostra-se superior a ela. Assim, sua formação decorre, necessariamente, da adoção do método de equivalência patrimonial para avaliação de investimentos. E, neste ponto, nota-se que a legislação, ao disciplinar a forma como seriam registrados os investimentos permanentes em coligadas ou controladas, não tratou especificamente daquela figura.

Originalmente, o Decreto-lei nº 2.627, de 1940, adotava apenas o custo de aquisição como regra para valoração de investimentos:

Art. 129. No fim de cada ano ou exercício social, proceder-se-á a balanço geral, para a verificação dos lucros ou prejuízos.

Parágrafo único. Feito o inventário do ativo e passivo, **a estimação do ativo obedecerá às seguintes regras:**

a) os bens, destinados à exploração do objeto social, **avaliar-se-ão pelo custo de aquisição**. Na avaliação dos que se desgastam ou depreciam com o uso ou pela ação ao tempo ou de outros fatores, atender-se-á à desvalorização respectiva, devendo ser criados fundos de amortização para assegurar-lhes a substituição ou a conservação do valor;

b) **os valores mobiliários**, matéria prima, bens destinados à alienação, ou que constituem produtos ou artigos da indústria ou comércio da sociedade, podem ser **estimados pelo custo de aquisição** ou de fabricação, ou pelo preço corrente no mercado ou Bolsa. Prevalecerá o critério da estimacão pelo preço corrente, sempre que este for inferior ao preço do custo. Quando o preço corrente ou venal estiver acima do valor do custo de aquisição ou fabricação, se avaliados os bens pelo preço corrente, a diferença entre este e o preço do custo não será levada em conta para a distribuição de dividendos, nem para as percentagens referentes aos fundos de reserva;

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 divergiram na matéria os Conselheiros Livia De Carli Germano (relatora), Luis Henrique Marotti Toselli e Alexandre Evaristo Pinto.

[...] (*negrejou-se*)

A Lei nº 6.404, de 1976, alterou significativamente este contexto, ao instituir a avaliação de investimentos com base no patrimônio líquido da investida. O tema foi assim abordado em sua Exposição de Motivos:

Na **avaliação**, no balanço patrimonial, de **investimento considerado relevante**, o **princípio geral do custo de aquisição**, atualizado monetariamente, não é critério adequado, porque não reflete as mutações ocorridas no patrimônio da sociedade coligada ou controlada. Daí as normas do artigo 249 que impõem, nos casos que especifica, **a avaliação com base no patrimônio líquido**. Quando esses investimentos correspondem a parcela apreciável dos recursos próprios da companhia, nem mesmo o critério de avaliação com base no patrimônio líquido é suficiente para informar acionistas e credores sobre a sua situação financeira: somente a elaboração de demonstrações financeiras consolidadas, segundo as normas constantes do artigo 251, poderá proporcionar esse conhecimento.

[...]

Os critérios de avaliação do ativo (art. 184) são os da lei atual, com as seguintes inovações:

[...];

b) o custo de aquisição dos investimentos em outras sociedades deverá ser deduzido das perdas prováveis na realização do seu valor e não será modificado pelo recebimento de ações ou quotas bonificadas; mas os investimentos relevantes em coligadas e controladas deverão ser avaliados pelo valor de patrimônio líquido (nº II); (*negrejou-se*)

A Lei nº 6.404, de 1976, por sua vez, estava assim redigida, em seu texto original:

Art. 183. No balanço, os elementos do ativo serão avaliados segundo os seguintes critérios:

[...]

III - os **investimentos em participação no capital social de outras sociedades**, **ressalvado o disposto nos artigos 248 a 250, pelo custo de aquisição, deduzido de provisão para perdas prováveis na realização do seu valor**, quando essa perda estiver comprovada como permanente, e que não será modificado em razão do recebimento, sem custo para a companhia, de ações ou quotas bonificadas;

[...]

§ 2º A diminuição de valor dos elementos do ativo imobilizado será registrada periodicamente nas contas de:

[...]

b) **amortização, quando corresponder à perda do valor do capital aplicado na aquisição de direitos da propriedade industrial ou comercial e quaisquer outros**

com existência ou exercício de duração limitada, ou cujo objeto sejam bens de utilização por prazo legal ou contratualmente limitado;

[...]

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

I - o valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta Lei, na mesma data, ou até 60 (sessenta) dias, no máximo, antes da data do balanço da companhia; no valor de patrimônio líquido não serão computados os resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas;

II - o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;

III - a **diferença entre o valor do investimento**, de acordo com o número II, e o **custo de aquisição** corrigido monetariamente; somente será registrada **como resultado do exercício**:

a) se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;

b) se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos;

c) no caso de companhia aberta, com observância das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 1º Para efeito de determinar a relevância do investimento, nos casos deste artigo, serão computados como parte do custo de aquisição os saldos de créditos da companhia contra as coligadas e controladas.

§ 2º A sociedade coligada, sempre que solicitada pela companhia, deverá elaborar e fornecer o balanço ou balancete de verificação previsto no número I. *(negrejou-se)*

[...]

Art. 250. Das demonstrações financeiras consolidadas serão excluídas:

I - as participações de uma sociedade em outra;

II - os saldos de quaisquer contas entre as sociedades;

III - as parcelas dos resultados do exercício, dos lucros ou prejuízos acumulados e do custo de estoques ou do ativo permanente que corresponderem a resultados, ainda não realizados, de negócios entre as sociedades.

[...]

§ 2º A parcela do custo de aquisição do investimento em controlada, que não for absorvida na consolidação, deverá ser mantida no ativo permanente, com dedução da provisão adequada para perdas já comprovadas, e será objeto de nota explicativa.

§ 3º O valor da participação que exceder do custo de aquisição constituirá parcela destacada dos resultados de exercícios futuros até que fique comprovada a existência de ganho efetivo.

[...] (*negrejou-se*)

Nestes termos, os investimentos avaliados pelo custo de aquisição, em determinadas circunstâncias, poderiam ser ajustados por provisão de perdas prováveis em sua realização, mas o regramento da avaliação de investimentos por equivalência patrimonial não cogitava de destaque semelhante, mas equivalente ao ágio pago na aquisição do investimento. Por sua vez, a amortização prevista em razão da *diminuição de valor dos elementos do ativo imobilizado* ficou restrita a *direitos de propriedade industrial ou comercial* ou outros bens e direitos com duração ou utilização contratual limitadas, distintos, portanto, dos investimentos permanentes em outras sociedades.

Significa dizer que o investimento avaliado por equivalência patrimonial deveria ser registrado pelo custo de aquisição e, no momento do balanço patrimonial da investidora, seria confrontado com o equivalente patrimônio líquido da investida, sendo a diferença registrada como resultado do exercício, mas somente se decorrente de resultados da investida e ganhos ou perdas efetivos, ou em razão de determinações da Comissão de Valores Mobiliários. Evidência de que o ágio permanecia integrando o custo de aquisição do investimento em tais circunstâncias são as determinações do art. 250, §§2º e 3º da Lei nº 6.404, de 1976, que revelam o tratamento a ser dado às diferenças positivas e negativas entre o custo do investimento avaliado por equivalência patrimonial e o correspondente patrimônio da investida em caso de consolidação de balanços.

Na mesma linha é a abordagem contida em edição antiga do Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações (IUDÍCIBUS, Sérgio; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens. 3ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 1991: pág. 248):

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.

A lei das S.A., na verdade, não abordou esse tratamento contábil especificamente; todavia, ele está de acordo com adequada técnica contábil e expresso ainda na legislação fiscal, através do art. 259 do RIR (Decreto nº 85.450, de 04-12-80) e na Instrução CVM nº 01, itens XX e XXV.

A subconta relativa ao ágio ou deságio deve figurar no próprio grupo de investimentos, sendo que a instrução CVM nº 01 estabelece que, para fins do Balanço Patrimonial, os saldos de ambas as contas devem estar agrupados no Ativo Permanente.

Somente com a edição do Decreto-lei nº 1.598, de 1977 surge a primeira determinação legal para que as pessoas jurídicas submetidas à tributação pelo lucro real, sociedades anônimas ou não, promovam o desdobramento do custo de aquisição do investimento avaliado por equivalência patrimonial, destacando o ágio ou deságio correspondente e apresentando seu fundamento econômico. Neste sentido são as disposições de seu art. 20:

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.

§ 4º - As normas deste Decreto-lei sobre investimentos em coligada ou controlada avaliados pelo valor de patrimônio líquido aplicam-se às sociedades que, de acordo com a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, tenham o dever legal de adotar esse critério de avaliação, inclusive as sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimento relevante, cuja avaliação segundo o mesmo critério seja necessária para determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada. *(negrejou-se)*

A amortização contábil do ágio, por sua vez, é implicitamente admitida no art. 25 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, mas sua dedução no lucro real é postergada para o momento da alienação do investimento, nos termos do seu art. 33:

Art. 25 - O ágio ou deságio na aquisição da participação, **cujo fundamento tenha sido a diferença entre o valor de mercado e o valor contábil dos bens do ativo da coligada ou controlada** (art. 20, § 2º, letra a), deverá ser amortizado no exercício social em que os bens que o justificaram forem baixados por alienação ou perecimento, ou nos exercícios sociais em que seu valor for realizado por depreciação, amortização ou exaustão.

§ 1º - A contrapartida da amortização do ágio ou deságio nos termos deste artigo **somente será computada na determinação do lucro real** pela diferença entre o montante da amortização e o da participação do contribuinte:

a) no resultado realizado pela coligada ou controlada na alienação ou baixa dos bens do ativo cujo valor tenha constituído o fundamento econômico do ágio ou deságio; ou

b) no valor realizado pela coligada ou controlada na depreciação, amortização ou exaustão desses bens.

§ 2º - **As contrapartidas da amortização de ágio ou deságio com os fundamentos das letras b e c de § 2º de artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33.**

[...]

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

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

II - saldo não amortizado de ágios ou deságios na aquisição da participação com fundamento na letra a do § 2º do artigo 20;

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

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

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

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

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

b) como perda de capital, a diminuição do valor de patrimônio líquido decorrente de redução na porcentagem da participação do contribuinte no capital social da

coligada ou controlada, em virtude de modificação no capital social desta com diluição da participação do contribuinte. *(negrejou-se)*

Será, assim, a Instrução CVM nº 01, editada posteriormente, em 27/04/1978, que primeiro determinará o registro desta amortização:

Desdobramento do custo de aquisição de investimento

XX - Para efeito de contabilização, o custo de aquisição de investimento em coligada ou em controlada deverá ser desdobrado e os valores resultantes desse desdobramento contabilizados em sub-contas separadas:

a) equivalência patrimonial baseada em balanço patrimonial ou em balancete de verificação levantado até, no máximo, sessenta dias antes da data da aquisição pela investidora ou pela controladora, consoante o disposto no Inciso XI

b) ágio ou deságio na aquisição, representado pela diferença para mais ou para menos, respectivamente, entre o custo de aquisição do investimento e a equivalência patrimonial.

XXI - o ágio ou deságio computado na ocasião da aquisição do investimento deverá ser contabilizado com indicação do fundamento econômico que o determinou:

- a) diferença para mais ou para menos entre o valor de mercado de bens do ativo e o valor contábil desses mesmos bens na coligada ou na controlada;
- b) diferença para mais ou para menos na expectativa de rentabilidade baseada em projeção do resultado de exercícios, futuros;
- c) fundo de comércio, intangíveis ou outras razões econômicas.

XXII - O ágio ou o deságio decorrente da diferença entre o valor de mercado de bens do ativo e o valor contábil na coligada ou na controlada desses mesmos bens deverá ser amortizado na proporção em que for sendo realizado na coligada ou na controlada por depreciação, por amortização ou por exaustão dos bens, ou por baixa em decorrência de alienação ou de perecimento desses mesmos bens.

XXIII - O ágio ou o deságio decorrente da expectativa de rentabilidade deverá ser amortizado no prazo e na extensão das projeções que o determinaram ou quando houver baixa em decorrência de alienação ou de perecimento do investimento antes de haver terminado o prazo estabelecido para amortização.

XXIV - O ágio decorrente de fundo de comércio, de intangíveis ou de outras razões econômicas, deverá ser amortizado no prazo estimado de utilização, de vigência ou de perda de substância ou quando houver baixa em decorrência de alienação ou de perecimento do investimento antes de haver terminado o prazo estabelecido para amortização.

XXV - Na elaboração do balanço patrimonial da investidora ou da controladora, o saldo não amortizado do ágio ou do deságio deverá ser apresentado no ativo permanente, adicionado ou deduzido, respectivamente, da equivalência

patrimonial do investimento a que se referir. A provisão para perdas deverá também ser apresentada no ativo permanente por dedução da equivalência patrimonial do investimento a que se referir. *(negrejou-se)*

Resta evidente, portanto, que a amortização contábil do ágio pago na aquisição de investimentos era apenas uma possibilidade no momento da edição do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, e não estava cogitada na Lei nº 6.404, de 1976. A determinação de que ela fosse apropriada contabilmente surge, apenas, com a manifestação da Comissão de Valores Mobiliários.

Dessa forma, é válido concluir que a Lei nº 7.689, de 1988 não cogitava dos efeitos desta amortização quando fixou o *resultado do exercício* como base de cálculo da CSLL, e determinou os ajustes pertinentes, estes evidentemente expressos em razão do que estabelecido pela Lei nº 6.404, de 1976:

Art. 1º Fica instituída contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas, destinada ao financiamento da seguridade social.

Art. 2º A base de cálculo da contribuição é **o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.**

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;

b) no caso de incorporação, fusão, cisão ou encerramento de atividades, a base de cálculo é o resultado apurado no respectivo balanço;

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

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

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

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

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

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

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

Assim não fosse e o ato normativo da CVM estaria determinando incidência tributária, ou afastando-a. Decorre daí ser desnecessário que a Lei nº 7.689, de 1988 determinasse a adição da amortização de ágio à base de cálculo da CSLL, porque esta dedução não estaria computada no lucro contábil apurado na forma da Lei nº 6.404, de 1976.

Para além disso, embora a Lei nº 7.689, de 1988, ao instituir a CSLL, não tenha cogitado especificamente da adição, à sua base de cálculo, de amortizações de ágio que tivessem reduzido o lucro contábil, ou da exclusão de acréscimos decorrentes da amortização de deságio, referida lei, em seu art. 2º, apontou a neutralidade dos resultados de equivalência patrimonial, método do qual decorre o destaque de ágio e deságio em investimentos.

Já no âmbito da apuração do lucro real, o Decreto-lei nº 1.598, de 1977, disciplinou os efeitos das amortizações de ágio e deságio, mas em razão do disposto em seu art. 34, a Lei nº 9.532, de 1997 impôs limites à amortização do ágio naqueles casos, alinhando os efeitos fiscais aos contábeis, como a seguir demonstrado.

De fato, os efeitos das amortizações de ágio e deságio, à época em que as operações foram realizadas, estavam assim disciplinados no Decreto-lei nº 1.598, de 1977:

Art. 23. [...]

Parágrafo único - **Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição**, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

[...]

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

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

II - **ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte**, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

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

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

§ 2º - Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda de capital por variação na porcentagem de participação do contribuinte

no capital social da coligada ou controlada. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978). *(negrejou-se)*

Dessa forma, as amortizações de ágio e deságio deveriam ser adicionadas ou excluídas na apuração do lucro real, e controladas na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR, para posteriormente compor a apuração do ganho de capital na alienação ou liquidação do investimento. Mas, segundo a Lei nº 6.404, de 1976:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

II - pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.

Nestes termos, por vislumbrar distinção entre a hipótese do inciso II do art. 219 da Lei nº 6.404, de 1976, e de encerramento prevista no inciso I do mesmo dispositivo, esta hábil a ensejar a aplicação do disposto no art. 33 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, o legislador assim fixou na seqüência deste dispositivo:

Participação Extinta em Fusão, Incorporação ou Cisão

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:

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;

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.

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se:

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

b) mantiver, 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.

§ 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.

Nos casos em que a incorporação, fusão ou cisão ocorre em momento próximo à aquisição do investimento com ágio, o valor contábil do investimento é sempre superior ao acervo líquido contábil que substitui as quotas/ações extintas em razão da incorporação, fusão ou cisão, ensejando perda de capital. Para que esta perda fosse dedutível, em interpretação literal do texto, necessário seria que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão fosse avaliado a preços de mercado.

