MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

DOCUMENTO VALIDADO

PROCESSO	**11080.744590/2019-78**
ACÓRDÃO	9101-007.436 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	10 de setembro de 2025
RECURSO	ESPECIAL DO PROCURADOR
RECORRENTE	FAZENDA NACIONAL
INTERESSADO	BRINOX METALURGICA S/A EM RECUPERACAO JUDICIAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2013

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.

O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que detém o investimento pela empresa investida (incorporação reversa).

O uso de holding para adquirir participação societária com ágio e, posteriormente, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o seu aproveitamento fiscal, não caracteriza, por si só, simulação, de modo que resta indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes.

A tese fazendária do "real adquirente", que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal.

COMPRA ALAVANCADA. JUROS PAGOS NA EMISSÃO DE DEBÊNTURES. DEDUTIBILIDADE MESMO APÓS INCORPORAÇÃO.

As despesas com juros pagos na emissão de debêntures emitidas para a captação dos recursos a serem aplicados em aquisições de participações societárias, são dedutíveis da base de cálculo do imposto, inclusive pela incorporadora na qualidade de sucessora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. No mérito, por maioria de votos, acordam em negar provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Edeli Pereira Bessa e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, que davam provimento ao recurso com retorno ao colegiado a quo. Votaram pelas conclusões, quanto ao conhecimento, a Conselheira Edeli Pereira Bessa, e, quanto ao mérito, os Conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os Conselheiros Edeli Pereira Bessa e Luiz Tadeu Matosinho Machado.

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli – Relator

Assinado Digitalmente

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente

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

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial (fls. 7.037/7.108) interposto pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional ("PGFN") em face do Acórdão nº **1201-006.188** (fls. 6.936/7.035), o qual negou provimento ao recurso de ofício e deu provimento ao recurso voluntário com base na seguinte ementa:

> **ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ**
>
> Ano-calendário: 2013
>
> AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. A LEI 9.532/97
>
> A Lei 9.532/97 permite ao contribuinte adquirir participações societárias mediante a interposição de empresas veículo, assegurando-lhe a amortização fiscal do ágio, inexistindo razões para demonizar sua utilização. A opção pela

DOCUMENTO VALIDADO

Original

realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio. Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intenção, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si. O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito.

JUROS PAGOS NA EMISSÃO DE DEBÊNTURES. DEDUTIBILIDADE.

As despesas com juros pagos na emissão de debêntures emitidas para a captação dos recursos a serem aplicados em aquisições de participações societárias, são dedutíveis da base de cálculo do imposto (art. 374 do RIR/99 e art. 31 da Lei nº 11.727/2008).

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INTERESSE COMUM NO FATO GERADOR. INFRAÇÃO À LEI. EXCESSO DE PODERES. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

Não caracterizada a existência de interesse comum no fato gerador entre terceiras pessoas e a autuada, bem como não comprovado infringência a dispositivos de lei ou atos praticados com excesso de poderes, nos termos dos arts. 124 e 135 do CTN, é de se manter a exclusão da responsabilização tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: (i) por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e (ii) por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário; vencidos os Conselheiros Efigênio de Freitas Júnior, Fábio de Tarsis Gama Cordeiro e José Eduardo Genero Serra, que davam parcial provimento ao recurso, para exonerar a qualificação da multa de ofício e para exonerar a imputação de responsabilidade tributária. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os Conselheiros Fredy José Gomes de Albuquerque, Alexandre Evaristo Pinto e Neudson Cavalcante Albuquerque.

Em resumo, o presente processo cuida de autos de infração para exigência de IRPJ e CSLL, acrescidos de juros e multas (qualificada e isolada sobre as estimativas apuradas), relativamente ao ano-calendário de 2013.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Também foi imputada responsabilidade tributária a terceiros pelas exigências formalizadas.

As autuações fiscais foram motivadas pela dedução indevida de despesas com amortização de ágio na aquisição de participações societárias e também de despesas financeiras decorrentes de debêntures emitidas para a captação de recursos destinados a financiar a aquisição dessas participações.

Mais precisamente, as operações societárias que resultaram nas despesas glosadas podem ser assim resumidas:

- No ano de 2011, o Grupo Southern Cross, um dos maiores grupos de *private equity* da América Latina, deu início às tratativas para a aquisição da sociedade Brinox (ora Recorrida).

- A despeito de o Grupo Southern Cross ser cotista do SCG II Fundo de Investimento em Participações ("SCG II FIP"), domiciliado no Brasil, entendeu-se que a aquisição direta da participação na Brinox por esse fundo de investimento não seria a alternativa mais adequada, uma vez que poderia trazer limitações quanto a: (i) captação de recursos de terceiros; (ii) prestação de garantia; (iii) limitação da responsabilidade/dos riscos dos cotistas; e (iv) liberdade de negociação.

- Sob tal justificativa, o Grupo Southern Cross optou pela aquisição por meio das sociedades holding Celle e, indiretamente, a Rio Jari, ambas residentes no Brasil.

- Em **18/05/2011**, foi celebrado o Contrato de Compra e Venda de Quotas entre a Celle e os vendedores, para a aquisição de 90% do capital social da Recorrida, no contexto da chamada *compra alavancada* ("*leveraged buyout*" ou "LBO"). Nesta mesma data, foi emitida Cédula de Crédito Bancário ("CCB") pela Celle, no valor nominal total de R$ 80 milhões, posteriormente substituída por debêntures simples, não conversíveis em ações, também emitidas pela Celle.

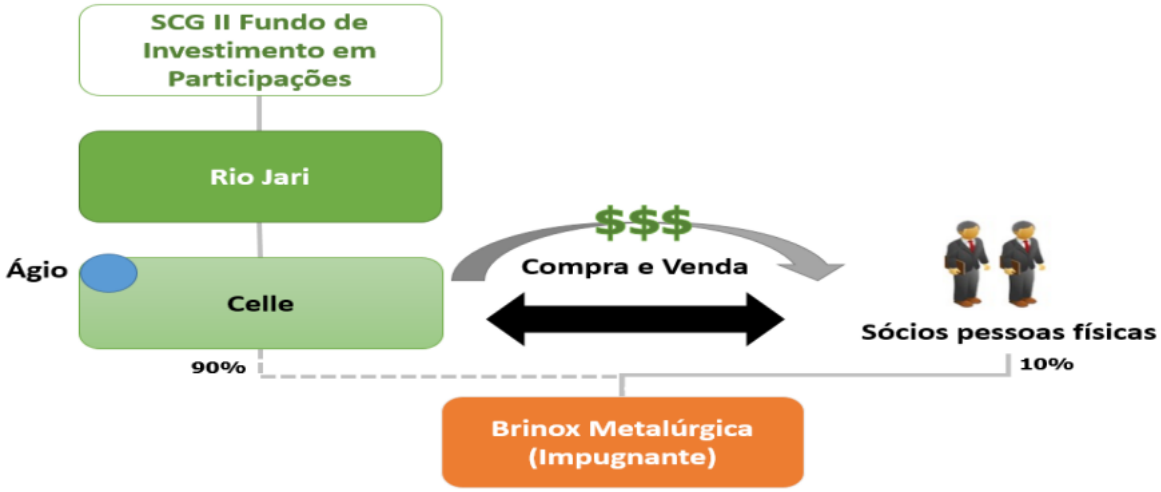
- Ato contínuo (**19/05/2011**), e a fim de operacionalizar e finalizar a aquisição acordada, foram aprovados os seguintes atos societários:

> ✓ Aumento de capital da Rio Jari, de R$ 800,00 para R$ 202.434.245,00, integralmente subscrito e integralizado pelo SCG II FIP, fundo sediado no Brasil;
>
> e ✓ Aumento de capital da Celle, de R$ 500,00 para R$ 202.343.945,00, integralmente subscrito e integralizado pela Rio Jari.

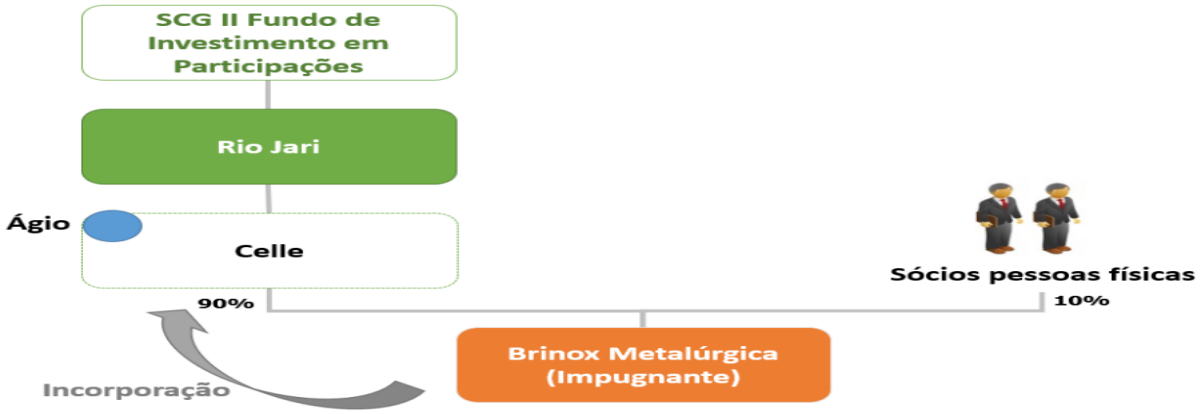
- Feito isso, a Celle passou a deter a integralidade dos recursos que seriam utilizados para a aquisição do controle da Brinox: (i) R$ 200 milhões originários do aporte de capital do SCG II FIP na Rio Jari; e (ii) R$ 80 milhões decorrentes da captação de recursos no mercado:

DOCUMENTO VALIDADO

- Após a aquisição, a Celle desdobrou o custo em (i) investimento por equivalência patrimonial no valor de R$ 51.099.295,64; e (ii) ágio no valor de R$ 228.800.704,36, posteriormente ajustado para R$ 219.768.064,47:



- Em seguida (30/08/2011), houve a incorporação da Celle pela Recorrida, iniciando-se a amortização fiscal do ágio em conjunto com as despesas financeiras oriundas das debêntures:



DOCUMENTO VALIDADO

Após apresentação de defesas, foi proferida decisão de primeira instância que julgou parcialmente procedentes as impugnações, para fins de: manter integralmente as exigências de IRPJ e de CSLL pertinentes à infração relativa à amortização do ágio; exonerar as exigências de IRPJ e de CSLL pertinentes à infração relativa à dedução de despesas financeiras com debêntures; manter a qualificação da multa de ofício; manter as multas isoladas exigidas, ressalvado o cancelamento parcial dos valores em virtude do cancelamento da segunda infração; e manter a responsabilidade tributária das pessoas lá especificadas, excluindo a responsabilidade tributária de outras pessoas.

Em razão dos valores exonerados, houve recurso de ofício. Os sujeitos passivos também recorreram da decisão de primeira instância.

A decisão de segunda instância (acórdão ora recorrido), por sua vez, negou provimento ao recurso de ofício e deu provimento aos recursos voluntários dos sujeitos passivos, para afastar as infrações e exonerar todas as exigências formalizadas.

Intimada dessa decisão, a PGFN interpôs o recurso especial, o qual foi admitido nos seguintes termos (fls. 7.112/7.129):

> [...]
>
> Nesta fase de recurso especial, a PGFN alega que houve divergência na interpretação da legislação tributária quanto ao que se decidiu sobre as seguintes matérias:
>
> 1- Da possibilidade de amortização do ágio; e
>
> 2- Da dedução das despesas financeiras. O exame de admissibilidade será feito separadamente para cada um dos tópicos acima.
>
> **1- Da possibilidade de amortização do ágio.**
>
> Para a demonstração da alegada divergência, foram apresentados os seguintes argumentos:
>
> [...]
>
> Vê-se que os paradigmas apresentados, Acórdãos nºs 1302-003.474 e 9101-002.962, constam do sítio do CARF, e que eles não foram reformados na matéria que poderia aproveitar à recorrente.
>
> Além disso, esses paradigmas servem para a demonstração da alegada divergência jurisprudencial em relação ao acórdão recorrido.
>
> Realmente, há similitude fática entre os casos cotejados, e as decisões foram divergentes.
>
> Tanto no recorrido quanto nos paradigmas, os julgadores se ocuparam em examinar questão sobre a possibilidade de dedução de despesas de amortização de ágio pago com dinheiro vindo do exterior, no contexto de discussões sobre a

DOCUMENTO VALIDADO

figura do real adquirente (real investidor), a utilização de empresa veículo, a ocorrência ou não da confusão patrimonial que autorizaria a dedução do ágio, etc.

Diversamente do acórdão recorrido, os paradigmas defenderam entendimento no sentido de que não tendo havido a confusão patrimonial entre a real adquirente (real investidora) e a empresa investida, ainda que a operação envolvesse partes independentes, com efetivo pagamento do ágio, o ágio não poderia ser dedutível das bases de cálculo do IRPJ e CSLL:

Acórdão paradigma nº 1302-003.474

> [...] não importa que a operação tenha sido efetuada entre partes independentes. A previsão legal só permite que o ágio seja aproveitado pela real adquirente. Não é possível transferir para uma empresa veículo a formalidade da aquisição com o propósito preponderante de se obter a economia tributária. O negócio jurídico formalizado nessas condições não é oponível ao Fisco.

Acórdão paradigma nº 9101-002.962

> Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a uma "empresa-veículo" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

A divergência, portanto, está caracterizada. Desse modo, proponho que seja DADO SEGUIMENTO ao recurso especial da PGFN para a matéria tratada neste primeiro tópico.

2- Da dedução das despesas financeiras.

Para a demonstração da alegada divergência, foram apresentados os seguintes argumentos:

[...]

Vê-se que os paradigmas apresentados, Acórdãos nºs 1402-006.194 e 9101-004.500, constam do sítio do CARF, e que eles não foram reformados na matéria que poderia aproveitar à recorrente.

Além disso, esses paradigmas servem para a demonstração da alegada divergência jurisprudencial em relação ao acórdão recorrido.

Realmente, há similitude fática entre os casos cotejados, e as decisões foram divergentes.

Tanto no recorrido quanto nos paradigmas, os julgadores se ocuparam em examinar questão sobre a possibilidade de dedução de despesas financeiras decorrentes de debêntures emitidas para a captação de recursos destinados a financiar a aquisição de participações societárias.

DOCUMENTO VALIDADO

Diversamente do acórdão recorrido, os paradigmas defenderam entendimento no sentido de que as referidas despesas financeiras guardavam relação com interesse de terceiros, e que elas não configuravam despesas necessárias e operacionais destinadas a custear a fonte produtiva da pessoa jurídica, de modo que não poderiam ser deduzidas da base de cálculo do IRPJ e da CSLL:

Acórdão paradigma nº 1402-006.194

> O fundamentado explicitado acima evidencia a incompatibilidade entre as despesas com remuneração das debêntures e a atividade produtiva da GRÁFICA E EDITORA ANGLO, ou seja, não se tratam de despesas operacionais. Na realidade, como muito bem destacado pela autoridade fiscal, a dívida representada pelas debêntures foi contraída no exclusivo interesse dos acionistas controladores da GRÁFICA E EDITORA ANGLO, e não para custear a fonte produtiva desta pessoa jurídica.

Acórdão paradigma nº 9101-004.500

> De fato, sob a ótica da Contribuinte, não se vislumbra qualquer necessidade para as despesas financeiras advindas do empréstimo destinado à compensação de Carrefour BV pelo dispêndio promovido para aquisição do investimento na autuada. O aporte promovido por Carrefour BV foi destinados a terceiros (antigos donos do Atacadão), e os valores advindos do empréstimo motivador do registro das despesas financeiras foram restituídos a Carrefour BV, sob a justificativa de indisponibilidade de recursos de longo prazo para o investimento em questão. Logo, o beneficiário da liquidez decorrente do empréstimo foi Carrefour BV, a evidenciar ser dele, e não da autuada, nem mesmo de Korcula ou Brepa, o interesse na operação da qual decorrem as despesas glosadas.

A divergência, portanto, está caracterizada.

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

Chamados a se manifestarem, a contribuinte e os solidários ofereceram contrarrazões (fls. 7.164/7.969). Atacam o conhecimento recursal e, no mérito, pugnam pela manutenção da decisão ora recorrida.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Luis Henrique Marotti Toselli**, relator

DOCUMENTO VALIDADO

Original

CONHECIMENTO

O recurso especial é tempestivo.

Passa-se a análise do cumprimento dos demais requisitos para o conhecimento recursal, notadamente a caracterização do necessário dissídio jurisprudencial, previsto no art. 67 do Anexo II do "antigo" Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015 (RICARF/2015), bem como no art. 118 do RICARF/2023, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015, que assim dispõem:

RICARF/2015:

> Art. 67 - Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.
>
> § 1º - Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente.
>
> (...)
>
> § 8º - A divergência prevista no **caput** deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que divirjam de pontos específicos no acórdão recorrido.
>
> (...)

RICARF/2023:

> Art. 118 - Compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais, por suas Turmas, julgar recurso especial interposto contra acórdão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Câmara, Turma de Câmara, Turma Especial, Turma Extraordinária ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais.
>
> § 1º - O recurso deverá demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente.
>
> (...)
>
> § 8º - A divergência prevista no caput deverá ser demonstrada analiticamente, com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que divirjam de pontos específicos no acórdão recorrido.
>
> (...)

Como se nota, compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que

DOCUMENTO VALIDADO

lhe tenha dado outra câmara ou turma do CARF objetivando, assim, implementar a almejada "segurança jurídica" na aplicação da lei tributária.

O termo "especial" no recurso submetido à CSRF não foi colocado "à toa", afinal trata-se de uma espécie recursal específica, mais restrita do ponto de vista processual e dirigida a um Tribunal Superior que não deve ser confundido com uma "terceira instância" justamente porque possui função institucional de uniformizar a jurisprudência administrativa.

É exatamente em razão dessa finalidade típica que o principal pressuposto para conhecimento do recurso especial é a demonstração cabal, por parte da recorrente, da efetiva existência de *divergência de interpretação da legislação tributária entre o acórdão recorrido e o(s) paradigma(s)*.

Consolidou-se, nesse contexto, que a comprovação do dissídio jurisprudencial está condicionada à existência de **similitude fática** das questões enfrentadas pelos arestos indicados e a **dissonância nas soluções jurídicas** encontrada pelos acórdãos enfrentados.

É imprescindível, assim, sob pena de não conhecimento do recurso especial, que sobre uma base fática equivalente (ou seja, que seja efetivamente comparável), julgadores que compõem Colegiados distintos do CARF tenham proferido decisões conflitantes sobre uma mesma matéria.

Como, aliás, já restou assentado pelo Pleno da CSRF[1], "a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identifiquem ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles".

E de acordo com as palavras do Ministro Dias Toffolli[2], "a similitude fática entre os acórdãos paradigma e paragonado é essencial, posto que, inocorrente, estar-se-ia a pretender a uniformização de situações fático-jurídicas distintas, finalidade à qual, obviamente, não se presta esta modalidade recursal".

Trazendo essas considerações para a prática, um bom exercício para se certificar da efetiva existência de *divergência jurisprudencial* consiste em aferir se, diante do confronto entre a decisão recorrida e o(s) paradigma(s), o Julgador consegue criar a convicção de que o racional empregado na decisão tomada como *paradigma* realmente teria o potencial de reformar o acórdão recorrido, caso a matéria fosse submetida àquele outro Colegiado.

Caso, todavia, se entenda que o alegado *paradigma* não seja apto a evidenciar uma solução jurídica distinta da que foi dada pela decisão recorrida, e isso ocorre, por exemplo, na hipótese das decisões sinalizarem que as conclusões jurídicas são diversas em função de circunstâncias ou premissas fáticas dessemelhantes, e não de posição hermenêutica antagônica propriamente dita, não há que se falar em dissídio a ser dirimido nessa Instância Especial.

Pois bem.

[1] CSRF. Pleno. Acórdão n. 9900-00.149. Sessão de 08/12/2009.
[2] EMB. DIV. NOS BEM. DECL. NO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 915.341/DF. Sessão de 04/05/2018.

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

Da *primeira matéria*: "possibilidade de amortização do ágio"

De acordo com o voto condutor do acórdão recorrido:

> [...]
>
> No caso concreto, conforme amplamente relatado, um dos aspectos da acusação fiscal guerreada é a dedutibilidade ou não do ágio gerado na aquisição direta do investimento na Brinox Metalúrgica Ltda. (antiga razão social da Brinox) pela Celle SP Participações Ltda. ("Celle"), conforme se depreende do relatório fiscal:
>
> [...]
>
> Do extrato acima transcrito, **infere-se que o caso concreto se trata de do que se convencionou chamar de utilização de empresa veículo para transferência de ágio, não se questionando qualquer outro elemento do referido ágio, como a correção de sua apuração, o efetivo pagamento, controle contábil, etc.**
>
> Nesse aspecto, a possibilidade de amortização do ágio em operações que contaram com a utilização de empresa veículo tem sido assunto recorrente no âmbito do contencioso administrativo tributário, inclusive com diversas manifestações da 1ª Câmara Superior de Recursos Fiscais, entre os quais cito o acórdão n. 9101-006.486 proferido no processo n. 16561.720180/2014-38, de 07/03/2023:
>
> [...]
>
> Assim, convencido de que a utilização de empresa veículo não é elemento que de qualquer forma proíba a amortização do ágio, e não tendo sido questionado qualquer outro aspecto da apuração do ágio no caso concreto, **entendo que deve ser dado provimento aos recursos voluntários neste ponto.**

Como se percebe, o Relator do acórdão recorrido afastou a glosa das despesas com o ágio sob o fundamento de que a interposição de uma *empresa veículo* não prejudicaria o direito à sua amortização fiscal.

Esse entendimento é corroborado nas declarações de voto dos Conselheiros Fredy José Gomes de Alburquerque, Alexandre Evaristo Pinto e Neudson Cavalcante Albuquerque, com o acréscimo de destaques às circunstâncias fáticas das operações. Confira-se, respectivamente:

> Trechos da declaração de voto do Conselheiro Fredy José Gomes de Alburquerque:
>
> [...]
>
> 5. O caso em análise trata de ágio decorrente de constituição de FIP (Fundo de Investimento em Participações) que foi constituído para captar recursos no mercado e, ao final, adquirir a companhia BRINOX, que é a empresa operacional,

ou seja, aquela que detém os ativos e o fundo de comércio objeto da transação. Não há qualquer irregularidade na constituição desse tipo de fundo por partes independentes para viabilizar transações dessa natureza.

6. Note-se que o FIP não pode deduzir o ágio nem pode realizar nenhum tipo de operação que tenha natureza comercial, pois sua função é unicamente a formação de investimento privado para participar do capital social de empresas que atuam no mercado e, com isso, obter ganho para seus investidores.

7. Assim, nada mais natural que a participação de outras companhias, criadas para viabilizar operações lícitas com terceiros, como se vê do caso em análise, onde não houve qualquer tipo de operação fraudulenta. O ágio decorrente dessas transações regulares, ainda que o investimento tenha decorrido da formação de um FIP, em nada modifica o contexto fático e jurídico relacionado ao aproveitamento fiscal do ágio decorrente das operações realizadas.

[...]

34. Penso ser essa a hipótese em análise, onde não é possível vislumbrar, a meu sentir, qualquer pecha de ilegalidade que justifique a desconsideração da realidade fática que levou a administração tributária de atribuir artificialidade à conduta do sujeito passivo. Não houve simulação, dolo, fraude, conluio, não se comprovou ausência de propósito negocial na composição societária em apreço, não houve omissão de registros contábeis nos balanços das companhias envolvidas, razão pela qual não é possível validar a pretensão fazendária de alcançar os fatos econômicos indicados nos autos de infração.

[...]

Trechos da declaração de voto do Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto:

[...]

Dessa forma, o FIP em questão não tem nenhum objetivo tributário específico, mas tão somente um objetivo de garantir uma melhor governança, ao contrário do afirmado na sustentação oral da PGFN.

Ao adquirir a dita "empresa veículo" constituída pelos alienantes, o FIP cumpriu com seus objetivos e caso não houvesse tal veículo não haveria outra forma de ocorrer o aproveitamento do ágio diante da impossibilidade de fusão ou incorporação entre a Recorrente e o FIP. A "empresa veículo" é a única forma de garantir o aproveitamento do ágio no presente caso e destaque-se mais uma vez que ela foi constituída pelos alienantes.

[...]

Trechos da declaração de voto do Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque:

[...]

DOCUMENTO VALIDADO

> Entendo que o fluxo financeiro, tomado isoladamente, não é determinante para apontar o real adquirente de uma empresa, principalmente quando a aquisição se dá por um grupo econômico, constituído por várias empresas, em que a decisão de adquirir é feita em conjunto, com o esforço financeiro de uma ou mais empresas do grupo, mas a efetivação se dá por apenas uma das empresas do grupo, aquela que terá a titularidade da empresa adquirida. Na espécie, há também a participação de um Fundo de Investimento em Participações (FIP), o que dificulta a identificação de um "real adquirente" diferente do adquirente formal (SELLE).
>
> Saliente-se que o valor total da aquisição da BRINOX não foi o valor aportado na SELLE pela sua controladora. A este, deve ser somado o valor captado pela SELLE no mercado financeiro nacional. A se adotar o critério do fluxo financeiro, também deveria ser dito que os investidores nacionais também são adquirentes, o que não seria de todo absurdo, considerando que a garantia dos títulos financeiros emitidos estão ancorados nas ações da empresa adquirida. Mas é certo que isso não é o entendimento correto, assim como não é correto para o aporte recebido pela SELLE.
>
> Também entendo que a ausência de atividade operacional da empresa SELLE, tomada isoladamente, não é determinante para afastar a sua titularidade na aquisição da empresa BRINOX
>
> Inicialmente, verifico que a empresa SELLE teve uma atividade operacional, que foi a captação de parte relevante dos recursos necessários para a aquisição em tela. Embora esta tenha sido a única atividade operacional na breve existência da empresa, não é possível afirmar que ela possuiu uma existência meramente formal.
>
> [...]
>
> Assim, entendo que as operações de aquisição e incorporação, tomadas em conjunto, possuíam um propósito negocial, não produziram uma vantagem tributária antijurídica e não configuram uma fraude, de forma que a desconsideração laborada pela fiscalização não possui suporte fático/jurídico, pelo que as correspondentes exigências devem ser exoneradas.

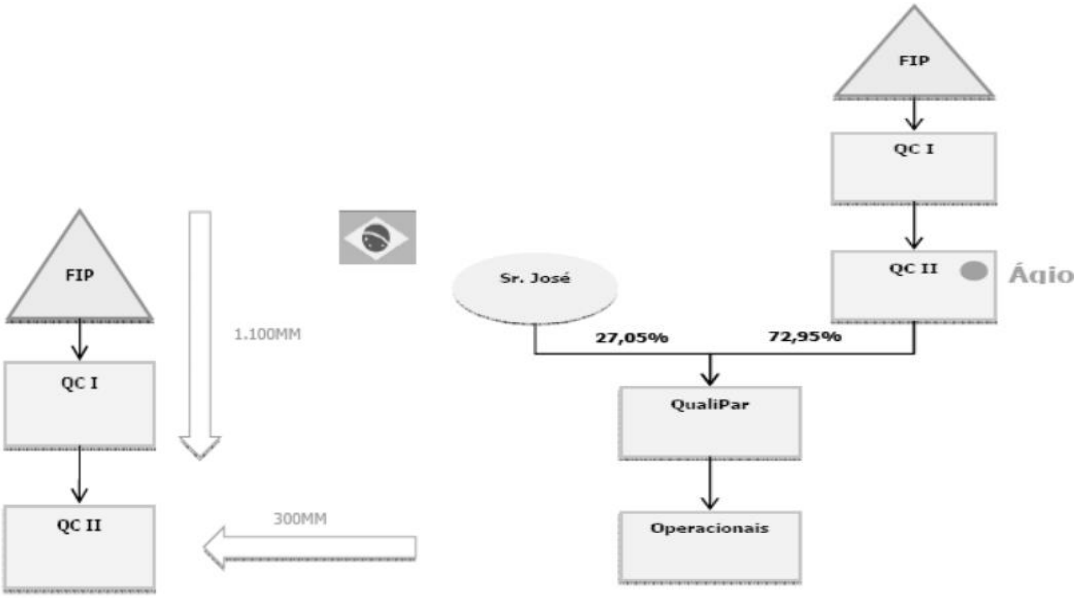
Como se nota, o aporte dos recursos por um FIP, somado à captação da outra parte dos recursos necessários à aquisição (30%) diretamente pela *empresa-veículo* no mercado, foram considerados suficientes para legitimar o direito ao aproveitamento fiscal do respectivo ágio.

O *primeiro paradigma* (Acórdão nº **1302-003.474**), é certo, envolveu uma "aquisição alavancada", tendo a sociedade considerada empresa-veículo (QCII) também emitido debêntures para financiar parte do preço de compra das ações da Qualipar.

Trata-se de estrutura bastante parecida com a presente, valendo-se inclusive da interposição de uma *primeira empresa-veículo* (QCI) entre o FIP e a QCII:

DOCUMENTO VALIDADO

Original



A Recorrida, porém, questiona o *paradigma,* sustentando que:

> 32. Ocorre que, diferentemente do caso ora tratado, apenas 20% do montante pago pela QC II na aquisição da Qualipar teve como origem a captação de recursos no mercado via debêntures.
>
> 33. Tal fato, inclusive, foi utilizado no voto vencedor do referido acórdão paradigma como razão para afastar o "propósito negocial" da QC II, consignado expressamente que "a ordem de grandeza da alavancagem em relação ao total do investimento (de, aproximadamente, R$ 300 milhões / R$ 1.400 milhões) gera dúvidas acerca da existência da "relevância" desse propósito no contexto de toda a operação." (fl. 57 do acórdão paradigma nº 1302-003.474). Veja-se:
>
> > De qualquer maneira, mesmo que não houvesse essa outra empresa (a QC I) intermediando o investimento do Grupo Carlyle, é certo que **a ordem de grandeza da alavancagem em relação ao total do investimento (de, aproximadamente, R$ 300 milhões / R$1.400 milhões) gera dúvidas acerca da existência da "relevância" desse propósito no contexto de toda a operação. Afinal, qual o montante relativo do empréstimo que seria suficiente para caracterizar essa "relevância". A se admitir qualquer quantia como "relevante", poder-se-á estar criando uma jurisprudência perigosa, onde qualquer grau de alavancagem seria suficiente para caracterizar o propósito negocial. A meu ver, para contornar esse problema, seria até possível permitir a dedução do ágio na medida da relação do empréstimo sobre o total do investimento (no caso 300/1400). Ou seja, o propósito da empresa veículo seria atestado na medida da necessidade do empréstimo.** No caso presente, entretanto, entendo que a possibilidade de este ter sido contraído pela QC I (empresa que passou a atuar como uma holding, portanto, mais próxima dos investidores) macula essa possibilidade". (fl. 59 do acórdão paradigma nº 1302-003.474 – g.n.).

DOCUMENTO VALIDADO

> 34. Pelo trecho acima transcrito, não é possível afirmar, como sugere a PGFN, que, se o presente caso - em que aproximadamente 30% do montante pago pela Celle para adquirir as ações da Recorrida teve origem em financiamento via debêntures -, fosse analisado pela 2ª Turma Ordinária, 3ª Câmara da Primeira Seção do CARF, essa Turma Julgadora necessariamente chegaria à mesma conclusão a que chegou no acórdão paradigma.

Não concordo com esse racional. Isso porque, não obstante o percentual financiado de fato mostrar-se diferente (aqui 30% e lá 20%), percebe-se que o fundamento que levou o *primeiro paradigma* a manter a glosa daquele caso concreto, na verdade, foi a utilização da *segunda empresa veículo* (a QCII) como compradora, conforme atestam não só a parte final da transcrição em questão (*No caso presente, entretanto, entendo que a possibilidade de este ter sido contraído pela QC I (empresa que passou a atuar como uma holding, portanto, mais próxima dos investidores) macula essa possibilidade*), como o parágrafo anterior do voto referido, *in verbis*:

> A alegação de que a QC II possuía um propósito negocial (o de emitir as debêntures que possibilitavam a alavancagem financeira da operação) não se sustenta. Por mais que se alegue que o BHCS FIP não poderia contrair o empréstimo, essa vedação não existia para a QC I. Ela estava numa relação mais direta com os investidores e, depois das operações de incorporação de ações, passou a atuar como uma verdadeira holding (chegaram a alterar sua denominação para Qualicorp S/A) ao ter seu capital aberto na oferta pública realizada em 2011.

Tendo em vista que que nesse caso também havia uma *primeira empresa-veículo* (a Rio Jari), controlando a segunda *veículo* (CELLE, adquirente) a meu ver o entendimento manifestado no *primeiro paradigma* (Acórdão nº **1302-003.474**) teria o condão de reformar o recorrido, de modo a caracterizar o alegado dissídio.

O mesmo, porém, não ocorre com o *segundo paradigma* (Acórdão nº **9101-002.962**), precedente este que já foi rejeitado, por exemplo, nos Acórdãos **9101-007.009**, **9101-006.533** e **9101-006.944**, sob o fundamento, por mim acompanhado, de que tal julgado possui dessemelhanças fáticas que impedem a caracterização do dissídio, seja em razão de não ter analisado a questão no bojo da dita "compra alavancada", seja em razão das peculiaridades da empresa-veículo do caso comparado, a qual, ao contrário do acórdão recorrido, foi qualificada como interposta sem qualquer propósito negocial ou atividade operacional que a justificasse.

Dessa forma, conheço da *primeira matéria* ("possibilidade de amortização do ágio") apenas com base no *primeiro paradigma* (Acórdão nº **1302-003.474**).

Da *segunda matéria*: "dedução das despesas financeiras"

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Segundo o voto do Relator, seguido nessa matéria à unanimidade de votos:

> [...]
>
> O acórdão recorrido exonerou a parcela do lançamento relativa à segunda acusação fiscal, especificamente a dedutibilidade dos juros pagos em decorrência da emissão de debêntures para captar recursos no mercado de capitais destinados a financiar a aquisição de 90% do Grupo Brinox Metalúrgica Ltda:
>
> > [...]
> >
> > Neste ponto específico também concordo com a defesa que a autoridade fiscal não poderia ter desconsiderado a opção adotada pelo financiamento com capital de terceiros da aquisição de parte das quotas da BRINOX feito pela CELLE e seu controlador de fato, o FIP SCG II. Entendo que se a opção adotada pelo sujeito passivo estava prevista no ordenamento jurídico e atendeu a um propósito negocial específico e válido, *in casu* a compra alavancada de uma empresa operacional (BRINOX), então não caberia ao Fisco exigir que outro caminho mais oneroso fiscalmente fosse percorrido, sob pena de assim ferir a liberdade de condução dos negócios do contribuinte protegido pela constituição.
> >
> > A aparente consideração fiscal que o empréstimo foi assumido formalmente pela CELLE exclusivamente para proporcionar economia fiscal pela apropriação dos encargos financeiros não me parece ser uma verdade tão clara neste caso, pois tanto a "*Escritura Particular da 1ª Emissão de Debêntures Simples, Não Conversíveis em Ações, em Série Única, da Espécie Quirografária, com Garantias Real e Fidejussória Adicionais, para Distribuição Pública com Esforços Restritos de Distribuição, da Celle SP Participações S.A.*" (fls. 699/759), quanto o "*Instrumento Particular de Alienação Fiduciária de Ações em Garantia da 1ª Emissão de Debêntures Simples, não Conversíveis em Ações, em Série Única, da Espécie Quirografária, com Garantias Real e Fidejussória Adicionais, da Celle SP Participações S.A*" (fls. 1.126/1.217), bem como a "*Proposta para Emissão de Debêntures no Mercado de Capital Local*" (fls. 1.218/1.232), foram celebrados com instituições financeiras totalmente independentes, tais como a OLIVEIRA TRUST DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S.A, na qualidade de agente fiduciário, Itaú Unibanco S.A, na condição de banco mandatário, e Banco Itaú BBA S.A, como coordenador líder. Desta forma, os juros devidos foram pagos para estas instituições financeiras, e não para qualquer outra empresa do grupo econômico, o que poderia caracterizar, no jargão financeiro, como uma operação "*Zé com Zé*". Com isso, se é verdade que a BRINOX reduziu a sua carga fiscal em aproximadamente R$ 2.562.098,67, correspondente a 34% (IRPJ/CSLL) do valor das despesas financeiras de R$ 7.535.584,33 registradas no período correspondente ao AI, também é verdade que o caixa do sujeito passivo teve um desembolso líquido efetivo de R$ 4.973.485,66, correspondente à diferença entre ambos, e que foi parar no caixa de outras empresas não ligadas, de sorte que para economizar tributos na ordem de R$ 2,5 milhões houve um desembolso financeiro de R$ 7,5 milhões, fato que não revela nitidamente que a operação de empréstimo para aquisição de parte das quotas do capital da BRINOX foi necessariamente realizada visando apenas a economia fiscal proporcionada. *Ad argumentandum*, mantida a linha do interesse meramente fiscal pretendido com o empréstimo, caberia também pontuar que as despesas contabilizadas reduziram o lucro líquido do

DOCUMENTO VALIDADO

> exercício, e conseqüentemente, repercutiram negativamente no patrimônio líquido contábil do contribuinte, o que certamente reduziu o potencial da apuração e pagamento futuro do JCP para o sócio controlador, no montante líquido entre despesa e economia fiscal.
>
> Fazendo agora uma análise do ponto de vista legal, há de se reconhecer que não existe proibição de que o adquirente de uma participação societária recorra a um empréstimo para liquidar o preço de aquisição, ou parte dele, exceto no caso do FIP que, como vimos, tem uma vedação de ordem infra legal e regulatória prevista no inciso II do art. 35 da Instrução CVM nº 391/2003. Há normas legais, inclusive, que regulamentam a dedutibilidade dos juros incorridos em tais operações, como o art. 374 do RIR/99 e o art. 31 da Lei nº 11.727/2008 (citados pelo impugnante na peça de defesa), este último exclusivo para pessoa jurídica cujo objeto social seja o de holding, que era o caso da CELLE. A seguir reproduzo estes artigos:
>
> [...]

