



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720086/2018-11
ACÓRDÃO	9101-007.477 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	4 de novembro de 2025
RECURSO	ESPECIAL DO PROCURADOR E DO CONTRIBUINTE
RECORRENTES	REDECARD S/A FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO AMORTIZAÇÃO FISCAL DE ÁGIO GERADO EM OFERTA PÚBLICA DE AÇÕES (“OPA”). AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE.

No exame da admissibilidade do recurso especial, além da tempestividade e dos demais requisitos contidos na legislação, é preciso verificar: **(i)** o prequestionamento da matéria, que deve ser demonstrado pelo recorrente com a precisa indicação na peça recursal do prequestionamento contido no acórdão recorrido, no despacho que rejeitou embargos opostos tempestivamente ou no acórdão de embargos; e **(ii)** a divergência interpretativa, que deve ser demonstrada por meio da indicação de até duas decisões por matéria, bem como dos pontos nos paradigmas que diverjam de pontos específicos do acórdão recorrido.

Na hipótese de o acórdão paradigma se basear em circunstância fática, determinante para o resultado, que inexistente no acórdão recorrido, não há que se falar na exigida similitude fática para o conhecimento do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA SUSCITADA APENAS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NECESSÁRIA DEDUÇÃO DO GANHO DE CAPITAL. AUSÊNCIA DE JUÍZO DE VALOR. NÃO CONHECIMENTO.

Na hipótese de novo argumento, suscitado apenas em sede de embargos de declaração, que foram rejeitados sem qualquer juízo de valor, não há que se falar no exigido prequestionamento, o que impede o conhecimento do recurso especial.

MUDANÇA DE CRITÉRIO JURÍDICO. ART. 146 DO CTN. FUNDAMENTO PARA GLOSA DAS DESPESAS COM ÁGIO. “TESE DO REAL ADQUIRENTE”. “ÁGIO INTERNO” ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Ocorre mudança de critério jurídico, em violação ao art. 146 do CTN, quando o fundamento do lançamento é apenas a suposta ausência de confusão patrimonial entre a real adquirente e a investida e a decisão recorrida expressamente afasta a “tese do real adquirente”, reconhece a substância da “empresa-veículo”, mas mantém a autuação por entender se tratar de “ágio interno”.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015

ÁGIO INTERNO. PERÍODO ANTERIOR À LEI N. 12.973/2014. FUNDAMENTAÇÃO ECONÔMICA DA OPERAÇÃO. AQUISIÇÃO SIMULTÂNEA DE AÇÕES VIA OPA. AMORTIZAÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE.

Até o advento da Lei nº 12.973/2014, o ágio interno poderá ser amortizado na apuração do lucro real, desde que a operação de aquisição que lhe deu causa tenha fundamentação econômica, o que ocorre quando há interesses conflitantes na formação do custo de aquisição do investimento.

Na mesma data da aquisição da participação societária de partes dependentes, que deu ensejo ao registro do “ágio interno”, foram adquiridas ações via OPA de terceiros independentes. E, não havendo nada que indique que a parcela adquirida de empresas do grupo foi realizada por preço distinto ou em condições diversas daquelas de mercado, deve ser considerada válida a amortização fiscal do “ágio interno”.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em: (i) quanto ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso; e (ii) quanto ao Recurso Especial do Contribuinte, por unanimidade de votos, dele conhecer parcialmente apenas em relação às matérias nº 1 e nº 2, respectivamente *“Impossibilidade de Manutenção do Lançamento Fiscal com Base em Critério Jurídico Distinto Daquele Eleito pela Autoridade Fiscal Quando da Lavratura do Auto de Infração – Artigos 142 e 146 do CTN”* e *“Validade do Ágio Gerado em Operações entre Partes Dependentes”*. Votaram pelas conclusões, quanto ao recurso da Fazenda Nacional, a Conselheira Edeli Pereira Bessa, e quanto ao não conhecimento na matéria nº 3 do recurso do Contribuinte, os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

No mérito, por unanimidade de votos, acordam em dar provimento ao recurso do Contribuinte. Prejudicado o exame de mérito da matéria. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a Conselheira Edeli Pereira Bessa.

Assinado Digitalmente

Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic – Relatora

Assinado Digitalmente

Carlos Higino Ribeiro de Alencar – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Jandir José Dalle Lucca, Semiramis de Oliveira Duro e Carlos Higino Ribeiro de Alencar (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de recursos especiais interpostos pela Fazenda Nacional e pelo contribuinte em face do **Acórdão nº 1301-006.745**, proferido em 20.02.2024, pela 1 Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento (fls. 1703/1765) assim ementado:

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

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. POSSIBILIDADE.

O art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, determina a segregação do ágio nas hipóteses de aquisição da participação societária de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido. Assim, havendo aquisição de participação societária de coligada ou de controlada junto a terceiros independentes com pagamento de ágio, deve ser admitida a amortização dessa parcela, nos termos dos art. 7º e art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ÁGIO INTERNO. IMPOSSIBILIDADE.

É inadmissível a formação de ágio por meio de operações internas, sem a intervenção de partes independentes.

MULTA ISOLADA POR INSUFICIÊNCIA NO RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO SOBRE O TRIBUTO DEVIDO NO FINAL DO ANO. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*/CONSUNÇÃO.

A partir do advento da Medida Provisória nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007, que alterou a redação do art. 44 da Lei nº. 9.430, de 1996, legalmente amparada a exigência concomitante de multa por insuficiência de pagamentos das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL e de multa de ofício decorrente da falta de pagamento do imposto e da contribuição devidos ao final do ano-calendário, sem que se deva cogitar de *bis in idem* ou consunção.

SIMULAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Em não tendo restada comprovada divergência entre a vontade declarada e a vontade interna das partes e nem incompatibilidade dos negócios jurídicos sob análise com sua causa típica, não há que se falar em simulação.

FRAUDE. ART. 72 DA LEI Nº 4.502, DE 1964. MULTA QUALIFICADA. FRAUDE À LEI. PROPÓSITO NEGOCIAL.

Não tendo restado caracterizado o dolo de esconder, iludir, ou seja, tendo o contribuinte deixado claro à autoridade fazendária a totalidade dos negócios jurídicos realizados, para os quais não se vislumbram nos autos indícios suficientes para que se conclua pela existência de artificialidade, de se descartar a possibilidade de caracterização da fraude prevista no art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. Rejeita-se, assim, a qualificadora imputada.

Para fins de aplicação no ordenamento jurídico pátrio, dependentes tanto o instituto de fraude à lei como a doutrina de propósito comercial da regulamentação através de Lei Ordinária (ainda não editada) do art. 116, § único do Código Tributário (norma antielusiva), visto se estar ali diante de norma de eficácia limitada. Ainda, na situação sob análise, referida norma sequer foi mencionada pela autoridade fiscal, sendo descabido que se cogite de sua aplicação.

Na oportunidade, os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negaram provimento ao recurso de ofício e, em relação ao recurso voluntário, por voto de qualidade, negaram provimento (i) quanto à impossibilidade de cumulação de multas isolada e de ofício e (ii) quanto à possibilidade de amortização do ágio oriundo de ações que já pertenciam ao grupo econômico; e, por maioria de votos, deram provimento para considerar como passível de amortização o ágio pago em razão de aquisição de participação societária de partes independentes.

Contra tal decisão, a Fazenda Nacional interpôs recurso especial sustentando que o acórdão conferiu à legislação tributária interpretação divergente daquela dada por outros julgados

do CARF quanto à matéria "ágio decorrente de oferta pública de aquisição de ações (OPA)", indicando como paradigma o Acórdão nº 1103-001.151.

Sobreveio despacho de admissibilidade que deu seguimento ao recurso especial, nos seguintes termos:

9. Da contraposição dos fatos e fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos confrontados, evidencia-se que a Recorrente logrou êxito em comprovar a ocorrência do alegado dissenso intepretativo, como a seguir demonstrado (destaques do original transcrito): (...)

10. Afirma-se, em síntese, que (e-fls. 1.781, destaques do original):

No acórdão paradigma, manifestou-se o entendimento de que o ágio gerado através da OPA, onde a empresa Cille figurou como ofertante no Edital e Cille arcou com o ônus financeiro da operação foi a empresa controladora e não a empresa que registrou a aquisição das ações com ágio, não cumpre os requisitos definidos como necessários ao gozo do benefício fiscal previsto no artigo 386 do RIR/99.

Tal entendimento vai de encontro àquele firmado pelo colegiado recorrido, onde se firmou entendimento de Cille, ainda Cille capitalizado por empresa controladora, o BANESTADO teria adquirido as ações por meio da OPA com recursos próprios e não de terceiros, porque tais recursos já haviam sido integrados ao seu patrimônio, e Cille a confusão patrimonial exigida teria, de fato, ocorrido.

11. Com relação a essa 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.

12. Enquanto a decisão recorrida entendeu, na situação em que, "em 23.08.2012, foi publicado o edital de Oferta Pública de Aquisição de Ações (OPA) ordinárias emitidas pela Redecard por conta e ordem de Itaú Unibanco Holding S/A, acionista controlador indireto, informando que apresentaria aos acionistas nã o controladores oferta pública para aquisição de até a totalidade das ordinárias de emissão da Redecard por intermédio da sociedade controlada Banestado", que "efetivamente Banestado foi a real adquirente da participaçã o social da Recorrida", o acórdão paradigma apontado (Acórdão nº 1103-001.151) decidiu, de modo diametralmente oposto, na situação em que "Inbev S/A constou do edital da OPA na condição de ofertante", sendo que "o pagamento em dinheiro foi realizado pela sua subsidiária brasileira InBev Holding Brasil", que "a InBev Holding Brasil registrou no seu patrimônio o ágio decorrente da OPA, cuja titularidade era de outra pessoa jurídica, a sua controladora indireta InBev S/A", "condição que desautoriza a dedução do valor correspondente na apuração da base de cálculo do IRPJ", uma vez que "o ágio resultante de aquisição de ações decorrente de oferta pública realizada nos termos da lei societária (art. 254-A da Lei 6.404/1976) deve ser registrado no patrimônio da sociedade legalmente

definida como ofertante", ou seja, no caso do paradigma, a InBev S/A e, no caso do recorrido, a Itaú Unibanco Holding S/A.

13. Por tais razões, neste juízo de cognição sumária, conclui-se pela caracterização da divergência de interpretação suscitada.

14. Pelo exposto, do exame dos pressupostos de admissibilidade, PROPONHO seja ADMITIDO o Recurso Especial interposto.

No mérito, sustenta a Fazenda Nacional, em resumo, que (i) redução indevida das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, a partir do ano-calendário de 2013, por meio de planejamento tributário ilícito empreendido pelo Grupo Itaú, encabeçado pela empresa Itaú Unibanco Holding S/A e sua subsidiária integral Itaú Unibanco S/A, controladora das demais empresas envolvidas, as quais detinham, em conjunto e indiretamente, 50,01% do capital social da Redecard em agosto de 2012; (ii) no tocante à origem dos recursos utilizados para a aquisição da REDECARD S.A., a autoridade fiscal informa que os aportes de capital feitos no BANESTADO, pelo BANCO ITAULEASING S.A. e pelo BANCO ITAUCARD S.A., totalizaram 12,5 bilhões, enquanto o valor total dispendido na aquisição da REDECARD S.A. foi de R\$ 13,5 bilhões; diferença de R\$ 1 bilhão que faltava para completar o montante necessário para liquidar a operação de aquisição das ações da REDECARD S.A. veio de aplicações em fundos de investimentos que eram de titularidade do próprio BANESTADO; (iii) as "reais adquirentes" do investimento que gerou o "ágio REDECARD" foram o BANCO ITAULEASING e o BANCO ITAUCARD, e não o BANESTADO; (iv) a autoridade fazendária considerou que houve simulação nos negócios realizados pela contribuinte – por conta da requalificação do "real adquirente" do investimento que gerou o ágio; (v) dedutibilidade do ágio NÃO É um direito angariado pela empresa em face da aquisição de uma participação societária (investimento), isto é, NÃO BASTA a uma empresa, ou grupo econômico, adquirir uma participação societária para que o ágio pago seja reconhecido como dedutível; (vi) em face dessa confusão patrimonial entre investidora e investida, a legislação admite que o contribuinte considere perdido o seu capital investido com ágio e, assim, deduza a despesa que teve com o pagamento da "mais valia"; (vii) BANESTADO, na data do fechamento da OPA das ações da REDECARD (26/09/2012), ainda não possuía os recursos para adquirir as referidas ações, não obstante, foi o BANESTADO quem apareceu como ofertante na OPA e adquirente das ações da REDECARD; e (viii) se o BANESTADO não tinha condições financeiras para figurar como adquirente das ações da REDECARD S.A., não há como tratar aquela pessoa jurídica como "real adquirente" do investimento que gerou o ágio.

Em sede de contrarrazões, o contribuinte, alega, em síntese, com relação à admissibilidade, que (i) ao contrário do que foi alegado pela Fazenda Nacional e compreendido no despacho de admissibilidade, a divergência observada não decorre de interpretações distintas da legislação tributária, mas de contextos fáticos diferentes; (ii) no acórdão nº 1103-001.151 entendeu-se que, como foi a empresa belga InBev S/A que adquiriu o controle da Ambev por meio de operações societárias no exterior, seria ela, por previsão legal, a adquirente das ações no âmbito da OPA (obrigatória), independentemente de a liquidação financeira ter sido realizada por

outra sociedade; (iii) no caso analisado nesses autos, não houve aquisição de controle, de modo que OPA não decorreu da obrigação legal prevista no artigo 254-A da Lei das S.A.; (iv) a Banestado, pessoa jurídica que adquiriu as ações no âmbito da OPA, era a empresa do grupo que já concentrava a maior participação (23,21%) na Redecard (Recorrida); (iv) a aquisição da Banestado não gerou situação fiscal distinta daquela que poderia ser alcançada caso a aquisição se desse pelas sociedades que a Fiscalização entendeu que seriam as “reais adquirentes”, o que é uma situação totalmente distinta daquela retratada no acórdão paradigma, no qual o “real adquirente” seria uma empresa estrangeira; e (v) além de citar acórdão paradigma que analisou situação fática distinta, a PGFN acabou adotando premissas equivocadas com relação ao que está decidido na decisão objeto do acórdão paradigma com relação à suposta referência à sociedade “Vivendi S.A.”, bem como ao suposto o critério para fins de identificação do suposto “real adquirente”. No mérito, alega, em resumo, que (i) não se aplica a tese do “real adquirente”, mormente porque a Banestado é empresa operacional, que existia há muitos anos, com registros robustos de recursos em razão de suas atividades; e (ii) o motivo pelo qual a aquisição se deu pela Banestado foi o fato de ela ser a empresa do grupo que possuía a maior participação societária na Redecard (Recorrida) (23,21%).

O contribuinte, por sua vez, intimado do **Acórdão nº 1301-006.745**, opôs embargos de declaração, sustentando que tal acórdão incorreu em (i) obscuridade na parte em que manteve o lançamento, visto que aparenta trazer motivo concernente a caracterização de ágio interno no presente caso, motivo este que, todavia, não fez parte dos lançamentos; (ii) omissão sobre o recolhimento de IRPJ e CSLL sobre o ganho de capital por tributado por Itaú Unibanco e o Itaú Holding, ao alienarem a participação que detinham na Embargante (Redecard); (iii) contradição quanto à manutenção parcial dos autos de infração em razão da suposta ausência de preço formado com base em parâmetros de mercado; e (iv) omissão quanto à proibição do ágio interno a partir da Lei nº 12.973/2014.

Sobreveio o despacho que rejeitou os embargos de declaração. Em seguida, intimado, o contribuinte interpôs recurso especial sustentando que o acórdão conferiu à legislação tributária interpretação divergente daquela dada por outros julgados do CARF quanto às seguintes matérias:

- **Matéria 01:** “Impossibilidade de Manutenção do Lançamento Fiscal com Base em Critério Jurídico Distinto Daquele Eleito pela Autoridade Fiscal Quando da Lavratura do Auto de Infração – Artigos 142 e 146 do CTN”, com base no Acórdão paradigma nº 9101-006.847;
- **Matéria 02:** “Validade do Ágio Gerado em Operações entre Partes Dependentes”, com base nos Acórdãos paradigma de números 9101-006.373 e 1401-006.713; e
- **Matéria 03:** Necessária Dedução do Ganho de Capital da Base Autuada, com base nos Acórdãos paradigma de números 1402-001.080 e 1401-000.850.

Em despacho de admissibilidade, foi dado seguimento ao recurso especial, nos seguintes termos:

1- Impossibilidade de manutenção do lançamento fiscal com base em critério jurídico distinto daquele eleito pela autoridade fiscal quando da lavratura do auto de infração – artigos 142 e 146 do CTN. (...)

Vê-se que o paradigma apresentado, Acórdão nº 9101-006.847, consta do sítio do CARF, e que ele não foi reformado na matéria que poderia aproveitar à recorrente.

Além disso, esse paradigma serve para a demonstração da alegada divergência jurisprudencial em relação ao acórdão recorrido.

A autuação fiscal objeto destes autos realmente foi motivada por questões referentes à *“confusão patrimonial entre a empresa que efetivamente adquiriu o investimento com sobrepreço e o próprio investimento adquirido”*, à identificação do *“real adquirente”*, etc.

E examinando situação semelhante à do presente processo, o paradigma entendeu que deveria afastar a alegação de ágio interno como razão para a manutenção da exigência, eis que ela não tinha sido adotada como fundamento da autuação fiscal.

A percepção, no âmbito desse exame de admissibilidade, é de que a divergência está caracterizada.

Desse modo, proponho que seja DADO SEGUIMENTO ao recurso especial da contribuinte para a matéria tratada neste primeiro tópico.

2- Validade do ágio gerado em operações entre partes dependentes. (...)

Vê-se que os paradigmas apresentados, Acórdãos nºs 9101-006.373 e 1401-006.713, constam do sítio do CARF, e que eles não foram reformados na matéria que poderia aproveitar à recorrente.

Além disso, esses paradigmas servem para demonstrar a alegada divergência jurisprudencial.

Tanto o acórdão recorrido quanto os paradigmas adentraram na discussão sobre a possibilidade de dedução de ágio considerado como ágio interno.

No caso deste processo, o despacho que rejeitou os embargos da contribuinte explicita que *“o fundamento principal do voto vencedor é, portanto, a impossibilidade de criação de ágio passível de aproveitamento tributário a partir de operações praticadas entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico”; que para a dedução do ágio, “a operação deveria ser realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação”; que a questão da formação do preço não poderia ser tratada como um fundamento autônomo do acórdão embargado, apto a configurar contradição em face das conclusões expostas pelo julgado; e*

ainda que a decisão de segunda instância “foi devidamente motivada com base na legislação anterior à Lei nº 12.973/2014, mostrando-se óbvio que prevaleceu o entendimento de que a utilização tributária de ágio interno já era vedada antes mesmo do advento daquela lei”.

Os paradigmas, por outro lado, em relação a períodos ocorridos antes da vigência Lei 12.973/2014, encampam o entendimento de que “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”, e que “inexistindo comprovação de que as operações que geraram o ágio entre partes dependentes foram fraudulentas, há que ser mantida a dedutibilidade da então despesa com a amortização do ágio”: (...)

A divergência, portanto, está caracterizada.

Desse modo, proponho que seja DADO SEGUIMENTO ao recurso especial da contribuinte para a matéria tratada neste segundo tópico.

3- Necessária dedução do ganho de capital da base autuada. (...)

Vê-se que os paradigmas apresentados, Acórdãos nºs 1402-001.080 e 1401-000.850, constam do sítio do CARF, e que eles não foram reformados na matéria que poderia aproveitar à recorrente.

Além disso, esses paradigmas servem para demonstrar a alegada divergência jurisprudencial.

Em sede de embargos de declaração, a contribuinte (ora recorrente) primeiramente alegou obscuridade quanto à inovação em relação ao fundamento utilizado para a manutenção parcial dos autos de infração, ou seja, a identificação de que parte do ágio teria sido gerado entre partes dependentes (ágio interno), mas o despacho de admissibilidade dos embargos não identificou nenhuma obscuridade nos fundamentos da decisão embargada a respeito desse tema, entendendo que as alegações da contribuinte deveriam ser veiculadas em instrumento recursal distinto dos embargos de declaração, que se prestam somente ao saneamento de vícios (omissão, contradição ou obscuridade) da decisão colegiada, e não à rediscussão de seu mérito.