De outro lado, caso atendido este requisito, qualquer ágio apurado na aquisição de investimentos, quando esta fosse seguida de incorporação da investida, ensejaria perda dedutível. A exposição de motivos da Lei nº 9.532, de 1997, expressa preocupação com circunstâncias semelhantes a esta, como a seguir transcrito:

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

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

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

Neste contexto, as disposições da Lei nº 9.532, de 1997, podem ser interpretadas como um instrumento para evitar a dedução do ágio apurado sem fundamento econômico, o qual deveria ser mantido em conta do ativo permanente, não sujeita a amortização, bem como uma forma de parcelar os efeitos tributários do ágio pago sob outros fundamentos:

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

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

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

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do §2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

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

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

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

- a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;
- b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

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

- a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;
- b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

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

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

No mesmo sentido manifesta-se Luís Eduardo Schoueri, na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, Dialética: São Paulo, 2012. Depois de reportar-se à doutrina que se posiciona em sentido contrário, diz o referido autor (p. 67):

Tal posicionamento não deixa de ser curioso. Afinal, se anteriormente o ágio era deduzido integralmente, a imposição de restrições não poderia ser considerada um incentivo. A exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997 deixou hialino esse instituto de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso, o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que forem acarretados efeitos econômico-tributários que o justificassem.

Realizada a incorporação, na escrituração comercial, o acervo líquido recebido pelo valor contábil anula o investimento correspondente, avaliado pela equivalência patrimonial, e remanesce no patrimônio da sociedade resultante apenas o ágio/deságio, classificado em Ativo Diferido, quando fundamentado em rentabilidade futura, para amortização no período pelo qual ela foi projetada. Com a edição da Lei nº 9.532, de 1997, a amortização do ágio com este fundamento passa a ser dedutível, na apuração do lucro tributável, no mesmo momento em que registrada contabilmente, desde que observado o prazo mínimo de 5 (cinco) anos para amortização.

Quanto ao ágio fundamentado em ativos ou em outras razões econômicas, a doutrina contábil orienta em sentido semelhante ao da lei, pois no primeiro caso vincula seus efeitos no resultado à realização do ativo incorporado, e no segundo caso determina sua baixa imediata, por não ser possível associar seu pagamento a algum critério que permita dimensionar sua amortização.

Neste contexto, embora à primeira vista a Lei nº 9.532, de 1997 aparente surtir efeitos apenas ***nos balanços correspondentes à apuração de lucro real***, na medida em que esta aproximou-se, no caso de ágio pago por expectativa de rentabilidade futura, da apuração do lucro contábil como antes mencionado, é possível interpretar que a lei, ao valer-se daqueles termos, e não meramente firmar a dedutibilidade da amortização na apuração do lucro real, repercutiria, também, na apuração da base de cálculo da CSLL, inclusive como expresso na Instrução Normativa SRF nº 390, de 2004:

Subseção III

Do Investimento em Sociedades Coligadas ou Controladas Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido

Da incorporação, fusão ou cisão

Art. 75. 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 1977, deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento econômico seja:

I - valor de mercado de bens ou direitos do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos períodos de apuração futuros, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio;

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio.

§ 1º Alternativamente, a pessoa jurídica poderá registrar o ágio ou deságio a que se referem os incisos II e III do caput em conta do patrimônio líquido.

§ 2º A opção a que se refere o § 1º aplica-se, também, à pessoa jurídica que tiver absorvido patrimônio de empresa cindida, na qual tinha participação societária adquirida com ágio ou deságio, com o fundamento de que trata o inciso I do caput, quando não tiver adquirido o bem a que corresponder o referido ágio ou deságio.

§ 3º O valor registrado com base no fundamento de que trata:

I - o inciso I do caput integrará o custo do respectivo bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e para determinação das quotas de depreciação, amortização ou exaustão;

II - o inciso II do caput:

a) **poderá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de ágio;**

b) deverá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de deságio;

III - o inciso III do caput não será amortizado, devendo, no entanto, ser:

a) computado na determinação do custo de aquisição na apuração de ganho ou perda de capital, no caso de alienação do direito que lhe deu causa ou de sua transferência para sócio ou acionista na hipótese de devolução de capital;

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

c) computado como receita, se deságio, no encerramento das atividades da empresa.

§ 4º As quotas de depreciação, amortização ou exaustão de que trata o inciso I do § 3º serão determinadas em função do prazo restante de vida útil do bem ou de utilização do direito, ou do saldo da possança, na data em que o bem ou direito tiver sido incorporado ao patrimônio da empresa sucessora.

§ 5º A amortização a que se refere a alínea "a" do inciso II do § 3º, observado o máximo de 1/60 (um sessenta avos) por mês, poderá ser efetuada em período maior do que sessenta meses, inclusive pelo prazo de duração da empresa, se determinado, ou da permissão ou concessão, no caso de empresa permissionária ou concessionária de serviço público.

§ 6º Na hipótese da alínea "b" do inciso III do § 3º, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa jurídica usuária ao pagamento da CSLL que deixou de ser recolhida, acrescida de juros de mora e multa, de mora ou de ofício, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 7º O valor que servir de base de cálculo da CSLL a que se refere o § 6º poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

§ 8º O disposto neste artigo aplica-se, também, quando:

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

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

§ 9º O controle e as baixas, por qualquer motivo, dos valores de ágio ou deságio, na hipótese deste artigo, serão efetuados exclusivamente na escrituração contábil da pessoa jurídica. *(negrejou-se)*

Assim, para além de a Lei nº 7.689, de 1988, ter por referência a Lei nº 6.404, de 1976, que não cogitava de amortização de ágio, e apontar para a neutralidade dos resultados de equivalência patrimonial, método do qual decorre o destaque de ágio e deságio em investimentos, quer em razão do disposto na Instrução Normativa SRF nº 390, de 2004, quer por interpretação dos termos da Lei nº 9.532, de 1997 no contexto em que foi editada, e mesmo em consequência da apuração contábil, a base de cálculo da CSLL necessariamente resta indevidamente afetada pela amortização do ágio aqui em comento.

Não se vislumbra, dessa forma, qualquer especificidade que possa ensejar um resultado diferenciado para a apuração da base de cálculo da CSLL decorrente da glosa de amortização do ágio que passou a reduzir indevidamente as bases tributáveis da autuada.

Estas as razões para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte também neste segundo ponto.

Recurso especial da PGFN - Mérito

Já com respeito às multas isoladas, o acórdão recorrido merece reparo, na medida em que a partir de 2007 não há impedimento à aplicação das multas isoladas simultaneamente

com a multa de ofício proporcional, como claramente exposto no voto condutor do Acórdão nº 9101-002.962, de lavra da Conselheira Adriana Gomes Rêgo, cujas razões também se prestam a afastar a pretensão de aplicação do princípio da consunção:

Dito isso, tem-se que a lei determina que as pessoas jurídicas sujeitas à apuração do lucro real, apurem seus resultados trimestralmente. Como alternativa, facultou, o legislador, a possibilidade de a pessoa jurídica, obrigada ao lucro real, apurar seus resultados anualmente, desde que antecipe pagamentos mensais, a título de estimativa, que devem ser calculados com base na receita bruta mensal, ou com base em balanço/balancete de suspensão e/ou redução. Observe-se:

Lei nº 9.430, de 1996 (redação original):

Art. 2º A pessoa jurídica sujeita a tributação com base no lucro real poderá optar pelo pagamento do imposto, em cada mês, determinado sobre base de cálculo estimada, mediante a aplicação, sobre a receita bruta auferida mensalmente, dos percentuais de que trata o art. 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 29 e nos arts. 30 a 32, 34 e 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995.

§ 1º O imposto a ser pago mensalmente na forma deste artigo será determinado mediante a aplicação, sobre a base de cálculo, da alíquota de quinze por cento.

§ 2º A parcela da base de cálculo, apurada mensalmente, que exceder a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ficará sujeita à incidência de adicional de imposto de renda à alíquota de dez por cento.

§ 3º A pessoa jurídica que optar pelo pagamento do imposto na forma deste artigo deverá apurar o lucro real em 31 de dezembro de cada ano, exceto nas hipóteses de que tratam os §§ 1º e 2º do artigo anterior.

§ 4º Para efeito de determinação do saldo de imposto a pagar ou a ser compensado, a pessoa jurídica poderá deduzir do imposto devido o valor:

I dos incentivos fiscais de dedução do imposto, observados os limites e prazos fixados na legislação vigente, bem como o disposto no § 4º do art. 3º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; II dos incentivos fiscais de redução e isenção do imposto, calculados com base no lucro da exploração; III do imposto de renda pago ou retido na fonte, incidente sobre receitas computadas na determinação do lucro real; IV do imposto de renda pago na forma deste artigo. [...]

Há aqueles que alegam que as alterações promovidas no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, pela Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007, posteriormente convertida na Lei nº 11.488, de 2007, não teriam afetado, substancialmente, a infração sujeita à aplicação da multa isolada, apenas reduzindo o seu percentual de cálculo e mantendo a vinculação da base impositiva ao tributo devido no ajuste anual. Nesse sentido invocam a própria Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 351, de 2007, limitou-se a esclarecer que a alteração do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, efetuada pelo art. 14 do Projeto, tem o objetivo de reduzir o percentual da multa de ofício, lançada isoladamente, nas hipóteses de falta de pagamento mensal devido pela pessoa física a título de carnê-leão ou pela pessoa jurídica a título de estimativa, bem como retira a hipótese de incidência da multa de ofício no caso de pagamento do tributo após o

vencimento do prazo, sem o acréscimo da multa de mora. E, ainda que se entenda que a identidade de bases de cálculo foi superada pela nova redação do dispositivo legal, para essas pessoas subsistiria o fato de as duas penalidades decorrerem de falta de recolhimento de tributo, o que importaria o afastamento da penalidade menos gravosa.

Ora, a vinculação entre os recolhimentos antecipados e a apuração do ajuste anual é inconteste, até porque a antecipação só é devida porque o sujeito passivo opta por postergar para o final do ano-calendário a apuração dos tributos incidentes sobre o lucro.

Contudo, a sistemática de apuração anual demanda uma punição diferenciada em face de infrações das quais resulta falta de recolhimento de tributo pois, na apuração anual, o fluxo de arrecadação da União está prejudicado desde o momento em que a estimativa é devida, e se a exigência do tributo com encargos ficar limitada ao devido por ocasião do ajuste anual, além de não se conseguir reparar todo o prejuízo experimentado à União, há um desestímulo à opção pela apuração trimestral do lucro tributável, hipótese na qual o sujeito passivo responderia pela infração com encargos desde o trimestre de sua ocorrência.

Na redação original do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, esta penalidade foi prevista nos mesmos termos daquela aplicável ao tributo não recolhido no ajuste anual, ou seja, *calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição*, inclusive no mesmo percentual de 75%, e passível de agravamento ou qualificação se presentes as circunstâncias indicadas naquele dispositivo legal. Veja-se:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido 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. (Vide Lei nº 10.892, de 2004)

§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos; [...]

III - isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste;

IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;

V - isoladamente, no caso de tributo ou contribuição social lançado, que não houver sido pago ou recolhido. (Revogado pela Medida Provisória nº 1.725, de 1998) (Revogado pela Lei nº 9.716, de 1998)

[...]

A redação original do dispositivo legal resultou, assim, em punições equivalentes para a falta de recolhimento de estimativas e do ajuste anual. E, decidindo sobre este conflito, a jurisprudência administrativa posicionou-se majoritariamente contra a subsistência da multa isolada, porque calculada a partir da mesma base de cálculo punida com a multa proporcional, e ainda no mesmo percentual desta.

Frente a tais circunstâncias, o art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, foi alterado pela Medida Provisória nº 351, de 2007, para prever duas penalidades distintas: a primeira de 75% calculada sobre o imposto ou contribuição que deixasse de ser recolhido e declarado, e exigida conjuntamente com o principal (inciso I do art. 44), e a segunda de 50% calculada sobre o pagamento mensal que deixasse de ser efetuado, ainda que apurado prejuízo fiscal ou base negativa ao final do ano-calendário, e exigida isoladamente (inciso II do art. 44). Além disso, as hipóteses de qualificação (§1º do art. 44) e agravamento (2º do art. 44) ficaram restritas à penalidade aplicável à falta de pagamento e declaração do imposto ou contribuição. Observe-se:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

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; II de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

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;

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.

§ 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.

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado);

IV - (revogado);

V - (revogado pela Lei nº 9.716, de 26 de novembro de 1998).

As consequências desta alteração foram apropriadamente expostas pelo Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão no voto condutor do Acórdão nº 9101-002.251:

Logo, tendo sido alterada a base de cálculo eleita pelo legislador para a multa isolada de totalidade ou diferença de tributo ou contribuição para valor do pagamento mensal, não há mais qualquer vínculo, ou dependência, da multa isolada com a apuração de tributo devido.

Perfilhando o entendimento de que não se confunde a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição com o valor do pagamento mensal, apurado sob base

estimada ao longo do ano, é vasta a jurisprudência desta CSRF, valendo mencionar dos últimos cinco anos, entre outros, os acórdãos nºs 9101-00577, de 18 de maio de 2010, 9101-00.685, de 31 de agosto de 2010, 9101-00.879, de 23 de fevereiro de 2011, nº 9101-001.265, de 23 de novembro de 2011, nº 9101-001.336, de 26 de abril de 2012, nº 9101-001.547, de 22 de janeiro de 2013, nº 9101-001.771, de 16 de outubro de 2013, e nº 9101-002.126, de 26 de fevereiro de 2015, todos assim ementados (destaquei):

O artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, preceitua que a multa de ofício deve ser calculada sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição, materialidade que não se confunde com o valor calculado sob base estimada ao longo do ano.

Daí porque despropositada a decisão recorrida que, após reconhecer expressamente a modificação da redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 pela Lei nº 11.488, de 2007, e transcrever os mesmos dispositivos legais acima, abruptamente conclui no sentido de que (e-fls. 236):

Portanto, cabe excluir a exigência da multa de ofício isolada concomitante à multa proporcional.

Em despacho de admissibilidade de embargos de declaração por omissão, interpostos pela Fazenda Nacional contra aquela decisão, e rejeitados, foi dito o seguinte (e-fls. 247):

Por fim, reafirmo a impossibilidade da aplicação cumulativa dessas multas. Isso porque é sabido que um dos fatores que levou à mudança da redação do citado art. 44 da Lei 9.430/1996 foram os julgados deste Conselho, sendo que à época da edição da Lei 11.488/2007 já predominava esse entendimento. Vejamos novamente a redação de parte [das] disposições do art. 44 da Lei 9.430/1996 alteradas/incluídas pela Lei 11.488/2007:

[...].

Ora, o legislador tinha conhecimento da jurisprudência deste Conselho quanto à impossibilidade de aplicação cumulativa da multa isolada com a multa de ofício, além de outros entendimentos no sentido de que não poderia ser exigida se apurado prejuízo fiscal no encerramento do ano-calendário, ou se o tributo tivesse sido integralmente pago no ajuste anual.

Todavia, tratou apenas das duas últimas hipóteses na nova redação, ou seja, deixou de prever a possibilidade de haver cumulatividade dessas multas. E não se diga que seria esquecimento, pois, logo a seguir, no parágrafo § 1º, excetuou a cumulatividade de penalidades quando a ensejar a aplicação dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964.

Bastava ter acrescentado mais uma alínea no inciso II da nova redação do art. 44 da [Lei nº] 9.430/1996, estabelecendo expressamente essa hipótese, que aliás é a questão de maior incidência.

Ao deixar de fazer isso, uma das conclusões factíveis é que essa cumulatividade é mesmo indevida.

Ora, o legislador, no caso, fez mais do que faria se apenas acrescentasse “mais uma alínea no inciso II da nova redação do art. 44 da [Lei nº] 9.430/1996”.

Na realidade, o que, na redação primeira, era apenas um inciso subordinado a um parágrafo do artigo (art. 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996), tornou-se um inciso vinculado ao próprio caput do artigo (art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996), no mesmo patamar, portanto, do inciso então preexistente, que previa a multa de ofício.