Sobre este ponto, entendo acertado o entendimento adotado pela DRJ. [...]

[...]

Nesta linha, **parece-me que se está a sustentar que os requisitos de dedutibilidade devem ser contrapostos com as atividades da Celle, quem emitiu as debentures originalmente.**

Ademais, considerando a validade da operação de ágio, e que a empresa-veículo cumpriu sua função social, não merece acolhimento a tese de que a Brinox teria emitido debêntures para compra de suas próprias ações.

Em caso semelhante, o Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, no âmbito desta turma, manifestou-se com precisão no acórdão n. 1201-003.579:

> Vale dizer que a operação de emissão de debêntures foi feita por partes independentes com condições normais de mercado, havendo inclusive intermediação de instituição financeira, de modo que não há que se falar em conluio no presente caso, sob risco de afirmar que os terceiros credores (debenturistas) também fizeram parte da simulação.
>
> Cumpre lembrar também que as debêntures foram emitidas no mercado brasileiro, não podendo confundir os recursos delas oriundo para aquisição da participação da Recorrente com ágio dos recursos originados do exterior.
>
> Não se pode negar no presente caso a necessidade das debêntures para a capitalização da empresa e aquisição da Atento. Por esse motivo, entendo presentes os requisitos de dedutibilidade das despesas financeiras.

Assim, entendo também deva ser revertida a glosa em relação aos juros pagos em decorrência da emissão de debêntures para financiamento da aquisição da empresa Brinox.

Como se vê, a glosa das despesas financeiras restou afastada por dois fundamentos: **(i)** pela existência de um propósito negocial, afinal o financiamento se deu com partes

DOCUMENTO VALIDADO

independentes para emprego na atividade típica de uma *holding* (aquisição de investimento); e **(ii)** da própria validade e legitimidade do ágio apurado.

Nesse contexto, cumpre observar que o *primeiro paradigma* (Acórdão nº **1402-006.194**), também analisando dedutibilidade de despesas financeiras oriundas de "compra alavancada" cuja glosa do ágio restou afastada, manteve esse item da infração. Este julgado, aliás, já foi considerado hábil a provocar a rediscussão da matéria em sede de recurso especial por intermédio do Acórdão nº **9101-006.944**, do qual transcrevo os seguintes excertos do voto vencedor da Conselheira Edeli Pereira Bessa, por mim acompanhado:

> ... no paradigma nº 1402-006.194, embora reconhecida a regularidade da operação para fins de amortização fiscal do ágio pago, subsistiu a objeção à dedutibilidade das despesas financeiras decorrentes da aquisição da Contribuinte autuada.
>
> O relator do paradigma restou vencido no primeiro ponto, em que concordava com a artificialidade das operações. O voto vencedor do Acórdão nº 1402-006.194, por sua vez, traz expresso que:
>
> > Isto porque no entendimento dos conselheiros a Greentree Educacional S.A. não se trataria de empresa veículo, uma vez que possuía substância econômica, obtida principalmente através de alavancagem financeira pela emissão de notas promissórias e debêntures, para aquisição das empresas pertencentes ao Grupo Anglo.
> >
> > Logo, no entendimento firmado no colegiado, a operação de compra das empresas do grupo Anglo pela Greentree, com pagamento de ágio, não teria se revestido de obscuridade ou de interesses escusos, uma vez que a aquisição se deu entre partes absolutamente independentes entre si e com a definição de um preço efetivamente negociado e pago.
> >
> > Destaca-se que, no entendimento firmado, a Abril Educação S.A. (atual Somos Educação S.A.), a Recorrente, é Companhia de capital aberto com investidores não relacionados e não poderia jamais ser considerada real adquirente, pois (i) não assumiu a dívida; (ii) não emitiu as debêntures que financiou à aquisição; (iii) não subscreveu as debêntures; (iv) não contaminou seu índice de liquidez e não fez o sacrifício para a aquisição; e (v) não tinha autorização de seus acionistas para esse tipo de investimento e endividamento.
> >
> > Portanto, no entendimento vencedor do colegiado, a real adquirente das empresas do Grupo Anglo foi a Greentree e não a Recorrente.
>
> Constata-se, nestes termos, a similitude nos pontos determinantes para a decisão dos diferentes Colegiados do CARF: a pessoa jurídica interposta "Greentree" foi reconhecida como adquirente dos investimentos mediante alavancagem financeira pela emissão de notas promissórias e debêntures. Apesar disso, o outro Colegiado do CARF concordou com a segunda parte do voto do relator do paradigma que, veja-se, apenas relatava os distintos instrumentos financeiras usados naquela operação, sem qualquer ressalva acerca de consequências específicas daí decorrentes:

DOCUMENTO VALIDADO

> Conforme já descrito, as operações de financiamento praticadas pela GREENTREE e pela SOMOS SISTEMAS DE ENSINO S.A., que corresponderam a: (i) uma nota promissória, no valor de R$ 264.750.000,00, aprovada em AGE da GREENTREE em 01/07/2010, e emitida em 29/07/2010; (ii) a 1a emissão de debêntures, realizada pela GREENTREE, conforme a Ata da AGE datada de 30/09/2010, no valor total de R$ 264.750.000,00; e (iii) a 2a emissão de debêntures, realizada pela GRÁFICA E EDITORA ANGLO, conforme a Ata da AGE datada de 14/06/2012, com data de emissão em 18/06/2012, no valor de R$ 215.000.000,00.
>
> Destaca-se que a GREENTREE S.A. emitiu a nota promissória para captar parte dos recursos que seriam utilizados na aquisição das empresas do GRUPO ANGLO. Por seu turno, a 1a emissão de debêntures da GRRENTREE S.A. teve como propósito a substituição do instrumento de dívida da referida empresa, ou seja, os recursos captados com as debêntures foram utilizados para resgatar a nota promissória emitida anteriormente. Desse modo, permaneceu o endividamento da GREENTREE S.A., o qual passou a ser representado por debêntures.
>
> Por decorrência da cisão total da GREENTREE S.A., a GRÁFICA E EDITORA ANGLO assumiu a obrigação representada pelas debêntures da 1a emissão da GREENTREE S.A. Posteriormente, a GRÁFICA E EDITORA ANGLO substituiu a dívida da 1a emissão de debêntures pela dívida representada pela 2a emissão de debêntures.
>
> A autoridade fiscal considerou que as despesas financeiras provenientes das debêntures que substituíram a dívida inicialmente assumida pela GREENTREE S.A. não poderiam ser deduzidas pela contribuinte, uma vez que tais obrigações não se enquadram no conceito de despesas necessárias, nos termos do art. 299 do RIR/99, transcrito a seguir:
>
> [...]
>
> A discussão sobre a dedutibilidade das despesas com remuneração das debêntures, no presente processo administrativo, está centrada nas regras previstas nos art. 299 e 374 do RIR/99, que eram os dispositivos vigentes durante os anos-calendário objeto lançamento que disciplinavam a dedução de despesas com juros.16 Mais precisamente, a autoridade fiscal questionou a dedutibilidade de pagamentos, feitos pela contribuinte, a título de juros e encargos atrelados a debêntures, por entender que tais despesas não se qualificariam como necessárias – nos termos do art. 299 do RIR/99. Isso porque, segundo a Fiscalização, as despesas com juros e encargos não teriam se destinado à realização das atividades operacionais e à manutenção da fonte produtora da contribuinte – que são os atributos exigidos para que uma despesa possa ser considerada necessária, para fins de dedutibilidade da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

E, sob a ótica, apenas, de que as dívidas foram contratadas para aquisição do sujeito passivo lá autuado, concluiu-se pela indedutibilidade dos correspondentes encargos financeiros por não se destinarem a custear a fonte produtiva, nos seguintes termos do voto vencido do relator, nesta parte condutor do paradigma:

> Entende-se que que a emissão das debêntures, pela GRÁFICA E EDITORA ANGLO, teve como propósito quitar a dívida contraída, originalmente, pela GREENTREE S.A., quando esta pessoa jurídica adquiriu as empresas do GRUPO ANGLO – dentre estas, vale frisar, estava a GRÁFICA E EDITORA ANGLO.

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

> Vê-se **que tanto a dívida gerada na aquisição das empresas do GRUPO ANGLO quanto as despesas com remuneração de debêntures foram alocadas na GRÁFICA E EDITORA ANGLO** em virtude de **uma escolha, uma liberalidade, do GRUPO ABRIL. Em outras palavras, o endividamento inicialmente registrado na GREENTREE S.A. foi transferido para o passivo da GRÁFICA E EDITORA ANGLO** porque a vontade do GRUPO ABRIL era de realizar uma "compra alavancada", e não por ser uma condição (necessária) para o desenvolvimento das atividades operacionais da GRÁFICA E EDITORA ANGLO. Nesse contexto, a menção a "compra alavancada" pode ser considerado relevante porque confirma que **trata-se de uma opção ou um modelo de negócios pretendido pelo GRUPO ABRIL**, mas jamais como um fundamento para atestar a necessidade das despesas com debêntures.
>
> O fundamentado explicitado acima evidencia a incompatibilidade entre as despesas com remuneração das debêntures e a atividade produtiva da GRÁFICA E EDITORA ANGLO, ou seja, não se tratam de despesas operacionais. Na realidade, como muito bem destacado pela autoridade fiscal, **a dívida representada pelas debêntures foi contraída no exclusivo interesse dos acionistas controladores da GRÁFICA E EDITORA ANGLO, e não para custear a fonte produtiva desta pessoa jurídica**. Nesse ponto, vale a pena conferir novamente, as conclusões exaradas no Relatório Fiscal que acompanhou o Auto de Infração:
>
> > 20.12 As despesas financeiras sob análise poderiam ser necessárias para a GREENTREE, mas não para o sujeito passivo GRÁFICA E EDITORA ANGLO S.A, atual SOMOS SISTEMAS DE ENSINO S.A., incorporadora de parte do patrimônio da Greentree, após a operação de cisão. Senão vejamos, os recursos captados com as emissões das debêntures foram utilizados para a aquisição das participações societárias das empresas do Grupo Anglo, que após operações de incorporação foram reunidas em uma única empresa, a GRÁFICA E EDITORA ANGLO S.A. Portanto, a GRÁFICA E EDITORA ANGLO S.A. passou a deduzir, da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, despesas financeiras referentes ao capital utilizado para a aquisição de seu próprio controle societário. É óbvio que os recursos advindos das emissões de debêntures não geraram proveito para a própria companhia, mas para sua acionista controladora. Portanto, não podem ser consideradas despesas necessárias para a GRÁFICA E EDITORA ANGLO S.A.
>
> Por essas razões, mantem-se a glosa sobre as despesas relativas a juros e encargos decorrentes da emissão de debêntures da GRÁFICA E EDITORA ANGLO. (destaques do original)

No ponto em que transcrito o Relatório Fiscal da autuação analisada no paradigma, tem-se a afirmação, inclusive, de que as despesas financeiras poderiam ser dedutíveis para a pessoa jurídica interposta "Greentree", mas não para a investida, ainda que na condição de incorporadora daquela, prevalecendo a natureza original da despesa, *referente ao capital utilizado para a aquisição de seu próprio controle societário*. Ou seja, na medida em que o relator do paradigma restou vencido em seu entendimento contrário à figuração de "Greentree" como adquirente naquela operação, impõe-se compreender que o outro Colegiado do CARF, embora reconhecendo como adquirente a pessoa jurídica interposta na contratação da dívida para aquisição da investida, compreendeu que depois da incorporação a dedutibilidade da despesa restaria prejudicada porque a natureza

> original da despesa seria incompatível com a manutenção da fonte produtora da incorporadora, antes adquirida.
>
> Para o voto condutor do acórdão recorrido, por sua vez, embora expressamente analisando a acusação fiscal de que *não são necessárias à Recorrente as despesas incorridas para a sua própria aquisição*, bastou a constatação da necessidade das despesas financeiras para a aquisição, por "Mevamoga", da investida, sem qualquer digressão acerca de sua necessidade pela investida, para afastar a glosa promovida. Assim é que o relator do acórdão recorrido se estende na análise da dedutibilidade das despesas financeiras decorrentes das obrigações contratadas pela *holding* considerada adquirente, para reverter a glosa das despesas apropriadas pela Contribuinte depois de incorporar "Mevamoga".
>
> Constata-se, daí, que a divergência jurisprudencial se situa nos parâmetros de definição do conceito de necessidade de despesas financeiras depois da incorporação da adquirente pela adquirida: enquanto o Colegiado que editou o paradigma avaliou esta necessidade em face da atividade produtiva da incorporadora, antes adquirida, para o Colegiado *a quo* bastou a afirmação desta necessidade em face da atividade da incorporada, antes adquirente.

Essas as razões, contudo, para refutar as objeções da Recorrida, considerando o *primeiro paradigma* (Acórdão nº **1402-006.194**) como apto a caracterizar a divergência suscitada.

No tocante ao *segundo paradigma* (Acórdão nº **9101-004.500**), cumpre observar que a glosa das despesas financeiras se deu em face de premissa fática distinta, qual seja, de que não teria sido a "empresa-veículo" a *real adquirente*, em uma situação que o próprio o ágio já havia sido considerado indedutível. Daí a dessemelhança que o afasta como precedente válido a comprovar o dissídio.

Dessa forma, conheço da presente matéria com base apenas no *primeiro paradigma*.

Conclusão

Pelo exposto, o recurso especial deve ser conhecido.

MÉRITO

Da possibilidade de amortização fiscal do ágio

Podemos dizer que a "novela ágio" começou com o Decreto-Lei nº 1.598/1977, publicado com a finalidade de adequar a legislação tributária ao então novo regramento contábil previsto na Lei nº 6.404/1976, notadamente no que diz respeito ao tratamento da diferença entre

DOCUMENTO VALIDADO

o custo de aquisição e o valor do investimento avaliado pelo método de equivalência patrimonial – MEP.

Segundo o artigo 248 da Lei nº 6.404/1976 (LSA), os investimentos considerados relevantes nos termos desta lei estão sujeitos ao MEP, o que significa dizer que devem ser registrados no balanço da investidora pelo valor correspondente à sua participação no patrimônio líquido da investida, submetendo-se, assim, à apuração de diferenças, para mais ou para menos, em relação ao custo de aquisição[3].

É importante notar que a legislação societária (LSA) não fez (e ainda não faz) nenhuma referência a ágio ou deságio, prescrevendo apenas quem está sujeito ao MEP.

Já o Legislador tributário prescreveu, já na redação originária do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77[4], que os investimentos sujeitos ao MEP deveriam ser desdobrados em duas rubricas:

(a) valor de patrimônio líquido na época da aquisição (*patrimônio líquido da sociedade x percentual de participação*), e

(b) ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido descrito acima.

Foi, então, o Direito Tributário que, após incorporar por remissão à figura societária do *método de equivalência patrimonial (*o MEP*),* veiculou um conceito próprio de ágio ou deságio, representados justamente pela diferença (positiva ou negativa) apurada em razão do MEP.

Ainda previa o § 2º do artigo 20 - também de maneira inovadora, afinal a lei societária não fazia nenhuma referência às suas possíveis origem -, que o lançamento do ágio ou deságio deveria indicar seu fundamento econômico, dentre os seguintes:

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

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

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

Não obstante as potenciais intersecções da origem do ágio, a legislação tributária daquela época, apesar de fazer menção às possíveis razões econômicas que poderiam levar a

[3] Antes da LSA, o Decreto-Lei n. 2.627/1940, por meio do seu artigo 129, determinava a avaliação de todo tipo de investimento com base no custo de aquisição efetivo.

[4] Artigo 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:
I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e
II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.
§ 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

apuração do ágio ou deságio, não previa o tratamento fiscal da baixa do investimento (e, consequentemente, do *sobrepreço*) em função do seu fundamento econômico (*motivo do ágio*), conforme evidencia as disposições dos artigos 25, 31, 33[5] e 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77, *in verbis*:

> **Artigo 25 -** As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33.
>
> **Artigo 31** - Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4º), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente.
>
> **Artigo 33** - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:
>
> I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;
>
> II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real.
>
> (...)
>
> **Artigo 34 -** Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital **de uma possuída por outra**, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas: (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*)
>
> I - somente será dedutível como **perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado**, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos; (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*)
>
> II - será computado como **ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas**, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado. (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*)

[5] Esse artigo foi alterado pela Lei nº 12.973, de 2014.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> § 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*)
>
> a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*)
>
> b) mantiver, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente. (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*)
>
> § 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional. (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*) (grifamos)

Da leitura desses dispositivos, verifica-se que desde 1977 o ágio gerado na aquisição de participações societárias já possuía efeitos fiscais quando da liquidação do investimento por fusão, incorporação ou cisão, sujeitando-se o contribuinte à apuração de um ganho tributável ou uma perda de capital dedutível nessas operações.

Assim dispunha o referido art. 34: nas hipóteses de fusão, incorporação ou cisão de empresas com investimento entre elas (ou, nas palavras do Legislador, da *extinção de ações ou quotas de capital* ***de uma possuída por outra***), o resultado do confronto entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor do acervo líquido **avaliado a mercado** que as substituir: **se negativo**, poderia ser deduzido fiscalmente como *perda de capital*, inclusive com a opção, prevista na norma, deste saldo ser registrado no Ativo Diferido para amortização em até 10 (dez) anos; e **se positivo**, deveria ser tributado como *ganho de capital*.

Ora, sendo uma parcela integrante do custo de aquisição do investimento, resta até lógico, dentro do contexto da tributação da *renda líquida*, que o ágio seja dedutível quando da liquidação ou baixa deste ativo, sob pena de tributar o próprio patrimônio, e não o lucro.

O direito à dedução do ágio, portanto, não constitui um *benefício fiscal* em sentido técnico (renúncia estatal), tendo em vista que a sua natureza é de custo incorrido na aquisição de participação societária (ativo), custo este que, na ausência de regra legal específica, já seria dedutível como perda (decréscimo patrimonial) quando da extinção do investimento.

Como bem observou João Francisco Bianco[6]:

> Sendo o ágio uma parcela do custo de aquisição do investimento, o art. 25 do Decreto-Lei n. 1.598/1977 está absolutamente correto ao estabelecer que a

[6] Ainda o ágio pago na aquisição de investimento. In: Controvérsias Jurídico-contábeis. São Paulo: Atlas. 2020. P. 203.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> contrapartida da redução do valor do ágio não será computada na determinação do lucro real, enquanto não houver a baixa ou liquidação do investimento.
>
> O comando previsto no art. 25 do Decreto-Lei n. 1.598/1977 não decorre do fato de que o resultado de equivalência patrimonial é neutro para fins fiscais, mas, sim, da constatação de que o custo de aquisição do investimento permanece registrado no ativo da pessoa jurídica enquanto não houver nenhum evento de realização que justifique o seu trânsito em resultado. Trata-se, portanto, da mesma regra aplicável a qualquer outro bem de capital adquirido pela pessoa jurídica, que não esteja sujeito à depreciação, amortização ou exaustão, como ocorre, por exemplo, com um terreno.
>
> Em outras palavras, o ágio é neutro antes do evento de incorporação, fusão ou cisão, porque o investimento ainda não foi realizado, assim como o resultado de equivalência patrimonial é neutro porque os lucros ou dividendos da sociedade investida ainda não foram distribuídos, refletindo mero ajuste contábil de caráter provisório e aproximado, que tem o objetivo de ajustar o valor do investimento para refletir a situação econômica atual da sociedade investida.

Dúvidas existiam, na verdade, sobre a aplicação do tratamento fiscal na hipótese de incorporação da empresa investidora pela investida, até mesmo porque a legislação, além de não tratar da *incorporação reversa* de forma expressa, se valia da expressão *extinção de ações ou quotas de capital* ***de uma possuída por outra***, o que poderia, ao menos em uma leitura mais apressada, dar margem para uma interpretação no sentido de que a dedução estaria restrita à incorporação direta, afinal é a investidora quem possui ações ou quotas da investida, e não vice-versa.

Quanto ao fundamento econômico do ágio (razão econômica), repita-se que a lei originária não o considerada relevante na definição do seu tratamento fiscal. O que a lei determinava, conforme visto acima, era que a perda de capital passível de dedução deveria corresponder à diferença entre o **valor contábil** das ações ou quotas e o **valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado.**

Nesse contexto, e decorridos 20 (vinte) anos da vigência do Decreto-Lei nº 1.598/77, os Poderes Executivo e Legislativo resolveram estabelecer novo tratamento fiscal para a "baixa do ágio" por fusão, incorporação ou cisão, o que foi feito através das regras introduzidas pela Medida Provisória nº 1.602/1997[7], a qual, após sua conversão na Lei nº 9.532/1997, passou a regulamentar a matéria no bojo dos artigos 7º e 8º a seguir transcritos.

[7] Da exposição de motivos da Medida Provisória (publicada no Diário do Congresso Nacional de 02.12.1997 (páginas 18.021/18.023) extrai-se que:
Tenho a honra de submeter a apreciação de Vossa Excelência o incluso Projeto de Medida Provisória, que altera a legislação tributária e dá outras providências.

DOCUMENTO VALIDADO

Artigo 7º - A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, **na qual detenha** participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977[8]: *(grifamos)*

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

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

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

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

---

2. O Projeto se insere no contexto de modernização e aperfeiçoamento da legislação tributária do País, que vem sendo perseguido ao longo do Governo de Vossa Excelência, com a finalidade de torna-la mais compatível com a realidade econômica atual.

3. O Projeto, ao mesmo tempo que estabelece formas para prevenir a evasão de receita tributária e reduzir a renuncia fiscal decorrente de todos os incentivos fiscais atualmente em vigor, cria mecanismos que estimulam a atividade produtora e viabilizam operações entre empresas nacionais e do exterior.

(...)

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

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

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

[8] Artigo 20 - (...)

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

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

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

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

§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> § 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.
>
> § 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:
>
> a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;
>
> b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.
>
> § 3º O valor registrado na forma do inciso II do *caput*:
>
> a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;
>
> b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.
>
> § 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.
>
> § 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.
>
> **Artigo 8º** O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:
>
> **a)** o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido
>
> **b)** a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Percebe-se, assim, que houve por bem o Legislador:

(i) alterar a redação (*caput* do artigo 7º) quanto à pessoa jurídica que pode se valer da norma: o texto originário dispunha que o direito à dedução seria da empresa *que possuía na outra* ações ou quotas extintas por incorporação, fusão ou cisão, **ao passo que a nova redação permitiu o aproveitamento fiscal do ágio *pela empresa que detenha participação societária adquirida com ágio.***

DOCUMENTO VALIDADO

Original

(ii) estabelecer a dedução fiscal como perda de capital apenas à baixa do ágio com fundamento na rentabilidade futura da investida, podendo esta perda ser aferida agora com base no valor contábil do acervo (e não mais necessariamente por valor a mercado[9]), mas com diferimento mínimo à razão de 1/60 para cada mês do período de apuração;

(iii) estender a dedução fiscal do ágio também aos investimentos não sujeitos ao MEP; e

(iv) autorizar expressamente a aplicação deste regime tributário não só na *incorporação direta*, mas também na *incorporação reversa*.

O artigo 7º da Lei nº 9.532/1997, contudo, reconheceu o direito da empresa que **detém** investimento adquirido com ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, após fusão, cisão ou incorporação com a empresa investida, deduzir como perda de capital à baixa do ágio por extinção do investimento.

Na prática, sob a vigência das regras legais veiculadas pelos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/1997, nem é preciso dizer que a dedução fiscal da perda de capital, que, repita-se, passou a poder ser calculada a valor contábil, seja pelas pessoas jurídicas que detinham o investimento adquirido com ágio demonstrado pela rentabilidade futura da investida, seja pela investida quando da incorporação reversa expressamente autorizada pela lei, deu tremendo fôlego ao mercado de aquisições de empresas estatais e, consequentemente, às fusões, cisões e incorporações de sociedades.

Obviamente que o aproveitamento de 34% do ágio (IRPJ – 25% + CSLL – 9%), que notoriamente influenciava o próprio preço do negócio, constituiu um meio eficaz para atrair propostas mais rentáveis, inclusive por investidores estrangeiros, atendendo o propósito da própria lei tributária em questão.

Como pontua Valter Lobato[10]:

> É preciso destacar que a autorização legal de amortização fiscal do ágio surgiu no contexto do Plano Nacional de Desestatização (PND), levado a efeito pelo Governo Federal à época. Tinha-se o objetivo claro de atrair investimentos, primordialmente externos, que deveriam recair sobre empresas estatais brasileiras, como foi o caso das empresas de telefonia. Contudo, é preciso apontar que a lei não ficou restrita a investimentos em estatais, ou seja, àqueles que seriam realizados no âmbito do PND, mas sim toda e qualquer aquisição, nos termos da referida lei.

[9] No regime anterior, conforme visto, a perda de capital apurada nos eventos societários implementados a valor contábil não era dedutível. A legislação até então vigente condicionava a dedução a apuração do acervo líquido a mercado.

[10] O Novo Regime Jurídico do Ágio na Lei 12.973/2014. In: O ágio no direito tributário e societário: questões atuais. São Paulo: Quartier Latin. 2015. P. 101.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Desde então, ou seja, após a edição da Lei 9.532/97, a figura do "ágio" fundamentado na rentabilidade futura foi sendo amplamente utilizada também no contexto de aquisições entre particulares, partes independentes ou não, em operações com variadas estruturas, o que acabou colocando o assunto ágio como um dos principais alvos de autuações fiscais.

A crescente utilização da dedução de ágio, todavia, chamou a atenção das autoridades fiscais, que reagiram com um verdadeiro "caça às bruxas" às operações com ágio, passando a autuar os contribuintes muitas vezes no modo "piloto automático", mas sem perceber que, em grande parte dos casos, acabaram confundindo operações feitas ao abrigo da lei com operações simuladas ou fraudulentas, estas sim repudiáveis.

Muitas vezes, aliás, a negação ao direito de amortizar o ágio nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei n. Lei 9.532/97 parte de argumentos exclusivamente contábeis, não raramente até com menção específica a dispositivos previstos em normativos de órgãos regulatórios ou contábeis, como CVM e o CPC, mas que, a todo rigor, não devem prevalecer quando conflitantes com a legislação fiscal.

É certo que, dentro do contexto da convergência e uniformização das regras contábeis brasileiras com as normas e princípios contábeis internacionais, o ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) não mais está sujeito à amortização contábil, sujeitando-se ao teste de recuperabilidade (*impairment*) pelo menos uma vez ao ano, na linha do que determina o Pronunciamento Contábil nº 1 do CPC ("Redução ao Valor Recuperável de Ativos").

Ocorre que esse regramento contábil acabou sendo regulamentado pela legislação tributária apenas com o advento da MP 627/2013, convertida na Lei n. 12.973/2014, lei esta que alterou a regra fiscal prevista no artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77, mas que, por ser posterior aos fatos geradores ora analisados, não será objeto de nossa análise.

Feitas essas considerações, e agora voltando à acusação fiscal propriamente dita, nota-se que a glosa das despesas do ágio ora tratado tem por base dois fundamentos centrais: **(i)** a impossibilidade do uso de *empresa veículo* (CELLE); e **(ii)** pela ausência *de confusão patrimonial* entre o *real adquirente,* considerado o grupo estrangeiro Grupo Southern Cross e a empresa *investida* (*Brinox*).

Pois bem.

Do uso de empresa veículo

Acerca da desqualificação da dita *empresa veículo*, venho me posicionando no sentido de que a eficácia ou ineficácia de atos ou negócios jurídicos praticados em conformidades com as formas permitidas pelo Direito, mas com a finalidade de gerar economia fiscal, deve sempre ser aferida com base em critérios previstos exclusivamente na lei, notadamente em torno da interpretação de uma norma geral antielisiva, quando existente, ou da ocorrência ou não de

DOCUMENTO VALIDADO

simulação, e não por motivos pessoais, ideologias, preconceitos, crenças ou importação de teorias alienígenas, sob pena de violação à livre iniciativa e estrita legalidade, princípios estes que, além de nortear a tributação, constituem valores fundamentais consagrados no ordenamento jurídico.

Os limites daquilo que se denomina de "planejamento tributário" – cujo propósito muitas vezes se confunde com a própria tentativa legítima de buscar economia de tributos - estão restritos, além dos casos que envolverem infração direta a uma lei, condutas ilícitas ou fraudulentas, às hipóteses de simulação.

Tanto é assim que o artigo 149, VII, combinado com o art. 142, ambos do CTN e abaixo transcritos, permitem a revisão do lançamento, em casos que envolvem simulação, mediante a *requalificação jurídica dos fatos*. Confira-se:

> **Art. 149**. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:
>
> (...)
>
> **VII -** quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou **simulação**;
>
> **Art. 142**. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.
>
> Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Além, então, da *fraude*, onde o dolo e a falsidade integram seu próprio conceito, o fisco, no exercício de sua atividade vinculada de busca pela verdade material, tem poderes para se opor aos *efeitos* de atos ou negócios jurídicos simulados. É a substância, pois, que deve prevalecer sobre a forma, e não o inverso.

A redação atual do referido **artigo 116 do CTN**[11], aliás, tal como foi positivada após sua alteração pela LC 104/2001, a nosso ver **(i)** reforçou a *simulação* (mais precisamente o seu

[11] Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:
I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;
II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.
Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001).

DOCUMENTO VALIDADO

Original

viés, a *dissimulação*) como circunstância ensejadora da requalificação jurídica dos fatos; e **(ii)** permitiu que lei ordinária crie novos critérios jurídicos para desconsiderar atos ou negócios jurídicos específicos, de modo a instituir *normas antielisivas* propriamente ditas.

Isso fica claro na seguinte passagem do voto condutor da Ministra Cármen Lucia, quando do julgamento da **ADI 2.446**, que, ao declarar a constitucionalidade do parágrafo único em questão, assim pontuou:

> ... a desconsideração autorizada pelo dispositivo está limitada aos atos ou negócios jurídicos praticados com intenção de dissimulação ou ocultação desse fato gerador.
>
> O parágrafo único do art. 116 do Código não autoriza, ao contrário do que argumenta a autora, "*a tributação com base na intenção do que poderia estar sendo supostamente encoberto por um forma jurídica, totalmente legal, mas que estaria ensejando pagamento de imposto menor, tributando mesmo que não haja lei para caracterizar tal fato gerador* " (fl. 3, e-doc. 2, grifos nossos).
>
> Autoridade fiscal estará autorizada apenas a aplicar base de cálculo e alíquota a uma hipótese de incidência estabelecida em lei e que tenha se realizado.
>
> Tem-se, pois, que a norma impugnada visa conferir máxima efetividade não apenas ao princípio da legalidade tributária mas também ao princípio da lealdade tributária.
>
> **Não se comprova também, como pretende a autora, retirar incentivo ou estabelecer proibição ao planejamento tributário das pessoas físicas ou jurídicas. A norma não proíbe o contribuinte de buscar, pelas vias legítimas e comportamentos coerentes com a ordem jurídica, economia fiscal, realizando suas atividades de forma menos onerosa, e, assim, deixando de pagar tributos quando não configurado fato gerador cuja ocorrência tenha sido licitamente evitada.**
>
> (...)
>
> **8.** A norma do parágrafo único do art. 116 não dispõe, ao contrário do pretendido pela autora, de espaço autorizado de interpretação econômica. Ali não se trata da interpretação da lei, o que se dá no Capítulo IV do Código Tributário Nacional intitulado "Interpretação e Integração da Legislação Tributária".
>
> Tem-se no artigo 110:
>
> > *"A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias."*
>
> Esse dispositivo não foi alterado pela Lei Complementar n. 104/2001.

DOCUMENTO VALIDADO

> **9.** De se anotar que elisão fiscal difere da evasão fiscal. Enquanto na primeira há diminuição lícita dos valores tributários devidos pois o contribuinte evita relação jurídica que faria nascer obrigação tributária, na segunda, o contribuinte atua de forma a ocultar fato gerador materializado para omitir-se ao pagamento da obrigação tributária devida. Grifamos.
>
> (...)

Não se pode perder de vista, ademais, que o Governo buscou "incorporar" a *teoria do propósito negocial* e do *abuso de forma* no Direito Tributário Brasileiro por intermédio do artigo 14 da Medida Provisória nº 66/2002[12], mas este dispositivo foi rejeitado pelo Congresso Nacional quando da conversão da referida MP na Lei nº 10.637/2002, o que significa dizer que tais figuras definitivamente são estranhas ao nosso sistema jurídico tributário.

Com efeito, apenas na hipótese de estruturas que envolvam ato ou negócio *simulado* é que estaremos diante de caso de planejamento inoponível ao fisco, que tem o poder-dever de, nestas situações, recapitular os fatos em prol da verdade material e atingimento da efetiva capacidade contributiva. Afastada, porém, a ocorrência de *simulação* (além da fraude), e não havendo violação de lei ou norma antielisiva própria, estaremos diante de hipótese de planejamento fiscal legítimo e assegurado ante os princípios da livre iniciativa e legalidade.

Nos dizeres de Paulo Ayres Barreto[13], provadas a simulação ou a dissimulação, perdem relevo a ausência de propósito negocial e a alegação de abuso. Contudo, se não restarem comprovadas, as ações do contribuinte deverão ser plenamente respaldadas pelo ordenamento jurídico nacional.

Nesse contexto, e considerando que não existe nenhuma lei antielisiva que proíba o uso de empresas holding tanto para adquirir ou deter investimentos com ágio quanto para serem extintas pelas investidas, de modo a "antecipar" os seus efeitos fiscais, a controvérsia passa a girar exclusivamente em torno da existência ou não de simulação por ocasião do uso da holding CELLE para adquirir o investimento e em seguida ser incorporada pela investida Brinox, passando esta a deduzir fiscalmente o ágio pago na operação entre partes não relacionadas.

