



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 16561.720001/2017-13  
**Recurso** Especial do Procurador e do Contribuinte  
**Acórdão nº** **9101-006.373 – CSRF / 1ª Turma**  
**Sessão de** 9 de novembro de 2022  
**Recorrentes** FAZENDA NACIONAL  
RI HAPPY BRINQUEDOS S.A.

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL. CONHECIMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. IMPOSSIBILIDADE. ÁGIO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. COMPRA ALAVANCADA.

O conhecimento do recurso especial depende de demonstração de divergência jurisprudencial, de maneira a se comprovar que outra Turma julgou a mesma situação de forma diferente. Não há divergência jurisprudencial quando o paradigma não tem em seu contexto fático circunstância considerada pelo voto condutor do acórdão recorrido como relevante para a sua tomada de decisão.

Se o acórdão recorrido conclui pela legitimidade da amortização fiscal do ágio T4U dando ênfase a uma característica fática específica da operação (a compra alavancada), para que se pudesse caracterizar a divergência jurisprudencial, seria necessário que o paradigma apontado tivesse decidido pela manutenção da glosa em caso em que igualmente se estivesse diante de operação de compra e venda financiada pelo próprio investimento adquirido.

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL. CONHECIMENTO. MULTA QUALIFICADA. DECISÃO RECORRIDA QUE EXONERA O PRINCIPAL. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

Se a turma ordinária exonerou o lançamento do principal de tributos referente ao ágio T4U, não pode ser conhecido recurso especial da Fazenda Nacional que pretenda discutir a aplicação de multa qualificada sobre tais valores, sob pena de supressão de instância.

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. MULTA QUALIFICADA. ÁGIO INTERNO. CONTEXTOS FÁTICOS DIFERENTES. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA.

Não se conhece de recurso especial cujos acórdãos apresentados para demonstrar a divergência evidenciam decisões em contexto fático distinto, concernentes a operações com outras anormalidades, ou ao fim das quais se

retorna à situação inicial, e não em operação no qual o vício subsistente decorre de transação entre partes que têm o mesmo controlador.

#### RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

O não conhecimento do recurso especial que pretendia o restabelecimento da qualificação da penalidade resulta, no acórdão recorrido, em contexto fático distinto daquele que, no paradigma, ensejou a responsabilização dos sócios-gerentes.

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

Ano-calendário: 2013, 2014

RECURSO ESPECIAL DO SUJEITO PASSIVO. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO INTERNO. EFEITOS TRIBUTÁRIOS MANTIDOS. Ágio T4U I.

Até o advento da MP 627/2013, convertida na Lei 12.973/2014, não era relevante para fins fiscais a distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de “ágio interno”) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo. A mera circunstância de a operação ter sido realizada entre entes que pudessem ser considerados como integrantes do mesmo grupo de empresas não descaracterizava o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação tributária.

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL. MULTA ISOLADA SOBRE ESTIMATIVAS.

Tendo o julgamento resultado na desoneração do principal de tributos lançados, resta prejudicada a análise de mérito da matéria conhecida do recurso especial da Fazenda Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em: (i) por maioria de votos, conhecer parcialmente do Recurso Especial da Fazenda Nacional, apenas em relação à matéria “multa isolada”, vencida a conselheira Livia De Carli Germano (relatora) que votou pelo conhecimento parcial em maior extensão, também em relação às matérias “multa qualificada - ágio interno” e “responsabilidade tributária”; (ii) por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte. No mérito, por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, deu-se provimento ao recurso do Contribuinte, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes e Carlos Henrique de Oliveira que votaram por negar-lhe provimento. Votou pelas conclusões do voto vencedor o conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, e, pelas conclusões da divergência, o conselheiro Carlos Henrique de Oliveira. Designada para redigir o voto vencedor, quanto ao conhecimento, a conselheira Edeli Pereira Bessa, que manifestou ainda intenção de apresentar

declaração de voto. Prejudicado o exame de mérito da parte conhecida do recurso da Fazenda Nacional.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Relatora

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa - Redatora designada

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, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Ana Cecilia Lustosa da Cruz, Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

## **Relatório**

Trata-se de recursos especiais interpostos pela Fazenda Nacional e pelo sujeito passivo em face do acórdão 1401-003.082, proferido pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara na sessão de 22 de janeiro de 2019, assim ementado e decidido:

### **Acórdão recorrido 1401-003.082**

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

NULIDADE DO LANÇAMENTO. HIPÓTESES.

Os arts. 59, incisos I e II, e 60 do Decreto 70.235/72 estabelecem que só são nulos os atos lavrados por pessoa/autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

LEGITIMIDADE DO ÁGIO. PARTES INDEPENDENTES.  
AMORTIZAÇÃO ÁGIO T4U. RESTABELECIMENTO DA DESPESA.

Do ponto de vista negocial que é o enfoque relevante para fins de verificação da legitimidade de ágio, mesmo que combinem a estruturação de um negócio, as partes permanecem ocupando pólos de interesses antagônicos, desde que não submetidas a um comando único. Em outras palavras, o fato de as partes interessadas conjuntamente definirem a estruturação do negócio não retira

delas o atributo de independência, caso se verifique que não se encontrem submetidas a um único pólo de interesses.

**EMPRESA VEÍCULO. COMPRA ALAVANCADA. PROPÓSITO NEGOCIAL.**

Na hipótese em que restar evidenciada a presença de outra finalidade além da economia tributária produzida que justifica a existência, ainda que efêmera, de sociedade investidora que venha a ser incorporada pela sociedade na qual possuía participação societária adquirida anteriormente com ágio, como no caso da chamada “compra alavancada”, é legítimo o aproveitamento das amortizações do referido ágio pela incorporadora, à luz do que dispõe o inciso III do art. 386 do RIR/99.

**ÁGIO INTERNO. INDEDUTIBILIDADE. AMORTIZAÇÃO ÁGIO T4U I.**

O ágio somente pode ser admitido quando decorrente de transações envolvendo partes independentes, condição necessária à formação de um preço justo para os ativos envolvidos. Nos casos em que seu aparecimento acontece no bojo de transações entre entidades sob o mesmo controle, o ágio não tem consistência econômica ou contábil, configurando geração artificial de resultado cujo registro contábil é inadmissível. Nessa situação, a despesa com a amortização do ágio é indedutível.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

**MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE.**

Constatado que na conduta dos autuados não existe a condição prevista nos art.71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, incabível a duplicação do percentual da multa de que trata o inciso I do art.44 da Lei nº 9.430/96 (com a nova redação do artigo dada pela Medida Provisória nº 351, de 22/01/2007, convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007).

**RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. IMPROCEDÊNCIA.**

É grande e notória a polêmica nos assuntos tratados nos autos, um tema em constante debate na doutrina especializada, o que me faz crer, aliado a inexistência de simulação e/ou fraude na operação efetivada, que a Recorrente, na sua interpretação da legislação tributária/societária, seja por parte de seus administradores, ou pelo seu gestor, entendeu que pudesse praticar os atos já exaustivamente detalhados e, com esta postura, se beneficiar do tratamento fiscal (Ágio T4U I) disposto no art.386 do RIR/99, nada além disso, ao meu sentir, de modo que deve ser afastada as pessoas físicas (remanescentes) então arroladas no pólo passivo da autuação como responsáveis solidários.

**JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. LEGITIMIDADE. SÚMULA CARF Nº 108.**

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

ESTIMATIVAS RECOLHIDAS A MENOR. MULTA ISOLADA. APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO. MESMA MATERIALIDADE. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. POSSIBILIDADE.

Nos casos de lançamento com aplicação de multa de ofício, cumulada com lançamento de multa isolada por não recolhimento das estimativas, cabível a aplicação do princípio da consunção em razão de, decorrendo da aplicação do princípio, a multa aplicada em razão da infração maior (de ofício) absorver a multa relativa à menor infração (isolada) até o limite do valor da multa de ofício lançada. No caso concreto não se aplica o princípio em razão do cancelamento integral da multa de ofício lançada no mesmo exercício.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

LANÇAMENTO REFLEXO. MESMOS EVENTOS. DECORRÊNCIA.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fatos geradores de vários tributos impõe a constituição dos respectivos créditos tributários, e a decisão quanto à ocorrência desses eventos repercute na decisão de todos os tributos a eles vinculados. Assim, o decidido em relação ao Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica IRPJ aplica-se à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido CSLL.

*Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as alegações de nulidade e de decadência e negar provimento ao recurso de ofício. Acordam ainda, dar provimento parcial ao recurso voluntário (i) por maioria de votos (i.i) no que diz respeito ao mérito da autuação, para afastar a glosa das despesas de amortização do ágio denominado de T4U, vencidos os Conselheiros Daniel Ribeiro Silva, Luciana Yoshihara Arcângelo Zanin e Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça que lhe deram provimento integral; (i.ii) relativo à imposição da multa isolada, determinando a exoneração dos valores que não excederem a multa de ofício exigida (aplicação do princípio da consunção), vencidos os Conselheiros Cláudio de Andrade Camerano, Carlos André Soares Nogueira e Luiz Augusto de Souza Gonçalves, que votaram pela tese de negar provimento para manter a multa isolada. Votaram pelas conclusões os Conselheiros Daniel Ribeiro Silva e Luciana Yoshihara Arcângelo Zanin; (ii) por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso para afastar a qualificação da multa de ofício; (iii) por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso no tocante aos juros sobre a multa de ofício. Acordam também, por unanimidade de votos, dar provimento aos recursos dos apontados como responsáveis solidários pelo crédito tributário. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Abel Nunes de Oliveira Neto.*

Os Autos de Infração em questão foram lavrados para exigência de IRPJ e CSLL (lucro real anual) sobre glosas de despesas de amortização de ágios deduzidas pela Ri Happy Brinquedos S.A. ("Ri Happy") nos anos-calendário 2012 a 2014, os quais foram acrescidos de multa de ofício qualificada em 150%, multa isolada de 50% e juros SELIC. Os ágios questionados decorrem de aquisições de participação societária na Ri Happy realizadas pela T4U Participações S.A. ("T4U") e T4U I Participações ("T4U I").

Nos Autos de Infração constam como responsáveis as pessoas físicas Juan Carlos Felix Estupinam, Hector Nuñez, Antonio Jose Barbosa Guimarães e Maria Cecilia do

Nascimento. Os dois últimos foram exonerados da responsabilidade tributária já pela DRJ, sendo os dois primeiros excluídos do polo passivo pela turma ordinária do CARF.

A **Fazenda Nacional** questiona referida decisão sob os aspectos da amortização do **ágio T4U** (voto vencido, vencedor nessa matéria), do cancelamento da multa de ofício para o **ágio T4U I** em função da consunção (voto vencedor) e da exoneração da responsabilidade tributária de Juan Carlos Felix Estupinam e Hector Nuñez para o **ágio T4U I** (voto vencido, vencedor nessa matéria).

O **recurso especial da Fazenda Nacional** foi admitido por Presidente de Câmara nos seguintes termos:

(...)

**(1) “divergência quanto à amortização do ágio – inexistência de confusão patrimonial”**

**Decisão recorrida:**

*Não há ementa correspondente a essa matéria.*

[...].

*A dívida foi efetivamente contraída (reitero que não vislumbrei nos autos questionamentos da autoridade lançadora sobre a forma como que a mesma foi concebida e acordada com os vendedores) e necessária para a realização da aquisição da participação societária representativa de 85% do capital social e votante da Recorrente. Uma significativa parcela do preço pactuado foi objeto de financiamento (no caso, 10 parcelas semestrais, no valor **total** de R\$ 220.000.000,00, vencendo-se a primeira em 30/06/2012), podendo-se concluir que o financiamento era peça chave no fechamento do negócio, aí pouco importando se o Grupo Carlyle tinha ou não os recursos financeiros necessários/próprios para realizar a aquisição e se os recursos vieram ou não do exterior.*

*Temos que nos ater ao que consta nos autos, ao que de fato ocorreu e verificar se, efetivamente, tiveram as repercussões tributárias atribuídas no **TVF**.*

*Conforme relatoriado, a **T4U Participações S/A** era controlada pelos fundos de investimento **FUNDO BRASIL** e **CTS**, geridos pelo Grupo Carlyle, tendo recebido aportes de capital de seus controladores para iniciação dos negócios envolvendo a aquisição do controle societário da **RI HAPPY Brinquedos Ltda**.*

*Seus controladores não poderiam assumir/contrair dívidas, pois a Instrução **CVM nº 391**, de 16/07/2003 (atualizada), que cuidou da regulamentação do Fundo de Investimentos em Participações, estabelece que é vedado ao administrador, direta ou indiretamente, em nome do fundo, contrair ou efetuar empréstimos, salvo em modalidades estabelecidas pela **CVM**.*

*A **T4U Participações S/A** não pode ser considerada uma empresa **veículo**, nos termos em que afirmado pela autoridade lançadora, entendo que, sim, a sua utilização era necessária (como demonstrado) e se a operação societária (aquisição seguida de incorporação) implicou em uma redução da carga tributária, ela decorreu de transações comerciais/financeiras legítimas e válidas. A transação como um todo revela ares de racionalidade econômica/financeira, que confere o devido **propósito negocial** que justifica a existência da **T4U Participações S/A**.*

*A T4U Participações S/A foi, de fato e de direito, a sociedade que adquiriu a participação societária na Recorrente, tendo contraído uma dívida relevante que seria, na visão do Grupo Carlyle, honrada mediante fluxo de caixa gerado pela própria sociedade investida, a Ri Happy, sendo dado garantias aos vendedores por meio de fiança bancária, conforme consta no Contrato de Compra e Venda de Participações Societárias e Outras Avenças, (Contrato de Aquisição da Ri Happy, acostado às fls.404 a 467). Sem a realização da incorporação da T4U pela Ri Happy, a dívida estaria no patrimônio da primeira, enquanto que os recursos para seu pagamento estariam no patrimônio da segunda, situação que poderia até perdurar, entretanto, quando se considera os valores envolvidos e seus pagamentos semestrais, atualizações, e reduções de custo de fianças bancárias com o Banco, não seria razoável manter a dívida numa pessoa jurídica e o fluxo de caixa necessário para seu pagamento na outra.*

*Aqui se verificou a tal “confusão patrimonial”, que a autoridade lançadora não admitiu ter ocorrido. Trata-se de uma expressão surgida do encontro patrimonial entre o investidor e a investida, ocasião em que a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na base de cálculo do IRPJ.*

**Acórdão paradigma n.º 9101-002.187, de 2016:**

**TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.**

*A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.*

*Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida.*

**Acórdão paradigma n.º 9101-003.362, de 2018:**

**AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. INVESTIDOR E INVESTIDA. MESMA UNIVERSALIDADE.**

*Os arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532, de 10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente. Compartilhando do mesmo patrimônio a controladora e a controlada ou coligada, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributado precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio). Enfim, toma-se o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável ao caso e estabelecer o termo inicial para contagem do prazo decadencial.*

Com relação a essa primeira matéria, **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a **decisão recorrida** entendeu ser cabível o ágio mesmo a investidora/incorporada [T4U Participações S/A] tendo recebido aportes de capital de seus controladores para iniciação dos negócios envolvendo a aquisição do controle societário da RI HAPPY Brinquedos Ltda. [investida/incorporadora], os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos n.ºs 9101-002.187, de 2016, e 9101-003.362, de 2018) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que *não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar (primeiro acórdão paradigma) e que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida (segundo acórdão paradigma).*

**(2) “divergência quanto à qualificação da multa de ofício – empresa veículo”**

**Decisão recorrida:**

**MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE.**

*Constatado que na conduta dos autuados não existe a condição prevista nos art.71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, **incabível** a duplicação do percentual da multa de que trata o inciso I do art.44 da Lei nº 9.430/96 (com a nova redação do artigo dada pela Medida Provisória nº 351, de 22/01/2007, convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007).*

[...].