Em outro tópico dos embargos, a contribuinte registrou que não tinha suscitado questionamento sobre a matéria ora abordada (dedução dos ganhos de capital reconhecidos por Itaú Unibanco e Itaú Holding, ou a compensação do IRPJ e da CSLL recolhido sobre tais ganhos) porque a configuração do ágio interno não havia sido suscitada nos lançamentos, e nem no acórdão da DRJ.

Também consignou que o Itaú Unibanco e o Itaú Holding, ao alienarem a participação que detinham na Embargante (Redecard), apuraram ganho de capital e recolheram regularmente os correspondentes tributos.

Nesse passo, a contribuinte alegou nos embargos que se não houve uma operação de aquisição sujeita a apuração de ágio, também deveria ser entendido

que não houve ganho de capital a ser reconhecido pelas referidas pessoas jurídicas, de modo que, *“mantendo-se a glosa dessa parcela do ágio, haveria que se reconhecer a necessidade de dedução dos correspondentes ganhos de capital da base autuada (parcela que foi mantida no acórdão embargado), ou, ao menos, a dedução dos tributos recolhidos por Itaú Unibanco e Itaú Holding, relativamente a estes ganhos, do crédito tributário remanescente nestes autos”*.

O despacho que rejeitou os embargos da contribuinte, ao tratar da referida matéria, explicitou que *“o entendimento exposto no voto vencedor do acórdão embargado foi no sentido de que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 exigem, para fins de autorização da amortização fiscal de ágio, que a respectiva operação de aquisição de participação societária tenha se dado entre partes independentes, sem vinculação societária”*; que o fundamento do acórdão embargado não foi *“condicionado pelo Colegiado à observância de outros fatores, como a não apuração de ganho de capital por parte das empresas relacionadas alienantes da participação societária”*; e *“que a ratio decidendi utilizada pelo julgado não trazia, como consequência lógica, a necessidade de verificação acerca da existência ou não da apuração de ganho de capital por parte das empresas alienantes da participação societária”*.

Os paradigmas, por outro lado, defenderam entendimento no sentido de que haveria uma incompatibilidade entre as duas situações correlatas, ou seja, a glosa do ágio suportado na aquisição do investimento e a tributação do ganho de capital auferido na venda do mesmo investimento.

Não deixo de observar que o despacho que rejeitou os embargos da contribuinte também registrou que não se poderia exigir *“que a decisão tivesse se pronunciado, de ofício, a respeito de tal tese, ainda mais quando se constata que a ratio decidendi utilizada pelo julgado não trazia, como consequência lógica, a necessidade de verificação acerca da existência ou não da apuração de ganho de capital por parte das empresas alienantes da participação societária”*.

Mas, considerando que foi admitido o recurso especial em relação à matéria tratada no primeiro tópico deste parecer (inovação em relação à identificação de ágio interno), entendo que essa terceira divergência também deve ser admitida.

Desse modo, proponho que seja DADO SEGUIMENTO ao recurso especial da contribuinte para a matéria tratada neste terceiro tópico.

No mérito, sustenta o contribuinte, em resumo, que (i) Autoridade Fiscal, ao formalizar o lançamento fiscal, elegeu como critério jurídico para a glosa da amortização do ágio a inexistência de confusão patrimonial envolvendo os “reais adquirentes” do investimento, os quais, em sua visão, seriam Banco Itauleasing e o Banco Itaucard, na medida em que a Banestado seria mera “empresa-veículo” e Turma Julgadora *a quo*, no acórdão recorrido, afastou expressamente o fundamento ou o motivo eleito pela Autoridade Fiscal para a desconsideração da amortização fiscal do ágio no presente caso, o que viola os artigos 142 e 146 do CTN; (ii) a manutenção parcial do lançamento fiscal com base no fundamento de que se trataria de “ágio interno” não é possível,

eis que representa uma indevida alteração do critério jurídico do lançamento fiscal ou uma indevida inovação de fundamento ou motivo do lançamento fiscal; (iii) até o advento da Lei nº 12.973/14, não era vedado o aproveitamento fiscal do ágio pelo simples fato de ter sido originado em operação entre partes dependentes; (iv) no caso em análise, não se encontra presente o elemento que tem sido invocado na jurisprudência do E. CARF para não reconhecer a validade do “ágio interno”; (v) no caso em análise, a aquisição das ações foi realizada no âmbito de uma OPA e, assim, o preço praticado foi fixado dentro de parâmetros de mercado, o que é fato incontroverso nesses autos; (vi) o mesmo preço que foi pago em dinheiro a terceiros independentes também e igualmente o foi a sociedades do grupo que detinham participação na Redecard, no caso, ao Itaú Unibanco e ao Itaú Holding, sem qualquer diferenciação; (vii) na remota hipótese de entender ser possível a manutenção de parte do lançamento fiscal com base no entendimento de que, no caso concreto, haveria um “ágio interno” e que, por isso, não poderia ser aceito para fins fiscais, deve ser reconhecida a inexistência de ganho de capital tributável por parte dessas duas empresas; e (viii) as multas isoladas originalmente lançadas na autuação ora contestada, ainda que tenham sido mantidas pelo acórdão recorrido, foram definitivamente excluídas em razão da incidência da nova legislação a respeito do voto de qualidade, de modo que não haveria objeto para seu Recurso Especial neste sentido.

Intimada, a Fazenda Nacional apresentou contrarrazões, alegando, em síntese, que (i) o dispositivo do art. 146 do CTN que veda a alteração de critério jurídico trata-se de instituto vocacionado e direcionado para assegurar a irreversibilidade do ato de lançamento, mas não objetiva – por óbvio – limitar o conhecimento das questões levantadas no âmbito do contencioso administrativo; (ii) no caso dos autos, afastada a caracterização do BANESTADO como empresa veículo, passou o acórdão embargado a analisar se as outras condições exigidas pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (no entender do Colegiado) teriam sido atendidas, tendo concluído que parte da operação analisada não teria se dado entre partes independentes e assim determinou o cancelamento proporcional dos lançamentos tributários; (iii) 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; (iv) o 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; (v) 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”; (vi) mesmo que se considere como válido o propósito negocial eleito pela Recorrente e se reconheça como oriundo de transações entre partes independentes, destaca-se que o registro que originou a criação do ágio fora cancelado com a posterior incorporação de uma empresa pela outra; (vii) no presente caso, o propósito negocial que deu origem ao ágio era a sua própria criação, um fim em si mesmo, assim, o ágio criado com a engenharia societária não teve, assim,

qualquer propósito negocial, sua finalidade foi estritamente tributária; e (viii) mesmo se não tivéssemos enveredado pela ausência de propósito negocial ou sobre a discussão de tratar-se ou não de ágio interno, ainda assim a dedutibilidade deste ágio seria impossível. Isso porque há inobservância de requisitos legais expressos para a amortização do ágio efetivamente pago.

É relatório.

VOTO

Conselheira **Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic**, Relatora

I – ADMISSIBILIDADE

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

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

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

I.1 - Recurso especial da Fazenda Nacional

No que se refere à tempestividade, de acordo com os artigos 23, § 9º, do Decreto nº 70.235/1972, e 7º, §5º, da Portaria MF 527/2010, o prazo para a interposição do recurso pela

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

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

Fazenda Nacional será contado a partir da data da intimação pessoal presumida, isto é, 30 dias contados da entrega dos respectivos autos à PGFN, ou em momento anterior, na hipótese de o Procurador se dar por intimado mediante assinatura no documento de remessa e entrega do processo administrativo.

No presente caso, os autos foram encaminhados à PGFN em 14.03.2024 (fl. 1766) e devolvidos ao CARF com o recurso especial em 26.04.2024 (fl. 29168). Assim, é tempestivo o recurso especial interposto pela PGFN.

Com relação ao prequestionamento, o acórdão recorrido deu parcial provimento ao recurso voluntário para “considerar como passível de amortização o ágio pago em razão de aquisição de participação societária de partes independentes” e, quando se analisa o voto vencedor, se conclui que o ágio em questão decorre de “a aquisição das ações de terceiros e não controladores da Redecard” por meio de uma Oferta Pública de Ações (“OPA”). Disso se conclui que a matéria “ágio decorrente de oferta pública de aquisição de ações (OPA)” foi devidamente prequestionada.

Por fim, no que se refere à divergência interpretativa, o **acórdão recorrido** analisou operação por meio da qual o Banestado, empresa pertencente ao Grupo Itau e que já detinha 23,21% de participação no capital social da Redecard, adquiriu com ágio 57,7655% das ações da Redecard, sendo (i) 49,9697% detidas pelo mercado e adquiridas via OPA; (ii) 7,7609% detidas pelo Itaú Unibanco; e (iii) 0,034923% detidas pela Itaú Holding. A aquisição se deu por meio de recursos que foram integralizados no Banestado pelas empresas Itaucard, Itaú Leasing, Itaú Unibanco e Intrag Participações.

Do ágio registrado na aquisição do Banestado pela Redecard descrita acima, 86,5044% foi considerado como sendo aquisição de ações de terceiros independentes e, portanto, passível de amortização fiscal, nos termos do **voto vencedor** – donde o recurso especial da Fazenda Nacional. Nesse ponto, o acórdão recorrido assim enfrentou o tema:

Definido que apenas 13,4956% do ágio registrado se refere à ágio interno, portanto não passível de amortização, passa-se a análise do parcela restante, isto é, a aquisição das ações de terceiros e não controladores da Redecard.

A Coordenadoria Técnica do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) aprovou em 03.06.2011, o Pronunciamento Técnico CPC nº 15, que versa sobre a cominação de negócios¹ determina a forma em que deve ocorrer o reconhecimento e a mensuração do ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) ou do ganho proveniente de compra vantajosa: (...)

Conforme apêndice ao CPC nº 15, combinação de negócios é s é uma operação ou outro evento por meio do qual **um adquirente obtém o controle de um ou mais negócios**, independentemente da forma jurídica da operação.

Retoma-se ao edital da OPA de 23.08.2012, quando a Itaú Unibanco Holding S/A apresentou aos **acionistas não controladores** da Redecard oferta pública para

aquisição de até a totalidade das ações ordinárias de emissão da Redecard por eles detidas. Destaca-se parte do referido edital: (...)

A nítida e relevante diferença entre os critérios contábil e tributário para amortização do ágio em razão da aquisição de participação societária avaliada pelo método de equivalência patrimonial.

O art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, determina a segregação do ágio nas hipóteses de aquisição da participação societária de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido. Por sua vez, o CPC nº 15 prevê hipótese de ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) em operações decorrentes de combinação de negócio, isto é, que resultem na aquisição de controle acionário.

Em resumo, se fossem aplicadas as regras do CPC nº 15, o ágio pago em decorrência do OPA, ou seja, em razão da aquisição de ações de terceiros independentes, que representa 86,5044% do valor registrado, não seria passível de amortização, visto que a aquisição das ações não se deu para aquisição de controle da Redecard.

Por outro lado, a regra tributária é mais abrangente, pois prevê a segregação de ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) quando ocorrer aquisição de participação societária em sociedade coligada ou controlada, quando o investimento é avaliado pelo método de equivalência patrimonial (MEP).

Assim, havendo aquisição de participação societária de coligada ou de controlada junto a terceiros independentes com pagamento de ágio, deve ser admitida a amortização dessa parcela, nos termos dos art. 7º e art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

No caso presente, deve ser cancelada a exigência em relação a parcela que representa 86,5044% do montante do ágio registrado pelo Banestado por ocasião das ações de terceiros.

Portanto, em suma, o voto vencedor do **acórdão recorrido** concluiu pela possibilidade de amortização fiscal do ágio gerado na aquisição das ações da Redecard pelo Banestado, que eram detidas pelo mercado, por meio de uma OPA. Isso porque entendeu que houve “aquisição de participação societária de coligada ou de controlada junto a terceiros independentes com pagamento de ágio”.

No **Acórdão paradigma n. 1103-001.151**, por sua vez, analisou operação por meio da qual foi alienado o controle da AMBEV para a Interbrew S/A (depois InBev S/A) por intermédio das controladas IIBV e Tinsel Participações (depois InBev Holding Brasil), o que, por força da lei societária, impôs ao novo controlador a realização da OPA. No caso concreto, de acordo com o voto do referido acórdão, a Inbev S/A, sociedade belga, constou no edital da OPA na condição de ofertante e o ágio foi registrado na InBev Holding Brasil – o que foi determinante para vedar a amortização fiscal do ágio. Confira-se:

Primeiro ágio – OPA

Especificamente quanto à oferta pública para compra de ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia (OPA), afirmou a recorrente:

- a) a belga Inbev S/A nunca teve participação acionária na Inbev Holding Brasil e o aporte de capital nessa última foi realizado pela holandesa Interbrew International BV (IIBV). Constatou equivocadamente do TVF e da decisão recorrida a afirmação de que os recursos da liquidação da oferta pública seriam da empresa belga;
- b) há contradição na decisão que acolhe a legalidade do procedimento mas rejeita a amortização do ágio, num caso em que não se trata do investimento original, mas sim de oferta pública obrigatória feita por empresa brasileira expressamente autorizada pela CVM, empresa essa que sequer foi constituída para esse fim, já existente e investidora da Ambev muito antes dos negócios que culminaram na amortização do ágio;
- c) não é razoável exigir-se de qualquer empresa legalmente obrigada a adquirir ações por intermédio de OPA por valor superior ao patrimonial que o faça da única forma pela qual não poderia usufruir de benefício fiscal assegurado a qualquer empresa nacional na mesma condição;
- d) a brasileira Inbev Holding utilizou recursos próprios na liquidação da OPA, tendo em vista o aporte de capital pela IIBV já ter sido integrado ao seu patrimônio;
- e) negar direito à amortização do ágio pelo simples fato de a aquisição do investimento ter sido feita originalmente por empresa estrangeira equivale a negar validade por completo à norma legal.

A alienação do controle da AmBev impôs ao novo controlador a realização da OPA, ocorrida em 29 de março de 2005, em observância ao comando expresso da lei societária, com a redação dada pela Lei 10.303/2001, que assim dispõe: (...)

No caso concreto, a Interbrew S/A (depois InBev S/A) passou a deter o controle da Ambev (recorrente) por intermédio das controladas IIBV e Tinsel Participações (depois InBev Holding Brasil), conforme as operações descritas no TVF e reproduzidas no relatório que antecede este voto.

Inbev S/A constou do edital da OPA na condição de ofertante, definida como sociedade de capital aberto e responsabilidade limitada devidamente constituída e existente de acordo com as leis da Bélgica. O referido edital, que teve por instituição intermediária o Banco Itaú BBA S/A, se encontra nas fls. 2.220/2.241.

A ofertante facultou aos interessados o pagamento em ações ordinárias da InBev ou em dinheiro, em Reais, segundo disposto no item 1.4 do edital. O pagamento em dinheiro foi realizado pela sua subsidiária brasileira InBev Holding Brasil, como previsto no item 1.4.2."ii". (...)

A obrigação de realizar a OPA recai sobre a adquirente do controle da companhia aberta, a InBev belga, por disposição legal expressa, conforme indicado acima.

A InBev Holding Brasil registrou no seu patrimônio o ágio decorrente da OPA, cuja titularidade era de outra pessoa jurídica, a sua controladora indireta InBev S/A, que foi depois transferido para a Ambev (recorrente) por ocasião da incorporação daquela (InBev Holding Brasil) por esta (Ambev).

Com efeito, a recorrente amortizou um ágio de terceiros, desvinculado da operação real de aquisição do controle da recorrente por pessoa jurídica estrangeira, como bem destacou a turma recorrida no trecho do acórdão contestado acima transcrito (e destacado), condição que desautoriza a dedução do valor correspondente na apuração da base de cálculo do IRPJ.

Portanto, não restam dúvidas de que o caso analisado no **Acórdão paradigma n. 1103-001.151** possui peculiaridades – especialmente no que se refere ao fato de a empresa belga constar como ofertante da OPA e o ágio ter sido registrado na empresa brasileira – que o afastam do acórdão recorrido e evidenciam a inexistência de similitude fática entre eles.

Por essa razão, não conheço do recurso especial da Fazenda Nacional.

I.2 - Recurso especial do sujeito passivo

No presente caso, o contribuinte foi cientificado do despacho que rejeitou os embargos de declaração em 10.12.2024 (fl. 2061), e, em 19.12.2024 (fl. 2065), interpôs o recurso especial ora em análise. Diante disso, é tempestivo o recurso especial.

No que se refere ao prequestionamento e à divergência interpretativa, para fins didáticos, segregaremos nossa análise em cada uma das matérias contidas no recurso especial do sujeito passivo e devidamente admitidas pelo despacho de admissibilidade. Antes, porém, a título introdutório, teceremos considerações acerca da nossa interpretação da decisão recorrida, especialmente no que se refere à sua integração pelo despacho que rejeitou os embargos.

a) Premissas para o exame de admissibilidade do recurso especial do sujeito passivo

Como relatado acima, no acórdão recorrido, por voto de qualidade, negou-se provimento ao recurso voluntário quanto à possibilidade de amortização do ágio oriundo de ações que já pertenciam ao grupo econômico (“ágio interno”).

Não houve ressalva de conclusões. No entanto, da análise conjunta do despacho que rejeitou os embargos de declaração com o voto do Conselheiro Iágaro Jung Marins – redator designado para redigir o voto vencedor com relação à “amortização o ágio pago em razão de aquisição de participação societária de partes independentes”, se concluiu que as razões de

decidir do colegiado com relação ao “ágio interno” são aquelas expostas no voto do Conselheiro Iágaro Jung Marins.

O “ágio interno” ou “ágio gerado entre partes dependentes” corresponde à parcela de 13,4956% do ágio registrado e, neste ponto, o acórdão recorrido analisou operação por meio da qual o Banestado adquiriu participação no capital social da Redecard de empresas que já pertenciam ao Grupo Itaú. Nesse contexto, (i) o **voto do relator** manteve a glosa por entender que não houve confusão patrimonial entre investidora e investida; (ii) o **voto vencedor do Conselheiro Iágaro Jung Martins** - que, em tese, se refere apenas à parcela de 86,5044% do ágio registrado, que foi considerado como sendo aquisição de ações de terceiros independentes - faz referência à parcela de 13,4956% do ágio registrado, esclarecendo que sua manutenção se deu em razão da operação que o originou ter sido realizada entre partes dependentes; e (iii) o despacho que rejeitou os embargos de declaração esclareceu que a decisão recorrida manteve a glosa por se tratar de “ágio interno”. Confira-se:

Voto do relator:

12. Ademais, concorda-se com o exposto pela Autoridade Julgadora de 1ª instância, bem como com o aventado pela PGFN, em suas contrarrazões:

“(…)

*Por certo, da leitura do artigo 386 do RIR/99, o qual repete o conteúdo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, observa-se que a dedutibilidade da amortização de um ágio decorre do encontro num mesmo patrimônio da participação societária adquirida com ágio com esse mesmo ágio. Ou seja, **quando há um encontro do adquirente com o investimento adquirido.***

*Portanto, em face dessa **confusão patrimonial entre investidora e investida**, a legislação admite que o contribuinte **considere perdido o seu capital investido com ágio** e, assim, deduza a despesa que teve com o pagamento da ‘mais valia’. O artigo 386 assim prevê: [...]*

“(…)

*Com efeito, a intenção da Lei nº 9.532/1997 foi estimular as aquisições societárias seguidas da confusão patrimonial entre a investidora e a real investida. Se assim não fosse, a legislação teria autorizado expressamente, ou a utilização de empresas veículo, ou sequer a necessidade dessa confusão patrimonial. **Bastaria à norma exigir a operação de aquisição.** Portanto, a interpretação literal dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, faz com que somente a confusão patrimonial estabelecida entre o BANCO ITAULEASING e o BANCO ITAUCARD, de um lado, e a REDECARD S.A., de outro lado, autorizaria a dedução fiscal do ‘ÁGIO REDECARD’” (negritos do original).*

13. Pelo exposto, neste tópico, não assiste razão à Recorrente ao pugnar pelo “[...] erro do d. acórdão *a quo*, ao manter a exigência tributária, alegando que o

adquirente da participação societária é aquele que efetivamente acreditou na rentabilidade futura do investimento, que seriam as pessoas que aumentaram o capital da Banestado”.