---

[12] Art. 14 - São passíveis de desconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.
§ 1º- Para a desconsideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:
I - falta de propósito negocial; ou
II - abuso de forma.
§ 2º - Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.
§ 3º- Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado.

[13] Planejamento tributário: perspectivas teóricas e práticas. Revista de Direito Tributário n. 105. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 60.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Do ponto de vista do direito positivo, o Código Civil de 2002 inseriu a *simulação* no capítulo "*Da Invalidade do Negócio Jurídico*", passando esta a ser causa de nulidade nos termos do artigo 167, *in verbis*:

> Artigo 167 - É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.
>
> §1º - Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:
>
> I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;
>
> II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;
>
> III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

Para esse caso concreto, no qual ataca-se a *empresa veículo* CELLE como *adquirente*, não se pode perder de vista que, quando o art. 167, §1º, I, prescreve que haverá simulação nos negócios jurídicos que *aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem,* ele evidentemente repudia a *interposição fictícia.*

Ao contrário da *interposição real*, onde o interposto atua em nome próprio, ainda que em interesse e por conta e ordem de *outrem*, tornando-se titular dos direitos e obrigações derivados do negócio que intervém, na *interposição fictícia* o interposto figura na aparência, como uma espécie de "laranja" ou "empresta-nome", limitando-se à aposição do seu nome no documento que formaliza o ato ou o negócio celebrado.

As questões, portanto, que se colocam para aferir a legitimidade da *requalificação jurídica* empregada em face da estrutura ora analisada são as seguintes: uma empresa holding, como é o caso da CELLE, pode, **aos olhos jurídicos**, receber e no caso captar recursos para adquirir um investimento com ágio e logo em seguida ser extinta por incorporação reversa? Há simulação nesta *interposição de pessoa*?

A meu ver o Direito admite sim a estrutura que foi adotada, não havendo simulação. Senão, vejamos.

Tratam-se as rotuladas *empresas veículos* de *holdings*, ou seja, sociedades que têm por objeto social justamente a participação em outras empresas, **em plena conformidade com o comando previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/76.** Confira-se:

> Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.
>
> [...]

DOCUMENTO VALIDADO

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

Sobre esse tipo de sociedade, Modesto Carvalhosa[14] esclarece que "tem assim a sociedade holding como característica diferencial e objetivo principal a participação relevante em uma atividade econômica de terceiros, em vez de exercício de atividade produtiva ou comercial".

A ideia, então, de que toda sociedade deve necessariamente possuir estrutura física, portaria, prédio, funcionários, máquinas, etc., não se aplica para uma *holding*, afinal sua *causa jurídica* ou *finalidade social,* consiste justamente em participar em outras sociedades enquanto objeto social típico.

Ao contrário de uma empresa industrial, comercial ou uma prestadora de serviços que, como regra geral, demandam um mínimo de "tempo de vida", estrutura física e de pessoal para de fato operarem, a prova da existência e objeto de uma *holding* se dá justamente com seu ato constitutivo, inscrição perante o fisco e declarações dos sócios, afinal sua função social é deter investimento(s). O Direito assim tutela e legitima esse tipo de sociedade, que notoriamente se distingue de *empresas operacionais tradicionais*.

Alinhado ainda ao que leciona Charles William McNaughton[15]:

> (...) por causa finalística de uma sociedade, podemos entender como sua própria função social.
>
> Uma sociedade possui um objeto social que é justamente a atividade econômica efetivada para gerar resultados aos sócios. Nesse sentido, todo ato que uma sociedade pratica para contribuir na formação desse resultado há de ser tido como englobado na função social da sociedade.
>
> O que se opera no caso da empresa-veículo utilizada para aproveitamento do ágio? O investidor paga um sobrepreço para adquirir um ativo (uma sociedade) com a expectativa de ter um resultado (lucro) no futuro. A obtenção desse resultado é justamente o tipo de ato que se enquadra na função social daquela pessoa jurídica.
>
> O aproveitamento fiscal do ágio nada mais é do que o reconhecimento do ordenamento jurídico de que a renda auferida pelo investidor será o resultado futuro menos o valor pago por esse resultado.
>
> (...)
>
> A empresa veículo *holding* que participa de outra pessoa jurídica cumprindo seu objeto social, portanto, e incrementa, assim, o resultado dos sócios está sim

[14] CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, V. 4. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 15.
[15] IR e planejamento fiscal: a questão das empresas-veículo. In: Novo RIR. Coordenação: Jimir Doniak Jr. São Paulo: Quartier Latin. 2019. P. 97/98.

DOCUMENTO VALIDADO

> cumprindo sua função social. A função social do contrato, previsto no artigo 421 do Código Civil, está sendo atingida.

Quanto à duração de uma sociedade, convém notar que esta varia conforme o interesse das partes, lembrando que, de acordo com o parágrafo único do artigo 981 do Código Civil - que trata da Sociedade de Propósito Específico – SPE -, *a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados*.

O artigo 997, também do Código Civil, ainda estabelece, em seu inciso II, que os atos constitutivos de uma sociedade devem conter, além das cláusulas estipuladas pelas partes, "*a denominação, **objeto**, sede e **prazo***", o que ratifica a liberdade quanto à duração e finalidade de uma *holding*.

De acordo com Edmar Oliveira Andrade Filho[16]:

> No Brasil, o problema do prazo de duração passou a ser secundário após o advento do parágrafo único do art. 981 do CC, segundo o qual 'a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados'. Portanto, a permanência ou duração de uma sociedade não é um requisito de validade para a constituição e utilização de uma pessoa jurídica, pois o próprio ordenamento jurídico já se encarregou de realizar as valorações pertinentes ao tempo de duração de uma sociedade.

Ora, é perfeitamente válido e eficaz, sob o prisma jurídico, a existência de sociedades efêmeras e outras de longa duração, com capital social ínfimo ou substancial, umas com operações mercantis, outras produtivas ou prestadoras de serviços e outras ainda como mero *canais de investimento*, o que vai depender dos fins sociais e econômicos estabelecidos pelos sócios e administradores dentro de sua liberdade de empreender e de buscar maximizar os resultados nos limites da lei.

Se a própria legislação tipifica uma "holding pura com fins específicos" como uma espécie societária própria do Direito, conferindo-lhe autonomia e legitimidade para praticar uma única operação, inclusive para fins de economia tributária, não vejo como não admitir, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, o uso de empresas veículos em estruturas de aquisições de investimentos com ágio.

Ademais, cabe pontuar que é plenamente lícito o *financiamento* estrangeiro no Brasil por controladoras sediadas no exterior, o que se faz justamente com empresas *holdings*, espécie de sociedade que é usualmente utilizada como instrumento legítimo de grupos internacionais investirem e se estabelecerem no país.

Na linha do que constatou Guilherme Neves[17]:

[16] ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Planejamento Tributário. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 300/304.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> A doutrina especializada em fusões e aquisições, a partir do pressuposto de que a legislação oferece esta possibilidade, constatou que a utilização de *holdings* para implementar a alienação indireta de controle é modelo amplamente utilizado no país.
>
> Há diversas razões gerenciais e negociais para que sociedades *holdings* sejam utilizadas como meios de viabilizar a materialização de combinações de negócios complexas, as quais variarão em função das peculiaridades de cada caso concreto.

Nesta situação específica, chama atenção o fato de que a *empresa-veículo CELLE* foi a sociedade que assumiu o ônus econômico perante seus sócios e debenturistas, reuniu as condições financeiras necessárias para promover a aquisição do investimento e figurou como compradora em uma operação de "compra alavancada" (ou *leveraged buyout* - "LBO"), operação esta que consiste, em linhas gerais, em uma aquisição de participação societária mediante a utilização de recursos financeiros próprios (*equity*) e de terceiros (*debt*).

Sobre o tema, destaca Carlos Augusto Daniel Neto[18] que:

> Em se tratando de LBO, a operação traz alguns *riscos específicos*, em especial a própria dificuldade financeira relacionada à quitação da dívida, que pode ser agravada por futuros e incertos (como mudanças no mercado, crises econômicas, alterações regulatórias etc.), afetando o fluxo de pagamentos. Como na aquisição alavancada os próprios ativos da empresa-alvo são a garantia dos credores (tal qual a casa, no financiamento imobiliário, retomando o exemplo dado acima), há uma possibilidade de comprometimento do capital próprio dos investidores, para pagamento da dívida.
>
> Para segregar o capital empregado em uma *LBO* do restante sob gestão do fundo de PE, blindando-o do risco apontado acima, os gestores costumam criar uma empresa controlada, destacando o montante que será utilizado na aquisição, na forma de uma *sociedade de propósito específico (SPE)*. O capital próprio a ser colocado na SPE que irá realizar a aquisição é, em média, em torno de 10% a 40% do custo de aquisição das participações societárias da empresa alvo, sendo o restante pago com recursos oriundos de dívida.
>
> [...]
>
> Por outro lado, a doutrina reconhece diversas vantagens de realizar a operação dessa maneira, além de manter parte do *equity* disponível para outros investimentos, ao invés de concentrá-lo em uma empresa só.
>
> Uma delas é o benefício chamado de "*tax shield*", referindo-se à possibilidade de deduzir os juros pagos no financiamento na apuração dos impostos sobre a renda da empresa-alvo, diferentemente dos dividendos, que são indedutíveis. {...}

[17] O ágio e a não discriminação do capital estrangeiro. São Paulo: Dialética. 2021. P. 45.

[18] "A Amortização Fiscal do Ágio Gerado em Operações de Compra Alavancada de Participações Societárias". In: Tributação sobre a Renda (IRPJ/CSLL). Editora Foco. 2022. Coord.: Fredy José Gomes de Albuquerque.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> [...]
>
> Todavia, em razão do "esgotamento" da utilidade da empresa utilizada para fazer a aquisição do alvo, outra técnica utilizada para promover um encontro entre receita operacional e despesas do financiamento é a incorporação de uma pela outra – normalmente a sociedade operacional adquirindo sua controladora, por meio de uma *incorporação reversa*.

Foi justamente sob este *modelo negocial* que materializou-se a aquisição da participação societária que gerou o ágio cuja glosa está sendo ora discutida, tendo sido demonstrado que o Grupo comprador estrangeiro (Southern Cross), cotista do SCG II Fundo de Investimento em Participações ("SCG II FIP"), domiciliado no Brasil, desde o início propôs o modelo que seria adotado na aquisição, optando pela aquisição por meio das sociedades holding Celle e, indiretamente, a Rio Jari, ambas residentes no Brasil e controladas pelo SCG II FIP.

Por envolver um Fundo de Investimento em Participações, cumpre observar que o SCG II FIP não poderia, em razão da restrição prevista no artigo 35, inciso II, Instrução CVM n° 391, emitir instrumentos de dívida. Daí a "necessidade" de constituição das ditas empresas veículos (a CELLE, controlada pela Rio Jari), que facilitaram tanto a *liberdade* de negociar como também a viabilidade de captar recursos no mercado para pagamento de parte do preço.

Essa necessidade de utilização de holding em uma *operação de LBO* foi muito bem resumida já na ementa do Acórdão nº **1301-006.709,** da lavra da Conselheira Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, verbis:

> ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)
>
> Ano-calendário: 2014, 2015, 2016
>
> ÁGIO. COMPRA ALAVANCADA. CONSTITUIÇÃO DE EMPRESA PARA CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO. POSSIBILIDADE.
>
> As operações de compra alavancada podem gerar diversas vantagens econômicas e gerenciais, tais como (i) a segregação do capital a ser investido e do correspondente risco em um veículo próprio, de forma que não comprometa os demais investimentos do grupo; (ii) desnecessidade de emprego de capital próprio para a aquisição da participação societária, possibilitando que o capital próprio seja utilizado em outros investimentos; (iii) possibilidade de utilização das receitas geradas pelo investimento adquirido para quitar o financiamento contraído; e (iv) dedutibilidade fiscal dos juros contraídos para a obtenção do financiamento necessário à aquisição da participação societária.
>
> Assim, tendo em vista a impossibilidade de o fundo de investimento em participações contrair dívidas, em razão do disposto na Instrução CVM nº 391/2003, a constituição de pessoa jurídica para tanto é indispensável para a realização da operação de aquisição de participação societária com recursos de

DOCUMENTO VALIDADO

> terceiros (compra alavancada) e não afronta ao disposto no art. 7º da Lei nº 9.532/1997.
>
> Não interessa ao Fisco se a pessoa jurídica constituída para adquirir a participação societária com ágio tinha outras formas para arrecadar os valores necessários para fazer frente à aquisição ou se o empréstimo poderia ter sido contraído diretamente pelos cotistas do fundo de investimento em participações. A forma como as empresas se financiam é uma decisão estratégica, de natureza privada, que não pode ser desconsiderada pelo Fisco pelo simples fato de implicar, também, em vantagem tributária.

De fato, tratando-se de *operação alavancada*, as despesas financeiras oriundas do financiamento (via debêntures no caso) devem ser pagas com os fluxos de caixa da própria companhia adquirida, circunstância esta que, para aqueles que são adeptos à *teoria do propósito negocial*, é mais do que suficiente para justificar a concentração do investimento em uma ponta específica, no caso de *segundo nível* ante ao interesse de manutenção da Rio Jari como Holding principal do grupo no Brasil.

Não há, assim, em que se falar em ocorrência de simulação ou qualquer outo vício que possa contaminar a eficácia dos atos tais como eles foram praticados e declarados.

Da ausência de c*onfusão patrimonial* entre o *real adquirente* e a empresa investida

A fiscalização, considerando que a maior parte dos recursos utilizados para pagamento do preço do negócio (cerca de 70%) foram transferidos do controlador domiciliado no exterior (Southern Cross) para o SCG II FIP e, em seguida para as *empresas veículos*, afirma que o *real adquirente* seria o grupo estrangeiro, e não a *empresa veículo* CELLE.

Em razão, então, do controle societário e do fluxo financeiro da maior parte do capital empregado na aquisição, que o Fisco afasta a CELLE como adquirente ou detentora do investimento, não permitindo a amortização fiscal do ágio sob alegação de inexistência de confusão patrimonial.

Nenhum reparo caberia ao raciocínio, não fosse, é certo, a existência de dois "detalhes" da maior relevância: **(i)** não houve *simulação* (ou *artificialidade)* da CELLE, conforme visto no tópico anterior; e **(ii)** a *rastreabilidade da origem* dos recursos é irrelevante para fins de reconhecimento do direito à amortização fiscal do ágio.

Não obstante a deficiência da própria terminologia *real adquirente*[19], tal *tese* definitivamente não se sustenta em face do princípio da legalidade. Isso porque o referido artigo

[19] Nesse sentido, convém ressaltar a observação feita por Rosanova Galhardo e Pedro A. do A. Abujamra Asseis:
"(...) não se pode perder de vista que, para se falar em "real", é necessário que haja o "irreal", o "falso", o "ilegítimo". Ou seja, "real adquirente", para fins jurídicos, é uma expressão que apresenta um campo de aplicação muito restrito, limitado ao âmbito da anormalidade, dos vícios dos negócios jurídicos e da nulidade civil. Acaba justamente sendo,

DOCUMENTO VALIDADO

Original

7º autorizou a dedução do ágio fundado na rentabilidade futura pela "*pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, **na qual detenha** participação societária adquirida com ágio ou deságio*" (cf. caput do artigo 7º da Lei 9.532/1997), o que significa dizer que o destinatário da norma de dedução do ágio é aquele que **detém** o investimento adquirido com ágio (ou a adquirida quando da incorporação reversa), linguagem esta (verbo *deter*) que revela justamente algo que pode ser passageiro, desvinculando-se cabalmente da *fonte dos recursos* empregados no negócio.

Caso a intenção do Legislador fosse realmente a de limitar a dedução ao *supridor* dos recursos utilizados na aquisição do investimento, deveria a lei assim restringir, o que não foi feito, inclusive de forma intencional ante a previsão expressa da possibilidade de incorporação reversa (cf. artigo 8º).

Ora, a utilização da expressão "*na qual **detenha** participação societária adquirida*" pela lei, somada à autorização legal para que a investida incorpore a detentora da participação societária com ágio, na realidade conferiu ao contribuinte o direito de aproveitamento fiscal do ágio na operação ora analisa.

Adotar a interpretação de que o adquirente, no caso, seria o controlador estrangeiro em razão da *origem da origem* dos recursos (e aqui a redundância é proposital), permitiria não só colocar o intérprete na indevida posição de Legislador, alterando por completo a literalidade e o conteúdo do texto legal, como também permitiria "fechar os olhos" para o fato de que a captação de 30% dos recursos ocorreu no mercado brasileiro.

A propósito, no Acórdão nº **1302-002.011**, que afastou a procedência dessa *tese fazendária*, o ex. Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior expôs com propriedade o quanto segue:

> Pela narrativa do autuante, o que se depreende é que os investidores estrangeiros, ao invés de adquirirem diretamente as empresas brasileiras, resolveram aportar capital em subsidiárias brasileiras, para que estas adquirissem com ágio as empresas visadas e posteriormente, com as incorporações reversas, as adquiridas pudessem se valer da dedutibilidade da amortização do ágio. **Ora, qual o ilícito de tal conduta? Nenhum, pois são caminhos permitidos pela legislação tributária**.
>
> Todavia, o autuante entende que o verdadeiro adquirente (quem pagou pelo ágio) das empresas adquiridas foi o controlador estrangeiro, desconsiderando assim a personalidade jurídica da Technical e da Itajaí Investimento, para então, concluir que não se aplicaria a norma do art. 7° da Lei 9.532/97 (aqui ele se

---

por outras palavras, o caso de simulação precisamente qualificado pelo Código Civil, em seu art. 167, § 1º, I – negócios que "aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem".

A utilização desse tipo de restrição ou a imposição como um "teste" de forma ampla, geral e irrestrita, especialmente para casos muitas vezes anteriores à própria regulamentação contábil, e que não digam respeito a simulação, fraude ou abuso, portanto, já seriam equivocadas, independentemente de quaisquer outras análises.". (Realidade do "real adquirente". In: Controvérsias jurídico-contábeis. São Paulo: Atlas. 2020. Organizadores: Alexandre Evaristo Pinto ... P. 225).

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> confunde, pois a norma aplicável na espécia é o art. 8° que trata de incorporações reversas), porque não teria havido a reunião do patrimônio de quem pagou pelo ágio e o patrimônio da sociedade que presumivelmente vai gerar os lucros justificadores desse pagamento.
>
> Com base em que norma legal, um Auditor-Fiscal desconsidera a personalidade jurídica de uma sociedade regularmente constituída? Certamente, não é com base no parágrafo único do art. 116 do CTN, pois esse além de inaplicável por falta de regulamentação, só admite a desconsideração de atos ou negócios jurídicos. Não me parece que se possa tomar personalidade jurídica como sinônimo de negócio jurídico, razão pela qual tal dispositivo não autoriza, por via oblíqua, a Autoridade Fiscal a desconsiderar contratos ou estatutos sociais de sociedades, ainda que regulamentado estivesse. O mais grave, porém, é que, talvez por falta de qualquer suporte legal, o autuante passa ao largo dessa questão.
>
> Por essas razões, voto por dar provimento ao recurso voluntário também neste ponto.

Destaca-se, ainda, decisão da 1ª Turma do STJ, proferida por unanimidade de votos no **Resp 2.026.473/SC**, que validou o uso de empresa veículo como meio de operacionalizar a aquisição de investimentos por empresas estrangeiras, sem prejuízo da dedução do ágio, conforme atesta a seguinte passagem do voto condutor do Min. Gurgel de Faria:

> Sobre o emprego da "empresa-veículo", a sua rejeição apriorística contraria o disposto no art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.404/1976 (o qual faculta a criação de holding "como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais").
>
> Não há proibição legal para que uma sociedade empresária seja criada como "veículo" para facilitar a realização de um negócio jurídico; inclusive há razões reais ("propósito negocial") para tanto, pois é possível que as pessoas jurídicas originais queiram manter sua segregação por diversas razões (estratégicas, econômicas, operacionais...).
>
> A propósito, quando a investidora é empresa estrangeira, é ainda mais justificável a constituição de uma "empresa-veículo", por algumas razões práticas: confere mais segurança quanto à possibilidade de se valer da norma interna de dedução do ágio (o que não aconteceria se a incorporação fosse internacional); permite a negociação com base na moeda local; pode facilitar a realização de operações locais (por exemplo, dispensar garantias que seriam exigidas do investidor internacional) etc.
>
> Assim, filio-me à orientação de que: *A Lei n° 9.532/1997 e a Lei nº 12.973/2014 apenas exigem a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que detém participação societária e a sociedade adquirida, não fazendo qualquer alusão, ainda que implícita, ao suposto "real adquirente", que segundo a tese do Fisco,*

DOCUMENTO VALIDADO

> *teria fornecido os recursos financeiros ou ofertado garantia para aquisição do investimento*. (SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022)".

Mas, não é só. Em se tratando de recursos provenientes do exterior, a *tese do real adquirente* também encontra-se óbice em face do princípio da isonomia e da regra legal de *não discriminação de capital estrangeiro*, prevista no artigo 2º da Lei nº 4.131/62[20], *in verbis*:

> Art. 2º - Ao capital estrangeiro que se investir no País, será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei.

Isso significa dizer que, ainda que a maior parte do *capital* usado na aquisição tenha passado de uma pessoa jurídica estrangeira para uma *holding* no Brasil, tal fato de maneira nenhuma poderia ensejar a alegada perda do direito não só à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97[21], mas também em face da proibição de discriminação do capital estrangeiro.

O fluxo financeiro dentro do grupo adquirente, pois, constitui circunstância irrelevante, não interferindo no direito de amortização fiscal. Até mesmo porque seguir esse entendimento fiscal conduziria ao absurdo cenário de que tudo na economia seria sempre da controladora, que até mesmo deixaria de existir na figura de uma sociedade (que nada mais é do que uma *ficção jurídica*), afinal no topo de qualquer estrutura societária estão os sócios pessoas físicas, que passariam a ser taxados de adquirentes de tudo.

Como diria Carlos Maximiliano[22]:

> ... a interpretação deve ser objetiva, desapaixonada, equilibrada, às vezes audaciosa, porém não revolucionária, aguda, mas sempre atenta, respeitadora da lei.
>
> (...)
>
> Não pode o intérprete alimentar a pretensão de melhorar a lei com desobedecer às suas prescrições explícitas. Deve ter o intuito de cumprir a regra positiva (...)

Essas são as razões, contudo, para manter a decisão recorrida, afastando a glosa das despesas com o ágio.

---

[20] Sobre o tema, vide a obra já referida de NEVES, Guilherme. "O ágio e a não discriminação do capital estrangeiro". São Paulo: Dialética. 2021.

[21] A própria lógica da dedução do ágio não se altera com essa passagem, afinal, havendo absorção da empresa detentora do ágio ou da investida, não haveria mais como alienar o investimento e deduzir a respectiva perda de capital. Daí a lei ter autorizado o aproveitamento das despesas incorridas com a amortização do ágio pela empresa sucessora.

[22] Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense. 20ª edição. P. 103 e 226.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Da dedução das despesas financeiras

A opção pelo financiamento com capital de terceiros como meio de pagamento de parte do preço de aquisição do investimento (ou seja, a "compra alavancada"), conforme visto, possui fundamento jurídico e negocial, razão pela qual é oponível ao Fisco caso não caracterizada eventual *simulação.*

Tendo isso em vista, e considerando que restou demonstrado que realmente foi a CELLE a adquirente do investimento com o ágio e quem de fato emitiu as debêntures no mercado (para partes independentes, portanto), assumindo os respectivos encargos financeiros desta operação, as despesas daí decorrentes constituem elementos patrimoniais que impactaram negativamente o seu patrimônio, sem qualquer prejuízo ao direito de sua dedução fiscal ante à sucessão empresarial após a incorporação reversa.

Tratam-se tais despesas financeiras de juros passivos sem qualquer alegação de desproporcionalidade aos praticados no mercado ou outra *anomalia*, mostrando-se operacionais pois relativos a recursos empregados na atividade de holding, de modo que devem ser considerados dedutíveis não somente em face da regra geral de dedutibilidade[23], como também à luz de normas legais próprias, conforme bem fundamentou a decisão da DRJ para afastar a glosa neste particular. Confira-se:

> ... é legalmente admitida a dedução de encargos financeiros decorrentes de empréstimos para o financiamento da aquisição de bens do ativo permanente, no caso do art. 374 do RIR/99[24], e especificamente para o financiamento de investimentos em sociedades controladas, no caso do art. 31 da Lei nº 11.727/2008[25], havendo para este último, inclusive, a faculdade de diferimento no

[23] Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).
§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).
§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.
[...]

[24] Art.374. Os juros pagos ou incorridos pelo contribuinte são dedutíveis, como custo ou despesa operacional, observadas as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 17, parágrafo único):
I- os juros pagos antecipadamente, os descontos de títulos de crédito, e o deságio concedido na colocação de debêntures ou títulos de crédito deverão ser apropriados, *pro rata temporis*, nos períodos de apuração a que competirem
II- os juros de empréstimos contraídos para financiar a aquisição ou construção de bens do ativo permanente, incorridos durante as fases de construção e pré-operacional, podem ser registrados no ativo diferido, para serem amortizados.

[25] Art. 31. A pessoa jurídica que tenha por objeto exclusivamente a gestão de participações societárias (holding) poderá diferir o reconhecimento das despesas com juros e encargos financeiros pagos ou incorridos relativos a empréstimos contraídos para financiamento de investimentos em sociedades controladas.
§ 1º A despesa de que trata o caput deste artigo constituirá adição ao lucro líquido para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido e será controlada em livro fiscal de apuração do lucro real.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> reconhecimento das despesas para o momento da alienação do investimento, devendo neste caso, integrar o custo de aquisição para os fins de apuração do ganho ou perda de capital.

O que precisa ficar claro, pois, é que a captação da *segunda parte* dos recursos empregados na aquisição foi efetivamente realizada pela CELLE junto a instituições financeiras independentes, sob o abrigo do art. 31 da Lei nº 11.727/2008, dispositivo este que ratifica a dedutibilidade de juros incorridos para viabilizar a compra alavancada.

Não há, portanto, reparos a fazer nas decisões de primeira e segunda instância nesse particular.

Conclusão

Pelo exposto, conheço do recurso especial e, no mérito, nego-lhe provimento.

É como voto.

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheira **Edeli Pereira Bessa**

A Contribuinte questiona a admissibilidade do recurso especial fazendário nas duas matérias que tiveram seguimento.

Com respeito ao aproveitamento do ágio, diz que no acórdão recorrido *restou reconhecido que não se verificou qualquer artificialidade no caso em análise,* ao passo que no paradigma nº 9101-002.962 a premissa central é *de que os fatos foram construídos artificialmente,* com destaque para *diversas especificidades da sociedade adquirente*, como *"por exemplo, o curto espaço de tempo entre a passagem da KORCULA pelo Grupo Carrefour e a efetuação da aquisição do ATACADÃO, bem como a inexistência de estrutura operativa nessa empresa",* para além de no paradigma a origem dos valores utilizados na aquisição advirem de *empréstimo tomado por*

§ 2º As despesas financeiras de que trata este artigo devem ser contabilizadas individualizadamente por controlada, de modo a permitir a identificação e verificação em separado dos valores diferidos por investimento. § 3 O valor registrado na forma do § 2 deste artigo integrará o custo do investimento para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Korcula da sua controladora indireta no exterior, ao passo que no presente caso houve captação mediante *emissão de debêntures no mercado*. Já com respeito ao paradigma nº 1302-003.474, embora lá também se tratasse de uma "aquisição alavancada", nele *apenas 20% do montante pago pela QCII na aquisição da Qualipar teve como origem a captação de recursos no mercado via debêntures,* aspecto destacado no voto condutor do paradigma, enquanto no presente caso a captação correspondeu a aproximadamente 30% do valor pago.

O I. Relator compreendeu que o presente caso apresentaria similitude suficiente com o paradigma nº 1302-003.474, e afastou apenas o paradigma nº 9101-002.962, especialmente porque neste não houve discussão acerca de "compra alavancada", bem como porque a empresa-veículo interposta não teria qualquer propósito negocial ou atividade operacional.

A discussão assim estabelecida se aproxima daquela enfrentada em reunião de julgamento anterior, tendo por objeto processos administrativos formalizados contra Notre Dame Intermedica Saúde S/A, cujos julgamentos foram formalizados nos Acórdãos nº 9101-007.334 a 9101-007.336. Embora a decisão lá confrontada pela PGFN também tenha sido editada pela 1ª Turma da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, o presente caso apresenta acórdão constituído de forma distinta, que assim demanda análise própria para identificação dos fundamentos determinantes para a decisão do Colegiado *a quo*.

A ementa do Acórdão nº 1201-006.189 permite afirmar que a principal razão para cancelamento da exigência seria negativa fiscal à *opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte,* sem a *demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si.* A decisão foi tomada por maioria de votos, e do dispositivo não consta que os Conselheiros que acompanharam o relator tenham feito ressalvas a seus fundamentos, muito embora três deles tenham apresentado declaração de voto.

O voto do relator, Conselheiro Jeferson Teodorovicz, apresenta basicamente os fundamentos acima identificados na ementa do julgado. Sob a ótica de que *um dos aspectos da acusação fiscal guerreada é a dedutibilidade ou não do ágio gerado na aquisição direta do investimento na Brinox Metalúrgica Ltda. (antiga razão social da Brinox) pela Celle SP Participações Ltda. ("Celle")*, o relator invoca decisões desta 1ª Turma acerca da *possibilidade de amortização do ágio em operações que contaram com a utilização de empresa veículo*, em especial sob condução de voto do I. Relator, e cita outro julgado da própria Turma, cuja ementa é idêntica à adotada no recorrido. Destaca, do voto condutor deste julgado, a necessidade de *demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si,* mormente tendo em conta que *a Lei não proibiu o aproveitamento do ágio no caso de incorporação de empresas holdings, constituídas pelos controladores indiretos com o propósito de adquirir, consolidar e gerir a participação na empresa investida*.

DOCUMENTO VALIDADO

A declaração de voto do Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque se presta a *esclarecer as razões que* levaram o Conselheiro *a concluir que a operação da qual resultou o ágio é plenamente válida, a permitir o aproveitamento de sua amortização fiscal*. E ao longo de sua exposição é dado relevo ao fato de que houve a constituição de Fundo de Investimento em Participações (FIP) para captar recursos no mercado e *adquirir a companhia BRINOX*, bem como o destaque de que sua função limitada demandaria *a participação de outras companhias, criadas para viabilizar operações lícitas com terceiros*, e assim concluir que *o ágio decorrente dessas transações regulares, ainda que o investimento tenha decorrido da formação de um FIP, em nada modifica o contexto fático e jurídico relacionado ao aproveitamento fiscal do ágio decorrente das operações realizadas,* invocando voto proferido em outro julgado no qual refere outras hipóteses nas quais seria necessária a interposição de *holding,* mormente no contexto de privatizações, quando editada a Lei nº 9.532/97. Destaca a necessidade de a autoridade fiscal *conhecer os senões que estão além da fria relação tributária* investigando *a realidade que cerca o intérprete e o aplicador do direito, que deve estar atento ao conteúdo interdisciplinar com áreas afins ao Direito Tributário, historicamente encaixotado no conforto de repetições apriorísticas*, vez que *apontar ilegalidade inexistente é tão deletério quanto a praticar.* E se estende em requisitos doutrinários para desconsideração de operações abusivas, concluindo que *é no âmbito da simulação que se resolvem os problemas de planejamento tributário,* mas sem acréscimos de outras circunstâncias fáticas específicas do caso concreto.

A declaração de voto do Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto se presta a ressaltar *alguns pontos importantes da discussão em sessão,* destacando que *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".* Critica a busca do "real adquirente", dirigida por uma vertente de *cunho econômico,* e insiste que o lançamento sob esta ótica demanda comprovação de que *o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação*. Mais à frente menciona que *a constituição da "empresa veículo" se deu por parte do alienante*, e depois passa a demonstrar *a irrelevância no caso concreto do uso de um fundo de investimento em participações (FIP)*, refutando o argumento apresentado em sessão de que *o contribuinte queria se beneficiar do uso do FIP para obtenção de recursos para investimento e ao mesmo tempo queria se aproveitar da amortização do ágio*. Defende que *o FIP em questão não tem nenhum objetivo tributário específico, mas tão somente um objetivo de garantir uma melhor governança,* sendo que *ao adquirir a dita "empresa veículo" constituída pelos alienantes, o FIP cumpriu com seus objetivos e caso não houvesse tal veículo não haveria outra forma de ocorrer o aproveitamento do ágio diante da impossibilidade de fusão ou incorporação entre a Recorrente e o FIP.*

A declaração de voto do Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque foi apresentada para *deixar claros* seus *elementos de convicção.* E, para concluir que a interposição da empresa veículo não configurou fraude, destacou que: i) CELLE *foi veículo para a colheita dos recursos financeiros que possibilitaram a aquisição almejada, em um procedimento usual no mercado corporativo, conhecido como "aquisição alavancada"*; ii) o fluxo financeiro não seria determinante para definir o real adquirente, principalmente quando a aquisição se dá por um

DOCUMENTO VALIDADO

grupo econômico, constituindo-se titular da empresa adquirida aquela que efetiva a aquisição; iii) a participação de um FIP dificulta a identificação de um "real adquirente" distinto do adquirente formal; iv) o aporte da controladora não contemplou todo o valor da aquisição; v) a ausência de atividade operacional não caracterizaria, isoladamente, a fraude, mas neste caso a empresa veículo teve a atividade de captar parte relevante dos recursos necessários para aquisição; vi) como a aquisição se deu entre partes não relacionadas, se a adquirida incorporasse qualquer que fosse a adquirente, a amortização fiscal do ágio seria possível; e vii) a Lei nº 9.532/97 *estimula a mobilidade econômica no âmbito corporativo*, e a incorporação reversa tratada em seu art. 8º já cogita que *a empresa adquirida tem mais valor econômico do que sua adquirente.*

Nestes termos, portanto, foram 5 (cinco) votos favoráveis à amortização fiscal do ágio, sendo que apenas 2 (dois) dos votos declarados – pelos Conselheiros Fredy José Gomes de Albuquerque e Alexandre Evaristo Pinto - destacaram a necessidade de o Fundo de Investimento em Participações (FIP) constituir uma empresa intermediária para viabilizar a incorporação e a amortização do ágio. O Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque apenas mencionou que a intervenção de um FIP dificulta a identificação de um "real adquirente" diferente do adquirente formal.

Por tais razões, a circunstância específica de o adquirente do investimento ser um FIP não se apresenta como fundamento determinante para a decisão do Colegiado *a quo.*

Anote-se, também, que para o Colegiado *a quo* foi irrelevante o fato de haver uma segunda pessoa jurídica interposta entre o FIP e a adquirida, no caso, Rio Jari SP Participações S/A, da qual CELLE SP Participações Ltda era subsidiária integral. De toda a sorte, à semelhança do que se verá na análise dos paradigmas, na operação aqui sob exame também houve duas *holdings* interpostas.

Diante de tais circunstâncias, cabe concordar com o I. Relator quanto à caracterização do dissídio jurisprudencial em face do paradigma nº 1302-003.474.