*A RI HAPPY BRINQUEDOS S/A, na sua interpretação da legislação tributária/societária, entendeu que pudesse praticar os atos já exaustivamente detalhados e, com esta postura, se beneficiar do tratamento fiscal disposto no art. 386 do RIR/99, nada além disso, ao meu sentir, de modo que **voto pelo afastamento da qualificação da multa.***

**Acórdão paradigma nº 9101-002.802, de 2017:**

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

*Para dedução fiscal da amortização de ágio, é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização do ágio quando a incorporadora não pagou pela aquisição do investimento.*

[...].

**MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.**

*Quando o planejamento tributário evidencia uma intenção dolosa de alterar as características do fato gerador, com intuito de fazer parecer que se tratava de uma outra operação com repercussões tributárias diversas, tem-se a figura da fraude, a ensejar a multa qualificada.*

**Acórdão paradigma nº 1101-000.899, de 2013:**

*TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL.*

*Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura, é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.*

*MULTA QUALIFICADA.*

*Sujeita-se à multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício, que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos.*

No que se refere a essa segunda matéria, também **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a **decisão recorrida** considerou que a *RI HAPPY BRINQUEDOS S/A*, na sua interpretação da legislação tributária/societária, entendeu que pudesse praticar os atos já exaustivamente detalhados e, com esta postura, se beneficiar do tratamento fiscal disposto no art. 386 do RIR/99, nada além disso, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos n.ºs 9101-002.802, de 2017, e 1101-000.899, de 2013) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que, quando o planejamento tributário [transferência de ágio] evidencia uma intenção dolosa de alterar as características do fato gerador, com intuito de fazer parecer que se tratava de uma outra operação com repercussões tributárias diversas, tem-se a figura da fraude, a ensejar a multa qualificada (**primeiro acórdão paradigma**) e que sujeita-se à multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício [transferência de capital para aquisição de investimento por empresa veículo, seguida de sua incorporação pela investida], que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos (**segundo acórdão paradigma**).

**(3) “divergência quanto à qualificação da multa de ofício – ágio interno”**

**Decisão recorrida:**

*MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE.*

*Constatado que na conduta dos autuados **não** existe a condição prevista nos art.71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 1964, **incabível** a duplicação do percentual da multa de que trata o inciso I do art.44 da Lei n.º 9.430/96 (com a nova redação do artigo dada pela Medida Provisória n.º 351, de 22/01/2007, convertida na Lei n.º 11.488, de 15 de junho de 2007).*

[...].

*A RI HAPPY BRINQUEDOS S/A, na sua interpretação da legislação tributária/societária, entendeu que pudesse praticar os atos já exaustivamente detalhados e, com esta postura, se beneficiar do tratamento fiscal disposto no art. 386 do RIR/99, nada além disso, ao meu sentir, de modo que **voto pelo afastamento da qualificação da multa.***

**Acórdão paradigma n.º 9101-002.487, de 2016:**

**ÁGIO INTERNO. QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO APLICADA. INEXISTÊNCIA DE ÁGIO. SIMULAÇÃO.**

*Qualifica-se a multa de ofício aplicada quando o pretense “ágio interno” trata-se de uma mera grandeza criada artificialmente, a que se pretendeu dar a aparência de ágio que, na realidade, nunca existiu.*

**Acórdão paradigma nº 9101-003.011, de 2017:**

**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 alienantes e adquirente integrarem o mesmo grupo econômico, 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.*

**MULTA QUALIFICADA. CABIMENTO.**

*A constatação de evidente intuito de fraudar o Fisco, pela intencional prática de atos simulados, enseja a qualificação da multa de ofício.*

No tocante a essa terceira matéria, também **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a **decisão recorrida** considerou que a *RI HAPPY BRINQUEDOS S/A*, na sua interpretação da legislação tributária/societária, entendeu que pudesse praticar os atos já exaustivamente detalhados e, com esta postura, se beneficiar do tratamento fiscal disposto no art. 386 do RIR/99, nada além disso, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos nºs 9101-002.487, de 2016, e 9101-003.011, de 2017) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que *qualifica-se a multa de ofício aplicada quando o pretense “ágio interno” trata-se de uma mera grandeza criada artificialmente, a que se pretendeu dar a aparência de ágio que, na realidade, nunca existiu (primeiro acórdão paradigma)* e que *a constatação de evidente intuito de fraudar o Fisco, pela intencional prática de atos simulados [ágio interno, esclareço], enseja a qualificação da multa de ofício (segundo acórdão paradigma)*.

**(4) “divergência jurisprudencial quanto à interpretação do artigo 135 do CTN”**

**Decisão recorrida:**

**RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. IMPROCEDÊNCIA.**

*É grande e notória a polêmica nos assuntos tratados nos autos, um tema em constante debate na doutrina especializada, o que me faz crer, aliado a inexistência de simulação e/ou fraude na operação efetivada, que a Recorrente, na sua interpretação da legislação tributária/societária, seja por parte de seus administradores, ou pelo seu gestor, entendeu que pudesse praticar os atos já exaustivamente detalhados e, com esta postura, se beneficiar do tratamento fiscal (Ágio T4U I) disposto no art. 386 do RIR/99, nada além disso, ao meu sentir, de modo que devem ser afastadas as pessoas físicas (remanescentes) então arroladas no pólo passivo da autuação como responsáveis solidários.*

**Acórdão paradigma nº 9101-002.487, de 2016:**

**ÁGIO INTERNO. QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO APLICADA. INEXISTÊNCIA DE ÁGIO. SIMULAÇÃO.**

*Qualifica-se a multa de ofício aplicada quando o pretense “ágio interno” trata-se de uma mera grandeza criada artificialmente, a que se pretendeu dar a aparência de ágio que, na realidade, nunca existiu.*

**RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. CTN.**

*Incide na hipótese do art. 135, inciso III, do CTN os sócios-gerentes que praticam atos com infração de lei, aí entendida também a legislação tributária.*

Relativamente a essa quarta matéria, também **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que a *Recorrente*, na sua interpretação da legislação tributária/societária, seja por parte de seus administradores, ou pelo seu gestor, entendeu que pudesse praticar os atos já exaustivamente detalhados e, com esta postura, se beneficiar do tratamento fiscal (Ágio T4U I) disposto no art. 386 do RIR/99, nada além disso, [...], de modo que devem ser afastadas as pessoas físicas (remanescentes) então arroladas no pólo passivo da autuação como responsáveis solidários, o **acórdão paradigma apontado** (Acórdão n.º 9101-002.487, de 2016) decidiu, **de modo diametralmente oposto**, que *incide na hipótese do art. 135, inciso III, do CTN os sócios-gerentes que praticam atos com infração de lei [ágio interno, esclareço], aí entendida também a legislação tributária.*

**(5) “divergência quanto à cumulação da multa isolada por falta de recolhimento de estimativa com a multa de ofício proporcional, para fatos geradores ocorridos após 2007”**

**Decisão recorrida:**

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

*Ano-calendário: 2012, 2013, 2014*

[...].

**ESTIMATIVAS RECOLHIDAS A MENOR. MULTA ISOLADA. APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO. MESMA MATERIALIDADE. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. POSSIBILIDADE.**

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

[...].

*No presente caso, percebe-se que o valor da multa de ofício aplicada, mesmo após a exclusão da qualificação da multa de ofício, excedeu em muito o valor da multa isolada aplicada, assim, utilizando-se o princípio da Consunção no presente caso, o valor da multa isolada restou por ser totalmente absorvida pela multa de ofício, devendo ser cancelada integralmente.*

**Acórdão paradigma n.º 9101-003.002, de 2017:**

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

*A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória n.º 351, de 2007, no art. 44 da Lei n.º 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.*

*No caso em apreço, não tem aplicação a Súmula CARF n.º 105, eis que a penalidade isolada foi exigida após alterações promovidas pela Medida Provisória n.º 351, de 2007, no art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996.*

**Acórdão paradigma n.º 9101-002.745, de 2017:**

*MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. LEI. NOVA REDAÇÃO. FATOS GERADORES A PARTIR DE 2007.*

*Tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996, de suportes fáticos distintos e autônomos, com diferenças claras na temporalidade da apuração, que têm por consequência a aplicação das penalidades sobre bases de cálculo diferentes. A multa de ofício aplica-se sobre o resultado apurado anualmente, cujo fato gerador aperfeiçoa-se ao final do ano-calendário, e a multa isolada sobre insuficiência de recolhimento de estimativa apurada conforme balancetes elaborados mês a mês ou ainda sobre base presumida de receita bruta mensal. O disposto na Súmula n.º 105 do CARF aplica-se aos fatos geradores pretéritos ao ano de 2007, vez que sedimentada com precedentes da antiga redação do art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996, que foi alterada pela MP n.º 351, de 22/01/2007, convertida na Lei n.º 11.489, de 15/07/2007.*

Por fim, com referência a essa quinta matéria, também **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que, *nos casos de lançamento com aplicação de multa de ofício, cumulado com lançamento de multa isolada por não recolhimento das estimativas, cabível a aplicação do princípio da consunção em razão de, decorrendo da aplicação do princípio, a multa aplicada em razão da infração maior (de ofício) absorver a multa relativa à menor infração (isolada) até o limite do valor da multa de ofício lançada*, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos n.ºs 9101-003.002, de 2017, e 9101-002.745, de 2017) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que a alteração legislativa promovida pela Medida Provisória n.º 351, de 2007, no art. 44 da Lei n.º 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 (**primeiro acórdão paradigma**) e que tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996, de suportes fáticos distintos e autônomos, com diferenças claras na temporalidade da apuração, que têm por consequência a aplicação das penalidades sobre bases de cálculo diferentes (**segundo acórdão paradigma**).

Por tais razões, neste juízo de cognição sumária, conclui-se pela **caracterização das divergências de interpretação suscitadas**.

Os sujeitos passivos (i.e., a contribuinte e os responsáveis Juan Carlos Felix Estupian e Hector Nuñez) apresentaram contrarrazões em que questionam a admissibilidade e o mérito do recurso especial da Fazenda Nacional.

A contribuinte também apresentou recurso especial com relação à matéria “dedutibilidade de ágio interno”, em que aborda aspectos relacionados ao **ágio contabilizado pela T4U I**, e alegando divergência com relação ao acórdão 1301-001.297, assim ementado:

**(REC) Acórdão paradigma 1301-001.297**

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Exercício: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

ÁGIO INCORPORAÇÃO DE AÇÕES EMPRESAS DO MESMO GRUPO – O registro foi expressamente admitido pelo art. 36 da Lei n.º 10.637/2002, não podendo a administração tributária recusar-lhe os efeitos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.542/97.

A incorporação, da pessoa jurídica para a qual foi transferido o investimento, pela pessoa jurídica investida, implica realização previsto no §1º do art. 36 (baixa a qualquer título), fazendo cessar o diferimento do valor controlado no LALUR. A hipótese não se encontra abrangida pela exceção prevista no §2º do artigo, por não ocorrer transferência da participação ao patrimônio de outra pessoa jurídica, mas sua extinção por confusão patrimonial entre investidora e investida.

O **recurso especial da contribuinte** foi admitido por Presidente de Câmara nos seguintes termos:

(...)

O Acórdão no 1401-003.082, ora recorrido, assim se pronunciou a respeito da glosa, promovida pela Fiscalização, das despesas de amortização do ágio originalmente registrado na contabilidade da empresa T4U I, por ocasião da aquisição de participação societária na recorrente:

*“Tendo em vista, portanto, que não há a devida independência entre as partes, não se pode aceitar o surgimento deste **ágio T4U I**, considerado, sim, um ágio interno, repudiado pela teoria contábil, normas da CVM (Ofício Circular CVMJSNC n.º 01/2007, citado no TVF) e pela legislação tributária.*

*O reconhecimento de um ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico não encontra respaldo na Contabilidade, ou seja, não é possível reconhecer, contabilmente, uma mais-valia de um investimento quando originado de uma transação entre partes relacionadas, como no presente caso.*

*Esse impedimento decorre da Ciência Contábil e foi consagrado pelo Conselho Federal de Contabilidade que o enunciou, expressamente, como consequência do Princípio do Registro pelo Valor Original, consoante art. 7º da Resolução CFC n.º 750/1993:*

**O PRINCÍPIO DO REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL**

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;

[...]

O Conselho Federal de Contabilidade editou, ainda, a Resolução CFC n.º 1.110/2007 que, em seu item 120, assim determina:

“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**.”(g.n.)

