



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.720016/2016-65
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-004.816 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 03 de março de 2020
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado BANCO DE INVESTIMENTOS CREDIT SUISSE (BRASIL) S/A

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. ÁGIO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. Há dissídio jurisprudencial quando os acórdãos comparados analisam operações nas quais a incorporação que precede a amortização fiscal do ágio não envolveu adquirente e adquirida, mas sim uma delas e uma pessoa jurídica interposta classificada como “empresa-veículo”, e concluem de forma divergente quanto à admissibilidade da amortização fiscal do ágio.

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. ÁGIO. LAUDO DE AVALIAÇÃO. PARADIGMA QUE NÃO TRATA DA MATÉRIA EM SUAS RAZÕES DE DECIDIR. AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.

Não se verifica a demonstração de divergência jurisprudencial quando o acórdão indicado como paradigma não traz, em suas razões de decidir, qualquer decisão quanto à matéria que se pretende discutir em sede recursal.

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

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

AMORTIZAÇÕES DO PRIMEIRO ÁGIO ATÉ 31/07/2012

PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.

O conceito do ágio é 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, e trata-se de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

APROVEITAMENTO DO ÁGIO. INVESTIDORA E INVESTIDA. EVENTOS. SEPARAÇÃO. UNIÃO.

São dois os 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).

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

A amortização, a qual se submete o ágio para o seu aproveitamento, constitui-se em espécie do gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99, submetendo-se aos testes de necessidade, usualidade e normalidade.

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica. Não há como estender os atributos de normalidade, ou usualidade, para despesas derivadas de operações atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO.

A cognição para verificar se a amortização do ágio passa por verificar, primeiro, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência dos arts. 385 e 386 do RIR/99, segundo, se requisitos de ordem formal estabelecidos encontram-se atendidos, como arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, e, terceiro, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes e reorganizações societárias com substância econômica.

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

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

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE INTERMEDIÁRIA CLASSIFICADA COMO ADQUIRIDA E QUE DETÉM PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA NAS SOCIEDADES OPERACIONAIS. INSUFICIÊNCIA ACUSATÓRIA FISCAL PARA DESCARACTERIZAR A SOCIEDADE INTERMEDIÁRIA COMO SOCIEDADE ADQUIRIDA.

Consuma-se a confusão patrimonial entre a sociedade investidora e a investida se a acusação fiscal não logra descaracterizar como sociedade adquirida aquela constituída para incorporar e gerir os negócios das sociedades operacionais. Apenas as amortizações apropriadas antes desta ocorrência são indedutíveis.

AMORTIZAÇÕES DO PRIMEIRO ÁGIO A PARTIR DE 01/08/2012

AMORTIZAÇÃO FISCAL DE ÁGIO. GLOSA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ARTIFICIALIDADE OU “ABUSO”. INSUBSISTÊNCIA.

Não subsiste glosa fiscal de ágio quando a acusação decorre meramente da irresignação da autoridade fiscal quanto à estrutura societária adotada pelo contribuinte, quando, supostamente, o mesmo resultado poderia ter sido obtido mediante negócio diverso. Ausentes provas de que um ou alguns dos atos praticados na verdade não ocorreram, ou de que a estrutura adotada visou a contornar alguma norma imperativa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em: (i) não conhecer do Recurso Especial (i.i) quanto ao laudo, por unanimidade de votos e (i.ii) quanto ao segundo ágio, por maioria de votos, vencidos os conselheiros André Mendes de Moura, Viviane Vidal Wagner, Andrea Duek Simantob e Adriana Gomes Rêgo. (ii) Quanto ao primeiro ágio, por voto de qualidade, acordam em conhecer do Recurso Especial, vencidos os conselheiros Livia De Carli Germano (relatora), Cristiane Silva Costa, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Caio Cesar Nader Quintella e Junia Roberta Gouveia Sampaio (suplente convocada). No mérito, na parte conhecida, acordam em dar-lhe provimento parcial, para: (a) restabelecer a glosa do ágio até julho de 2012, por voto de qualidade, vencidos os conselheiros Livia De Carli Germano (relatora), Cristiane Silva Costa, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Caio Cesar Nader Quintella; (b) afastar a glosa do ágio a partir de agosto de 2012, por maioria de votos, vencidos os conselheiros André Mendes de Moura, Viviane Vidal Wagner e Andrea Duek Simantob e (c) quanto a multa qualificada, por maioria de votos, não determinar o retorno dos autos, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Viviane Vidal Wagner e Andréa Duek Simantob. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Edeli Pereira Bessa, a qual manifestou intenção de apresentar declaração de voto.

(documento assinado digitalmente)

Andréa Duek Simantob – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Relatora

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa - Redatora designada

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: André Mendes de Moura, Livia De Carli Germano, Edeli Pereira Bessa, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Viviane Vidal Wagner, Junia Roberta Gouveia Sampaio (suplente convocada), Caio Cesar Nader Quintella, Andréa Duek Simantob (Presidente em Exercício).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de Divergência interposto contra o acórdão nº 1201-002.247 (da 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF, fls. 1.618 e ss.), de 12 de julho de 2018, por meio do qual o colegiado negou provimento ao recurso de ofício e deu provimento ao recurso voluntário. O Acórdão recorrido foi assim ementado:

Acórdão recorrido 1201-002.247, de 12 de julho de 2018

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

ÁGIO FUNDAMENTADO EM EXPECTATIVA DE RESULTADOS FUTUROS. DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO.

A legislação que permite a dedução da amortização do ágio em determinadas circunstâncias e desde que preenchidos determinados requisitos é norma indutora de comportamento do contribuinte. Não havendo ocorrência de fraude ou simulação e tendo sido verdadeiras e legítimas as operações perpetradas, inclusive, com a ocorrência do efetivo pagamento do preço, a dedução do ágio é possível, ainda que o benefício fiscal seja o principal ou mesmo o único elemento motivador.

Uma vez demonstrado o devido propósito comercial e substância econômica na realização de reorganizações societárias, a dedução da amortização do ágio torna-se ainda mais justificada.

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL.