Voto vencedor do Conselheiro Iágaro Jung Martins:

Em que pese as conclusões do i. Relator que ratificou as conclusões da r. decisão, em especial de que não houve confusão patrimonial entre o real compradora e adquirida, a Turma, por maioria de votos, entendeu que efetivamente Banestado foi a real adquirente da participação social da Recorrida. (...)

Retomando-se ao caso concreto. Entendeu a r. decisão que Banestado se revestiria de empresa veículo de Itaú Leasing e Itaucard em razão destas terem aportado recursos para fazer frente a aquisição das ações da Redecard.

Tal argumento é equivocado por dois fatos determinantes. O primeiro aspecto que mostra o equívoco das conclusões da autoridade julgadora é o de confundir a origem dos recursos com o real adquirente.

Como referido, há um critério claro nos precedentes citados da CSRF que diferenciam uma empresa veículo com a real adquirente, que não se resume apenas a descaracterização de aporte financeiro, via subscrição de capital ou empréstimo. É preciso, pois, verificar a existência e o papel desenvolvido pela adquirente antes e depois da operação de confusão patrimonial, condição jurídica necessária para amortização do ágio com base nos art. 7 e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Não é atribuição ou competência da Administração Tributária se imiscuir sobre atos legítimos de gestão dos contribuintes. Dessa forma, é absolutamente irrelevante se a origem dos R\$ 12,5 bilhões para aquisições das ações decorre de disponibilidades dentro do grupo econômico, via integralização de capital, ou obtida via empréstimo junto a terceiros, fato que tornaria a operação mais onerosa em razão dos juros necessários para remuneração do capital necessário à operação.

Como bem aduzido pela Recorrente, seria ilógico imaginar que uma empresa ficaria *durante anos guardando dinheiro no cofre apenas à vista da possibilidade de surgir uma oportunidade de comprar um investimento societário*.

No caso sob, análise, a adquirente Banestado, era empresa que desempenhava atividades operacionais antes da operação, possuía ativos financeiros decorrentes das suas operações e, ainda, havia um claro propósito negocial (motivo extratributário) para que fosse eleito pelo grupo econômico para adquirir a participação societária, na medida que era a empresa no grupo que detinha a maior participação no capital da ora Recorrente.

O segundo fato determinante e não observado de forma adequada na r. decisão é o de que a maior parte das ações foram adquiridas de partes independentes.

Observe-se que, em 17.12.2012, a participação final do Banestado na Redecard passou a ser de 80,9762%. Por conseguinte, a operação resultou para o Banestado na aquisição de 57,7655% novas ações da Redecard (Mercado - 49,9697%, Itaú Unibanco - 7,7609%, Itaú Holding - 0,0349%), das quais 86,5044% foram adquiridas de terceiros independentes, via OPA.

O raciocínio de glosa de ágio passível de amortização é válido exclusivamente para o ágio cuja origem se deu pela “aquisição” de participações societárias intragrupo, isto é, aquelas que anteriormente já pertenciam ao Grupo Itaú, mais precisamente as que eram detidas pelo Itaú Unibanco (7,7609%) e pela Itaú Holding (0,0349%).

Em suma, deve ser glosado, por ter sido gerado internamente no grupo econômico, 13,4956% do ágio registrado na operação, visto que o restante, por consectário da OPA, ter sido adquirido de partes independentes, no mercado.

Despacho que rejeitou os embargos de declaração:

A decisão embargada apontou ainda um segundo motivo pelo qual o ágio registrado pela contribuinte após a incorporação do BANESTADO seria passível de utilização tributária (pelo menos grande parte dele): a maior parte das ações da REDECARD foi adquirida pelo grupo ITAÚ de empresas não vinculadas a ele (partes independentes).

Como 86,5044% do ágio registrado estava associado a ações adquiridas pelo BANESTADO junto a empresas independentes, concluiu o acórdão que, diante de tudo que foi exposto anteriormente, esta parcela poderia ser amortizada tributariamente. Sobre os 13,4956% restantes, a decisão decidiu pela impossibilidade de seu aproveitamento tributário, uma vez que correspondiam a ações que o BANESTADO comprou de empresas pertencentes ao seu grupo econômico (ITAÚ UNIBANCO e ITAÚ HOLDING) (...)

Constata-se, assim, que o acórdão embargado primeiramente afastou a possibilidade de uma empresa ser considerada como “veículo” apenas em razão de ter recebido de suas controladoras, via integralização de aumento de capital social, os valores que vieram a ser utilizados na aquisição de participação societária com ágio.

A partir disso, verificou se a empresa BANESTADO poderia de fato ser considerada como uma empresa veículo, mas em razão de fatores que seriam, estes sim, relevantes para tal enquadramento. Concluiu negativamente após constatar que a empresa: i) existia e desempenhava atividades operacionais antes da operação de aquisição da REDECARD; ii) possuía ativos financeiros relevantes decorrentes de suas operações; iii) foi escolhida pelo grupo ITAÚ para figurar como adquirente da REDECARD com base em propósito negocial válido, uma vez que era a integrante que já detinha a maior participação no capital da empresa a ser adquirida.

Afastada a caracterização do BANESTADO como empresa veículo, passou o acórdão embargado a verificar se outra condição exigida pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (no entender do Colegiado) teria sido atendida: a não vinculação societária entre os antigos detentores das ações da REDECARD e o BANESTADO. Concluiu que o requisito teria sido observado para 86,5044% das ações adquiridas e inobservado para os demais 13,4956%, decidindo pelo cancelamento proporcional dos lançamentos tributários.

Vê-se, portanto, que o despacho que rejeitou os embargos esclarece a razão de decidir da decisão embargada com relação ao “ágio interno”, qual seja: “[s]obre os 13,4956% restantes, a decisão decidiu pela impossibilidade de seu aproveitamento tributário, uma vez que correspondiam a ações que o BANESTADO comprou de empresas pertencentes ao seu grupo econômico (ITAÚ UNIBANCO e ITAÚ HOLDING)”. E tais razões não constam do voto do relator, mas, sim, do voto do Conselheiro Iágaro Jung Martins.

Diante disso, para fins de exame de admissibilidade do recurso especial do sujeito passivo – que, frise-se, versa sobre “amortização o ágio pago em razão de aquisição de participação societária de partes independentes” -, consideraremos como razões de decidir aquelas contidas no voto do Conselheiro Iágaro Jung Martins.

b) Matéria 01: “Impossibilidade de Manutenção do Lançamento Fiscal com Base em Critério Jurídico Distinto Daquele Eleito pela Autoridade Fiscal Quando da Lavratura do Auto de Infração – Artigos 142 e 146 do CTN”

Em sede de embargos de declaração, sustenta o contribuinte que o acórdão recorrido, dentre outros, incorreu em obscuridade na parte em que manteve o lançamento, visto que aparenta trazer motivo concernente à caracterização de ágio interno no presente caso, motivo este que, todavia, não fez parte do lançamento.

O despacho que rejeitou os embargos de declaração, por sua vez, esclareceu que o acórdão recorrido afastou a “tese do real adquirente”, por entender que o Banestado não poderia ser considerada uma empresa-veículo, por ser uma empresa operacional – circunstância que deu ensejo à glosa das despesas com ágio pela Fiscalização – e, com isso, passou a analisar outro requisito para a amortização fiscal do ágio: “a não vinculação societária entre os antigos detentores das ações da REDECARD e o BANESTADO”. Confira-se:

a) Obscuridade quanto à manutenção parcial dos autos de infração em razão da suposta vedação ao aproveitamento fiscal de ágio gerado entre partes dependentes (...)

Os embargos trazem o relato de que a Fiscalização considerou que o ágio discutido no presente processo não seria passível de amortização fiscal porque a incorporação do BANESTADO pela contribuinte atuada REDECARD não atenderia ao requisito fixado pela lei (confusão patrimonial entre investidora e investida), “eis que a Banestado seria meramente uma ‘empresa veículo’, enquanto as

empresas Itauleasing e Itaucard ostentariam a qualidade de “reais adquirentes” da participação societária” (os recursos utilizados para a aquisição da contribuinte foram, quase em sua totalidade, aportados por ITAULEASING e ITAUCARD como aumento de capital social do BANESTADO, que figurou como adquirente formal).

Afirma a embargante que o Acórdão nº 1301-006.745 enfrentou adequadamente as razões da acusação fiscal e afastou a imputação indevida de que ITAULEASING e ITAUCARD seriam os “reais adquirentes” da participação societária, validando a aquisição realizada pelo BANESTADO, *“enquanto empresa operacional e portadora de propósito negocial para realização da compra da participação societária”*.

Dessa forma, o acórdão deu provimento parcial ao recurso voluntário *“para considerar como passível de amortização o ágio pago em razão de aquisição de participação societária de partes independentes”*.

Todavia, apesar de ter afastado o único fundamento ou motivo do lançamento fiscal, a decisão embargada não deu provimento integral ao recurso, como esperava a contribuinte. O acórdão negou provimento ao recurso voluntário, por voto de qualidade, em relação à possibilidade de amortização do ágio *“oriundo de ações que já pertenciam ao grupo econômico”*, mantendo parte dos lançamentos fiscais sob o fundamento de que seria procedente a glosa da parcela das exclusões do ágio decorrente *“de aquisição de participação societária entre partes dependentes (ágio interno)”*.

Defende a embargante que, dessa forma, o Acórdão nº 1301-006.745 teria sido obscuro em relação às suas razões de decidir, *“visto que aparenta ter mantido parcialmente os lançamentos fiscais com base em critério jurídico distinto daquele que foi objeto do TVF (critério jurídico ou motivo inovador), o que não seria possível à luz dos citados artigos 142 e 146 do CTN”*, uma vez que o Termo de Verificação Fiscal lavrado pela autoridade tributária nada falou sobre caracterização ou qualificação de parte do ágio como gerado entre partes dependentes ou dentro do grupo (*“ágio interno”*).

Não procede a alegação apresentada.

Da leitura do voto vencedor do acórdão embargado, verifica-se que o entendimento que prevaleceu quanto a essa parte da controvérsia é exposto de forma bastante clara, não havendo qualquer obscuridade na decisão.

A decisão divergiu do entendimento da Fiscalização e da DRJ, que consideraram que o fato de o BANESTADO ter recebido recursos das empresas ITAULEASING e ITAUCARD, a título de integralização de aumento de capital, posteriormente empregados na aquisição de participação societária na contribuinte REDECARD, implicaria em que estas empresas seriam as reais adquirentes das ações e que a posterior incorporação do BANESTADO pela contribuinte não caracterizaria a confusão patrimonial requerida pela legislação para fins de aproveitamento

tributário do ágio associado à operação de aquisição (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997).

Para chegar a tal conclusão, a decisão embargada ponderou que a caracterização de uma empresa como “veículo” ou “*conduit company*” não pode ser feita a partir apenas da constatação do recebimento de valores, via subscrição de capital ou empréstimo, a serem utilizados na aquisição de participação societária, sendo necessário também verificar “*a existência e o papel desenvolvido pela adquirente antes e depois da operação de confissão patrimonial*”.

Analisando o caso concreto, o acórdão concluiu que o BANESTADO não poderia ser considerado uma “empresa veículo”, uma vez que “*desempenhava atividades operacionais antes da operação, possuía ativos financeiros decorrentes das suas operações e, ainda, havia um claro propósito negocial (motivo extratributário) para que fosse eleito pelo grupo econômico para adquirir a participação societária, na medida que era a empresa no grupo que detinha a maior participação no capital da ora Recorrente*”.

A decisão embargada apontou ainda um segundo motivo pelo qual o ágio registrado pela contribuinte após a incorporação do BANESTADO seria passível de utilização tributária (pelo menos grande parte dele): a maior parte das ações da REDECARD foi adquirida pelo grupo ITAÚ de empresas não vinculadas a ele (partes independentes).

Como 86,5044% do ágio registrado estava associado a ações adquiridas pelo BANESTADO junto a empresas independentes, concluiu o acórdão que, diante de tudo que foi exposto anteriormente, esta parcela poderia ser amortizada tributariamente. Sobre os 13,4956% restantes, a decisão decidiu pela impossibilidade de seu aproveitamento tributário, uma vez que correspondiam a ações que o BANESTADO comprou de empresas pertencentes ao seu grupo econômico (ITAÚ UNIBANCO e ITAÚ HOLDING)

Nesse sentido, dispôs o voto vencedor do Acórdão nº 1301-006.745: (...)

Constata-se, assim, que o acórdão embargado primeiramente afastou a possibilidade de uma empresa ser considerada como “veículo” apenas em razão de ter recebido de suas controladoras, via integralização de aumento de capital social, os valores que vieram a ser utilizados na aquisição de participação societária com ágio.

A partir disso, verificou se a empresa BANESTADO poderia de fato ser considerada como uma empresa veículo, mas em razão de fatores que seriam, estes sim, relevantes para tal enquadramento. Concluiu negativamente após constatar que a empresa: i) existia e desempenhava atividades operacionais antes da operação de aquisição da REDECARD; ii) possuía ativos financeiros relevantes decorrentes de suas operações; iii) foi escolhida pelo grupo ITAÚ para figurar como adquirente da REDECARD com base em propósito negocial válido, uma vez que era a integrante que já detinha a maior participação no capital da empresa a ser adquirida.

Afastada a caracterização do BANESTADO como empresa veículo, passou o acórdão embargado a verificar se outra condição exigida pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (no entender do Colegiado) teria sido atendida: a não vinculação societária entre os antigos detentores das ações da REDECARD e o BANESTADO. Concluiu que o requisito teria sido observado para 86,5044% das ações adquiridas e inobservado para os demais 13,4956%, decidindo pelo cancelamento proporcional dos lançamentos tributários.

Pois bem. Observa-se que não paira obscuridade alguma sobre a decisão.

O que a embargante aponta como vício (o acórdão não poderia ter analisado nada além do único óbice indicado pela Fiscalização, concernente ao fato de os recursos utilizados pelo BANESTADO na aquisição de ações com ágio terem sido recebidos de suas acionistas) obviamente traduz seu mero inconformismo diante do que restou devidamente decidido pelo acórdão embargado, com a pretensão de promover a rediscussão do mérito da decisão, tarefa a que não se prestam os embargos declaratórios.

O sujeito passivo obviamente pode discordar do conteúdo da decisão, mas tal insurgência deve ser veiculada em instrumento recursal distinto dos embargos de declaração, que se prestam somente ao saneamento de vícios (omissão, contradição ou obscuridade) da decisão colegiada, e não à rediscussão de seu mérito.

Sendo assim, a arguição de obscuridade mostra-se manifestamente improcedente, devendo ser rejeitada em caráter definitivo por força do art. 116, § 3º, do RICARF/2023.

E, por ter a autoridade fiscal glosado a amortização fiscal do ágio por uma razão – suposta ausência de confusão patrimonial entre a “real adquirente” e a investida – e o acórdão recorrido mantido parcialmente o lançamento por outra – operação realizada entre partes dependentes –, alegou a Recorrente que houve violação aos artigos 142 e 146 do CTN.

Como se extrai do Manual de Admissibilidade de Recurso Especial, “para fins de análise da existência de prequestionamento, considera-se integrado ao acórdão recorrido o conteúdo do despacho de rejeição dos Embargos de Declaração”. Portanto, como a matéria que ensejou a interposição de recurso especial surgiu no próprio julgamento do recurso voluntário e foi objeto de embargos de declaração, que foram rejeitados, entendo por prequestionada a matéria “Impossibilidade de Manutenção do Lançamento Fiscal com Base em Critério Jurídico Distinto Daquele Eleito pela Autoridade Fiscal Quando da Lavratura do Auto de Infração – Artigos 142 e 146 do CTN”.

No que se refere à divergência interpretativa, o **acórdão recorrido**, integrado pelo de despacho que rejeitou os embargos de declaração, entendeu pela possibilidade de o auto de infração glosar as despesas com ágio com base em uma razão – ausência de confusão patrimonial entre “real investidora” e investida, tendo em vista a utilização de empresa-veículo sem substância

– e o acórdão que julgou o recurso voluntário manteve a glosa com base em outra razão – geração do ágio em operação entre partes relacionadas.

O **Acórdão paradigma nº 9101-006.847**, por sua vez, analisou situação na qual o acórdão recorrido inovou em suas razões de decidir com relação à qualificação do ágio como “interno” e, em razão disso, afastou “o fundamento de decidir relativo a ‘ágio interno’”. Confira-se os trechos que interessam à divergência em análise:

Em relação ao ágio UBS, a glosa foi promovida em razão de: (i) utilização de empresa veículo; (ii) falta de elaboração tempestiva de laudo de avaliação; e (iii) não pagamento do valor da aquisição. (...)

No tocante ao ágio BTG, também foram as mesmas três razões para a glosa da amortização de ágio e, igualmente, o voto condutor se fiou na ausência de pagamento do preço. (...)

Quanto ao ágio BTG, a situação se repetiu. Começamos novamente pela transcrição do voto condutor do recorrido na parte pertinente: (...)

De resto, parte da dívida diferida do primeiro caso (R\$ 375.856.328,07) acabou sendo paga de forma inusitada. A BTG PARTICIPAÇÕES II assumiu a dívida na operação de recompra e quitou parte mediante emissão de ações com 90% de ágio em favor de pessoas físicas credoras (alienantes do caso anterior). Como esse mesmo valor também integrou o ágio tratado no presente tópico (vide o último item da Tabela 13 acima), houve uma contabilização de parte deste último no âmbito do próprio Grupo BTG (ágio interno).

Como já me manifestei em outras oportunidades, não considero que transações entre partes relacionadas devam ser vistas como algo abominável e que extirpa os direitos de quem as pratica. Desde que haja reais aquisições feitas em bases arm's length, não vejo porque recriá-las. Tanto é a assim que as legislações sobre distribuição disfarçada de lucros (no âmbito interno) e de preços de transferência (no contexto externo) nada mais fazem do que corroborar os efeitos tributários dessas transações nos limites em que sejam praticadas dentro dos parâmetros arm's length. O fato de a Lei nº 12.973/14 ter vedado a contabilização do ágio interno para as operações futuras não muda o meu entendimento sobre o assunto. Diante dos abusos cometidos nessa seara, uma norma antielisiva específica, de certa forma radical, acabou por impedir que também as transações legítimas (em bases arm's length) pudessem desfrutar do benefício legal. (...)

A análise do recorrido traz mais complexidades. Como se trata de um ágio correlacionado ao primeiro, carrega todas as questões anteriores, mais a alegação de que corresponderia, ao mesmo em parte, a um ágio interno.

Aqui, novamente, constata-se que a decisão, mais uma vez, inovou o critério jurídico adotado pela autoridade fiscal.

Desse modo, o fundamento de decidir relativo a “ágio interno”, bem como os demais sobre os quais já explanamos por ocasião da análise do ágio UBS, também devem ser afastados.

Essa matéria também consta da ementa do **Acórdão paradigma nº 9101-006.847**, conforme abaixo:

INOVAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO

Devem ser afastadas as razões da decisão de piso para manutenção da exigência (ágio interno e negócio jurídico condicional), quando não foram adotadas como fundamento da autuação fiscal.

Assim, enquanto o **acórdão recorrido**, integrado pelo despacho que rejeitou os embargos de declaração, entendeu pela possibilidade de se afastar os fundamentos da glosa da amortização fiscal do ágio contidos no lançamento e adotar outros para sua manutenção, o **Acórdão paradigma nº 9101-006.847** concluiu que as razões para a manutenção da exigência contidas na decisão de piso e que não foram adotadas como fundamento na autuação fiscal, devem ser afastadas.

Diante disso, concluo pela existência de similitude fática entre os casos, de forma que, o entendimento contido no **Acórdão paradigma nº 9101-006.847** seria suficiente para impedir que o fundamento de “ágio interno” fosse adotado pelo **acórdão recorrido** para a manutenção a glosa da amortização fiscal do ágio.