Veja-se a redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, dada pela Lei nº 11.488, de 2007 (sublinhei):

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

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;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

[...];

Dessa forma, a norma legal, ao estatuir que “nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas”, está a se referir, iniludivelmente, às duas multas em conjunto, e não mais em separado, como dava a entender a antiga redação do dispositivo.

Nessas condições, não seria necessário que a norma previsse “a possibilidade de haver cumulatividade dessas multas”. Pelo contrário: seria necessário, sim se fosse esse o caso, que a norma excetuasse essa possibilidade, o que nela não foi feito. Por conseguinte, não há que se falar como pretendeu o sujeito passivo, por ocasião de seu recurso voluntário em “identidade quanto ao critério pessoal e material de ambas as normas sancionatórias”.

Se é verdade que as duas normas sancionatórias, pelo critério pessoal, alcançam o mesmo contribuinte (sujeito passivo), não é verdade que o critério material (verbo + complemento) de uma e de outra se centre “no descumprimento da relação jurídica que determina o recolhimento integral do tributo devido”.

O complemento do critério material de ambas é, agora, distinto:

o da multa de ofício é a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição; já o da multa isolada é o valor do pagamento mensal, apurado sob base estimada ao longo do ano, cuja materialidade, como visto anteriormente, não se confunde com aquela. (grifos do original)

Destaque-se, ainda, que a penalidade agora prevista no art. 44, inciso II da Lei nº 9.430, de 1996, é exigida isoladamente e mesmo se não apurado lucro tributável ao final do ano-calendário.

A conduta reprimida, portanto, é a inobservância do dever de antecipar, mora que prejudica a União durante o período verificado entre data em que a estimativa deveria ser paga e o encerramento do ano-calendário.

A falta de recolhimento do tributo em si, que se perfaz a partir da ocorrência do fato gerador ao final do ano-calendário, sujeita-se a outra penalidade e a juros de mora incorridos apenas a partir de 1º de fevereiro do ano subsequente²⁰.

Diferentes, portanto, são os bens jurídicos tutelados, e limitar a penalidade àquela aplicada em razão da falta de recolhimento do ajuste anual é um incentivo ao descumprimento do dever de antecipação ao qual o sujeito passivo voluntariamente se vinculou, ao optar pelas vantagens decorrentes da apuração do lucro tributável apenas ao final do ano-calendário.

E foi, justamente, a alteração legislativa acima que motivou a edição da referida Súmula CARF nº 105.

Explico.

O enunciado de súmula em referência foi aprovado pela 1ª Turma da CSRF em 08 de dezembro de 2014. Antes, enunciado semelhante foi, por sucessivas vezes, rejeitado pelo Pleno da CSRF, e mesmo pela 1ª Turma da CSRF. Vejase, abaixo, os verbetes submetidos a votação de 2009 a 2014:

PORTARIA Nº 97, DE 24 DE NOVEMBRO DE 2009²¹

[...]

ANEXO I

I - ENUNCIADOS A SEREM SUBMETIDOS À APROVAÇÃO DO PLENO:

[...]

12. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA nº :

Até a vigência da Medida Provisória nº 351/2007, a multa isolada decorrente da falta ou insuficiência de antecipações não pode ser exigida concomitantemente com a multa de ofício incidente sobre o tributo apurado no ajuste anual.

[...]

PORTARIA Nº 27, DE 19 DE NOVEMBRO DE 2012²²

[...]

ANEXO ÚNICO

[...]

II - ENUNCIADOS A SEREM SUBMETIDOS À APROVAÇÃO DA 1ª TURMA DA CSRF:

[...]

17. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA nº:

Até 21 de janeiro de 2007, descabe o lançamento de multa isolada em razão do não recolhimento do imposto de renda devido em carnê-leão aplicada em concomitância com a multa de ofício prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96.

²⁰ Neste sentido é o disposto no art. 6º, §1º c/c §2º da Lei nº 9.430, de 1996.

²¹ Diário Oficial da União, Seção 1, p. 112, em 27 de novembro de 2009.

²² Diário Oficial da União, Seção 1, p. 19, em 27 de novembro de 2012.

Acórdãos precedentes: 104-22036, de 09/06/2006; 3401-00078, de 01/06/2009; 3401-00047, de 06/05/2009; 104-23338, de 26/06/2008; 9202-00.699, de 13/04/2010; 920-201.833, de 25/10/2011.

[...]

III - ENUNCIADOS A SEREM SUBMETIDOS À APROVAÇÃO DA 2ª TURMA DA CSRF:

[...]

22. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA nº:

Até 21 de janeiro de 2007, descabe o lançamento de multa isolada em razão do não recolhimento do imposto de renda devido em carnê-leão aplicada em concomitância com a multa de ofício prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96.

Acórdãos precedentes: 104-22036, de 09/06/2006; 3401-00078, de 01/06/2009; 3401-00047, de 06/05/2009; 104-23338, de 26/06/2008; 9202-00.699, de 13/04/2010; 9202-01.833, de 25/10/2011.

[...]

PORTARIA Nº18, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2013²³

[...]

ANEXO I

I - Enunciados a serem submetidos ao Pleno da CSRF:

[...]

9ª. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA Até a vigência da Medida Provisória nº 351, de 2007, incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Acórdãos Precedentes: 9101-001261, de 22/11/11; 9101-001203, de 22/11/11; 9101-001238, de 21/11/11; 9101-001307, de 24/04/12; 1402-001.217, de 04/10/12; 1102-00748, de 09/05/12; 1803-001263, de 10/04/12.

[...]

PORTARIA Nº 23, DE 21 DE NOVEMBRO DE 2014²⁴

[...]

ANEXO I

[...]

II - Enunciados a serem submetidos à 1ª Turma da CSRF:

[...]

13ª. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

²³ Diário Oficial da União, Seção 1, p. 71, de 27 de novembro de 2013.

²⁴ Diário Oficial da União, Seção 1, p. 12, de 25 de novembro de 2014.

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

[...]

É de se destacar que os enunciados assim propostos de 2009 a 2013 exsurgem da jurisprudência firme, contrária à aplicação concomitante das penalidades **antes** da alteração promovida no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, pela Medida Provisória nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007. **Jurisprudência esta, aliás, que motivou a alteração legislativa.**

De outro lado, a discussão acerca dos lançamentos formalizados em razão de infrações cometidas a partir do novo contexto legislativo ainda não apresentava densidade suficiente para indicar qual entendimento deveria ser sumulado.

Considerando tais circunstâncias, o Pleno da CSRF, e também a 1ª Turma da CSRF, rejeitou, por três vezes, nos anos de 2009, 2012 e 2013, o enunciado contrário à concomitância das penalidades até a vigência da Medida Provisória nº 351, de 2007. As discussões nestas votações motivaram alterações posteriores com o objetivo de alcançar redação que fosse acolhida pela maioria qualificada, na forma regimental.

Com a rejeição do enunciado de 2009, a primeira alteração consistiu na supressão da vigência da Medida Provisória nº 351, de 2007, substituindo-a, como marco temporal, pela referência à data de sua publicação. Também foram separadas as hipóteses pertinentes ao IRPJ/CSLL e ao IRPF, submetendo-se à 1ª Turma e à 2ª Turma da CSRF os enunciados correspondentes. Seguindo-se nova rejeição em 2012, o enunciado de 2009 foi reiterado em 2013 e, mais uma vez, rejeitado.

Este cenário deixou patente a imprestabilidade de enunciado distinguindo as ocorrências alcançadas a partir da expressão "até a vigência da Medida Provisória nº 351", de 2007, ou até a data de sua publicação. E isto porque a partir da redação proposta havia o risco de a súmula ser invocada para declarar o cabimento da exigência concomitante das penalidades a partir das alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, apesar de a jurisprudência ainda não estar consolidada nestes sentido.

Para afastar esta interpretação, o enunciado aprovado pela 1ª Turma da CSRF em 2014 foi redigido de forma direta, de modo a abarcar, apenas, a jurisprudência firme daquele Colegiado: a impossibilidade de cumulação, com a multa de ofício proporcional aplicada sobre os tributos devidos no ajuste anual, das multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas exigidas com fundamento na legislação antes de sua alteração pela Medida Provisória nº 351, de 2007. Omitiu-se, intencionalmente, qualquer referência às situações verificadas depois da alteração legislativa em tela, em razão da qual a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas passou a estar prevista no art. 44, inciso II, alínea "b", e não mais no art. 44, §1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, sempre com vistas a atribuir os efeitos sumulares²⁵ à parcela do litígio já pacificada.

²⁵ Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009, e alterado pela Portaria MF nº 586, de 2010:

[...]

Anexo II

[...]

Assim, a Súmula CARF nº 105 tem aplicação, apenas, em face de multas lançadas com fundamento na redação original do art. 44, §1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, ou seja, tendo por referência **infrações cometidas antes da alteração** promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, publicada em 22 de janeiro de 2007, e ainda que a exigência tenha sido formalizada já com o percentual reduzido de 50%, dado que tal providência não decorre de nova fundamentação do lançamento, mas sim da retroatividade benigna prevista pelo art. 106, inciso II, alínea "c", do CTN.

Neste sentido, vale observar que os precedentes indicados para aprovação da súmula reportam-se, todos, a **infrações cometidas antes de 2007**:

Acórdão nº 9101-001.261:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2001

Ementa: APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA — Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação.

Acórdão nº 9101-001.203:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Art. 18. Aos presidentes de Câmara incumbe, ainda:

[...]

XXI - negar, de ofício ou por proposta do relator, seguimento ao recurso que contrarie enunciado de súmula ou de resolução do Pleno da CSRF, em vigor, quando não houver outra matéria objeto do recurso;

[...]

Art. 53. A sessão de julgamento será pública, salvo decisão justificada da turma para exame de matéria sigilosa, facultada a presença das partes ou de seus procuradores.

[...]

§ 4º Serão julgados em sessões não presenciais os recursos em processos de valor inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) ou, independentemente do valor, forem objeto de súmula ou resolução do CARF ou de decisões do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça na sistemática dos artigos 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil.

[...]

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

[...]

§ 2º Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que aplique súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da Câmara Superior de Recursos Fiscais ou do CARF, ou que, na apreciação de matéria preliminar, decida pela anulação da decisão de primeira instância.

[...]

Exercício: 2000, 2001

Ementa: MULTA ISOLADA. ANOS-CALENDÁRIO DE 1999 e 2000. FALTA DE RECOLHIMENTO POR ESTIMATIVA.

CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO EXIGIDA EM LANÇAMENTO LAVRADO PARA A COBRANÇA DO TRIBUTO. Incabível a aplicação concomitante da multa por falta de recolhimento de tributo sobre bases estimadas e da multa de ofício exigida no lançamento para cobrança de tributo, visto que ambas penalidades tiveram como base o valor das glosas efetivadas pela Fiscalização.

Acórdão nº 9101-001.238:

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Exercício: 2001

[...]

MULTA ISOLADA. ANO-CALENDÁRIO DE 2000. FALTA DE RECOLHIMENTO POR ESTIMATIVA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO EXIGIDA EM LANÇAMENTO LAVRADO PARA A COBRANÇA DO TRIBUTO. Incabível a aplicação concomitante da multa por falta de recolhimento de tributo sobre bases estimadas e da multa de ofício exigida no lançamento para cobrança de tributo, visto que ambas penalidades tiveram como base o valor da receita omitida apurado em procedimento fiscal.

Acórdão nº 9101-001.307:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 1998

[...]

MULTA ISOLADA APLICAÇÃO CONCOMITANTE COM A MULTA DE OFÍCIO — Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação.

Acórdão nº 1402-001.217:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2003

[...]

MULTA DE OFÍCIO ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS CONCOMITANTE COM A MULTA DE OFÍCIO.

INAPLICABILIDADE. É inaplicável a penalidade quando existir concomitância com a multa de ofício sobre o ajuste anual (mesma base).

[...]

Acórdão nº 1102-000.748:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2000, 2001

Ementa:

[...]

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PENALIDADE. MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS.

Devem ser exoneradas as multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas, uma vez que, cumulativamente foram exigidos os tributos com multa de ofício, e a base de cálculo das multas isoladas está inserida na base de cálculo das multas de ofício, sendo descabido, nesse caso, o lançamento concomitante de ambas.

[...]

Acórdão nº 1803-001.263:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2002

[...]

APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano.

Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação.

Frente a tais circunstâncias, ainda que precedentes da súmula veiculem fundamentos autorizadores do cancelamento de exigências formalizadas a partir da alteração promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, não são eles, propriamente, que vinculam o julgador administrativo, mas sim o enunciado da súmula, no qual está sintetizada a questão pacificada.

Digo isso porque esses precedentes têm sido utilizados para se tentar aplicar outra tese no sentido de afastar a multa, qual seja a do princípio da consunção. Ora se o princípio da consunção fosse fundamento suficiente para inexigibilidade concomitante das multas em debate, o enunciado seria genérico, sem qualquer referência ao fundamento legal dos lançamentos alcançados. A citação expressa do texto legal presta-se a firmar esta circunstância como razão de decidir relevante extraída dos paradigmas, cuja presença é essencial para aplicação das consequências do entendimento sumulado.

Há quem argumente que o princípio da consunção veda a cumulação das penalidades. Sustentam os adeptos dessa tese que o não recolhimento da estimativa mensal seria etapa preparatória da infração cometida no ajuste anual e, em tais circunstâncias o princípio da consunção autorizaria a subsistência, apenas, da penalidade aplicada sobre o

tributo devido ao final do ano-calendário, prestigiando o bem jurídico mais relevante, no caso, a arrecadação tributária, em confronto com a antecipação de fluxo de caixa assegurada pelas estimativas. Ademais, como a base fática para imposição das penalidades seria a mesma, a exigência concomitante das multas representaria *bis in idem*, até porque, embora a lei tenha previsto ambas penalidades, não determinou a sua aplicação simultânea. E acrescentam que, em se tratando de matéria de penalidades, seria aplicável o art. 112 do CTN.

Entretanto, com a devida vênia, discordo desse entendimento. Para tanto, aproveito-me, inicialmente do voto proferido pela Conselheira Karem Jureidini Dias na condução do acórdão nº 9101-001.135, para trazer sua abordagem conceitual acerca das sanções em matéria tributária:

[...]

A sanção de natureza tributária decorre do descumprimento de obrigação tributária – qual seja, obrigação de pagar tributo. A sanção de natureza tributária pode sofrer agravamento ou qualificação, esta última em razão de o ilícito também possuir natureza penal, como nos casos de existência de dolo, fraude ou simulação. O mesmo auto de infração pode veicular, também, norma impositiva de multa em razão de descumprimento de uma obrigação acessória obrigação de fazer – pois, ainda que a obrigação acessória sempre se relacione a uma obrigação tributária principal, reveste-se de natureza administrativa.

Sobre as obrigações acessórias e principais em matéria tributária, vale destacar o que dispõe o artigo 113 do Código Tributário Nacional:

“Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.”

Fica evidente da leitura do dispositivo em comento que a obrigação principal, em direito tributário, é pagar tributo, e a obrigação acessória é aquela que possui características administrativas, na medida em que as respectivas normas comportamentais servem ao interesse da administração tributária, em especial, quando do exercício da atividade fiscalizatória. O dispositivo transcrito determina, ainda, que em relação à obrigação acessória, ocorrendo seu descumprimento pelo contribuinte e imposta multa, o valor devido converte-se em obrigação principal. Vale destacar que, mesmo ocorrendo tal conversão, a natureza da sanção aplicada permanece sendo administrativa, já que não há cobrança de tributo envolvida, mas sim a aplicação de uma penalidade em razão da inobservância de uma norma que visava proteger os interesses fiscalizatórios da administração tributária.

Assim, as sanções em matéria tributária podem ter natureza (i) tributária principal quando se referem a descumprimento da obrigação principal, ou seja, falta de recolhimento de tributo; (ii) administrativa – quando se referem à mero

descumprimento de obrigação acessória que, em verdade, tem por objetivo auxiliar os agentes públicos que se encarregam da fiscalização; ou, ainda (iii) penal – quando qualquer dos ilícitos antes mencionados representar, também, ilícito penal. Significa dizer que, para definir a natureza da sanção aplicada, necessário se faz verificar o antecedente da norma sancionatória, identificando a relação jurídica desobedecida.