A utilização da chamada "empresa veículo" não guarda qualquer ilegalidade ou abuso em si, sendo necessária a identificação de outros elementos como a fraude ou simulação para que a glosa da dedução do ágio se justifique. Na hipótese em que presentes para o contribuinte, outras opções de movimentação societária que resultariam no mesmo efeito tributário que é a dedução do ágio, a eventual utilização de empresa veículo configura simples decisão de negócios que não prejudica o benefício fiscal.

LAUDO DE AVALIAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

Indevida a glosa do aproveitamento do ágio sob fundamento de intempestividade do laudo de avaliação vez que sequer existia previsão legal acerca da obrigatoriedade do laudo à época dos fatos.

ÁGIO INTERNO. AUSÊNCIA DE PARTES RELACIONADAS. INOCORRÊNCIA.

O ágio interno pressupõe uma operação que envolva partes que pertençam ao mesmo grupo econômico o que exclui do seu campo de abrangência a operação que envolve partes independentes com interesses diametralmente inversos.

EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. PREÇO. PROJEÇÃO BASEADA NA MÉDIA DO LUCRO DE PERÍODOS ANTERIORES. REACIONAL VÁLIDO. POSSIBILIDADE.

A expectativa de rentabilidade futura prevista na legislação refere-se à capacidade de geração de caixa futura da empresa adquirida. Tal projeção pode ser feita através da apuração de histórico de lucros de períodos passados vez que a geração de caixa no futuro guarda uma relação de continuidade dos resultados obtidos pela empresa no passado.

DA FORMA DE ESCRITURAÇÃO DO ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE DE GLOSA DO ÁGIO POR VÍCIO NA ESCRITURAÇÃO. ESSÊNCIA SOBRE A FORMA.

Uma vez verificada a negociação efetiva das ações, o pagamento efetivo do preço, a validade do racional para definição do preço e a ausência de simulação, a mera ausência de inclusão expressa na escrituração fiscal do embasamento legal do ágio não é motivo suficiente para glosa da dedução.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

CSLL. ÁGIO. REFLEXO DO IRPJ.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fato gerador de vários tributos impõe a constituição dos respectivos créditos tributários, e a decisão quanto à real ocorrência desses eventos repercute na decisão de todos os tributos a eles vinculados. Assim, o decidido quanto ao IRPJ aplica-se à CSLL dele decorrente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário. Vencido o Conselheiro José Carlos de Assis Guimarães que dava parcial provimento ao recurso, apenas para afastar a glosa relativa ao 1º (primeiro) ágio. Vencida também a conselheira Ester Marques Lins de Sousa que negava provimento ao recurso. E, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício.

O processo digital foi encaminhado à PFN em 19 de julho de 2018 (Despacho de Encaminhamento de fls. 1.676) e o processo foi remetido ao CARF com recurso especial em 03 de setembro de 2018 (Despacho de Encaminhamento de fls. 1.742).

Aponta a Recorrente divergência de interpretação da legislação tributária em relação à legitimidade do aproveitamento fiscal da amortização dos 2 ágios glosados pela autuação, mas cuja amortização foi mantida pelo acórdão recorrido, seja sob o viés da necessidade de haver confusão patrimonial entre a real investidora e a investida (2 paradigmas); seja no que concerne à necessidade da existência de laudo de avaliação prévio (primeiro paradigma).

Em 04 de dezembro de 2018, o Presidente da 2ª Câmara da 1ª Seção deu seguimento ao recurso com relação a ambas as matérias.

Em relação à **matéria (i)** legitimidade do aproveitamento fiscal da amortização dos ágios (I e II) - **necessidade de haver confusão patrimonial**, foram indicados como paradigmas os acórdãos n.º 1101-000.961 e n.º 9101-002.213, cujas ementas dispõem o seguinte:

Acórdão paradigma n.º 1101-000.961

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano calendário: 2005, 2006

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO PARA EMPRESA VEÍCULO SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL.

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

(...)

Acórdão paradigma n.º 9101-002.213

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

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

ÁGIO. INVESTIDA. REAIS INVESTIDORAS. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. INDEDUTIBILIDADE. IRPJ. CSLL.

Nos termos da legislação fiscal, é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras.

A Recorrente sustenta a divergência nos seguintes termos (grifamos):

Portanto, o entendimento vergastado no v. acórdão recorrido diverge do posicionamento firmado nos vv. acórdãos paradigmas quando admite a amortização do ágio sem a “confusão patrimonial” necessária entre a empresa investida e a real investidora, baseado no propósito negocial exibido pela empresa veículo.

É bem verdade que a Turma recorrida não afirmou expressamente que considerava irrelevante a existência de confusão patrimonial entre investidora e investida. Mas isso foi dito de forma implícita quando **o v. acórdão recorrido admitiu a formação de ágio com a participação de empresa veículo constituída unicamente com a finalidade de viabilizar a formação do ágio. O argumento fazendário (inexistência de confusão patrimonial) foi afastado pela Turma recorrida, ainda que implicitamente, fato esse que permite a comprovação da divergência jurisprudencial.**

Dessa forma, o ponto fucral da divergência reside justamente quanto à confusão patrimonial. Pois, enquanto a decisão recorrida entendeu que tal confusão patrimonial não é necessária quando a utilização de empresa veículo apresenta propósito negocial, os paradigmas, diversamente, entenderam que esse requisito é inafastável, independentemente da análise do propósito.

A respeito da demonstração de divergência jurisprudencial quanto a esta matéria, o despacho de admissibilidade assim observou (fls. 1.753-1.754):

Da existência de divergência:

Tanto o acórdão recorrido quanto os acórdãos paradigmas tratam do aproveitamento da amortização fiscal do ágio referenciado o mesmo arcabouço jurídico, porém com

conclusões diversas para fatos relevantes assemelhados. A divergência não se localiza na existência do ágio, mas sim das condições para o seu aproveitamento fiscal.