*No contexto aqui presente, não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento unilateral de acréscimo de riqueza (ágio) em decorrência de uma transação onde os sócios das partes envolvidas tem um único controlador, o Grupo Carlyle, por meio de seu gestor junto à RHPBK e RI HAPPY. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável, do ponto de vista econômico, tais transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes para merecer registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade e, conseqüentemente, o ágio delas decorrentes não se enquadra na hipótese de dedutibilidade prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, como quer crer a Impugnante.*

*A Recorrente sustenta, ainda, que somente com a Lei 12.973/2014, é que passou a ser vedado operações que possam ter causado ágio e realizadas entre partes relacionadas.*

*Ora, desde muito antes, já não era permitido a dedução fiscal de amortização de ágio entre empresas ligadas, conforme explicado anteriormente.*

*A Lei 12.973/2014 modificou de maneira acentuada esta questão de apuração de ágio, reformulando completamente o art.20 do decreto-lei nº 1.598/77, criando figuras novas como **mais valia, menos valia**, valores justos de ativos e passivos, etc, daí, a lei ter definido que, em havendo situações contempladas com estes novos conceitos contábeis, haveria de ser entre partes independentes.*

*Deixo aqui de comentar alegações de "irrelevância" de existência de empresa veículo, conforme tratou a Recorrente, porque se a **T4U I** foi uma empresa veículo (e foi, diferentemente da **T4U**, visto anteriormente) pelas razões expostas no **TVF** ou não, tratou-se apenas de um elemento subsidiário à conclusão fiscal, que, sem dúvida, pautou-se na questão da falta de independência entre as partes:*

Destarte, pode-se constatar que não houve independência na operação de compra e venda parcial da RI HAPPY pela RHPBK. Este fato estaria a ferir o princípio da “arm’s length”, que prega um tratamento igualitário entre as empresas.

No contexto geral, não houve, portanto, decisão independente pela aquisição parcial da RI HAPPY e posterior incorporação da empresa adquirente T4U I pela adquirida RI HAPPY, com sobrepreço patrimonial, que indicasse propósito comercial.

*Conseqüentemente, não assiste razão à Recorrente quando alega que a amortização desse ágio constitui-se em despesa dedutível da base de cálculo do IRPJ, consoante previsto no art. 386 do RIR/1999, cuja matriz legal advém dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997. ” (destaques no original)*

Verifica-se que a decisão recorrida entendeu que o ágio em questão era interno, por ter sido gerado por meio de reorganização societária que envolveu somente partes relacionadas. Em seguida, expôs seu entendimento de que o ágio interno não pode ser aproveitado tributariamente porque as próprias Ciências Contábeis não o reconhecem como ágio.

As operações societárias que originaram o ágio em questão não teriam substância econômica ou propósito comercial, uma vez que não houve a conciliação de interesses de partes contrapostas na celebração dos negócios.

Dessa forma, entendeu o acórdão recorrido que não foram atendidas as condições estabelecidas pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, para fins de dedutibilidade das despesas de amortização do Ágio T4U I.

Já o voto vencedor do Acórdão nº 1301-001.297, único paradigma trazido pela recorrente, ao apreciar situação similar à esquadrinhada nos presentes autos, em que se discutia a dedutibilidade de despesas de amortização de ágio gerado no interior de um grupo econômico, expôs o seguinte entendimento:

*“Com a devida vênia do entendimento esposado pelo Nobre Relator do presente recurso para manter a exigência, uso dele divergir quanto ao mérito da matéria posta a julgamento, qual seja, a glosa do ágio procedido pela fiscalização, ao argumento de que, por ter o referido ágio sido gerado internamente, de representar mais valia de si próprio, de ter sido gerado artificialmente, visto que decorrente de atos que, inobstante a obediência aos aspectos formais, não refletem substância econômica, e por isso, não encontra guarida nas disposições dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.*

*De plano, afasto peremptoriamente os argumentos acima expendidos no sentido de que, para ter guarida nas disposições dos arts. 7º. e 8º. Da Lei n. 9.532/97, o ágio não poderia ter sido gerado entre empresas de um mesmo grupo econômico e deveria ter havido pagamento (desembolso de caixa) para a sua constituição, bem como, a necessidade de substancia econômica, ou seja, segundo interpretação da fiscalização corroborada pelo voto vencedor, o ágio só seria dedutível se houvesse conteúdo econômico na operação e se tivesse havido pagamento em dinheiro mediante livre negociação entre partes independentes. Com a devida vênia, entendo equivocada tal afirmativa.*

*Isto porque, a formação do ágio foi feita nos estritos limites legais previstos pelo Decreto-lei n. 1.598/77, o qual, em nenhum momento determinou que o ágio não possa surgir entre empresas de um mesmo grupo econômico, nem exige que para a sua formação o investimento seja feita com desembolso de dinheiro e a necessidade de substância econômica.*

*Por ter sido a presente operação efetuada nos mesmos moldes do processo administrativo n. 16643.000392/201061, do qual fui relator, inclusive com a alegação da inexistência do ágio com base na teoria contábil, transcrevo aqui, no que interessa, os fundamentos que lá registrei para restabelecer a dedução do ágio glosado pela fiscalização, vejamos:*

*“(…)*

É importante esclarecer que por existir na lei previsão específica para a dedutibilidade da despesa de ágio, ex vi dos arts. 385 e 386 do RIR/1999, que têm como matriz legal o art. 20 do Decreto-Lei nº 1598/1977 e a Lei nº 9.532/1997, devem estes dispositivos ser observados em decorrência do princípio da legalidade fiscal, pois de outra forma macularia a ordem jurídica e jurisprudência criar exigências para limitar direitos aonde a lei não restringiu, e é com este raciocínio que irei examinar o presente caso.

(...)

Deve-se ressaltar ainda que, com a introdução do IFRS no Brasil e a total separação da contabilidade das regras fiscais com as Leis nºs 11.638/2007 e 11.941/2009, **os entendimentos contábeis e societários não poderão ser transpostos de forma irrestrita para a interpretação das regras fiscais.**

(...)

Daí, conclui-se que as disposições da Resolução CFC nº 1.157/2009 e Ofício CVM nº 01/2007, que **tratam da vedação do ágio interno para fins contábeis, não podem ser transpostos para fins fiscais.**

Nesse sentido, valho-me da crítica esposada pelo Ilustre Relator do Proc. Adm. n. 16682.720880/2011-11, Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior que, ao se referir ao Ofício-Circular CVM/SNC/SEP n. 01/2007 (que entendeu que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de “ágio, arrematou:

*“Nota-se, hoje, que alguns tentam elevar tal pronunciamento da CVM a um status de norma tributária proibitiva do reconhecimento do chamado ágio interno ao grupo econômico, o que, por si só, já seria absurdo. A análise feita pela CVM é de cunho estritamente econômico, pois sequer embasa seu entendimento em qualquer norma jurídica, muito pelo contrário, afirma que, ainda que respeitada a Lei, economicamente é inconcebível o reconhecimento do ágio interno. Como já dito anteriormente, “falta de substância econômica” assim como “falta de propósito negocial” não são institutos jurídicos nacionais, logo não maculam o ato jurídico seja lá qual for o conceito que os seus aplicadores lhes deem, logicamente, desde que não se configurem como um vício do negócio jurídico, segundo o nosso ordenamento legal.”*

(...)

Por seu turno, o Decreto-Lei nº 1.598/1977, que trata da forma em que o ágio deve ser reconhecido, ainda continua vigente para fins fiscais e não foi revogado. Não obstante, **em nenhum momento ele trouxe qualquer previsão, exigência ou restrição ou impediu o reconhecimento do ágio gerado intra-grupo.**

Neste ponto, não cabe ao intérprete criar restrições não expressas na lei para impedir o uso do ágio onde o próprio legislador não estabeleceu.

(...)

Assim, diante da impossibilidade, para fins fiscais, da aplicação das regras contábeis que tratam da escrituração e apuração envolvendo empresas de um mesmo grupo, sobretudo após as alterações promovidas pelas Leis nºs 11.638/2007 e 11.941/2009, bem pode-se concluir que **o reconhecimento do ágio mesmo se tratando do chamado “ágio interno” está de acordo com os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 e devem gerar todos os efeitos fiscais deles decorrentes.**

(...)

Nesse sentido, vale novamente transcrever parte do voto do Ilustre Conselheiro Alberto quando assevera que “O propósito negocial pode ser, exatamente, o de realizar uma reorganização societária para se valer das normas permissivas criadas pelo Estado. O entendimento de que o contribuinte pode se reorganizar desde que não seja exclusivamente para reduzir carga tributária (causa extratributária) é apenas uma teoria sem amparo no Direito posto”.

(...)”

*Logo, ante os fundamentos acima transcritos, no meu entender é falaciosa a conclusão de que, para que a amortização do ágio ser dedutível seria necessário demonstrar que os custos foram incorridos e que a reorganização efetivamente objetivou alcançar interesses societários, e não simplesmente reduzir a incidência tributária, ou ainda, tivesse a citada reestruturação envolvido partes independentes e revelado efetiva substância econômica, de modo que o preço do negócio (custo de aquisição) fosse formado sem interferência, poder-se-ia admitir a dedutibilidade pretendida, pelo simples fato de que esses argumentos serem apenas uma teoria, sem qualquer amparo na legislação tributária.*

*Dessa forma, o ágio só poderia ser considerado indevido pela fiscalização se os negócios jurídicos não tivessem ocorrido, retratado algo diverso do que efetivamente ocorreu, afastado requisitos legais e/ou preceitos de observância obrigatória ou negado a finalidade legal que justificou a sua celebração. Como nada disso ocorreu, não há como o fisco vedar sua dedução.” (grifou-se)*

Verifica-se que, efetivamente, o acórdão paradigma decidiu de forma diametralmente oposta ao entendimento adotado pela decisão recorrida.

Enquanto o acórdão recorrido entendeu que o ágio gerado internamente é vedado pelas normas contábeis e, como consequência, não pode ser admitido para fins fiscais, a decisão paradigma declara que: (i) as normas contábeis não podem ser transpostas para o universo tributário; e (ii) não há na legislação tributária que trata da possibilidade de aproveitamento tributário do ágio nenhuma vedação ao fato de ele ter sido gerado em operações envolvendo partes dependentes.

Além disso, o acórdão recorrido exige, para admitir a dedutibilidade das despesas de amortização de um ágio, a presença de substância econômica e de propósito comercial nas operações societárias que o geraram. De forma diversa, o acórdão paradigma aceita como propósito comercial a própria busca por uma tributação mais favorecida.

Assim, devidamente comprovada a existência de divergência jurisprudencial e cumpridos também os demais requisitos de admissibilidade previstos no art. 67 do Anexo II do RICARF/2015, proponho que seja **DADO SEGUIMENTO** ao recurso especial do sujeito passivo, em relação à única matéria combatida: **dedutibilidade de “ágio interno”**.

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões questionando exclusivamente o mérito do recurso especial da contribuinte.

É o relatório.

## **Voto Vencido**

Conselheira Livia De Carli Germano, Relatora.

## **Admissibilidade recursal - introdução**

Os recursos especiais são tempestivos. Passo a examinar os demais requisitos para a sua admissibilidade.

Nesse ponto, observo que a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) é instância especial de julgamento com a finalidade de proceder à uniformização da jurisprudência do CARF. Desse modo, a admissibilidade do recurso especial está condicionada ao atendimento do disposto no artigo 67 do Anexo II do Regimento Interno do CARF - RICARF, aprovado pela Portaria MF 343/2015, merecendo especial destaque a necessidade de se demonstrar a divergência jurisprudencial, *in verbis*:

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

§ 1º Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente.

(...)

§ 8º A divergência prevista no caput deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que diverjam de pontos específicos no acórdão recorrido.

Destaca-se que o alegado dissenso jurisprudencial se estabelece em relação à interpretação das normas, devendo, pois, a divergência, se dar em relação a questões de direito, tratando-se da mesma legislação aplicada a um contexto fático semelhante. Assim, se os acórdãos confrontados examinaram normas jurídicas distintas, ainda que os fatos sejam semelhantes, não há que se falar em divergência de julgados, uma vez que a discrepância a ser configurada diz respeito à interpretação da mesma norma jurídica.

Por outro lado, quanto ao contexto fático, não é imperativo que os acórdãos paradigma e recorrido tratem exatamente dos mesmos fatos, mas apenas que o contexto tido como relevante seja de tal forma semelhante que lhe possa (hipoteticamente) ser aplicada a mesma legislação. Desse modo, um exercício válido para verificar se se está diante de genuína divergência jurisprudencial é verificar se a aplicação, ao caso dos autos, do racional constante do paradigma, seria capaz de levar à alteração da conclusão a que chegou o acórdão recorrido.

### ***Conhecimento - Recurso especial da Fazenda Nacional***

#### **(1) “divergência quanto à amortização do ágio – inexistência de confusão patrimonial”**

A Fazenda Nacional inicia questionando o acórdão recorrido na parte em que este admitiu a dedução de despesa com amortização de ágio originado na aquisição da Ri Happy pela T4U. Nesse ponto, o voto condutor do acórdão recorrido (voto vencido, mas vencedor neste tema), assim resume os fundamentos da autuação fiscal:

(...)

Basicamente, o ágio em questão foi originado na aquisição da RI HAPPY pela T4U (com pagamento de ágio), conforme contrato celebrado e assinado entre as partes, em

09/11/2011. Com a incorporação da investidora T4U pela RI HAPPY ocorrida em 27/06/2012, a RI HAPPY passou a computar as amortizações daquele ágio.

A autoridade lançadora discordou de que a T4U fosse a empresa real adquirente da participação societária na Recorrente, uma vez que esta empresa "não possuía o capital necessário para a aquisição", tendo recebido "aportes de capital das empresas sócias."

Assim, seguindo este entendimento, não sendo a T4U a pessoa jurídica que efetivamente teria suportado o ágio pago na aquisição, sua incorporação pela Recorrente não poderia dar azo à amortização do ágio, pois não teria havido o que se denomina de "confusão patrimonial", condição para a dedutibilidade prevista no art.386 do RIR/99.

A T4U seria, em seu entendimento, uma empresa veículo.

(...)

Após observar que “*grande parte do preço pactuado com os acionistas vendedores e controladores da Recorrente, seria pago a longo prazo, para isso, obteve financiamento junto aos vendedores, na modalidade que denomina de ‘compra alavancada’*”, o acórdão recorrido pontua que não há no TVF nenhuma manifestação por parte da autoridade lançadora sobre o assunto, e em seguida comenta sobre os fundamentos da decisão da DRJ, que dentre outros tratam da suposta exigência de confusão patrimonial entre a real investidora e a investida. Então, conclui o voto do Relator:

Tratam-se de argumentos que passaram ao largo da questão central, ou seja, afinal, a *compra alavancada* reúne ou não reúne condições permissivas para a dedução fiscal do **Ágio T4U**? Ou melhor dizendo, a *compra alavancada* dá o respaldo legal (entenda **propósito negocial**) à incorporação efetivada entre a **T4U** e a Recorrente e, assim, estar contemplada nas disposições do art.386 do RIR/99?