Aplicam-se às sanções o princípio da proporcionalidade, que deve ser observado quando da aplicação do critério quantitativo.

Neste ponto destacamos a lição de Helenilson Cunha Pontes a respeito do princípio da proporcionalidade em matéria de sanções tributárias, verbis:

“As sanções tributárias são instrumentos de que se vale o legislador para buscar o atingimento de uma finalidade desejada pelo ordenamento jurídico. A análise da constitucionalidade de uma sanção deve sempre ser realizada considerando o objetivo visado com sua criação legislativa. De forma geral, como lembra Régis Fernandes de Oliveira, “a sanção deve guardar proporção com o objetivo de sua imposição”. O princípio da proporcionalidade constitui um instrumento normativo-constitucional através do qual pode-se concretizar o controle dos excessos do legislador e das autoridades estatais em geral na definição abstrata e concreta das sanções”.

O primeiro passo para o controle da constitucionalidade de uma sanção, através do princípio da proporcionalidade, consiste na perquirição dos objetivos imediatos visados com a previsão abstrata e/ou com a imposição concreta da sanção. Vale dizer, na perquirição do interesse público que valida a previsão e a imposição de sanção”. (in “O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário”, ed. Dialética, São Paulo, 2000, pg.135)

Assim, em respeito a referido princípio, é possível afirmar que: se a multa é de natureza tributária, terá por base apropriada, via de regra, o montante do tributo não recolhido. Se a multa é de natureza administrativa, a base de cálculo terá por grandeza montante proporcional ao ilícito que se pretende proibir. Em ambos os casos as sanções podem ser agravadas ou qualificadas. Agravada, se além do descumprimento de obrigação acessória ou principal, houver embaraço à fiscalização, e, qualificada se ao ilícito somar-se outro de cunho penal – existência de dolo, fraude ou simulação.

A MULTA ISOLADA POR NÃO RECOLHIMENTO DAS ANTECIPAÇÕES

A multa isolada, aplicada por ausência de recolhimento de antecipações, é regulada pelo artigo 44, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 9.430/96, verbis:

[...]

A norma prevê, portanto, a imposição da referida penalidade quando o contribuinte do IRPJ e da CSLL, sujeito ao Lucro Real Anual, deixar de promover as antecipações devidas em razão da disposição contida no artigo 2º da Lei nº 9.430/96, verbis:

[...]

A natureza das antecipações, por sua vez, já foi objeto de análise do Superior Tribunal de Justiça, que manifestou entendimento no sentido de considerar que as

antecipações se referem ao pagamento de tributo, conforme se depreende dos seguintes julgados:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. CSSL. RECOLHIMENTO ANTECIPADO.

ESTIMATIVA. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE.

1. “É firme o entendimento deste Tribunal no sentido de que o regime de antecipação mensal é opção do contribuinte, que pode apurar o lucro real, base de cálculo do IRPJ e da CSSL, por estimativa, e antecipar o pagamento dos tributos, segundo a faculdade prevista no art. 2º da Lei n. 9430/96” (AgRg no REsp 694278RJ, relator Ministro Humberto Martins, DJ de 3/8/2006).

2. A antecipação do pagamento dos tributos não configura pagamento indevido à Fazenda Pública que justifique a incidência da taxa Selic.

3. Recurso especial improvido.”

(Recurso Especial 529570 / SC Relator Ministro João Otávio de Noronha Segunda Turma Data do Julgamento 19/09/2006 DJ 26.10.2006 p. 277)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL TRIBUTÁRIO IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA IRPJ E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO CSSL APURAÇÃO POR ESTIMATIVA PAGAMENTO ANTECIPADO OPÇÃO DO CONTRIBUINTE LEI N. 9430/96.

É firme o entendimento deste Tribunal no sentido de que o regime de antecipação mensal é opção do contribuinte, que pode apurar o lucro real, base de cálculo do IRPJ e da CSSL, por estimativa, e antecipar o pagamento dos tributos, segundo a faculdade prevista no art. 2º da Lei n. 9430/96. Precedentes: REsp 492.865/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ25.4.2005 e REsp 574347/SC, Rel. Min. José Delgado, DJ 27.9.2004. Agravo regimental improvido.”

(Agravo Regimental No Recurso Especial 2004/01397180 Relator Ministro Humberto Martins Segunda Turma DJ 17.08.2006 p. 341)

Do exposto, infere-se que a multa em questão tem natureza tributária, pois aplicada em razão do descumprimento de obrigação principal, qual seja, falta de pagamento de tributo, ainda que por antecipação prevista em lei.

Debates instalaram-se no âmbito desse Conselho Administrativo sobre a natureza da multa isolada. Inicialmente me filiei à corrente que entendia que a multa isolada não poderia prosperar porque penalizava conduta que não se configurava obrigação principal, tampouco obrigação acessória. Ou seja, mantinha o entendimento de que a multa em questão não se referia a qualquer obrigação prevista no artigo 113 do Código Tributário Nacional, na medida em que penalizava conduta que, a meu ver à época, não podia ser considerada obrigação principal, já que o tributo não estava definitivamente apurado, tampouco poderia ser considerada obrigação acessória, pois evidentemente não configura uma obrigação de caráter meramente administrativo, uma vez que a relação jurídica prevista na norma primária dispositiva é o “pagamento” de antecipação.

Nada obstante, modifiquei meu entendimento, mormente por concluir que trata-se, em verdade, de multa pelo não pagamento do tributo que deve ser antecipado. Ainda que tenha o contribuinte declarado e recolhido o montante devido de IRPJ e

CSLL ao final do exercício, fato é que caberá multa isolada quando o contribuinte não efetua a antecipação deste tributo.

Tanto assim que, até a alteração promovida pela Lei nº 11.488/07, o caput do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, previa que o cálculo das multas ali estabelecidas seria realizado “sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição”.

Frente a estas considerações, releva destacar que a penalidade em debate é exigida isoladamente, sem qualquer hipótese de agravamento ou qualificação e, embora seu cálculo tenha por referência a antecipação não realizada, sua exigência não se dá por falta de "pagamento de tributo", dado o fato gerador do tributo sequer ter ocorrido. De forma semelhante, outras penalidades reconhecidas como decorrentes do descumprimento de obrigações acessórias são calculadas em razão do valor dos tributos devidos²⁶ e exigidas de forma isolada.

Sob esta ótica, o recolhimento de estimativas melhor se alinha ao conceito de obrigação acessória que à definição de obrigação principal, até porque a antecipação do recolhimento é, em verdade, um ônus imposto aos que voluntariamente optam pela apuração anual do lucro tributável, e a obrigação acessória, nos termos do art. 113, §2º do CTN, é medida prevista não só no interesse da fiscalização, mas também da arrecadação dos tributos.

Veja-se, aliás, que as manifestações do Superior Tribunal de Justiça acima citadas expressamente reconhecem este ônus como decorrente de uma opção, e distinguem a antecipação do pagamento do pagamento em si, isto para negar a aplicação de juros a partir de seu recolhimento no confronto com o tributo efetivamente devido ao final do ano-calendário.

É certo que a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça já consolidou seu entendimento contrariamente à aplicação concomitante das penalidades em razão do princípio da consunção, conforme evidencia a ementa de julgado recente proferido no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.576.289/RS:

²⁶ Lei nº 10.426, de 2002: Art. 7º O sujeito passivo que deixar de apresentar Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ, Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica, Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte - DIRF e Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais - Dacon, nos prazos fixados, ou que as apresentar com incorreções ou omissões, será intimado a apresentar declaração original, no caso de não-apresentação, ou a prestar esclarecimentos, nos demais casos, no prazo estipulado pela Secretaria da Receita Federal SRF, e sujeitar-se-á às seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

I - de dois por cento ao mês-calendário ou fração, incidente sobre o montante do imposto de renda da pessoa jurídica informado na DIPJ, ainda que integralmente pago, no caso de falta de entrega desta Declaração ou entrega após o prazo, limitada a vinte por cento, observado o disposto no § 3º;

II - de dois por cento ao mês-calendário ou fração, incidente sobre o montante dos tributos e contribuições informados na DCTF, na Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica ou na Dirf, ainda que integralmente pago, no caso de falta de entrega destas Declarações ou entrega após o prazo, limitada a vinte por cento, observado o disposto no § 3º;

III - de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidente sobre o montante da Cofins, ou, na sua falta, da contribuição para o PIS/Pasep, informado no Dacon, ainda que integralmente pago, no caso de falta de entrega desta Declaração ou entrega após o prazo, limitada a 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3º deste artigo; e (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

TRIBUTÁRIO. MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO. ART. 44, I E II, DA LEI 9.430/1996 (REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.488/2007). EXIGÊNCIA CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO. PRECEDENTES.

1. A Segunda Turma do STJ tem posição firmada pela impossibilidade de aplicação concomitante das multas isolada e de ofício previstas nos incisos I e II do art. 44 da Lei 9.430/1996 (AgRg no REsp 1.499.389/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/9/2015; REsp 1.496.354/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24/3/2015).

2. Agravo Regimental não provido.

Todavia, referidos julgados não são de observância obrigatória na forma do art. 62, §1º, inciso II, alínea "b" do Anexo II do Regimento Interno do CARF aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015.

Além disso, a interpretação de que a falta de recolhimento da antecipação mensal é infração abrangida pela falta de recolhimento do ajuste anual, sob o pressuposto da existência de dependência entre elas, sendo a primeira infração preparatória da segunda, desconsidera o prejuízo experimentado pela União com a mora subsistente em razão de o tributo devido no ajuste anual sofrer encargos somente a partir do encerramento do ano-calendário.

Favorece, assim, o sujeito passivo que se obrigou às antecipações para apurar o lucro tributável apenas ao final do ano-calendário, conferindo-lhe significativa vantagem econômica em relação a outro sujeito passivo que, cometendo a mesma infração, mas optando pela regra geral de apuração trimestral dos lucros, suportaria, além do ônus da escrituração trimestral dos resultados, os encargos pela falta de recolhimento do tributo calculados desde o encerramento do período trimestral.

Quanto à transposição do princípio da consunção para o Direito Tributário, vale a transcrição da oposição manifestada pelo Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior no voto condutor do acórdão nº 1302-001.823:

Da inviabilidade de aplicação do princípio da consunção

O princípio da consunção é princípio específico do Direito Penal, aplicável para solução de conflitos aparentes de normas penais, ou seja, situações em que duas ou mais normas penais podem aparentemente incidir sobre um mesmo fato.

Primeiramente, há que se ressaltar que a norma sancionatória tributária não é norma penal stricto sensu. Vale aqui a lembrança que o parágrafo único do art. 273 do anteprojeto do CTN (hoje, art. 112 do CTN), elaborado por Rubens Gomes de Sousa, previa que os princípios gerais do Direito Penal se aplicassem como métodos ou processos supletivos de interpretação da lei tributária, especialmente da lei tributária que definia infrações. Esse dispositivo foi rechaçado pela Comissão Especial de 1954 que elaborou o texto final do anteprojeto, sendo que tal dispositivo não retornou ao texto do CTN que veio a ser aprovado pelo Congresso Nacional. À época, a Comissão Especial do CTN acolheu os fundamentos de que o direito penal tributário não tem semelhança absoluta com o direito penal (sugestão 789, p. 513 dos Trabalhos da Comissão Especial do CTN) e que o direito penal tributário não é autônomo ao direito tributário, pois a pena fiscal mais se assemelha a pena cível do que a criminal (sugestão 787, p.512, idem). Não é difícil, assim, verificar que, na sua gênese, o CTN afastou a possibilidade de aplicação

supletiva dos princípios do direito penal na interpretação da norma tributária, logicamente, salvo aqueles expressamente previstos no seu texto, como por exemplo, a retroatividade benigna do art. 106 ou o in dubio pro reo do art. 112.

Oportuna, também, a citação da abordagem exposta em artigo publicado por Heraldo Garcia Vitta²⁷:

O Direito Penal é especial, contém princípios, critérios, fundamentos e normas particulares, próprios desse ramo jurídico; por isso, a rigor, as regras dele não podem ser estendidas além dos casos para os quais foram instituídas. De fato, não se aplica norma jurídica senão à ordem de coisas para a qual foi estabelecida; não se pode pôr de lado a natureza da lei, nem o ramo do Direito a que pertence a regra tomada por base do processo analógico.[15 Carlos Maximiliano, Hermenêutica e aplicação do direito, p.212] Na hipótese de concurso de crimes, o legislador escolheu critérios específicos, próprios desse ramo de Direito. Logo, não se justifica a analogia das normas do Direito Penal no tema concurso real de infrações administrativas.

A ‘forma de sancionar’ é instituída pelo legislador, segundo critérios de conveniência/oportunidade, isto é, discricionariedade. Compete-lhe elaborar, ou não, regras a respeito da concorrência de infrações administrativas. No silêncio, ocorre cúmulo material.

Aliás, no Direito Administrativo brasileiro, o legislador tem procurado determinar o cúmulo material de infrações, conforme se observa, por exemplo, no artigo 266, da Lei nº 9.503, de 23.12.1997 (Código de Trânsito Brasileiro), segundo o qual “quando o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as respectivas penalidades”. Igualmente o artigo 72, §1º, da Lei 9.605, de 12.2.1998, que dispõe sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente: “Se o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações [administrativas, pois o disposto está inserido no Capítulo VI –Da Infração Administrativa] ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as sanções a elas cominadas”. E também o parágrafo único, do artigo 56, da Lei nº 8.078, de 11.9.1990, que regula a proteção do consumidor: “As sanções [administrativas] previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar antecedente ou incidente de procedimento administrativo”.[16 Evidentemente, se ocorrer, devido ao acúmulo de sanções, perante a hipótese concreta, pena exacerbada, mesmo quando observada imposição do mínimo legal, isto é, quando a autoridade administrativa tenha imposto cominação mínima, estabelecida na lei, ocorrerá invalidação do ato administrativo, devido ao princípio da proporcionalidade.]

No Direito Penal são exemplos de aplicação do princípio da consunção a absorção da tentativa pela consumação, da lesão corporal pelo homicídio e da violação de domicílio pelo furto em residência. Característica destas ocorrências é a sua previsão em normas diferentes, ou seja, a punição concebida de forma autônoma, dada a possibilidade fática de o agente ter a intenção, apenas, de cometer o crime que figura como delito-meio ou delito-fim.

²⁷ http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2644

Já no caso em debate, a norma tributária prevê expressamente a aplicação das duas penalidades em face da conduta de sujeito passivo que motive lançamento de ofício, como bem observado pelo Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão no já citado voto condutor do acórdão nº 9101-002.251:

[...]

Ora, o legislador, no caso, fez mais do que faria se apenas acrescentasse “mais uma alínea no inciso II da nova redação do art. 44 da [Lei nº] 9.430/1996”.

Na realidade, o que, na redação primeira, era apenas um inciso subordinado a um parágrafo do artigo (art. 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996), tornou-se um inciso vinculado ao próprio caput do artigo (art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996), no mesmo patamar, portanto, do inciso então preexistente, que previa a multa de ofício.

Veja-se a redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, dada pela Lei nº 11.488, de 2007 (sublinhei):

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

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;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

[...];

Dessa forma, a norma legal, ao estatuir que “nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas”, está a se referir, iniludivelmente, às duas multas em conjunto, e não mais em separado, como dava a entender a antiga redação do dispositivo.

Nessas condições, não seria necessário que a norma previsse “a possibilidade de haver cumulatividade dessas multas”. Pelo contrário: seria necessário, sim se fosse esse o caso, que a norma excetuasse essa possibilidade, o que nela não foi feito. Por conseguinte, não há que se falar como pretendeu o sujeito passivo, por ocasião de seu recurso voluntário em “identidade quanto ao critério pessoal e material de ambas as normas sancionatórias”.

Se é verdade que as duas normas sancionatórias, pelo critério pessoal, alcançam o mesmo contribuinte (sujeito passivo), não é verdade que o critério material (verbo + complemento) de uma e de outra se centre “no descumprimento da relação jurídica que determina o recolhimento integral do tributo devido”.