Nesse contexto, deve ser conhecido o recurso especial do contribuinte com relação à matéria “Impossibilidade de Manutenção do Lançamento Fiscal com Base em Critério Jurídico Distinto Daquele Eleito pela Autoridade Fiscal Quando da Lavratura do Auto de Infração – Artigos 142 e 146 do CTN”.

c) Matéria 02: “Validade do Ágio Gerado em Operações entre Partes Dependentes”

Com relação ao ágio gerado entre partes dependentes - parcela de 13,4956% do ágio registrado – o **acórdão recorrido** analisou operação por meio da qual o Banestado adquiriu participação no capital social da Redecard de empresas que já pertenciam ao Grupo Itaú. E, como adiantado acima, apesar de não constar da decisão que a maioria do colegiado acompanhou o relator pelas conclusões com relação à parcela de 13,4956% do ágio registrado, a interpretação conjunta do voto vencedor do **acórdão recorrido**, com o despacho que rejeitou os embargos nos leva a concluir que as razões de decidir no que se refere a tal parcela são aquelas do voto vencedor de lavra do Conselheiro Iágaro Jung Martins. Isto é, a glosa referente à parcela de 13,4956% do ágio registrado foi mantida por se tratar de ágio gerado entre partes dependentes.

No **Acórdão paradigma n. 9101-006.373**, por sua vez, analisou, dentre outros, ágio interno cuja “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”. E, diante disso, concluíram os julgadores, com base em argumentos preponderantemente interpretativos, 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”.

Confira-se:

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).

Daí 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 vênia 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 acadêmico¹ que afirma que o ágio surgido internamente deve ser expurgado da contabilidade porque não tem sentido econômico² (disponível em 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. (...)*

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: (...)

*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): (...)

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.

Diante disso, como tanto o ágio em discussão no **acórdão recorrido**, como aquele analisado no **Acórdão paradigma n. 9101-006.373** são regidos pela legislação que antecedeu a Medida Provisória 627/2013, convertida na Lei nº 12.973/2014, vislumbro a exigida similitude fática entre os casos. E, por essa razão, deve ser conhecido o recurso especial com base no **Acórdão paradigma n. 9101-006.373**.

No que se refere ao **Acórdão paradigma n. 1401-006.713**, por sua vez, os julgadores analisaram “glosa de amortização de ágio em operação realizada intragrupo”. O caso, entretanto, tem uma peculiaridade que parece ter importado aos julgadores: o ingresso de um novo acionista no grupo, o que levou os julgadores a afastar a imputação realizada pela Autoridade Fiscal de planejamento tributário abusivo.

Veja-se:

Na análise das situações do chamando “ágio interno” penso que as alegações de ausência de pagamento em dinheiro e de inadmissão, pela ciência contábil, do reconhecimento de ágio gerado em operação envolvendo empresas de um mesmo grupo econômico não são suficientes para embasar a recusa das respectivas amortizações.

Isso porque, o ágio é conceituado na lei como a diferença entre o custo de aquisição e o valor do investimento segundo a equivalência patrimonial. Assim, aquisição é meio legal de transmissão de propriedade, e a lei não define a que título se faça, nem qual a modalidade de contraprestação.

A tese de que, à luz da ciência contábil, é vedado o registro de ágio gerado em operações envolvendo empresas do mesmo grupo, utilizada pela fiscalização a partir da publicação de artigo produzido pelos professores Eliseu Martins e Jorge Viera da Costa, também não tem sustentação, como esclarecido pelo próprio Professor Eliseu em parecer complementar no qual afirma que: i) somente a partir do CPC 18 – 2010 é que surgiu a vedação do registro de ágio decorrente de

operações envolvendo um mesmo grupo econômico; ii) tal vedação, porém, teve curta duração, pois em 2012 o CPC voltou atrás e passou a permitir o reconhecimento; iii) também voltaram atrás a CVM e o CFC, que aprovaram a mudança; iv) passou-se a permitir o reconhecimento do resultado em todas as transações entre partes relacionadas, com a exceção de quando a controladora é que transfere os ativos para qualquer controlada.

Destaca-se, de antemão, que nem todo ágio interno deverá ser dedutível para fins de apuração de IRPJ e CSLL, assim como tampouco é possível afirmar que qualquer ágio interno possui caráter fraudulento ou simulatório, de modo que se torna fundamental a análise do contexto fático de geração do ágio para que se possa determinar quais serão as respectivas consequências tributárias.

No caso em exame, como aduzido pela recorrente, o grupo Boticário era composto das empresas Botica Comercial e Farmacêutica (Botica), O Boticário Franchising (OBF), Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza (Cálamo) e Empresa Brasileira de Logística (Embralog). Todas essas empresas sempre foram controladas, direta ou indiretamente, pelas pessoas físicas Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynbaun. Paralelamente, as pessoas físicas detentoras do capital dessas empresas possuíam, em 2005, investimentos nas atividades de shopping center e centro de convenções, que se mostraram deficitárias, motivando sua extinção em 2006 (o que foi feito mediante incorporação pela Cálamo).

Em 2006, segundo relatou a Recorrente, decidiu-se buscar novo investidor que proporcionasse ingresso de recursos financeiros, estabelecendo-se negociações entre o grupo e bancos de investimento e entidades semelhantes, para que prospectassem e identificassem investidores institucionais interessados em participar do grupo. Para isso foi promovida uma reorganização societária buscando, entre outros objetivos relatados pela Recorrente (estabelecer parâmetros de governança corporativa adequada ao funcionamento de um conselho de administração profissional, adaptar-se à possibilidade de, no futuro, optar pela abertura do capital), implementar uma estrutura mais apta a receber novo acionista, com ingresso de recursos financeiros.

A viabilização do ingresso de novo acionista no grupo como um todo seria materializada pela criação de uma holding pura de participações societárias, que concentraria em seu patrimônio as participações nas empresas operacionais do grupo, e que seria receptora do investimento do provável novo acionista estratégico. Para tanto, em agosto de 2006 se iniciaram os movimentos societários para atingir o fim visado. Retirou-se, inicialmente, da O Boticário Franchising as participações societárias nas demais empresas operacionais, transferindo-as às pessoas físicas dos acionistas, mediante redução de capital da OBF.

Com isso, a conformação societária do grupo ficou representada por quatro empresas exclusivamente operacionais, cujo capital pertencia às pessoas físicas, na proporção de 80% e 20% para cada uma.

Em setembro de 2006 foi criada uma holding pura, denominada G&K Holding S/A. (destinada a receber as participações societárias das empresas operacionais).

O investidor identificado pelo banco de investimento e aceito pelos acionistas do grupo foi a GP Administração de Recursos S.A. que, para subscrever as ações da G&K, constituiu o IGP – Fundo de Investimento em Participações (IGP).

Em dezembro de 2006 completou-se a reorganização societária em duas etapas ocorridas na mesma data: (i) incorporação das ações das quatro empresas operacionais à G&K, de modo a torna-las subsidiárias integrais, e (ii) aumento de capital subscrito pelo novo investidor.

Na primeira etapa acima mencionada, as ações incorporadas foram avaliadas pela empresa especializada KPMG Corporate Finance Ltda. segundo a expectativa de resultados futuros (fluxo de caixa descontado), e seu registro na G&K ficou desdobrado em valor patrimonial e ágio (ágio esse em que se funda parte da exigência).

Na segunda etapa (no mesmo dia), ocorreu a emissão de 4.613.618 novas ações ordinárias nominativas, com valor nominal de R\$1,00 cada, integralizadas em moeda corrente pelo acionista IGP Fundo de Investimento em Participações, com preço de emissão fixado em R\$ 50.000.000,00, dos quais R\$ 4.613.618,00 destinados ao capital social e R\$ 45.386.382,00 à constituição de reserva de ágio.

Em outubro de 2008 as quotas do fundo IGP foram transferidas para a Votorantim Asset Management DTVM Ltda., passando o fundo a ser denominado Votorantim G&K Fundo de Investimento em Participações.

Decorridos quase dois anos da incorporação das ações das empresas operacionais à G&K, em novembro de 2008 os acionistas da Holding decidiram promover a cisão seletiva da mesma, com versão do patrimônio cindido às sociedades operacionais existentes. Com isso, o ágio com base na expectativa de resultados futuros registrado na G&K foi registrado nas operacionais que receberam o acervo líquido cindido em conta de ativo, sujeito a amortizações.

O ágio registrado na G&K pela incorporação de ações da Embralog, ocorrido em dezembro de 2006, foi de R\$ 6.247.392,50, constituído sobre o patrimônio líquido da Embralog, correspondente à diferença entre o valor de mercado (R\$ 7.693.000,00 = 10.000 ações x R\$ 769,30) e o PL da Embralog (R\$ 1.445.607,50), e foi amortizado contabilmente pela G&K pelos períodos de janeiro de 2007 a outubro de 2008. Essas amortizações não tiveram efeitos tributários, tendo a G&K promovido a correspondente adição no LALUR.

Em novembro de 2008 a G&K promoveu cisão parcial seletiva, transferindo para a Embralog parte do seu Patrimônio Líquido, representado por 99% do seu investimento.

Do ágio de R\$ 6.247.392,50 constituído sobre o patrimônio da Embralog em 18/12/2006 pela G&K Holding S/A foi cindida a parcela de R\$ 5.785.322,85, sendo, segundo informou a interessada, a diferença de R\$ 462.069,65 relativa a: (...)

A partir de novembro de 2008 a Embralog reduziu a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, mediante exclusão no LALUR, parcelas mensais correspondentes a 1/60 do ágio R\$ 96.422,05 transferido da G&K na cisão, e a 1/60 do montante de R\$ 6.727,20, amortizado na G&K e por ela não deduzido.

Do exame do caso, entende-se que os procedimentos adotados estão rigorosamente de acordo com o previsto em lei. Assim, a recusa dos efeitos fiscais do ágio só é possível se identificada a situação de artificialismo, simulação relativa, que os invalide.

O propósito da reestruturação consistente em criar uma holding pura, para nela concentrar as ações das empresas operacionais, é plenamente justificado pela procura de um novo acionista, interessado em investir no grupo como um todo, e que trouxesse recursos financeiros para o grupo.

A credibilidade do propósito é confirmada pelo que realmente aconteceu: ingresso de acionista sem nenhuma relação com o grupo, que aportou recursos financeiros equivalentes a 42,85% do total das disponibilidades financeiras de todo o grupo, no montante de R\$ 50.000.000,00.

Quanto à questão da valoração das ações para fins de incorporação, ainda que se desconsiderasse a idoneidade da empresa que elaborou o laudo de avaliação, a suspeita quanto ao valor, baseada no fato de não haver independência entre as partes envolvidas, fica fragilizada com o ingresso, na mesma data, de acionista totalmente independente, e que aceitou o valor das avaliações.

De fato, o novo investidor (IGP), que nenhuma relação tinha com o grupo, recebeu um percentual de participação societária na G&K estabelecida pela proporção entre o valor aportado (R\$ 50.000.000,00) e o valor econômico-financeiro das empresas operacionais apurado nos laudos de avaliação, conforme demonstrado a seguir: (...)

Assim, é insuficiente invocar a ausência de independência entre as partes para sustentar a afirmativa de falta de substância econômica do ágio, pois não há nenhuma explicação lógica para um acionista totalmente independente adquirir participação no grupo pagando por ela importância correspondente à referida avaliação (que produziu o ágio).

A acusação de planejamento inoponível, por não ter outro escopo senão a redução de tributos, evidentemente foi influenciada pelo fato de a incorporação das ações ter se desfeito, mediante cisão seletiva, com devolução do acervo às empresas operacionais. Estaria na base da acusação uma suspeita de simulação relativa (a verdadeira intenção não seria incorporar as ações das empresas operacionais à G&K, e a operação, que teria funcionado apenas para fazer aparecer o ágio, seria desfeita mais tarde, pela cisão seletiva).

Essa hipótese, não de todo impossível, fica fragilizada, primeiro, pela distância temporal entre a incorporação e a cisão (dois anos), período em que o ato jurídico (incorporação de ações) produziu os efeitos que lhe são próprios. Depois, o fato de a cisão ter ocorrido imediatamente após a alteração em relação ao acionista minoritário, com a consequente alteração do Conselho de Administração (saída do Conselheiro Nelson Rosenthal e ingresso do Conselheiro José Roberto Curan), corrobora a explicação do contribuinte, de que a cisão foi motivada por divergência na condução da gestão estratégica das operações do grupo entre os acionistas controladores e o acionista minoritário estratégico (Votorantim). A Ata da 15ª Reunião do Conselho de Administração de 15/10/2008 (e-Fls. 1.229 e ss) documenta essa divergência.

Nas deliberações da reunião aprovou-se: (i) por maioria, resguardada a posição contrária do Conselheiro José Roberto de Mattos Curan, autorizar a Companhia a promover as ações necessárias à execução do projeto de crescimento por aquisições e/ou de forma orgânica em outros segmentos de consumidores e canais diversificados; (ii) por unanimidade, delegar ao conselheiro Artur N. Grynbaun a elaboração de estudo de revisão societária e patrimonial que preserve a participação do acionista Votorantim G&K Fundo de Investimento e Participações de qualquer impacto resultante do processo de aquisições de negócios ou de forma orgânica em segmentos distintos de consumidores e/ou em canais diversificados aos da franquia, visando sempre que possível o menor impacto operacional, societário e financeiro, devendo o mesmo ser apresentado em reunião extraordinária do Conselho a ser realizada em 23 de outubro de 2008.

O motivo apontado como causador da divergência que teria dado causa à cisão (crescimento via aquisições ou de forma orgânica, em segmentos distintos de consumidores e/ou em canais diversificados ao de franquia) é confirmado pelo quadro que a sucedeu.

Naturalmente, pode-se arguir a hipótese de todas essas operações terem sido preparadas desde o início, com a participação do futuro investidor (a GP Administração de Recursos), para a criação artificial de um ágio exclusivamente para gerar despesas dedutíveis.

Para essa qualificação dos fatos, na linha do que entendeu o fisco, milita o fato de o ingresso do novo investidor ter se dado na mesma data em que ocorreu a transformação das empresas em subsidiárias integrais da holding para isso criada. No curto espaço de quatro meses (entre agosto de dezembro de 2006), foi promovida uma reorganização societária e ingresso de novo acionista, que aportou R\$ 50.000.000,00.

Obviamente, as negociações para o ingresso do novo acionista envolveram a reorganização societária, pois dificilmente alguma entidade investiria tal soma sem ter analisado as perspectivas de retorno.

Diante desses fatos, tenho que as razões apresentadas pela fiscalização para caracterizar as operações como planejamento inoponível não são mais densas

que as apresentadas pelo contribuinte para demonstrar as razões empresariais para as reorganizações societárias levadas a efeito.

Quanto aos fundamentos legais, importante destacar que o ágio foi gerado e amortizado antes das alterações promovidas pela Lei nº 12.973/14 no Decreto-Lei nº 1.598/77.

Vale notar que a redação original do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77 previa a necessidade do desdobramento do custo de aquisição dos investimentos avaliados pelo método de equivalência patrimonial em: (i) valor de patrimônio líquido na época da aquisição e (ii) ágio ou deságio na aquisição.

Conforme o §2º do referido artigo, o ágio deveria ser classificado de acordo com as seguintes fundamentações econômicas: (...)

Conforme se observa inexistia proibição para que o investimento tivesse sido adquirido com ágio numa operação entre partes independentes. Tampouco nos parece adequado também limitar o termo “aquisição” a uma relação entre partes independentes.

Ainda, o art. 8º da Lei 9.532/97 afirma que a dedutibilidade fiscal do ágio aplica-se, inclusive, nos casos em que: (i) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido e (ii) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária. Destaque-se que o último item autoriza em lei a realização de incorporação às avessas (incorporação da investidora pela investida).

Ao se observar o caso concreto, verifica-se que houve operação de incorporação entre investida e investidora (a chamada “confusão patrimonial”), sendo que o investimento da investidora na investida havia sido feito com ágio nos termos do artigo 20 do Decreto-lei n. 1.598/77 e houve a amortização do ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura no prazo previsto em lei.

Dessa forma, todos os atos societários relacionados à operação foram devidamente formalizados e registrados perante os órgãos competentes, de forma que todas as operações foram feitas “às claras”.

A realização de operações societárias que impliquem na geração de ágio ocorre tanto entre sociedades independentes quanto entre sociedades ligadas. No que tange às operações entre sociedades ligadas, há que se analisar se tais operações são efetuadas nos padrões do mercado.

Assim, não há proibição nas normas tributárias para a ocorrência de operações societárias entre empresas vinculadas com a geração de ágio, no entanto, tal ágio deve ter substância econômica, sendo devidamente fundamentado economicamente.

Portanto, tendo em vista que as circunstâncias fáticas examinadas no **Acórdão paradigma n. 1401-006.713** importaram aos julgadores para afastar a artificialidade da operação e

concluir pela possibilidade de amortização fiscal do ágio interno, não vislumbro a exigida similitude fática com o acórdão recorrido.

Diante disso, no que se refere à matéria “Validade do Ágio Gerado em Operações entre Partes Dependentes”, conheço do recurso especial apenas com relação ao **Acórdão paradigma n. 9101-006.373**.

d) Matéria 03: “Necessária Dedução do Ganho de Capital da Base Autuada”

Os argumentos relativos à matéria “Necessária Dedução do Ganho de Capital da Base Autuada” foram suscitados pelo contribuinte somente em sede de embargos de declaração. Isso porque, conforme alega, a manutenção de parcela do ágio por considerá-lo como tendo sido gerado entre partes dependentes enseja a necessidade de análise de outros argumentos relativos ao tema. No entanto, a necessária dedução do ganho de capital não foi enfrentada no despacho que rejeitou os embargos de declaração, que considerou a alegação improcedente. Confira-se:

Na sequência, a contribuinte defende que, caso não se entenda que o acórdão embargado inovou indevidamente no motivo ou nas razões do lançamento ao tratar da vedação à amortização de ágio interno, que se reconheça que a decisão incorreu em omissão ao não abordar outras questões relativas àquele ágio interno que, até então, não constavam dos autos (e a respeito dos quais não teria havido, logicamente, oportunidade de manifestação pela defesa nas fases processuais anteriores).

A omissão é arguida nos seguintes termos (os destaques constam do original):

26. Caso este E. Conselho compreenda que não incorreu em inovação no motivo ou nas razões de lançamento ao tratar da vedação a amortização do ágio pela consideração da existência de um ágio interno, o que se admite apenas para argumentar, a Embargante vê-se compelida a requerer a manifestação da Turma Julgadora sobre questões relativas ao ágio interno que, até então, não constavam nos autos.

27. Esclarece-se, nesse sentido, que, como a configuração do ágio interno não havia sido suscitada nos lançamentos (e nem no acórdão da DRJ), a Embargante não foi oportunizada a apresentar defesa a este respeito.

28. Logo, sabendo-se que o Decreto nº 70.235/1972 autoriza a oposição de provas que se destinem a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos, a Embargante requer que esta C. Turma Julgadora supra a omissão do acórdão embargado manifestando-se sobre o quanto requerido no presente tópico.

29. Como narrado, no curso da OPA, a Banestado adquiriu participação societária na Embargante (Redecard) de pessoas difusas a preço de mercado (da OPA). Entre estas pessoas, havia pessoas de seu próprio grupo econômico que detinham participação na Embargante (Redecard), trata-se

do Itaú Unibanco e da Itaú Holding, como reconhecido no próprio acórdão embargado:

Por conseguinte, a operação resultou para o Banestado na aquisição de 57,7655% novas ações da Redecard (Mercado - 49,9697%, Itaú Unibanco - 7,7609%, Itaú Holding - 0,0349%), das quais 86,5044% foram adquiridas de terceiros independentes, via OPA. (Fl. 61 do acórdão embargado)

30. Diante disso, deve-se pontuar que **o Itaú Unibanco e o Itaú Holding, ao alienarem a participação que detinham na Embargante (Redecard), apuraram ganho de capital e recolheram regularmente os correspondentes tributos**. Veja-se: (...)

31. Como se observa pelas Demonstrações do Resultado ilustradas acima, pelos arquivos de apuração de IR e CSLL sintético e analítico (**Doc. 06 e Doc. 07**), e por seu cotejo com a DIPJ (fichas 6B, 7B e 9B), Itaú Unibanco e Itaú Holding **apuraram ganho de capital**, em razão da alienação da parcela que detinham da Embargante (Redecard), e incluíram-no na base tributável do IRPJ e da CSLL.