Em meu entendimento, sim. De se mostrar.

A dívida foi efetivamente contraída (reitero que não vislumbrei nos autos questionamentos da autoridade lançadora sobre a forma como que a mesma foi concebida e acordada com os vendedores) e necessária para a realização da aquisição da participação societária representativa de 85% do capital social e votante da Recorrente. Uma significativa parcela do preço pactuado foi objeto de financiamento (no caso, 10 parcelas semestrais, no valor **total** de R\$ 220.000.000,00, vencendo-se a primeira em 30/06/2012), podendo-se concluir que o financiamento era peça chave no fechamento do negócio, aí pouco importando se o Grupo Carlyle tinha ou não os recursos financeiros necessários/próprios para realizar a aquisição e se os recursos vieram ou não do exterior.

Temos que nos ater ao que consta nos autos, ao que de fato ocorreu e verificar se, efetivamente, tiveram as repercussões tributárias atribuídas no **TVF**.

Conforme relatoriado, a **T4U Participações S/A** era controlada pelos fundos de investimento FUNDO BRASIL e CTS, geridos pelo Grupo Carlyle, tendo recebido aportes de capital de seus controladores para iniciação dos negócios envolvendo a aquisição do controle societário da RI HAPPY Brinquedos Ltda.

Seus controladores não poderiam assumir/contrair dívidas, pois a Instrução CVM nº 391, de 16/07/2003 (atualizada), que cuidou da regulamentação do Fundo de Investimentos em Participações, estabelece que é vedado ao administrador, direta ou indiretamente, em nome do fundo, contrair ou efetuar empréstimos, salvo em modalidades estabelecidas pela CVM.

A **T4U Participações S/A** não pode ser considerada uma empresa **veículo**, nos termos em que afirmado pela autoridade lançadora, entendo que, sim, a sua utilização era necessária (como demonstrado) e se a operação societária (aquisição seguida de incorporação) implicou em uma redução da carga tributária, ela decorreu de transações comerciais/financeiras legítimas e válidas. A transação como um todo revela ares de racionalidade econômica/financeira, que confere o devido **propósito negocial** que justifica a existência da **T4U Participações S/A**.

A **T4U Participações S/A** foi, de fato e de direito, a sociedade que adquiriu a participação societária na Recorrente, tendo contraído uma dívida relevante que seria, na visão do Grupo Carlyle, honrada mediante fluxo de caixa gerado pela própria sociedade investida, a Ri Happy, sendo dado garantias aos vendedores por meio de **fiança bancária**, conforme consta no **Contrato de Compra e Venda de Participações Societárias e Outras Avenças**, (Contrato de Aquisição da Ri Happy, acostado às fls.404 a 467). Sem a realização da incorporação da **T4U** pela Ri Happy, a dívida estaria no patrimônio da primeira, enquanto que os recursos para seu pagamento estariam no patrimônio da segunda, situação que poderia até perdurar, entretanto, quando se considera os valores envolvidos e seus pagamentos semestrais, atualizações, e reduções de custo de fianças bancárias com o Banco, não seria razoável manter a dívida numa pessoa jurídica e o fluxo de caixa necessário para seu pagamento na outra.

Aqui se verificou a tal "confusão patrimonial", que a autoridade lançadora não admitiu ter ocorrido. Trata-se de uma expressão surgida do encontro patrimonial entre o investidor e a investida, ocasião em que a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na base de cálculo do IRPJ.

Percebe-se, assim, que o voto condutor do acórdão recorrido conclui ter havido confusão patrimonial após expressar o seu entendimento de que a T4U foi de fato e de direito a adquirente da Ri Happy. Ao final, afirma textualmente que *“a autoridade lançadora não se manifestou sobre a compra alavancada, transação financeira que, ao meu sentir, atesta o propósito negocial da existência da T4U.”*

Como se percebe, a situação de ter havido compra alavancada foi aspecto fático considerado essencial pelo voto condutor do acórdão recorrido, de maneira que apenas poderia consistir divergência jurisprudencial precedente que tivesse decidido pela inexistência de confusão patrimonial em caso ágio originado mediante operação de compra e venda alavancada, isto é, financiada pelo próprio investimento adquirido.

Analisando-se os paradigmas apresentados para esta questão, verifica-se que estes não abordam a questão fática da compra alavancada.

O acórdão 9101-002.187 (caso CELPE, 2016) traz circunstâncias fáticas diferentes e tratou, essencialmente, da possibilidade de se amortizar ágio registrado por ocasião da transferência, para empresa do grupo, de investimento já adquirido de terceiros com o registro de ágio.

Naquele caso, o ágio decorreu da aquisição da Companhia Energética de Pernambuco – CELPE por um consórcio de empresas (formado por ADL Energy S/A, PREVI – Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil, BB – Banco de Investimentos S/A), tendo sido assegurada à empresa 521 Participações S.A., representante dos empregados da CELPE, a reserva da aquisição de parte das ações. Posteriormente, as adquirentes transferiram o investimento à empresa Guarani S/A, sociedade da qual eram sócias e por meio da qual concentravam a participação societária em outras empresas concessionárias de energia elétrica, e

esta, por sua vez, transferiu o investimento para outra empresa, a Leicester, também com ágio, sendo o patrimônio desta formado apenas por essas ações. A amortização do ágio foi viabilizada com a incorporação da Leicester pela CELPE.

Foi nesse contexto que o voto condutor desse paradigma trata da necessidade de “confusão patrimonial” entre investidora e investida, valendo transcrever o seguinte trecho do voto:

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Na atual redação destes dispositivos e para o caso de incorporação “às avessas”, exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora, nessa linha de raciocínio as intermediárias não seriam investidoras de fato, apenas de direito) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas. No caso dos autos, esses aspectos não foram satisfeitos, em especial dos aspectos pessoal e material, vejamos:

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

Como se percebe, a aplicação do racional desse paradigma ao caso dos autos não é capaz de levar a alteração da conclusão a que chegou o acórdão recorrido, seja em virtude de os precedentes tratados terem se debruçado sobre aspectos fáticos diferentes, seja porque o caso do paradigma não permite a reforma de aspecto considerado essencial pelo voto condutor do recorrido, relativamente ao papel da compra alavancada.

Assim, não conheço do recurso especial com relação ao paradigma 9101-002.187.

O segundo paradigma indicado pela Fazenda Nacional para essa questão foi o **acórdão 9101-003.362** (Caso CETEEP, 2018).

No procedimento fiscal que originou o lançamento que ali se discutiu, foi analisada operação de aquisição de participação societária, com registro de ágio, por sociedade brasileira (Isa Capital do Brasil S/A) no âmbito do programa nacional de desestatização, com posterior transferência da participação societária adquirida para uma *holding* especificamente criada para essa finalidade (Isa Participações Ltda.), via conferência de capital; e posterior incorporação desta *holding* pela investida CETEEP, fato que possibilitou o início da amortização fiscal do ágio.

Assim como no caso CELPE, toda a discussão que ali se travou foi sobre a possibilidade de se “transferir o ágio”, tendo o voto condutor desse paradigma concluído que, nesse contexto, a real adquirente era a primeira, a Isa Capital, *in verbis*:

(...)

Quanto ao aspecto pessoal, cabe verificar quem é efetivamente a pessoa jurídica investidora e a pessoa jurídica investida.

A pessoa jurídica investidora é a ISA CAPITAL que efetuou o aporte de recursos para aquisição do investimento (participação societária da CTEEP, Contribuinte) com pagamento de sobrepreço, por ter sido realizado em valor superior ao do patrimônio líquido.

Registre-se que o fato de o investimento (CTEEP) ter sido transferido de maneira efêmera para a ISA PARTICIPAÇÕES DO BRASIL LTDA, não lhe conferem à ISA PARTICIPAÇÕES DO BRASIL LTDA condição de investidora exigida pela legislação.

É incontestável que foi a ISA CAPITAL a empresa que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura do investimento a ser adquirido e desembolsou os recursos para a aquisição (vide item 7 do presente tópico).

A diferença entre os aspectos fáticos entre as operações faz com que os precedentes se distanciem na discussão dos respectivos aspectos jurídicos, não permitindo a caracterização de divergência jurisprudencial. Assim, este precedente não pode ser admitido como paradigma no caso dos autos, pelas mesmas razões pelas quais se rejeitou o **acórdão 9101-002.187** (caso CELPE, 2016).

Neste sentido, **não conheço** do recurso especial da Fazenda Nacional quando à matéria **(1) “divergência quanto à amortização do ágio – inexistência de confusão patrimonial”**.

**(2) “divergência quanto à qualificação da multa de ofício – empresa veículo” (ágio T4U)**

O acórdão recorrido **excluiu a glosa do ágio registrado na aquisição da T4U e manteve a glosa do ágio registrado na aquisição da T4U I**, excluindo apenas a aplicação da multa qualificada para tal infração.

Quanto à qualificação da multa, a Fazenda Nacional observa em seu recurso especial (grifamos):

A ilicitude da amortização do **ágio denominado T4U** decorreu da intercalação da sociedade-veículo, a qual teve o propósito exclusivo de possibilitar a amortização do ágio na aquisição do investimento, ao passo que o ágio denominado T4UI, em razão da sua inexistência, por se tratar de operações intragrupo.

(...)

Na hipótese dos autos, conforme consagrado no Termo de Verificação Fiscal, restou evidenciado que a utilização da empresa veículo T4U para adquirir a RI HAPPY e posteriormente aquela ser incorporada por esta, denota o evidente intuito de fraude da trama societária, denominada de estratégias societárias e negociais.

Vê-se, pois, que o caso dos autos se amolda aos paradigmas suscitados, o que demonstra estar perfeitamente adequada a autuação da auditoria fiscal. Portanto, merece ser restabelecida a qualificação da multa.

Depreende-se, portanto, que **no caso da matéria “multa qualificada” sob o aspecto da utilização de “empresa veículo”, o recurso especial da Fazenda Nacional se**

**dirige ao ágio T4U.** Basicamente, o raciocínio pretendido é o de que, se procedente o recurso especial da Fazenda nacional quanto à glosa do ágio T4U, a Fazenda requer também a manutenção da qualificação a multa para a referida infração.

Acontece que a turma ordinária não abordou o tema da multa qualificada quanto ao ágio T4U, uma vez que a questão restou prejudicada com a exoneração do principal, isto é, com a decisão de que seria legítimo o registro do referido ágio. Neste sentido, compreende-se que o recurso especial da Fazenda Nacional não pode ser conhecido quanto a essa matéria, sob pena de supressão de instância.

Se, eventualmente, esta Turma decidir conhecer e prover o recurso especial da Fazenda Nacional quanto ao principal de IRPJ e CSLL referente à glosa do ágio T4U, os autos deverão retornar à Turma *a quo* para que esta decida acerca da qualificação da multa e, aí sim, uma vez que a Turma ordinária efetivamente decida a matéria, será possível (em tese) a interposição de recurso especial pela parte interessada a fim de que se dirima eventual divergência jurisprudencial entre paradigmas e tal decisão acerca da aplicação da multa qualificada à glosa do ágio T4U.

Portanto, **não conheço** do recurso especial da Fazenda Nacional quanto ao tema **“divergência quanto à qualificação da multa de ofício – empresa veículo”**.

**(3) “divergência quanto à qualificação da multa de ofício – ágio interno” (ágio T4U I)**

**[voto vencido]**

O voto do Relator do acórdão recorrido (“voto vencido”, mas vencedor neste ponto) manteve a glosa do ágio em relação ao investimento na T4U I por entender que se tratou de ágio interno, nos seguintes termos:

No contexto aqui presente, não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento unilateral de acréscimo de riqueza (ágio) em decorrência de uma transação onde os sócios das partes envolvidas tem um único controlador, o Grupo Carlyle, por meio de seu gestor junto à RHPBK e RI HAPPY. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável, do ponto de vista econômico, tais transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes para merecer registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade e, conseqüentemente, o ágio delas decorrentes não se enquadra na hipótese de dedutibilidade prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, como quer crer a Impugnante.

O ágio foi considerado “interno” porque derivado de transação entre partes dependentes, uma vez constatado que as empresas envolvidas (T4U I e Ri Happy) eram controladas por fundos de investimentos que, por sua vez, seriam geridos pela mesma entidade, o “Grupo Carlyle”, Eis o respectivo trecho do voto (grifamos):

A T4U I tinha como sócio controlador o fundo RHPBK (99,99%), que era administrado pela CRV e tendo como gestor o Grupo Carlyle.

A RI HAPPY, antes da entrada em cena da T4U I, era controlada pelos FUNDO BRASIL (25%) e CTS (60%), ambos administrados pela CRV e tendo como gestor o Grupo Carlyle.

O fato de haver um fundo de investimentos independente (G5 RS) no quadro societário da RI HAPPY e de ter contribuído com aporte de capital na transação, não tem relevância nenhuma, sua participação sempre permaneceu em 15%, após todos estes eventos societários. Os proprietários da RI HAPPY detêm percentuais de participação societária de 85%, são eles que decidem, evidentemente, mas escudados em planejamento definido pelo seu gestor, o Grupo Carlyle.

Notório, portanto, que **não há independência entre os envolvidos, os proprietários da RHPBK e da RI HAPPY, são os mesmos, e as decisões relevantes são tomadas pelos seus gestores e não pelos cotistas**, como, me parece, crê a Recorrente.

Após a conclusão de que tal ágio seria “interno”, e portanto a glosa do principal de tributos deveria ser mantida, o acórdão recorrido excluiu a qualificação a multa por entender que houve divergência na interpretação da legislação tributária aplicável e não prática de ato doloso, in verbis:

(...)

Não consegui identificar a subsunção dos atos praticados pelos envolvidos no processo, caracterizadores do tipo previsto nas hipóteses dos arts. 71, 72 ou 73 da Lei n. 4.502/1964.

No que se refere à ocorrência do fato gerador, não restou caracterizada a prática de ação visando impossibilitar a execução, o prosseguimento ou oposição de qualquer forma de obstáculo, ou, ainda, alguma forma de retardamento do fato gerador. Houve publicação dos atos, registro contábil das operações e informação à administração tributária.

Tampouco vislumbrei a incidência de alguma forma de exclusão ou modificação das características essenciais do fato gerador, de modo a reduzir o montante do imposto, evitar ou diferir seu pagamento.