Nos acórdãos paradigmas se configura a seguinte tese: a dedução autorizada pelo artigo 386 do RIR/99 decorre da necessidade de haver encontro no mesmo patrimônio da participação societária adquirida com o ágio pago por essa participação. Em face dessa "confusão patrimonial" entre o investimento e o ágio pago pela sua aquisição pelo real investidor, somente nessa situação a legislação admite que o contribuinte considere perdido o seu capital investido com o ágio e, assim, deduza a despesa que ele teve quando da sua aquisição. Ou seja, por esse raciocínio lógico, não se admite a existência de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas (empresas veículos), como foi o caso do recorrido, em ambos os ágios, independente do seu propósito comercial, nem muito menos a transferência do ágio, pois senão, segundo o teor desses votos, estar-se-ia se descaracterizando a aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, resultando na impossibilidade da amortização do ágio.

De outro lado, para ambos os ágios discutidos no acórdão recorrido essa premissa jurídica da necessidade de "confusão patrimonial" entre a investida e o ágio pago pela sua aquisição pelo real investidor é desconsiderada na medida em que não vislumbra qualquer irregularidade formal nessas operações societárias em que resta configurada a utilização lícita de interposição de pessoa jurídica (empresa veículo), nas operações de alienação de investimentos em que houve efetivo pagamento, e mesmo que para fins exclusivos de permitir a fruição do benefício fiscal da dedutibilidade da amortização do ágio pago pela incorporadora.

Em relação à **matéria (ii) extemporaneidade do laudo de avaliação** foi indicado como paradigma novamente o acórdão 1101-000.961, especificamente o seguinte trecho:

No presente caso, claro está que o laudo utilizado para dar fundamento econômico ao ágio foi elaborado posteriormente à aquisição da participação societária do banco brasileiro pelo banco espanhol. O pagamento do ágio de R\$ 7.462.067.630,07 ocorreu entre 20/11/2000 e 06/04/2001, mas só foi justificado por laudo elaborado em 29/05/2001.

Conclui, daí, que o ágio pago não foi pautado na rentabilidade futura do BANESPA, e que para usufruir do benefício fiscal, o SANTANDER HISPANO tentou dar ao ágio por ele pago o fundamento econômico que autorizaria a sua posterior dedução, e também buscou dar a aparência de que a integralização do aumento de capital da SANTANDER HOLDING foi pautado nesse parâmetro.

Se outra fosse a exigência legal para dedução, o grupo SANTANDER poderia ter trazido aos autos um laudo que atribuiria ao ágio o fundamento que lhe interessasse. Daí a importância do laudo ser elaborado antes do efetivo pagamento.

O despacho de admissibilidade assim descreveu a divergência:

Enquanto o Ac. Recorrido defende que não há falar em extemporaneidade do laudo de avaliação, pois à época da operação de incorporação não havia qualquer disposição legal que exigisse laudo formal de avaliação, confeccionado por perito independente e com finalidade específica direcionada à instrumentalização do ágio. No primeiro paradigma, abraçou-se o entendimento de que o fato de a anterioridade do laudo econômico não estar prevista expressamente em lei decorre de uma estrutura lógica posta a sua materialização. Para esse julgado, pensar em sentido contrário, além de ser um disparate hermenêutico, implicaria na permissão de inimagináveis situações de fraude.

O contribuinte apresentou contrarrazões, em que questiona o conhecimento do recurso especial e também seu mérito.

Resumo dos fatos

Os autos de infração em discussão foram lavrados para a glosa de amortizações de 2 ágios, procedidas pelo contribuinte nos anos de 2012 a 2014, após:

- i) a incorporação, em 28/07/2008, da empresa Hedging-Griffo Investimentos S.A. – II (que a fiscalização denomina “HGI-II”), adquirida pelo contribuinte de seus controladores em 01/11/2007, a qual, em razão de reestruturação societária previamente acordada, detinha 50% + 1 das ações da HG Investimentos, cuja razão social foi posteriormente alterada para Credit Suisse Hedging Griffo Investimentos S.A. (que a fiscalização denomina “CSGH-I”), holding controladora das empresas operacionais do Grupo Hedging Griffo; e
- ii) da incorporação em 31/07/2012 da Credit Suisse Hedging Griffo Investimentos S.A. (que a fiscalização denomina “CSGH-I”), cujas ações remanescentes foram adquiridas pelo contribuinte em 12/06/2012.

No caso, foram exigidos IRPJ e CSLL, acrescidos de multa qualificada de 150%, e também multa isolada por suposta diminuição indevida de estimativas mensais

Quanto ao **primeiro ágio**, os fundamentos da autuação fiscal estão assim justificados no Termo de Verificação Fiscal (TVF):

“4 - Impossibilidade de Incorporação de Sociedades da qual não detenha a totalidade de seu controle acionário - Utilização de “EMPRESA VEÍCULO” - Ausência de comprovação para fundamentação legal do ágio no momento da aquisição da participação societária como “EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA” – Demonstrativo elaborado *a posteriori* - Ausência de adição de amortização de ágio - Evidente intuito de fraude - Multa Qualificada - INFRAÇÃO Nº 1 (...)

Esse estudo faz-se necessário conquanto revela que as despesas com amortização de ágio incorridas pela fiscalizada durante o período compreendido nos anos-calendário 2008 a 2014 são decorrentes de eventos societários ocorridos nos anos-calendário 2006 e 2007, eventos estes que demonstraram ter por finalidade criar uma situação que possibilitasse à fiscalizada aproveitar os benefícios fiscais previstos nos artigos 385 e 386 do RIR 1999 citados adiante.

A distribuição no tempo dos vários procedimentos adotados pelo grupo HG, proprietário das sociedade adquiridas, em conjunto com o CS, de controle estrangeiro, revela um planejamento fiscal minucioso efetuado com a finalidade única de dar credibilidade a práticas que individualmente poderiam não contrapor, aparentemente, o ordenamento jurídico, mas que, se analisadas em conjunto, demonstram a tentativa da fiscalizada em se inserir indevidamente em um contexto societário ao qual são conferidos os benefícios fiscais pleiteados.

(...)