O complemento do critério material de ambas é, agora, distinto: o da multa de ofício é a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição; já o da multa isolada é o valor do pagamento mensal, apurado sob base estimada ao longo do ano, cuja materialidade, como visto anteriormente, não se confunde com aquela. (grifos do original)

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, portanto, claramente fixou a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. Somente desconsiderando-se todo o histórico de aplicação das penalidades previstas na

redação original do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, seria possível interpretar que a redação alterada não determinou a aplicação simultânea das penalidades. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas". Ademais, quando o legislador estipula na alínea "b" do inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal ***ainda que*** tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente, claramente afirma a aplicação da penalidade ***mesmo se*** apurado lucro tributável e, por consequência, tributo devido sujeito à multa prevista no inciso I do seu art. 44.

Acrescente-se que não se pode falar, no caso, de *bis in idem* sob o pressuposto de que a imposição das penalidades teria a mesma base fática. Basta observar que as infrações ocorrem em diferentes momentos, o primeiro correspondente à apuração da estimativa com a finalidade de cumprir o requisito de antecipação do recolhimento imposto aos optantes pela apuração anual do lucro, e o segundo apenas na apuração do lucro tributável ao final do ano-calendário.

A análise, assim, não pode ficar limitada, por exemplo, à omissão de receitas ou ao registro de despesas indedutíveis, especialmente porque, para fins tributários, estas ocorrências devem, necessariamente, repercutir no cumprimento da obrigação acessória de antecipar ou na constituição, pelo sujeito passivo, da obrigação tributária principal. A base fática, portanto, é constituída pelo registro contábil ou fiscal, ou mesmo sua supressão, e pela repercussão conferida pelo sujeito passivo àquela ocorrência no cumprimento das obrigações tributárias. Como esta conduta se dá em momentos distintos e com finalidades distintas, duas penalidades são aplicáveis, sem se cogitar de *bis in idem*.

Neste sentido, aliás, são as considerações do Conselheiro Alberto Pinto Souza Júnior no voto condutor do Acórdão nº 1302-001.823:

Ainda que aplicável fosse o princípio da consunção para solucionar conflitos aparentes de norma tributárias, não há no caso em tela qualquer conflito que justificasse a sua aplicação.

Conforme já asseverado, o conflito aparente de normas ocorre quando duas ou mais normas podem aparentemente incidir sobre um mesmo fato, o que não ocorre in casu, já que temos duas situações fáticas diferentes: a primeira, o não recolhimento do tributo devido; a segunda, a não observância das normas do regime de recolhimento sobre bases estimadas. Ressalte-se que o simples fato de alguém, optante pelo lucro real anual, deixar de recolher o IRPJ mensal sobre a base estimada não enseja per se a aplicação da multa isolada, pois esta multa só é aplicável quando, além de não recolher o IRPJ mensal sobre a base estimada, o contribuinte deixar de levantar balanço de suspensão, conforme dispõe o art. 35 da Lei no 8.981/95. Assim, a multa isolada não decorre unicamente da falta de recolhimento do IRPJ mensal, mas da inobservância das normas que regem o recolhimento sobre bases estimadas, ou seja, do regime.

[...]

Assim, demonstrado que temos duas situações fáticas diferentes, sob as quais incidem normas diferentes, resta irrefutável que não há unidade de conduta, logo não existe qualquer conflito aparente entre as normas dos incisos I e IV do § 1º do art. 44 e, consequentemente, indevida a aplicação do princípio da consunção no caso em tela.

Noutro ponto, refuto os argumentos de que a falta de recolhimento da estimativa mensal seria uma conduta menos grave, por atingir um bem jurídico secundário – que seria a antecipação do fluxo de caixa do governo. Conforme já demonstrado, a multa isolada é aplicável pela não observância do regime de recolhimento pela estimativa e a conduta que ofende tal regime jamais poderia ser tida como menos grave, já que põe em risco todo o sistema de recolhimento do IRPJ sobre o lucro real anual – pelo menos no formato desenhado pelo legislador.

Em verdade, a sistemática de antecipação dos impostos ocorre por diversos meios previstos na legislação tributária, sendo exemplos disto, além dos recolhimentos por estimativa, as retenções feitas pelas fontes pagadoras e o recolhimento mensal obrigatório (carnê-leão), feitos pelos contribuintes pessoas físicas. O que se tem, na verdade são diferentes formas e momentos de exigência da obrigação tributária. Todos esses instrumentos visam ao mesmo tempo assegurar a efetividade da arrecadação tributária e o fluxo de caixa para a execução do orçamento fiscal pelo governo, impondo-se igualmente a sua proteção (como bens jurídicos). Portanto, não há um bem menor, nem uma conduta menos grave que possa ser englobada pela outra, neste caso.

Ademais, é um equívoco dizer que o não recolhimento do IRPJ-estimada é uma ação preparatória para a realização da “conduta mais grave” – não recolhimento do tributo efetivamente devido no ajuste. O não pagamento de todo o tributo devido ao final do exercício pode ocorrer independente do fato de terem sido recolhidas as estimativas, pois o resultado final apurado não guarda necessariamente proporção com os valores devidos por estimativa. Ainda que o contribuinte recolha as antecipações, ao final pode ser apurado um saldo de tributo a pagar, com base no resultado do exercício. As infrações tributárias que ensejam a multa isolada e a multa de ofício nos casos em tela são autônomas. A ocorrência de uma delas não pressupõe necessariamente a existência da outra, logo inaplicável o princípio da consunção, já que não existe conflito aparente de normas.

Tais circunstâncias são totalmente distintas das que ensejam a aplicação de multa moratória ou multa de ofício sobre tributo não recolhido. Nesta segunda hipótese, sim, a base fática é idêntica, porque a infração de não recolher o tributo no vencimento foi praticada e, para compensar a União o sujeito passivo poderá, caso não demande a atuação de um agente fiscal para constituição do crédito tributário por lançamento de ofício, sujeitar-se a uma penalidade menor²⁸. Se o recolhimento não for promovido depois do vencimento e o lançamento de ofício se fizer necessário, a multa de ofício fixada em maior percentual incorpora, por certo, a reparação que antes poderia ser promovida pelo sujeito passivo sem a atuação de um Auditor Fiscal.

²⁸ Lei nº 9.430, de 1996, art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Medida Provisória nº 1.725, de 1998) (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

Imprópria, portanto, a ampliação do conteúdo expresso no enunciado da súmula **a partir do que consignado no voto condutor de alguns dos paradigmas.**

É importante repisar, assim, que as decisões acerca das infrações cometidas depois das **alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, não devem observância à Súmula CARF nº 105** e os Conselheiros têm plena liberdade de convicção.

Somente a essência extraída dos paradigmas, integrada ao enunciado no caso, mediante expressa referência ao fundamento legal aplicável antes da edição da Medida Provisória nº 351, de 2007 (art. 44, §1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996) , representa o entendimento acolhido pela 1ª Turma da CSRF a ser observado, obrigatoriamente, pelos integrantes da 1ª Seção de Julgamento. Nada além disso.

De outro lado, releva ainda destacar que a aprovação de um enunciado não impõe ao julgador a sua aplicação cega. As circunstâncias do caso concreto devem ser analisadas e, caso identificado algum aspecto antes descon siderado, é possível afastar a aplicação da súmula.

Veja-se, por exemplo, que o enunciado da Súmula CARF nº 105 é omissso acerca de outro ponto que permite interpretação favorável à manutenção parcial de exigências formalizadas ainda que com fundamento no art. 44, §1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996.

Neste sentido é a declaração de voto da Conselheira Edeli Pereira Bessa no Acórdão nº 1302-001.753:

A multa isolada teve em conta falta de recolhimento de estimativa de CSLL no valor de R\$ 94.130,67, ao passo que a multa de ofício foi aplicada sobre a CSLL apurada no ajuste anual no valor de R\$ 31.595,78. Discute-se, no caso, a aplicação da Súmula CARF nº 105 de seguinte teor: A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Os períodos de apuração atuados estariam alcançados pelo dispositivo legal apontado na Súmula CARF nº 105. Todavia, como evidenciam as bases de cálculo das penalidades, a concomitância se verificou apenas sobre parte da multa isolada exigida por falta de recolhimento da estimativa de CSLL devida em dezembro/2002. Importa, assim, avaliar se o entendimento sumulado determinaria a exoneração de toda a multa isolada aqui aplicada.

*A referência à exigência **ao mesmo tempo** das duas penalidades não possui uma única interpretação. É possível concluir, a partir do disposto, que não subsiste a multa isolada aplicada no mesmo lançamento em que formalizada a exigência do ajuste anual com acréscimo da multa de ofício proporcional, ou então que a multa isolada deve ser exonerada quando exigida em face de antecipação contida no ajuste anual que ensejou a exigência do principal e correspondente multa de ofício. Além disso, pode-se interpretar que deve subsistir apenas uma penalidade quando a causa de sua aplicação é a mesma.*

Os precedentes que orientaram a edição da Súmula CARF nº 105 auxiliam nesta interpretação. São eles:

[...]

Observa-se nas ementas dos Acórdãos nº 9101-001.261, 9101-001.307 e 1803-001.263 a abordagem genérica da infração de falta de recolhimento de estimativas como etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano, e que por esta razão é absorvida pela segunda infração, devendo subsistir apenas a punição aplicada sobre esta. Sob esta vertente interpretativa, qualquer multa isolada aplicada por falta de recolhimento de estimativas sucumbiria frente à exigência do ajuste anual com acréscimo de multa de ofício.

Porém, os Acórdãos nº 9101-001.203 e 9101-001.238, reportam-se à identidade entre a infração que, constatada pela Fiscalização, enseja a apuração da falta de recolhimento de estimativas e da falta de recolhimento do ajuste anual, assim como os Acórdãos nº 1402-001.217 e 1102-000.748 fazem referência a aplicação de penalidades sobre a mesma base, ou ao fato de a base de cálculo das multas isoladas estar contida na base de cálculo da multa de ofício. Tais referências permitem concluir que, para identificação da concomitância, deve ser avaliada a causa da aplicação da penalidade ou, ao menos, o seu reflexo na apuração do ajuste anual e nas bases estimativas.

A adoção de tais referenciais para edição da Súmula CARF nº 105 evidencia que não se pretendeu atribuir um conteúdo único à concomitância, permitindo-se a livre interpretação acerca de seu alcance.

Considerando que, no presente caso, as infrações foram apuradas de forma independente estimativa não recolhida em razão de seu parcelamento parcial e ajuste anual não recolhido em razão da compensação de bases negativas acima do limite legal e assim resultaram em distintas bases para aplicação das penalidades, é válido concluir que não há concomitância em relação à multa isolada aplicada sobre a parcela de R\$ 62.534,89 (= R\$ 94.130,67 R\$ 31.595,78), correspondente à estimativa de CSLL em dezembro/2002 que excede a falta de recolhimento apurada no ajuste anual.

Divergência neste sentido, aliás, já estava consubstanciada antes da aprovação da súmula, nos termos do voto condutor do Acórdão nº 120100.235, de lavra do Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes:

[...]

O valor tributável é o mesmo (R\$ 15.470.000,00). Isso, contudo, não implica necessariamente numa perfeita coincidência delitiva, pois pode ocorrer também que uma omissão de receita resulte num delito quantitativamente mais intenso.

Foi o que ocorreu. Em razão de prejuízos posteriores ao mês do fato gerador, o impacto da omissão sobre a tributação anual foi menor que o sofrido na antecipação mensal. Desse modo, a absorção deve é apenas parcial.

Conforme o demonstrativo de fls. 21, a omissão resultou numa base tributável anual do IR no valor de R\$ 5.076.300,39, mas numa base estimada de R\$ 8.902.754,18. Assim, deve ser mantida a multa isolada relativa à estimativa de imposto de renda que deixou de ser recolhida sobre R\$ 3.826.453,79 (R\$ 8.902.754,18 – R\$ 5.076.300,39), parcela essa que não foi absorvida pelo delito de não recolhimento definitivo, sobre o qual foi aplicada a multa proporcional.

Abaixo, segue a discriminação dos valores:

Base estimada remanescente: R\$ 3.826.453,79

Estimativa remanescente (R\$ 3.826.453,79 x 25%): R\$ 956.613,45

Multa isolada mantida (R\$ 956.613,45 x 50%): R\$ 478.306,72

Multa isolada excluída (R\$ 1.109.844,27 – R\$ 478.306,72): R\$ 631.537,55

[...]

A observância do entendimento sumulado, portanto, pressupõe a identificação dos requisitos expressos no enunciado e a análise das circunstâncias do caso concreto, a fim de conferir eficácia à súmula, mas não aplica-la a casos distintos. Assim, a referência expressa ao fundamento legal das exigências às quais se aplica o entendimento sumulado limita a sua abrangência, mas a adoção de expressões cujo significado não pode ser identificado a partir dos paradigmas da súmula confere liberdade interpretativa ao julgador.

Como antes referido, no presente processo a multa isolada por falta de recolhimento das estimativas mensais foi exigida para fatos ocorridos após alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Sendo assim e diante do todo o exposto, não só não há falar na aplicação ao caso da Súmula CARF nº 105, como não se pode cogitar da impossibilidade de lançamento da multa isolada por falta de recolhimento das estimativas após o encerramento do ano-calendário.

Como se viu, a multa de 50% prevista no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 e calculada sobre o pagamento mensal de antecipação de IRPJ e CSLL que deixe de ser efetuado penaliza o descumprimento do dever de antecipar o recolhimento de tais tributos e independe do resultado apurado ao final do ano-calendário e da eventual aplicação de multa de ofício.

Nessa condição, a multa isolada é devida ainda que se apure prejuízo fiscal ou base negativa de CSLL, conforme estabelece a alínea "b" do referido inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, sendo que não haveria sentido em comando nesse sentido caso não se pudesse aplicar a multa após o encerramento do ano-calendário, eis que antes de encerrado o ano sequer pode se determinar se houve ou não prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa de CSLL.

No mesmo sentido do entendimento aqui manifestado citam-se os seguintes acórdãos desta 1ª Turma da CSRF: 9101-002.414 (de 17/08/2016), 9101-002.438 (de 20/09/2016) e 9101-002.510 (de 12/12/2016).

É de se negar, portanto, provimento ao recurso da Contribuinte, mantendo-se o lançamento de multa isolada por falta de recolhimento das estimativas. *(destaques do original)*

Especificamente acerca do princípio da consunção, vale o acréscimo das razões de decidir adotadas pelo Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto e expostas, dentre outros, no voto condutor do Acórdão nº 9101-006.056²⁹:

²⁹ 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

A alteração da redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96 buscou adequar o dispositivo face à jurisprudência então dominante no CARF, mais precisamente a firmada em torno do entendimento do então Conselheiro e Presidente de Câmara José Clóvis Alves, o qual atacava a redação do *caput* do art. 44 da Lei nº 9.430/96 ("*Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição...*"), e divisava *bis in idem*, entendendo que a "mesma" multa seria aplicada quando do lançamento de ofício do tributo (Acórdão CSRF 01-05503 - 101-134520).

Na nova redação do citado artigo, o *caput* não mais faz referência à diferença de tributo ("*Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas...*"), sendo tal expressão utilizada somente no inciso I, que trata da multa de 75% aplicada sobre a diferença de tributo lançado de ofício. A multa isolada ora é tratada em dispositivo específico (inciso II), que estabelece percentual distinto do da multa de ofício (esta é de 75%, e aquela de 50%). Vê-se, assim, que a nova multa isolada é aplicada, em percentual próprio, sobre o valor do pagamento mensal que deixou de ser efetuado a título de estimativa, não mais se falando em diferença sobre tributo que deixou de ser recolhido.

Em voto que a meu ver bem reflete a tese aqui exposta, o ilustre Conselheiro GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES foi preciso na análise do tema (Acórdão 103-23.370, Sessão de 24/01/2008):

[...]

Nada obstante, as regras sancionatórias são em múltiplos aspectos totalmente diferentes das normas de imposição tributária, a começar pela circunstância essencial de que o antecedente das primeiras é composto por uma conduta antijurídica, ao passo que das segundas se trata de conduta lícita.

Dessarte, em múltiplas facetas o regime das sanções pelo descumprimento de obrigações tributárias mais se aproxima do penal que do tributário.

Pois bem, a Doutrina do Direito Penal afirma que, dentre as funções da pena, há a PREVENÇÃO GERAL e a PREVENÇÃO ESPECIAL.