A RI HAPPY BRINQUEDOS S/A, na sua interpretação da legislação tributária/societária, entendeu que pudesse praticar os atos já exaustivamente detalhados e, com esta postura, se beneficiar do tratamento fiscal disposto no art.386 do RIR/99, nada além disso, ao meu sentir, de modo que voto pelo afastamento da qualificação da multa.

No aspecto do “ágio interno”, a Fazenda Nacional alega divergência com relação aos paradigmas 9101-002.487 e 9101-003.011.

Quando se discute a aplicação de multa qualificada, a verificação da existência de divergência jurisprudencial é tarefa ainda mais minuciosa, eis que as razões dos precedentes em análise costumam estar intimamente vinculadas ao contexto fático da operação.

Nesse aspecto, três observações são importantes.

Primeiramente, compreendo que a conclusão de que “*seria “ágio interno” o ágio gerado em operação realizada entre empresas controladas por fundos de investimento que tenham os mesmos gestores*” foi aspecto relevante para a decisão recorrida quanto ao principal da glosa, mas não para a qualificação da multa. Isso significa que eventual paradigma para a questão da multa qualificada precisa tratar, apenas, da questão sobre se a multa deve ou não ser exasperada em caso de apuração de ágio entre partes dependentes, mas não necessariamente

precisa ter as mesmas características fáticas quanto aos específicos elementos que levaram a decisão a concluir pela dependência entre as partes – especificamente: não necessariamente os paradigmas deverão tratar de caso em que a operação foi realizada entre empresas controladas por fundos de investimento que tenham os mesmos gestores.

A segunda observação a ser feita é quanto à conclusão do voto condutor do acórdão recorrido quanto ao papel da T4U I de “empresa veículo”.

No caso, o voto condutor do acórdão recorrido manteve a glosa do ágio registrado na aquisição da T4U I por entender que se tratou de “ágio interno”, observando que a questão de se tratar de “empresa veículo” seria um elemento subsidiário à conclusão fiscal, que se pautou essencialmente na falta de independência entre as partes, *in verbis* (grifos do original):

Deixo aqui de comentar alegações de “irrelevância” de existência de empresa veículo, conforme tratou a Recorrente, porque se a T4U I foi uma empresa veículo (e foi, diferentemente da T4U, visto anteriormente) pelas razões expostas no TVF ou não, tratou-se apenas de um elemento subsidiário à conclusão fiscal, que, sem dúvida, pautou-se na questão da falta de independência entre as partes:

*Destarte, pode-se constatar que não houve independência na operação de compra e venda parcial da RI HAPPY pela RHPBK. Este fato estaria a ferir o princípio da “arm’s length”, que prega um tratamento igualitário entre as empresas.*

*No contexto geral, não houve, portanto, decisão independente pela aquisição parcial da RI HAPPY e posterior incorporação da empresa adquirente T4U I pela adquirida RI HAPPY, com sobrepreço patrimonial, que indicasse propósito negocial.*

Conseqüentemente, **não** assiste razão à Recorrente quando alega que a amortização desse ágio constitui-se em despesa dedutível da base de cálculo do IRPJ, consoante previsto no art. 386 do RIR/1999, cuja matriz legal advém dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Ou seja, o acórdão recorrido afirma textualmente que, no seu entendimento, a T4U I era “empresa veículo”, mas sequer tece maiores comentários quanto a tal conclusão, eis que compreende que este é um elemento subsidiário à acusação fiscal que está pautada, essencialmente, na falta de independência entre as partes.

Considerando o arrazoado acima, ponto que o entendimento do acórdão recorrido, na parte e que tratou da multa qualificada referente ao ágio T4U I, restou pautado essencialmente na conclusão de que a operação ocorreu entre partes dependentes, de forma que, para a caracterização da divergência jurisprudencial, não necessariamente o paradigma deverá abordar a questão da “empresa veículo”.

É dizer, a reforma do voto condutor do acórdão recorrido passa pela aplicação de racional que tenha concluído de maneira diversa, isto é, os paradigmas deverão concluir que, simplesmente porque realizada operação entre partes relacionadas com o registro de ágio, a multa de ofício deve ser qualificada.

Nesse ponto, observo que não foram colocadas em discussão, no caso dos autos, quaisquer outras circunstâncias fáticas que pudessem “agravar” a situação do sujeito passivo, isto é, não se questionou a artificialidade do preço, a inexistência de ganho de capital da parte do

vendedor, etc. Assim, precedentes que tenham concluído pela manutenção da multa qualificada em caso de ágio interno, mas cujo voto condutor tenha indicado elementos fáticos adicionais para a caracterização de eventual “dolo” não servirão de paradigma para o caso dos autos.

Passando à análise dos paradigmas, verifica-se que o **acórdão 9101-002.487** (Magius Metalúrgica) tratou de ágio gerado no contexto do diferimento previsto no então vigente artigo 36 da Lei 10.637/2002, mediante a integralização de ações, por empresa recém criada, em pessoa jurídica também criada na mesma data, e incorporada cerca de 3 meses depois. A ausência de efetiva alteração na estrutura societária foi considerada relevante pelo voto condutor desse precedente para afirmar a artificialidade do ágio e, conseqüentemente, o intuito doloso do sujeito passivo (grifamos):

É que não sendo aquela grandeza criada artificialmente, a que se pretendeu dar a aparência de ágio, um efetivo ágio, mas um simples artifício contábil, uma prosaica ficção, não há que se falar, no caso, em “interpretações diferentes adotadas pelo Fisco e pelo contribuinte” ou, como defendeu o voto condutor, nessa parte, da decisão recorrida, em “divergência de entendimentos legais, doutrinários e jurisprudenciais atinentes ao ágio” (e-fls. 2.307), mas em pura e simples simulação de ágio que, na realidade, nunca existiu.

Em outras palavras, tivesse havido ágio, o qual, por um ou por outro motivo, não pudesse ser tributariamente admitido, não seria cabível a qualificação da multa de ofício. (...)

(...)

Ainda, prova cabal de que o contribuinte, e o Grupo Econômico a que pertence, teriam praticado ação dolosa é o fato de nenhuma alteração concreta ter ocorrido em seu controle societário, após encerrada a tão prefalada “reestruturação societária”. Mesmo que as ações e transformações societárias tenham sido feitas seguindo as normas aplicáveis, o foram com intuito doloso, tipificável nos termos do art. 71 da Lei 4.502/1964, se amoldando à acusação fiscal de simulação (e-fls. e795 e 808, itens 6.6 e 12 do TVF) , como o evidente intuito de gerar uma despesa inexistente.

Para isto foi consumido tempo, papel e dinheiro em diversas operações intragrupo absolutamente inúteis, para, ao final, permanecer tudo como dantes — mesmo controlador e mesma controlada —, com a única inovação, evidentemente, da criação de um **grandeza artificial**, a que se pretendeu dar a aparência de **ágio**. (...)

Compreendo que a aplicação do racional desse julgado ao caso dos autos permite alterar a conclusão a que chegou o acórdão recorrido quanto à qualificação da multa. Em ambos, houve a criação de pessoa jurídica por empresas “relacionadas”, mediante a integralização de investimento com ágio e, meses depois, a incorporação desta pela investida, iniciando-se a amortização fiscal. E, diante de tal contexto negocial, o voto condutor do paradigma entendeu que a multa deveria ser qualificada em razão da ligação entre as empresas e conseqüente ausência de alteração da estrutura societária ao final das operações, sendo que no recorrido a multa foi reduzida ao percentual de 75% nas mesmas circunstâncias.

O fato de o paradigma 9101-002.487 ter tratado de operação realizada sob a égide da Lei 10.637/2002 não parece ter tido relevância para seu voto condutor na parte da multa qualificada, eis que este não trata de tal dispositivo no respectivo trecho do voto – muito embora, na parte em que tratou do principal de tributo, rebata o argumento acerca da utilização de tal dispositivo legal com a afirmação de que somente há ágio entre partes independentes, veja-se:

Dessa forma, somente em transações com terceiras partes independentes é que poderá haver reais ganho de capital e ágio, passíveis de considerações tributárias.

E inexistindo, no presente caso, quaisquer ágio e ganho de capital nessas condições, insubsistentes são todas as razões neles pretensamente fundadas. Não é por outro motivo que a mesma legislação (art. 36 da Lei n.º 10.637/2002, permite o diferimento do "ganho de capital" indefinidamente até a realização, liquidação ou baixa, efetiva do investimento (aí não compreendida a fusão, cisão ou incorporação)).

Assim, **conheço do recurso especial quanto ao paradigma 9101-002.487, no tema da multa qualificada.**

O segundo paradigma indicado para essa matéria foi o 9101-003.011 (Caimi & Liaison), que manteve a multa qualificada em operação que também foi realizada entre pessoas ligadas no contexto do artigo 36 da Lei 10.637/2002. O voto condutor, na parte que trata da multa qualificada, observa ter verificado “*diversas anormalidades que depõe (sic) a favor da caracterização das operações societárias como simuladas e componentes de um planejamento tributário abusivo*”, arrolando, dentre outros, indícios de que os instrumentos particulares foram antedatados, ou pós-datados, inconsistências cronológicas encontradas em alguns documentos e declarações da recorrente. Ao fim conclui:

Diante de todo o exposto, concluo que as operações adotadas pela contribuinte e pelas empresas que a constituíram, com o intuito de posterior aproveitamento do ágio gerado internamente para fins de irregular dedução nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, extrapolaram os limites da simples elisão fiscal por terem se baseado em simulação, nos termos do art. 167 do Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406/2002).

Entendo cabível, portanto, a qualificação da multa de ofício aplicável ao caso, nos termos do art. 44, inciso I e § 1º, da Lei n.º 9.430/1996 c/c art. 72 da Lei n.º 4.502/1964.

Considerando tais argumentos, verifica-se que a aplicação do racional desse precedente ao caso dos autos **não** resolve a questão aqui colocada para análise, eis que no caso desse paradigma a conclusão pela aplicação da multa qualificada se baseou em diversas circunstâncias fáticas específicas e não aventadas no caso concreto.

Ante o exposto, oriento meu voto para **não conhecer do recurso quanto ao paradigma 9101-003.011**, para o tema da multa qualificada.

Meu voto é, porém, para conhecer da matéria com base no paradigma 9101-002.487.

**(4) “divergência jurisprudencial quanto à interpretação do artigo 135 do CTN” (ágio T4U I)**

**[voto vencido]**

Observo, preliminarmente, que o voto condutor do acórdão recorrido, na parte em que trata da responsabilidade, **não analisa a operação da T4U**, eis que deu provimento ao recurso voluntário quanto à respectiva glosa. Assim, é de se ter em mente que **o recurso especial da Fazenda Nacional, quanto à responsabilidade tributária, é específico para o ágio T4U I (“ágio interno”)**.

Quanto à aplicação do artigo 135 do CTN, a Fazenda Nacional sustenta, primeiramente, que tal matéria deve ser examinada como decorrência do restabelecimento da qualificação da multa, alegando:

Tendo por certo o conhecimento e provimento do presente recurso especial, no que toca à qualificação da multa, por decorrência lógica, deve-se restabelecer a responsabilização dos administradores, Juan Carlos Felix Estupinan e Hector Nunez.

O acórdão recorrido afirmou que “ *é grande e notória a polêmica em assuntos dessa natureza, um tema em constante debate na doutrina especializada, o que me faz crer, aliado a inexistência de simulação e/ou fraude na operação efetivada, que a RI HAPPY BRINQUEDOS S/A, na sua interpretação da legislação tributária/societária, seja por parte de seus administradores, ou pelo seu gestor, entendeu que pudesse praticar os atos já exaustivamente detalhados e, com esta postura, se beneficiar do tratamento fiscal disposto no art.386 do RIR/99, nada além disso, ao meu sentir, de modo que voto pelo afastamento das pessoas físicas (remanescentes) então arroladas no pólo passivo da autuação como responsáveis solidários.*”

Entretanto, reformando-se o acórdão para restabelecer a qualificação da multa em razão do dolo/fraude na prática de operações societárias com vistas a criar uma mais valia fictícia e deduzi-la na apuração do lucro tributável, a responsabilidade dos administradores deverá ser restabelecida

O acórdão recorrido **excluiu a responsabilização das pessoas físicas pela mesma razão que excluiu a qualificação da multa**, é dizer, por entender que houve apenas divergência de interpretação da legislação, e não dolo. Mas isso não significa que o conhecimento, por esta CSRF, quanto a uma matéria implique necessariamente a análise da outra.

Nos termos do Regimento Interno do CARF, o papel desta CSRF não é servir de terceira instância, estando sua competência dedicada a dirimir conflitos entre julgados do CARF, de maneira que é requisito, para a análise de cada uma das matérias por esta CSRF a demonstração da respectiva divergência jurisprudencial.

Além disso, ao sustentar que a responsabilidade deve ser restabelecida uma vez restabelecida a multa qualificada, o que a Fazenda Nacional pretende é vincular o conhecimento acerca do tema da responsabilidade a eventual resultado de mérito quanto à multa qualificada, o que, com o devido respeito, consiste em erro de premissa processual, eis que o conhecimento de todas as matérias e a definição do escopo do mérito do recurso especial precede à análise de todo o mérito do apelo.

Desse modo, **rejeito a análise do tema da responsabilidade como mera decorrência de eventual restabelecimento da multa qualificada**, por considerar imprescindível para o seguimento do recurso especial a demonstração de divergência jurisprudencial para cada matéria indicada.

Passo a analisar a demonstração da divergência jurisprudencial. Nesse ponto, o despacho de admissibilidade admitiu como paradigma o acórdão 9101-002.487, de 2016.

Tal precedente, já analisado quanto ao argumento da multa qualificada (respectivo trecho do voto acima), afirma que a reforma do acórdão ali recorrido, quanto à multa qualificada, resultaria necessariamente na responsabilização dos sócios diretores, transcreve o artigo 135, III, do CTN e em seguida conclui:

Assim, considerando os fatos do processo e que atuação dos sócios-gerentes indicados como responsáveis se amoldam ao que dispõe o art. 135, inciso II (sic) do CTN, posto que praticaram atos com infração de lei, no caso, a legislação tributária, entendendo que deve ser mantido o lançamento, dando provimento ao recurso da Fazenda também nesta parte.

Relembrando, os “atos com infração de lei” ali referidos foram, essencialmente, o registro de ágio em operação entre partes relacionadas, com pessoa jurídica criada para a integralização do investimento e incorporada meses depois.