Antes, porém, adicione-se, que nos outros casos tendo em conta operações realizadas por Notre Dame Intermédica Saúde S/A – Acórdãos nº 9101-007.334 a 9101-007.336 –, também havia alegação de dessemelhança em face da discussão, no paradigma, acerca de laudo extemporâneo, em face do que esta Conselheira recordou que este Colegiado já teve a oportunidade de se debruçar sobre os fundamentos prevalentes em face de julgado editado nos mesmos termos, consignado no Acórdão nº 1302-003.475. Esta Conselheira declarou voto[26] no Acórdão nº 9101-006.828 para assim registrar os debates havidos com o relator dos recursos especiais interpostos contra aquela decisão, Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, acerca deste aspecto:

[26] Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luciano Bernart, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Viviani Aparecida Bacchmi, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício), e a discussão acerca da existência de fundamento inatacado não teve relevo, porque o Colegiado acordou em não conhecer do recurso especial do sujeito passivo por outras dessemelhança entre os acórdãos comparados.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

O I. Relator inicialmente suscitou a existência de fundamento inatacado, com respeito à falta de comprovação do fundamento do ágio em rentabilidade futura, e neste sentido destacou, inicialmente, o que consignado no voto vencido do acórdão recorrido:

> A autoridade fiscal concluiu que o referido ágio decorreria de operação desprovida de propósito negocial, com a indevida utilização de empresas veículo, e na qual não teria ocorrido a necessária "confusão patrimonial" entre real adquirente e empresa adquirida, condição ao aproveitamento fiscal do ágio supostamente presente nos artigos 7º e 8º da Lei n° 9.532/972.
>
> Ainda consignou que **não estaria comprovado, no caso concreto, que o fundamento econômico do ágio pago decorreria da expectativa de rentabilidade futura da QualiPar, uma vez que o demonstrativo apresentado, i.e., o Relatório Final de Avaliação Econômico-Financeiro, elaborado pela KPMG ("Laudo de Rentabilidade Futura"), datado de 02/03/2011 e com data-base em 31/08/2010, seria posterior à aquisição desta empresa.**
>
> Vejam-se os seguintes trechos do TVF:
>
> (...)
>
> De seu lado, a contribuinte apresenta os seguintes fundamentos, com base nos quais sustenta que as amortizações de ágio em questão preenchem as exigências formais para serem consideras despesas dedutíveis:
>
> (...)
>
> À vista de tais fatos e fundamentos, entendo que assiste razão à contribuinte. Além do que, o fato de os recursos advirem de empresa no exterior, em si, não constitui fundamento para o não aproveitamento do ágio. Também não desnatura a ocorrência de confusão patrimonial. Não encontro em tal interpretação da fiscalização, mantida pela DRJ, descumprimento às disposições do artigo 386 do RIR/99, vigente à época (atual Lei nº 9.580/2018). Não tentativa ilícita de se internalizar o ágio, por meio de incorporações de empresa veículo. Não se vê abusividade ou operações desprovidas de motivação.
>
> **O Laudo de Avaliação, datado de março de 2011, elaborado pela KPMG, com base no método de fluxo de caixa futuro descontado a valor presente, certificou que o ágio registrado pela QC II tinha por fundamento econômico a expectativa de rentabilidade futura da QualiPar, nos termos da alínea "b" do § 2o do artigo 20 do Decreto-Lei n° 1.598/77. Assim, ainda que datado de 02/03/2011, tinha como data-base 31/08/2010. Ou seja, baseava-se nas informações contemporâneas ao fechamento da operação de aquisição da QualiPar**.
>
> Verifica-se, ainda, que a operação se deu entre partes independentes, quais sejam, de um lado o Grupo Carlyle, representado pela QC II, e de outro lado o Grupo Qualicorp, na figura dos vendedores Sr. José e GA Brasil FIP.
>
> O fato de as controladas da QualiPar atuarem como garantidoras das debêntures emitidas pela QC II não "reforça o caráter de empresa veículo da QCI e da QCII"(f\. 7 do TVF), como indevidamente entende o Sr. Agente Fiscal, mas diz respeito à própria natureza de que normalmente se reveste a aquisição alavancada, sendo expediente comum a esse tipo operação.

DOCUMENTO VALIDADO

> Observa-se que, a incorporação da investidora (QC II) pela investida (QualiPar), com a unificação do investimento adquirido com o ágio pago na aquisição da QualiPar, fundamentado na sua expectativa de rentabilidade futura, este último passou a ser dedutível na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, conforme disposto nos artigos 7º e 8º da Lei n° 9.532/97.
>
> Destaca-se, nesse ponto, a ocorrência da unificação patrimonial, autorizadora da dedutibilidade fiscal do ágio. Assim, não subsiste o argumento de que não teria ocorrido a unificação ou confusão patrimonial.
>
> No que diz respeito ao fato de a QualiPar passar a ser detentora do ágio pago na sua própria aquisição, ressalte-se que se trata da mera aplicação do artigo 8º da Lei n° 9.532/97, que expressamente reconhece o aproveitamento do ágio também na hipótese de incorporação da investidora, que pagou o ágio, pela investida a chamada incorporação reversa.
>
> Assim, é possível concluir que as operações societárias realizadas resultaram validamente na possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio pela contribuinte. Pois, desde o início, visou-se a aquisição do controle da QualiPar pelo Grupo Carlyle e, para tanto, (i) houve aquisição, pela contribuinte, de participação societária adquirida com ágio; (ii) houve absorção da investidora pela investida, consoante previsão expressa do referido artigo 8º; e **a fundamentação econômica do ágio está lastreada em expectativa de rentabilidade futura**. *(destacou-se)*

Nestes termos, o relator do acórdão recorrido, Conselheiro Rogério Aparecido Gil, afastou a objeção fiscal à fundamentação do ágio em rentabilidade futura. Contudo, o Colegiado *a quo*, neste ponto, acordou, *por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário quanto à glosa da amortização do ágio na apuração do IRPJ/CSLL, vencidos os conselheiros Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Rogério Aparecido Gil (relator), Gustavo Guimarães da Fonseca e Flávio Machado Vilhena Dias. O Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado votou pelas conclusões do voto divergente neste ponto*.

E no voto vencedor, o Conselheiro Ricardo Marozzi Gregório consignou que:

> Contra esse entendimento, não importa que a operação tenha sido efetuada entre partes independentes. A previsão legal só permite que o ágio seja aproveitado pela real adquirente. Não é possível transferir para uma empresa veículo a formalidade da aquisição com o propósito preponderante de se obter a economia tributária. O negócio jurídico formalizado nessas condições não é oponível ao Fisco.
>
> A alegação de que a QC II possuía um propósito negocial (o de emitir as debêntures que possibilitaram a alavancagem financeira da operação) não se sustenta. Por mais que se alegue que o BHCS FIP não poderia contrair o empréstimo, essa vedação não existia para a QC I. Ela estava numa relação mais direta com os investidores e, depois das operações de incorporação de ações, passou a atuar como uma verdadeira holding (chegaram a alterar a sua denominação para Qualicorp S/A) ao ter seu capital aberto na oferta pública realizada em 2011.
>
> [...]
>
> Noutro giro, **o fato de o laudo de avaliação ter sido elaborado em data posterior à constituição do ágio (pela QC II) acabou sendo um reforço argumentativo para**

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> **alguns componentes da maioria vencedora. Para estes, a exigência legal não permite a mera utilização de informações contemporâneas ao fechamento da operação**. Há que se elaborar o demonstrativo da rentabilidade futura antes desse fechamento. *(destacou-se)*

A dúvida que se colocou, nestes termos, era se a maioria qualificada que negou provimento ao recurso voluntário adotou como fundamento, também, a imprestabilidade do laudo de avaliação elaborado posteriormente à aquisição para atribuir ao ágio fundamento em rentabilidade futura. Os Conselheiros Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Gustavo Guimarães da Fonseca e Flávio Machado Vilhena Dias concordaram com o relator, Conselheiro Rogério Aparecido Gil, em afastar este óbice apontado pela autoridade lançadora. Restava saber se os Conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo, Ricardo Marozzi Gregório, Maria Lúcia Miceli e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente), mantiveram aquele óbice.

A decisão indicava que *o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado votou pelas conclusões do voto divergente neste ponto* (glosa da amortização do ágio na apuração do IRPJ/CSLL), mas não foi especificado em que ponto da fundamentação haveria discordância.

De outro lado, o voto vencedor do acórdão recorrido dizia que *o fato de o laudo de avaliação ter sido elaborado em data posterior à constituição do ágio (pela QC II) acabou sendo um reforço argumentativo para alguns componentes da maioria vencedora*, na sequência descrevendo o entendimento para estes componentes, a indicar que tal não seria o entendimento do redator designado, Conselheiro Ricardo Marozzi Gregório.

Ocorre que, se o entendimento contrário à fundamentação do ágio por rentabilidade futura foi adotado por apenas três dos conselheiros que integravam a maioria qualificada – no caso, os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo, Maria Lúcia Miceli e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente) – não teria sido formada maioria para desconstituir o voto do relator neste ponto.

Para além disso, a expressão *alguns componentes da maioria vencedora* somente pode ser interpretada no sentido de que ao menos um desses componentes não concordou com esta tese. E a supressão de um destes conselheiros do conjunto da maioria qualificada, formada por 4 (quatro) conselheiros, já evidenciaria, como acima demonstrado, que não houve maioria para desconstituir o voto do relator neste ponto. Em outras palavras, ao menos um dos Conselheiros da maioria qualificada teria acompanhado os outros 3 (três) Conselheiros que votaram com o relator, somando 5 (cinco) votos em favor da validade da fundamentação do ágio em rentabilidade futura.

Ainda, como bem relatado, houve oposição de embargos de declaração quanto a este ponto do acórdão recorrido, e assim reputou-se necessária a transcrição integral do exame de admissibilidade de e-fls. 6202/6212:

DOCUMENTO VALIDADO

OBSCURIDADE QUANTO AOS QUESTIONAMENTOS ACERCA DO LAUDO DE AVALIAÇÃO

A embargante aduz:

> "Analisando-se o voto vencedor, é possível notar que há nesse um parágrafo em que se afirma que, para alguns julgadores componentes da maioria vencedora, o fato do laudo de avaliação ter sido supostamente elaborado em data posterior à constituição do ágio teria sido um "*reforço argumentativo*" (fl. *56* do acórdão recorrido) para a manutenção da glosa.
>
> Ocorre que se esse não foi o entendimento adotado pela maioria, de modo que tal argumentação não poderia constar do voto vencedor, pois **não foi um fundamento adotado pelo colegiado para manutenção dessa parcela do lançamento fiscal.**
>
> Por esse motivo, a Embargante requer a essa Turma Julgadora que, com o acolhimento dos presentes Embargos de Declaração, seja determinada a supressão desse parágrafo do voto vencedor, de forma que se reflita no acórdão apenas as razoes de decidir do colegiado."
>
> (destaque original)

Trata-se do seguinte trecho da decisão embargada:

> "Noutro giro, o fato de o laudo de avaliação ter sido elaborado em data posterior à constituição do ágio (pela QC II) acabou sendo um reforço argumentativo para alguns componentes da maioria vencedora. Para estes, a exigência legal não permite a mera utilização de informações contemporâneas ao fechamento da operação. Há que se elaborar o demonstrativo da rentabilidade futura antes desse fechamento."

A rigor a embargante não suscita obscuridade, na medida em que demonstra claro entendimento do sentido e abrangência da decisão; sustenta que a decisão embargada incorreu em erro, por aludir a argumento que não reflete o entendimento da maioria. A alusão ao fato de que alguns integrantes da maioria vencedora viram, na data do laudo (posterior ao evento), "reforço argumentativo" para negar o recurso voluntário não prejudica em absoluto o entendimento ou a aplicação da decisão. A expressão "alguns integrantes da maioria" deixa claro que aquele não foi o entendimento da maioria absoluta dos conselheiros.

Portanto, considero não demonstrada a obscuridade. *(destaques do original)*

O I. Relator havia compreendido que a rejeição dos embargos de declaração para supressão deste ponto do voto vencedor evidenciaria a existência de fundamento inatacado no acórdão recorrido. Contudo, esta Conselheira compreendeu que a rejeição se deu porque **não demonstrada a obscuridade** neste ponto, vez que *a expressão "alguns integrantes da maioria"* ***deixa claro que aquele não foi o entendimento da maioria absoluta dos conselheiros***.

Havia, ainda, a afirmação de que a alusão a este "reforço argumentativo" não prejudicaria *em absoluto o entendimento ou a aplicação da decisão,* bem como que a embargante demonstrou *claro entendimento do sentido e abrangência da*

DOCUMENTO VALIDADO

decisão, sendo que na parte anterior do despacho estava transcrito o entendimento extraído pela Contribuinte da decisão:

> Ocorre que se esse não foi o entendimento adotado pela maioria, de modo que tal argumentação não poderia constar do voto vencedor, pois **não foi um fundamento adotado pelo colegiado para manutenção dessa parcela do lançamento fiscal.** *(destaques do original)*

Nestes termos, se a embargante demonstrou c*laro entendimento do sentido e abrangência da decisão*, e a embargante afirmara que a validade do laudo ***não foi um fundamento adotado pelo colegiado para manutenção dessa parcela do lançamento fiscal*,** esta Conselheira interpretou que a rejeição dos embargos significava a concordância com esta interpretação extraída pela Contribuinte embargante.

Assim, integrando o despacho de rejeição dos embargos ao acórdão recorrido, na forma do art. 1025 do Código de Processo Civil, esta Conselheira vislumbrou a concordância da Presidência do Colegiado *a quo* com a interpretação que a embargante (Contribuinte) extraiu do acórdão embargado, no sentido de que o fundamento em debate não foi um daqueles adotados pelo colegiado para manutenção do lançamento nesta matéria, inexistindo obscuridade porque *a expressão "alguns integrantes da maioria" deixa claro que aquele não foi o entendimento da maioria absoluta dos conselheiros*. Daí, se o relator foi vencido por voto de qualidade, concluiu-se que somente os fundamentos adotados por todos os membros da maioria qualificada prevaleceram para a negativa de provimento ao recurso voluntário. Ou seja, com respeito à validade do laudo de avaliação posterior à aquisição para fundamentação do ágio em rentabilidade futura, o voto do relator teria sido vencedor.

Observou-se, ainda, que embora a ementa não se preste como expressão autônoma do que decidido pelo Colegiado, neste contexto no qual a rejeição dos embargos é coerente com a interpretação extraída do expresso no voto vencedor, em confronto com o voto vencido, haveria como reforço a esta constatação o fato de a ementa do acórdão recorrido nada referir acerca daquele fundamento:

> ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO
>
> Ano-calendário: 2011
>
> ÁGIO. REGISTRO. DECADÊNCIA
>
> A condição para a constituição do crédito tributário reside no fato gerador e não no registro do ágio. É a influência que esse registro exercerá no lucro real, por ocasião de sua amortização, que marca o termo inicial do prazo decadencial de cinco anos. Havendo intimação nesse prazo, contado da amortização, não há que se falar em decadência.
>
> ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA.
>
> A regra da amortização do ágio, por se tratar de um benefício fiscal, deve ser interpretada de maneira restritiva. Não há espaço para alargamento das situações

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

> expressamente previstas em lei. A interpretação literal para a formação das normas contidas no artigo 7º, caput, e no artigo 8º, alínea "b", da Lei nº 9.532/97, conduz ao entendimento de que o ágio a ser amortizado é aquele surgido nos termos do que previu o artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77. Isto é, somente a empresa que "detenha participação societária adquirida" naqueles moldes poderá figurar como incorporadora ou incorporada no evento que resultará no encontro do seu patrimônio com o da empresa investida.
>
> JUROS PAGOS NA EMISSÃO DE DEBÊNTURES. INDEDUTIBILIDADE
>
> As despesas com juros pagos na emissão de debêntures emitidas para a capitação dos recursos a serem aplicados em aquisições societárias, são dedutíveis da base de cálculo do imposto (art. 398, Dec. 9.580/2018 RIR/18).
>
> ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA PROPORCIONAL.
>
> Incabível a aplicação simultânea sobre a mesma infração da multa isolada pelo não pagamento de estimativas apuradas no curso do ano-calendário e da multa proporcional concernente à falta de pagamento do tributo devido apurado no balanço final do mesmo ano-calendário.
>
> Isso porque o não pagamento das estimativas é apenas uma etapa preparatória da execução da infração. Como as estimativas caracterizam meras antecipações dos tributos devidos, a concomitância significaria dupla imposição de penalidade sobre o mesmo fato, qual seja, o descumprimento de uma obrigação principal de pagar tributo.
>
> MULTA QUALIFICADA. INEXISTÊNCIA DE SONEGAÇÃO OU FRAUDE PENAIS. INAPLICABILIDADE.
>
> Em situações nas quais as partes deixam claras as formas jurídicas empregadas e inexistem condutas maculadas pelo falseamento ou manipulação de aspectos relevantes dos negócios jurídicos, é incabível a qualificação da multa aplicada, mesmo que o planejamento tributário seja inoponível ao Fisco, porque não se concretizam condutas como a sonegação ou a fraude penais.
>
> JUROS SOBRE MULTA. POSSIBILIDADE.
>
> De conformidade com a Súmula CARF nº 108, incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.
>
> RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INTERESSE COMUM. ART. 124, I, CTN
>
> Somente se houver comprovado interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária haverá se falar em responsabilidade solidária.

A discussão do tema nesta instância especial, portanto, seria dependente de recurso especial adesivo da PGFN quanto a este fundamento subsidiário, caso fossem revertidos, em razão do recurso especial da Contribuinte, os demais fundamentos vencedores para inadmissibilidade da glosa de amortização do ágio em questão. Em conclusão, compreendeu-se neste ponto preliminar que ainda não existiria fundamento inatacado no acórdão recorrido. *(destaques do original)*

Assim, confirmou-se que as referências à extemporaneidade do laudo no paradigma nº 1302-003.474 não constituem elemento distintivo e determinante para a decisão lá adotada.

No mais, os fundamentos do paradigma nº 1302-003.474 se mostram suficientes para reverter o voto condutor do acórdão recorrido, que admitiu a amortização fiscal do ágio porque não evidenciado dolo, fraude ou simulação na interposição de empresa-veículo com o objetivo de permitir a amortização, pelas investidas, do ágio pago por *SOUTHERN CROSS GROUP, através de um fundo de investimento em participações societárias denominado "SCG II FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES"*. O voto vencedor do paradigma é expresso no sentido de que *a utilização de empresas veículos (a QC I e a QC II) para internalizar aqueles recursos faz com que o ágio seja criado no âmbito patrimonial de quem não foi a real adquirente das participações societárias alienadas. Daí que não se observa a confusão patrimonial entre a real adquirente e o objeto da aquisição*. Como bem demonstra o I. Relator, à semelhança do presente caso, no paradigma havia mais de uma pessoa jurídica interposta, e a de último nível não tinha outra função senão ser extinta para permitir a amortização fiscal do ágio contra os resultados das investidas. Irrelevantes, assim, as distinções apontadas pela Contribuinte acerca do percentual financiado.

Note-se, também, que à semelhança da operação aqui discutida, no paradigma a penalidade também havia sido qualificada, mas o outro Colegiado do CARF, embora afastando o gravame sob a compreensão de que as partes deixaram *claras as formas jurídicas empregadas e inexistem condutas maculadas pelo falseamento ou manipulação de aspectos relevantes dos negócios jurídicos*, não se concretizando *condutas como a sonegação ou a fraude penais,* ainda assim considerou o planejamento tributário inoponível ao Fisco e manteve a glosa das amortizações fiscais do ágio pago.

Esta Conselheira, portanto, concorda com o I. Relator no sentido de que o paradigma nº 1302-003.474 presta-se a demonstrar o dissídio jurisprudencial suscitado pela PGFN.

Com respeito ao paradigma nº 9101-002.962, vale observar que este Colegiado[27] concordou com as razões assim expostas por esta Conselheira para admiti-lo em face de recurso especial interposto pela PGFN, apreciado no Acórdão nº 9101-006.940, nos seguintes termos:

> A Contribuinte contesta a admissibilidade do recurso fazendário apontando dessemelhança fática entre os acórdãos comparados na primeira matéria indicada.
>
> Observa que este caso apresenta a peculiaridade de o investidor estrangeiro participar de outras empresas no Brasil, e o voto condutor do acórdão recorrido ainda ter destacado *que as operações poderiam ter sido realizadas por qualquer uma das quatro sociedades em que os sócios internacionais fazem parte, mas que optaram por fazer pela AYMSPE*.

[27] Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente em exercício). Ausentes os conselheiros Jandir José Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

[...]

Nestes termos, observa-se que a existência de *outras quatro sociedades em que os sócios internacionais fazem parte* é diferencial invocado, apenas, para minimizar a falta de propósito negocial de AYMSPE. O fundamento primeiro da acusação fiscal, centrado no fato de o investidor estrangeiro capitalizar empresa nacional para que esta promovesse a aquisição, é refutado sob interpretação de que exigir que *a aquisição da CADENCE fosse feita por empresa já existente no Brasil seria criar exigência não prevista em lei.*

[...]

Já no paradigma nº 9101-002.962 constatou-se que *a aquisição foi feita, de fato, por CARREFOUR BV, empresa sediada nos Países Baixos, tendo a KORCULA sido utilizada com o fim único de possibilitar a extinção do investimento adquirido com ágio e, assim, de forma artificial, possibilitar a dedução da amortização desse ágio como despesa das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL (KORCULA exerceu a função de "empresa veículo").* O voto condutor deste paradigma se opõe à confusão patrimonial apenas aparente que vislumbra em tais circunstâncias:

> Nesse quadro, da mesma forma que o ágio em si não pode ser artificial para que se possa admitir a dedução da despesa com sua amortização (esta 1ª Turma tem sistematicamente mantido glosas em que o ágio foi gerado artificialmente dentro de grupo econômico, sem qualquer dispêndio), também não se pode admitir sua dedução quando a confusão patrimonial é apenas aparente. Assim, caso a empresa investidora cujo patrimônio se encontrou com a empresa investida em decorrência de evento de incorporação, cisão ou fusão não for aquela que efetivamente suportou a aquisição do investimento, a despesa com amortização do ágio não poderá ser deduzida na apuração do IRPJ e da CSLL.
>
> [...]
>
> No presente caso não é preciso muito esforço para se verificar que a confusão patrimonial entre investidora e investida é apenas aparente. Isso porque a investidora (KORCULA) cujo patrimônio se encontrou com o da investida (ATACADÃO) por ocasião de sua incorporação reversa não foi quem, de fato, efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com ágio. Não é ela (KORCULA) a investidora real (ou originária), mas sim empresa efêmera pela qual recursos e ágio apenas transitaram ("empresa veículo", para se usar a expressão corrente na doutrina e na jurisprudência).
>
> [...]
>
> Tome-se, por exemplo, o curto espaço de tempo entre a passagem da KORCULA pelo Grupo Carrefour e a efetuação da aquisição do ATACADÃO, bem como a **inexistência de estrutura operativa nessa empresa,** consideradas a magnitude e a complexidade do negócio, que envolvia avaliação de ativos e ágio por rentabilidade futura. Veja-se:
>
> [...]
>
> E ainda a inconsistência e a incapacidade de a Fiscalizada **justificar a existência** da KORCULA:

DOCUMENTO VALIDADO

Original

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

A Contribuinte observou que neste paradigma não houve, como no recorrido, cogitação da outra investida do Grupo Carrefour no Brasil – que denomina Carrefour Brasil – promover a aquisição da participação societária em Atacadão S/A. De fato, a existência de outras investidas no Brasil está demonstrada no paradigma, em posição na qual uma delas – a citada Carrefour Brasil - detém pequena parcela de participação na empresa-veículo KORCULA, controlada por BREPA – outra investida do Grupo no Brasil -, que recebe e transfere a KORCULA parte dos recursos advindos do exterior, os quais, juntamente com o empréstimo recebido diretamente do exterior, são destinados à aquisição do investimento com ágio cujas amortizações são glosadas.

Contudo, para além de a omissão quanto àquela possibilidade não configurar necessariamente distinção em relação ao recorrido, há no voto condutor do paradigma referências à impropriedade desta argumentação sob a ótica da outra investida existente no Brasil (BREPA). Nos termos a seguir transcritos, constata-se que para minimizar os efeitos da escolha feita pelo grupo seria necessário avaliar se havia interesse/possibilidade de unificação do negócio adquirido com a outra investida brasileira:

> Se a aquisição pelo Grupo Carrefour de ATACADÃO da maneira pretendida (mantendo a holding BREPA como controladora no país das empresas operacionais, inclusive ATACADÃO) não iria conformar situação que permitisse a dedução da amortização do ágio pago na aquisição, a interposição de empresa no processo não tem o condão de reconfigurar as regras para permitir os efeitos fiscais pretendidos. O acórdão recorrido, aliás, enfrentou com muita propriedade esse aspecto, não assistindo razão à ora Recorrente quando tenta contrapor tais argumentos. Confira-se:
>
> > Nesse sentido, compulsando os autos, percebe-se claramente que o investimento realizado (aquisição das ações da RECORRENTE), e adquirido com ágio, comporia o ativo da então adquirente, provavelmente, por tempo indeterminado, haja vista a continuidade das operações, em seu próprio nome, por parte da RECORRENTE.
> >
> > Assim, caso a aquisição fosse realizada pela holding que efetivamente atuava (BREPA), ou qualquer outra empresa operacional do grupo Carrefour no Brasil, não haveria qualquer extinção do investimento, haja vista a continuidade das operações da RECORRENTE.
> >
> > A artificialidade da operação foi justamente buscar o contorno de tais normas imperativas, que impunham a ativação do ágio, buscando posicionar a RECORRENTE diante de normas de contorno, quais sejam, o art. 386, III, e seu § 6º, II, do RIR/99, transcritas a seguir, mediante operações societárias meramente com fins fiscais:
> >
> > (...)
> >
> > Isso porque o fato de a formação do ágio ter cumprido os requisitos legais estabelecidos, em especial aqueles em que essa turma firmou entendimento

DOCUMENTO VALIDADO

> necessários (o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; a realização das operações originais entre partes não ligadas; seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura), não possui o condão de permitir que a regra geral seja desrespeitada, qual seja, o ágio deverá compor o custo do investimento para fins de apuração de ganho de capital em eventual alienação (inteligência do art. 391 c/c art. 426, II, ambos do RIR/99).
>
> A meu ver, independentemente do desenho das operações e dos eventuais propósitos negociais na utilização de empresas veículo, não havendo extinção do investimento adquirido com ágio mediante confusão patrimonial entre investida e investidora, não há que se falar em dedutibilidade do ágio.

Assim, há similitude suficiente em face do paradigma nº 9101-002.962, razão pela qual o recurso especial da PGFN, na primeira matéria, deve ser CONHECIDO apenas em face dele.

O paradigma nº 9101-002.962, portanto, também trata de operação societária na qual o investidor estrangeiro tramita entre duas pessoas jurídicas nacionais os recursos para aquisição da investida. É BREPA, investida do Grupo Carrefour no Brasil, que recebe os recursos de CARREFOUR BV e os aporta em KORCULA, esta extinta por incorporação da investida adquirida (Atacadão S/A). E, como registrado em seu relatório, a exigência também havia sido formulada com multa qualificada, ao final reduzida a 75%, e ainda assim as glosas de amortização de ágio foram mantidas. Dessa forma, apesar da artificialidade apontada não autorizar a qualificação da penalidade, o outro Colegiado do CARF, distintamente do Colegiado *a quo*, entendeu que a pessoa jurídica interposta apenas para permitir a amortização fiscal do ágio impunha a glosa destes valores lançados contra o resultado da investida.

Quanto às especificidades da operação analisada no paradigma, mencionadas pela Contribuinte em contrarrazões - *"por exemplo, o curto espaço de tempo entre a passagem da KORCULA pelo Grupo Carrefour e a efetuação da aquisição do ATACADÃO, bem como a inexistência de estrutura operativa nessa empresa"* – não se prestariam a caracterizar dessemelhança, mas sim o próprio dissídio jurisprudencial, vez que circunstâncias semelhantes estão descritas no relatório do acórdão recorrido e não afetaram a decisão do Colegiado *a quo.* Estes os termos em que os apontamentos foram consignados nos autos do processo administrativo nº 14817.720018/2020-93:

- Do exame da contabilidade da CELLE, referente ao período compreendido entre as datas da sua constituição e da transação envolvendo a compra da BRINOX, evidenciamos que o seu Livro Diário apresenta apenas os registros contábeis referentes a subscrição do capital a integralizar pelos seus antigos sócios. Esses registros contábeis não materializam a cláusula 5ª do seu contrato social, reproduzida abaixo, a qual descreve que o seu capital social teria sido totalmente integralizado no momento da sua constituição em 28/01/2011;

DOCUMENTO VALIDADO

- O registro dessa integralização somente ocorreu em 19/05/2011, data da aquisição da BRINOX, cujos recursos teriam ingressado na conta "CAIXA;
- Em sua existência de pouco mais de 7 meses, a CELLE não apresenta em sua contabilidade nenhum registro referente a receitas, tampouco em relação a custos e ou despesas que evidenciem a existência de uma estrutura organizacional mínima para o desenvolvimento de sua atividade econômica de forma organizada. Custos e ou despesas com equipamentos, empregados, encargos sociais, consumo de energia elétrica, água, telefone, pagamento de aluguel, para citar apenas alguns, são gastos mínimos relacionados a sociedades empresárias na consecução dos seus objetos sociais, os quais não incorreram para a CELLE;
- O cenário encontrado na análise da contabilidade da empresa RIO JARI não difere em nada daquele encontrado na sua subsidiária integral CELLE, apresentando as mesmas características em seus registros, os quais iniciaram em 19/05/2011, quando da aquisição da BRINOX, muito embora ela tenha sido constituída em 03/12/2010;
- Essas empresas não demonstram nenhuma capacidade econômica e financeira que viabilizasse a aquisição da BRINOX ou de qualquer outro investimento;

Contudo, é relevante a distinção apontada pela Contribuinte com respeito ao fato de no paradigma a origem dos valores utilizados na aquisição advirem de *empréstimo tomado por Korcula da sua controladora indireta no exterior*, ao passo que no presente caso houve captação mediante *emissão de debêntures no mercado*. Do voto condutor do paradigma consta que:

> [...]
>
> Tal aquisição fora acordada em contrato celebrado dez dias antes, figurando como vendedores as pessoas físicas sócias de PRIMART ("família Lima"), as pessoas físicas sócias de LOLY ("família Schmeil") e Farid Curi, e, como compradora, KORCULA. Apesar de KORCULA figurar como compradora, o contrato previa que as notificações decorrentes das obrigações aí assumidas deveriam ser enviadas à BREPA, como garantidora e principal pagadora das obrigações da compradora. O valor total de venda acordado foi de R$ 2.233.440.000,00, sendo pago ágio no montante de R$ 1.780.738.273,26.
>
> Observando a Fiscalização que o montante faltante para o pagamento dos R$ 2.233.440.000,00 acordados foi obtido mediante empréstimo direto de CARREFOUR BV a KORCULA, no valor de R$ 1.095.629.201,83 (a KORCULA dispunha somente de R$ 1.137.810.898,00 oriundos do aumento de capital integralizado pela BREPA), concluiu a autoridade fiscal que "*CARREFOUR BV foi a origem dos recursos para a compra do ATACADÃO, seja através de aumento de capital que passou por BREPA, seja através de empréstimo direto para KORCULA*". Elaborou a Fiscalização o seguinte quadro que resume as operações:

DOCUMENTO VALIDADO

> [...]
>
> No presente caso não é preciso muito esforço para se verificar que a confusão patrimonial entre investidora e investida é apenas aparente. Isso porque a investidora (KORCULA) cujo patrimônio se encontrou com o da investida (ATACADÃO) por ocasião de sua incorporação reversa não foi quem, de fato, efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com ágio. **Não é ela (KORCULA) a investidora real (ou originária),** mas sim empresa efêmera pela qual recursos e ágio apenas transitaram ("empresa veículo", para se usar a expressão corrente na doutrina e na jurisprudência).
>
> **Diversos elementos fáticos destacados no TVF** (item VII, "Análise das Operações Efetuadas pelo Grupo Carrefour") **apontam nesse sentido**, como se vê a seguir.
>
> Em primeiro lugar, **os recursos para aquisição de ATACADÃO por KORCULA vieram da controladora do Grupo sediada no exterior (CARREFOUR BV).** Parte através de integralização em aumento de capital em duas etapas (de CARREFOUR BV para BREPA e de BREPA para KORCULA, como mostra o descritivo ao início do voto) e **parte em empréstimo de CARREFOUR BV diretamente para KORCULA, empréstimo para o qual não foram cobrados juros**. Confira-se:
>
> [...] *(destacou-se)*

O fato de os recursos empregados na aquisição terem vindo integralmente de CARREFOUR BV foi elemento determinante para a decisão do paradigma, e assim constitui dessemelhança que prejudica a formação do dissídio jurisprudencial.

Esclareça-se que o I. Relator aponta que o paradigma nº 9101-002.962 foi rejeitado nos precedentes nº 9101-007.009, 9101-006.533 e 9101-006.944, mas na visão desta Conselheira tal se deu em razão de circunstâncias fáticas específicas dos acórdãos lá recorridos.

No precedente nº 9101-007.009, este Colegiado[28] concordou com esta Conselheira em rejeitar tal paradigma porque no recorrido não havia, sequer, apontamento de artificialidade na pessoa jurídica interposta para aquisição do investimento pelo investidor estrangeiro. Veja-se:

> Já com respeito à necessária similitude fática para tanto, tem razão a Contribuinte quando observa inexistir na acusação fiscal *qualquer consideração sobre a suposta participação de "empresa veículo" ou mesmo acusação de "simulação, fraude ou dolo"*, nem *acusação de artificialidade ou falta de substância da Iberdrola Energia*. A autoridade julgadora de 1ª instância, de fato, adicionou referências a falta de propósito negocial e evidência de simulação, mas isto em face de vício de vontade identificado nas justificativas apresentadas pela Contribuinte para a segunda fase de operações societárias realizadas para aproveitamento final do ágio, dadas as inconsistências identificadas na alegada *política de governança corporativa*

[28] 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, Jandir José Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> *mundial* que teria motivado a alteração da estrutura de controle dos investimentos no Brasil.
>
> Não há menção de simulação, fraude ou dolo, nem mesmo de artificialidade, na aquisição do investimento pela empresa brasileira mediante aporte de recursos pela controladora estrangeira. Ao contrário, os relatos são de que Iberdrola Energia do Brasil S/A, antes de receber o aumento de capital de R$ 3.768.960.000,00 em 31/10/2011, já apresentava capital social de R$ 70.976.595,00, e figurou no contrato de compra e venda das ações em janeiro/2011, adicionando-se, apenas, que *IBEDROLA S/A teve papel fundamental, figurando como garantidora da operação, vinculando-se ao avençado como se fosse uma parte e reconhecendo que recebe benefícios diretos e indiretos substanciais das transações*, inclusive porque evidenciado na *análise das DIPJs da IBERDROLA ENERGIA, que esta não teria capacidade econômica para a aquisição, direta e indireta, da participação societária na ELEKTRO, vindo os recursos necessários a tanto da integralização, ocorrida em 31/10/2011, de capital social promovida pela IBERDROLA S/A*. Nada é dito sobre as atividades exercidas por IBERDROLA ENERGIA antes e depois da aquisição em questão.

No precedente nº 9101-006.533, de forma semelhante, este Colegiado[29] também concordou com a condução desta Conselheira calcada em especificidades da operação societária analisada no acórdão lá recorrido, como se vê nos seguintes excertos:

> Eis, portanto, o diferencial apontado pela Contribuinte acerca da participação de MIND nas operações questionadas: tratava-se de empresa operacional, adquirida no mesmo contexto da aquisição da Contribuinte, seguindo-se a unificação de ambas para constituição da hipótese legal de amortização fiscal do ágio pago.
>
> O exame de admissibilidade, por sua vez, partiu da premissa que o Colegiado *a quo* concordou com a amortização do ágio apesar de o acórdão recorrido reconhecer *que os recursos empregados na aquisição de JPLSPE com ágio foram fornecidos pelo grupo estrangeiro UHC, por intermédio do FIP POLAR*, em favor de MIND. JPLSPE seria a controladora indireta da Contribuinte e o FIP POLAR teria como quotista o grupo UHC, detendo 100% da participação em MIND, adquirente de JPLSPE.
>
> De fato, esta ocorrência está presente no acórdão recorrido, e pode, inclusive, ter determinado o voto divergente do Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo quanto ao provimento do recurso voluntário dado pelos demais membros do Colegiado *a quo*. Contudo, s circunstâncias diferenciadas da pessoa jurídica considerada empresa-veículo (MIND) também estão destacadas no voto condutor do acórdão recorrido e, assim, integram a razão de decidir do Colegiado *a quo*.
>
> [...]