4.1 DA COMPRA E VENDA DE PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA NO GRUPO HG PELO CS

Conforme documento datado de 20 de dezembro de 2006 - "Contrato de Compra e Venda de Ações" entre Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S.A. ("Compradora") e as Pessoas Físicas elencadas nas páginas de assinatura ("Vendedores") e como intervenientes Hedging-Griffo Investimentos S.A., Hedging-Griffo Asset Management S.A., Hedging-Griffo Serviços Internacionais Ltda. e Hedging-Griffo Corretora de Valores S.A. ("Sociedades Adquiridas") cujo objeto foi a aquisição de 5.001 (cinco mil e uma) ações ordinárias, sem valor nominal, representativas do capital social da HG Investimentos, equivalentes a 50% + 1 (cinquenta por cento mais uma) 'ações' do referido capital social (as "Ações Adquiridas"). - Preâmbulo do Contrato - "Considerandos"

O valor da transação estabelecido foi de R\$ 635.000.000,00, (seiscientos e trinta e cinco milhões de reais) a ser pago em quatro parcelas anuais de R\$ 158.750.000,00 (cento cinquenta oito milhões setecentos cinquenta mil reais) cada, a partir da “Data de Fechamento” previsto para ocorrer entre 30 de junho e 31 de dezembro de 2007 observadas as condições contratuais, sendo que cada pagamento estaria sujeito com correção diária pela variação do CDI- itens 2.1 a 2.3 do Contrato - “Compra e Venda”.

(...)

Ressalte-se que a HG Investimentos citada no “Contrato de Compra e Venda de Ações” e objeto da negociação é a de CNPJ 08.138.922/0001-71: importante esta distinção em função do fato de que o “Fechamento” foi efetivado com sociedade distinta, a Hedging-Griffo Investimentos S.A. – II – HGI-II, de CNPJ 08.111.476/0001-01, conforme descrito no item 4.2 deste TVF. Esta alteração foi consubstanciada através do aditivo ao Contrato de Compra e Venda de Ações lavrado em 18 de setembro de 2007, onde foi detalhada a reorganização societária permitida acima citada. (...)”

Já quanto ao **segundo ágio**, constou do TVF:

“5.1 Descrição dos fatos.

Conforme descrito no item 4 deste TVF, entre dezembro de 2006 e julho de 2008, o CS, após uma série de eventos societários, se tornou sócio majoritário – 50% mais uma ação - da HGI e indiretamente das empresas operacionais do grupo HG, participação esta concretizada através de aquisição e incorporação de interposta sociedade HGI-II, também do grupo HG.

No ano-calendário 2012 o CS concluiu a aquisição do restante das ações do grupo HG, passando a controlá-lo de forma integral.

(...)

Efetivamente, conforme “Notificação de Exercício de Opção de Compra”, datado de 24 de abril de 2012, o CS exerceu sua opção de compra da agora CSHG Investimentos, conforme segue:

(...)

Conforme cláusulas 7.1.(a) e (b) do citado Acordo de Acionistas, o valor do exercício da opção de compra equivaleria a dez vezes a média do lucro líquido ajustado nos anos-calendário 2009 a 2011, conforme segue:

(...)

Através desta aquisição o CS passou a deter 100% das ações da CSHG I.

Com a efetivação em 12 de junho de 2012 da aquisição de 49,58% das ações da CSHG Investimentos – apurado patrimônio líquido total em maio de 2012 de R\$ 174.836.511,58 e patrimônio líquido adquirido equivalente a 49,58% igual a R\$ 86.675.200,62 - o CS registrou ágio na conta 2.1.2.10.15.091-4 “Ágio-CSHG o valor de R\$ 1.111.835.214,93 com o histórico “2221 - Ágio na Aquisição de Investimento”, sem indicar sua fundamentação legal.

Conforme demonstrativo, o ágio, pretensamente fundamentado em “expectativa de rentabilidade futura”, passaria a ser amortizado em 84 parcelas de R\$ 13.236.133,51.

Em 18 de julho de 2012 foi elaborado por Ernst&Young Terco “Laudo de Avaliação da Credit Suisse Hedging Griffo Investimentos S.A.”

Em 31 de julho de 2012 conforme ata de Assembléia Geral Extraordinária às 10:00 horas a CS incorporou a valores contábeis a Credit Suisse Hedging Griffo Investimentos S.A e passou a amortizar mensalmente o referido ágio na conta 8.1.9.99.00.42-6 “Amortização Ágio ref Aquisição HG”, perfazendo o total de R\$ 79.416.801,06 no ano-calendário 2012 – de julho a dezembro de 2012, 6 parcelas de R\$ 13.236.133,51. Cabe observar que esta é a mesma conta na qual já vinha sendo lançada a despesa de amortização do primeiro ágio descrito no item 4 deste TVF, em contrapartida à conta redutora 2.1.2.10.15.094-4 - “Amortização de Ágio”.

(...)

Esta segunda aquisição foi o fechamento da utilização de planejamento tributário abusivo com a finalidade única de obter vantagens tributárias indevidas na apuração do IRPJ e CSLL, mediante dedutibilidade de amortização de um novo segundo pretensão de ágio fundamentado em “expectativa de rentabilidade futura”.

Cabe observar que a natureza comercial do negócio entre os grupos CS e HG se caracterizou mais como uma “Parceria/Associação”, mesmo que juridicamente tenha o grupo HG se transformado em subsidiária integral do CS, inicialmente com a aquisição em 2006 de participação majoritária e posteriormente com a aquisição do saldo de ações em 2012, conforme será demonstrado nesta auditoria.

Esta fiscalização reputa inadmissível a dedução da amortização do segundo ágio pelas razões a seguir individualizadas:

- Para efeitos legais e tributários, a segunda aquisição de participação societária se trata de uma nova operação, desvinculada da primeira aquisição;
- A aquisição da segunda parte de ações se deu entre “partes relacionadas”;
- Não houve a incorporação das sociedades efetivamente adquiridas, quais sejam, as empresas operacionais do grupo HG. A dedução da amortização do ágio somente foi possível mediante a utilização de “empresa-veículo”, a CSHG-I, sociedade sem propósito negocial;
- O valor da transação – 10 vezes a média do lucro líquido dos anos calendário 2009 a 2011 – foi pré estabelecido em Acordo de Acionistas e não guardou relação com “expectativa de rentabilidade futura”;
- a apuração de ágio pretensamente fundamentado em rentabilidade futura visou apenas a obtenção de benefícios fiscais;
- Por ocasião da aquisição da participação acionária o CS não indicou na sua escrituração contábil qual o fundamento do ágio;
- Não possuía na data da aquisição do segundo lote de ações o demonstrativo que suportasse a classificação do ágio como sendo fundamentado em “expectativa de rentabilidade futura”;
- O Laudo de Avaliação elaborado posteriormente à data de aquisição das ações se mostrou tecnicamente falho e imprestável para a finalidade pretendida.