A aplicação do racional desse paradigma ao caso dos autos permitiria alterar a conclusão a que chegou o acórdão recorrido, eis que enquanto neste se entendeu que a dedução fiscal do ágio decorreu de mera divergência de interpretação da legislação tributária, no caso do paradigma 9101-002.487 operação com características fáticas equivalentes à operação realizada pela T4U I foi interpretada como tendo intuito doloso e a justificar a qualificação da penalidade.

Neste sentido, **conheço** do recurso especial quanto ao tema da **responsabilidade tributária quanto ao ágio T4U I**, com base no paradigma 9101-002.487.

**(5) “divergência quanto à cumulação da multa isolada por falta de recolhimento de estimativa com a multa de ofício proporcional, para fatos geradores ocorridos após 2007”**

A multa isolada foi a matéria tratada pelo voto vencedor do acórdão recorrido, tendo este concluído pela aplicação do princípio da consunção, afirmando ser adepto da corrente interpretativa que entende que *“os fatos geradores sendo complementares as sanções, visto que uma pune a falta de antecipação durante o exercício e a outra pune a falta do pagamento no ajuste anual, a maior penalidade deve prevalecer até o montante em que consuma integralmente a punição pela falta de antecipação, somente subsistindo esta se comportar montante maior do que a multa de ofício.”*

Assim, conclui que *“o valor da multa de ofício aplicada, mesmo após a exclusão da qualificação da multa de ofício, excedeu em muito o valor da multa isolada aplicada, assim, utilizando-se o princípio da Consunção no presente caso, o valor da multa isolada restou por ser totalmente absorvida pela multa de ofício, devendo ser cancelada integralmente.”*

Para essa matéria a Fazenda Nacional indica como paradigmas os acórdãos 9101-003.002 e 9101-002.745. Tais precedentes mantêm a cobrança das multas isoladas em concomitância com a multa de ofício para anos-calendário posteriores a 2007, rejeitando a consunção e a aplicação da Sumula CARF 105. Assim, para esta matéria também resta configurada a demonstração de divergência jurisprudencial.

Portanto, conheço do recurso quanto à multa isolada.

***Conclusão – conhecimento - recurso especial da Fazenda Nacional***

Ante o exposto, quanto ao recurso especial da Fazenda Nacional, oriento meu voto para:

- (i) Não conhecer da matéria (1) “divergência quanto à amortização do ágio – inexistência de confusão patrimonial”.
- (ii) Não conhecer da matéria (2) “divergência quanto à qualificação da multa de ofício – empresa veículo”
- (iii) Conhecer da matéria (3) “divergência quanto à qualificação da multa de ofício – ágio interno”, exclusivamente quanto ao paradigma 9101-002.487 **[voto vencido]**
- (iv) Conhecer da matéria (4) “interpretação do artigo 135 do CTN” (paradigma 9101-002.487) **[voto vencido]**
- (v) Conhecer da matéria (5) “cumulação da multa isolada por falta de recolhimento de estimativa com a multa de ofício proporcional, para fatos geradores ocorridos após 2007” (paradigmas 9101-003.002 e 9101-002.745)

#### ***Conhecimento - Recurso especial da contribuinte***

A contribuinte questiona o acórdão recorrido na parte em que este não admitiu a amortização do **ágio T4U I**, por considerá-lo “ágio interno”, nos termos do voto do i. Relator, que foi vencedor nesta matéria (grifamos):

No contexto aqui presente, não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento unilateral de acréscimo de riqueza (ágio) em decorrência de uma transação onde os sócios das partes envolvidas tem um único controlador, o Grupo Carlyle, por meio de seu gestor junto à RHPBK e RI HAPPY. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável, do ponto de vista econômico, tais transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes para merecer registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade e, conseqüentemente, o ágio delas decorrentes não se enquadra na hipótese de dedutibilidade prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, como quer crer a Impugnante.

Como já se abordou acima, o ágio foi considerado “interno” porque derivado de transação entre partes “não independentes”, uma vez constatado que as empresas envolvidas (T4U I e Ri Happy) eram controladas por fundos de investimentos que, por sua vez, estariam sob gestão comum, do “Grupo Carlyle”, Eis o respectivo trecho do voto (grifamos):

A T4U I tinha como sócio controlador o fundo RHPBK (99,99%), que era administrado pela CRV e tendo como gestor o Grupo Carlyle.

A RI HAPPY, antes da entrada em cena da T4U I, era controlada pelos FUNDO BRASIL (25%) e CTS (60%), ambos administrados pela CRV e tendo como gestor o Grupo Carlyle.

O fato de haver um fundo de investimentos independente (G5 RS) no quadro societário da RI HAPPY e de ter contribuído com aporte de capital na transação, não tem relevância nenhuma, sua participação sempre permaneceu em 15%, após todos estes eventos societários. Os proprietários da RI HAPPY detêm percentuais de participação societária de 85%, são eles que decidem, evidentemente, mas escudados em planejamento definido pelo seu gestor, o Grupo Carlyle.

Notório, portanto, que **não há independência entre os envolvidos, os proprietários da RHPBK e da RI HAPPY, são os mesmos, e as decisões relevantes são tomadas pelos seus gestores e não pelos cotistas**, como, me parece, crê a Recorrente.

Não se controverteu a conclusão a que chegou o acórdão recorrido de que caracteriza-se como “ágio interno” a mais valia em uma operação entre empresas controladas por fundos de investimento geridos por um grupo em comum. Esta é, assim, uma premissa fática do acórdão recorrido que não está em discussão.

O sujeito passivo sustenta divergência jurisprudencial com relação ao **acórdão 1301-001.297** (Caso Zanotti) alegando que este, diferentemente do recorrido, “*segregou o tratamento a ser conferido ao ágio sob uma perspectiva contábil do tratamento a ser conferido sob uma perspectiva jurídica.*”

De fato, o voto vencedor de tal paradigma analisa questão eminentemente jurídica e rejeita a glosa da amortização de ágio que tenha se baseado em alegação de que este foi gerado internamente a um grupo de empresas, valendo transcrever trecho de sua introdução:

(...)

De plano, afasto peremptoriamente os argumentos acima despendidos no sentido de que, para ter guarida nas disposições dos arts. 7º. e 8º. da Lei n. 9.532/97, o ágio não poderia ter sido gerado entre empresas de um mesmo grupo econômico e deveria ter havido pagamento (desembolso de caixa) para a sua constituição, bem como, a necessidade de substância econômica, ou seja, segundo interpretação da fiscalização corroborada pelo voto vencedor, o ágio só seria dedutível se houvesse conteúdo econômico na operação e se tivesse havido pagamento em dinheiro mediante livre negociação entre partes independentes. Com a devida vênia, entendo equivocada tal afirmativa.

Isto porque, a formação do ágio foi feita nos estritos limites legais previstos pelo Decreto-lei n. 1.598/77, o qual, em nenhum momento determinou que o ágio não possa surgir entre empresas de um mesmo grupo econômico, nem exige que para a sua formação o investimento seja feita com desembolso de dinheiro e a necessidade de substância econômica.

Por ter sido a presente operação efetuada nos mesmos moldes do processo administrativo n. 16643.000392/2010-61, do qual fui relator, inclusive com a alegação da inexistência do ágio com base na teoria contábil, transcrevo aqui, no que interessa, os fundamentos que lá registrei para restabelecer a dedução do ágio glosado pela fiscalização, vejamos: (...)

A aplicação do racional deste paradigma ao caso dos autos seria capaz de levar à alteração da conclusão a que chegou o acórdão recorrido, já que enquanto este considerou que a glosa de ágio era devida eis que não existiria ágio em operação realizada entre empresas geridas

pelo mesmo grupo, no caso do paradigma este rejeita qualquer argumento que fundamente a glosa do ágio em tal argumento.

Observo, por fim, que muito embora a ementa desse julgado tenha feito referência ao artigo 36 da Lei 10.637/2002, a análise do inteiro teor do voto demonstra que o seu racional não foi baseado exclusivamente na interpretação desse dispositivo legal, mas de toda a legislação tributária acerca da amortização fiscal de ágio.

O voto condutor do paradigma ressalta a impossibilidade de se glosar ágio gerado dentro de um mesmo grupo após análise da legislação tributária sobre o tema e do regramento contábil aplicável, e apenas faz referência ao artigo 36 de maneira subsidiária, por exemplo quando conclui:

Noutro prisma, o fundamento apontado pela autoridade fiscal para não aceitar o ágio gerado entre empresas do mesmo grupo é que por serem partes relacionadas estaria maculada a independência de avaliação, e por isso, a mensuração dos valores da transação não seria confiável. Mais uma vez, aqui se valeu de regras contábeis posteriores aos fatos (Resolução CFC nº 1303/2010 que aprovou o NBC TG 04).

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

Em todo o seu teor, o voto afirma textualmente que a geração de ágio interno não é vedada pela legislação tributária, fazendo referência ao artigo 36 apenas como argumento subsidiário, veja-se (grifamos):

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

(...)

Assim, diante da impossibilidade, para fins fiscais, da aplicação das regras contábeis que tratam da escrituração e apuração envolvendo empresas de um mesmo grupo, sobretudo após as alterações promovidas pelas Leis nºs 11.638/2007 e 11.941/2009, bem pode-se concluir que o reconhecimento do ágio mesmo se tratando do chamado “ágio interno” está de acordo com os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 e devem gerar todos os efeitos fiscais deles decorrentes.

(...)

Ainda que se parta da premissa adotada pela fiscalização, de que o reconhecimento contábil do “ágio interno” não encontra respaldo nos princípios da ciência contábil, só sendo verdadeiros os ágios gerados em aquisições de participações societárias em negócios entre partes independentes, ainda assim o lançamento não se sustentaria.

É que, com ou sem respaldo na Ciência Contábil, o fato é que no período de 1º de janeiro de 2003 a 31/12/2005, esse ágio pôde ser registrado para retratar situação prevista em norma tributária específica, in casu, o art. 36 da Lei nº 10.637/2002, revogado pela Lei nº 11.196, de 2005, e que dispunha:

(...)

A conclusão que se chega, portanto, é que no caso desse paradigma, o argumento acerca do artigo 36 da Lei 10.637/2002, embora mencionado na ementa, foi utilizado apenas como reforço argumentativo da tese principal sustentada pelo voto, é dizer: o voto conclui que a geração de ágio interno não é vedada pela legislação tributária, e apenas menciona que, ainda que assim não se entenda (ou seja, como argumento subsidiário) referido artigo 36 autorizaria a operação.

Por entender ter restado plenamente caracterizada a divergência jurisprudencial quanto ao paradigma 1301-001.297, **conheço** do recurso especial do sujeito passivo.

## Mérito

Em razão da relação de prejudicialidade existente entre matérias do recurso especial do sujeito passivo e as matérias conhecidas do recurso especial da Fazenda Nacional, passo a examinar primeiramente o recurso do sujeito passivo.

### *Mérito – recurso especial do sujeito passivo*

O acórdão recorrido manteve a glosa do ágio T4U I por reputar que “*não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento unilateral de acréscimo de riqueza (ágio) em decorrência de uma transação onde os sócios das partes envolvidas tem um único controlador, o Grupo Carlyle, por meio de seu gestor junto à RHPBK e RI HAPPY.*”.

Observo que a premissa fática do acórdão recorrido foi de que o ágio amortizado seria interno ao grupo econômico, e por isso não poderia ser reconhecido contabilmente. Não se controverteu, com a devida indicação de paradigmas, se se caracteriza ou não como “ágio interno” um ágio gerado entre empresas controladas por fundos de investimento geridos por empresas em comum. Tal circunstância, portanto, não está mais em discussão.

A autoridade autuante assim justificou a glosa no Termo de Verificação Fiscal (fls. 1446 e 1.449):

(...)

No contexto geral, não houve, portanto, decisão independente pela aquisição parcial da RI HAPPY e posterior incorporação da empresa adquirente T4U I pela adquirida RI HAPPY, com sobrepreço patrimonial, que indicasse propósito negocial.

Registrado nessas condições, o ágio seria inadmissível contabilmente, pois não houve a formação de um preço justo dos ativos, bem como observamos grave imperfeição negocial.

Resta justificado, dessa forma, pelo exposto, que, definitivamente, à luz da Teoria da Contabilidade, é inadmissível o surgimento de ágio em uma operação realizada dentro

de um mesmo grupo econômico. Não é permitido contabilmente o reconhecimento de “ágio gerado de si mesmo”, tampouco o lucro resultante.

(...)

No caso em tela, não houve, na verdade, desembolso de valores na criação do ágio. O grupo CARLYLE, mediante as empresas RHPBK, FUNDO BRASIL e CTS continuaram a ser as controladoras do grupo RI HAPPY antes e após a incorporação da T4U I. O grupo RI HAPPY, por seu turno, após as operações societárias, permaneceu sendo controlado pelas empresas RHPBK, FUNDO BRASIL e CTS. A situação patrimonial de todas as empresas permaneceu inalterada, salvo que em decorrência da incorporação, o ágio do investimento foi transferido para o Ativo Intangível da empresa RI HAPPY, e a sua amortização passou a ser deduzida do lucro tributável. O instituto do ágio resta desfigurado, pois este pressupõe efetivo pagamento a maior na aquisição de bens. O ágio meramente escritural, como se vê da incorporação da T4U I pela RI HAPPY, considerando a falta de efetivo pagamento, distorce a figura. Arguir que a legislação fiscal prevê essa dedução, como de fato prevê, é interpretá-la sem atentar para o verdadeiro espírito da lei, qual seja, para toda dedução há que corresponder o efetivo desembolso, sem o que não deve ser aceita. Admitir-se a dedução deste suposto ágio seria admitir que qualquer empresa que tivesse adquirido ações de outra, poderia, a qualquer tempo, reavaliar a empresa investida, constituir nova empresa mediante conferência de ações e, ato contínuo, incorporá-la, aproveitando o ágio dela mesmo.

De se observar que, muito embora no trecho acima o TVF faça menção à ausência de “desembolso de valores”, a autoridade autuante em nenhum momento sequer menciona a forma como a T4U I teria adquirido as ações da Ri Happy (se mediante aporte de dinheiro, créditos, etc.), limitando-se a indicar que “a empresa T4U I adquiriu em 27/08/2012, uma parcela correspondente a 27,09% do patrimônio da RI HAPPY com um valor de ágio” e “a empresa T4U I aportou capital na RI HAPPY, no montante de R\$135.700.000,00, tendo sido emitidas novas ações” (fl. 1.440).

Dáí porque compreensível que o voto condutor do acórdão recorrido sequer tenha dado importância a tal alegação – de todo resto não provada -- de ausência de pagamento do valor da aquisição que gerou o registro do ágio, tendo se concentrado na motivação da glosa em virtude da geração de “ágio interno” especificamente.