[29] Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Lívia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca, Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> Aqui, também, a efemeridade da empresa-veículo referida no paradigma, para além de a operação lá analisada se destinar a ingresso e saída de recursos de e para o exterior, mantendo-se no Brasil apenas o ágio a ser amortizado com extinção da empresa-veículo, constituída apenas para estas finalidades, são diferenciais que impedem a caracterização do dissídio jurisprudencial, mormente frente aos destaques feitos no acórdão recorrido acerca do fato de a pessoa jurídica referida como empresa-veículo ter *vida econômica própria, autônoma, operacional*, desde 1997, além de ter sido objeto de aquisição pelo mesmo investidor estrangeiro, antes de sua unificação à Contribuinte autuada.
>
> O segundo paradigma admitido, nº 9101-002.962, teve como destaque, no exame de admissibilidade, o fato de nele também se afirmar a *necessidade de a confusão patrimonial, ensejadora da dedutibilidade do ágio, envolver a figura do real investidor, ou seja, daquele que efetivamente suportou o ônus financeiro do ágio pago.* Verificou-se, no caso, que *a aquisição foi feita, de fato, por CARREFOUR BV, empresa sediada nos Países Baixos, tendo a KORCULA sido utilizada com o fim único de possibilitar a extinção do investimento adquirido com ágio e, assim, de forma artificial, possibilitar a dedução da amortização desse ágio como despesa das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL (KORCULA exerceu a função de "empresa veículo").*
>
> Contudo, o voto condutor deste paradigma também se apoia na artificialidade da empresa-veículo, quando assim refere:
>
> [...]
>
> Logo, também neste segundo paradigma estão presentes diferenciais na comparação entre a estrutura das empresas-veículo, aspecto que, como demonstrado, foi relevante para o Colegiado *a quo* decidir em favor da amortização fiscal do ágio.
>
> Dessa forma, como os dois paradigmas apresentam dessemelhanças fáticas em ponto determinante para a decisão do Colegiado *a quo*, o dissídio jurisprudencial não se estabelece.

Por fim, no precedente nº 9101-006.944, este Colegiado[30] concordou com o Conselheiro Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior, que também destaca as circunstâncias específicas da pessoa jurídica interposta na operação societária lá analisada para desassemelhar os casos:

> O primeiro aspecto que chama a atenção deste Conselheiro é o fato de o Acordão Recorrido concluir <u>inexistir</u> "empresa veículo", conforme destacado no próprio Despacho de Admissibilidade, quando reproduziu a ementa (grifos nossos):
>
> "ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. COMPRA ALAVANCADA. PROPÓSITO NEGOCIAL

[30] Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior, Maria Angelica Echer Ferreira Feijo (substituta) e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente em exercício). Ausentes os conselheiros Jandir José Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

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

Note-se, inclusive, que há menção expressa no voto condutor sobre a evidência das provas (grifos nossos):

> "Deste modo, resta evidenciado que as provas e razões apresentadas pela Recorrente não deixam dúvida quanto aos propósitos empresariais envolvidos na incorporação da Mevamoga pela Recorrente. Seria absolutamente impossível realizar a denominada aquisição alavancada se a Mevamoga não tivesse contraído a dívida e constituída a garantia. E, como decorrência da incorporação, e pelo que se viu, não foi ficta, as despesas de amortização de ágio tornaram-se dedutíveis das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, conforme estabelecem os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.
>
> Logo, a Mevamoga não pode ser considerada uma empresa-veículo, nos termos em que afirmado pela Autoridade lançadora. Sua utilização era necessária (como demonstrado) e se a operação societária (aquisição seguida de incorporação) implicou em uma redução da carga tributária, ela decorreu de transações comerciais/financeiras legítimas e válidas."

Já no Acórdão Paradigma, por outro lado, a conclusão é que havia uma "empresa veículo". Vejamos excerto do voto vencedor:

[...]

Ou seja, foi da análise das provas de cada um dos casos concretos que se chegou à conclusões diferentes. Assim, para que pudéssemos admitir o dissenso, entendo que este Colegiado deveria revisitar as provas do Acórdão Recorrido, para chegar à conclusão que mesmo na hipótese de verificação da existência de uma alegada "empresa veículo", ainda sim, o resultado não seria diferente tal qual como originalmente decidido, o que poderia, talvez[31], resultar em um dissenso jurisprudencial.

[...]

Não fosse tal distinção suficiente, temos no caso concreto o fato de a aquisição ter ocorrido em uma estrutura denominada aquisição alavancada (*leveraged Buyout*), enquanto, no caso do Acórdão Paradigma, a aquisição se deu por recursos de empresas do próprio grupo adquirente (no caso, Grupo Carrefour). Nesse ponto, destaco ainda, que a compra alavancada foi igualmente utilizada como um dos elementos para se concluir pela inexistência da "empresa veículo". Vejamos:

[...]

[31] Por necessária avaliação de existência de outros elementos para se concluir pela similitude.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Esta Conselheira declarou voto para acompanhar o relator em suas conclusões quanto a este aspecto do conhecimento, ponderando que:

> Esta Conselheira acompanhou o I. Relator em sua conclusão de negar conhecimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional quanto à primeira matéria (amortização do ágio), porque, em princípio, o fato de o paradigma concluir que na operação ali analisada havia uma "empresa veículo" poderia caracterizar o dissídio jurisprudencial em face do recorrido que afirmou inexistir uma "empresa veículo" no presente caso. Bastaria, apenas, que os casos apresentassem circunstâncias fáticas assemelhadas.
>
> Contudo, como expresso no exame de admissibilidade, o paradigma, para concluir que *a confusão patrimonial entre investidora e investida é apenas aparente, considera que os recursos para aquisição de ATACADÃO por KORCULA vieram da controladora do Grupo sediada no exterior (CARREFOUR BV)*, mas isto sem identificar qualquer propósito negocial para "Korcula", ao passo que, no recorrido, a interposição de "Megamova" foi justificada pelos investidores estrangeiros serem fundos de investimento e pelas vantagens financeiras na contratação da dívida pela holding brasileira.
>
> Veja-se que no paradigma *os recursos para aquisição de ATACADÃO por KORCULA vieram da controladora do Grupo sediada no exterior (CARREFOUR BV). Parte através de integralização em aumento de capital em duas etapas (de CARREFOUR BV para BREPA e de BREPA para KORCULA, como mostra o descritivo ao início do voto) e parte em empréstimo de CARREFOUR BV diretamente para KORCULA, empréstimo para o qual não foram cobrados juros.* Já no recorrido está consignado que *os autos demonstram que a Mevamoga figurou em diversas relações jurídicas com terceiros, cumprindo o seu papel de centralizar o investimento de fundos de investimentos com quotistas diversos, e, nessa função, tomou dívida e constituiu garantias junto ao Banco Bradesco.* Adicione-se que a contratação da dívida por "Mevamoga" é admitida em razão de óbices à sua contratação pelos Fundos e também por se destinar a aquisição específica, cujos fluxos de caixa futuros resultariam em redução e extinção de garantias. Já no paradigma, é determinante para a caracterização de "Korcula" como empresa-veículo o fato de a dívida ter sido originalmente contratada pela adquirente estrangeira.

No presente caso, ainda que também haja mais de uma pessoa jurídica interposta, como no paradigma, e para a maioria dos votos pelo cancelamento da presente exigência a presença de um FIP na parte adquirente não tenha sido determinante para a validação da estrutura adotada, como exposto na rejeição do paradigma nº 9101-002.962 no precedente nº 9101-006.944, subsiste como diferencial o fato de no paradigma nº 9101-002.962 os recursos aplicados na aquisição do investimento terem vindo integralmente do investidor estrangeiro.

Por tais razões, esta Conselheira concorda com as conclusões do I. Relator para CONHECER do recurso especial da PGFN apenas com base no paradigma nº 1302-003.474.

DOCUMENTO VALIDADO

Quanto à dedução de despesas financeiras, a Contribuinte diz que o paradigma nº 1402-006.194 *envolveu não apenas a emissão de dívida mediante debêntures pela suposta "empresa veículo", mas sim uma engenharia financeira distinta e específica*, bem como que o paradigma nº 9101-004.500 *envolveu a emissão de dívida via debêntures pela Korcula (sociedade investidora) com a finalidade de quitar empréstimo anteriormente por si tomado com a sua controladora (Carrefour BV) para aquisição do Atacadão.* Os dois casos se distinguiriam do presente no qual *a Recorrida (investida) arcou com as despesas com juros das debêntures emitidas pela Celle (investidora) em razão da incorporação dessa por aquela, configurando-se o fenômeno jurídico da sucessão universal.*

O recurso especial fazendário, porém, confronta o fundamento do Colegiado *a quo* para afastar a glosa das despesas, o qual, descartadas as referências à acusação fiscal, aos dispositivos legais invocados, a doutrina e a outro julgado do mesmo Colegiado, pode ser resumido à seguinte afirmação:

> Nesta linha, parece-me que se está a sustentar que os requisitos de dedutibilidade devem ser contrapostos com as atividades da Celle, quem emitiu as debentures originalmente.
>
> Ademais, considerando a validade da operação de ágio, e que a empresa-veículo cumpriu sua função social, não merece acolhimento a tese de que a Brinox teria emitido debêntures para compra de suas próprias ações.

Sob esta ótica, a diferença entre os instrumentos financeiros se mostra irrelevante na aferição do dissídio jurisprudencial em face do paradigma nº 1402-006.194. Nos termos transcritos pelo I. Relator a partir do voto vencedor desta Conselheira no Acórdão nº 9101-006.944, vê-se que a decisão favorável à glosa das despesas financeiras naquele julgado teve em conta a *natureza original da despesa*, ou seja, que ela poderia ser dedutível para a *holding* interposta, mas não para a investida que a incorporou.

Note-se, inclusive, que tal divergência jurisprudencial subsiste ainda que seja negado provimento ao recurso especial fazendário na primeira matéria, vez que no paradigma nº 1402-006.194, a amortização fiscal do ágio foi admitida, por reconhecer em Greentree Educacional S/A substância econômica para figurar como adquirente do investimento com ágio, mas ainda assim subsistiram indedutíveis, pela investida, as despesas financeiras da dívida contraída para sua aquisição.

Já quanto ao paradigma nº 9101-004.500, a glosa das despesas financeiras se deu sob a ótica de que elas não seriam dedutíveis nem mesmo para a pessoa jurídica interposta, vez que o empréstimo contraído favoreceu o real adquirente do investimento. O voto condutor do paradigma, de lavra desta Conselheira, é expresso neste sentido:

> Destaque-se que não há concordância, aqui, com as referências acima transcritas e sugestivas da interpretação de serem admissíveis as despesas financeiras se deduzidas por Korcula antes de sua incorporação pela autuada. O real adquirente do investimento foi Carrefour BV, os recursos do empréstimo contraído ao BNP

DOCUMENTO VALIDADO

> Paribas foram a ele transferidos e, dessa forma, nem mesmo Korcula seria parte legítima para deduzir as despesas financeiras daí decorrentes. De toda a sorte, o empréstimo junto ao BNP Paribas foi contraído em 18/01/2008 e em 31/01/02008 ocorreu a incorporação de Korcula pela Contribuinte, de modo que possivelmente Korcula sequer contabilizou despesas decorrentes daquela contratação, inexistindo prova de que a Fiscalização não teria glosado as despesas anteriores à incorporação, como alegou o patrono da Contribuinte em sustentação oral.

Neste contexto, a divergência em face do paradigma nº 9101-004.500 somente subsistiria se afirmada a semelhança da operação ali analisada com a debatida nestes autos, o que foi negado ao se rejeitar o paradigma nº 9101-002.962 na matéria anterior. Esclareça-se que o paradigma nº 9101-004.500 trata da mesma operação examinada no paradigma nº 9101-002.962, mas com o acréscimo da glosa das despesas financeiras assumidas pela empresa-veículo em razão de empréstimo contratado por ela com instituição financeira para substituir o empréstimo que antes lhe fora feito por CARREFOUR BV.

Assim, tem razão a Contribuinte quando aponta dessemelhança em face do presente caso, no qual *a Recorrida (investida) arcou com as despesas com juros das debêntures emitidas pela Celle (investidora).* O relatório do acórdão recorrido indica que *os recursos utilizados pela CELLE para a compra da BRINOX envolveram aportes financeiros da sua controladora RIO JARI e de empréstimo captado na forma de Cédula de Crédito Bancário nos valores de R$ 202.343.445,00 e R$ 80.000.000, respectivamente.*

Por tais razões, também nesta matéria esta Conselheira acompanha o I. Relator pelas conclusões, para CONHECER do recurso especial com base, apenas, no paradigma nº 1402-006.194

No mérito da primeira matéria - "possibilidade de amortização do ágio" - o cerne da discussão se situa na própria dicção do *caput* do art. 7º da Lei nº 9.532/97, segundo o qual a amortização fiscal do ágio é facultada *a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977.* Essencialmente questiona-se quem é o adquirente da participação societária quando há interposição de pessoa jurídica que opera, apenas, para recebimento dos recursos e sua destinação aos alienantes do investimento adquirido.

É certo que CELLE também figurou na captação de cerca de R$ 80 milhões, que se somaram aos R$ 200 milhões aportados pelo investidor estrangeiro na primeira pessoa jurídica interposta (RIO JARI) e depois transferidos para CELLE. Todavia, a existência de duas pessoas jurídicas interpostas neutraliza a necessidade de interposição de CELLE para captação daquela parcela. De fato, bastaria a interposição de RIO JARI para as operações que, alegadamente, não poderiam ser realizadas pelo FIP.

DOCUMENTO VALIDADO

Os fundamentos expostos pelo ex-Conselheiro André Mendes de Moura, consolidados no voto condutor do Acórdão nº 9101-004.498, constituíram premissas de julgamento adotadas pela maioria qualificada desta Turma por largo tempo, nos seguintes termos:

> Propõe-se, inicialmente, discorrer sobre uma análise histórica e sistêmica sobre o tema, para depois tratar do caso concreto.
>
> **1. Conceito e Contexto Histórico**
>
> Pode-se entender o ágio como um sobrepreço pago sobre o valor de um ativo (mercadoria, investimento, dentre outros).
>
> Tratando-se de investimento decorrente de uma participação societária em uma empresa, em brevíssima síntese, o ágio é formado quando uma primeira pessoa jurídica adquire de uma segunda pessoa jurídica um investimento em valor superior ao seu valor patrimonial. O investimento em questão são ações de uma terceira pessoa jurídica, que são avaliadas pelo método contábil da equivalência patrimonial. Ou seja, a **empresa A** detém ações da **empresa B**, avaliadas patrimonialmente em 60 unidades. A **empresa C** adquire, junto à **empresa A**, as ações da empresa B, por 100 unidades. A **empresa C** é a investidora e a **empresa B** é a investida.
>
> Fato é que emergem dois critérios para a apuração do ágio.
>
> Adotando-se os padrões da ciência contábil, apesar das ações estarem avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, deveriam ainda ser objeto de majoração, ao ser considerar, **primeiro**, se o valor de mercado dos ativos tangíveis seria superior ao contabilizado. Assim, supondo-se que, apesar do patrimônio ter sido avaliado em 60 unidades, o valor de mercado seria de 70 unidades, considera-se para fins de apuração 70 unidades. **Segundo**, caso se constate a presença de ativos intangíveis sem reconhecimento contábil no valor de 12 unidades, tem-se, ao final, que o ágio, denominado *goodwill*, seria a diferença entre o valor pago (100 unidades) e o valor de mercado mais intangíveis (60 + 10 + 12 = 82 unidades). Ou seja, o ágio passível de aproveitamento pela empresa C, decorrente da aquisição da empresa B, mediante atendimento de condições legais, seria no valor de 18 unidades.
>
> Ocorre que o legislador, ao editar o Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, resolveu adotar um conceito jurídico para o ágio próprio para fins tributários.
>
> Isso porque positivou no art. 20 do mencionado decreto-lei que o denominado ágio poderia ter três fundamentos econômicos, baseados: (1) no sobrepreço dos ativos; e/ou (2) na expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido e/ou (3) no fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. E, posteriormente, os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, autorizaram a amortização do ágio nos casos (1) e (2), mediante atendimento de determinadas condições.

DOCUMENTO VALIDADO

Na medida em que a lei não determinou nenhum critério para a utilização dos fundamentos econômicos, consolidou-se a prática de se adotar, em praticamente todas as operações de transformação societária, o reconhecimento do ágio amparado exclusivamente no caso (2): expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. O ágio passou a ser simplesmente a diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento.

Assim, voltando ao exemplo, a empresa C, investidora, ao adquirir ações da empresa investida B avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, pelo valor de 100 unidades, poderia justificar o sobrepreço de 40 unidades integralmente com base no fundamento econômico de expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. Na realidade, a legislação tributária ampliou o conceito do *goodwill*.

E como dar-se-ia o aproveitamento do ágio?

Em duas situações.

Na primeira, quando a empresa C realizasse o investimento, por exemplo, ao alienar a empresa B para uma outra pessoa jurídica. Assim, se vendesse a empresa B para a empresa D por 150 unidades, apuraria um ganho de 50 unidades. Isso porque, ao patrimônio líquido da empresa alienada, de 60 unidades, seria adicionado o ágio de 40 unidades. Assim, a base de cálculo para apuração do ganho de capital seria a diferença entre 150 e 100 unidades, perfazendo 50 unidades.

Na segunda, no caso de a empresa C (investidora) e a empresa B (investida) promoverem uma transformação societária (incorporação, fusão ou cisão), de modo em que passem a integrar uma mesma universalidade. Por exemplo, a empresa B incorpora a empresa C, ou, a empresa C incorpora a empresa B. Nesse caso, o valor de ágio de 40 unidades poderia passar a ser **amortizado**, para fins fiscais, no prazo de sessenta meses, resultando em uma redução na base de cálculo do IRPJ e CSLL a pagar.

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural[32]. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

[32] IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31

DOCUMENTO VALIDADO

Original

E recentemente, por meio da Lei nº 12.973, de 13/05/2014, o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei nº 11.638, de 2007, além de novas regras para o seu aproveitamento, que não são objeto de análise do presente voto.

Enfim, resta evidente que o conceito do ágio tratado para o caso concreto, disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, alinha-se a um **conceito jurídico determinado pela legislação tributária**.

Trata-se, portanto, de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

Apesar de já ter sido apreciado singelamente no tópico anterior, o **destino** que pode ser dado ao ágio contabilizado pela empresa investidora merece uma análise mais detalhada.

Há que se observar, inicialmente, como o art. 219 da Lei nº 6.404, de 1.976 trata das hipóteses de extinção da pessoa jurídica:

> Art. 219. Extingue-se a companhia:
>
> I - pelo encerramento da liquidação;
>
> II - pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.

E, ao se tratar de ágio, vale destacar, mais uma vez, os dois sujeitos, as duas partes envolvidas na sua criação: a pessoa jurídica **investidora** e a pessoa jurídica **investida, sendo a investidora** é aquela que adquiriu a **investida,** com sobrepreço.

Não por acaso, **são dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).**

Pode-se dizer que os eventos (1) e (2) guardam correlação, respectivamente, com os incisos I e II da lei que dispõe sobre as Sociedades por Ações.

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

No primeiro evento, trata-se de situação no qual a investidora aliena o investimento para uma terceira empresa. Nesse caso, **o ágio passa a integrar o valor patrimonial** do investimento para fins de apuração do ganho de capital e, assim, reduz a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. A situação é tratada pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, arts. 391 e 426 do RIR/99:

> Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no

DOCUMENTO VALIDADO

> art. 426 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).
>
> Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no LALUR, para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento (art. 426).
>
> (...)
>
> Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):
>
> I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;
>
> II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;
>
> III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior. (...) (grifei)

Assim, o aproveitamento do ágio ocorre no momento em que o investimento que lhe deu causa foi objeto **de alienação ou liquidação**.

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

Já o **segundo evento** aplica-se quando a investidora e a investida transformarem-se em uma só universalidade (em eventos de **cisão, transformação e fusão**). O ágio pode se tornar uma **despesa de amortização**, desde que preenchidos os requisitos da legislação e no contexto de uma transformação societária envolvendo a investidora e a investida.

Contudo, sobre o assunto, há evolução legislativa que merece ser apresentada.

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

> Art 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas: (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)
>
> I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos; (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

DOCUMENTO VALIDADO

> II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)
>
> § 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)
>
> a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)
>
> b) mantiver, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)
>
> § 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão[33].

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

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997[34], que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

> 11. O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.
>
> Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vem utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela

[33] Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.
[34] Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2. Acesso em 15/02/2016.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária, mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.
>
> Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI[35] ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

> Anteriormente à edição da Lei nº 9.532/1997, não havia na legislação tributária nacional regulamentação relativa ao tratamento que deveria ser conferido ao ágio em hipóteses de incorporação envolvendo a pessoa jurídica que o pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio.
>
> O que ocorria, na prática, era a consideração de que a incorporação era, per se, evento suficiente para a realização do ágio, independentemente de sua fundamentação econômica.
>
> (...)
>
> Sendo assim, a partir de 1998, ano em que entrou em vigor a Lei nº 9.532/1997, adveio um cenário diferente em matéria de dedução fiscal do ágio. Desde então, restringiram-se as hipóteses em que o ágio seria passível de ser deduzido no caso de incorporação entre pessoas jurídicas, com a imposição de limites máximos de dedução em determinadas situações.
>
> Ou seja, nem sempre o ágio contabilizado pela pessoa jurídica poderia ser deduzido de seu lucro real quando da ocorrência do evento de incorporação. Pelo contrário. Com a regulamentação ora em vigor, poucas são as hipóteses em que o ágio registrado poderá ser deduzido, a depender da fundamentação econômica que lhe seja conferida.

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista[36] que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

> O artigo 8º altera as regras para determinação do ganho ou perda de capital na liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido, quando agregado de ágio ou deságio. De acordo com as novas regras, os ágios existentes não mais serão computados como custo (amortizados pelo total), no ato de liquidação do investimento, como eram de acordo com as normas ora modificadas.
>
> O ágio ou deságio referente à diferença entre o valor de mercado dos bens absorvidos e o respectivo valor contábil, na empresa incorporada (inclusive a fusionada ou cindida), será registrado na própria conta de registro dos respectivos bens, a empresa incorporador (inclusive a resultante da fusão ou a que absorva o

[35] SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

[36] Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18024, http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2. Acesso em 15/02/2016.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> patrimônio da cindida), produzindo as repercussões próprias na depreciação normal. O ágio ou deságio decorrente de expectativa de resultado futuro poderá ser amortizado durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, à razão de 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do período de apuração. (...)

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

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

Em breves palavras, caso fosse benefício fiscal, o próprio legislador deveria ter tratado do assunto, como o fez na Exposição de Motivos de outros dispositivos da MP nº 1.602, de 1997 (convertida na Lei nº 9.532, de 1997).

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

E qual foram as novidades trazidas pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997?

Primeiro, há que se contextualizar a disciplina do método de equivalência patrimonial (MEP).

Isso porque o ágio aplica-se apenas em investimentos sociedades coligadas e controladas avaliado pelo MEP, conforme previsto no art. 384 do RIR/99. O método tem como principal característica permitir uma atualização dos valores dos investimentos em coligadas ou controladas com base na variação do patrimônio líquido das investidas.

As variações no patrimônio líquido da pessoa jurídica investida passam a ser refletidas na investidora pelo MEP. Contudo, os aumentos no valor do patrimônio líquido da sociedade investida não são computados na determinação do lucro real da investidora. Vale transcrever os dispositivos dos arts. 387, 388 e 389 do RIR/99 que discorrem sobre o procedimento de contabilização a ser adotado pela investidora.

> Art. 387. Em cada balanço, o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976, e as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 21, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso III):
>
> (...)
>
> Art. 388. O valor do investimento na data do balanço (art. 387, I), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo anterior, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 22).

DOCUMENTO VALIDADO

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

Resta nítida a separação dos patrimônios entre investidora e investida, inclusive as repercussões sobre os resultados de cada um. A investida, pessoa jurídica independente, em razão de sua atividade econômica, apura rendimentos que, naturalmente, são por ela tributados. Por sua vez, na medida em que a investida aumenta seu patrimônio líquido em razão de resultados positivos, por meio do MEP há uma repercussão na contabilidade da investidora, para refletir o acréscimo patrimonial realizado. A conta de ativos em investimentos é debitada na investidora, e, por sua vez, a contrapartida, apesar de creditada como receita, é excluída na apuração do Lucro Real. Com certeza, não faria sentido tributar os lucros na investida, e em seguida tributar o aumento do patrimônio líquido na investidora, que ocorreu precisamente por conta dos lucros auferidos pela investida.

E esclarece o art. 385 do RIR/99 que se a pessoa jurídica adquirir um investimento avaliado pelo MEP por valor superior ou inferior ao contabilizado no patrimônio líquido, deverá desdobrar o custo da aquisição em (1) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e (2) **ágio** ou deságio. Para a devida transparência na mais valia (ou menor valia) do investimento, o registro contábil deve ocorrer em contas diferentes:

> Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):
>
> I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e
>
> II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.
>
> § 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).
>
> § 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):
>
> I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
>
> II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

DOCUMENTO VALIDADO

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

Como se pode observar, a formação do ágio não ocorre espontaneamente. Pelo contrário, deve ser motivado, e indicado o seu fundamento econômico, que deve se amparar em pelo menos um dos três critérios estabelecidos no § 2º do art. 385 do RIR/99, (1) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, (2) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros (3) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

E, conforme já dito, por ser a motivação adotada pela quase totalidade das empresas, todos os holofotes dirigem-se ao fundamento econômico com base em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida.

Trata-se precisamente de lucros esperados a serem auferidos pela controlada ou coligada, em um futuro determinado. Por isso o adquirente (futuro controlador) se propõe a desembolsar pelo investimento um valor superior ao daquele contabilizado no patrimônio líquido da vendedora. Por sua vez, tal expectativa deve ser lastreada em demonstração devidamente arquivada como comprovante de escrituração, conforme previsto no § 3º do art. 385 do RIR/99.

E, finalmente, passamos a apreciar os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, consolidados no art. 386 do RIR/99. Como já dito, em eventos de transformação societária, quando investidora absorve o patrimônio da investida (ou vice versa), adquirido com ágio ou deságio, em razão de cisão, fusão ou incorporação, resolveu o legislador disciplinar a situação:

> Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):
>
> I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;
>
> II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;
>
> III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;
>
> IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do

DOCUMENTO VALIDADO

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

Fica evidente que os arts. 385 e 386 do RIR/99 guardam conexão indissociável, constituindo-se em norma tributária permissiva do aproveitamento do ágio nos casos de incorporação, fusão ou cisão envolvendo o investimento objeto da mais valia.

5. Amortização. Despesa.

Definido que o aproveitamento do ágio pode dar-se por meio de **despesa de amortização**, mostra-se pertinente apreciar do que trata tal dispêndio.

No RIR/99 (Decreto-Lei nº 3.000, de 26/03/1999), o conceito de amortização encontra-se no Subtítulo II (Lucro Real), Capítulo V (Lucro Operacional), Seção III (Custos, Despesas Operacionais e Encargos).

O artigo 299 do diploma em análise trata, no art. 299, na Subseção I, das Disposições Gerais sobre as despesas:

> *Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).*
>
> *§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).*
>
> *§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).*
>
> *§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.*

Para serem dedutíveis, devem as despesas serem **necessárias** à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, e serem **usuais** ou **normais** no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99[37].

[37] Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).
§ 1º Em qualquer hipótese, o montante acumulado das quotas de amortização não poderá ultrapassar o custo de aquisição do bem ou direito, ou o valor das despesas (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 2º).
§ 2º Somente serão admitidas as amortizações de custos ou despesas que observem as condições estabelecidas neste Decreto (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 5º).

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Percebe-se que a amortização constitui-se em espécie de gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99.

6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

No mundo real os fatos nascem e morrem, decorrentes de eventos naturais ou da vontade humana.

O direito elege, para si, fatos com relevância para regular o convívio social.

No que concerne ao direito tributário, são escolhidos fatos decorrentes da atividade econômica, financeira, operacional, que nascem espontaneamente, precisamente em razão de atividades normais, que são eleitos porque guardam repercussão com a renda ou o patrimônio. São condutas relevantes de pessoas físicas ou jurídicas, de ordem econômica ou social, ocorridas no mundo dos fatos, que são colhidas pelo legislador que lhes confere uma qualificação jurídica.

Por exemplo, o fato de auferir lucro, mediante operações espontâneas, das atividades operacionais da pessoa jurídica, amolda-se à hipótese de incidência prevista pela norma, razão pela qual nasce a obrigação do contribuinte recolher os tributos.

Da mesma maneira, a pessoa jurídica, no contexto de suas atividades operacionais, incorre em dispêndios para a realização de suas tarefas. Contrata-se um prestador de serviços, compra-se uma mercadoria, operações necessárias à consecução das atividades da empresa, que surgem naturalmente.

Ocorre que, em relação aos casos tratados relativos á amortização do ágio, proliferaram-se situações no qual se busca, especificamente, o enquadramento da norma permissiva de despesa.

Tratam-se de operações **especialmente** construídas, mediante inclusive utilização de empresas de papel, de curtíssima duração, sem funcionários ou quadro funcional incompatível, com capital social mínimo, além de outras características completamente atípicas no contexto empresarial, envolvendo aportes de substanciais recursos para, em questão de dias ou meses, serem objeto de operações de transformação societária.

Tais eventos podem receber qualificação jurídica e surtir efeitos nos ramos empresarial, cível, contábil, dentre outros.

Situação completamente diferente ocorre no ramo tributário. Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. **As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica.**

---

§ 3º Se a existência ou o exercício do direito, ou a utilização do bem, terminar antes da amortização integral de seu custo, o saldo não amortizado constituirá encargo no período de apuração em que se extinguir o direito ou terminar a utilização do bem (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 4º).

§ 4º Somente será permitida a amortização de bens e direitos intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços (Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, inciso III).

DOCUMENTO VALIDADO

Impossível estender atributos de normalidade, ou usualidade, para **despesas**, independente sua espécie, **derivadas de operações atípicas**, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

Admitindo-se uma **construção artificial** do suporte fático, consumar-se-ia um tratamento desigual, desarrazoado e desproporcional, que afronta o princípio da capacidade contributiva e da isonomia, vez que seria conferida a uma determinada categoria de despesa uma premissa completamente diferente, uma liberalidade não aplicável à grande maioria dos contribuintes.

7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

Realizada análise do ágio sob perspectiva do gênero despesa, cabe prosseguir com a apreciação da legislação específica que trata de sua amortização.

Vale recapitular os **dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida (investida) com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).** E repetir que estamos, agora, tratando da segunda situação.

Cenário que se encontra disposto nos arts. 7º e 8º da Lei n° 9.532, de 1997, e nos arts. 385 e 386 do RIR/99, do qual transcrevo apenas os fragmentos de maior interesse para o debate:

> Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):
>
> I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e
>
> II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.
>
> § 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).
>
> § 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):
>
> I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
>
> II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;
>
> III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

DOCUMENTO VALIDADO

> § 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).
>
> Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):
>
> (...)
>
> III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (...) (grifei)

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

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA[38].

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

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

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

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

Como exemplo, podemos citar situação no qual a pessoa jurídica A adquire com ágio participação societária da pessoa jurídica B. Em seguida, utiliza-se de uma outra pessoa jurídica, C, e integraliza o capital social dessa pessoa jurídica C com a participação societária que adquiriu da pessoa jurídica B. Resta consolidada situação no qual a pessoa jurídica A controla a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C controla a pessoa jurídica B. Em seguida, sucede-se evento de transformação societária, no qual a pessoa jurídica B absorve patrimônio da pessoa jurídica C, ou vice versa.

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

DOCUMENTO VALIDADO

Original

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

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

Mais uma vez, não é o que prevê o aspecto pessoal da hipótese de incidência da norma em questão. A pessoa jurídica que adquiriu o investimento, que acreditou na mais valia e que desembolsou os recursos para a aquisição foi, de fato, **a pessoa jurídica A (investidora)**. No outro pólo da relação, a pessoa jurídica adquirida com ágio foi a pessoa jurídica B. Ou seja, o aspecto pessoal da hipótese de incidência, no caso, autoriza o aproveitamento do ágio a partir do momento em que a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) passem a integrar a mesma universalidade.

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

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

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

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

Em relação ao aspecto **material**, há que se consumar a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o *caput* do art. 386 do RIR (*A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio...*).

DOCUMENTO VALIDADO

Com a confusão patrimonial, aperfeiçoa-se o **encontro de contas** entre o real investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na **base de cálculo** do IRPJ e da CSLL.

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice-versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI[39], com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

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

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

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

Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável**.

Registre-se que a consumação do aspecto temporal não se confunde com o termo inicial do prazo decadencial.

[39] SCHOUERI, 2012, p. 62.

DOCUMENTO VALIDADO

Isso porque, partindo-se da construção da norma conforme operação no qual "Se A é, B deve-ser", onde a primeira parte é o antecedente, e a segunda é o consequente, a consumação da hipótese de incidência localiza-se no antecedente. Ou seja, "Se A é", indica que a hipótese de incidência, no caso concreto, mediante aperfeiçoamento dos aspectos pessoal, material e temporal, concretizou-se em sua plenitude. Assim, passa-se para a etapa seguinte, o consequente ("B deve-ser"), no qual se aplica o regime de tributação a que encontra submetido o contribuinte (lucro real trimestral ou anual), efetua-se o **lançamento fiscal** com base na repercussão que as glosas despesas de ágio indevidamente amortizadas tiveram na apuração da base de cálculo, e, por consequência, determina-se o **termo inicial para contagem do prazo decadencial**.

8. Consolidação

Considerando-se tudo o que já foi escrito, entendo que a cognição para a amortização do ágio passa por verificar, **primeiro**, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência, **segundo**, se requisitos de ordem formal estabelecidos pela norma encontram-se atendidos e, **terceiro**, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado.

A **primeira** verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente neste momento, situado **antes da subsunção do fato à norma**. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que buscam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é que, independente da genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. Quem **viabilizou a aquisição**? De **onde vieram os recursos** de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem **tomou a decisão** de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a **investidora originária**.

Ainda que a pessoa jurídica A, investidora originária, para viabilizar a aquisição da pessoa jurídica B, investida, tenha (1) "transferido" o ágio para a pessoa jurídica C, ou (2) efetuado aportes financeiros (dinheiro, mútuo) para a pessoa jurídica C, **a pessoa jurídica A não perderá a condição de investidora originária**.

Pode-se dizer que, de acordo com as regras contábeis, em decorrência de reorganizações societárias empreendidas, o ágio legitimamente passou a integrar o patrimônio da pessoa jurídica C, que por sua vez foi incorporada pela pessoa jurídica B (investida).

Ocorre que a absorção patrimonial envolvendo a pessoa jurídica C e a pessoa jurídica B não tem qualificação jurídica para fins tributários.

Isso porque se trata de operação que não se enquadra na hipótese de incidência da norma, que elege, quanto ao aspecto pessoal, a pessoa jurídica A (investidora originária) e a pessoa jurídica B (investida), e quanto ao aspecto material, o

DOCUMENTO VALIDADO

encontro de contas entre a despesa incorrida pela pessoa jurídica A (investidora originária que efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com sobrepreço) e as receitas auferidas pela pessoa jurídica B (investida).

Mostra-se insustentável, portanto, ignorar todo um contexto histórico e sistêmico da norma permissiva de aproveitamento do ágio, despesa operacional, para que se autorize "pinçar" os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, promover uma interpretação isolada, blindada em uma bolha contábil, e se construir uma tese no qual se permita que fatos construídos artificialmente possam alterar a hipótese de incidência de norma tributária.