Pelos motivos acima indicados entende esta fiscalização não terem sido atendidos os requisitos legais que suportassem a dedutibilidade da amortização do ágio, sendo obrigatório sua adição na apuração da base de cálculo do IRPJ e CSLL no período em análise, conforme demonstrado a seguir.”

Apresentados impugnação e posteriormente recurso voluntário, parte dos fundamentos invocados para a glosa da amortização dos ágios restou superada já em 1ª instância, e os demais foram todos afastados pelo acórdão recorrido.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Livia De Carli Germano, Relatora.

Admissibilidade recursal

Tratando-se de processo digital encaminhado à Procuradoria da Fazenda Nacional (PFN) na forma do art. 7º da Portaria MF nº 527/2010, tem-se que a intimação pessoal presumida se deu no prazo de 30 dias contados de 19 de julho de 2018 (Despacho de Encaminhamento de fl. 1.676), ou seja, em 18 de agosto de 2018 (sábado), iniciando-se portanto em 20 de agosto de 2018 a contagem do prazo regimental de 15 dias. Tendo o processo retornado ao CARF em 03 de setembro de 2018 (Despacho de Encaminhamento de e-fls. 1.742), verifica-se que é tempestivo o recurso especial.

Passo a analisar os demais requisitos para a sua admissibilidade.

Nesse ponto, observo que a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) é instância especial de julgamento com a finalidade de proceder à uniformização da jurisprudência do CARF. Desse modo, a admissibilidade do recurso especial está condicionada ao atendimento das condições previstas no art. 67 do Anexo II do Regimento Interno do CARF - RICARF, aprovado pela Portaria MF 343/2015, dentre as quais se encontra a demonstração da divergência jurisprudencial:

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.

Destaca-se que o alegado dissenso jurisprudencial se estabelece em relação à interpretação das normas, devendo, pois, a divergência, se dar em relação a questões de direito, tratando-se da mesma legislação aplicada a um contexto fático semelhante.

Assim, se os acórdãos confrontados examinaram normas jurídicas distintas, ainda que os fatos sejam semelhantes, não há que se falar em divergência de julgados, uma vez que a discrepância a ser configurada diz respeito à interpretação da mesma norma jurídica.

Por outro lado, quanto ao contexto fático, não é imperativo que os acórdãos paradigma e recorrido tratem exatamente dos mesmos fatos, mas apenas que o contexto seja de tal forma semelhante que lhe possa (hipoteticamente) ser aplicada a mesma legislação. Assim, um exercício válido para verificar se se está diante de genuína divergência jurisprudencial é buscar saber, com base no raciocínio exposto no paradigma, o que aquele colegiado decidiria no caso dos autos.

Conforme relatado, a Recorrente questiona o acórdão recorrido sob duas perspectivas.

Necessidade de confusão patrimonial

No ponto que intitula “(i) legitimidade do aproveitamento fiscal da amortização dos ágios (I e II) - necessidade de haver confusão patrimonial”, sustenta que o acórdão recorrido “admite a amortização do ágio sem a “confusão patrimonial” necessária entre a empresa investida e a real investidora, baseado no propósito negocial exibido pela empresa veículo”.

De fato, o acórdão recorrido entendeu que a chamada “empresa veículo” teve função na reestruturação societária engendrada pelo contribuinte, justificando-se sua participação

na operação. Neste sentido, afirmou que *“a utilização de empresa veículo pelo Recorrente, neste caso, a empresa HGI-II, decorreu claramente de uma decisão de negócios, não somente do Recorrente, mas também dos vendedores da empresa HGI”*, bem como que *“o recorrente trouxe fundamento perfeitamente plausível para a reorganização societária concretizada, que não apenas o gozo do benefício fiscal, ao mesmo tempo em que se extinguiu qualquer possibilidade de utilização da empresa incorporada como meio de praticar ato simulado ou fraudulento.”*

O mesmo não se pode dizer do acórdão 9101-002.213, já que este deixa transparecer que admitiria a amortização fiscal do ágio se a empresa que foi chamada de “veículo” fosse materialmente existente -- o que não foi o caso, eis que ela se revelou uma empresa constituída exclusivamente para fins de permitir a amortização fiscal do ágio. Veja-se:

Cumpra deixar claro que, se se tratasse a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA. de uma empresa preexistente no país, e que aqui exercesse atividade econômica, ainda se poderia admitir que recebesse, ela, recursos do exterior, visando à aquisição de outra empresa também existente no país, para uma futura incorporação, direta ou reversa, entre ambas. Neste caso poder-se-ia argumentar que os efeitos fiscais teriam sido verificados unicamente no país.

Não é o caso, porém, quando se constatou que aquela sociedade (CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA.) tratava-se de uma empresa efêmera, fugaz, que, no seu próprio nome (ACQUISITION) e em seu objeto social (“tem por objeto social exclusivo a participação no capital social da COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.”), deixa claro ter sido projetada, apenas, para possibilitar a aquisição de outra empresa, com a sua consequente e inexorável extinção.

É dizer, ambos tais precedentes partem de premissas diversas: o paradigma, de que a chamada “veículo” era mera farsa, e o recorrido, de que a veículo tinha função na estrutura negocial engendrada. Disso se conclui que o fato de as conclusões serem diversas se deve não a uma genuína divergência jurisprudencial, mas exclusivamente em virtude da análise de contextos fáticos essencialmente diversos.

Ademais, tanto o acórdão 9101-002.213, quanto o outro precedente indicado como paradigma, o acórdão 1101-000.961, tratam da questão da “internalização do ágio” decorrente de pagamento feito por empresa estrangeira, o que simplesmente não ocorre no caso concreto, em que o ágio foi pago no Brasil por empresa brasileira (o Recorrido), em razão da aquisição de outras empresas brasileiras (HGI-II e HGI-I), ou de aquisição por empresa brasileira com recursos oriundos do exterior, do que não cogitou a fiscalização no caso concreto.