Nesse aspecto, tenho orientado meus votos no sentido de que, à época em que as operações foram realizadas, não havia qualquer óbice para o registro de ágio gerado entre empresas de alguma forma relacionadas. Peço vênica para transcrever meu voto (vencido) no acórdão 9101-004.278, julgado em 10 de julho de 2019:

*(...) não verifico na legislação em vigor na época dos fatos geradores qualquer restrição para que se registre, e posteriormente se amortize fiscalmente, um ágio pura e simplesmente em virtude de a negociação ter ocorrido entre partes relacionadas.*

*Em suas contrarrazões, a PGFN se apoia no conteúdo do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, o qual afirma que “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.”.*

*Na mesma linha, cita estudo acadêmico<sup>1</sup> que afirma que o ágio surgido internamente deve ser expurgado da contabilidade porque não tem sentido econômico<sup>2</sup> (disponível em [https://congressosp.fipecafi.org/anais/artigos42004/an\\_resumo.asp?cod\\_trabalho=13](https://congressosp.fipecafi.org/anais/artigos42004/an_resumo.asp?cod_trabalho=13), acesso em 21.04.2019).*

*Acontece que não estamos tratando, nos presentes autos, de Contabilidade, mas de Direito Tributário. Assim, o fato de eventualmente se concordar com as conclusões acima acerca do tratamento **contábil** do ágio intragrupo nada diz sobre os **efeitos tributários** desse ágio.*

*De fato, muito embora o ágio seja registrado em livros contábeis, ele está previsto em regras tributárias e é controlado em livros fiscais (ex. LALUR), independentemente do que ocorre na contabilidade.*

*O ágio nada mais é do que um efeito tributário da aquisição de uma participação societária por um valor acima de seu valor patrimonial, ou seja, é um desdobramento do custo de aquisição e, dessa forma, por consequência lógica e necessária, cada vez que uma participação societária é negociada por um valor acima do patrimonial, surge um "novo ágio".*

*Assim, compreendo que está correta a afirmação da PGFN quando sustenta que, no caso dos autos, existem dois ágios distintos, decorrentes de dois negócios jurídicos de compra e venda de participação societária celebrados em datas, e por partes diferentes.*

*Não obstante, o simples fato de o ágio ter sido gerado em operação ocorrida entre partes relacionadas não macula a operação. Assim, à mingua de qualquer alegação (e prova) de inexistência de pagamento, de simulação de operações, de problemas quanto ao registro, ao demonstrativo de rentabilidade futura ou à incorporação, não vislumbro fundamento jurídico para a glosa das amortizações em questão.*

*Há que se salientar que a amortização do ágio relativo a investimento em sociedade brasileira tem lógica na própria sistemática de tributação do IRPJ e da CSLL, e existia muito antes da Lei 9.532/1997. Essa norma veio especialmente impor alguns limites e critérios objetivos para tal fruição – condições que, conforme indica a própria exposição de motivos da norma\*, foram estabelecidas buscando-se evitar os "planejamentos tributários" praticados com respaldo na anterior lacuna legislativa.*

*\* "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 de 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*

<sup>1</sup> Artigo de Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa Junior intitulado: "A Incorporação Reversa Com Ágio Gerado Internamente: Consequências da Elisão Fiscal Sobre a Contabilidade".

<sup>2</sup> "O surgimento do ágio em operações de combinação de negócios, realizadas dentro de um mesmo grupo societário, não tem sentido econômico. A Contabilidade, sabiamente, expurga essa informação ao considerar o grupo societário uma entidade única, quando reporta suas demonstrações consolidadas. O correto, contabilmente, é fazer o mesmo nas demonstrações individuais também."

*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.” [obs: na conversão o artigo 8º passou a ser o artigo 7º da Lei 9.532/1997]*

*Mas, mesmo antes, a legislação tributária já admitia, na incorporação de sociedades com extinção da participação societária de uma possuída por outra, a dedutibilidade como perda de capital da diferença entre o valor contábil da participação extinta e o valor do acervo líquido que a substituir, avaliado a preços de mercado (artigo 34 do Decreto-Lei 1.598/1977, dispositivo analisado pelo Parecer Normativo CST 51/1979).*

*Assim, tanto a alienação do investimento quanto a sua liquidação são eventos que podem dar margem ao reconhecimento de uma perda. A Lei 9.532/1997, vale repetir, veio então trazer condições adicionais para a amortização fiscal dessa perda, o ágio – em especial: que a mais valia estivesse fundamentada na rentabilidade futura da investida e que a amortização fiscal ocorresse à razão máxima de 1/60 ao mês, a partir da liquidação do investimento.*

*Vale notar que tal tratamento tributário do ágio poderia ser aplicado ainda que o ágio já tivesse sido amortizado contabilmente, sendo ainda aplicável inclusive às sociedades que não estivessem obrigadas a seguir o método de equivalência patrimonial, como prevê o art. 8º da Lei 9.532/1997 (dispositivo reproduzido no então vigente §6º, I, do artigo 386 do RIR/99).*

*Em resumo, os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/1997 (reproduzidos no art. 386 do RIR/99) trouxeram as condições objetivas para a amortização fiscal do ágio pago na aquisição de participações societárias. Uma vez que tais condições tenham sido observadas, a princípio a amortização fiscal do ágio há de ser admitida. E diz-se a princípio apenas porque, como se sabe, as autoridades fiscais estão autorizadas a efetuar e rever de ofício o lançamento tributário nas hipóteses do artigo 149 do CTN, inclusive quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação (inciso VII).*

*Com a devida vênia, não concordo com a linha de argumentação que sustenta que, quando a legislação exige uma aquisição, ela presumidamente está se referindo a partes não relacionadas. Na verdade, sequer vislumbro exemplos válidos para o argumento de que, quando a legislação quis se referir a aquisições entre partes relacionadas, ela o fez expressamente. Nesse ponto, vale uma breve digressão sobre o artigo 32 da Lei 10.637/2002 e sobre a legislação sobre preços de transferência, que muitas vezes são citados como exemplos de normas que estabelecem regras específicas relativas a partes relacionadas -- o artigo 32 da Lei 10.637/2002 não trata de ágio entre partes relacionadas, tendo trazido apenas um benefício fiscal referente ao diferimento do ganho de capital tributável (o ágio, neste caso, se houver seria apurado conforme as regras então em vigor); da mesma forma, compreendo que nada na legislação sobre preços de transferência parece indicar que o conceito de “aquisição” não se aplica quando a operação se dá entre partes relacionadas (pelo contrário, tal legislação confirma que a operação entre partes relacionadas é sim “aquisição”, e exatamente em razão disso vem controlar a repercussão tributária – ex. dedutibilidade - do preço praticado). Inclusive, o único paralelo que consigo traçar entre as legislações acerca de*

*preços de transferência e sobre ágio é o de que, assim como naquela, para o ágio a norma também veio controlar o preço praticado entre adquirente e vendedor para fins de amortização fiscal, passando a exigir, a partir da Lei 9.532/1997, que a mais valia a ser amortizada estivesse fundamentada na rentabilidade futura da investida.*

*Pois bem. No caso dos autos, é incontroverso que a Recorrente adquiriu participação societária na Quartzolit e desdobrou o custo de aquisição em valor de patrimônio líquido e ágio, sendo necessário, portanto, verificar (a) se foram cumpridos os requisitos legais para a amortização do ágio então vigentes (previstos na Lei 9.532/1997 e no Decreto-Lei 1.598/1977) e (b) se tais operações efetivamente foram praticadas (isto é, ausência de simulação nos termos do artigo 149, VII, do CTN).*

*Nesse passo, reitero que não há qualquer acusação no TVF de que os requisitos legais para o registro e a amortização de ágio não foram cumpridos no caso em questão. Pelo contrário, o TVF **afirma** (i) que foi elaborado demonstrativo de rentabilidade futura contemporâneo à aquisição das ações da Quartzolit pela Recorrente; (ii) que houve pagamento (contraprestação) na aquisição da participação; (iii) que por ocasião da aquisição do investimento a Recorrente segregou o investimento do ágio, e (iv) que a amortização do ágio passou a ocorrer após a incorporação da Quartzolit pela Recorrente.*

*Também não há nos autos qualquer acusação de simulação de operações.*

*Assim, compreendo que não há fundamento **jurídico** para a glosa da amortização fiscal do ágio no caso em questão.*

*De se ressaltar que, em momento posterior aos fatos geradores analisados nos presentes autos, a Medida Provisória 627/2013, convertida na Lei nº 12.973/2014 veio a trazer no ordenamento tributário restrições específicas para a amortização de ágio em operações ocorridas entre partes relacionadas. Não obstante, até mesmo a exposição de motivos da MP deixa claro que isso foi uma inovação surgida apenas com sua edição. Confira-se:*

*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.*

*(...)*

*35. O art. 24 estabelece o conceito de partes dependentes para fins do disposto nos arts. 19 e 21.*

*Vale, ainda, uma última observação. É que mesmo as restrições contábeis ao registro de ágio em operações intragrupo apenas se tornaram **norma** a partir das novas regras contábeis surgidas **a partir de 2010**. Assim, no caso, a restrição ao registro do ágio com fundamento exclusivo no fato de se tratar de operação entre partes relacionadas não faria sentido nem mesmo sob o prisma da legislação contábil.*

*Nesse passo, oportuno citar trecho de artigo de Eliseu Martins publicado em 2012 (este, aliás, é um dos autores do estudo acadêmico utilizado como fundamento das contrarrazões da PGFN)<sup>3</sup>:*

(...)

*Tudo começou com o Decreto-Lei nº 1.598, de 1976, que cometeu alguns erros técnicos ao definir o ágio como a diferença entre valor de aquisição e valor contábil da parcela patrimonial adquirida, e ao não exigir a utilização fiscal de uma regra de ouro: ágio genuíno por expectativa de rentabilidade futura (goodwill) é apenas o excedente pago sobre o valor de mercado (valor justo, mais recentemente) dos ativos e passivos adquiridos avaliados individualmente. O decreto criou enorme confusão com menção a ágio por expectativa de rentabilidade futura, fundo de comércio e até a incríveis "outras razões econômicas". Assim, o governo errou na redação original, inclusive ao permitir a interpretação de escolha de classificação e não exigência rígida de hierarquia como passou a ocorrer a partir de 2010 com as normas internacionais de contabilidade. Com isso, passou-se, desde a década de 70, a aceitar valor de ágio chamado de expectativa de rentabilidade futura normalmente por valor maior do que o tecnicamente devido. Mas tudo suportado por esse decreto-lei.*

*Mas tal decreto só permitia a dedutibilidade do ágio apenas na baixa do investimento. Portanto, na prática nada de problema muito sério. Porém, **com o objetivo de aumentar o valor de suas próprias empresas no processo de desestatização, o governo tomou a iniciativa que redundou na Lei nº 9.532 em 1997, onde passou a aceitar a dedutibilidade da amortização do ágio em cinco anos, desde que mediante processo de fusão, incorporação ou cisão** (nenhuma lógica nessa subordinação – apenas trabalho adicional às empresas). Pior ainda, emitiu em 2002 a Medida Provisória nº 66 (Lei nº 10.637, de 2002) que permitiu ao vendedor diferir, às vezes quase que para sempre, o ganho obtido por esse ágio. Aí foi o paraíso: o vendedor tributava a prazo, às vezes quase infinito, e o comprador deduzia em cinco anos!*

**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 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**

<sup>3</sup> <http://www.valor.com.br/brasil/2805590/dedutibilidade-fiscal-da-amortizacao-do-agio#ixzz24qlywEnO>, acesso em 21.04.2019

*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.*

*Vê-se, assim, que é preciso solução legal para uma reorganização legal fiscal nesse campo do ágio, como houve reorganização contábil com o Comitê de Pronunciamentos Contábeis, emitindo o CPC 15 (Combinação de Negócios), prontamente reconhecido pela Comissão de Valores Mobiliários, pelo Conselho Federal de Contabilidade e outros reguladores.*

*(...) (grifos nossos)*

*Em conclusão, compreendo que a decisão recorrida deve ser reformada, cancelando-se o auto de infração em discussão, eis que a glosa do ágio realizada carece de fundamento jurídico. Neste sentido, sugeri a seguinte ementa para este julgado:*

#### **ÁGIO INTERNO. EFEITOS TRIBUTÁRIOS MANTIDOS.**

*Até o advento da MP 627/2013, convertida na Lei 12.973/2014, a distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de ágio interno) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo não era relevante para fins fiscais. A mera circunstância da operação ser praticada por empresas do mesmo grupo econômico não descaracterizava o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação tributária.*

Em resumo, a *legislação tributária* trouxe condições e efeitos fiscais para a amortização do ágio próprios, independentes dos efeitos contábeis, societários e afins, de forma que é inclusive irrelevante o fato de supostamente haver, nestes outros ramos, restrições ao registro de ágio em operações intragrupo.

É dizer, uma vez cumpridos os requisitos legais previstos nos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/1997 – em especial a aquisição de participação societária por valor superior ao seu valor patrimonial proporcional, o registro do ágio com base em estudo de rentabilidade futura e a absorção da investida pela investidora ou vice versa –, a princípio a amortização fiscal do ágio há de ser admitida.

E, como no caso a **única motivação** para a glosa do ágio T4U I, provada pela autoridade autuante, foi o fato de o ágio ter sido gerado entre empresas controladas por fundos de investimento geridos por um mesmo grupo, a tributação não pode subsistir.

Ante o exposto, oriento meu voto para dar provimento ao recurso especial do sujeito passivo, cancelando a glosa do ágio T4U I para fins de IRPJ e CSLL.

#### **Conclusão – mérito - Recurso especial do sujeito passivo**

Ante o exposto, oriento meu voto para dar provimento ao recurso especial do sujeito passivo.

***Mérito - Recurso especial da Fazenda Nacional***

Após a votação deste Colegiado, a única matéria do recurso especial da Fazenda Nacional conhecida é relacionada à cobrança das multas isoladas.

Não obstante, considerando o resultado da votação acima quanto ao conhecimento do recurso especial da Fazenda Nacional e quanto ao mérito do recurso especial do sujeito passivo, a análise do mérito do recurso especial da Fazenda Nacional, tal como admitido, resta prejudicada.