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

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

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

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

Guimarães da Fonseca (suplente convocado) e Andréa Duek Simantob (Presidente em exercício), e divergiram na matéria os Conselheiros Livia De Carli Germano, Luis Henrique Marotti Toselli e Alexandre Evaristo Pinto.

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

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

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

Como é previsível, no caso das extraordinárias, e certo, em relação às temporárias, a cessação de sua vigência, a exclusão da punição implicaria a perda de eficácia de suas determinações, uma vez que todos teriam a garantia prévia de, em breve, deixarem de ser punidos. É o caso de uma lei que impõe a punição pelo descumprimento de tabelamento temporário de preços. Se após o período de tabelamento, aqueles que o descumpriram não fossem punidos e eles tivessem a garantia prévia disso, por que então cumprir a lei no período em que estava vigente?

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

Desse modo, após o advento da MP nº 351/2007, entendo que as multas isoladas devem ser mantidas, ainda que aplicadas em concomitância com as multas de ofício pela ausência de recolhimento/pagamento de tributo apurado de forma definitiva. Tal conclusão decorre da constatação de se tratarem de penalidades distintas, com origem em fatos geradores e períodos de apuração diversos, e ainda aplicadas sobre bases de cálculos diferenciadas. A legislação, em nenhum momento, vedou a aplicação concomitante das penalidades em comento.

Em complemento, e em especial em relação à suposta aplicação do princípio da consunção, transcrevo o entendimento firmado pelo Conselheiro Leonardo de Andrade Couto em seus votos sobre o tema em debate:

“Manifestei-me em outras ocasiões pela aplicação ao caso do princípio da consunção, pelo qual prevalece a penalidade mais grave quando uma pluralidade de normas é violada no desenrolar de uma ação.

De forma geral, o princípio da consunção determina que em face a um ou mais ilícitos penais denominados *consuntos*, que funcionam apenas como fases de preparação ou de execução de um outro, mais grave que o(s) primeiro(s), chamado *consuntivo*, ou tão-somente como condutas, anteriores ou posteriores, mas sempre intimamente interligado ou inerente, dependentemente, deste último, o *sujeito ativo só deverá ser responsabilizado pelo ilícito mais grave*.³⁰

³⁰ RAMOS, Guilherme da Rocha. Princípio da consunção: o problema conceitual do crime progressivo e da progressão criminosa. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 44, 1 ago. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/996>>. Acesso em: 6 dez. 2010.

Veja-se que a condição básica para aplicação do princípio é a íntima interligação entre os ilícitos. Pelo até aqui exposto, pode-se dizer que a intenção do legislador tributário foi justamente deixar clara a independência entre as irregularidades, inclusive alterando o texto da norma para ressaltar tal circunstância.

No voto paradigma que decidiu casos como o presente sob a ótica do princípio da consunção, o relator cita Miguel Reale Junior que discorre sobre o crime progressivo, situação típica de aplicação do princípio em comento.

Pois bem. Doutrinariamente, existe *crime progressivo* quando o sujeito, para alcançar um resultado normativo (ofensa ou perigo de dano a um bem jurídico), necessariamente deverá passar por uma conduta inicial que produz outro evento normativo, menos grave que o primeiro.

Noutros termos: para ofender um bem jurídico qualquer, o agente, indispensavelmente, terá de inicialmente ofender outro, de menor gravidade — passagem por um *minus* em direção a um *plus*.³¹ (destaques acrescidos).

Estaríamos diante de uma situação de conflito aparente de normas. Aparente porque o princípio da especialidade definiria a questão, com vistas a evitar a subsunção a dispositivos penais diversos e, por conseguinte, a confusão de efeitos penais e processuais.

Aplicando-se essa teoria às situações que envolvem a imputação da multa de ofício, a irregularidade que gera a multa aplicada em conjunto com o tributo não necessariamente é antecedida de ausência ou insuficiência de recolhimento do tributo devido a título de estimativas, suscetível de aplicação da multa isolada.

Assim, não há como enquadrar o conceito da progressividade ao presente caso, motivo pelo qual tal linha de raciocínio seria injustificável para aplicação do princípio da consunção.

Ainda seguindo a analogia com o direito penal, a grosso modo poder-se-ia dizer que a situação sob exame representaria um concurso real de normas ou, mais especificamente, um concurso material: duas condutas delituosas causam dois resultados delituosos.

Abstraindo-se das questões conceituais envolvendo aspectos do direito penal, a Lei nº 9.430/96, ao instituir a multa isolada sobre irregularidades no recolhimento do tributo devido a título de estimativas, não estabeleceu qualquer limitação quanto à imputação dessa penalidade juntamente com a multa exigida em conjunto com o tributo.” (*destaques do original*)

Nestes termos, ainda que as infrações cometidas repercutam na apuração da estimativa mensal e do ajuste anual, diferentes são as condutas punidas: o dever de antecipar e o dever de recolher o tributo devido ao final do ano-calendário. As alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007, por sua vez, não excetuaram a aplicação simultânea das penalidades, justamente porque diferentes são as condutas reprimidas, o mesmo se verificando na Instrução Normativa SRF nº 93, de 1997,

³¹ Idem, Idem

replicado atualmente na Instrução Normativa RFB nº 1700, de 2017, que em seu art. 52 prevê a imposição, apenas, da multa isolada durante o ano-calendário, enquanto não ocorrido o fato gerador que somente se completará ao seu final, restando a possibilidade de aplicação concomitante com a multa de ofício, depois do encerramento do ano-calendário, reconhecida expressamente em seu art. 53. Veja-se:

Art. 52. Verificada, durante o ano-calendário em curso, a falta de pagamento do IRPJ ou da CSLL por estimativa, o lançamento de ofício restringir-se-á à multa isolada sobre os valores não recolhidos.

§ 1º A multa de que trata o caput será de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do pagamento mensal que deixar de ser efetuado.

§ 2º As infrações relativas às regras de determinação do lucro real ou do resultado ajustado, verificadas nos procedimentos de redução ou suspensão do IRPJ ou da CSLL a pagar em determinado mês, ensejarão a aplicação da multa de ofício sobre o valor indevidamente reduzido ou suspenso.

§ 3º Na falta de atendimento à intimação de que trata o § 1º do art. 51, no prazo nela consignado, o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil procederá à aplicação da multa de que trata o caput sobre o valor apurado com base nas regras previstas nos arts. 32 a 41, ressalvado o disposto no § 2º do art. 51.

§ 4º A não escrituração do livro Diário ou do Lalur de que trata o caput do art. 310 até a data fixada para pagamento do IRPJ e da CSLL do respectivo mês, implicará desconsideração do balanço ou balancete para efeito da suspensão ou redução de que trata o art. 47 e a aplicação do disposto no § 2º deste artigo.

§ 5º Na verificação relativa ao ano-calendário em curso o livro Diário e o Lalur a que se refere o § 4º serão exigidos mediante intimação específica, emitida pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil.

Art. 53. Verificada a falta de pagamento do IRPJ ou da CSLL por estimativa, após o término do ano-calendário, o lançamento de ofício abrangerá:

I - a multa de ofício de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do pagamento mensal que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL no ano-calendário correspondente; e

II - o IRPJ ou a CSLL devido com base no lucro real ou no resultado ajustado apurado em 31 de dezembro, caso não recolhido, acrescido de multa de ofício e juros de mora contados do vencimento da quota única do tributo.

Observe-se, também, que as manifestações do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema foram editadas, apenas, no âmbito da 2ª Turma, e o posicionamento desta, inclusive, está renovado em acórdão mais recente, mas sem acréscimos nas razões de decidir, exarado nos autos do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.603.525/RJ, proferido em 23/11/2020³² e assim ementado:

³² Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator Francisco Falcão.

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MULTA ISOLADA E DE OFÍCIO. ART. 44 DA LEI N. 9.430/96 (REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.488/07). EXIGÊNCIA CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO.

I - Na origem, trata-se de ação objetivando a anulação de três lançamentos tributários, em virtude da existência de excesso do montante cobrado.

II - Após sentença que julgou parcialmente procedente o pleito elaborado na exordial, foram interpostas apelações pelo contribuinte e pela Fazenda Nacional, recursos que tiveram, respectivamente, seu provimento parcialmente concedido e negado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ficando consignado o entendimento de que é ilegal a aplicação concomitante das multas de ofício e isolada, previstas no art. 44 da Lei n. 9.430/1996.

III - Conquanto a parte insista que a única hipótese em que se poderá cobrar a multa isolada é se não for possível cobrar a multa de ofício, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica ao afirmar que é ilegal a aplicação concomitante das multas isolada e de ofício previstas nos incisos I e II do art. 44 da Lei n. 9.430/1996. Nesse sentido: REsp 1.496.354/PR, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/3/2015, DJe 24/3/2015 e AgRg no REsp 1.499.389/PB, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/9/2015, DJe 28/9/2015.

IV - Agravo interno improvido.

Recentemente, porém, noticiou-se que as duas turmas do Superior Tribunal de Justiça teriam se alinhado sob este entendimento, nos termos dos julgados proferidos à unanimidade no REsp nº 2.104.963/RJ³³, de 05/12/2023, e no REsp nº 1.708.819/RS³⁴, de 07/11/2023.

Primeiramente cabe observar que o REsp nº 2.104.963/RJ não teve em conta exigência cumulada de multa proporcional com multa de ofício isolada por falta de recolhimento de estimativas. A cumulação da multa proporcional, no caso, se deu com multa de ofício aplicada por inobservância do dever de manter arquivos magnéticos, como registrado no voto condutor do acórdão de 05/12/2023:

Em suma, ao se examinar a pretensão fazendária posta neste apelo especial, verificar-se-á que a discussão nestes autos em epígrafe, defende a exigência concomitante e cumulada das multas tributárias impostas à contribuinte, seja em face da exigibilidade da infração fiscal imposta de ofício, pelo descumprimento de obrigação tributária acessória, seja pela multa fiscal impingida em razão da inobservância da obrigação tributária concernente ao dever da contribuinte de entregar corretamente a autoridade fiscal, os arquivos digitais com registros contábeis, nos termos do artigo 12, inciso III, da Lei 8.212/1991.

De toda a sorte, como antes registrado, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça já vinha se manifestando contrariamente à cumulação da multa de ofício proporcional com

³³ A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Afrânio Vilela, Francisco Falcão e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator Mauro Campbell Marques.

³⁴ Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator Sérgio Kukina. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas. Apenas que tal julgado, de 2020, contou com a participação de Ministros que não mais integram a Segunda Turma.

Com respeito ao julgado proferido no REsp nº 1.708.819/RS, releva notar que a unanimidade foi extraída sem a participação do Ministro Benedito Gonçalves, ausente justificadamente. Ainda, embora os fundamentos da decisão em questão tratem dos dispositivos legais que autorizam a aplicação de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas concomitantemente com a multa proporcional, nas duas passagens do voto que referem o caso em discussão, vê-se que o questionamento era dirigido a penalidades no âmbito aduaneiro:

O magistrado a quo denegou a ordem, decidum este mantido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por fundamentos que podem ser resumidos nos seguintes termos: (I) constituem multas isoladas aquelas aplicadas pela Administração Aduaneira em decorrência de infração administrativa ao controle das importações; (II) a multa isolada pela incorreta classificação da mercadoria importada tem natureza diversa da multa de ofício. Esta última objetiva penalizar o contribuinte que deixa de recolher os tributos de forma voluntária e sua aplicação não implica ilegalidade, podendo, inclusive, incidir de forma cumulativa; e (III) a concessão de parcelamento é atividade discricionária da administração tributária, devendo o optante submeter-se às suas regras especiais e condições bem como aos seus requisitos.

[...]

Na espécie, entendeu o acórdão recorrido pela possibilidade de cumulação das multas, nos seguintes termos (fls.620/621):

Como se vê, pretende a impetrante o reconhecimento de que as multas administrativas aplicadas constituem multa de ofício, para fins de gozo dos benefícios previstos na Lei 11.941 de 2009, que estabelece regime de parcelamento de débitos tributários. Com efeito, cabe observar que a multa de ofício objetiva penalizar o contribuinte que deixa de recolher os tributos de forma voluntária e, com isso, obriga o Fisco, mediante complexo procedimento de fiscalização, a verificar a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributável e calcular o montante do tributo devido. Todavia, a multa aqui analisada decorre da infração administrativa ao controle das importações, sendo irrelevante que tenha havido ou não o pagamento dos tributos incidentes na importação. É certo, pois, que se trata de multa isolada, e não de multa de ofício. No que se refere à alegação de impossibilidade de cumulação da multa isolada e de ofício, melhor sorte não assiste à impetrante. Conforme esclareceu o juiz da causa, 'a multa isolada pela incorreta classificação da mercadoria importada - caso dos autos - tem expressa permissão para ser aplicada cumulativamente com outras penalidades administrativas, conforme disposto no § 2º do art. 84 da Medida Provisória 2.158-35/2001.

[...]

Estes descompassos impedem qualquer cogitação de mudança do entendimento até então afirmado por esta Conselheira.

Cabe esclarecer, por fim, que a Súmula CARF nº 82 confirma a presente exigência. Isto porque o entendimento consolidado de que *após o encerramento do ano-calendário, é*

incabível lançamento de ofício de IRPJ ou CSLL para exigir estimativas não recolhidas decorre, justamente, da previsão legal de aplicação da multa de ofício isolada quando constatada tal infração. Ou seja, encerrado o ano-calendário, descabe exigir as estimativas não recolhidas, vez que já evidenciada a apuração final do tributo passível de lançamento se não recolhido e/ou declarado. Contudo, a lei não deixa impune o descumprimento da obrigação de antecipar os recolhimentos decorrentes da opção pela apuração do lucro real, estipulando desde a redação original do art. 44, §1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, a exigência isolada da multa por falta de recolhimento das estimativas, assim formalizada sem o acompanhamento do principal das estimativas não recolhidas que passarão, antes, pelo filtro da apuração ao final do ano-calendário.

Estas as razões, portanto, para DAR PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN e restabelecer as exigências de multas isoladas.

Conclusão

O presente voto, assim, é por CONHECER do recurso especial da PGFN e CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial da Contribuinte, mas, vencida neste último ponto, NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte nas duas matérias conhecidas, e DAR PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN.

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa

VOTO VENCEDOR

Conselheira **Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic**, redatora designada

Com todas as vênias à I. Relatora, quando dos debates ocorridos na sessão de julgamento, prevaleceu o entendimento de que o recurso especial do contribuinte deve ser conhecido em relação à matéria *“impossibilidade de dedução da despesa com a amortização de ágio da base de cálculo da CSLL”* com base no **Acórdão paradigma nº 9101-005.773**.

Isso porque, no **acórdão recorrido**, o Relator, de forma objetiva, concluiu pela indedutibilidade do ágio surgido na incorporação da G&K Holding da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, tendo em vista que *“ágio intragrupo não tem e nunca teve substância econômica, por isso ele é repudiado pela CVM e pelo CPC”*. Confira-se:

Dedutibilidade do ágio (...)

Não procede a alegação da recorrente. O ágio intragrupo não tem e nunca teve substância econômica, por isso ele é repudiado pela CVM e pelo CPC. Pela mesma razão esse ágio é indedutível para fins de IRPJ e de CSLL.

O art. 22 da Lei nº 12.973/2014 não veio para validar as amortizações de ágio interno feitas no passado. O objetivo da norma é por termo ao conflito que ainda existia em torno desse tema.

Portanto, deve ser mantida a glosa do ágio (menor e maior) que ingressou na contabilidade da recorrente via incorporação da G&K Holding. (...)

CSLL

O ágio interno ou intragrupo, pelas razões já expostas, não pode ser reconhecido como ágio. Portanto, sua não dedutibilidade alcança tanto o IRPJ, quanto a CSLL, sendo desnecessária a existência de norma legal expressa nesse sentido.

Quanto ao mais, o lançamento de CSLL, porque baseado na mesma matéria fática, deve ter solução idêntica à que foi dada ao IRPJ.

Vê-se, pois, que em uma operação de aquisição de participação societária com ágio, concluíram os julgadores do **acórdão recorrido** pela impossibilidade de amortização fiscal do ágio da base de cálculo do IRPJ e, de forma reflexa, da CSLL, tendo em vista que, ao contrário do alegado pela contribuinte, o “ágio intragrupo não tem e nunca teve substância econômica” – entendimento inteiramente aplicável à CSLL, sendo desnecessária a existência de qualquer previsão legal específica.