Nos dois paradigmas em questão, a fiscalização alegou que o ágio teria sido realmente pago ou suportado por pessoa diversa (a empresa estrangeira que, na opinião da fiscalização, era a “real investidora”) daquela que registrou o ágio pago e posteriormente incorporou a sociedade investida.

Diferentemente, no caso dos autos não se põe em dúvida que o Recorrido é o “real investidor”, tendo a acusação fiscal se limitado a questionar, na verdade, quem foram as “reais investidas” – nesse ponto, o acórdão recorrido entendeu que as investidas seriam a HGI-II (primeiro ágio) e CSHG-I (segundo ágio), enquanto que, para a fiscalização, seriam as empresas operacionais HG ASSET MANAGEMENT, HG SERVIÇOS INTERNACIONAIS e HG CORRETORA.

É dizer, os acórdãos indicados como paradigma trataram de hipóteses em que se questionava quem seria o real investidor, pautando-se no critério de saber quem efetivamente pagou ou arcou com o preço pago com ágio. No caso dos autos, por outro lado, a discussão limita-se a examinar quem seriam as “reais investidas”, se HGI-II e CSHG-I, como entendeu o

acórdão recorrido, ou se HG ASSET MANAGEMENT, HG SERVIÇOS INTERNACIONAIS e HG CORRETORA, como pretende a Recorrente, questão fática absolutamente peculiar e específica do caso concreto.

Neste sentido, compreendo que o recurso não pode ser conhecido quanto à primeira matéria (“(i) *legitimidade do aproveitamento fiscal da amortização dos ágios (I e II) - necessidade de haver confusão patrimonial*”).

Laudo de avaliação

O segundo ponto objeto do recurso especial diz respeito à alegada extemporaneidade do laudo de avaliação.

Nesse ponto, observo que o trecho do acórdão paradigma 1101-000.961 que a Recorrente indica como sendo a fundamentação para a divergência jurisprudencial a ser demonstrada **não é do voto condutor do acórdão**, mas do relatório daquela decisão. Naquele ponto, a Relatora está simplesmente a descrever os argumentos que a Fazenda Nacional aduziu em suas razões de recurso, não se tratando definitivamente de razões de decidir de dito precedente.

No caso, o acórdão 1101-000.961 sequer chegou a tratar, em suas razões de decidir, da questão da extemporaneidade do laudo, eis que a amortização fiscal do ágio foi considerada ilegítima em virtude de não ter ocorrido a confusão patrimonial entre a investidora original e a investida. Tanto é assim que o voto condutor do acórdão não traz uma linha quanto a requisitos relacionados ao demonstrativo de rentabilidade futura.

De se concluir, portanto, que o acórdão indicado como paradigma não traz qualquer tese jurisprudencial acerca de requisitos quanto ao demonstrativo de rentabilidade futura que pudesse se configurar como divergente à esposada no acórdão recorrido.

Ademais, é de se considerar que o acórdão recorrido conclui pela validade do documento apresentado, considerando que (i) a legislação não determinava prazo para a apresentação do demonstrativo; (ii) o suposto atraso se resume a um mês; (iii) as premissas para a definição do preço já constavam de documento anterior à operação (acordo de acionistas); (iv) o laudo técnico apenas corroborou o preço das ações definido conforme regras já acordadas anteriormente. *In verbis*:

A Fiscalização entende ser intempestivo o laudo apresentado. Apesar da completa ausência de previsão legal na época acerca do prazo em que o laudo deveria ser apresentado ou mesmo da própria obrigatoriedade de apresentação de um laudo, vemos que o suposto atraso se resume a um mês.

Entendo que tal discussão sobre este atraso é totalmente inócua. Primeiro, porque as premissas para definição do preço das ações já estava na Cláusula 7.1.b do Acordo de Acionistas que fora celebrado em novembro de 2007.

O laudo técnico elaborado pela E&Y serviu apenas para corroborar o preço das ações conforme regras já definidas anteriormente. Não obstante, a fiscalização apontou supostas impropriedades técnicas do laudo, o que gerou a apresentação de um Parecer Técnico Extrajudicial que demonstra a inexistência de tais impropriedades.

Diante desse contexto argumentativo complexo, a conclusão pela existência de paradigmas comparáveis demandaria necessariamente a identificação de casos em que, pelo menos, houvesse semelhante proximidade entre as datas do demonstrativo utilizado e em que os

parâmetros para a definição do preço já constassem de documento celebrado anteriormente à operação. Não foi o caso do paradigma apresentado.

Neste sentido, oriento meu voto por não conhecer do recurso especial também quanto à matéria (ii) *extemporaneidade do laudo de avaliação*, por absoluta falta de demonstração de divergência jurisprudencial a ser solucionada.

Conclusão quanto ao conhecimento

Ante o exposto, oriento meu voto para não conhecer do recurso especial.

Mérito

Como restei parcialmente vencida quanto ao conhecimento do recurso especial, passo a analisar o mérito, na parte conhecida pela Turma.

Como premissa necessária para sua argumentação de que não teria ocorrido no caso a necessária “confusão patrimonial” entre investidora e investida, a Recorrente sustenta que o objeto da negociação nunca foi a HGI-II, mas sim as empresas HG INVESTIMENTOS, HG ASSET, HG CTVM e HG SERV INT, identificadas como “sociedades adquiridas”. Neste sentido, aduz:

Portanto, comparando o contrato de compra e venda celebrado entre as partes com as operações societárias realizadas para concretizar tal negociação, vê-se que, o ágio registrado pelo contribuinte não é dedutível porque, em que pese o BANCO CS ter justificado a dedução do seu ágio com a incorporação da empresa HGI-II, na verdade essa “mais valia” decorre da aquisição das empresas HG INVESTIMENTOS, HG ASSET, HG CTVM e HG SERV INT, cujos patrimônios NUNCA FORAM INCORPORADOS pelo BANCO CS.

Dessa forma, com base na interpretação literal dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, somente a confusão patrimonial estabelecida entre as empresas HG INVESTIMENTOS, HG ASSET, HG CTVM e HG SERV INT e o BANCO CS autorizaria a dedução do ágio amortizado.