Caso superada a primeira verificação, cabe prosseguir com a **segunda** verificação, relativa a aspectos de ordem formal, qual seja, se a demonstração que o contribuinte arquivar como comprovante de escrituração prevista no art. 20, § 3º do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 (1) existe e (2) se mostra apta a justificar o fundamento econômico do ágio. Há que se verificar também (3) se ocorreu, efetivamente, o pagamento pelo investimento.

Enfim, refere-se a **terceira** verificação a constatar se toda a operação ocorreu dentro de padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes, distante de situações que possam indicar ocorrência de negociações eivadas de ilicitude, que poderiam guardar repercussão, inclusive, na esfera penal, como nos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 1990. *(destaques do original)*

Nestes autos, o Colegiado *a quo* teve em conta a seguinte sequência de eventos societários reproduzida no relatório do recorrido nos termos consignados nos autos do processo administrativo nº 14817.720018/2020-93:

- A empresa BRINOX METALÚRGICA LTDA, antiga denominação social da BRINOX METALURGIA S/A iniciou as suas atividades em 08 de março 1988;
- No ano de 2011, a empresa passou por uma reorganização societária;
- A empresa BRINOX METALURGIA S/A, fez uma cisão parcial do seu patrimônio, vertendo parle dele para a BRINOX UTENSÍLIOS DOMÉSTICOS LTDA, ambas estabelecidas no mesmo local;
- A justificativa da cisão foi descrita como uma reestruturação societária em curso, a qual, concretizou-se pela venda da BRINOX METALÚRGICA LTDA, em ato contínuo realizado na mesma data;
- A cisão teve reflexo no valor do capital social das empresas, reduzindo o da cindida para R$ 54.230.442,00 e aumentando o da receptora para R$ 15.989.476,00;
- A empresa receptora chamada de Brinox Utensílios Domésticos Ltda passou a se chamar VMR Participações Societárias Ltda, que por sua vez

DOCUMENTO VALIDADO

passou a ter o ingresso de receitas mensais oriundas da locação, efetuada aos antigos proprietários;

- A empresa BRINOX METALÚRGICA LTDA vendeu 90% de suas quotas para a empresa CELLE SP PARTICIPAÇÕES LTDA, subsidiária integral da RIO JARI SP PARTICIPAÇÕES S/A (intervenientes anuentes), totalizando a compra de 48.806.853 quotas e Valdomiro, restou com 5.423.045 (10%);
- O preço da cessão das quotas foi de R$ 279 milhões, com responsabilidade subsidiária pelo pagamento pela empresa RIO JARI (cláusula 1.3 do compromisso);
- Dessa transação surgiu a figura do ágio, conforme registros efetuados na contabilidade da CELLE em 19/05/2011, sendo ele posteriormente complementado em 14/07/2011, em decorrência de ajuste de caixa líquido e de capital de giro (cláusula 1.2), apurando-se o valor total de R$ 234.439.704,36.
- Segundo o laudo de avaliação apresentado pela BRINOX, o ágio teve origem preponderante em bens intangíveis, sendo amortizado com base no fundamento econômico de rentabilidade futura;
- A empresa BRINOX METALÚRGICA LTDA adotou então a denominação social de BRINOX METALÚRGICA S/A, com eleição para o conselho de administração as seguintes pessoas físicas: Norberto Oscar Morita, Norberto Oscar Morita, Rodrigo Lowndes, Angel Jose Uribe e Valdomiro Valente Remussi;
- Os recursos utilizados pela CELLE para a compra da BRINOX envolveram aportes financeiros da sua controladora RIO JARI e de empréstimo captado na forma de Cédula de Crédito Bancário nos valores de R$ 202.343.445,00 e R$ 80.000.000,00, respectivamente;
- As quotas foram alienadas fiduciariamente em benefício do credor Banco Itaú BBA S/A, a fim de garantir a dívida oriunda da Cédula de Crédito Bancário;
- A empresa CELLE SP PARTICIPAÇÕES LTDA foi transformada em CELLE SP PARTICIPAÇÕES S.A. e foram nomeados os diretores Diego Stark e Rodrigo Lowndes. O capital foi aumentado de R$500,00 (quinhentos reais) para R$ 202.343.945,00;
- O SCG II Fundo de Investimento em participações FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES, ANGEL JOSE URIBE e GUSTAVO ANDO FURUTA, acionistas representando a totalidade do capital social da Rio Jari SP Participações S.A., aprovaram o aumento do capital social, atualmente de RS 800,00 (oitocentos reais), para RS 202.434.245,00;

Como bem exposto na decisão de 1ª instância nos autos do processo administrativo nº 14817.720018/2020-93:

DOCUMENTO VALIDADO

8.4. No caso, cabem algumas considerações:

8.4.1. Conforme acima exposto, a regra geral é a indedutibilidade das contrapartidas da amortização de ágio. Em regra, o ágio deve fazer parte do custo do investimento e ser computado na apuração do ganho de capital e consequentemente do lucro do exercício em que se der a alienação ou baixa do investimento;

8.4.2. A norma excepcional que autoriza a dedução da amortização do ágio diz textualmente: "A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação (...), na qual detenha participação societária adquirida com ágio (...) poderá amortizar o valor do ágio" cujo fundamento seja rentabilidade futura, à razão de 1/60, no máximo, para cada mês do período de apuração posteriores ao evento de incorporação.

8.4.3. É consenso, que o ágio teve origem em negócio firmado entre partes independentes (Southern Cross e quotistas da BRINOX);

8.4.4. O adquirente que de fato **suportou o ônus do investimento (aquisição com ágio) foi o SCGII Fundo de Investimento em Participações gerido pela Southern Cross Brasil Administradora de Recursos Ltda**., que por sua vez, fez parte da Southern Cross Group.

Além de toda documentação acostada aos autos notícias publicadas da época ratificam que quem negociou com os vendedores e aportou dinheiro nas empresas intermediárias "RIO JARI" e, por via de consequência, na CELLE foi o SCG II FIP/Southern Cross.

Cabendo aqui advertir que mesmo **o valor do empréstimo com Banco Itaú BBA (correspondente a 28,583%* do valor pago) (28,33% = RS 80.000.00/RS 279.900.000.00) foi obtido pela Southern Cross Brasil Administradora de Recursos Ltda**, conforme correspondência datada em 10/05/2011 — de Banco Itaú BBA S/A endereçada à Southern Cross do Brasil Adm. de Recursos S/A (At: Sr. Rodrigo Lowndes. Sr. Angel Uribe e Sr. Gustavo Furuta).

8.4.5. Também não se contesta ter havido o efetivo pagamento do preço de aquisição (RS 279.900.000.00 - valor na Cláusula 1.2 do Contrato de compra e Venda) na aquisição de 90% das quotas da Brinox. O valor do ágio não foi contestado pela autoridade fiscal.

8.5. Feitas as considerações acima, entendo que o ágio formado na operação de compra de uma pessoa jurídica adquirida com ágio por uma das empresas de um grupo econômico, para ser dedutível, **não pode ser formado (e de certa forma transportado) para outra pessoa (que, frise-se, não possuía sequer recursos financeiros para tal)** desse mesmo grupo econômico, ainda que criada para este fim específico. A amortização do ágio em questão, para que pudesse ser considerada dedutível, demandaria que a incorporação se verificasse, necessariamente, entre a real adquirente da participação societária com ágio (no caso SCG II Fundo de Investimento em Participações gerido pela Southern Cross

DOCUMENTO VALIDADO

Brasil Administradora de Recursos Ltda, que por sua vez, faz parte da Southern Cross Group) e a investida adquirida (Brinox Metalúrgica S/A.). Ressalte-se: o investimento na BRINOX continua existindo, com a real investidora (SCG II FIP/SOUTHERN CROSS) permanecendo no controle da investida através da RIO JARÍ.

[...]

10. Quanto à alegação da impugnante de que CELLE e RIO JARI não se caracterizariam corno empresas veículo, há e de se destacar que a despeito das razões apresentadas pela contribuinte, para que houvesse a participação dessas empresas no processo de aquisição da BRINOX pelo Grupo Southern, fato é que essas empresas não possuíam patrimônio capaz de suportar a compra (o aporte foi feito pelo SCG II FIP gerido pela Southern Cross Brasil Administradora de Recursos Ltda, que por sua vez, faz parte da Southern Cross Group, conforme já evidenciado) e tão pouco possuíam negócios no mercado (mesmo que dentro de seus objetos sociais: participação em sociedades) capazes de propiciar a tomada de empréstimos perante instituições financeiras (tanto que, repise-se. a proposta de captação de recursos no mercado financeiro pela CELLE foi negociado pelo Banco Itaú BBA com Southern Cross do Brasil Adm. de Recursos Ltda.).

10.1. Além de todas as demais características já exaustivamente apontadas pela autoridade fiscal de que eram empresas ditas "de prateleira", com ínfimo capital social e sem nenhuma movimentação até que adquiridas por Southern Cross Group e inseridas no processo de aquisição da BRINOX (e no caso específico da CELLE que teve duração menor que sete meses), as razões extrafiscais alegadas pela impugnante mostraram-se insuficientes para descaracterizá-las como empresas "veículo". Milita ainda contra a impugnante o fato de a RIO JARI continuar existindo até os dias de hoje, uma vez que não se mostrou a razão plausível para que ela não pudesse adquirir a BRINOX, denota a intenção precípua de economia fiscal do negócio realizado pelo Grupo Southern Cross.

10.2. Fica evidente a interposição de duas empresas para a aquisição da BRINOX pelo Southern Cross. A impugnante alega que o SCG II FIP (frise-se gerido pela Southern Cross Brasil Administradora de Recursos Ltda) não poderia adquirir diretamente as quotas da BRINOX visando (i) proteger o patrimônio de seus quotistas {limitar a responsabilidade dos constas e restringir eventuais perdas no investimento): (ii) liberdade de negociação: (iii) captação de recursos de terceiros; e (iv) prestação de garantia. Contudo se a aquisição da BRINOX tivesse se dado por meio da sua subsidiária integral RIO JARI, também não haveria risco ao patrimônio dos quotistas do fundo, assim como também seriam atendidos os demais objetivos. Esses argumentos longe de assumir que a aquisição da BRINOX pela RIO JARI estaria a legitimar a amortização em questão, está apenas a demonstrar a fragilidade dos argumentos apresentados pela impugnante e não vale a pena prosseguir nessa discussão, porque não foi o que aconteceu em

DOCUMENTO VALIDADO

> concreto. Aliás, não há que se discutir outras configurações de negócio que não ocorreram.
>
> [...]
>
> 12. Há um detalhe que, ao mesmo tempo que enfraquece os argumentos da impugnante, vem corroborar as conclusões fiscais de que a intenção precípua dos negócios societários perpetrados com a utilização da CELLE e da RIO JARI visava a amortização fiscal do ágio. Tal detalhe diz respeito ao fato de se verificar que não houve dedução do ágio na apuração do lucro líquido [escrituração contábil, de que decorre apuração de lucros e. consequentemente, de dividendos a serem distribuídos], mas apenas e tão somente a sua exclusão para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL [escrituração fiscal, de que decorre a apuração dos tributos (IRPJ e CSLL) que se destinam a financiar serviços públicos]. E. assim, entendo que a acusação fiscal quanto à exclusão indevida, nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, das despesas com amortização do ágio encontra-se correta.
>
> 13. Corno observação adicional, que em nada alterará o que até aqui se expôs e se concluiu, verifica-se que, na Cláusula 3 ("Obrigação Das Parles"), do Contrato de Compra e Venda de Quotas da Brinox Metalúrgica Ltda. mais especificamente, na cláusula 3.1.1 (abaixo transcrita) consta que o preço da compra também se prestaria a remunerar os quotistas vendedores por assumirem a obrigação de "não concorrência". Assim, em tese, o valor do ágio, deveria ser menor que o considerado." *(destaques do original)*

Evidente está que CELLE apenas foi interposta na operação para conduzir ao patrimônio da investida o ágio pago pelo investidor estrangeiro, e assim pretender a permissão de amortização fiscal do ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, bem como opor contra o patrimônio da investida as despesas financeiras de captação de parte dos recursos aplicados em sua aquisição. A necessidade de constituição de uma *holding* no Brasil, ainda que confirmada, estaria satisfeita com RIO JARI, reafirmando que a figuração de CELLE se prestou, apenas, a alcançar a amortização fiscal do ágio pago, sem a unificação dos patrimônios do investidor e da investida demandada pela Lei nº 9.532/97.

Diante de todo o escrito pelo ex-Conselheiro André Mendes de Moura no voto antes transcrito, *a operação em análise não passa pela* ***primeira verificação*** *(vide item 8 do voto).*

Isso porque o evento de incorporação não ocorreu envolvendo a pessoa jurídica ***investidora*** *e a pessoa jurídica* ***investida****.*

O que se observa é que o evento de incorporação não contou com a participação da investidora, mas sim de CELLE, *denominada como "empresa-veículo",* bem como da investida, *ou seja, não estava presente a* ***investidora*** **estrangeira**, e tampouco a outra pessoa jurídica interposta para receber os recursos advindos do exterior.

DOCUMENTO VALIDADO

E, na mesma medida, ***não se consumou a confusão patrimonial*** *entre o investidor e o investimento.*

A utilização da empresa CELLE *(denominada "empresa-veículo") tornou impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, pois afastou* o investidor estrangeiro *do evento de incorporação.*

Vale a transcrição, também, das conclusões fiscais acerca da figuração de CELLE e de RIO JARI como instituições formais e vazias, em lugar da pessoa jurídica nacional efetivamente existente, Southern Cross do Brasil Administradora de Recursos Ltda, gestora de SCG II Fundo de Investimento e Participações:

> **Os atos constitutivos da CELLE evidenciam que ela teve uma existência curtíssima,** sendo constituída em janeiro de 2011 e incorporada alguns meses depois pela própria BRINOX METALÚRGICA S/A, seu único investimento realizado.
>
> Sobre a sua brevíssima existência, assim como de sua possível incorporação, o *"Contrato de Compra e Venda de Quotas"* datado de 18/05/2011 descreve essas previsibilidades para a CELLE, conforme se infere por alguns trechos destacados abaixo:
>
> [...]
>
> A CELLE, quando da sua constituição, girava sob o tipo societário de *"Limitada"*, tendo como sócios os Srs. Eduardo Duarte e Vinicius Aguillar Duarte. Em alteração contratual registrada na JUCESP em 18/05/2011, mesma data do *"Contrato de Compra e Venda de Quotas"* da BRINOX, esses sócios se retiraram da sociedade e c**ederam as suas quotas para a empresa RIO JARI**, conforme reproduzimos abaixo:
>
> [...]
>
> Destacamos, conforme ***grifos nossos*** efetuados no texto acima, que nº endereço das sedes da RIO JARI e da CELLE também se encontra estabelecida **uma terceira empresa**, descrita como sendo o **escritório dos diretores que representam a RIO JARI**.
>
> **Oportuno salientar que as empresas RIO JARI e CELLE sempre estiveram estabelecidas nos mesmos endereços**, conforme seus atos constitutivos, os quais descrevem ainda outras semelhanças, como o fato de as empresas **apresentarem sócios em comum, explorarem o mesmo objeto social e serem constituídas quase que na mesma época, estando a atividade econômica principal de ambas enquadrada no código 64.62-0-00 da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE**, que a define como "Holdings de instituições não financeiras".
>
> [...]
>
> Os documentos apresentados demonstram que concomitante à compra da BRINOX, as sedes das empresas RIO JARI e CELLE foram transferidas para a

DOCUMENTO VALIDADO

Avenida Brigadeiro Faria Lima, n° 2.277, 6° andar, sala 604, Torre B, Edifício Plaza Iguatemi, CEP 01452-000, Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo.

Nesse endereço se encontrava estabelecida também a empresa SOUTHERN CROSS DO BRASIL ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA, a qual, conforme descrevemos anteriormente, **representa no Brasil a SOUTHERN CROSS GROUP – gestora de investimentos em fundos de "Private Equity", com forte atuação na região da América Latina**.

Segundo o contrato de locação apresentado e o seu respectivo distrato, **a SOUTHERN CROSS DO BRASIL foi a locatária desse imóvel no período de 12/01/2009 a 29/02/2016**, sendo esse o local da sua sede social, conforme seus atos constitutivos.

Atendendo a intimação fiscal para apresentação dos contratos de locação dos endereços das suas sedes, as empresas RIO JARI e CELLE disponibilizaram os documentos reproduzidos parcialmente abaixo, os quais se encontram apensados ao processo, **referente a imóvel cedido pela SOUTHERN CROSS DO BRASIL**:

[...]

Examinando as contabilidades disponibilizadas pelas empresas RIO JARI e CELLE, as quais abrangem os lançamentos contábeis realizados desde as datas em que ambas foram constituídas, **verificamos que elas não apresentam nenhum registro efetuado** em relação a gastos com aluguéis, energia elétrica, água, imposto predial, condomínio e outros afins **relacionados a locação de imóveis que teriam sido utilizados pelos seus estabelecimentos**, tampouco da existência de quaisquer tipos de bens registrados em seus ativos.

[...]

A empresa **SOUTHERN CROSS DO BRASIL** sempre contou com colaboradores, segundo informações declaradas em suas Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP, onde constam relacionados segurados empregados e contribuintes individuais, como o **Sr. Gustavo Pereira de Freitas Santos**, declarado no código 1421 da Classificação Brasileira de Ocupações – CBO, o qual agrupa os cargos dos ***"Gerentes administrativos, financeiros, de riscos e afins"***, sendo **admitido em 25/07/2011**. Segundo atas de assembleias e de reunião do conselho de administração da RIO JARI, **ele foi eleito o seu Diretor-Presidente** para o período de 04/11/2015 a 04/11/2017, **ocasião em que foi destituído do cargo de Conselheiro Administrativo**.

Por outro lado, **as GFIP entregues pela CELLE e a RIO JARI informam que elas nunca contrataram nenhum segurado empregado e ou contribuinte individual**, pois foram declaradas com ausência de fato gerador, ou seja, sem movimento, fatos que são corroborados em suas escriturações societárias, as quais não apresentam registros efetuados referentes a pagamentos de remunerações.

DOCUMENTO VALIDADO

O Srs. Angel Jose Uribe, Rodrigo Lowndes e Diego Stark, **que também constam relacionados em atas ocupando cargos em Diretorias e Conselhos de Administração nas empresas RIO JARI, CELLE e BRINOX**, são sócios minoritários da SOUTHERN CROSS DO BRASIL durante o período auditado, **cujo acionista principal está estabelecido no exterior**, atualmente, segundo última alteração contratual apresentada, na República da Irlanda, tendo passagem também pelos Estados Unidos da América e Ilhas Cayman.

O site da SOUTHERN CROSS GROUP apresenta os nomes dos sócios da SOUTHERN CROSS DO BRASIL, Srs. Rodrigo Lowndes e Diego Stark, bem como dos empregados desta, conforme documentos apensados ao processo, **como parceiros com escritório no Brasil**.

Estão relacionados também outros nomes, como o do Sr. **Norberto Oscar Morita,** de nacionalidade argentina, **descrito como um dos sócios e fundadores da SOUTHERN CROSS GROUP**.

O jornal EL PAÍS[40] também publicou recentemente informações sobre os sócios da SOUTHERN CROSS GROUP, em reportagem sobre o Sr. **Horácio Reyser Travers**:

> *"Desde 1998 es uno de los cuatro accionistas del mayor fondo estadounidense de inversiones en Latinoamérica, Southern Cross, junto con el argentino Norberto Morita, el chileno Raúl Sotomayor y el cubano-estadounidense Ricardo Rodríguez."*
>
> *"Desde 1998, **ele é um dos quatro acionistas do maior fundo de investimento dos EUA na América Latina, Southern Cross,** juntamente com o argentino Norberto Morita, o chileno Raul Sotomayor e o cubano-americano Ricardo Rodriguez."*

Quando da aquisição da BRINOX pela CELLE, conforme o documento "Instrumento Particular de Alteração de Contrato Social, Transformação do Tipo Jurídico da Sociedade de Sociedade Limitada para Sociedade por Ações", acostado ao processo, **os Srs. Norberto Oscar Morita, Horácio Reyser Travers, Angel Jose Uribe e Rodrigo Lowndes foram eleitos membros do conselho de administração da BRINOX**, com os dois primeiros ocupando os cargos de Presidente e Vice-Presidente, respectivamente.

[...]

Sobressai também dos atos constitutivos da SOUTHERN CROSS DO BRASIL, que o seu fundador majoritário foi o Sr. Marco Aurélio Rogério Franco, **Contador dessa empresa, da RIO JARI e da CELLE**, conforme documentos que apensamos ao processo. Na época era detentor de 99,9% das quotas do capital social, tendo a constituído em 03/12/2007 – registrada na JUCESP em 10/12/2007 – e se retirado dela na primeira alteração contratual em 09/01/2008 – registrada na JUCESP em 20/02/2008, quando ingressaram na sociedade os sócios sediados no exterior.

[40] http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/290999-76337-2016-01-24.html

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Sobre as escriturações societárias disponibilizadas pelas empresas CELLE e RIO JARI, tecemos os comentários abaixo em relação a outras análises realizadas em seus registros.

Iniciando com o exame da **contabilidade da CELLE,** referente ao **período compreendido entre as datas da sua constituição e da transação envolvendo a compra da BRINOX**, evidenciamos que o seu Livro Diário **apresenta apenas os registros contábeis** referentes a subscrição **do capital a integralizar** pelos seus antigos sócios. Esses registros contábeis não materializam a cláusula 5ª do seu contrato social, reproduzida abaixo, a qual descreve **que o seu capital social teria sido totalmente integralizado no momento da sua constituição em 28/01/2011**:

[...]

O registro dessa integralização somente ocorreu em 19/05/2011, data da aquisição da BRINOX, cujos recursos teriam ingressado na conta "CAIXA", conforme lançamentos extraídos da sua escrituração contábil e apresentados na tabela abaixo:

[...]

Todos os demais registros efetuados na contabilidade da CELLE se relacionam com a compra da BRINOX, conforme consolidamos no relatório incluído ao processo intitulado "CELLE SP PARTICIPAÇÕES LTDA – LANÇAMENTOS DIÁRIOS".

Em sua existência de pouco mais de 7 meses, a CELLE não apresenta em sua contabilidade nenhum registro referente a receitas, tampouco em relação a custos e ou despesas que evidenciem a existência de uma estrutura organizacional mínima para o desenvolvimento de sua atividade econômica de forma organizada. Custos e ou despesas com equipamentos, empregados, encargos sociais, consumo de energia elétrica, água, telefone, pagamento de aluguel, para citar apenas alguns, **são gastos mínimos relacionados a sociedades empresárias na consecução dos seus objetos sociais, os quais não incorreram para a CELLE**.

O cenário encontrado na análise da contabilidade da empresa RIO JARI não difere em nada daquele encontrado na sua subsidiária integral CELLE, apresentando as mesmas características em seus registros, **os quais iniciaram em 19/05/2011, quando da aquisição da BRINOX, muito embora ela tenha sido constituída em 03/12/2010**, conforme relatório consolidado apenso ao processo intitulado "RIO JARI SP PARTICIPAÇÕES S/A – LANÇAMENTOS DIÁRIOS".

Dessa forma, ao encontro dos registros contidos em suas contabilidades e das suas respectivas análises, vemos que essas empresas **não demonstraram nenhuma capacidade econômica e financeira que viabilizasse a aquisição da BRINOX ou de qualquer outro investimento, ainda que esse não fosse relevante**.

As empresas CELLE e RIO JARI foram concebidas segundo as formalidades previstas para as sociedades empresárias, entretanto, **ao contrário do que se**

DOCUMENTO VALIDADO

aparenta querer fazer acreditar com as suas existências, entendemos que elas se distanciam em muito do propósito intrínseco daquelas sociedades, **as quais colimam um sentido econômico, objetivando a obtenção de lucro através do exercício das suas atividades de produção e ou circulação de bens, serviços e congêneres, desenvolvidas com habitualidade e dentro de uma estrutura organizacional**.

As circunstâncias do contexto descrito neste relatório evidenciam que **as empresas envolvidas orquestraram um planejamento tributário abusivo, com manifesto prejuízo aos cofres públicos**.

O conluio entre elas proporcionou atingirem o objetivo tributário lesivo a que se propuseram, com as empresas CELLE e RIO JARI desempenhando um papel intermediário para a concretização do investimento realizado pela **S**OUTHERN **C**ROSS **G**ROUP, através de um fundo de investimento em participações societárias denominado "**SCG** II FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES".

Notícias publicadas na mídia sobre a venda da BRINOX na época, conforme amostragem abaixo, corroboram que a SOUTHERN CROSS é a sua investidora:

[...]

Corroboram também com as notícias publicadas na mídia, os documentos solicitados ao CONTRIBUINTE referentes ao "ACORDO DE ACIONISTAS" e seus aditivos, os quais foram estabelecidos entre as partes envolvidas quando da negociação da BRINOX, **onde se observa que por vezes a CELLE e a RIO JARI são designadas neles como SOUTHERN CROSS**, conforme amostragem abaixo:

> *"ACORDO DE ACIONISTAS*
>
> *[...]*
>
> *Pelo presente instrumento particular, de um lado,*
>
> *(i) VALDOMIRO VALENTE REMUSSI, brasileiro, casado pelo regime da comunhão parcial de bens, industrial, portador da Carteira de identidade RG n° 6007764852/SSP-RS e inscrito no CPF/MF sob o n° 277.232.400-15, residente e domiciliado na Cidade de Caxias do Sul, Estado do Rio Grande do Sul, na Avenida Independência, n° 2.052, apartamento 91, bairro Panazzollo, CEP 95.082-380 (doravante designado "Valdomiro" -);*
>
> *De outro lado,*
>
> *(ii) **CELLE SP PARTICIPAÇÕES LTDA.**, sociedade empresária limitada, com sede na Avenida Brigadeiro Faria Lima, n° 2277, 6º andar, sala 604(parte), Torre B, Edifício Plaza Iguatemi, CEP 01452-000, ambos em São Paulo, Estado de São Paulo, inscrita no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda ("CNPJ/MF") sob o n° 13.223.590/0001-63, neste ato representada nos termos do seu contrato social (**doravante designada "Southern Cross"**);*
>
> *(**Southern Cross** e Valdomiro, individualmente, um "Acionista" ou "Parte" e, conjuntamente, os "Acionistas" ou as "Partes");*
>
> *E, na qualidade de intervenientes,*

DOCUMENTO VALIDADO

Original

DOCUMENTO VALIDADO

[...]

CONSIDERANDO que, em 18 de maio de 2011, Valdomiro e Luz Marina Remussi, na qual idade de Vendedores, ***Southern Cross, como Compradora*** *e, Companhia e Rio Jari, como partes intervenientes, celebraram um contrato de compra e venda de ações ("Contrato de Compra e Venda"),* ***de forma a regular a compra pela Southern Cross de 90% (noventa por cento) do capital votante e total da Companhia****;*

[...]

TERCEIRO ADITIVO AO ACORDO DE ACIONISTAS DA BRINOX METALÚRGICA S.A.

Este Terceiro Aditivo ao Acordo de Acionistas da Brinox Metalúrgica S.A. é celebrado em 24 de outubro de 2012, por e entre:

VALDOMIRO VALENTE REMUSSI, brasileiro, casado pelo regime da comunhão parcial de bens, industrial, portador da Carteira de identidade RG n° 6007764852/SSP-RS e inscrito no CPF/MF sob o n° 277.232.400-15, residente e domiciliado na Cidade de Caxias do Sul - RS, na Avenida Independência, n° 2.052, apartamento 91, Bairro Panazzollo, CEP 95082-380 ("Valdomiro");

Rio JARI SP PARTICIPAÇÕES S.A*., sociedade por ações constituída e existente de acordo com as leis da República Federativa do Brasil, com sede social na Cidade de São Paulo – SP, na Avenida Brigadeiro Faria Lima, n" 2.277, 6º andar, sala 604 (parte). Torre B, Edifício Plaza Iguatemi, CEP 01452-000, inscrita no CNPJ/MF sob o n° 13.008.397/0001-00, neste ato representada nos termos do seu estatuto social ("****Southern Cross****");*

e JULIO MOURA NETO, brasileiro, casado, administrador de empresas e engenheiro, portador da Cédula de Identidade RG n° 04547S42-7 SSP/RJ, inscrito no CPF/MF sob o n° 468.948.027-34. residente e domiciliado na Cidade de São Paulo – SP, na Rua da Consolação, 3574, Apto. 6A, CEP 01416-000 ("Julio"):

Valdomiro, ***Southern Cross*** *e Julio individualmente, um "Acionista" ou "Parte" e, conjuntamente, os "Acionistas" ou as "Partes":*

[...]

O contrato de compra e venda da parte restante das ações da BRINOX negociadas pelo Sr. Valdomiro Valente Remussi em 15/04/2013, **também faz referências a SOUTHERN CROSS**:

[...]

Assim como o contrato anterior, também o "Contrato de Compra e Venda de Quotas" datado de 18/05/2011 **destaca a SOUTHERN CROSS, mesmo ela não estando relacionada em seu preâmbulo**:

[...]

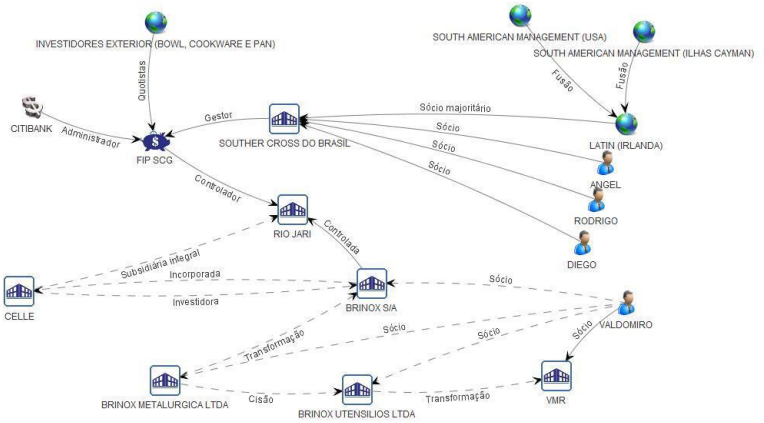
Comparando **as datas de constituição do fundo e das empresas CELLE e RIO JARI**, vemos que todas **ocorreram bem próximas**, com estas sendo criadas em 28/01/2011 e 03/12/2010, respectivamente, conforme registros efetuados na

JUCESP, e aquele em 06/12/2010, segundo o *"INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONSTITUIÇÃO DO SCG II FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES"*.

O gestor do fundo é a SOUTHERN CROSS DO BRASIL ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA, **com amplos poderes delegados pelo administrador, conforme artigo 5° do regulamento acima transcrito**.

[...]

O grafo abaixo representa graficamente uma síntese dos fatos descritos ao longo deste relatório fiscal sobre a reorganização societária realizada pelas empresas envolvidas.



Em relação as debêntures emitidas pela CELLE durante a reorganização societária realizada, documentos foram apresentados mediante intimação fiscal, os quais passaremos a analisar.

A *"Escritura Particular da 1ª Emissão de Debêntures Simples ... da CELLE S/P Participações S.A."* e seus respectivos aditamentos descrevem, entre outros, que **os recursos obtidos serão destinados ao pagamento da Cédula de Crédito Bancário emitida pela CELLE em 18/11/2011 em favor do Banco Itaú BBA S/A e que 90% das ações da BRINOX serão alienadas fiduciariamente em garantia aos debenturistas, prestando também a BRINOX fiança de forma solidária aos titulares das debêntures pelo pagamento de todos os valores devidos nos termos da referida escritura**.

Após a incorporação da CELLE pela BRINOX em 30/08/2011, esta passou a figurar como emissora das debêntures, deixando de existir a garantia fidejussória, permanecendo, contudo, a garantia real referente a alienação fiduciária das ações.

Essas ações já haviam sido alienadas fiduciariamente ao Banco Itaú BBA S/A na época da emissão da Cédula de Crédito Bancário em nome da CELLE, a fim de garantir a dívida contraída para captar recursos complementares utilizados na aquisição da BRINOX.

DOCUMENTO VALIDADO

> Constatamos que toda essa negociação foi encaminhada pela **SOUTHERN CROSS DO BRASIL, antes mesmo de restar configurada a cessão das quotas da Brinox para a Celle em 18/05/2011, conforme "Proposta para Emissão de Debêntures no Mercado de Capitais Local" apresentada pelo Banco Itaú BBA S/A**:
>
> [...]
>
> Além de corroborar sobre os interesses da SOUTHERN CROSS GROUP no investimento realizado, as debêntures emitidas também geraram despesas financeiras, as quais se encontram registradas na contabilidade da BRINOX, conforme demonstramos no início deste relatório, as quais abordaremos adiante em item específico neste relatório.
>
> Relembramos também que, por ocasião da incorporação da CELLE pela BRINOX, um dos motivos elencados nas justificativas[41] apresentadas pelas empresas para essa reorganização societária envolvia a emissão de debêntures:
>
> > "A incorporação da CELLE pela BRINOX se justifica pelos seguintes motivos: (...) (v) a incorporação da CELLE pela BRINOX **é uma exigência constante da Escritura Particular da Ia Emissão de Debêntures Simples, Não Conversíveis em Ações, em Série Única, da Espécie Quirografaria, com Garantias Real e Fidejussória Adicionais, para Distribuição Pública com Esforços Restritos de Distribuição da Celle SP Participações S.A. e do Instrumento Particular de Alienação Fiduciária de Ações em Garantia da Ia Emissão de Debêntures Simples, Não Conversíveis em Ações, em Série Única, da Espécie Quirografaria, com Garantias Real e Fidejussória Adicionais da Celie SP Participações S.A., sob pena de vencimento antecipado das debêntures**." (grifamos)
>
> Estranhos a sociedade impondo exigências sobre a reorganização societária que deveria ocorrer? Certamente que não. Entendemos que, entre outras garantias prestadas, deslindou-se para o credor financeiro a arquitetura do planejamento tributário que seria realizado, revelando-se que a CELLE seria apenas uma mera interposta nesse processo e a BRINOX a verdadeira devedora dos recursos captados. *(destaques do original)*

As circunstâncias aqui presentes em muito se assemelham às analisadas no Acórdão nº 9101-006.250, no qual este Colegiado, por maioria de votos[42], negou provimento a recurso especial do sujeito passivo que pretendia a dedutibilidade das amortizações de ágio escrituradas pela investida, depois de esta incorporar a empresa-veículo constituída para liquidação financeira de aquisição cujos contornos já estavam previamente definidos pelas partes:

> Transpondo estas premissas para o caso concreto, à semelhança do que se fez no voto acima transcrito, tem-se que a glosa em debate diz respeito a amortizações

[41] Protocolo e Justificação de Incorporação da Celle SP Participações S.A. pela Brinox Metalúrgica S.A.

[42] Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente), e divergiram no mérito os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Alexandre Evaristo Pinto e Gustvo Guimarães Fonseca, votando pelas conclusões com fundamentos distintos os conselheiros Lívia De Carli Germano e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

DOCUMENTO VALIDADO

de ágio pago por GLA Brasil e DIRECTV Group na aquisição das quotas da autuada, com a interposição de GLBBT. Os acordos realizados a partir de 01/06/2010 foram firmados entre as antigas sócias da autuada (GCP e Distel) e a sócia adquirente (GLA Brasil), com a intervenção de sua controladora DIRECTV Group, sendo que somente quando encerradas as tratativas em 16/12/2010, com a definição do preço a ser pago pelas quotas, GLBBT é interposta no Contrato de Compra e Venda de Quotas, como sociedade designada por DIRECTV Group, controlador de GLA Brasil. A autoridade lançadora assim sintetiza estas ocorrências:

Das informações acima, podemos extrair que (i) o **Acordo de Troca de 2004**, de 08/10/2004, disciplinava os requisitos para uma operação de compra e venda (ii) que o acerto do preço foi efetuado entre a **DirecTV Group** e a **GCP** (iii) que a **GLBBT** foi a empresa escolhida pela **DirecTV Group** para efetuar o pagamento de US$ 604.767.294,00 (seiscentos e quatro milhões, setecentos e sessenta e sete mil, duzentos e noventa e quatro dólares norte-americanos) (iv) que a nota promissória entregue pela **GLBBT** seria garantida pela **DIRECTV**; (v) a conclusão da transação ocorreu em 16/12/2010, ocasião em que a **GLBBT** passou a integrar o quadro societário da **Sky Brasil** (vi) que a **Sky Brasil** pagaria na data do fechamento da transação R$ 360.000.000,00 (trezentos e sessenta milhões de reais) em dividendos, proporcionais à participação resultante após a operação (vii) as vendedoras auxiliariam na concretização da incorporação da **GLBBT** pela fiscalizada.