No que se refere ao **Acórdão paradigma nº 9101-005.773**, os julgadores assim entenderam com relação à amortização do ágio da base de cálculo da CSLL:

Pois bem, como se observa, o *cerne* das alegações da Recorrente é que, reconhecidamente e de maneira incontroversa na lide, as despesas com ágio foram incorridas, não se tratando de *provisões* ou outras rubricas, sendo dedutível da base de cálculo da CSLL, não se aplicando também a norma do art. 25 do Decreto-lei nº 1.598/77, que historicamente determina que *as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio não serão computadas na determinação do lucro real*. (...)

Para este Conselheiro, a resolução da matéria é um pouco mais simples e não demandas as mesmas *incursões* exploratórias procedidas no v. Aresto recorrido, conforme já manifestado no v. Acórdão nº 1402-003.119, proferido ainda no âmbito da C. 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção, de mesma relatoria, publicado em 26/07/2018.

É certo que uma das maiores controvérsias sobre a instituição e a incidência da CSLL sempre foi a *proximidade* de sua base de cálculo com o Lucro Real, sobre o qual o IRPJ incide, dentro da sua mais tradicional modalidade de apuração.

Porém, principalmente após as alterações promovidas nas estruturas da *regra matriz* dessa Contribuição Social, ainda no início dos anos 1990, restou clara a preocupação do Legislador federal em esclarecer a precisa delimitação de sua

base quantitativa de incidência, assim como suas *identidades* e *disparidades* com a base tributável do IRPJ.

Em resumo, temos que, inicialmente, a Lei nº 7.689/88 instituiu em seu art. 2º que a base de cálculo da CSLL seria o *valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda*.

Logo depois, foi editada a Lei nº 8.034/90, que além de promover alterações na legislação do IRPJ, referentes a incentivos fiscais de comércio exterior e desenvolvimento regional, no seu art. 2º melhor deu *forma* e concretude à base tributável dessa *nova* Contribuição Social de 1988, determinado expressamente para o seu cálculo a *adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base e do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda*.

Na mesma esteira, de maneira bastante *simétrica*, também fixou-se lá, textualmente, a determinação de *exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita e do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas, não dedutíveis da determinação do lucro real, que tenham sido baixadas no curso de período-base*.

Posteriormente, inclusive já dentro de um cenário bastante amadurecido de embates judiciais, em 1995, primeiro foi editada e promulgada a Lei nº 8.981, poucos meses depois alterada pela Lei nº 9.065, que determinou no seu art. 57 que *aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei*.

Claramente, aqui vê-se uma confirmação da aproximação da dinâmica de apuração, vencimento e pagamento da CSLL e do IRPJ - mas ressalvada, expressamente, a manutenção de seus próprios critérios quantitativos, quais sejam, base de cálculo e alíquota, veiculados em legislação própria.

Ainda no mesmo ano, foi publicada a Lei nº 9.249/95, a qual, apesar de estabelecer mais *coincidências* pontuais na obtenção da bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, paradoxalmente, tratou-as, manifestamente, de forma independente, individual e autônoma, firmando que: (...)

Pois bem, clara e exaustivamente, resta certo que não existe identidade jurídica pressuposta entre o Lucro Real e a base de cálculo da CSLL, pois, simplesmente, assim não determinou o Legislador no art. 2º da Lei nº 7.689/88 ou em qualquer

outra regra delineadora do critério quantitativo da Contribuição Social em comento.

Além disso, mesmo considerando que ambas bases tributáveis têm na origem *aritmética* nos primordiais *resultados* contábeis percebidos pelas entidades, todos os ajustes, adições e exclusões devem ser expressamente trazidos em legislação própria, pertinente, textualmente direcionada à CSLL – ou, da mesma forma, apenas ao IRPJ. Nesse sentido, confira-se o comentário do Professor Ricardo Mariz de Oliveira sobre o tema: (...)

Quando a Lei nº 9.532/97 trouxe a regulamentação da dedução do ágio fundamentado em rentabilidade futura, não houve qualquer prescrição de seu alcance à CSLL, inclusive mencionando o art. 7º, expressamente, o termo *Lucro Real*. No mais, o resto da legislação relativa a esta Contribuição Social é também silente em relação a tal modalidade de dispêndio incorrido nas aquisições societárias. (...)

Nessa linha, em termos mais abstratos e em primeiro lugar, na medida que a despesa do ágio, na compra da participação societária, foi incorrida (fato não questionado agora, dado como incontroverso nessa C. Instância especial), representando dispêndio empresarial de investimento da entidade, pela sua própria natureza, a dedutibilidade é certa e está garantida, até eventual questionamento fundamentado pelo Fisco, nos termos da regra do *atual* art. 311 do RIR/18.

Mais do que isso: na manutenção dos registros contábeis e mecanismos de obtenção do *resultado*, tal rubrica, naturalmente, consta como elemento redutor.

Não sendo aplicável à CSLL a disposição do art. 25 do Decreto-lei nº 1.598/77, que historicamente impedia o cômputo dos valores de ágio e deságio do Lucro Real, este prevalece na obtenção do *lucro líquido*, não existindo qualquer fundamento legal para exigir a adição desses valores de ágio amortizados contabilmente na extração da base de cálculo dessa Contribuição Social.

Em segundo lugar, as regras para a amortização do ágio fundamentado em rentabilidade futura, arroladas nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, são *requisitos* legais apenas dirigidos à apuração do Lucro Real, que presta-se de base de cálculo apenas para o IRPJ. Repita-se: para a CSLL, o ágio é dispêndio ordinário, que constrói o *lucro*, percebido pela entidade empresarial. (...)

No presente caso, uma vez que o próprio v. Acórdão recorrido, em relação à materialidade do dispêndio registrado e dos negócios que lhe deram margem, afirma que *devem ser, a eles, conferidos os efeitos que lhes são próprios, entre os quais, o de considerar legítimo o registro do ágio decorrente da diferença entre o valor pago e o valor patrimonial da participação acionária adquirida* (não podendo haver *reformatio in pejus*), não existe fundamentos legais válidos e propriamente aplicáveis para motivar a glosa procedida.

Por fim, deve ser afastada a ótica antes adotada, de tratar tais registros, para fins de apuração da base da CSLL, exclusivamente e como mera oscilação quantitativa em *avaliação do investimento pelo MEP* – que supostamente guardariam total *neutralidade* – posto que, assim, ignora-se a ocorrência, material, do próprio dispêndio, em si considerado (conforme aceito pelo próprio I. Relator *aquo*) e, principalmente, sempre foi controlado de forma contábil de maneira *destacada, distinta e independente* do valor patrimonial do investimento adquirido, conduzindo a um reflexo fiscal muito diverso.

Portanto, no **Acórdão paradigma nº 9101-005.773** entenderam os julgadores pela ausência de identidade entre as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, o que tem por consequência a inexistência de previsão legal para que as contrapartidas da amortização do ágio não sejam computadas no cálculo base de cálculo da CSLL e tampouco determinações para a *adição* dos valores de ágio percebido em aquisição de participações societárias, de forma que a amortização contábil do ágio reduz o lucro líquido do período, do qual se extrai a base de cálculo da CSLL. E tal entendimento foi diametralmente oposto àquele contido no acórdão paradigma que, frise-se, entendeu pela desnecessidade de qualquer previsão legal para que a impossibilidade de amortização fiscal do ágio interno da base de cálculo do IRPJ fosse estendida à CSLL.

A operação subjacente ao **Acórdão paradigma nº 9101-005.773**, como explicado pelo Relator Caio Cesar Nader Quintella, “tem como objeto exação CSLL, do ano-calendário de 2009, exigidas por meio de Auto de Infração lavrado contra a Contribuinte, em razão da glosa de ágio percebido em operação societária considerada *artificial* (interno) pela Fiscalização”. A meu ver, o fato de o **acórdão recorrido** decorrer de um lançamento de IRPJ e CSLL e o **Acórdão paradigma nº 9101-005.773** decorrer de um lançamento de CSLL não afasta a exigida similitude fática.

Diante do exposto, conheço do recurso especial quanto à matéria “*impossibilidade de dedução da despesa com a amortização de ágio da base de cálculo da CSLL*”.

Assinado Digitalmente

Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheira Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic

Em que pese o bem fundamentado voto da Ilustre Relatora, dele discordo no que se refere à amortização fiscal do ágio na apuração do IRPJ, aos reflexos da amortização fiscal do ágio na CSLL e, ainda, quanto à concomitância de multa isolada por falta de recolhimento de estimativa com multa de ofício, como se verá adiante.

a) Amortização fiscal do ágio na apuração do IRPJ (“Ágio G&K”)

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, 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 1103-00.501³⁵, 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.”³⁶

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”³⁷.

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

³⁵ J. em 30.06.2011.

³⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo: Dialética, 2012, p. 115.

³⁷ 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.

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 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”³⁸.

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

³⁸ 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, Alexsandro Broedel. Controvérsias Jurídico-Contábeis. 2º volume. São Paulo: Dialética, 2011, p. 231.

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 - conterà 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:

- 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 emoresa 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.

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 fiscal³⁹. 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

³⁹ 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.

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.

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 Oliveira⁴⁰:

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.

Por tais razões, votei por dar provimento ao recurso especial do contribuinte no que se refere à matéria “Ágio G&K”.

b) Amortização fiscal do ágio na apuração da CSLL (“Repercussão da glosa na CSLL”)

Ainda que se considere a impossibilidade de amortização fiscal do ágio ora em discussão na apuração do IRPJ, subsistem argumentos autônomos que possibilitam sua amortização com relação à CSLL.

⁴⁰ 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>.

Como se sabe, o ágio é uma das parcelas que compõem o custo do investimento avaliado pelo MEP. Tanto é assim que o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, na redação vigente à época dos fatos, estabelecia que, por ocasião da aquisição de participação societária relativa a investimento avaliado pelo MEP, o contribuinte deveria desdobrar o custo de aquisição em (i) valor do patrimônio líquido; e (ii) ágio ou deságio.

O ágio era, então, definido como sendo a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido da empresa adquirida e poderia ter por fundamento (a) o valor de mercado de bens do ativo da investida superior ao custo registrado na sua contabilidade; (b) o valor da rentabilidade futura da investida, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; e (c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

À época, o art. 25 do Decreto-lei nº 1.598/1977 estabelecia que as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio não seriam computadas na determinação do lucro real, ressalvada a possibilidade de o ágio ou deságio compor o valor contábil para fins de apuração do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento, nos termos do art. 33 da referida norma, ainda que tivesse sido amortizado na escrituração contábil do contribuinte. Confira-se:

Art. 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33 (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730/1979, posteriormente alterada pela Lei nº 12.973, de 2014). (g.n.)

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

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

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730/1979)

III - Revogado pelo Decreto-lei nº 1.730/1979

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

Veja-se que, enquanto o investimento fosse mantido pela controladora ou coligada, qualquer alteração no valor do ágio em razão das regras contábeis não podia, por expressa determinação do art. 25 do Decreto-lei nº 1.598/1977, afetar o lucro real do período, de forma que, caso o ágio fosse deduzido na apuração do lucro contábil, deveria ser adicionado ao lucro real. Além disso, ainda que o ágio tivesse sido totalmente amortizado na contabilidade, o seu montante compunha o custo de aquisição do investimento para fins de apuração do ganho de

capital. Portanto, não há dúvidas de que a amortização contábil do ágio era completamente neutra para fins de apuração do lucro real.

A amortização fiscal do ágio somente era permitida na eventualidade de uma operação de incorporação, fusão ou cisão envolvendo a controladora e a controlada ou as coligadas – hipótese na qual o ágio com base em expectativa de rentabilidade futura poderia ser amortizado na apuração do lucro real à razão de 1/60 ao mês, nos termos do art. 7º da Lei nº 9.532/1997, que serviu de enquadramento legal para o auto de infração subjacente. Confira-se:

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

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

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

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do §2 do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

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

Portanto, a lógica da dedutibilidade do ágio com base em expectativa de rentabilidade futura, na apuração do IRPJ, era a seguinte: (i) na aquisição do investimento em controlada ou coligada, o custo do investimento seria desdobrado, sendo o ágio uma das parcelas que o compõem, não produzindo efeitos tributários nesse momento; (ii) na manutenção do investimento em controlada ou coligada, eventuais alterações contábeis no valor do ágio não afetariam o lucro real, de forma que, caso o ágio fosse deduzido na apuração do lucro contábil, deveria ser adicionado na apuração do IRPJ; (iii) na alienação ou liquidação do investimento, o ágio seria considerado na apuração do ganho ou perda de capital (ainda que, contabilmente, tivesse sido baixado); e (iv) na incorporação, fusão ou cisão envolvendo investidora e investida, o ágio poderia ser amortizado na apuração do lucro real à razão de 1/60 ao mês.

No que se refere à apuração da CSLL, não havia determinação legal de qualquer ajuste fiscal ou previsão de neutralidade fiscal do ágio em relação à contabilidade. Nem se alegue

que o inciso III do art. 13 da Lei nº 9.249/1995 se presta para vedar a amortização do ágio da base de cálculo da CSLL. Isso porque, da simples leitura de tal dispositivo, é possível extrair que sua aplicação é limitada às “despesas de depreciação, amortização, manutenção, reparo, conservação, impostos, taxas, seguros e quaisquer outros gastos com bens móveis ou imóveis”.

Como já nos manifestamos em outras oportunidades, entendemos que IRPJ e CSLL, na sistemática do lucro real, têm bases de cálculo distintas. Embora ambos partam do lucro contábil, apurado de acordo com as leis comerciais⁴¹, cada qual está sujeito aos ajustes que lhes são próprios – ainda que, por vezes, coincidentes – para apuração das respectivas bases de cálculo. Tanto é assim que o art. 57 da Lei nº 8.981/1995 prevê, expressamente, que se aplicam à CSLL “as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas (...) mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor”.

A própria Receita Federal, ao proferir a Solução de Consulta Cosit nº 198/2014, que trata da equiparação da base de cálculo do IRPJ à da CSLL para fins de dedução das perdas em operações realizadas no mercado de renda variável, afirmou o seguinte:

7. Como se vê, a norma [art. 57 da Lei 8.981/95], apesar de unificar a forma de apuração e pagamento de ambos os tributos preserva, no entanto, aspectos particulares de cada um, uma vez que observa que devem ser mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor. (g.n.)⁴²

Assim, não basta que determinado ajuste esteja previsto na legislação do IRPJ para que seja, automaticamente, aplicado na apuração da CSLL. Reforça esse entendimento a existência de dispositivos legais que, expressamente, estabelecem simetrias entre as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, como o art. 13 da Lei nº 9.249/1995, que veda determinadas deduções na apuração de ambos os tributos; e o art. 60 da Lei nº 9.532/1997, que determina a adição dos valores caracterizados como distribuição disfarçada de lucros à base de cálculo da CSLL, em linha com o que já previa o art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, com relação ao IRPJ.

⁴¹ Art. 18 da Lei n. 7.450/1985; art. 7º, § 4º e 67, caput e XI, do Decreto-Lei n. 1.598/1977; e art. 2º, § 1º, “c”, da Lei nº 7.689/1988.

⁴² No mesmo sentido é a Solução de Consulta Cosit n. 546/2017:

“10 Quanto à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) registre-se de forma preambular que referida contribuição, embora compartilhe de parte das definições da legislação aplicada ao IRPJ, em especial as relacionadas às normas de apuração e pagamento, mantém base de cálculo própria, como consta no art. 57 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com a redação dada pela Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, in verbis:

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

11 Deste modo, a conclusão aplicável ao IRPJ, acima exposta, não pode ser estendida de forma direta e automática à determinação do resultado ajustado que serve como base de cálculo da CSLL, devendo-se buscar, na legislação de regência da contribuição, comandos que tratem da matéria sob análise. A primeira hipótese a ser avaliada é a possibilidade de aplicação do art. 58 do DL nº 1.598, de 1977, dispositivo que determina a adição dos valores pagos a título de distribuição de lucros a administradores à base de cálculo do IRPJ, todavia este não é aplicável à CSLL dado que o texto se refere de forma expressa apenas ao IRPJ”.