Não obstante, a leitura dos instrumentos contratuais revela exatamente o contrário. A própria fiscalização reconhece no Termo de Verificação Fiscal (TVF) que “*o controle acionário das sociedades componentes do Grupo HG era exercido na sua totalidade por um grupo de 76 (setenta e seis) pessoas físicas, das quais 4 (quatro) com participação majoritária, sendo que em cada sociedade havia uma composição diferente de acionistas pessoas físicas e respectivas participações.*” (fls. 752/753).

Diante da complexidade de uma negociação que envolvesse tantas pessoas, o contrato firmado, já em seus “considerandos”, deixa claro que o objetivo do negócio firmado jamais foi a aquisição direta das empresas operacionais integrantes do Grupo HG, mas única e exclusivamente a aquisição de participações societárias em uma *holding* que detivesse a totalidade de todas as ações daquelas empresas operacionais.

Nesse contexto, não há que se falar, no caso dos autos, que seriam as empresas operacionais, e não a *holding*, o “real investimento adquirido”, quando a negociação, desde o início, pressupunha a unificação da participação societária a ser adquirida e havia claramente uma função negocial na constituição de tal *holding*.

Observo que, em meus votos, tenho mantido autuações fiscais em que a acusação se fundamente na inexistência material da chamada “empresa veículo”, isto é, nos casos em que esta se revele meramente um registro no CNPJ e na Junta Comercial, sem um mínimo de estrutura que revele sua existência de fato enquanto empresa (“atividade econômica organizada” – art. 966 do Código Civil). Isso porque compreendo, *“O ordenamento jurídico brasileiro não valida a utilização de negócios jurídicos apenas por sua forma mas pelo conteúdo, de maneira que, quando se cria uma pessoa jurídica, o mínimo que se espera é que esta seja uma “empresa”, no sentido de “atividade econômica organizada”, e não meramente um registro em papel. Ausente o desempenho de tal função, deve-se corrigir as distorções daí decorrentes, inclusive invalidando os efeitos fiscais produzidos, se esta tiver sido a distorção produzida.”* (trecho da ementa do acórdão 9101-004.562, sessão de 03 de dezembro de 2019). Não obstante, não é esta a acusação dos presentes autos.

Na verdade, a acusação fiscal em debate nos presentes autos não é de inexistência ou imaterialidade da chamada “empresa veículo”, mas decorre meramente da sua irresignação quanto à estrutura societária adotada pelo contribuinte, quando, supostamente, o mesmo resultado poderia ter sido obtido mediante negócio diverso, sem a participação da HGI-II. Neste sentido, destaco o seguinte trecho do TVF:

A utilização de empresa-veículo para a formação de ágio, no caso a HGI-II, reforça a conclusão de diversidade de propósito negocial, uma vez que, se fosse o caso, o CS poderia ter adquirido o controle acionário individual de cada sociedade negociada ou até mesmo da HG Investimentos, sempre na proporção da metade mais uma das ações. (fl. 770)

Ora, o fato de a operação poder ter ocorrido de outra forma não é suficiente para indicar que a forma adotada pelo contribuinte é ilegítima. Ademais, conforme apontou o acórdão recorrido, nesse ponto a autuação fiscal é inclusive incoerente, *in verbis*:

Vejo aqui uma incoerência no trabalho fiscal. Isso porque, a empresa CSHG-I neste ponto tratada como empresa veículo pela fiscalização é justamente a empresa considerada pela mesma fiscalização como objeto da operação que gerou o primeiro ágio, sendo que lá tratou-se de atacar a empresa HGI-I como veículo. Assim, no universo racional da fiscalização a empresa CSHG-I sofreria de uma crise de identidade, pois, ora é empresa veículo ora não.

Além disso, a linha de raciocínio adotada pela fiscalização que somente a aquisição direta das empresas operacionais HG Serviços Internacionais, HG Asset e HG CTVM todas controladas pela CSHG-I, possibilitaria a dedução do ágio, me parece carecer de fundamento legal. De fato, procurei mas não achei na legislação a regra adotada pelo fiscal.

É verdade que a aquisição direta das ditas empresas operacionais também seria possível. Isso é inegável. Contudo, a existência de outras opções não tem o condão, nem de longe, de inviabilizar a opção escolhida pelo contribuinte.

Até porque, estamos tratando aqui da aquisição de 03 empresas operacionais quando a operação foi concentrada em apenas uma que é a CSHG-I, o que já demonstra que a opção escolhida pelo contribuinte é muito mais racional e pragmático do ponto de vista negocial do que aquela apontada pelo fiscal.

Desta forma, são totalmente improcedentes as alegações da fiscalização quanto à utilização de empresa veículo (CSHG-I) ou ausência de incorporação das empresas efetivamente adquiridas.

É de se considerar, ademais, que no caso dos autos, sequer se pode dizer que a HGI-II funcionou como “empresa veículo para a formação do ágio”, eis que o mesmo ágio teria

existido e poderia ser amortizado caso o Recorrido tivesse adquirido exatamente 50% + 1 ações da HG Investimentos e a tivesse incorporado.

Não há qualquer indicativo nos autos de que tal operação não pudesse ter ocorrido e, portanto, da mesma forma que não se cogita de se fingir qualquer ato ou negócio inexistente e/ou de ato que teve seus efeitos desfeitos (o que usualmente se denomina “simulação”), sequer há que se cogitar de que a estrutura adotada pelo contribuinte visou a contornar alguma norma imperativa – o que, em tese, poderia ser indício de algum “abuso” (“ausência de propósito negocial”, “contorno à norma imperativa”, “fraude à lei”, “abuso de forma”, “abuso de direito” e que tais).

Sem razão, portanto, à Recorrente neste ponto de seu recurso especial. E, estando o debate restrito a este ponto -- já que foi a única matéria conhecida por esta Turma --, oriento meu voto para negar provimento ao recurso, sugerindo a seguinte ementa para o mérito deste voto:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

AMORTIZAÇÃO FISCAL DE ÁGIO. GLOSA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ARTIFICIALIDADE OU “ABUSO”. INSUBSISTÊNCIA.