32. Tendo em vista a posição deste E. Conselho no acórdão embargado de que não teria havido uma operação de aquisição sujeita a apuração de ágio *“Não existe aquisição de algo que já faça parte do patrimônio de alguém. Por essa razão não se pode chamar de aquisição de participação societária aquela que ocorre dentro dos muros de um grupo econômico.”* (Fl. 54 do acórdão embargado), deve-se entender, por conseguinte, que não haveria ganho de capital a ser reconhecido por essas pessoas jurídicas.

33. Isto é, mantendo-se a *ratio* do acórdão, se não é possível mensurar ágio, também não é possível que tenha havido ganho tributável, uma vez que não teria sido configurada uma aquisição.

34. Consequentemente, **mantendo-se a glosa dessa parcela do ágio, haveria que se reconhecer a necessidade de dedução dos correspondentes ganhos de capital da base autuada (parcela que foi mantida no acórdão embargado), ou, ao menos, a dedução dos tributos recolhidos por Itaú Unibanco e Itaú Holding, relativamente a estes ganhos, do crédito tributário remanescente nestes autos**.

35. Logo, caso este E. Conselho entenda por manter a acusação da ocorrência de ágio interno, superando a obscuridade exposta no tópico **II.1** acima sem dar-lhe efeitos infringentes, a Embargante requer seja sanada a omissão ora exposta com a manifestação desta C. Turma Julgadora sobre a impossibilidade de existência de ganho de capital para Itaú Unibanco e Itaú Holding e, por conseguinte, a determinação de que seja deduzida da base autuada (na parcela mantida pelo acórdão embargado) o ganho que foi apurado e tributado por Itaú Unibanco e Itaú Holding ou, subsidiariamente,

que os valores recolhidos por Itaú Unibanco e Itaú Holding sobre este ganho sejam deduzidos dos valores lançados pela Autoridade Fiscal nos presentes autos.

Narra a embargante que, no curso da Oferta Pública de Aquisição (OPA), o BANESTADO adquiriu ações da REDECARD, a preço de mercado, de pessoas difusas, entre elas empresas do seu próprio grupo econômico: ITAÚ UNIBANCO e ITAÚ HOLDING. Essas duas empresas, ao alienarem as participações que detinham na REDECARD, apuraram ganho de capital (R\$ 986.346.710,24 e R\$ 4.775.972,80, respectivamente) e recolheram regularmente os correspondentes tributos.

A contribuinte defende que a apuração de ganho de capital na operação pelas empresas do grupo ITAÚ contrariaria o entendimento exposto no acórdão embargado, de que a operação de aquisição de ações junto àquelas empresas não estaria sujeita à apuração de ágio. Nas palavras da embargante, *“mantendo-se a ratio do acórdão, se não é possível mensurar ágio, também não é possível que tenha havido ganho tributável, uma vez que não teria sido configurada uma aquisição”*.

Encerra a embargante defendendo que, caso seja mantida a glosa da parcela do ágio considerado interno, o Colegiado responsável pelo acórdão embargado deveria se manifestar a respeito da impossibilidade de existência de ganho de capital para as empresas ITAÚ UNIBANCO e ITAÚ HOLDING e, consequentemente, determinar *“a dedução dos correspondentes ganhos de capital da base autuada”* ou, subsidiariamente, *“a dedução dos tributos recolhidos por Itaú Unibanco e Itaú Holding, relativamente a estes ganhos, do crédito tributário remanescente nestes autos”*.

Considero improcedente a alegação da embargante.

Conforme foi visto no tópico anterior, o entendimento exposto no voto vencedor do acórdão embargado foi no sentido de que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 exigem, para fins de autorização da amortização fiscal de ágio, que a respectiva operação de aquisição de participação societária tenha se dado entre partes independentes, sem vinculação societária.

Concorde ou não a contribuinte com a tese adotada, fato é que trata-se de um fundamento claro e completo, não condicionado pelo Colegiado à observância de outros fatores, como a não apuração de ganho de capital por parte das empresas relacionadas alienantes da participação societária.

A embargante afirma, em suma, que: i) a referida apuração de ganho de capital seria incompatível com a consideração de que parte do ágio discutido no processo seria interno; e ii) em razão disso, o Colegiado deveria ter se manifestado, no contexto do presente contencioso, a respeito da forma de aproveitamento daquele ganho de capital já tributado em outras empresas.

Trata-se obviamente de verdadeira tese de defesa, que veicula a insurgência da contribuinte quanto ao que foi decidido pelo acórdão embargado. Não há como

se exigir que a decisão tivesse se pronunciado, de ofício, a respeito de tal tese, ainda mais quando se constata que a *ratio decidendi* utilizada pelo julgado não trazia, como consequência lógica, a necessidade de verificação acerca da existência ou não da apuração de ganho de capital por parte das empresas alienantes da participação societária.

Diante do exposto, revela-se a improcedência da alegação de omissão, que deve ser rejeitada em caráter definitivo.

Portanto, como não houve, seja no acórdão recorrido, seja no despacho que rejeitou os embargos de declaração, qualquer juízo de valor acerca da necessária dedução do ganho de capital, não há que se falar em prequestionamento da matéria.

Diante do exposto, não conheço do recurso especial do contribuinte com relação à matéria “Necessária Dedução do Ganho de Capital da Base Autuada”.

II – MÉRITO

II.1 - Impossibilidade de Manutenção do Lançamento Fiscal com Base em Critério Jurídico Distinto Daquele Eleito pela Autoridade Fiscal Quando da Lavratura do Auto de Infração

O contribuinte sustenta em seu recurso especial que a Autoridade Fiscal, ao formalizar o lançamento fiscal, elegeu como critério jurídico para a glosa da amortização do ágio a inexistência de confusão patrimonial envolvendo os “reais adquirentes” do investimento, os quais, em sua visão, seriam Banco Itauleasing e o Banco Itaucard, na medida em que a Banestado seria mera “empresa-veículo” e Turma Julgadora *a quo*, no acórdão recorrido, afastou expressamente o fundamento ou o motivo eleito pela Autoridade Fiscal para a desconsideração da amortização fiscal do ágio no presente caso, o que viola os artigos 142 e 146 do CTN. E acrescenta que a manutenção parcial do lançamento fiscal com base no fundamento de que se trataria de “ágio interno” não é possível, eis que representa uma indevida alteração do critério jurídico do lançamento fiscal ou uma indevida inovação de fundamento ou motivo do lançamento fiscal.

A impossibilidade de mudança no critério jurídico é tratada no art. 146 do CTN que assim dispõe:

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

Como explica Sergio André Rocha, tal comando decorre do princípio da proteção da confiança legítima do contribuinte e se expressa na “impossibilidade de revisão, pela Fazenda Pública, do critério jurídico do lançamento tributário já efetuado”³.

³ ROCHA, Sergio André. *Processo Administrativo Fiscal*, 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2025, p. 84.

Regina Helena Costa, ensina que do art. 146 do CTN se extraem duas normas: a primeira, que autoriza “a aplicação de novo sentido a uma norma, em razão da modificação dos critérios jurídicos adotados na sua interpretação, com eficácia retroativa” e a segunda, que estabelece que, para um mesmo sujeito passivo, essa “modificação somente será aplicável a fatos ocorridos após sua introdução”⁴.

Sobre o tema, Thais de Laurentiis⁵, ao tratar da garantia contra mudança de critério jurídico pela Administração Tributária, explica que, em sua modalidade intraprocessual, tal garantia limita a mudança de interpretação pela Administração Tributária proferida em dois atos sucessivos e igualmente válidos, de forma que seus efeitos devem, necessariamente, ser *ex nunc*, por força, dentre outros, do art. 146 do CTN.

Aplicando tais lições ao presente caso, tem-se que, com relação à parcela de 13,4956% do ágio registrado, que, de acordo com a decisão recorrida, se refere a ágio interno, a glosa foi mantida **pelo relator** nos seguintes termos:

12. Ademais, concorda-se com o exposto pela Autoridade Julgadora de 1ª instância, bem como com o aventado pela PGFN, em suas contrarrazões:

“(…)

*Por certo, da leitura do artigo 386 do RIR/99, o qual repete o conteúdo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, observa-se que a dedutibilidade da amortização de um ágio decorre do encontro num mesmo patrimônio da participação societária adquirida com ágio com esse mesmo ágio. Ou seja, **quando há um encontro do adquirente com o investimento adquirido.***

*Portanto, em face dessa **confusão patrimonial entre investidora e investida**, a legislação admite que o contribuinte **considere perdido o seu capital investido com ágio** e, assim, deduza a despesa que teve com o pagamento da ‘mais valia’. O artigo 386 assim prevê: [...]*

(…)

*Com efeito, a intenção da Lei nº 9.532/1997 foi estimular as aquisições societárias seguidas da confusão patrimonial entre a investidora e a real investida. Se assim não fosse, a legislação teria autorizado expressamente, ou a utilização de empresas veículo, ou sequer a necessidade dessa confusão patrimonial. **Bastaria à norma exigir a operação de aquisição.** Portanto, a interpretação literal dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, faz com que somente a confusão patrimonial estabelecida entre o BANCO ITAULEASING e o BANCO ITAUCARD, de um lado, e a REDECARD S.A., de outro lado, autorizaria a dedução fiscal do ‘ÁGIO REDECARD’” (negritos do original).*

⁴ COSTA, Regina Helena. *Código Tributário Nacional Comentado*: em sua moldura constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2022, p. 322.

⁵ LAURENTIIS, Thais De. *Mudança de critério jurídico pela administração tributária*: regime de controle e garantia do contribuinte. São Paulo: IBDT, 2022, p. 272-273.

13. Pelo exposto, neste tópico, não assiste razão à Recorrente ao pugnar pelo “[...] erro do d. acórdão *a quo*, ao manter a exigência tributária, alegando que o adquirente da participação societária é aquele que efetivamente acreditou na rentabilidade futura do investimento, que seriam as pessoas que aumentaram o capital da Banestado”.

O **redator do voto vencedor** por sua vez, entendeu que a Banestado não pode ser considerada uma “empresa veículo de Itaú Leasing e Itaucard em razão destas terem aportado recursos para fazer frente a aquisição das ações da Redecard”. E, nesse ponto, ao que tudo indica, foi acompanhado pela maioria do colegiado – ainda que **não conste** do dispositivo que, com relação ao “ágio interno”, prevaleceu as razões de decidir do Conselheiro Iágaro Jung Martins. Confira-se:

Em que pese as conclusões do i. Relator que ratificou as conclusões da r. decisão, em especial de que não houve confusão patrimonial entre o real compradora e adquirida, a Turma, por maioria de votos, entendeu que efetivamente Banestado foi a real adquirente da participação social da Recorrida. (...)

Retomando-se ao caso concreto. Entendeu a r. decisão que Banestado se revestiria de empresa veículo de Itaú Leasing e Itaucard em razão destas terem aportado recursos para fazer frente a aquisição das ações da Redecard.

Tal argumento é equivocado por dois fatos determinantes. O primeiro aspecto que mostra o equívoco das conclusões da autoridade julgadora é o de confundir a origem dos recursos com o real adquirente.

Como referido, há um critério claro nos precedentes citados da CSRF que diferenciam uma empresa veículo com a real adquirente, que não se resume apenas a descaracterização de aporte financeiro, via subscrição de capital ou empréstimo. É preciso, pois, verificar a existência e o papel desenvolvido pela adquirente antes e depois da operação de confusão patrimonial, condição jurídica necessária para amortização do ágio com base nos art. 7 e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Não é atribuição ou competência da Administração Tributária se imiscuir sobre atos legítimos de gestão dos contribuintes. Dessa forma, é absolutamente irrelevante se a origem dos R\$ 12,5 bilhões para aquisições das ações decorre de disponibilidades dentro do grupo econômico, via integralização de capital, ou obtida via empréstimo junto a terceiros, fato que tornaria a operação mais onerosa em razão dos juros necessários para remuneração do capital necessário à operação.

Como bem aduzido pela Recorrente, seria ilógico imaginar que uma empresa ficaria *durante anos guardando dinheiro no cofre apenas à vista da possibilidade de surgir uma oportunidade de comprar um investimento societário*.

No caso sob, análise, a adquirente Banestado, era empresa que desempenhava atividades operacionais antes da operação, possuía ativos financeiros decorrentes

das suas operações e, ainda, havia um claro propósito negocial (motivo extratributário) para que fosse eleito pelo grupo econômico para adquirir a participação societária, na medida que era a empresa no grupo que detinha a maior participação no capital da ora Recorrente.

O segundo fato determinante e não observado de forma adequada na r. decisão é o de que a maior parte das ações foram adquiridas de partes independentes.

Observe-se que, em 17.12.2012, a participação final do Banestado na Redecard passou a ser de 80,9762%. Por conseguinte, a operação resultou para o Banestado na aquisição de 57,7655% novas ações da Redecard (Mercado - 49,9697%, Itaú Unibanco - 7,7609%, Itaú Holding - 0,0349%), das quais 86,5044% foram adquiridas de terceiros independentes, via OPA.

O raciocínio de glosa de ágio passível de amortização é válido exclusivamente para o ágio cuja origem se deu pela “aquisição” de participações societárias intragrupo, isto é, aquelas que anteriormente já pertenciam ao Grupo Itaú, mais precisamente as que eram detidas pelo Itaú Unibanco (7,7609%) e pela Itaú Holding (0,0349%).

Em suma, deve ser glosado, por ter sido gerado internamente no grupo econômico, 13,4956% do ágio registrado na operação, visto que o restante, por consectário da OPA, ter sido adquirido de partes independentes, no mercado.

A superação do entendimento adotado pela Autoridade Fiscal no lançamento e a sua substituição por outro para manter a parcela de 13,4956% do ágio registrado fica ainda mais clara no despacho que rejeitou os embargos de declaração do contribuinte. Em outras palavras: do despacho que rejeitou os embargos de declaração se extrai que os fundamentos adotados pela Autoridade Fiscal no lançamento foram superados pelo acórdão recorrido, que manteve a glosa das despesas com ágio por entender se tratar de operação realizada entre partes relacionadas. Veja-se:

Da leitura do voto vencedor do acórdão embargado, verifica-se que o entendimento que prevaleceu quanto a essa parte da controvérsia é exposto de forma bastante clara, não havendo qualquer obscuridade na decisão.

A decisão divergiu do entendimento da Fiscalização e da DRJ, que consideraram que o fato de o BANESTADO ter recebido recursos das empresas ITAULEASING e ITAUCARD, a título de integralização de aumento de capital, posteriormente empregados na aquisição de participação societária na contribuinte REDECARD, implicaria em que estas empresas seriam as reais adquirentes das ações e que a posterior incorporação do BANESTADO pela contribuinte não caracterizaria a confusão patrimonial requerida pela legislação para fins de aproveitamento tributário do ágio associado à operação de aquisição (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997).

Para chegar a tal conclusão, a decisão embargada ponderou que a caracterização de uma empresa como “veículo” ou “conduit company” não pode ser feita a partir

apenas da constatação do recebimento de valores, via subscrição de capital ou empréstimo, a serem utilizados na aquisição de participação societária, sendo necessário também verificar *“a existência e o papel desenvolvido pela adquirente antes e depois da operação de confissão patrimonial”*.

Analisando o caso concreto, o acórdão concluiu que o BANESTADO não poderia ser considerado uma “empresa veículo”, uma vez que *“desempenhava atividades operacionais antes da operação, possuía ativos financeiros decorrentes das suas operações e, ainda, havia um claro propósito negocial (motivo extratributário) para que fosse eleito pelo grupo econômico para adquirir a participação societária, na medida que era a empresa no grupo que detinha a maior participação no capital da ora Recorrente”*.

A decisão embargada apontou ainda um segundo motivo pelo qual o ágio registrado pela contribuinte após a incorporação do BANESTADO seria passível de utilização tributária (pelo menos grande parte dele): a maior parte das ações da REDECARD foi adquirida pelo grupo ITAÚ de empresas não vinculadas a ele (partes independentes).

Como 86,5044% do ágio registrado estava associado a ações adquiridas pelo BANESTADO junto a empresas independentes, concluiu o acórdão que, diante de tudo que foi exposto anteriormente, esta parcela poderia ser amortizada tributariamente. Sobre os 13,4956% restantes, a decisão decidiu pela impossibilidade de seu aproveitamento tributário, uma vez que correspondiam a ações que o BANESTADO comprou de empresas pertencentes ao seu grupo econômico (ITAÚ UNIBANCO e ITAÚ HOLDING) (...)

Constata-se, assim, que o acórdão embargado primeiramente afastou a possibilidade de uma empresa ser considerada como “veículo” apenas em razão de ter recebido de suas controladoras, via integralização de aumento de capital social, os valores que vieram a ser utilizados na aquisição de participação societária com ágio.

A partir disso, verificou se a empresa BANESTADO poderia de fato ser considerada como uma empresa veículo, mas em razão de fatores que seriam, estes sim, relevantes para tal enquadramento. Concluiu negativamente após constatar que a empresa: i) existia e desempenhava atividades operacionais antes da operação de aquisição da REDECARD; ii) possuía ativos financeiros relevantes decorrentes de suas operações; iii) foi escolhida pelo grupo ITAÚ para figurar como adquirente da REDECARD com base em propósito negocial válido, uma vez que era a integrante que já detinha a maior participação no capital da empresa a ser adquirida.

Afastada a caracterização do BANESTADO como empresa veículo, passou o acórdão embargado a verificar se outra condição exigida pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (no entender do Colegiado) teria sido atendida: a não vinculação societária entre os antigos detentores das ações da REDECARD e o BANESTADO. Concluiu que o requisito teria sido observado para 86,5044% das ações adquiridas

e inobservado para os demais 13,4956%, decidindo pelo cancelamento proporcional dos lançamentos tributários.

Compulsando-se o termo de verificação fiscal (fls. 1060/1099), é possível confirmar que os termos “interno” e “partes relacionadas” não são adotadas em nenhum momento pela Autoridade Fiscal. A principal razão da glosa da amortização fiscal do ágio foi o fato de, supostamente, os reais adquirentes da Redecard serem o Banco Itauleasing e o Banco Itaucard, o que resultaria na ausência de confusão patrimonial entre a adquirente e adquirida.

Esse fundamento, entretanto, foi afastado pela decisão recorrida, ao reconhecer o Banestado como o real adquirente da Redecard. No entanto, frise-se, com relação à parcela de 13,4956% do ágio registrado, a glosa foi mantida pela decisão recorrida por fundamento diverso, qual seja, a realização da operação entre partes relacionadas, o que tornaria o ágio registrado um “ágio interno”.

Diante disso, entendo que o critério jurídico adotado pelo lançamento foi alterado pela decisão recorrida – o que, inclusive, foi expressamente reconhecido pelo despacho que rejeitou os embargos de declaração. Ou seja, em dois atos sucessivos e igualmente válidos – lançamento e decisão do CARF – a interpretação da Administração Tributária com relação à glosa da amortização fiscal do ágio foi destinta. E isso, inegavelmente, implica em mudança de critério jurídico, o que é vedado pelo art. 146 do CTN.

Ademais, do §3º do art. 18 do Decreto nº 70.235/72 pode-se extrair que, quando se verificar, em exames posteriores realizados no curso do processo administrativo, incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem em inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será lavrado auto de infração complementar, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada. A *contrario sensu*, alterações na fundamentação legal, sem lavratura de auto de infração complementar, com a devolução ao sujeito passivo do prazo para impugnação, certamente implica em cerceamento do seu direito de defesa.

Tal dispositivo foi regulamentado pelo art. 41 do Decreto nº 7.574/2011, que esclarece a necessidade de lançamento complementar, dentre outros, quando o lançamento original não incluir na determinação do crédito tributário matéria devidamente identificada ou quando se constatar fatos novos.

Disso se conclui que a constatação, pelo acórdão recorrido, de que a indedutibilidade do ágio ora em discussão decorreu de sua geração em operação entre partes relacionadas – e não do suposto uso indevido de “empresa-veículo” -, poderia, quando muito, ensejar a lavratura de auto de infração complementar, com consequente concessão de prazo para o sujeito passivo se defender devidamente de tal imputação.

Por essas razões, voto por dar provimento ao recurso especial do contribuinte.

III – CONCLUSÕES

Diante do exposto, voto por NÃO CONHECER do recurso especial da Fazenda Nacional.