Mister esclarecer que, os recursos advindos do exterior, no valor de R$ 696.315.000,00 (seiscentos e noventa e seis milhões e trezentos e quinze mil reais), foram integralizados inicialmente no capital social[22] da **GLA Brasil** pela sócia DIRECTV LATIN AMERICA LLC (EUA), integrante dos **Controladores GLA**. Destes recursos, internalizados em 14/12/2010, R$ 692.364.117,00 (seiscentos e noventa e dois milhões, trezentos e sessenta e quatro mil e cento e dezessete reais) foram integralizados pela **GLA Brasil** no aumento do capital social[23] da **GLBBT**.

Também na ocasião, a **GLA Brasil** integralizou outro aumento de capital na **GLBBT**, no valor dos dividendos de R$ 266.764.461,00 (duzentos e sessenta e seis milhões, setecentos e sessenta e quatro mil, quatrocentos e sessenta e um reais) recebidos da **Sky Brasil**[24].

Estes recursos foram utilizados pela **GLBBT** nos pagamentos efetuados a **GCP** e **Distel**.

Constata-se, do exposto, que GLA Brasil era a sócia da autuada que tinha o direito de preferência na aquisição as quotas que GCP e Distel pretendia alienar. Em consequência, todas as tratativas para esta aquisição são realizadas entre as sócias da autuada, com interferência apenas da controladora da adquirente (DIRECTV Group), sendo que GLBBT somente ingressa na operação para promover a liquidação financeira, com os meios proporcionados, para tanto, por GLA Brasil e DIRECTV Group. Ao assim proceder, registrando o ágio pago por estas sociedades

DOCUMENTO VALIDADO

diretamente em seu patrimônio, GLBBT prestou-se como veículo do ágio para a adquirida, ao ser por ela incorporada, assim provocando a ocorrência de situação que, na concepção das sociedades do grupo econômico, se enquadraria na hipótese permissiva de amortização do ágio.

Diante de todo o escrito pelo Conselheiro André Mendes de Moura no voto acima transcrito, *a operação em análise não passa pela* ***primeira verificação*** *(vide item 8 do voto).*

Isso porque o evento de incorporação não ocorreu envolvendo a pessoa jurídica ***investidora*** *e a pessoa jurídica* ***investida****.*

O que se observa é que o evento de incorporação não contou com a participação da investidora, mas sim da empresa GLBBT, *denominada como "empresa-veículo" e* investida, posteriormente incorporada pela *Contribuinte, ou seja, não estava presente a* ***investidora*** **(não participou do evento de incorporação a empresa** GLA Brasil ou DIRECTV Group).

E, na mesma medida, ***não se consumou a confusão patrimonial*** *entre o investidor e o investimento.*

A utilização da empresa GLBBT *(denominada "empresa-veículo") tornou impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, pois afastou* a investidora (GLA Brasil ou DirectTV Group) *do evento de incorporação.*

O acórdão recorrido constatou com precisão:

[...]

Destaque-se que GLBBT não foi constituída como uma *holding* para aquisição de participação societária e não exerceu atividades ao longo do processo de negociação das quotas, inclusive porque o direito de preferência era de titularidade da sócia adquirente, GLA Brasil e de sua controladora DIRECTV Group. Somente quando definidos todos os parâmetros para a aquisição, especialmente o preço, GLBBT é interposta em 15/12/2010 e extinta poucas horas depois, mediante incorporação pela autuada.

Para além das evidências do fluxo econômico de recursos destinados à aquisição, a acusação fiscal teve em conta todos os parâmetros fáticos e jurídicos das operações realizadas, em especial o exercício do direito de preferência, e dessa forma aplicou, no âmbito tributário, os efeitos dos atos jurídicos efetivamente realizados, a partir dos quais resta evidente a ausência de confusão patrimonial entre investidora e investida. Por óbvio, não basta avaliar a entrega de recursos financeiros para identificação de quem experimentou o sacrifício patrimonial na aquisição do investimento. É essencial a análise dos demais aspectos da motivação e negociação para tal aquisição e são estas evidências, antes detalhadas, que autorizam concluir, sem qualquer dúvida, que GLBBT não é a real adquirente das ações alienadas pelas ex-sócias GCP e Distel à sócia remanescente, GLA Brasil, e sua controladora, DIRECTV Group.

DOCUMENTO VALIDADO

> Sob esta ótica, as referências à existência de abuso de direito, na forma do art. 187 do Código Civil, mostram-se totalmente desnecessárias. Se, como bem observa a PGFN em contrarrazões, a pretensão da Contribuinte é invalidar a interpretação dos fatos expressa pela autoridade fiscal por falta de um dispositivo legal que ampare este procedimento, não se pode olvidar que o art. 149, inciso IV e VII do CTN sempre autorizou o lançamento de ofício *quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória*, bem como *quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação*, a evidenciar, como bem expõe a PGFN, *a primazia da substância sobre a forma*, autorizando a autoridade fiscal a não *ficar circunscrita à forma como as partes documentaram determinado acontecimento se outros elementos a convencem que o documentado não reflete a realidade.*
>
> [...]
>
> No que se refere à validade das operações e presença de propósito negocial na medida em que outras operações societárias, se realizadas, permitiriam a amortização do ágio pago, não se pode acolher as alegações da Contribuinte. A legislação tributária é clara ao exigir a confusão patrimonial entre investidora e investida. Assim, se não é interesse do grupo empresarial promover esta integração, a impossibilidade de amortização do ágio é inafastável, e representa mera decorrência da escolha feita de não integrar adquirente e adquirida. Irrelevante, assim, se a amortização do ágio seria possível caso GLA Brasil incorporasse ou fosse incorporada pela autuada. Fato é que esta incorporação não ocorreu, e o requisito legal para dedução fiscal do ágio não foi cumprido. *(destaques do original)*

Aqui, com mais razão, CELLE foi a segunda pessoa jurídica interposta entre os adquirentes e os alienantes, sendo que coube à primeira pessoa jurídica interposta – RIO JARI – receber a maior parte dos recursos de Southern Cross do Brasil Administradora de Recursos Ltda, em integralização de seu capital, na mesma data em que os transferiu à CELLE para que esta, apenas, os entregasse aos vendedores das ações. O contrato de compra e venda de quotas da Contribuinte e a emissão das debêntures ocorrem em 18/05/2011, e em 19/05/2011 se verificam: i) o aporte de capital de Southern Cross do Brasil Administradora de Recursos Ltda em RIO JARI, concomitantemente com a subscrição de suas ações por SCG II Fundo de Investimentos e Participações; ii) a transferência de recursos de RIO JARI para CELLE; e iii) e o pagamento aos alienantes. Note-se que SCGII Fundo de Investimentos e Participações subscreve as ações de RIO JARI depois de esta ser capitalizada por Southern Cross do Brasil Administradora de Recursos Ltda.

Consoante adicionado naquele caso, o investimento com ágio é uma realidade presente no patrimônio que sofreu a insubsistência ativa para aquisição da investida, ainda que eventualmente replicada no patrimônio de pessoas jurídicas interpostas entre a real adquirente e a adquirida. Assim, esta ação acaba por viabilizar a dedução do custo de aquisição, mediante

DOCUMENTO VALIDADO

amortização do ágio, relativamente a um ativo que permanece integrado ao patrimônio da real adquirente.

Admitir que esta replicação do custo do investimento permita afirmar que a aquisição poderia ser feita por qualquer empresa ligada à adquirente original, significa que o grupo empresarial pode decidir onde realizar o custo incorrido na aquisição do investimento. Contrárias a este entendimento são as razões assim expostas por esta Conselheira no voto condutor do Acórdão nº 1101-000.961:

> Contudo, é fundamental que a incorporação se verifique entre investida e investidora, com conseqüente confusão patrimonial e extinção do investimento, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável. Aqui, porém, ao término das operações, nada mudou, pois o Santander Hispano permaneceu com a mesma quantidade de ações e na mesma condição de controlador do Banespa.
>
> Esta distorção, aliás, é reconhecida pela própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ao analisar a incorporação promovida por meio de uma sociedade veículo, assim expondo na Nota Explicativa à Instrução CVM n° 349/2001, que alterou a redação da Instrução CVM n° 319/99:
>
> > A Instrução CVM n° 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § Iº), acabou possibilitando, nos casos de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.
>
> Significa dizer que embora transferido o ágio para empresa veículo, e na seqüência para a incorporadora desta, os efeitos econômicos do ágio originalmente contabilizado na controladora subsistem. Assim, a definição acerca do atendimento à finalidade dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 passa, primeiramente, pelo exame da validade da transferência do ágio originalmente contabilizado pela investidora para a Santander Holding, mediante subscrição de seu capital com o investimento por ela detido no Banespa.
>
> Não se exige, aqui, uma lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital. Se não há vedação legal e os atos societários são realizados com observância dos requisitos formais, e têm por objeto ágio efetivo e pago, seria necessário disposição legal específica para se negar validade aos atos societários no âmbito tributário. Contudo, é necessário verificar se a incorporação entre a investida e esta empresa para a qual foi transferido o ágio atende aos requisitos legais para que a amortização deste afete o lucro tributável.

DOCUMENTO VALIDADO

Recorde-se o que diz a Lei nº 9.532/97:

> *Art. 7º* ***A pessoa jurídica que absorver patrimônio*** *de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão,* ***na qual detenha participação societária adquirida com ágio*** *ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)*
>
> *I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;*
>
> *II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;*
>
> *III* ***- poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do §2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração****; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)*
>
> *IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.*
>
> *[...]*
>
> *Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:*
>
> *a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;*
>
> *b)* ***a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária****.* (negrejou-se)

Claro está que as empresas envolvidas na incorporação devem ser, necessariamente, a adquirente da participação societária com ágio e a investida adquirida. Em que pese a lei não vede a transferência consoante antes demonstrado, este procedimento não extingue, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da investidora, diversamente do que cogita a lei.

Em tais condições, a amortização do ágio que passou a existir no patrimônio da investida (Banespa) somente poderia surtir efeitos na apuração do seu lucro real caso se verificasse a sua extinção, ou da investidora (Santander Hispano), mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, por meio da qual o ágio subsistisse evidenciado apenas no patrimônio resultante desta operação, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97.

DOCUMENTO VALIDADO

Na medida em que tal não ocorreu, a dedutibilidade do ágio submete-se à regra geral exposta no Decreto-lei nº 1.598/77:

> *Art. 23. [...]*
>
> *Parágrafo único - **Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição,** nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).*
>
> *[...]*
>
> *Art 33 - O valor contábil, **para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido** (art. 20), será a **soma algébrica** dos seguintes valores:*
>
> *I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;*
>
> *II - **ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte,** excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)*
>
> *IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.*
>
> *[...]*

Pertinente citar, novamente, abordagem contida na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, antes referida[43]. Nela, o autor Luís Eduardo Schoueri preliminarmente expõe o entendimento de que o ágio, para o investidor, é custo que deve ser considerado em caso de alienação do investimento. Os resultados auferidos com este investimento são reconhecidos, no patrimônio do investidor, como resultados da equivalência patrimonial, não sujeitos a tributação nesta ótica. Seguindo a mesma lógica, a amortização contábil do ágio por rentabilidade futura, por parte do investidor, também não deve afetar o lucro tributável.

Diante deste contexto, o autor reputa *incabível afirmar que o ágio, ainda que fundamentado na rentabilidade futura, pode ser considerado realizado antes da incorporação de uma das pessoas jurídicas envolvidas (exceto se antes disso tiver ocorrido baixa da participação societária adquirida, quando, em regra o ágio será realizado)* (Op. cit. p. 73). E complementa mais à frente: *com a incorporação, alerte-se, já não há mais que falar em investimento nem em ágio. Ambas as figuras desaparecem* (Op. cit. p. 74).

Entende o referido autor que a partir da incorporação, *os lucros passam a ser tributados na investidora, pois antes disso no máximo haverá receita de*

[43] SCHOUERI, Luís Eduardo Schoueri. Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários), São Paulo: Dialética, 2012

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> *equivalência patrimonial, não tributável* (Op. cit. p. 79). Aqui, porém, os lucros permanecem tributados na investida, que os reduz mediante amortização de ágio decorrente de investimento que subsiste no patrimônio da investidora original.
>
> Caso a investidora fosse empresa nacional, a provisão determinada pela Instrução Normativa CVM nº 349/2001 impediria que a equivalência patrimonial refletisse no seu patrimônio apenas o valor líquido dos resultados, restabelecendo o reconhecimento bruto dos resultados da investida, sem os efeitos da amortização do ágio na investida, dado que a amortização do ágio se repetiria na investidora. A diferença está na redução da carga tributária da investida que esta manobra permite, em desrespeito ao previsto no art. 7º da Lei nº 9.532/97.
>
> Evidenciado, portanto, que não houve a extinção do investimento, inadmissível a amortização fiscal do ágio.
>
> [...]
>
> Acrescente-se, ainda, que o aporte do lance como capital de uma empresa veículo, para que esta participasse do leilão público – estratégia desconsiderada por prejudicar o sigilo do prego ofertado – não seria suficiente para caracterizar esta intermediária como adquirente e permitir-lhe a amortização do ágio com efeitos fiscais em caso de incorporação da ou pela investida, na medida em que a empresa assim criada representaria apenas uma extensão do caixa da real adquirente, de modo que a subsequente incorporação não ensejaria a união de patrimônios entre investidora e investida, exigida pela Lei nº 9.532/97. *(destaques do original)*

No mais, ainda que a economia fiscal possa ser considerada propósito negocial suficiente para fundamentar determinados atos praticados pelos sujeitos passivos, este direito não é ilimitado e não lhes permite simular situações jurídicas como as verificadas nestes autos.

Por todo o exposto, o recurso especial da PGFN deve ser PROVIDO quanto à "possibilidade de amortização do ágio".

Com respeito à "dedução das despesas financeiras", o provimento do recurso especial na matéria antecedente reforma a premissa do Colegiado *a quo* de *validade da operação de ágio*, e de *que a empresa-veículo cumpriu sua função social*, e confirma a tese fiscal de que a *Brinox teria emitido debêntures para compra de suas próprias ações*. Nesse sentido é, de fato, a acusação fiscal:

> No caso da BRINOX, segundo o seu estatuto social em apertada síntese, a empresa atua no ramo de fabricação e comercialização de vários produtos de utilidades domésticas.
>
> As despesas que vem apropriando em seu resultado referem-se a encargos financeiros oriundos da emissão de debêntures, cuja destinação dos recursos foi utilizada para o pagamento de empréstimo contraído para a compra das suas próprias ações.

DOCUMENTO VALIDADO

> Desse modo, entendemos haver um enorme descompasso entre a finalidade do gasto e a atividade exercida pela BRINOX, estando tais despesas no campo das não necessárias, ainda mais sendo elas decorrentes de um empréstimo obtido para adquirir as suas próprias ações, cujas circunstâncias descritas ao longo deste relatório evidenciam a existência de um planejamento tributário abusivo oriundo de simulação efetuada por empresas que agem em conluio.
>
> Relembramos que a BRINOX é um investimento da SOUTHERN CROSS através de um fundo de participações societárias, sendo a CELLE e RIO JARI meras interpostas.
>
> A dedutibilidade da despesa financeira deve ser uma prerrogativa de quem teve o ônus da aquisição da participação societária. Conceder o benefício fiscal da dedutibilidade da despesa financeira à BRINOX é aceitar o que na presente ação fiscal está sendo desconsiderado: a aquisição realizada por uma interposta pessoa jurídica, no caso, a CELLE.

Embora o paradigma nº 9101-004.500 tenha sido rejeitado para caracterização deste dissídio, a primeira linha argumentativa lá deduzida é aqui aplicável: as despesas financeiras para aquisição do investimento cabem ao real adquirente. Sua alocação em outra pessoa jurídica do mesmo grupo econômico enseja a apropriação desnecessária para a atividade da empresa e a manutenção da respectiva fonte produtora, desprovida de necessidade, normalidade e usualidade.

Assim, por ter votado pelo provimento na 1ª matéria, também aqui o recurso especial da PGFN deve ser PROVIDO quanto à "dedução das despesas financeiras".

Anote-se, por fim, que a PGFN finaliza seu recurso especial nos seguintes termos:

> Diante do exposto, a União (Fazenda Nacional) requer seja conhecido e provido o presente recurso especial, a fim de que o acórdão recorrido seja reformado nos quesitos objeto da presente insurgência.
>
> Requer, ademais, em caso de provimento da presente insurgência, que os autos sejam remetidos ao colegiado *a quo* para que se manifeste sobre a multa de ofício qualificada e as demais questões não abordadas no voto condutor do r. acórdão recorrido.

A Contribuinte, por sua vez, anota em contrarrazões que:

> 140. Caso se entenda por admitir/conhecer o Recurso Especial da PGFN, o que se alega apenas para argumentar, requer-se (i) seja afastado o pedido da Recorrente de remessa dos autos à Turma *a quo* para apreciação da qualificação da multa de ofício, reconhecendo-se a definitividade quanto a essa matéria em razão da ausência de Recurso Especial da PGFN nesse tocante; (ii) seja negado provimento ao Recurso Especial da PGFN quanto à legitimidade das despesas com ágio e despesas financeiras com juros, mantendo-se inalterado o acórdão recorrido.

DOCUMENTO VALIDADO

> 141. Subsidiariamente, na remota hipótese de o Recurso Especial da PGFN ser provido, o que se admite apenas para fins de argumentação, requer-se a remessa dos autos à Turma Julgadora *a quo* para que sejam analisados os argumentos da decadência e da inaplicabilidade da multa isolada constantes no Recurso Voluntário que restaram prejudicados.

Os responsáveis tributários também defendem a definitividade do acórdão recorrido no ponto em que afastou a imputação que lhes foi feita, discordando da pretensão da PGFN de que os autos retornem ao Colegiado *a quo* para apreciação deste aspecto.

A autoridade julgadora de 1ª instância assim decidiu:

> Acordam os membros da 8ª Turma de Julgamento:
>
> (a) Por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares arguidas em todas as impugnações;
>
> (b) Por unanimidade de votos, manter integralmente as exigências de IRPJ e de CSLL pertinentes à infração relativa à amortização do ágio;
>
> (c) Por maioria de votos exonerar exigências de IRPJ e de CSLL pertinentes à infração relativa à dedução de despesas financeiras com debêntures, vencidas a relatora e a julgadora MARIA DO SOCORRO PEREIRA DE CARVALHO;
>
> (d) Por unanimidade de votos manter a qualificação da multa de ofício;
>
> (e) Por unanimidade de votos manter, quanto ao mérito, as multas isoladas exigidas, ressalvado o cancelamento parcial dos valores em virtude da infração excluída no ítem "c";
>
> (f) Por unanimidade de votos manter a responsabilidade tributária de: Angel Jose Uribe (CPF nº 232.994.808-55), Rodrigo Lowndes (CPF nº 992.156.917-15), Diego Stark (CPF nº 264.431.658-88), Julio Moura Neto (CPF nº 468.948.027-34), Christian Emilio Hartenstein (CPF nº 224.836.138-61) e Rio Jarí Participações Ltda. (CNPJ nº 13.008.397/0001-00);
>
> (g) Por maioria de votos excluir a responsabilidade tributária de Norberto Oscar Morita (CPF nº 234.944.738-38), Horácio Reyses Travers (CPF nº 234.966.798-75), Raul Francisco Sotomayor Valenzuela (CPF nº 236.412.338-01), Everaldo Luiz Boschetti (CPF nº 502.795.800-53); Ricardo Herber (CPF nº 378.604.880-00) e Southern Cross do Brasil Administradora de Recursos Ltda. (CNPJ nº 09.290.333/0001-77), vencida a relatora que votou pela manutenção dos responsáveis no polo passivo da obrigação tributária.

O Colegiado *a quo*, por sua vez, decidiu que:

> Acordam os membros do colegiado: (i) por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e (ii) por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário; vencidos os Conselheiros Efigênio de Freitas Júnior, Fábio de Tarsis Gama Cordeiro e José Eduardo Genero Serra, que davam parcial provimento ao recurso, para exonerar a qualificação da multa de ofício e para

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> exonerar a imputação de responsabilidade tributária. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os Conselheiros Fredy José Gomes de Albuquerque, Alexandre Evaristo Pinto e Neudson Cavalcante Albuquerque.

Embora os votos vencidos tenham sido no sentido de exonerar a qualificação da penalidade e a imputação de responsabilidade tributária, o voto do Conselheiro relator, condutor do acórdão recorrido, manifestou-se, em sede de recurso voluntário, apenas quanto à glosa de amortização de ágio e, em sede de recurso de ofício, acerca das despesas financeiras e da imputação de responsabilidade tributária afastada em 1ª instância, finalizando cada bloco argumentativo com os seguintes dispositivos:

> Assim, convencido de que a utilização de empresa veículo não é elemento que de qualquer forma proíba a amortização do ágio, e não tendo sido questionado qualquer outro aspecto da apuração do ágio no caso concreto, entendo que deve ser dado provimento aos Recursos Voluntários neste ponto.
>
> [...]
>
> Assim, entendo também deva ser revertida a glosa em relação aos juros pagos em decorrência da emissão de debêntures para financiamento da aquisição da empresa Brinox.
>
> [...]
>
> Feitos esses comentários, passo a análise da situação de cada um dos responsáveis.
>
> O Acórdão Recorrido eximiu a responsabilidade dos seguintes responsáveis: SOUTHERN CROSS, EVERALDO LUIZ BOSCHETTI, RICARDO HERBER, NORBERTO OSCAR MORITA, HORÁCIO REYSER TRAVERS e RAUL FRANCISCO SOTOMAYOR VALENZUELA:
>
> [...]
>
> **Southern Cross do Brasil Administradora de Recursos Ltda**
>
> [...]
>
> No caso concreto, tendo entendido pela validade da operação, já seria possível indicar que não há razão para manutenção da responsabilidade pautada em pretenso "planejamento abusivo", mas ainda que restasse vencido em relação ao mérito, ainda não haveria razões para manutenção da responsabilidade atribuída.
>
> A SOUTHERN CROSS DO BRASIL ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA representa no Brasil a SOUTHERN CROSS GROUP – gestora de investimentos em fundos de "Private Equity", com forte atuação na região da América Latina, e quem, na premissa da Administração Tributária, adquiriu a Brinox.
>
> Portanto, se ela adquiriu a Brinox, juridicamente se colocava como parte contraposta no negócio jurídico, não restando comprovado o interesse comum em relação a ela.

DOCUMENTO VALIDADO

> Como bem coloca a Recorrente, a única sociedade que realizou a amortização fiscal do ágio foi a Brinox e o mero fato de indiretamente haver potencial benefício financeiro (i.e. decorrentes das reduções absolutamente legais das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL via amortização de ágio) para o Recorrente, não permite a sua responsabilização solidária pelo crédito tributário ora exigido! Da mesma maneira, a dedução das despesas financeiras decorrentes das debêntures emitidas não configura benefício indevido e interesse jurídico comum entre Recorrente e Brinox.
>
> Assim, entendo deva ser afastada a responsabilidade tributária.
>
> [...]
>
> **Das pessoas físicas**
>
> Em razão da semelhança das acusações fiscais e das defesas, resolvi analisar em conjunto a atribuição de responsabilidade das pessoas físicas.
>
> Registro inicialmente que o fato de serem sócios ou gestores das empresas adquirentes não é suficiente para denotar o interesse comum para fins de aplicação do art. 124, I do CTN, que, como visto alhures, não se confunde com o interesse econômico.
>
> A própria decisão recorrida se mostra incapaz de apresentar com clareza o interesse comum:
>
> [...]
>
> No caso concreto, a Administração Tributária não demonstra a existência de interesse comum. Mesmo o acórdão recorrido se mostra incapaz de justifica-lo, haja vista que indica como interesse comum o fato de ao administrarem os negócios da interessada, tiveram participação ativa na concepção do planejamento tributário e praticaram os atos societários e comerciais necessários para sua execução, portanto, deve ser afastada a atribuição de responsabilidade com base neste fundamento.
>
> Tampouco entendo deva ser mantida a responsabilidade tributária com fulcro no art. 135, III do CTN, haja vista que não há qualquer violação à lei ou atos constitutivos demonstrados no caso concreto, inclusive pela própria delimitação do fisco ao atribuir a operação a qualificação de "planejamento tributário abusivo".
>
> [...]
>
> Por tais fundamentos, e entendo que os atos praticados não consubstanciam ilícito, até porque devidamente registrados em atas, documentos societários e fiscais, é que deve ser afastada a responsabilidade atribuída às pessoas físicas no caso concreto.

No mais, o relator apenas consignou que:

DOCUMENTO VALIDADO

> Ainda, entendo também que a alegação relacionada à decadência, referente ao recolhimento de IRPJ, retido na fonte em nome da Recorrente, e CSLL, no decorrer do ano-calendário 2013 (vide Doc. 03 da Impugnação), perde objeto, em virtude do provimento da presente pretensão recursal.
>
> Por fim, sobre a discussão sobre o reajuste ocorrido na compensação e prejuízos fiscais de IRPJ e base de cálculo negativa de CSLL, que, segundo o contribuinte, teriam sido recalculados considerando os processos administrativos referidos (processo administrativo nº 11080.733632/2017-83) e a respectiva autuação, entendo que os efeitos da decisão favorável sobre os mesmos também surtirão os efeitos devidos para a recomposição dos mesmos, o que deve ser feito no momento da liquidação do crédito tributário.

Logo único fundamento para excluir a qualificação da penalidade foi a exoneração do principal lançado, por reversão das infrações de glosas de amortização de ágio e de despesas financeiras. Inexistindo fundamento próprio para afastar os demais gravames apontados pela autoridade fiscal contra a Contribuinte, impróprio se mostra demandar que a PGFN houvesse suscitado divergência jurisprudencial específica acerca destes pontos.

O recurso voluntário da Contribuinte trazia como argumentos subsidiários os seguintes tópicos de defesa:

> III.3 - IMPOSSIBILIDADE DE ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO DA CSLL DAS DESPESAS SUPOSTAMENTE NÃO DEDUTÍVEIS DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ
>
> III.4 – AUSÊNCIA DA HIPÓTESE DE DOLO, FRAUDE, SONEGAÇÃO OU SIMULAÇÃO NO CASO CONCRETO – DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E INSUBSTÊNCIA DA MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA
>
> III.4.1 – Decadência do Crédito Tributário – Ano-Calendário 2013 (Artigo 150, §4º, DO CTN)
>
> III.4.2 – Insubsistência da Multa de Ofício Qualificada
>
> III.4.2.1 – *Ad Argumentandum* – Erro na Interpretação da Legislação Fiscal
>
> III.4.2.2 – *Ad Argumentandum* - Da Vedação ao Confisco
>
> III.5 – DEMAIS ARGUMENTOS RELACIONADOS À INSUBSISTÊNCIA DAS PENALIDADES APLICADAS
>
> III.5.1– Da Impossibilidade da Cobrança da Multa Isolada em Razão da Falta de Recolhimento do IRPJ e da CSLL por Estimativa
>
> III.5.2 – Da Impossibilidade de Exigência das Multas em caso de Dúvida
>
> III.6 – DAS COMPENSAÇÕES E RETIFICAÇÕES INDEVIDAS DE PREJUÍZO FISCAL E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DA CSLL
>
> III.6.1 - Da Impossibilidade da Exigência do Débito Consubstanciado no Presente Processo ANTES do Término do Processo Administrativo Vinculado – Falta de Liquidez e Certeza à Autuação Fiscal

DOCUMENTO VALIDADO

Original

III.6.2 – Da Necessidade de Reversão das Retificações e Compensações Quanto aos Saldos de Prejuízo Fiscal e Base de Cálculo Negativa de CSLL Apurados Pela Recorrente no ano-calendário 2013

Os responsáveis tributários Angel José Uribe, Rodrigo Lowndes, Diego Stark e Júlio Moura Neto, Christian Emilio Hartenstein, bem como a pessoa jurídica Rio Jari SP Participações S/A, também interpuseram recursos voluntários em nome próprio. Já os responsáveis Norberto Oscar Morita, Horácio Reyser Travers, Everaldo Luiz Boschetti, Raul Francisco Sotomayor Valenzuela, Ricardo Herber, bem como a pessoa jurídica Southern Cross do Brasil Administradora de Recursos Ltda, apresentaram contrarrazões ao recurso de ofício.

Com respeito aos responsáveis afastados na decisão de 1ª instância, objeto de recurso de ofício ao qual foi negado provimento no acórdão recorrido, verifica-se a definitividade de sua exclusão, vez que a PGFN não apresentou divergência jurisprudencial quanto a esta decisão tomada com fundamentos próprios, como antes transcrito.

Mas o Colegiado *a quo* não se manifestou acerca dos fundamentos da acusação fiscal e da decisão de 1ª instância para imputação de responsabilidade tributária a Angel José Uribe, Rodrigo Lowndes, Diego Stark, Júlio Moura Neto, Christian Emilio Hartenstein e à pessoa jurídica Rio Jari SP Participações S/A, afastando-as em razão, apenas, da reversão das glosas de amortização de ágio e de despesas financeiras.

Por tais razões, ainda que a PGFN não tenha requerido expressamente o retorno para apreciação das questões acerca da responsabilidade tributária deve ser DADO PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN para restabelecer as glosas de amortização de ágio e de despesas financeiras, com retorno dos autos ao Colegiado *a quo* para apreciação das matérias de defesa veiculadas em recurso voluntário da Contribuinte e não examinadas no acórdão recorrido, bem como nos recursos voluntários de Angel José Uribe, Rodrigo Lowndes, Diego Stark, Júlio Moura Neto, Christian Emilio Hartenstein e Rio Jari SP Participações S/A.

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro **Luiz Tadeu Matosinho Machado**

Tendo em vista que nos presentes autos se analisa a mesma operação examinada no Processo nº 14817.720018/2020-93, que tratou da glosa de amortização de ágio e despesas financeiras relativas ao ano-calendário de 2014 e, considerado que a acusação fiscal e argumentos de defesa são substancialmente idênticos aos examinados naquele caso, valho-me da declaração

DOCUMENTO VALIDADO

de voto apresentada no julgamento do recurso especial objeto daquele processo, para expor as minha razões de decidir, também, neste caso, *verbis*:

> No presente caso a glosa da amortização de ágio pela autoridade fiscal está fundamentada na ausência de confusão patrimonial entre a empresas adquirida e o real adquirente da participação que ao fim e ao cabo seria um fundo de investimentos da empresa estrangeira SOUTHERN CROSS, representada no Brasil pela SOUTHERN CROSS DO BRASIL, que teria se utilizado da prática de simulação e conluio mediante a interposição das empresas CELLE e RIO JARI, com o intuito de obter vantagem tributária ilícita, como se colhe dos excertos do Termo de Verificação Fiscal transcritos no acórdão recorrido, *verbis*:
>
> > [...]
> >
> > No caso concreto, conforme amplamente relatado, um dos aspectos da acusação fiscal guerreada é a dedutibilidade ou não do ágio gerado na aquisição direta do investimento na Brinox Metalúrgica Ltda. (antiga razão social da Brinox) pela Celle SP Participações Ltda. ("Celle"), conforme se depreende do relatório fiscal:
> >
> > > Salientamos que tanto o caput do artigo 7º como a alínea "b" do artigo 8º determinam que, para o possível aproveitamento fiscal de eventual ágio, necessariamente este tem de ter origem em sociedade efetivamente adquirente da participação societária em negociação.
> > >
> > > Como se vê a lei exige que ocorra, necessariamente, a confusão patrimonial entre investida e investidora, com a migração do patrimônio para uma ou para outra. Ou seja, o investimento deve ser extinto para que se possa amortizar fiscalmente o ágio.
> > >
> > > No caso concreto em tela, conforme fatos descritos neste relatório, criou-se um planejamento tributário abusivo através de empresas interpostas que simulam um fato gerador imponível que ainda não surgiu, pois a CELLE nunca foi a verdadeira adquirente da BRINOX, tampouco a RIO JARI, uma vez que ambas não dispunham de substância econômica para um investimento de tal envergadura.
> > >
> > > Assim, o investimento continua existindo, com a real investidora permanecendo no controle da investida através da RIO JARI. O que ocorreu foi a extinção de uma das sociedades intermediárias, no caso a CELLE, que detinha apenas participação formal.
> > >
> > > **A aquisição da BRINOX, conforme provas acostadas aos autos, é um investimento da SOUTHERN CROSS através de um fundo de participações societárias.** Quando houver o desinvestimento desse fundo, materializar-se-á o fato gerador imponível previsto na legislação, com o consequente tratamento adequado da confusão patrimonial que surgirá.

DOCUMENTO VALIDADO

> Dessa forma, as amortizações fiscais do ágio realizadas pelo CONTRIBUINTE estão sendo glosadas na sua totalidade pelos motivos descritos neste relatório fiscal, uma vez que elas foram efetuadas ao arrepio da legislação vigente à época dos fatos analisados, **haja vista entendermos ter ocorrido uma simulação efetuada em conluio por ele e outras empresas, os quais objetivaram a evasão de tributos através de uma indevida antecipação da amortização do ágio.**
>
> (...)
>
> Os fatos apurados demonstram que a BRINOX foi adquirida por um fundo de investimentos da SOUTHERN CROSS, representada no Brasil pela SOUTHERN CROSS DO BRASIL, com esta se utilizando de toda a sua estrutura para aquiescer as vazias coadjuvantes CELLE e RIO JARI, buscando elas dessa forma, todas reunidas em conluio, uma vantagem tributária ilícita definida como evasão.
>
> Discorremos também, entre outros, que todas essas empresas são administradas pelas mesmas pessoas, que atendem aos interesses determinados pela SOUTHERN CROSS GROUP.
>
> Assim, considerando a situação simulatória com a falta de propósito negocial de uma empresa definida como veículo, temos a caracterização de uma interposição fraudulenta.
>
> [...]