Aplicando tais lições ao presente caso, conclui-se que o art. 57 da Lei nº 8.981/95 não se presta para determinar a aplicação do art. 7º da Lei nº 9.532/1997 – ou do art. 386, III, do RIR/99, que nele se baseia – à CSLL. Ademais, a não aplicação à CSLL dos artigos 25 e 33 do Decreto-lei nº 1.598/1977 e 7º da Lei nº 9.532/1997, à época dos fatos, foi confirmada com o advento da Lei nº 12.973/2014. Isso porque o art. 50 da referida lei estendeu à CSLL os artigos 25 e 33 do Decreto-lei nº 1.598/1977, bem como o art. 22 da Lei nº 12.973/2014, que versa, atualmente, sobre a amortização fiscal do ágio à razão de 1/60 ao mês no caso de incorporação, fusão ou cisão envolvendo investidora e investida.

Portanto, como a base de cálculo da CSLL parte do lucro contábil, não havendo previsão legal de ajuste ou neutralidade fiscal do ágio para fins da referida contribuição, as alterações contábeis no valor do ágio impactam diretamente a apuração da CSLL. Diante disso, se o ágio foi objeto de amortização contábil no período, não cabe à Autoridade Fiscal glosar tal despesa para fins de apuração da CSLL.

Ademais, não subsiste a tese, por vezes adotada por este Conselho, no sentido de que o Decreto-lei nº 1.598/1977 é anterior à instituição da CSLL e, por essa razão, não tratou expressamente da sua base de cálculo. Isso porque, como visto acima, quando o legislador decidiu aplicar à CSLL os dispositivos legais atinentes ao IRPJ que versam sobre ágio, o fez expressamente por meio do art. 50 da Lei nº 12.973/2014.

Entendo que igualmente não procede o argumento de que a indedutibilidade do ágio para fins de determinação da base de cálculo da CSLL é consequência lógica de neutralidade dos efeitos dos investimentos avaliados pelo MEP e, por essa razão, o art. 2º da Lei nº 7.689/88 igualmente não se presta a justificar a glosa de despesas com ágio da base de cálculo da CSLL. Eis o teor do referido dispositivo legal:

Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

- a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;
- b) no caso de incorporação, fusão, cisão ou encerramento de atividades, a base de cálculo é o resultado apurado no respectivo balanço;
- c) O resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela:

1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido;

2 - adição do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base;

3 - adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda;

4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido;

5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita;

6 - exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas na forma do item 3, que tenham sido baixadas no curso de período-base. (g.n)

Ocorre que o resultado negativo e positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido - cujos efeitos contábeis devem ser neutralizados na apuração da CSLL por expressa previsão do art. 2º da Lei nº 7.689/1988 - não se confunde com o ágio. O resultado da avaliação do investimento pelo patrimônio líquido consiste no reflexo, na empresa investidora, das variações no patrimônio da investida, causadas, principalmente, pela apuração de lucro ou prejuízo. O ágio, por sua vez, era, à época dos fatos, definido pela legislação fiscal como sendo a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido.

Como explicam Ariovaldo dos Santos, Sérgio de Iudícibus, Eliseu Martins e Ernesto Rubens Gelbcke, do ponto de vista do investidor, no reconhecimento contábil inicial de uma participação societária avaliada pelo MEP, o investimento deve ser segregado nas seguintes subcontas: (i) valor patrimonial do investimento; (ii) mais-valia no investimento; e (iii) ágio por rentabilidade futura. A subconta relativa ao valor patrimonial do investimento é afetada diretamente pelas mutações verificadas no patrimônio da controlada ou coligada, aumentando ou diminuindo de acordo com as alterações no seu patrimônio líquido contábil. A subconta referente à mais-valia no investimento, por sua vez, somente é afetada pela realização dos ativos e passivos que lhe deram origem. Por fim, a subconta contendo o ágio por expectativa de rentabilidade futura somente é afetada pela extinção ou alienação da participação societária ou reconhecimento de perdas por redução do valor recuperável do investimento (*"impairment"*)⁴³. Embora, à época dos fatos, o ágio por rentabilidade futura não estivesse sujeito ao teste de recuperabilidade (*"impairment"*), mas, sim, à amortização, nos termos do §3º do art. 183 da Lei nº 6.404/1976, o racional acima é igualmente aplicável.

Assim, o resultado negativo e positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido – que, frise-se, é neutro para fins de CSLL por expressa determinação do art. 2º da Lei nº 7.689/1988 – impacta a subconta relativa ao valor patrimonial do investimento, mas não interfere naquela referente ao ágio. No mesmo sentido são as lições de Edison Carlos Fernandes⁴⁴:

Considerando que pelo método da equivalência patrimonial – MEP o investimento, nas demonstrações financeiras da empresa investidora, deve ser avaliado pela aplicação do percentual de participação societário sobre o montante do patrimônio líquido da investida, qualquer variação neste PL implicará ajuste no

⁴³ SANTOS, Ariovaldo, IUDÍCIBUS, Sérgio. et al. Manual de Contabilidade Societária: aplicável a todas as sociedades. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 102.

⁴⁴ FERNANDES, Edison Carlos. Imposto Sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL. São Paulo: Atlas, 2015, p. 159/160.

ativo da empresa investidora; ressalte-se, contudo, que a alteração do valor do PL da empresa investida não tem reflexo direto em relação ao ágio. Portanto, a variação do PL da empresa investida apenas provoca ajuste na conta de investimento da empresa investidora. (g.n.)

Em outras palavras: os reflexos na investidora dos investimentos avaliados pelo MEP são registrados na subconta relativa ao valor patrimonial do investimento; enquanto o ágio ora em discussão é registrado na subconta contendo o ágio por expectativa de rentabilidade futura. Ambas as subcontas compõem o registro do investimento na investidora, mas as mutações patrimoniais que as afetam são totalmente distintas. Tanto é assim que, com relação ao IRPJ, o legislador precisou tratar, em dispositivos legais distintos, **(i)** da neutralidade, na determinação do lucro real, da contrapartida do ajuste do investimento avaliado pelo MEP (art. 23 do Decreto-lei nº 1.598/1977); e **(ii)** da vedação ao cômputo das contrapartidas de amortização do ágio na determinação do lucro real (art. 25 do Decreto-lei nº 1.598/1977). No que se refere à CSLL, entretanto, apenas há previsão legal de neutralidade do ajuste do investimento avaliado pelo MEP (itens 1 e 4 da alínea “c” do parágrafo 1º do art. 2º da Lei nº 7.689/1988), donde se confirma que, com relação à amortização do ágio na determinação da base de cálculo da CSLL, não há previsão legal de qualquer neutralidade ou ajuste fiscal.

Por fim, ressalto que não desconheço a existência de precedente, não vinculante, do Superior Tribunal de Justiça, equiparando, antes do advento da Lei nº 12.973/2014, o tratamento fiscal do ágio para fins de IRPJ à CSLL⁴⁵. De acordo com o referido julgado, (i) o art. 57 da Lei nº 8.981/1995 estende à CSLL as normas de apuração do IRPJ, donde seriam aplicáveis à contribuição os dispositivos que tratam da amortização fiscal do ágio na apuração do lucro real; e, ainda que assim não fosse, (ii) em regra, as despesas não são dedutíveis na apuração da CSLL, de forma que seria imprescindível haver previsão legal autorizando expressamente a dedução da despesa com amortização de ágio da sua base de cálculo. Com relação ao primeiro argumento, como tratado acima, entendo que o art. 57 da Lei nº 8.981/1995 é expresso ao manter a independência das bases de cálculo do IRPJ e CSLL. No que se refere à suposta indedutibilidade de despesas como regra na apuração da CSLL, igualmente discordo. A materialidade sobre a qual incide a referida contribuição, o “lucro líquido”, pressupõe o confronto entre receitas e despesas na sua apuração, o que resulta, ao contrário do que entendeu o STJ, na dedutibilidade de despesas como regra – e não como exceção.

Pode-se concluir que **(i)** IRPJ e CSLL, na sistemática do lucro real, têm bases de cálculo distintas, de forma que não basta que determinado ajuste esteja previsto na legislação do IRPJ para que seja, automaticamente, aplicado na apuração da CSLL; **(ii)** à época dos fatos, não havia determinação legal de qualquer ajuste fiscal ou previsão de neutralidade fiscal do ágio em relação à contabilidade para fins de apuração da base de cálculo da CSLL; **(iii)** como a base de cálculo da CSLL parte do lucro contábil, as alterações contábeis no valor do ágio impactam diretamente a apuração da contribuição; e **(iv)** da neutralidade fiscal do resultado da avaliação de

⁴⁵ Resp nº 2061117, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, j. em 02.10.2023.

investimentos pelo MEP não se extrai a indedutibilidade do ágio da base de cálculo da CSLL, vez que o resultado negativo e positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido impacta a subconta relativa ao valor patrimonial do investimento, mas não interfere naquela referente ao ágio.

Diante disso, votei por dar provimento ao recurso especial do contribuinte também com relação à matéria “Repercussão da glosa na CSLL”.

c) Concomitância de multa isolada por falta de recolhimento de estimativa com multa de ofício

O recurso especial da Fazenda Nacional versa sobre a concomitância de multa de ofício com a multa isolada por falta de recolhimento das estimativas mensais, exigida nos termos do art. 44, inciso II, alínea b, da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007, conforme abaixo:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:
(...)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (...)

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”.

Acerca da possibilidade de exigência concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas e multa de ofício é a Súmula CARF 105, aprovada em 08.12.2014: “A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício”.

Os precedentes que ensejaram a aprovação da Súmula CARF 105⁴⁶ concluíram pela impossibilidade de concomitância entre multa isolada por falta de recolhimento de estimativa e multa de ofício por falta de recolhimento de tributo com base nos seguintes fundamentos: (i) aplicação do critério da consunção, segundo o qual a primeira conduta (falta de recolhimento da estimativa mensal) é meio de execução, é etapa preparatória da segunda (falta de recolhimento do tributo ao final do ano-calendário); (ii) a multa isolada por falta de recolhimento de estimativa somente pode ser exigida no curso do ano-calendário, tendo em vista que, ao final do exercício, desaparece a base impositiva da multa isolada, surgindo uma nova base, que corresponde ao tributo efetivamente apurado, única que pode ser objeto de penalização; e (iii) não é legítima a

⁴⁶ Acórdãos precedentes: 101-001.261, de 22/11/2011; 9101-001.203, de 17/10/2011; 9101-001.238, de 21/11/2011; 9101-001.307, de 24/04/2012; 1402-001.217, de 04/10/2012; 1102-00.748, de 09/05/2012; 1803-001.263, de 10/04/2012.

exigência de duas penalidades (multa isolada e multa de ofício) com base no mesmo fato apurado em procedimento fiscal.

Cumpra ressaltar, entretanto, que a referida súmula versa sobre a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas com base na redação original do art. 44 §1º, IV da Lei nº 9.430/1996, enquanto a multa ora em discussão foi lançada com fundamento no art. 44, II, “b”, da Lei nº 9.430/1996, com a redação que lhe foi atribuída pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007. Confira-se, abaixo, a comparação entre a redação dos referidos dispositivos:

Art. 44 §1º, IV da Lei nº 9.430/1996 (redação original)	Art. 44, II, “b”, da Lei nº 9.430/1996 (redação do art. 14 da Lei nº 11.488/2007)
Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição: I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte; II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido 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. (...) § 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas: IV - <u>isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário</u>	Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (...) II - de 50% (cinquenta por cento), exigida <u>isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal</u>: (...) b) <u>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.</u>

<u>correspondente;</u>	
------------------------	--

Da análise do quadro acima, pode-se concluir que não houve alteração substancial na penalidade aplicada por falta de recolhimento de estimativas mensais – exceto com relação à redução no seu percentual. Embora a redação atribuída ao dispositivo pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007 utilize a expressão “exigida isoladamente sobre o valor do pagamento mensal”, isso não a diferencia da multa isolada versada na redação original do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, tendo em vista que ambas as redações fazem referência expressa ao art. 2º da Lei nº 9.430/1996, que trata do pagamento mensal por estimativa.

Portanto, a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas com fundamento no art. 44 da Lei nº 9.430/1996, com redação do art. 14 da Lei nº 11.488/2007, é a mesma daquela versada na redação original do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, exceto com relação ao seu percentual. Tanto é assim que, de acordo com a exposição de motivos da Medida Provisória nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, a alteração do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 teve por objetivo *“reduzir o percentual da multa de ofício, lançada isoladamente, nas hipóteses de falta de pagamento mensal devido pela pessoa física a título de carnê-leão ou pela pessoa jurídica a título de estimativa”*⁴⁷.

Diante disso, apesar de a aplicação da Súmula CARF 105 ser restrita à multa isolada “lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996”, entendo que os argumentos que ensejaram a aprovação da referida súmula são totalmente aplicáveis à multa isolada lançada com base no art. 44, inciso II, alínea b, da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007.

Ademais, o STJ, por meio de suas duas turmas, concluiu pela impossibilidade de exigência concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativa com multa de ofício, em razão da aplicação do princípio da consunção ou da absorção. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTIGOS 489 E 1.022, AMBOS, DO CPC/2015. NÃO CARACTERIZAÇÃO. MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO. ART. 44, I E II, DA LEI 9.430/1996 (REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.488/2007). EXIGÊNCIA CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (...)

6. Logo, o princípio da consunção ou da absorção é aplicável nos casos em que há uma sucessão de condutas típicas com existência de um nexo de dependência entre elas, hipótese em que a infração mais grave absorve as de menor gravidade, como no caso em apreço. Assim, em casos como o ora analisado, deve-se imperar a lógica do princípio penal da consunção, em que a infração mais grave abrange aquela menor que lhe é preparatória ou subjacente, de forma que não se pode

⁴⁷ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Exm/EMI-3-MF-MPS-Mpv-351-07.htm, acesso em 09.08.2022.

exigir concomitantemente a multa isolada e a multa de ofício por falta de recolhimento de tributo. Cobra-se apenas a multa de ofício pela falta de recolhimento de tributo, em detrimento da multa prevista no artigo 12, inciso III, da Lei 8.218/1991.

7. Recurso Especial conhecido e não provido. (REsp n. 2.104.963/RJ, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 5/12/2023, DJe de 19/12/2023, grifamos.)

TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. APLICAÇÃO CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO.

1. A multa de ofício tem cabimento nas hipóteses de ausência de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos casos de declaração inexata, sendo exigida no patamar de 75% (art. 44, I, da Lei n. 9.430/96).

2. A multa isolada é exigida em decorrência de infração administrativa, no montante de 50% (art. 44, II, da Lei n. 9.430/96).

3. A multa isolada não pode ser exigida concomitantemente com a multa de ofício, sendo por esta absorvida, em atendimento ao princípio da consunção. Precedentes: AgInt no AREsp n. 1.603.525/RJ, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 25/11/2020; AgRg no REsp 1.576.289/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/5/2016; AgRg no REsp 1.499.389/PB, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/9/2015; REsp n. 1.496.354/PR, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 24/3/2015.

4. Recurso especial provido. (REsp n. 1.708.819/RS, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 7/11/2023, DJe de 16/11/2023, grifamos.)

Ressalta-se que, no REsp n. 2.104.963/RJ, julgado pela Segunda Turma do STJ, o caso concreto trata da multa prevista no artigo 12, III, da Lei nº 8.218/1991, isto é, da multa por ausência de entrega ao Fisco de arquivos digitais contendo registros contábeis. No entanto, o racional adotado para afastar a concomitância da referida multa com a multa de ofício é o princípio da consunção e a jurisprudência citada no acórdão refere-se à concomitância entre multa de ofício e multa isolada por falta de recolhimento de estimativa.

Portanto, seja em razão da plena aplicação do racional da Súmula CARF 105 ao presente caso, seja em virtude da jurisprudência de ambas as turmas do STJ, não se pode exigir, de forma concomitante, a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas com a multa de ofício. Por tais razões, votei por negar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

Assinado Digitalmente

Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic

ACÓRDÃO 9101-007.426 – CSRF/1ª TURMA

PROCESSO 10980.724365/2015-85

DOCUMENTO VALIDADO