No que se refere ao recurso especial do sujeito passivo, voto por CONHECER PARCIALMENTE do recurso apenas quanto às matérias “Impossibilidade de Manutenção do Lançamento Fiscal com Base em Critério Jurídico Distinto Daquele Eleito pela Autoridade Fiscal Quando da Lavratura do Auto de Infração – Artigos 142 e 146 do CTN” e “Validade do Ágio Gerado em Operações entre Partes Dependentes” e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO com relação à matéria “Impossibilidade de Manutenção do Lançamento Fiscal com Base em Critério Jurídico Distinto Daquele Eleito pela Autoridade Fiscal Quando da Lavratura do Auto de Infração – Artigos 142 e 146 do CTN”, restando prejudicada a matéria “Validade do Ágio Gerado em Operações entre Partes Dependentes”.

Assinado Digitalmente

Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheira **Edeli Pereira Bessa**

O recurso especial fazendário teve seguimento com base no paradigma nº 1103-001.151 porque:

12. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu, na situação em que, “em 23.08.2012, foi publicado o edital de Oferta Pública de Aquisição de Ações (OPA) ordinárias emitidas pela Redecard por conta e ordem de Itaú Unibanco Holding S/A, acionista controlador indireto, informando que apresentaria aos acionistas não controladores oferta pública para aquisição de até a totalidade das ordinárias de emissão da Redecard por intermédio da sociedade controlada Banestado”, que “efetivamente Banestado foi a real adquirente da participação social da Recorrida”, o **acórdão paradigma apontado** (Acórdão nº 1103-001.151) decidiu, **de modo diametralmente oposto**, na situação em que “Inbev S/A constou do edital da OPA na condição de ofertante”, sendo que “o pagamento em dinheiro foi realizado pela sua subsidiária brasileira InBev Holding Brasil”, que “a InBev Holding Brasil registrou no seu patrimônio o ágio decorrente da OPA, cuja titularidade era de outra pessoa jurídica, a sua controladora indireta InBev S/A”, “condição que desautoriza a dedução do valor correspondente na apuração da base de cálculo do IRPJ”, uma vez que “o ágio resultante de aquisição de ações

decorrente de oferta pública realizada nos termos da lei societária (art. 254-A da Lei 6.404/1976) deve ser registrado no patrimônio da sociedade legalmente definida como ofertante”, ou seja, no caso do paradigma, a InBev S/A e, no caso do recorrido, a Itaú Unibanco Holding S/A.

A PGFN disse que o paradigma *entendeu que a parcela relativa aos valores das amortizações do ágio decorrente da OPA são indedutíveis, uma vez que a real investidora é a pessoa jurídica controladora diversa da que registrou o ágio.* E argumentou que:

No acórdão paradigma, manifestou-se o entendimento de que **o ágio gerado através da OPA, onde a empresa que figurou como ofertante no Edital e que arcou com o ônus financeiro da operação foi a empresa controladora e não a empresa que registrou a aquisição das ações com ágio, não cumpre os requisitos definidos como necessários ao gozo do benefício fiscal previsto no artigo 386 do RIR/99.**

Isso porque **entendeu-se que, tendo sido comprovado que a Controladora capitalizou a empresa com o único propósito de possibilitar a aquisição das ações por meio da OPA, aquela seria a real titular de fato e de direito das referidas ações, assim como do correspondente ágio, não havendo como esse ágio se tornar dedutível com a incorporação envolvendo a empresa controlada.**

Para o colegiado prolator do acórdão paradigma, a VIVENDI S.A. fora a adquirente de fato e de direito de todas as ações envolvidas na OPA. A INBEV Holding Brasil registrou no seu patrimônio e amortizou ágio pertencente a terceiro, não havendo se falar, assim, na confusão patrimonial exigida para a dedutibilidade do ágio.

Tal entendimento vai de encontro àquele firmado pelo colegiado recorrido, onde se firmou entendimento de que, ainda que capitalizado por empresa controladora, o BANESTADO teria adquirido as ações por meio da OPA com recursos próprios e não de terceiros, porque tais recursos já haviam sido integrados ao seu patrimônio, e que a confusão patrimonial exigida teria, de fato, ocorrido.

Por fim, entendeu-se que restam atendidos os requisitos para a dedutibilidade do ágio relativo a aquisição das ações por meio da OPA, **mesmo tendo sido a empresa controladora a capitalizar a empresa nacional com o fim específico de adquirir as ações,** entendimento este diametralmente oposto à conclusão alcançada pelo colegiado prolator do acórdão paradigma.

Destaque-se, ainda, que a OPA analisada pelo acórdão paradigma envolveu aquisição de ações de acionistas minoritários independentes, tal como ocorreu no presente caso e, mesmo assim, entendeu que seus efeitos tributários são inoponíveis perante o Fisco, uma vez que o ágio deveria ter sido reconhecido por aquela que, de fato, suportou o ônus do desembolso financeiro da operação. *(destaques do original)*

Ocorre que, no paradigma, a objeção fiscal teve em conta que Inbev Holding Brasil Ltda promoveu a liquidação financeira da oferta pública de ações (OPA) de AmBev por conta e ordem da empresa belga Inbev S/A, esta obrigada à OPA por ser o novo controlador da AmBev, e inclusive constando no edital da OPA como ofertante. Aquele caso se alinha ao presente no ponto em que os recursos financeiros usados para pagamento no âmbito da OPA advieram de aporte de outras pessoas jurídicas do grupo econômico – aqui Banco Itauleasing e Banco Itaucard -, bem como porque a aquisição se deu em âmbito de OPA, na qual outra pessoa jurídica – aqui Itaú Unibanco Holding S.A., controladora das outras pessoas jurídicas citadas - figurou como ofertante. Veja-se o edital transcrito no voto vencedor do acórdão recorrido:

O BANCO ITAÚ BBA S.A., instituição financeira com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Brigadeiro Faria Lima, nº 3.400, 3º ao 8º, 11º e 12º andares, CEP 04538-132, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 17.298.092/0001-30 (“Itaú BBA” ou “Instituição Intermediária”), vem, por ordem e conta do ITAÚ UNIBANCO HOLDING S.A., sociedade por ações de capital aberto com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Praça Alfredo Egydio de Souza Aranha, nº 100, Parque Jabaquara, CEP 04344-902, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 60.872.504/0001-23 (“Itaú Unibanco” ou “Ofertante”), acionista controlador indireto da REDECARD S.A., sociedade por ações de capital aberto, com sede no município de Barueri, Estado de São Paulo, na Avenida Marcos Penteado de Ulhoa Rodrigues, nº 939, Loja 1 - 12º ao 14º andares, Sítio Tamboré, CEP 06460-040, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 01.425.787/0001-04 (“Redecard” ou “Companhia”), por meio de sua sociedade controlada BANESTADO PARTICIPAÇÕES, ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., sociedade limitada com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Praça Alfredo Egydio de Souza Aranha, nº 100, 7º andar, Parque Jabaquara, CEP 04344-902, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 75.049.098./0001-70 (“Banestado”), apresentar aos acionistas não controladores da Redecard esta oferta pública para aquisição de até a totalidade das ações ordinárias de emissão da Redecard por eles detidas, para o cancelamento do registro de companhia aberta da Companhia (“Cancelamento de Registro”), nos termos deste Edital de Oferta Pública (“Edital” e “Oferta Pública para Cancelamento de Registro” ou “OPA”) e ainda de acordo com o disposto (i) na Lei nº 6.385, de 07 de dezembro de 1976, conforme alterada (“Lei 6.385”), (ii) na Lei nº 6.404, de 15 de novembro de 1976, conforme alterada (“Lei das Sociedades por Ações”), (iii) no Estatuto Social da Redecard; e (iv) no regulamento de listagem do segmento especial de negociação denominado Novo Mercado da BM&FBOVESPA S.A. - Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros (“Novo Mercado”, “BM&FBOVESPA” e “Regulamento do Novo Mercado”, respectivamente), observadas as regras estabelecidas pela Instrução da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) nº 361, de 05 de março de 2002, conforme alterada (“Instrução CVM 361”), nos termos e condições abaixo dispostos.

Contudo, não se vê acusação no sentido de que o controlador estaria obrigado à OPA. Além disso, o voto condutor do acórdão recorrido expressamente destaca que:

No caso sob análise, a adquirente Banestado, era empresa que desempenhava atividades operacionais antes da operação, possuía ativos financeiros decorrentes das suas operações e, ainda, havia um claro propósito negocial (motivo extratributário) para que fosse eleito pelo grupo econômico para adquirir a participação societária, na medida que era a empresa no grupo que detinha a maior participação no capital da ora Recorrente.

Note-se, também, que as razões de mérito deduzidas pela PGFN evidenciam que sua objeção à amortização fiscal da parcela do ágio admitida pelo Colegiado *a quo* está calcada no fato de Banestado ter recebido por aporte de capital os recursos destinados ao pagamento das ações. Não há qualquer argumentação em favor da descaracterização de Banestado como ofertante, à semelhança do que constituído, no paradigma, em favor de Inbev S/A.

Interessante observar que o paradigma nº 1103-001.151 foi admitido para caracterização de divergência em dois casos apreciados por esta 1ª Turma: i) no Acórdão nº 9101-006.519, onde estava em discussão amortização fiscal do mesmo ágio constituído no âmbito da OPA à qual estava obrigada Inbev S/A; e ii) no Acórdão nº 9101-006.289, em face de ágio formado em OPA à qual estava obrigada Vivendi S/A, que aportou capital em VTB para aquisição de ações de GVT. Confirma-se, daí, a relevância, para interpretação da legislação tributária de regência, da determinação do ofertante em face do disposto no art. 254-A da Lei das S/A.

Impõe-se, por tais razões, concluir que os resultados diferentes alcançados nos acórdãos comparados decorreram da dessemelhança existente entre as operações analisadas, e não de divergência na interpretação da legislação tributária. Por tais razões, esta Conselheira acompanha a I. Relatora em sua conclusão de NEGAR CONHECIMENTO ao recurso especial da PGFN.

No recurso especial da Contribuinte, a matéria “Impossibilidade de manutenção do lançamento fiscal com base em critério jurídico distinto daquele eleito pela autoridade fiscal quando da lavratura do auto de infração – artigos 142 e 146 do CTN” teve seguimento com base no paradigma nº 9101-006.847, com vistas a discutir o seguinte aspecto do acórdão recorrido:

17. Conforme explicitado nos Embargos de Declaração, a Turma Julgadora a quo, ao enfrentar as razões de acusação fiscal, afastou a imputação indevida de Itauleasing e Itaucard como “reais adquirentes” da participação societária e validou a aquisição realizada pela Banestado, enquanto empresa operacional e portadora de propósito negocial para realização da compra da participação societária⁹.

18. Assim, tendo em vista que foi afastado o único fundamento ou motivo do lançamento fiscal, aguardava-se que fosse dado provimento integral ao Recurso Voluntário, de modo a se cancelar os autos de infração em sua integralidade.

A Contribuinte alegou, em embargos de declaração, que *não se encontra no TVF, para a autuação, nenhum questionamento e nenhum motivo (ou razão) sobre caracterização ou qualificação de parte do ágio pago e excluído no presente caso como gerado entre partes*

dependentes ou dentro do grupo (“ágio interno”). Aliás, não há nenhuma palavra a respeito de ágio interno (ágio gerado entre partes dependentes ou dentro do grupo) no TVF. E na rejeição dos embargos consignou-se que:

O que a embargante aponta como vício (o acórdão não poderia ter analisado nada além do único óbice indicado pela Fiscalização, concernente ao fato de os recursos utilizados pelo BANESTADO na aquisição de ações com ágio terem sido recebidos de suas acionistas) obviamente traduz seu mero inconformismo diante do que restou devidamente decidido pelo acórdão embargado, com a pretensão de promover a rediscussão do mérito da decisão, tarefa a que não se prestam os embargos declaratórios.

O sujeito passivo obviamente pode discordar do conteúdo da decisão, mas tal insurgência deve ser veiculada em instrumento recursal distinto dos embargos de declaração, que se prestam somente ao saneamento de vícios (omissão, contradição ou obscuridade) da decisão colegiada, e não à rediscussão de seu mérito.

Confirma-se no relatório do acórdão recorrido que as operações societárias foram questionadas apenas sob a ótica da ocultação dos reais adquirentes:

2.4. Assim, ao final da operação, no entender da Autoridade Fiscal, a situação organizacional corresponderia exatamente àquela desejada desde o início, na essência, pelo grupo Itaú, qual seja, a titularidade direta, pelas empresas Banco Itauleasing e Banco Itaucard (reais adquirentes) das ações Redecard que se encontravam em circulação no mercado, mantendo-se os patrimônios das empresas adquirentes independentes do patrimônio da empresa adquirida. Em outras palavras, segue a Autoridade Fiscal, resta evidenciado que não houve confusão patrimonial entre as empresas adquirentes (Banco Itauleasing e Banco Itaucard) e o investimento adquirido (57% do patrimônio da Redecard), requisito essencial para legitimizar a amortização fiscal do ágio nascido na operação;

Vê-se o destaque, inclusive, à aquisição de 57% do patrimônio da Redecard, sem qualquer ressalva acerca das parcelas que não estariam em mãos de partes relacionadas. Mais à frente, são transcritas as conclusões fiscais nos seguintes termos:

Em relação às demais justificativas prestadas, há que se ressaltar que o controle societário da Redecard S/A era exercido pelo GRUPO Itaú, que detinha, em conjunto, 50,01% de suas ações, grupo este do qual as empresas Banco Itauleasing S/A e Banco Itaucard S/A faziam parte, controlando diretamente (com quase 100% de participação) a Banestado, na qual injetaram R\$ 12,5 bilhões para viabilizar a operação.

Ademais, é importante observar que o Grupo Itaú, nas respostas acima transcritas, reconhece que optou por DEFINIR a empresa Banestado como a empresa adquirente, ou seja, a atribuição do papel da Banestado como adquirente na operação foi uma OPÇÃO ESTRATÉGICA da empresa, estratégia esta

que objetivou exclusivamente a obtenção de economia tributária, conforme será comprovado no decorrer do presente relatório.

Afinal, Banco Itauleasing S/A e o Banco Itaucard S/A pagaram pela aquisição das ações da Redecard S/A, foram estes os reais adquirentes, mas optou-se estrategicamente por transferir os recursos da transação para outra empresa, a Banestado, de forma que esta os entregasse para os alienantes e figurasse ‘no papel’ como adquirente.

Na transcrição do auto de infração, vê-se mais uma vez que a objeção fiscal se concentrou na definição dos reais adquirentes:

No caso concreto, o ágio gerado na Banestado decorrente da aquisição das ações da Redecard, registrado na contabilidade da própria Redecard ao final da seqüência de eventos societários, está em absoluta dissonância em relação aos princípios contábeis. Desse irremediável desacerto decorre o registro das despesas de amortização de ágio na pessoa jurídica errada, enquanto o contabilmente esperado é que tal despesa de amortização seja registrada na apuração do resultado das investidoras ITAULEASING e ITAUCARD, pois tal despesa de ágio contribuiu (efetiva ou potencialmente) para o lucro auferido pelas investidoras, por meio do resultado de equivalência patrimonial. O lucro da investida Redecard não é maior nem menor em razão do ágio pago quando de sua aquisição. O lucro das investidoras, sim, na medida em que os resultados futuros previstos se concretizarem.

[...]

Em resumo, quem efetivamente poderia amortizar o ágio, ITAULEASING e ITAUCARD, preferiu não fazê-lo, seja lá pelo motivo que foi, provavelmente pela falta de interesse do Grupo Itaú em incorporar a empresa cujas ações foram objeto da aquisição com ágio (Redecard); em outra banda, quem, realmente o utilizou - Redecard não poderia tê-lo feito.

Já o voto condutor do acórdão recorrido observa que:

Observe-se que, em 17.12.2012, a participação final do Banestado na Redecard passou a ser de 80,9762%. Por conseguinte, a operação resultou para o Banestado na aquisição de 57,7655% novas ações da Redecard (Mercado - 49,9697%, Itaú Unibanco - 7,7609%, Itaú Holding - 0,0349%), das quais 86,5044% foram adquiridas de terceiros independentes, via OPA.

O raciocínio de glosa de ágio passível de amortização é válido exclusivamente para o ágio cuja origem se deu pela “aquisição” de participações societárias intragrupo, isto é, aquelas que anteriormente já pertenciam ao Grupo Itaú, mais precisamente as que eram detidas pelo Itaú Unibanco (7,7609%) e pela Itaú Holding (0,0349%).

Em suma, deve ser glosado, por ter sido gerado internamente no grupo econômico, 13,4956% do ágio registrado na operação, visto que o restante, por consectário da OPA, ter sido adquirido de partes independentes, no mercado.

Definido que apenas 13,4956% do ágio registrado se refere à ágio interno, portanto não passível de amortização, passa-se a análise do parcela restante, isto é, a aquisição das ações de terceiros e não controladores da Redecard.

Com respeito ao paradigma nº 9101-006.847, as divergências jurisprudenciais lá analisadas diziam respeito a operações complexas, com formação de ágio em diferentes fases, mas a terceira matéria suscitada pelo sujeito passivo foi denominada “improcedência das considerações secundárias do acórdão recorrido quanto ao ágio UBS e ao ágio BTG [*obiter dictum*]”. Na apreciação de mérito recursal, o relator Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes assim consignou:

Como já destacamos na parte do conhecimento, a razão de decidir do acórdão recorrido diz respeito exclusivamente ao custo do investimento e, portanto, dos dois ágios amortizados.

Passamos à análise do ágio UBS pela reprodução do acórdão condutor exclusivamente em relação aos trechos que tratam desse específico tema:

[...]

Por outro lado, o voto condutor do paradigma adotou entendimento oposto, nos termos que se seguem:

[...]

Os argumentos do recorrido acerca do negócio estabelecido com cláusula suspensiva impressionam, mas as razões de decidir do recorrido inovaram, sem amparo legal, o lançamento e, portanto, merecem ser afastadas.

Adotamos, assim, os fundamentos do acórdão paradigma como razão de decidir, mas apenas em relação ao preço de aquisição. Com relação ao tema da empresa veículo, enfrentaremos adiante.

Quanto ao ágio BTG, a situação se repetiu. Começamos novamente pela transcrição do voto condutor do recorrido na parte pertinente:

[...]

A análise do recorrido traz mais complexidades. Como se trata de um ágio correlacionado ao primeiro, carrega todas as questões anteriores, mais a alegação de que corresponderia, ao mesmo em parte, a um ágio interno.

Aqui, novamente, constata-se que a decisão, mais uma vez, inovou o critério jurídico adotado pela autoridade fiscal.

Desse modo, o fundamento de decidir relativo a “ágio interno”, bem como os demais sobre os quais já explanamos por ocasião da análise do ágio UBS, também devem ser afastados.

Assim, tal como na análise do ágio UBS, entendemos que deve se dado provimento ao recurso do contribuinte para afastar o fundamento da autuação relativamente ao pagamento do preço de aquisição quanto ao ágio BTG.

Há, porém, a questão do uso de empresas-veículo, que diz respeito à segunda divergência conhecida.

[...]

As razões acima aduzidas implicam a necessidade de que haja o encontro patrimonial do real adquirente com o real adquirido. Se a empresa veículo interposta tiver por finalidade fazer as vezes de um (real adquirente) ou outro (real adquirido), não se caracteriza, do ponto de vista subjetivo, a situação legal que autoriza a amortização do ágio com efeitos tributários.

É o que se caracterizou tanto em relação ao ágio UBS, quanto ao ágio BTG, em que holdings foram interpostas para viabilizar ilegalmente a amortização dos ágios, sem se caracterizar a confusão patrimonial entre investidor real e verdadeira investida.

Nego, assim, provimento ao recurso especial, relativamente à segunda divergência conhecida para os dois ágios (UBS e BTG).

A questão acerca das inovações promovidas no acórdão lá recorrido, portanto, foi resolvida internamente à discussão acerca da validade da amortização fiscal dos ágios sob análise, limitando-se a indedutibilidade às razões consignadas na acusação fiscal. A matéria não foi tratada de forma autônoma. Esta Conselheira declarou voto no paradigma e concordou com esta limitação, em linha com o que expresso pelo Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, na condução do acórdão lá indicado como paradigma:

Conforme se observa, a autoridade fiscal autuante questionou somente essa parcela dos pagamentos, não havendo como se discutir, nessa fase processual, a totalidade dos pagamentos realizados, sob pena de inovação e alteração dos fundamentos legais do lançamento, o que somente pode ser realizado pela autoridade lançadora e em auto de infração complementar, conforme estabelece o § 3º do art. 18 do Decreto nº 70.235/72.