Os principais eventos societários podem ser assim resumidos:

- A empresa BRINOX METALÚRGICA LTDA, antiga denominação social da BRINOX METALURGIA S/A iniciou as suas atividades em 08 de março 1988;
- No ano de 2011, a empresa passou por uma reorganização societária;
- A empresa BRINOX METALURGIA S/A, fez uma cisão parcial do seu patrimônio, vertendo parle dele para a BRINOX UTENSÍLIOS DOMÉSTICOS LTDA, ambas estabelecidas no mesmo local;
- A justificativa da cisão foi descrita como uma reestruturação societária em curso, a qual, concretizou-se pela venda da BRINOX METALÚRGICA LTDA, em ato contínuo realizado na mesma data;
- A cisão teve reflexo no valor do capital social das empresas, reduzindo o da cindida para R$ 54.230.442,00 e aumentando o da receptora para R$ 15.989.476,00;
- A empresa receptora chamada de Brinox Utensílios Domésticos Ltda passou a se chamar VMR Participações Societárias Ltda, que por sua vez

DOCUMENTO VALIDADO

passou a ter o ingresso de receitas mensais oriundas da locação, efetuada aos antigos proprietários;

- A empresa BRINOX METALÚRGICA LTDA vendeu 90% de suas quotas para a empresa CELLE SP PARTICIPAÇÕES LTDA, subsidiária integral da RIO JARI SP PARTICIPAÇÕES S/A (intervenientes anuentes), totalizando a compra de 48.806.853 quotas e Valdomiro, restou com 5.423.045 (10%);
- O preço da cessão das quotas foi de R$ 279 milhões, com responsabilidade subsidiária pelo pagamento pela empresa RIO JARI (cláusula 1.3 do compromisso);
- Dessa transação surgiu a figura do ágio, conforme registros efetuados na contabilidade da CELLE em 19/05/2011, sendo ele posteriormente complementado em 14/07/2011, em decorrência de ajuste de caixa líquido e de capital de giro (cláusula 1.2), apurando-se o valor total de R$ 234.439.704,36.
- Segundo o laudo de avaliação apresentado pela BRINOX, o ágio teve origem preponderante em bens intangíveis, sendo amortizado com base no fundamento econômico de rentabilidade futura;
- A empresa BRINOX METALÚRGICA LTDA adotou então a denominação social de BRINOX METALÚRGICA S/A, com eleição para o conselho de administração as seguintes pessoas físicas: Norberto Oscar Morita, Norberto Oscar Morita, Rodrigo Lowndes, Angel Jose Uribe e Valdomiro Valente Remussi;
- Os recursos utilizados pela CELLE para a compra da BRINOX envolveram aportes financeiros da sua controladora RIO JARI e de empréstimo captado na forma de Cédula de Crédito Bancário nos valores de R$ 202.343.445,00 e R$ 80.000.000,00, respectivamente;
- As quotas foram alienadas fiduciariamente em benefício do credor Banco Itaú BBA S/A, a fim de garantir a dívida oriunda da Cédula de Crédito Bancário;
- A empresa CELLE SP PARTICIPAÇÕES LTDA foi transformada em CELLE SP PARTICIPAÇÕES S.A. e foram nomeados os diretores Diego Stark e Rodrigo Lowndes. O capital foi aumentado de R$500,00 (quinhentos reais) para R$ 202.343.945,00;
- O SCG II Fundo de Investimento em participações FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES, ANGEL JOSE URIBE e GUSTAVO ANDO FURUTA, acionistas representando a totalidade do capital social da Rio Jari SP Participações S.A., aprovaram o aumento do capital social, atualmente de RS 800,00 (oitocentos reais), para RS 202.434.245,00;

Pois bem.

DOCUMENTO VALIDADO

Examinando os elementos trazidos pela autoridade fiscal, não vislumbro a existência da simulação apontada em face da interposição das empresas constituídas pelo SCG II Fundo de Investimento em participações para a aquisição da ora recorrente.

Entendo que as empresas utilizadas para a realização da aquisição da participação tiveram papel concreto na concretização do negócio, na medida em que a holding de primeiro nível (Rio Jari) adquirida para exercer o controle do investimento permaneceu hígida após a reestruturação e a empresa CELLE exerceu o papel de captar parte dos recursos necessários à aquisição, inicialmente mediante a obtenção de crédito bancário de 80 milhões de reais junto ao Banco Itaú Unibanco (fls. 281 e segs) e quitadas, posteriormente, com o lançamento de debêntures (cfe escritura às fls. 699 e segs) .

Tais operações foram todas realizadas em nome da empresa CELLE, não obstante as garantias oferecidas pela sua controladora Rio Jari, mediante alienação fiduciária das ações da adquirida (Brinox) e de si própria, conforme devidamente contabilizados como se depreende da listagem de lançamentos do Livro Diário (fls. 568 e sgs).

A autoridade fiscal aponta que a proposta de emissão de debêntures foi apresentada pelo Banco ITAU BBA foi endereçada à empresa SOUTHERN CROSS DO BRASIL que era a empresa gestora de recursos que constituiu o Fundo de Investimentos para a obtenção da maior parte dos recursos para a aquisição da BRINOX como evidência de que a empresa CELLE seria mera interposta, sem função social.

Ocorre que tal empresa serviu exatamente para a estruturação da alavancagem financeira por meio do lançamento de debêntures, utilizada como parte do pagamento da aquisição.

É evidente a participação de outras empresas e de um fundo de investimento na operação, mas não é possível afastar a personalidade jurídica da empresa CELLE no negócio realizado, posto que exerceu o papel a ela destinado, sendo posteriormente absorvida por incorporação pela empresa adquirida (BRINOX). Apesar de sua curta duração, não se pode ocultar o propósito negocial por ela exercido na estrutura negocial, notadamente o de alavancagem financeira de parte do investimento.

Note-se que, no presente processo, contraditoriamente, a decisão de primeiro grau manteve a glosa da amortização do ágio, mas considerou válida a dedução das despesas financeiras relativa ao lançamento das debêntures pela empresa CELLE por entender que tal empresa se mostrou necessária à obtenção dos recursos, conforme se colhe do voto vencedor do Acórdão da DRJ, verbis:

> [...]
>
> Diferentemente do posicionamento defendido pela relatora, entendo que a CELLE mostrou-se necessária para a obtenção do empréstimo de R$ 80

DOCUMENTO VALIDADO

milhões utilizado como parte da liquidação financeira da aquisição das quotas da BRINOX. Isto principalmente porque o FIP SCG II, por ocasião da aquisição da BRINOX, era controlador direto da Rio Jarí SP Participações S.A. (RIO JARÍ) e indireto da CELLE, e portanto não poderia ter assumido o empréstimo que financiou a parcela da compra do investimento, por força do impedimento contido no art. 35, inciso II da Instrução CVM nº 391/2003, *in verbis*: (g.n)

> *CAPÍTULO IX*
>
> *DAS VEDAÇÕES*
>
> *Art. 35. É vedado ao administrador, direta ou indiretamente, em nome do fundo:*
>
> *I – receber depósito em conta corrente;*
>
> *II – contrair ou efetuar empréstimos, salvo nas modalidades estabelecidas pela CVM;*
>
> *III – prestar fiança, aval, aceite, ou coobrigar-se sob qualquer outra forma;*
>
> *III – prestar fiança, aval, aceite, ou coobrigar-se sob qualquer outra forma, exceto mediante aprovação da maioria qualificada dos cotistas reunidos em assembleia geral, desde que o regulamento do fundo preveja essa possibilidade;*
>
> ***Inciso III com redação dada pela Instrução CVM nº 535, de 28 de junho de 2013.***
>
> *IV – negociar com duplicatas, notas promissórias, excetuadas aquelas de que trata a Instrução CVM no 134, de 1o de novembro de 1990, ou outros títulos não autorizados pela CVM;*
>
> *V – prometer rendimento predeterminado aos cotistas;*
>
> *VI – aplicar recursos:*
>
> *a) no exterior;*
>
> *b) na aquisição de bens imóveis; e*
>
> *c) na subscrição ou aquisição de ações de sua própria emissão.*
>
> *Parágrafo único. Caso existam garantias prestadas pelo fundo, conforme disposto no inciso III, o administrador do fundo deve zelar pela ampla disseminação das informações sobre todas as garantias existentes, por meio, no mínimo, de divulgação de fato relevante e permanente disponibilização, com destaque, das informações na página do administrador do fundo na rede mundial de computadores. (Parágrafo único incluído pela Instrução CVM nº 535, de 28 de junho de 2013).*

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

Neste ponto específico também concordo com a defesa que a autoridade fiscal não poderia ter desconsiderado a opção adotada pelo financiamento com capital de terceiros da aquisição de parte das quotas da BRINOX feito pela CELLE e seu controlador de fato, o FIP SCG II. Entendo que se a opção adotada pelo sujeito passivo estava prevista no ordenamento jurídico e atendeu a um propósito negocial específico e válido, *in casu* a compra alavancada de uma empresa operacional (BRINOX), então não caberia ao Fisco exigir que outro caminho mais oneroso fiscalmente fosse percorrido, sob pena de assim ferir a liberdade de condução dos negócios do contribuinte protegido pela constituição.

A aparente consideração fiscal que o empréstimo foi assumido formalmente pela CELLE exclusivamente para proporcionar economia fiscal pela apropriação dos encargos financeiros não me parece ser uma verdade tão clara neste caso, pois tanto a "*Escritura Particular da 1ª Emissão de Debêntures Simples, Não Conversíveis em Ações, em Série Única, da Espécie Quirografária, com Garantias Real e Fidejussória Adicionais, para Distribuição Pública com Esforços Restritos de Distribuição, da Celle SP Participações S.A*." (fls. 699/759), quanto o "*Instrumento Particular de Alienação Fiduciária de Ações em Garantia da 1ª Emissão de Debêntures Simples, não Conversíveis em Ações, em Série Única, da Espécie Quirografária, com Garantias Real e Fidejussória Adicionais, da Celle SP Participações S.A" (fls. 1.126/1.217), bem como a "Proposta para Emissão de Debêntures no Mercado de Capital Local"* fls. 1.218/1.232), foram celebrados com instituições financeiras totalmente independentes, tais como a OLIVEIRA TRUST DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S.A, na qualidade de agente fiduciário, Itaú Unibanco S.A, na condição de banco mandatário, e Banco Itaú BBA S.A, como coordenador líder. Desta forma, os juros devidos foram pagos para estas instituições financeiras, e não para qualquer outra empresa do grupo econômico, o que poderia caracterizar, no jargão financeiro, como uma operação "Zé com Zé". Com isso, se é verdade que a BRINOX reduziu a sua carga fiscal em aproximadamente R$ 2.562.098,67, correspondente a 34% (IRPJ/CSLL) do valor das despesas financeiras de R$ 7.535.584,33 registradas no período correspondente ao AI, também é verdade que o caixa do sujeito passivo teve um desembolso líquido efetivo de R$ 4.973.485,66, correspondente à diferença entre ambos, e que foi parar no caixa de outras empresas não ligadas, de sorte que para economizar tributos na ordem de R$ 2,5 milhões houve um desembolso financeiro de R$ 7,5 milhões, fato que não revela nitidamente que a operação de empréstimo para aquisição de parte das quotas do capital da BRINOX foi necessariamente realizada visando apenas a economia fiscal proporcionada. *Ad argumentandum*, mantida a linha do interesse meramente fiscal pretendido com o empréstimo, caberia também pontuar que as despesas contabilizadas reduziram o lucro líquido do exercício, e conseqüentemente, repercutiram negativamente no

patrimônio líquido contábil do contribuinte, o que certamente reduziu o potencial da apuração e pagamento futuro do JCP para o sócio controlador, no montante líquido entre despesa e economia fiscal.

Fazendo agora uma análise do ponto de vista legal, há de se reconhecer que não existe proibição de que o adquirente de uma participação societária recorra a um empréstimo para liquidar o preço de aquisição, ou parte dele, exceto no caso do FIP que, como vimos, tem uma vedação de ordem infra legal e regulatória prevista no inciso II do art. 35 da Instrução CVM nº 391/2003. Há normas legais, inclusive, que regulamentam a dedutibilidade dos juros incorridos em tais operações, como o art. 374 do RIR/99 e o art. 31 da Lei nº 11.727/2008 (citados pelo impugnante na peça de defesa), este último exclusivo para pessoa jurídica cujo objeto social seja o de holding, que era o caso da CELLE. A seguir reproduzo estes artigos:

> *Outros Resultados Operacionais*
>
> *Subseção I*
>
> *Receitas e Despesas Financeiras*
>
> *Despesas*
>
> *Art.374. Os juros pagos ou incorridos pelo contribuinte são dedutíveis, como custo ou despesa operacional, observadas as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 17, parágrafo único):*
>
> *I- os juros pagos antecipadamente, os descontos de títulos de crédito, e o deságio concedido na colocação de debêntures ou títulos de crédito deverão ser apropriados,* pro rata temporis, *nos períodos de apuração a que competirem;*
>
> *II- os juros de empréstimos contraídos para financiar a aquisição ou construção de bens do ativo permanente, incorridos durante as fases de construção e pré-operacional, podem ser registrados no ativo diferido, para serem amortizados.*
>
> *Art. 31. A pessoa jurídica que tenha por objeto exclusivamente a gestão de participações societárias (holding) poderá diferir o reconhecimento das despesas com juros e encargos financeiros pagos ou incorridos relativos a empréstimos contraídos para financiamento de investimentos em sociedades controladas.*
>
> > *§ 1 A despesa de que trata o caput deste artigo constituirá adição ao lucro líquido para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido e será controlada em livro fiscal de apuração do lucro real.*
> >
> > *§ 2 As despesas financeiras de que trata este artigo devem ser contabilizadas individualizadamente por controlada, de modo a*

DOCUMENTO VALIDADO

Original

DOCUMENTO VALIDADO

> *permitir a identificação e verificação em separado dos valores diferidos por investimento.*
>
> *§ 3 O valor registrado na forma do § 2 deste artigo integrará o custo do investimento para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento.*
>
> A leitura destes artigos deixa claro que é legalmente admitida a dedução de encargos financeiros decorrentes de empréstimos para o financiamento da aquisição de bens do ativo permanente, no caso do art. 374 do RIR/99, e especificamente para o financiamento de investimentos em sociedades controladas, no caso do art. 31 da Lei nº 11.727/2008, havendo para este último, inclusive, a faculdade de diferimento no reconhecimento das despesas para o momento da alienação do investimento, devendo neste caso, integrar o custo de aquisição para os fins de apuração do ganho ou perda de capital.
>
> [...}
>
> **Desta forma, analisado todo o contexto fático envolvido, entendo que as despesas financeiras decorrentes do financiamento da parcela do preço de aquisição das quotas da BRINOX apresentam as características exigidas pelo art. 299 do RIR/99 para serem consideradas necessárias para a CELLE, pois estavam intrinsecamente relacionadas com a manutenção da sua fonte produtora dos rendimentos (BRINOX), e, portanto, devem ser dedutíveis na determinação do lucro real e da BC da CSLL da BRINOX, em face do fenômeno legal da sucessão universal que é próprio do instituto da incorporação.**
>
> [...]

Não tenho reparos à análise acima transcrita no tocante às despesas financeiras glosadas.

Observo apenas que tais argumentos são igualmente suficientes para demonstrar que se não se pode negar o propósito negocial na utilização da empresa CELLE para lançar as debêntures que foram responsáveis pela alavancagem de parte dos recursos para a aquisição da empresa BRINOX, ora recorrente, tampouco se pode negar sua personalidade jurídica para a realização do negócio, posto que ambos estão completamente imbricados.

Ora, se a empresa CELLE foi necessária para a obtenção dos recursos necessários à aquisição, não há como desconsiderar sua personalidade jurídica para outros fins tributários, no que concerne ao reconhecimento e amortização do ágio.

Assim, me afigura que a opção do grupo empresarial na realização do negócio por meio da interposição dessa holding (CELLE) na sua estrutura negocial encontrava-se na esfera de liberdade de organização da empresa que entendeu seria o mais adequado para a estrutura negocial.

Desta feita, não vejo como afastar a dedutibilidade do ágio sem que seja identificada qualquer patologia que macule a existência da empresa-veículo e sua inclusão na estrutura negocial. Note-se que o negócio de compra e venda da participação é real. O que se discute é se o contribuinte poderia adotar a estrutura societária que utilizou para a sua concretização.

A meu ver, não resta caracterizada a simulação apontada pela autoridade fiscal, não podendo ser negada a validade dos negócios praticados e seus efeitos fiscais mediante o simples argumento de que não houve a confusão patrimonial entre a real adquirente e a empresa adquirida.

A figura do real adquirente sustentada pela fiscalização no lançamento e refletida em parte da jurisprudência desse Conselho somente seria sustentável se descaracterizada a real existência da empresa-veículo que ao fim e ao cabo realizou o investimento e foi, posteriormente, incorporada pela empresa adquirida.

Não é o caso, como vimos.

Nesse sentido já me posicionei neste colegiado quando foi proferido o Acórdão nº 9101-006.486, na sessão de 07 de março de 2023, conforme se extrai da declaração de voto apresentada naquele julgado, *verbis*:

> [...]
>
> Entendo que estando devidamente comprovado nos autos que houve o efetivo pagamento (sacrifício patrimonial) para a aquisição do investimento por parte da empresa adquirente e tendo a própria lei reguladora permitido a incorporação reversa para fins de amortização da despesa, a forma utilizada pela recorrente para a realização do negócio encontra-se dentro dos limites da liberdade de organização de seus negócios, não lhe sendo vedado utilizar aquela que lhe propicie, dentro do ordenamento legal, o menor custo ou a maior vantagem tributária.
>
> É oportuno registrar que não estou entre aqueles que defendem que os contribuintes podem fazer tudo que a lei não veda.
>
> Entendo que os negócios jurídicos realizados devem respeitar os princípios da boa-fé e a função social da empresa. Assim, não se admitem negócios puramente formais, sem qualquer substância, que visam unicamente a obtenção de benefícios fiscais, como os observados na criação de ágio em operações internas ao grupo econômico ou com vícios de simulação.
>
> No presente caso, entendo que as operações examinadas se amoldam à previsão legal que autoriza a amortização do ágio. Existe em cada uma

DOCUMENTO VALIDADO

Original

delas um valor efetivamente pago a terceiros que supera o valor patrimonial, amparado na expectativa de rentabilidade futura. Por outro lado, as adquirentes foram absorvidas por incorporação pela adquirida, verificando-se a confusão patrimonial exigida por lei para viabilizar a amortização da despesa.

Neste passo, com a devida vênia do entendimento fiscal e do adotado pelo colegiado recorrido, o meu entendimento é o de que a utilização de empresa holding para a aquisição dos investimentos encontra respaldo no ordenamento societário e fiscal e, efetivamente, encontra-se dentro da esfera de liberdade que a empresa tinha para realizar os negócios concretizados.

Note-se que o negócio de compra e venda é real. O que se discute é se o contribuinte poderia adotar a estrutura societária que utilizou para a sua concretização.

Ora, ao lado dos motivos regulatórios e negociais apresentados pela recorrente quanto a utilização das empresas holdings nos negócios, o objetivo de aproveitar o benefício fiscal do ágio, previsto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (arts. 385 e 386 do RIR/1999), me parece legítimo neste caso e é parte da própria estruturação do negócio realizado, levando em conta o ordenamento societário e fiscal.

Entendo que a lei fiscal deve ser interpretada, especialmente aquelas que tratam de renúncia fiscal, em consonância com seus objetivos, não se limitando à sua literalidade. Daí meu entendimento no sentido de afastar a sua aplicação em operações internas, realizadas entre partes dependentes, sem qualquer sacrifício patrimonial e justificativa econômica.

No entanto, não se pode buscar um sentido à lei que a afaste dos institutos que ela pretende regular ou a eles se refira.

A possibilidade legal de aproveitamento do ágio (uma vez que este tenha ocorrido e sido demonstrado legitimamente) decorre da absorção do patrimônio de um pessoa jurídica pela outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio apurado na forma do § 2º. Inc II do art. 385 do RIR/1999, inclusive quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a participação.

Assim dispõe o art. 386 do RIR/1999:

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

DOCUMENTO VALIDADO

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

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

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

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

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 1º).

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 2º):

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

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

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

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

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

§ 4º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou

DOCUMENTO VALIDADO

> contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 4º).
>
> § 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 5º).
>
> § 6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):
>
> I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;
>
> II - a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.
>
> § 7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no § 2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei nº 9.718, de 1998, art. 11).

Analisando o dispositivo acima, verifica-se que a confusão patrimonial decorre da absorção do patrimônio de uma pessoa jurídica pela outra. É este o requisito que, uma vez atendido, permite a utilização do benefício de amortização antecipada do ágio pago.

E, no caso, concreto, as pessoas jurídicas que detinham os investimentos eram, indubitavelmente, as empresas holdings que foram efetivamente as responsáveis pela aquisição das participações societárias no Brasil, ainda que os recursos tenham vindo, declaradamente, de empresas situadas no exterior mediante inversão no capital social das adquirentes.

Portanto, apesar de os reais detentores do investimento no Brasil serem, ao fim e ao cabo, as empresas do grupo situadas no exterior, as adquirentes são as empresas holding brasileiras criadas para investir na aquisição das companhias.

Ao contrário do que sustenta a fiscalização e o i. relator do voto vencedor do acórdão recorrido, a lei não estabelece a confusão patrimonial entre investidora (de fato) e investida, mas, sim e expressamente, entre a "pessoa jurídica" que detém a participação societária na outra "pessoa jurídica" adquirida com ágio com esta última, ou vice-versa, por meio de processos de incorporação, fusão ou cisão.

A figura da companhia holding encontra-se prevista no art. 2º, § 3º da Lei nº 6.404/1976 (Lei das S/A), *verbis*:

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

DOCUMENTO VALIDADO

> § 1º Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio.
>
> § 2º O estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo.
>
> § 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

Da mesma forma os institutos da incorporação, fusão e cisão, estão previstos em diversos dispositivos da Lei nº 6.404/1976, em especial os seguintes:

> Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.
>
> [...]
>
> Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.
>
> [...]
>
> Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

Com efeito, todos estes institutos estão expressamente previstos na lei comercial, não podendo ter a sua definição, conteúdo e alcance serem interpretados de forma diversa para definição de seus efeitos tributários, nos termos dos art. 109 e 110 do CTN .

A referência, pela Lei das S/A, às companhias e sociedades que detém participações em outras companhias e às operações societárias (incorporação, fusão e cisão), acima descritas, remetem à relação imediata de umas com as outras sociedades, independente do seu controle direto ou indireto por outras pessoas jurídicas.

Dito de outro modo.

A lei regula, por meio dos dispositivos citados, institutos que disciplinam o objeto das sociedades mercantis e suas transformações em caráter individual, como entidades autônomas, não importando sua condição dentro de um grupo econômico ou quem detenha o seu controle.

Ora, a lei tributária, nos casos os arts. 385 e 386 do RIR/1999 (amparados nos arts. 7ª e 8º da Lei nº 9.532/1997), simplesmente remete a estes

DOCUMENTO VALIDADO

institutos, previstos na lei comercial, para fins de definição do benefício fiscal de amortização antecipada do ágio, não existindo, a meu ver, espaço para interpretá-los de forma diversa.

Decorre daí, também, o meu entendimento já manifestado em outros julgamentos, quanto a impossibilidade de transferência do ágio pago por uma empresa para outra criada unicamente para permitir o aproveitamento fiscal do ágio.

Assim, inexistindo no caso concreto qualquer indício de simulação nas operações realizadas e considerando o contexto negocial das operações, entendo plenamente aplicáveis os dispositivos legais que autorizavam à contribuinte a deduzir fiscalmente o ágio pago nas operações.

[...]

Oportuno acrescentar que apesar das mudanças introduzidas no instituto do reconhecimento e amortização do ágio, por meio da Lei nº 12.973/2014, em que algumas situações ensejadoras de litígio entre o Fisco e os contribuintes foram melhor aclaradas na lei, como a exigência de laudo de avaliação e respectivo prazo para sua elaboração e a vedação expressa à amortização de ágio entre partes relacionadas, a legislação se manteve incólume quanto aos requisitos que permitiriam o reconhecimento e amortização do ágio nas demais situações.

Note-se que seria razoável que a lei estabelecesse que o ágio somente fosse dedutível por quem efetivamente suportasse o custo do investimento (real adquirente) impedindo a interposição de outra empresa na aquisição, como pretende o Fisco,. Mas é certo que nem a Lei nº 9.532/1997, nem a Lei nº 12.973/2014, que alterou por último o regramento, assim dispôs.

Desta feita, a figura do real adquirente sustentada pela fiscalização no lançamento e refletida em parte da jurisprudência desse conselho somente seria sustentável se descaracterizada a real existência da empresa-veículo que ao fim e ao cabo realizou o investimento e foi, posteriormente, incorporada pela empresa adquirida.

A jurisprudência judicial sobre esta matéria começa a ganhar corpo junto aos tribunais superiores, sendo oportuno o registro do recente julgado do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no REsp nº 2.026.473-SC, que analisa a possibilidade de utilização de empresa-veículo, por uma empresa estrangeira, na estruturação do negócio que ensejou o reconhecimento do ágio, no qual o tribunal destaca que a utilização de empresa-veículo no negócio, por si só, não o invalida, competindo ao Fisco demonstrar a artificialidade na sua interposição na relação jurídica, *verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FIM DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA. DESCABIMENTO. IMPOSTO DE

DOCUMENTO VALIDADO

RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. ÁGIO. DESPESA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES DEPENDENTES. POSSIBILIDADE. NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR À ALTERAÇÃO LEGAL. EMPRESA-VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE INDEDUTIBILIDADE. ILEGALIDADE.

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

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

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

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

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

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

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

DOCUMENTO VALIDADO

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

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

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

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

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

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

14. No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, em razão dos limites impostos pela Súmula 7 do STJ, não há demonstração de que as operações entabuladas pela parte

DOCUMENTO VALIDADO

> recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social, a ponto de justificar a glosa na dedução do ágio.
>
> 15. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa imposta em face da interposição dos embargos de declaração.

Transcrevo os excertos do voto[44] em que o relator analisa a questão da utilização da empresa-veículo cujos fundamentos, de certo modo, estão alinhados ao posicionamento que venho adotando neste tribunal administrativo, *verbis*:

> [...]
>
> Por isso, em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.
>
> A exceção à regra da indedutibilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.
>
> Como a interpretação a ser dada aos supracitados artigos figura como fio condutor desta decisão, transcrevo os dispositivos integralmente, com a redação vigente ao tempo dos fatos:
>
> [...]
>
> Com base na leitura dos artigos destacados, verifica-se que a lei admitiu a dedução fiscal do ágio (da base de cálculo do lucro real) na hipótese de absorção patrimonial de pessoa jurídica da qual se detenha participação societária. Em especial, a norma (em seu inciso III) estabeleceu a possibilidade de o ágio gerado na aquisição de participação societária, cujo fundamento econômico tiver sido a expectativa de rentabilidade futura (art. 20, § 2º, "b", do Decreto-Lei n. 1.598/1977), ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do lucro real levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de, no máximo, um sessenta avos para cada mês do período de apuração.
>
> Nesses casos, portanto, assiste razão ao contribuinte quando afirma que, em resumo, os requisitos exigidos para a dedução são: (i) que o ágio seja justificado pela rentabilidade futura do investimento; (ii) que, após a aquisição, haja incorporação da controlada pela

[44] O acórdão do STJ também analisa a validade do chamado ágio interno, em face dessa situação estar presente naquela operação. Em linhas gerais, não tenho concordância com as premissas adotadas no voto, mesmo abstraindo eventuais questões peculiares àquele processo, mas deixo de comentá-las por não serem aplicáveis ao presente caso

DOCUMENTO VALIDADO

Original

controladora, ou vice-versa; e (iii) que seja respeitado o limite de amortização de 1/60 por mês.

[...]

A Fazenda defende, portanto – inclusive no recurso em exame –, que a análise da possibilidade de dedução do ágio não deve ser realizada à luz dos aspectos meramente formais da norma, mas também sob a ótica dos eventos reais e econômicos atrelados à operação que ensejou o ágio.

Justifica, aliás, que a interpretação histórica da norma (extraída da sua exposição de motivos) deixa evidente que a disposição legal trouxe verdadeira blindagem ao aproveitamento do ágio fictício; a interpretação teleológica evidencia que a fruição de um ganho tributário pressupõe que seja demonstrada a existência de propósito negocial/substância econômica, cabendo ao Fisco a desconsideração do abuso das formas em detrimento da constatação dos fatos tributáveis (arts. 118, I, 142 e 149, VII, do CTN).

Até aqui, as premissas da recorrente não estariam de todo equivocadas. Pelo contrário, de fato:

> A exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997 deixou hialino esse intuito de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que o justificassem. (SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias [aspectos tributários]. São Paulo: Dialética, 2012).

Além disso, o Código Tributário Nacional realmente autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando "se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação" (art. 149, VII).

E, ainda, a norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), de constitucionalidade indiscutível (ADI 2446), também poderia, em última análise, até justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a "plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos" (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

Em suma, a preocupação da Fazenda quanto às operações exclusivamente artificiais é relevante e encontra abrigo na legislação e na interpretação que a esta deve ser dada.

DOCUMENTO VALIDADO

O que, a meu ver, mostra-se seguramente incorreta é a conclusão adotada pelo Fisco após expor as premissas adiantadas nas linhas acima.

Não pode a Receita, alegando buscar extrair o "propósito negocial" das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre "partes dependentes" (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via "empresa-veículo". Ou seja, não é dado presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações societárias são desprovidos de fundamento material/econômico.

[...]

A empresa-veículo, por sua vez, seria aquela constituída com a "função específica de transferir participação societária entre controladora e controlada" (MOREIRA JÚNIOR, Gilberto de Castro; SILVA JÚNIOR, Ademir Bernardo. Da dedutibilidade do ágio para fins fiscais: análise do precedente da Columbian Chemicals Brasil LTDA [Acórdão n. 1102-000.875] In: Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (coord). São Paulo: MP Editora, 2016).

Embora não haja consenso sobre o conceito de "empresa-veículo", algumas características dessa entidade podem ser destacadas:

> A "empresa-veículo" geralmente é constituída pela própria pessoa jurídica adquirente com o aporte do investimento na sociedade adquirida ("empresa-alvo"), justamente para efetuar a transferência do ágio de rentabilidade futura;
>
> A "empresa-veículo" tem duração efêmera;
>
> A "empresa-veículo" é criada sem outro propósito econômico, além de facilitar o aproveitamento fiscal do ágio de rentabilidade futura;
>
> A "empresa-veículo" é utilizada como instrumento para aquisição da participação societária na "empresa-alvo" ou como sociedade para a qual ocorre a transferência do ágio;
>
> A "empresa-veículo" é controladora da pessoa jurídica sucessora, que continua a existir após o evento societário, na qual o ativo diferido (regime anterior) ou o ativo intangível (regime atual) relativo ao ágio de rentabilidade futura passa a produzir efeitos fiscais;
>
> A "empresa-veículo" é extinta no evento societário de fusão, cisão ou incorporação;

DOCUMENTO VALIDADO

> A “empresa-veículo” possibilita que a sociedade investida por meio da incorporação reversa, amortize o ágio de rentabilidade futura.
>
> (SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022).

Dito isso, tenho que, do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia a Fazenda passam longe de resultar automaticamente na conclusão de que o “ágio interno” ou o ágio resultado de operação com o emprego de “empresa-veículo” impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real.

Primeiro, porque os supracitados arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 em nenhum momento dispuseram de maneira expressa sobre a impossibilidade apriorística do aproveitamento do ágio nas operações de partes dependentes ou mediante o emprego de empresa interposta.

Aliás, quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que anteriormente, não havia vedação, e continua não havendo, ao uso de sociedade-veículo.

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

Sobre o emprego da "**empresa-veículo**", a **sua rejeição apriorística contraria o disposto no art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.404/1976 (o qual faculta a criação de holding “como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais**”).

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

A propósito, quando a investidora é empresa estrangeira, é ainda mais justificável a constituição de uma "empresa-veículo", por algumas razões práticas: confere mais segurança quanto à possibilidade de se valer da norma interna de dedução do ágio (o que

DOCUMENTO VALIDADO

Original

não aconteceria se a incorporação fosse internacional); permite a negociação com base na moeda local; pode facilitar a realização de operações locais (por exemplo, dispensar garantias que seriam exigidas do investidor internacional) etc.

Assim, filio-me à orientação de que:

> **A Lei n° 9.532/1997 e a Lei nº 12.973/2014 apenas exigem a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que detém participação societária e a sociedade adquirida, não fazendo qualquer alusão, ainda que implícita, ao suposto "real adquirente", que segundo a tese do Fisco, teria fornecido os recursos financeiros ou ofertado garantia para aquisição do investimento**. (SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022)

Em resumo, compreendo que a existência do ágio interno (ao menos até 2014) ou a constituição de sociedade-veículo não podem, por si sós, configurar impedimento para a dedução do ágio.

> O mais importante, nessas situações, é investigar se: Houve efetiva aquisição de participação societária? Há efetivo custo (sacrifício) de aquisição? Resta demonstrado que o ágio corresponde à diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento está fundamentado na expectativa de rentabilidade futura? Houve absorção do patrimônio da investida ou da investidora por meio de incorporação, fusão ou cisão?
>
> [...]
>
> Há efetiva aquisição/alienação de participação societária?
>
> (DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Assef. "Ágio interno" e "empresa-veículo" na jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária In: Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (coord). São Paulo: MP Editora, 2016)

No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, entendo não ter sido demonstrado que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social.

[...]

DOCUMENTO VALIDADO

No tocante às despesas financeiras, para além das razões transcritas do voto vencedor na DRJ, adoto como razões de decidir o voto que expos os fundamento da decisão no Acórdão nº 9101-006.944[45], da lavra da d. conselheira Edeli Pereira Bessa, também, para negar provimento ao recurso especial fazendário, nos seguintes termos:

> GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS. COMPRA ALAVANCADA. DEDUTIBILIDADE PELA INCORPORADORA DA ADQUIRENTE. EFEITOS DA SUCESSÃO. Firmada a premissa de que as despesas financeiras eram dedutíveis pela incorporada, não subsistem as glosas fundamentadas, apenas, na desnecessidade da despesa para manutenção da fonte produtiva da incorporadora. A incorporadora, em princípio, sucede a investida em todos seus direitos e obrigações.
>
> [...]
>
> No mérito, a maioria qualificada do Colegiado acompanhou o I. Relator apenas em sua conclusão de negar provimento ao recurso especial fazendário, discordando de seus fundamentos de mérito.
>
> Como expresso na análise do conhecimento da matéria, o voto condutor do acórdão recorrido compreendeu suficiente a demonstração das razões de dedutibilidade das despesas financeiras em face da contratante das dívidas – "Mevamoga" – para afastar a glosa promovida, mas aqui releva adicionar, a estes argumentos, que evidenciada esta dedutibilidade em face da incorporada, a dedutibilidade das despesas pela incorporadora passa a ser justificada pela sucessão daí decorrente.
>
> Ou seja, se a Contribuinte contratasse diretamente estas obrigações em benefício de seus sócios, válido seria o argumento do paradigma no sentido de que a dívida *foi contraída no exclusivo interesse dos acionistas controladores*, e não *para custear a fonte produtiva desta pessoa jurídica.* Este descompasso também autorizaria a glosa se apenas a dívida fosse transferida para a investida, sem a incorporação, e consequente sucessão, da investidora.
>
> Contudo, na medida em que o Colegiado *a quo* fixou a premissa aqui não mais em discussão - dada a negativa de conhecimento ao recurso especial fazendário neste ponto – de que "Mevamoga" era a controladora e adquirente da Contribuinte, desconstituiu-se a primeira linha argumentativa contrária à dedutibilidade, por esta, dos encargos decorrentes das obrigações assumidas para exercício de seu objeto social como *holding*, adquirente de participações societárias. Em consequência,

[45] Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior, Maria Angelica Echer Ferreira Feijo (substituta) e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente em exercício) e votaram pelas conclusões para, no mérito, negar provimento ao recurso especial fazendário, os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes e Luiz Tadeu Matosinho Machado.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> em segundo passo argumentativo, tem-se que a extinção de "Mevamoga" por incorporação[46] pela Contribuinte, atribui a esta os deveres e direitos decorrentes desta sucessão, nos termos do art. 1116 do Código Civil[47]. Logo, se não há outras objeções à dedutibilidade das despesas em questão, é sob a ótica da atividade da incorporada que ela deve ser avaliada.
>
> [...]
>
> Aqui, firmada a premissa de que "Mevamoga" era a adquirente, cabe adicionar aos fundamentos do acórdão recorrido que sua incorporação pela Contribuinte confere a esta, na condição de sucessora, os direitos e deveres antes detidos pela incorporada, de modo que a glosa das despesas financeiras não pode ser mantida, apenas, sob o argumento de que a dívida foi contraída no exclusivo interesse da incorporada, e não para custear a fonte produtiva da incorporadora.
>
> [...]
>
> Por todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial fazendário.

Assim, pelos mesmos fundamentos acima transcritos, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial fazendário.

Assinado Digitalmente

Luiz Tadeu Matosinho Machado

[46] Art. 1.118. Aprovados os atos da incorporação, a incorporadora declarará extinta a incorporada, e promoverá a respectiva averbação no registro próprio.

[47] Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.

DOCUMENTO VALIDADO

Original