**Conclusão**

Ante o exposto, oriento meu voto para conhecer parcialmente do recurso especial da Fazenda Nacional e para conhecer do recurso especial do sujeito passivo. No mérito, dou provimento ao recurso especial do sujeito passivo, o que deixa prejudicada a análise do mérito da matéria conhecida do recurso especial da Fazenda Nacional.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano

## Voto Vencedor

Conselheira Edeli Pereira Bessa, Redatora designada.

A I. Relatora restou vencida em seu entendimento de conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional quanto às matérias “multa qualificada - ágio interno” e “responsabilidade tributária”. A maioria do Colegiado compreendeu que o dissídio jurisprudencial não se evidenciaria em face do paradigma admitido na matéria “multa qualificada – ágio interno” e, em consequência, o recurso especial também não poderia ser conhecido quanto à matéria “responsabilidade tributária”.

A divergência jurisprudencial acerca da qualificação da penalidade teve seguimento em exame de admissibilidade com base nos paradigmas n.º 9101-002.487 e 9101-003.011. A I. Relatora afastou o paradigma n.º 9101-003.011 em face da verificação, já afirmada por este Colegiado em outros precedentes, de que este julgado refere operação contemplada com outros vícios que afetaram a decisão acerca da qualificação da penalidade. Já no paradigma n.º 9101-002.487, a I. Relatora entende que o fato de a operação ter se realizado sob a égide do art. 36 da Lei n.º 10.637/2002 não afetou a decisão acerca do intuito doloso do sujeito passivo.

Ocorre que o voto condutor do paradigma destaca, para restabelecimento da multa qualificada, o volume de operações e a artificialidade assim evidenciada para a criação do valor amortizado como ágio. Veja-se:

Ainda, prova cabal de que o contribuinte, e o Grupo Econômico a que pertence, teriam praticado ação dolosa é o fato de nenhuma alteração concreta ter ocorrido em seu controle societário, após encerrada a tão prefalada “reestruturação societária”. Mesmo que as ações e transformações societárias tenham sido feitas seguindo as normas aplicáveis, o foram com intuito doloso, tipificável nos termos do art. 71 da Lei 4.502/1964, se amoldando à acusação fiscal de simulação (e-fls.795 e 808, itens 6.6 e 12 do TVF) , como o evidente intuito de gerar uma despesa inexistente.

Para isto foi consumido tempo, papel e dinheiro em diversas operações intragrupo absolutamente inúteis, para, ao final, permanecer tudo como dantes — mesmo controlador e mesma controlada —, com a única inovação, evidentemente, da criação de um grandeza artificial, a que se pretendeu dar a aparência de ágio. Veja-se (e-fls. 2.396 e 2.399, respectivamente):

[...]

Como bem ressalta a Fazenda Nacional, em seu recurso especial (e-fls. 2.335):

O caráter circular das operações societárias levadas a efeito, fazendo com que, em pouco tempo, a situação voltasse a ser exatamente a mesma situação inicial, comprova o caráter simulado e doloso da conduta da recorrente e de seu grupo controlador.

Por essas razões, voto por dar provimento ao recurso da Fazenda Nacional nesta matéria e manter a qualificação da multa de ofício aplicada.

E, no presente caso, o voto condutor do acórdão recorrido afasta o intuito doloso tendo em conta os contornos da operação, nos quais não se conseguiu *identificar a subsunção dos atos praticados pelos envolvidos no processo, caracterizadores do tipo previsto nas hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.5402/64*. Adicionou-se, neste ponto, que:

No que se refere à ocorrência do fato gerador, não restou caracterizada a prática de ação visando impossibilitar a execução, o prosseguimento ou oposição de qualquer forma de obstáculo, ou, ainda, alguma forma de retardamento do fato gerador. Houve publicação dos atos, registro contábil das operações e informação à administração tributária.

Tampouco vislumbrei a incidência de alguma forma de exclusão ou modificação das características essenciais do fato gerador, de modo a reduzir o montante do imposto, evitar ou diferir seu pagamento.

A RI HAPPY BRINQUEDOS S/A, na sua interpretação da legislação tributária/societária, entendeu que pudesse praticar os atos já exaustivamente detalhados e, com esta postura, se beneficiar do tratamento fiscal disposto no art.386 do RIR/99, nada além disso, ao meu sentir, de modo que voto pelo afastamento da qualificação da multa.

E, na análise precedente, a falta de substância do ágio escriturado foi afirmada em face de uma operação *onde os sócios das partes envolvidas tem um único controlador*, assim considerada uma transação entre *partes dependentes*, depois de reconhecer o gestor único dos fundos que controlam a autuada. Veja-se:

Outra motivação para a glosa fiscal, prendeu-se ao fato de que a transação em debate teria ocorrido entre **partes dependentes**, tendo em vista que os fundos de investimentos RHPBK (controladora de T4U I) e FUNDO BRASIL e CTS (controladores da RI HAPPY) são geridos pelo mesmo gestor; o GRUPO CARLYLE, posição ratificada pela decisão da DRJ.

A Recorrente sustenta que o valor do ágio não foi questionado, que tem laudo de avaliação e que a G5 RS (outra sócia) é independente de T4UI, além de discorrer longamente sobre normas da CVM acerca das atribuições do gestor de fundos de investimentos.

A T4U I tinha como sócio controlador o fundo RHPBK (99,99%), que era administrado pela CRV e tendo como gestor o Grupo Carlyle.

A RI HAPPY, antes da entrada em cena da T4U I, era controlada pelos FUNDO BRASIL (25%) e CTS (60%), ambos administrados pela CRV e tendo como gestor o Grupo Carlyle.

O fato de haver um fundo de investimentos independente (G5 RS) no quadro societário da RI HAPPY e de ter contribuído com aporte de capital na transação, não tem relevância nenhuma, sua participação sempre permaneceu em 15%, após todos estes eventos societários. Os proprietários da RI HAPPY detêm percentuais de participação societária de 85%, são eles que decidem, evidentemente, mas escudados em planejamento definido pelo seu gestor, o Grupo Carlyle.

Notório, portanto, que não há independência entre os envolvidos, os proprietários da RHPBK e da RI HAPPY, são os mesmos, e as decisões relevantes são tomadas pelos seus gestores e não pelos cotistas, como, me parece, crê a Recorrente.

Distintamente do paradigma, no qual as operações realizadas fizeram com que *a situação voltasse a ser exatamente a mesma situação inicial*, no acórdão recorrido há uma transferência na titularidade do investimento entre sócios que estão sob controle do mesmo

fundo, do que decorre a conclusão de que *não há independência entre os envolvidos*. Por certo, no paradigma também não há tal independência, vez que a transitória titularidade do investimento por Boff Cardoso Participações é sucedida pela figuração dos mesmos sócios no quadro social da investida. Aqui, porém, não se tem o alegado retorno à *mesma situação inicial*, mas sim uma operação interna ao grupo que, por não se verificar com *a devida independência entre as partes*, não poderia gerar ágio amortizável.

É sob este cenário diferenciado que o Colegiado *a quo* concorda não ser possível subsumir os *atos praticados pelos envolvidos no processo, caracterizadores do tipo previsto nas hipóteses dos arts. 71, 72 ou 73 da Lei n. 4.502/1964*. E, sendo distintos os contextos fáticos dos quais resulta a qualificação da penalidade, o dissídio jurisprudencial não se estabelece.

De fato, nos termos do art. 67 do Anexo II do RICARF, o recurso especial somente tem cabimento se a *decisão der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado* outro Colegiado deste Conselho. Por sua vez, para comparação de interpretações e constatação de divergência é indispensável que situações fáticas semelhantes tenham sido decididas nos acórdãos confrontados. Se inexistente tal semelhança, a pretendida decisão se prestaria, apenas, a definir, no caso concreto, o alcance das normas tributárias, extrapolando a competência da CSRF, que não representa terceira instância administrativa, mas apenas órgão destinado a solucionar divergências jurisprudenciais. Neste sentido, aliás, é o entendimento firmado por todas as Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, como são exemplos os recentes Acórdãos n.º 9101-002.239, 9202-003.903 e 9303-004.148, reproduzindo entendimento há muito consolidado administrativamente, consoante Acórdão CSRF n.º 01-0.956, de 27/11/1989:

Caracteriza-se a divergência de julgados, e justifica-se o apelo extremo, quando o recorrente apresenta as circunstâncias que assemelhem ou identifiquem os casos confrontados. Se a circunstância, fundamental na apreciação da divergência a nível do juízo de admissibilidade do recurso, é “tudo que modifica um fato em seu conceito sem lhe alterar a essência” ou que se “agrega a um fato sem alterá-lo substancialmente” (Magalhães Noronha, in Direito Penal, Saraiva, 1º vol., 1973, p. 248), não se toma conhecimento de recurso de divergência, quando no núcleo, a base, o centro nevrálgico da questão, dos acórdãos paradigmas, são díspares. Não se pode ter como acórdão paradigma enunciado geral, que somente confirma a legislação de regência, e assente em fatos que não coincidem com os do acórdão inquinado.

Estas as razões, portanto, para também rejeitar o paradigma n.º 9101-002.487 e, assim, NEGAR CONHECIMENTO ao recurso especial da PGFN quanto à qualificação da penalidade.

Com respeito à responsabilidade tributária, como bem observa a I. Relatora, *o acórdão recorrido excluiu a responsabilização das pessoas físicas pela mesma razão que excluiu a qualificação da multa* e, sob esta ótica, por reconhecer o dissídio jurisprudencial no âmbito da qualificação da penalidade com base no paradigma n.º 9101-002.487, sua conclusão foi no sentido de que a divergência também estaria demonstrada no âmbito da responsabilidade tributária.

De fato, o voto condutor do acórdão recorrido refere expressamente a inexistência de simulação ou fraude como motivo para o afastamento da responsabilidade subsistente, imputada a Juan Carlo Felix Estupinam e Hector Nuñez:

Como já me manifestei, neste voto, não restou caracterizada a prática de ação visando impossibilitar a execução, o prosseguimento ou oposição de qualquer forma de obstáculo, ou qualquer ato fraudulento nas operações.

É grande e notória a polêmica em assuntos dessa natureza, um tema em constante debate na doutrina especializada, o que me faz crer, **aliado a inexistência de simulação e/ou fraude na operação efetivada**, que a RI HAPPY BRINQUEDOS S/A, na sua interpretação da legislação tributária/societária, seja por parte de seus administradores, ou pelo seu gestor, entendeu que pudesse praticar os atos já exaustivamente detalhados e, com esta postura, se beneficiar do tratamento fiscal disposto no art.386 do RIR/99, nada além disso, ao meu sentir, de modo que voto pelo **afastamento** das pessoas físicas (remanescentes) então arroladas no pólo passivo da autuação como responsáveis solidários. *(destaques do original)*

Na medida em que o recurso especial da PGFN não foi conhecido quanto à conclusão, do Colegiado *a quo*, acerca da *inexistência de simulação e/ou fraude na operação efetivada*, torna-se definitiva esta circunstância fática, que constitui diferencial em face do paradigma nº 9101-002.487 que vinculou a responsabilização à manutenção da multa qualificada:

No que se refere à responsabilidade tributária dos sócios diretores, e também como decorrência do acima decidido (manutenção da qualificação da multa de ofício aplicada art. 71 da Lei 4.502/1964), mantém-se referida responsabilidade, a qual havia sido excluída pelo voto vencedor da decisão recorrida unicamente sob o seguinte fundamento (e-fls. 2.308, destaque do original, sublinhei):

[...]

Assim, mantida a qualificação se imporia, por decorrência lógica a responsabilização. Ademais art. 135, inciso II do CTN dispõe:

[...]

Assim, considerando os fatos do processo e que atuação dos sócios-gerentes indicados como responsáveis se amoldam ao que dispõe o art. 135, inciso II do CTN, posto que praticaram atos com infração de lei, no caso, a legislação tributária, entendo que deve ser mantido o lançamento, dando provimento ao recurso da Fazenda também nesta parte.

[...]

Assim, também deve ser NEGADO CONHECIMENTO ao recurso especial da PGFN na parte em que pretende o restabelecimento da responsabilidade tributária de Juan Carlo Felix Estupinam e Hector Nuñez.

*(documento assinado digitalmente)*

EDELI PEREIRA BESSA – Redatora designada.

## Declaração de Voto

Conselheira Edeli Pereira Bessa

A premissa fática do acórdão recorrido, inalterada por embargos de declaração que sequer foram opostos no presente caso, é de que o ágio amortizado seria interno ao grupo econômico e, assim, não poderia ser reconhecido contabilmente. Não foi submetida a este Colegiado divergência jurisprudencial que afastasse tal contextualização em razão de a operação questionada ser dar entre partes consideradas *dependentes* porque geridas *pelo mesmo gestor, o grupo CARLYLE*.

Por sua vez, a inadmissibilidade das amortizações fiscais de ágio interno é afirmada por este Colegiado desde a edição do Acórdão n.º 9101-002.388 (“Caso Gerdau”), cujos fundamentos, de lavra da ex-Conselheira Adriana Gomes Rêgo, são aqui adotados.

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 n.º 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 n.º 1.598, de 1977, o qual, também de forma expressa, define o ágio como diferença entre custo de aquisição e o valor do PL ao tempo dessa aquisição:

*Lei n.º 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 n.º 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 n.º 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei n.º 9.718, de 1998) .(Negritei)*

*Decreto-lei n.º 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 FIPECAFI (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 subscreeva 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 subscreeva 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 registradas? Essas seriam discussões no campo técnico e conceituai 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 n.º 1.110/2007 para aprovar a NBC T 19.10 – Redução ao Valor Recuperável de Ativos, aplicável aos exercícios encerrados a partir de dezembro de 2008, cujo item 120 determina expressamente:

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

O Comitê de Pronunciamentos Contábeis também repudiou o ágio interno por meio do CPC n.º 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 n.º 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 n.º 1, de 2007, no item 20.1.7 tratou o ágio interno nos seguintes termos:

#### *20.1.7 “Ágio” gerado em operações internas*

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

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

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

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

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

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

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

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

#### **Objetivo**

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

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

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

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

.....

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

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

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

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

empresas veículos, conforme acórdãos trazidos pela Fazenda em seu Recurso, todos de decisões unânimes na matéria ágio: 10196724, 10323.290, 10517.219.

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

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

*EM nº 00187/2013 MF*

*Brasília, 7 de Novembro de 2013*

*Excelentíssima Senhora Presidenta da República,*

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

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

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

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

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

*(...)*

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Estas as razões para **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso especial da Contribuinte.

*(documento assinado digitalmente)*

EDELI PEREIRA BESSA