De toda a sorte, aquela interpretação da legislação tributária, inclusive, foi elevada à ementa do paradigma nº 9101-006.847:

INOVAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO

Devem ser afastadas as razões da decisão de piso para manutenção da exigência (ágio interno e negócio jurídico condicional), quando não foram adotadas como fundamento da autuação fiscal.

Assim, embora o voto condutor do paradigma não decline os fundamentos legais para compreender pela desconsideração das inovações promovidas em julgamento de recurso voluntário, e trate-se ali de inovações distintas das apontadas no acórdão aqui recorrido, o acolhimento dos fundamentos antes expressos pelo Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto

na decisão lá admitida como paradigma evidencia divergência jurisprudencial acerca da legislação tributária de regência, suficiente para conhecimento do recurso especial da Contribuinte neste ponto.

Subsidiariamente, a Contribuinte também deduziu divergência jurisprudencial acerca da admissibilidade da amortização fiscal de ágio formado internamente ao grupo econômico, e o paradigma nº 9101-006.373 presta-se a caracterizar o dissídio em face de operações ocorridas antes da Lei nº 12,973/2014.

Também subsidiariamente, a Contribuinte defendeu a necessária dedução do ganho de capital da base autuada, mas trouxe esta temática apenas em embargos de declaração, defendendo que o Colegiado *a quo* deveria ter se manifestado a respeito. Em resposta, o Presidente do Colegiado consignou que *não há como se exigir que a decisão tivesse se pronunciado, de ofício, a respeito de tal tese, ainda mais quando se constata que a ratio decidendi utilizada pelo julgado não trazia, como consequência lógica, a necessidade de verificação acerca da existência ou não da apuração de ganho de capital por parte das empresas alienantes da participação societária.*

Frente a tais circunstâncias, a Contribuinte argumentou em recurso especial que:

57. Esta interpretação, todavia, é divergente do entendimento registrado no acórdão paradigma nº 1402-001.080, no qual a 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Primeira Seção do E. CARF corretamente decidiu que, não se aceitando a validade da amortização fiscal do ágio interno, deveriam ser “escoimados todos os efeitos contábeis e fiscais dessas operações” e, consequentemente, não haveria que se falar em ganho de capital por parte dos alienantes.

Assim, haveria prequestionamento ao menos quanto à *necessidade de verificação acerca da existência ou não da apuração de ganho de capital por parte das empresas alienantes da participação societária* quando se invalida a dedutibilidade de amortização fiscal de ágio formado entre partes relacionadas.

Esta Conselheira já tangenciou este paradigma, quando negou conhecimento a recurso especial fazendário contra acórdão que aplicou seu entendimento. Neste sentido foi o voto condutor do Acórdão nº 9101-006.848:

Com respeito às demais objeções ao conhecimento do recurso fazendário, importa ter em conta que a questão foi assim decidida no acórdão recorrido, nos termos do voto vencido do Conselheiro Relator Daniel Ribeiro da Silva, nesta parte condutor do julgado:

II – Impossibilidade de exigência concomitante do ganho de capital

Entretanto, subsidiariamente, caso mantido o lançamento por entender tratar-se de ágio interno, entendo que a glosa da parcela do ágio gerado internamente sob a alegação de que não se pode atribuir preço entre partes dependentes, teria como consequência a necessidade de transferência dos ativos a valor contábil, o que acarretaria na inexistência de ganho de capital a recolher. Desta feita, é

consequência inafastável reconhecer que o ganho de capital recolhido foi indevido. Há precedentes do CARF nesse sentido:

“GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO (ÁGIO DE SI MESMO) E CONCOMITANTE TRIBUTAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL. IMPOSSIBILIDADE.

Todavia, desconsiderados os efeitos tributários da amortização do ágio, em face da artificialidade das operações e da falta de propósito negocial, também não é cabível a concomitante tributação de ofício do ganho de capital apurado nessas operações. Uma vez que o Grupo Empresarial reconheceu tacitamente a impropriedade, desistindo do recurso no que tange a glosa do ágio e respectiva multa de ofício, cumpre cancelar a tributação do ganho de capital, determinando-se sejam escoimados todos os efeitos contábeis e fiscais dessas operações.

(...)

Se há ganho de um lado, que em princípio foi diferido, é porque existe o custo do outro lado, passível de amortização. À medida que a Fiscalização considerou as operações artificiais e simuladas, pelo que não poderia surtir efeitos tributários mormente quanto a amortização do ágio, também não deveria tributar o pretense ganho de capital, que na verdade não existiu.” (Acórdão nº 1402-01.080.)

Ainda, não subsistindo o ganho de capital, entendo que os tributos recolhidos pela Ultrapar Participações devem ser deduzidos dos supostos créditos tributários constituídos em face da Recorrente, já que se não houve ágio, é evidente que não ocorreu ganho de capital passível de tributação pelo IRPJ e pela CSLL.

O voto vencedor do ex-Conselheiro Abel Nunes de Oliveira Neto afirma *a impossibilidade de dedução do ágio gerado nas operações*, mas observa inicialmente que:

O problema a ser analisado no presente processo decorre da configuração da existência ou não do propósito negocial na operação realizada e se a operação teria sido realizada por empresas interdependentes o que ocasionaria a existência de um ágio interno caracterizado pelo aumento dos valores da participação sem a existência de nenhuma movimentação de recursos entre as empresas.

Apesar dos diligentes argumentos apresentados pelo recorrente e os trazidos no voto do ilustre relator um dos argumentos pelo qual a existência do pagamento de ganho de capital na operação seria um elemento importante a viabilizar o propósito negocial da operação.

Quanto a este ponto, **em verdade o ganho de capital pago na operação ocorreu como um efeito colateral para dar a aparência de normalidade à operação realizada.** Veja-se, o ágio pago na primeira operação de aquisição não poderia ser utilizado como despesa para o abatimento dos lucros apurados, só podendo ser utilizado para abater os resultados auferidos em alienação futura. Assim, o único meio possível a viabilizar a amortização do ágio seria a veiculação de uma operação para normalizar essa utilização. *(negrejou-se)*

A Contribuinte observa que nenhum dos paradigmas analisou pedido de aproveitamento dos pagamentos promovidos pela controladora. O acórdão

recorrido não relata a defesa que teria alcançado provimento. A única referência ao ganho de capital auferido pela controladora está assim registrado na reprodução dos argumentos de impugnação:

4. Frisou-se que “em razão da diferença entre o valor de mercado das ações da CBPI e DPPI avaliado pela Apsis em 2008 e o custo de aquisição incorrido pela Ultrapar Participações nas três etapas de aquisição destas sociedades em 2007, houve o reconhecimento de um ganho de capital por esta sociedade no valor de R\$ 210.453.932,36 que foi devidamente oferecido à tributação pelo IRPJ e pela CSLL, conforme informado na DIPJ 2009, referente ao ano-calendário de 2008”. E “de acordo com os fatos narrados pelo Sr. Agente Fiscal no TVF, o Grupo Ultra teria entendido como financeiramente vantajoso o oferecimento imediato à tributação de um ganho de capital no montante de R\$ 210.453.932,36, em prol da amortização fiscal de um ágio diferido em 60 meses. O Fiscal não aplicou a multa de 150% exigida nos casos de ágio interno, confirmando a inexistência de um ágio gerado artificialmente entre partes dependentes. Assim, tendo restado evidenciado que o caso retratado nestes autos não envolve o aproveitamento fiscal de ágio interno e que o Sr. Agente Fiscal fundamentou o lançamento fiscal com base em uma equivocada premissa, resta evidente a nulidade dos autos de infração por vício de motivação/fundamentação”.

O exame do recurso voluntário, porém, evidencia que no tópico em que se argumenta pela *Validade do Ágio Interno para o Direito*, a Contribuinte deduz como pedido subsidiário *o aproveitamento dos valores recolhidos pela Ultrapar Participações sobre os supostos crédito tributários constituídos em face da Recorrente, já que se não houve ágio, é evidente que não ocorreu ganho de capital passível de tributação pelo IRPJ e pela CSLL*, referindo julgados contrários à tributação do ganho de capital em tais circunstâncias. Tal argumentação é complementada pelas referências em favor da possibilidade de se compensar valores recolhidos por outro sujeito passivo.

Confirma-se, do exposto, que nestes autos houve pedido de aproveitamento dos tributos pagos pela controladora, mediante reconhecimento de que não houve ganho de capital no reverso da operação questionada. Neste contexto, enquanto o voto vencedor refere que *o ganho de capital pago na operação ocorreu como um efeito colateral para dar a aparência de normalidade à operação realizada*, para assim afirmar indevidas as amortizações glosadas, o voto do relator, vencido mas condutor do julgado nesta parte, conclui que o pedido subsidiário da Contribuinte deve ser acolhido porque não há como reconhecer que haveria ganho de capital tributável na controladora.

O paradigma nº 1301-002.008, por sua vez, analisou glosa de amortização de ágio que, segundo alegações do sujeito passivo, teria se formado em *uma reorganização societária em escala global envolvendo diversas outras empresas do grupo em vários países do mundo, com o objetivo de transferência do controle da EOL, até então nas mãos da LATAM, nos Estados Unidos, para o ramo francês das empresas do grupo, no caso, a United Technologies France (UTF, sediada na França)*. O outro Colegiado do CARF, teve por *irrelevante, para a solução do caso*

concreto, que a alienante (LATAM) tenha apurado ganho de capital e recolhido o imposto correspondente, conforme afirma a recorrente.

A alegação apresentada em impugnação e reiterada em recurso voluntário está relatada neste paradigma nos seguintes termos:

- destaca que houve o efetivo recolhimento do imposto de renda, em valor de aproximadamente R\$ 50 milhões, aos cofres públicos brasileiros; como se pode imputar artificialismo e falta de propósito negocial a uma operação que resultou em valor tão expressivo de tributo recolhido ao Governo Brasileiro?;

[...]

Sustenta a recorrente que a aquisição da EOL pela EHL teria sido feita a valor de mercado, por imposição das legislações francesas e americana, que teria havido efetivo pagamento em dinheiro de US\$ 151.050.451,00 e recolhimento de imposto de renda sobre ganho de capital pela alienante no montante de R\$ 49.173.870,52. Lembra, ainda, que a legitimidade dessa aquisição, com a formação de ágio, teria sido reconhecida pela decisão de primeira instância.

O voto condutor do paradigma reconhece que houve transferência de caixa interna ao grupo econômico e traz a manifestação acerca da irrelevância do ganho de capital apurado pela “alienante” no seguinte contexto:

O que macula toda a operação é o fato de que se deu internamente a um mesmo grupo econômico. Em assim sendo, não é a existência de um laudo que poderá validar o valor pago. Entendo que a existência de partes independentes e com interesses contrapostos é o que pode validar o laudo, posto que ambas as partes (independentes) o aceitam, uma para pagar, outra para receber. No caso sob análise, as partes não possuem independência, pois são ambas pertencentes ao mesmo Grupo UTC. Da mesma forma, o pagamento, embora não se discuta sua existência, foi feito do ramo francês para o ramo estadunidense do Grupo UTC, ou seja, não houve um efetivo desembolso, se considerarmos o grupo econômico como um todo, mas tão somente uma transferência de caixa. O dinheiro sai do bolso direito e entra no bolso esquerdo.

[...]

A legislação tributária se integra e busca conceitos, portanto, na ciência contábil, pelo que não se pode aceitar que haja conceitos e efeitos distintos de ágio e de custo de aquisição para a contabilidade e para fins tributários. O custo de aquisição deve ser aquele resultante de efetivo desembolso (sacrifício patrimonial), em operação de mercado, em negócio realizado entre partes independentes. De forma alguma se há de admitir que a mera transferência de valores entre empresas do mesmo grupo possa representar algum sacrifício patrimonial, nem que o valor assim transferido seja representativo de uma operação em condições de livre mercado, ainda que, como no caso concreto, tenha sido suportado por laudo de avaliação. O registro do ágio somente se justifica como forma de recuperação de um custo assumido no passado e que se relaciona a uma receita no futuro. Tenho por irrelevante, para a solução do caso concreto, que a alienante (LATAM) tenha apurado ganho de capital e recolhido o imposto correspondente, conforme afirma a recorrente.

O seguinte excerto das contrarrazões apresentadas pela PGFN (fl. 756, grifos no original) segue essa mesma linha:

Portanto, de acordo com a melhor doutrina sobre o tema, conclui-se que, **sem a aquisição de uma rentabilidade inédita não há como haver o registro contábil de um ágio**, e, assim, ter a sua amortização. **Em termos econômicos**, o registro de um ágio se justifica em face da **aquisição pela empresa de uma riqueza que antes ela não tinha**. Por exemplo, no caso do ágio pautado na rentabilidade de um investimento, **a razão econômica que justifica o seu registro é o fato de a investidora ter adquirido um fluxo futuro que antes ela não possuía**. Assim, de acordo com a Lei nº 9.532/1997, ao adquirir uma **rentabilidade que antes pertencia a terceiros**, o correspondente ágio poderá ser deduzido caso a pessoa jurídica detentora de tal rentabilidade incorpore (ou seja incorporada pela) sua adquirente. Dessa forma, a dedutibilidade do ágio é pautada na **presunção da perda da rentabilidade adquirida de terceiros**.

Vale ressaltar, por oportuno, que tal exigência não necessita estar prevista em lei, **pois decorre do próprio conceito de aquisição**. Isso porque, caso a rentabilidade (ou outro fundamento econômico de um ágio) adquirida por uma empresa não seja de terceiros, será dela mesma, e sendo própria não há como haver aquisição, pois **não é possível alguém adquirir algo que já é seu**.

No caso concreto, como visto, as operações societárias foram integralmente realizadas dentro do grupo econômico (Grupo UTC), em curto espaço de tempo, com transferência de valores entre empresas do grupo, sendo que, ao final das operações, alcançou-se um alegado objetivo empresarial (mudança do controle da EOL do ramo estadunidense para o ramo francês). A única outra alteração foi a apropriação e amortização de “ágio” e consequente redução do resultado tributável da EOL. O “ágio” assim criado, registrado e amortizado é artificial, não corresponde a uma mais-valia surgida em operações de mercado entre partes livres e independentes e confirmada mediante seu pagamento. Não se pode admitir que o cumprimento de um alegado objetivo empresarial interno tenha o condão de produzir um fato capaz de reduzir as bases tributáveis, sem que qualquer nova riqueza tenha sido criada ou algum custo de fato assumido para a aquisição de riqueza externa. *(destaques do original)*

Depreende-se, a partir da defesa apreciada no paradigma, que a decisão nele expressa é convergente com o recorrido, ao afirmar que *o registro do ágio somente se justifica como forma de recuperação de um custo assumido no passado e que se relaciona a uma receita no futuro, tendo por irrelevante, para a solução do caso concreto, que a alienante (LATAM) tenha apurado ganho de capital e recolhido o imposto correspondente*. Este aspecto também foi irrelevante para a conclusão de indedutibilidade das amortizações de ágio, afirmada no voto vencedor do acórdão recorrido, que inclusive ressaltou que *o ganho de capital pago na operação ocorreu como um efeito colateral para dar a aparência de normalidade à operação realizada*.

A solução divergente somente é alcançada no recorrido porque, nestes autos, houve pedido subsidiário de compensação dos tributos pagos pela controladora, distintamente do alegado no paradigma. Veja-se, inclusive, que para deferir esta parcela, o voto condutor do acórdão recorrido exterioriza sua interpretação acerca de outro ponto da legislação tributária, que não é tangenciada no paradigma, qual seja, *a necessidade de transferência dos ativos a valor contábil pela controladora, o que acarretaria na inexistência de ganho de capital a recolher.*

A ausência de interpretação da legislação tributária correspondente no paradigma resta patente quando se vê a argumentação de mérito da PGFN para restabelecer a parcela exonerada pelo acórdão recorrido:

Ora, o valor que justifica o registro do ganho continua a existir na controladora, mesmo com o reconhecimento de que o ágio é indedutível, pois se **trata de reavaliação da participação societária a qual, se fosse feita de forma direta, geraria um ganho de capital passível de tributação na controladora, nos termos do art. 438 do RIR/99**, e nenhuma despesa dedutível na controlada. *(destacou-se)*

Ao analisar a repercussão do ganho de capital da “alienante” apenas sob a ótica da legitimação, ou não, do ágio amortizado, o outro Colegiado do CARF não adentrou à repercussão, na apuração da “alienante”, do entendimento firmando naquela ótica, e assim não exteriorizou qualquer interpretação da legislação tributária que determina a apuração do ganho de capital em tais circunstâncias, elemento essencial para se cogitar de algum recolhimento indevido como consequência da indedutibilidade das amortizações de ágio.

Com respeito ao paradigma nº 1302-002.568, o tema foi assim abordado no voto vencedor do Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado:

Por fim, no que concerne a alegação de que teria sido pago inclusive ganho de capital sobre as operações, adota a fundamentação da DRJ, que afastou qualquer efeito concreto quanto aos fundamentos da discussão em tela, verbis:

86. Quanto ao Mandado de Segurança nº 2005.33.00.018586-0 impetrado na Justiça Federal de Salvador pela empresa Griffin contra o Delegado da Receita Federal em Camaçari, os documentos de fls. 1.205 a 1.293 confirmam que seu objeto é imposto de renda incidente sobre eventual ganho de capital auferido pelos controladores estrangeiros nas operações societárias ocorridas em 2005 no Brasil, conforme esclarecido pelas autoridades autuantes (item 134 de fl. 17.983) e não contestado pela impugnante, que apenas afirmou que ao propor referida ação e depositar judicialmente agiu de forma conservadora. Assim, como o objeto deste Mandado de Segurança, que foi denegado em primeira instância, é distinto, seu resultado em nada afetará a lide contida nos presentes autos administrativos.

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso quanto à glosa da amortização do ágio

Também aqui vale a reprodução do relato das razões de defesa examinadas no paradigma, lá registradas mediante transcrição da decisão de 1ª instância:

5.44. o fato de o grupo Du Pont ter adotado uma série de operações intermediárias para atingir a consolidação final das empresas não altera a absoluta validade e legalidade dos efeitos gerados na reorganização societária, pois todos os passos adotados foram compatíveis e estritamente relacionados ao objetivo final das operações;

5.45. a justificativa de que a impugnante efetuou as operações com o único fim de auferir benefícios fiscais é incorreta, pois, ao decidir unificar as empresas em uma só entidade para reduzir os custos envolvidos em seu gerenciamento, produção e distribuição de caixa, optou por perder prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas acumulados das empresas incorporadas da ordem de 331,5 milhões de reais;

5.46. a título demonstrativo, junta cópia do recibo de entrega da DIPJ ano-calendário 2005 da empresa Du Pont Performance Coatings S/A e de sua ficha 56 A que contém o saldo de base de cálculo negativa de CSLL (fls. 236 a 238);

5.47. “não obstante isso, no momento em que se constatou que poderia haver discussão com relação à posição adotada, a Fiscalizada ajuizou o Mandado de Segurança nº 2005.33.00.0185860 perante a Justiça Federal de Salvador (BA), no qual efetuou o depósito judicial referente ao Imposto de Renda sobre Ganho de Capital supostamente devido na operação para evitar qualquer cobrança, no valor de R\$176.156.620,82 (...), demonstrando que a Fiscalizada agiu de forma conservadora”;

Esclareça-se, por oportuno, que na reunião de fevereiro/2024, este Colegiado acordou em admitir este mesmo paradigma - 1302-002.568 – para caracterização de dissídio jurisprudencial semelhante ao aqui suscitado pela PGFN. Contudo, o recurso especial fazendário havia sido dirigido contra decisão exarada em face da mesma operação, admitindo não apenas a dedução do imposto pago - no caso retenção na fonte por atualização de valor de investimento estrangeiro no Brasil – mas sim a redução das bases tributáveis apuradas com a glosa da amortização do ágio interno pelo valor do ganho de capital submetido a tributação. Assim, compreendeu-se que a decisão do paradigma nº 1302-002.568 caracterizaria divergência jurisprudencial por negar qualquer efeito à alegada apuração de ganho de capital no reverso do reconhecimento do ágio interno cujas amortizações foram glosadas, mormente tendo em conta que o tributo incidente sobre o ganho de capital havia sido depositado judicialmente.

No presente caso, a abordagem do paradigma nº 1302-002.568 é insuficiente para caracterizar a divergência em face de operação na qual, inclusive, o Colegiado *a quo* firmou a necessária transferência do investimento a valor contábil entre as empresas do mesmo grupo no Brasil. À semelhança do paradigma anterior, vê-se que o outro Colegiado do CARF não foi provocado a decidir quanto à possibilidade de aproveitamento do tributo pago pela controladora, o que necessariamente exigiria manifestação acerca do procedimento por ela adotado para determinação das bases tributáveis, com vistas à averiguação do indébito passível de aproveitamento com os tributos devidos em razão da amortização fiscal do ágio na investida.

Em tais circunstâncias, 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 inexistir 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 nº 9101-002.239, 9202-003.903 e 9303-004.148, reproduzindo entendimento há muito consolidado administrativamente, consoante Acórdão CSRF nº 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 nevralgico 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.

Subsidiariamente esta Conselheira adicionou que, caso se vislumbraresse dissídio jurisprudencial acerca da existência, ou não, de ganho de capital e de consequente recolhimento indevido na parte reversa da operação que enseja o ágio cujas amortizações foram glosadas, caberia notar que a PGFN deduz argumentos subsidiários de mérito sem a demonstração do correspondente dissídio jurisprudencial, quando passa a discorrer sobre a vedação legal à *compensação de débitos próprios com crédito de terceiros*. Assim, esta segunda vertente argumentativa contaria com óbices adicionais para negativa de seu conhecimento. Contudo, bastou a primeira vertente argumentativa para se concluir pela impossibilidade de conhecimento do recurso fazendário.

Deve ser NEGADO CONHECIMENTO, portanto, ao recurso especial da PGFN. *(destaques do original)*

Ocorre que no paradigma nº 1402-001.080 não tratou de exclusão de ofício do referido ganho de capital, mas sim de questionamento trazido pelo sujeito passivo onerado com a tributação deste ganho, e que apontou a glosa da amortização fiscal do correlato ágio interno em face de outras pessoas jurídicas do grupo. Assim é situada a questão no paradigma:

Em face dos benefícios para parcelamento de débitos tributários estabelecidos na Lei 11.941/2009, as empresas cuja amortizações de ágios foram glosadas, apresentaram desistência parcial dos respectivos recursos, quanto as exigências relativas a essas glosas, restando em litígio, basicamente, a tributação do ganho de capital e a exigência da multa de ofício isolada por falta de recolhimento da estimativa, exigida em concomitância com a multa proporcional de ofício.

No presente processo, não há desistência haja vista que a CONTROLPAV não realizou amortização de ágio e sim diferiu o ganho de capital que teria obtido na integralização das ações da EMPATE, com ágio, na empresa veículo PROLUS, que posteriormente foi incorporada pela própria EMPATE para amortização do ágio.

Assim, tem-se em litígio as seguintes matérias

- 1) Tributação do Ganho de Capital em face da integralização das ações da EMPATE na empresa PROLUS, cujo diferimento com fulcro no art. 36 da Lei 10.637/2002 foi considerado irregular pela Fiscalização.
- 2) Multa de ofício isolada em razão da insuficiência de recolhimento de estimadas, afluída com a tributação do referido ganho de capital em novembro/2005.

Assim, ainda que se vislumbre o prequestionamento da matéria sob a ótica antes apontada, o paradigma indicado não apresenta a necessária similitude para caracterização do dissídio jurisprudencial suscitado, razão pela qual esta Conselheira também acompanha a I. Relatora em sua conclusão de CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial da Contribuinte, com respeito à 1ª e a 2ª matérias com seguimento.

No mérito, vale recordar que o art. 18, §3º do Decreto nº 70.235/72, citado pelo Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto na decisão que suscitou a divergência solucionada no paradigma nº 9101-006.847, foi regulamentado pelo art. 41 do Decreto nº 7.574/2011, para fixar que a correção de *incorrekções, omissões ou inexatidões*, que resultem em *inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência*, somente é possível se houve apuração incorreta da base de cálculo ou na inclusão de *matéria devidamente identificada*, bem como em decorrência da constatação de fatos novos, ou subtraídos ao conhecimento da autoridade lançadora:

Art. 41. Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias realizados no curso do processo, forem verificadas incorrekções, omissões ou inexatidões, de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será efetuado lançamento complementar por meio da lavratura de auto de infração complementar ou de emissão de notificação de lançamento complementar, específicos em relação à matéria modificada (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 18, § 3º , com a redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993, art. 1º).

§ 1º O lançamento complementar será formalizado nos casos:

I - em que seja aferível, a partir da descrição dos fatos e dos demais documentos produzidos na ação fiscal, que o autuante, no momento da formalização da exigência:

- a) apurou incorretamente a base de cálculo do crédito tributário; ou
- b) não incluiu na determinação do crédito tributário matéria devidamente identificada; ou

II - em que forem constatados fatos novos, subtraídos ao conhecimento da autoridade lançadora quando da ação fiscal e relacionados aos fatos geradores objeto da autuação, que impliquem agravamento da exigência inicial.

§ 2º O auto de infração ou a notificação de lançamento de que trata o caput terá o objetivo de:

- I - complementar o lançamento original; ou
- II - substituir, total ou parcialmente, o lançamento original nos casos em que a apuração do quantum devido, em face da legislação tributária aplicável, não puder ser efetuada sem a inclusão da matéria anteriormente lançada.

§ 3º Será concedido prazo de trinta dias, contados da data da ciência da intimação da exigência complementar, para a apresentação de impugnação apenas no concernente à matéria modificada.

§ 4º O auto de infração ou a notificação de lançamento de que trata o caput devem ser objeto do mesmo processo em que for tratado o auto de infração ou a notificação de lançamento complementados.

§ 5º O julgamento dos litígios instaurados no âmbito do processo referido no § 4º será objeto de um único acórdão.

No presente caso, como se vê, a autoridade lançadora tinha conhecimento de todas as circunstâncias envolvidas na operação societária analisada, mas deixou de apontar, como vício em parcela do ágio amortizado, a sua formação entre partes relacionadas. Ao contrapor essa constatação à Contribuinte apenas no julgamento do recurso voluntário, o Colegiado *a quo* acabou por cercear o direito de defesa da autuada, que somente dispôs dos embargos de declaração para deduzir seus argumentos contra esta imputação.

Na obra de Thais de Laurentis⁶, citada pela I. Relatora, foi referido o Acórdão nº 1101-000.906, conduzido por voto desta Conselheira, de cuja ementa destaca-se:

OMISSÃO DE RECEITAS. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS CONTÁBEIS. Em face da legislação em vigor, a não apresentação da escrituração contábil impossibilita a determinação do lucro real pelo Fisco, e a imputação de omissão de receitas somente se sustenta sob as regras do lucro arbitrado. REDUÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO AO VALOR DEVIDO NA SISTEMÁTICA DO LUCRO ARBITRADO.

⁶ LAURENTIIS, Thais De. Mudança de critério jurídico pela administração tributária: regime de controle e garantia do contribuinte. São Paulo: IBDT, 2022.

INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. A adequação do valor exigido à sistemática de apuração do lucro arbitrado não é possível na fase de julgamento por depender da definição dos coeficientes de presunção do lucro e da indicação de outros fundamentos legais para a exigência.

Tratava-se, ali, de exigência de IRPJ e CSLL formulada na sistemática do lucro real trimestral, bem como de Contribuição ao PIS e de Cofins na sistemática não-cumulativa, mas em face de procedimento fiscal no qual não houve a apresentação da escrituração contábil. A autoridade julgadora de 1ª instância compreendeu, corretamente, que o lucro deveria ser arbitrado, e que as contribuições sobre o faturamento deveriam ser calculadas na sistemática cumulativa, mas reduziu a exigência em procedimento reformado nos seguintes termos do voto desta Conselheira:

Esta Conselheira entende que não é possível promover, apenas, a redução do crédito tributário lançado em tais circunstâncias.

Isoladamente, a maior parte dos argumentos expostos no voto condutor da decisão recorrida e sob reexame são irrefutáveis: o arbitramento é apenas forma de apuração e não constitui penalidade; o arbitramento apenas afeta o critério quantitativo da regra matriz de incidência; constatada incorreção no dimensionamento da base de cálculo do tributo, o julgador pode diminuí-la; utilizadas as mesmas receitas consideradas omitidas não há imputação de nova infração.

Todavia, não há como afastar a hipótese de cerceamento do direito de defesa dos autuados. Embora os impugnantes tenham argumentado que o lucro deveria ter sido arbitrado, observa-se que para assim proceder a autoridade julgadora estipulou que o coeficiente de arbitramento para determinação da base de cálculo do IRPJ seria 9,6%, apontando o enquadramento legal correspondente (artigo 15, caput c/c artigo 16 da Lei nº 9.249/95), e para a CSLL de 12%, *nos termos do artigo 20 da mesma lei*. De forma semelhante, ao estipular os novos valores devidos a título de Contribuição ao PIS e de COFINS, especificou o novo enquadramento legal da exigência: art. 8º das Leis nº 9.715/98 e 9.718/98.

Assim, não se trata de mera redução de base de cálculo (no caso do IRPJ e da CSLL) ou de adequação da alíquota (no caso da Contribuição do PIS e da COFINS). A autoridade julgadora de 1ª instância inovou a exigência ao também alterar o enquadramento legal que, como se vê nos autos de infração de fls. 370/413, é distinto do que restou assim afirmado.

Veja-se, aliás, que a exigência de IRPJ e de CSLL aponta como fundamento legal o art. 24 da Lei nº 9.249/95, o qual estabelece em seu *caput* que, *verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão*. E, para afirmar que a contribuinte submetia-se, nos períodos fiscalizados às regras do lucro arbitrado, a autoridade julgadora também teve de invocar, como

fundamento da exigência remanescente, o art. 47 da Lei nº 8.981/95 (que fundamenta o art. 530 do RIR/99, antes citado), escolhendo, dentre as oito hipóteses ali enunciadas, aquelas contidas nos incisos III e VII do dispositivo legal.

Impossível afirmar, em tais circunstâncias, que a contribuinte não teria o direito de debater nas duas instâncias administrativas de julgamento o coeficiente adotado para arbitramento dos lucros e o enquadramento legal determinante das formas de apuração adotadas na decisão recorrida. Veja-se, aliás, que a adequação do crédito tributário exigido foi viável porque a contribuinte apresentou DIPJ com apuração trimestral do lucro real, coincidente com a periodicidade do lucro arbitrado. Em situação outra, na qual a opção original da contribuinte fosse o lucro real anual, sendo esta observada pela Fiscalização no lançamento, a adequação da forma de tributação ensejaria, inclusive, débitos com vencimentos anteriores àquele inicialmente estabelecido no lançamento.

Por sua vez, o paradigma invocado pela decisão recorrida e sob reexame afirmou, a partir do questionamento acerca da credibilidade de uma contabilidade que declararia receitas de apenas R\$ 981.503,60, contra depósitos bancários de origem não comprovada no valor de R\$ 9.027.296,60, que o art. 47, inciso II da Lei nº 8.981/95 determinaria o arbitramento do lucro porque a escrituração era *imprestável para identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária*, assim representando uma imposição e não mera faculdade. Reputando inquestionável a hipótese de arbitramento, o voto condutor propôs a redução da base tributável do IRPJ e da CSLL a 9,6% da receita apurada, sem debater a possibilidade de alteração da forma de apuração do lucro inicialmente adotada pela autoridade lançadora.

Diante destas circunstâncias, esta Conselheira mantém seu posicionamento anterior, no sentido de que não observada a forma de apuração imposta pela lei para apuração do lucro tributável, bem como para exigência da Contribuição ao PIS e da COFINS, a exigência deve ser considerada improcedente, devendo ser mantida a exoneração procedida pela autoridade julgadora de 1ª instância e exonerado o remanescente por ela mantido.

Esclareça-se que esta Conselheira concorda com a exoneração do crédito tributário promovida na decisão de 1ª instância, e apenas diverge de seu fundamento. Logo, a conclusão da decisão de 1ª instância, neste ponto sob reexame, está correta, devendo ser negado provimento ao recurso de ofício.

Esta temática, inclusive, foi recentemente sumulada por esta 1ª Turma:

Súmula CARF nº 192

Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em sessão de 20/06/2024 – vigência em 27/06/2024

É defeso à autoridade julgadora alterar o regime de apuração adotado no lançamento do IRPJ e da CSLL, de lucro real para lucro arbitrado, quando configurada hipótese legal de arbitramento do lucro.

Acórdãos Precedentes: 9101-006.829; 9101-006.506; 9101-006.189; 9101-005.429

Pertinente complementar, ainda, a abordagem de Thais de Laurentis⁷ acerca daquela decisão:

Essas afirmações a respeito da aplicação do art. 146 no curso do PAF - enquanto mais uma das normas que compõem a garantia intraprocessual contra mudança de critério jurídico pela Administração Tributária - parece, à primeira vista, contradizer o quanto disposto no art. 18, § 3º, do Decreto n. 70.235/1972, cujo fundamento é a combinação dos arts. 145, III, e 149, I, do CTN, quando fala da possibilidade de agravamento do auto de infração, inclusive mediante a inovação ou a alteração dos fundamentos legais da exigência. Veja-se o texto:

Art. 18. [...]

§ 3º Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias, realizados no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada.

Sabendo da necessidade de observância da lei complementar, haja vista a competência que lhe foi outorgada pela Constituição Federal de estabelecer normas gerais de Direito Tributário, especialmente sobre o lançamento (art. 146, III, *b*, da CF/1988)⁸, MARIA TERESA MARTINEZ LÓPEZ e MARCOS VINÍCIUS NEDER⁹ esclarecem que:

Agravar significa tornar pior, mais grave, mais pesado, exacerbar. Luiz Henrique Barros de Arruda escreve, com muita propriedade, que "O termo agravar, na acepção do Decreto n. 70.235/72, não significa apenas tornar a exigência mais onerosa, mas compreende também modificar os argumentos que a suportam ou seus fundamentos, a exemplo do que requer a lavratura de auto de infração ou notificação de lançamento complementar, nos termos do artigo 18, parágrafo terceiro." Só quem pode constituir o crédito tributário por meio do lançamento é quem possui a competência para, em exames posteriores, realizá-los no curso do processo, verificadas incorreções, omissões ou inexatidões, proceder ao agravamento da exigência fiscal.

Esta autorização funda-se na regra geral de revisão de ofício do lançamento prevista pelo artigo 149 do CTN que adotou, no regime do Decreto n. 70.235/72, a denominação de agravamento.

Citando AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO, os autores admitem que no controle administrativo comporta-se a possibilidade de *reformatio in pejus* pela

⁷ *Op. cit.*, p. 249-252.

⁸ "Art. 146. Cabe à lei complementar: [...] III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...] b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; [...]."

⁹ LOPEZ, Maria Teresa Martinez; NEDER, Marcos Vinícius. *Processo Administrativo Fiscal Federal comentado*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 319.

Administração e a deliberação sobre questões não suscitadas anteriormente¹⁰. O art. 64, parágrafo único, da Lei n. 9.784/1999 também traz previsão desse gênero. Mas o importante é que o agravamento sempre vai se dar nas balizas traçadas pelo art. 149 do CTN e, portanto, sem excluir os limites estabelecidos pela própria lei complementar. Ou seja, nas palavras de MARIA TERESA LÓPEZ e MARCOS NEDER, tanto o limite temporal (não decorrido o prazo de decadência, conforme o art. 149, parágrafo único) quanto a “substância da alteração” (vedação a “variações opinativas dos órgãos fazendários”)¹¹ devem ser respeitados. E mais importante: sempre deverá ser devolvido o direito ao contraditório ao contribuinte em caso de agravamento. Eis aí o ponto que torna o art. 18, §3º - muito bem regulado pelo art. 41 do Decreto n. 7.574./2011¹² – compatível com a ordem constitucional e com a lei complementar, bem como o coloca claramente como mais um dispositivo que com põe a garantia contra mudança de critério jurídico na modalidade intraprocessual, a qual, como dito no início deste item, tem como espinha dorsal o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Numa síntese: mesmo nas hipóteses em que é possível a alteração do lançamento, algumas condições devem ser observadas. A primeira de caráter temporal: a decadência. Em segundo lugar, aparecem as condições de caráter processual, a ampla defesa e o contraditório. Finalmente, como terceira condição, tem-se a de caráter material, na qual encontra-se a lista taxativa de hipóteses em

¹⁰ Na prática, será lavrado auto de infração complementar para tanto, o qual passará a ser parte integrante do lançamento original. Não será, necessariamente, um novo lançamento. Mas existe situação diversa, na qual o lançamento original é completamente anulado pelo auto complementar, substituindo-o em sua integralidade, haja vista que o art. 149 do CTN, "ao conceder a autorização para a administração rever seus atos, outorgou, implicitamente, por consequência lógica, a competência para também anulá-los" (LOPEZ, Maria Teresa Martinez; NEDER, Marcos Vinícius. Processo Administrativo Fiscal Federal comentado. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 321).

¹¹ LOPEZ, Maria Teresa Martinez; NEDER, Marcos Vinícius. Processo Administrativo Fiscal Federal comentado. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 322.

¹² Art. 41. Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias realizadas no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões, de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será efetuado lançamento complementar por meio da lavratura de auto de infração complementar ou de emissão de notificação de lançamento complementar, específicos em relação à matéria modificada. § 1º O lançamento complementar será formalizado nos casos: I - em que seja aferível, a partir da descrição dos fatos e dos demais documentos produzidos na ação fiscal, que o autuante, no momento da formalização da exigência: a) apurou incorretamente a base de cálculo do crédito tributário; ou b) não incluiu na determinação do crédito tributário matéria devidamente identificada; ou II - em que forem constatados fatos novos, subtraídos ao conhecimento da autoridade lançadora quando da ação fiscal e relacionados aos fatos geradores objeto da autuação, que impliquem agravamento da exigência inicial. § 2º O auto de infração ou a notificação de lançamento de que trata o caput terá o objetivo de: I - complementar o lançamento original; ou II - substituir, total ou parcialmente, o lançamento original nos casos em que a apuração do quantum devido, em face da legislação tributária aplicável, não puder ser efetuada sem a inclusão da matéria anteriormente lançada. § 3º Será concedido prazo de trinta dias, contados da data da ciência da intimação da exigência complementar, para a apresentação de impugnação apenas no concernente à matéria modificada. § 4º O auto de infração ou a notificação de lançamento de que trata o caput devem ser objeto do mesmo processo em que for tratado o auto de infração ou a notificação de lançamento complementados. § 5º O julgamento dos litígios instaurados no âmbito do processo referido no § 4º será objeto de um único acórdão."

que pode ocorrer a revisão de ofício do lançamento (art. 149, VIII e IX, do CTN)¹³, bem como a vedação de alteração retroativa de critério jurídico (art. 146 do CTN)¹⁴.

Todas essas limitações compõem a garantia contra mudança de critério jurídico pela Autoridade Tributária em sua modalidade intraprocessual.

Assim, especialmente diante do prejuízo ao direito de defesa da Contribuinte, esta Conselheira, concorda com a I. Relatora em DAR PROVIMENTO ao seu recurso especial, restando prejudicado o exame de mérito da 2ª matéria.

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa

¹³ ALBERTO XAVIER bem observa que, dos incisos do art. 149 do CTN, apenas os incisos VIII e IX se referem a um lançamento anterior, veiculando verdadeiras hipóteses de revisão de lançamento (XAVIER, Alberto. Do lançamento tributário: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 241). No mesmo sentido: DIAS, Karem Jureidini. Fato tributário: revisão e seus efeitos jurídicos. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 57, e MIRANDA, Túlio Terceiro Neto Parente. Revisão do lançamento tributário: hipóteses e limites. 2021. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021, p. 132

¹⁴ VELLOSO, Andrei Pitten. Modificação de critério jurídico nos lançamentos tributário. In: GOMES, Marcus Lívio; OLIVEIRA, Francisco Marconi de (coord.). Estudos tributários e aduaneiros do III Seminário Carf. Brasília: [s.n.], 2018, p. 17-18.