Não subsiste glosa fiscal de ágio quando a acusação decorre meramente da irresignação da autoridade fiscal quanto à estrutura societária adotada pelo contribuinte, quando, supostamente, o mesmo resultado poderia ter sido obtido mediante negócio diverso. Ausentes provas de que um ou alguns dos atos praticados na verdade não ocorreram, ou de que a estrutura adotada visou a contornar alguma norma imperativa.

Por oportuno, observo que, na sessão de julgamento, a posição acima restou vencida quanto às glosas de despesas apropriadas até julho de 2012, nos termos do voto vencedor *infra*. Com isso, verificou-se a necessidade de esta Relatora se manifestar sobre a necessidade de retorno dos autos à turma *a quo* para a análise de pontos eventualmente não tratados pelo acórdão recorrido (especificamente: a qualificação da multa), como medida de se evitar supressão de instância.

Nesse ponto, mantenho o posicionamento já manifestado na sessão de julgamento do acórdão 9101-004.498, em 6 de novembro de 2019, nos autos do processo 16327.720403/2013-59, de relatoria da Conselheira Amelia Wakako Morishita Yamamoto, qual seja, o de que o voto condutor do acórdão recorrido traz consignado seu posicionamento sobre a multa qualificada, razão porque é de se considerar a questão como abordada e votada na sessão de julgamento. *In verbis*:

Com relação à multa qualificada, esta, também por consequência lógica de todo o exposto para considerar válida a amortização do ágio, não deve ser aplicada.

Ainda que desnecessário, vez que o valor principal da presente cobrança fora afastada, sinto-me na obrigação de dizer que, ainda que o valor principal fosse devido, a aplicação da multa qualificada seria de toda improcedente.

Isso porque, as operações societárias, conforme detalhadamente demonstrado, não se deram de modo fraudulento ou simulatório, assim, ainda que a glosa da dedução do ágio permanecesse, não faria qualquer sentido aplicar a pesada multa qualificada de 150%, que visa alcançar somente aqueles que agem com a intenção de burlar o fisco.

Portanto, neste momento do voto, considera-se válida a amortização do ágio, primando pela inaplicabilidade da multa qualificada e multa isolada, e, finalmente, pela validade das compensações advindas da base de cálculo negativa de CSLL.

Assim, mesmo havendo a manutenção de parte das glosas, considero desnecessário o retorno dos autos à turma *a quo* para a análise da qualificação da multa, eis que a matéria já fora por ela decidida, tendo a qualificação sido afastada.

Conclusão

Ante o exposto, oriento meu voto para não conhecer do recurso especial da Fazenda Nacional. Tendo restado parcialmente vencida na admissibilidade do recurso, na parte conhecida (matéria “confusão patrimonial”, relativamente ao primeiro ágio), oriento meu voto para negar-lhe provimento.

Voto Vencedor

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

A I. Relatora restou vencida em seu entendimento contrário ao conhecimento do recurso especial no que se refere ao primeiro ágio, bem como em relação ao mérito do recurso na parte provida, vez que prevaleceu o entendimento de restabelecer a glosa das amortizações do primeiro ágio apropriadas até julho de 2012.

Quanto à divergência jurisprudencial em torno do primeiro ágio, esta Conselheira já havia acompanhado a maioria qualificada deste Colegiado em favor do conhecimento de recurso fazendário pautado nos mesmos paradigmas aqui indicados, interposto nos autos do processo administrativo nº 16327.720403/2013-59, quando as amortizações analisadas se referiam, apenas, àquele ágio. Neste sentido foi o voto vencedor do Conselheiro André Mendes de Moura, condutor do Acórdão nº 9101-004.498:

Sobre a admissibilidade, com fulcro no art. 50, § 1º da Lei nº 9.784, de 1999¹, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, adoto as razões apresentadas no despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 2471/2492, que apreciou a divergência entre os paradigmas nº 1101-000.961 e 9101-002.213, e a decisão recorrida:

¹ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos atos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

V - decidam recursos administrativos;

(...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

A similitude fática e jurídica entre os casos, assim como a divergência jurisprudencial entre eles, encontra-se suficientemente demonstrada pela recorrente.

De fato, tanto o acórdão recorrido quanto os acórdãos paradigmáticos analisam situações fáticas substancialmente semelhantes entre si. Registre-se que nenhum deles versa sobre o chamado “*ágio interno*” (assim considerado aquele havido em operações meramente contábeis, sem a participação de empresas independentes entre si na operação que deu origem ao ágio, e sem efetivo sacrifício patrimonial).

Ao contrário, em todos eles considerou-se que houve um sacrifício patrimonial por parte dos adquirentes da participação societária com ágio, e que as partes, *na operação que deu origem ao ágio*, eram independentes.

Além disto, em todos os casos, a posterior operação de incorporação ocorrida com vistas ao aproveitamento fiscal da amortização do ágio não se deu diretamente entre a investidora original e a investida, mas sim por intermédio de alguma sucessão de operações societárias, *ainda que as peculiaridades específicas desta reorganização societária variem de caso para caso*.

O acórdão recorrido, conforme demonstrou a recorrente, e se verifica até mesmo pela simples ementa do julgado, considerou lícita a dedução da amortização do ágio, mesmo tendo havido a utilização de uma empresa “veículo” para viabilizar a transferência do ágio em questão, bastando que ocorresse a confusão patrimonial entre a investidora e a investida (após a referida transferência). Neste aspecto, os seguintes excertos da ementa:

“UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL.

A utilização da chamada “empresa veículo” não guarda qualquer ilegalidade ou abuso em si, sendo necessária a identificação de outros elementos como a fraude ou simulação para que a glosa da dedução do ágio se justifique.

Na hipótese em que presentes para o contribuinte, outras opções de movimentação societária que resultariam no mesmo efeito tributário que é a dedução do ágio, a eventual utilização de empresa veículo configura simples decisão de negócios que não prejudica o benefício fiscal.” (grifos acrescidos)

Já no acórdão paradigma 9101-002.213, em similar situação — com ágio havido entre partes independentes na origem de sua formação, com sacrifício patrimonial da adquirente em benefício dos alienantes, e também com uso de empresa “veículo” para viabilizar a transferência do ágio em questão — a decisão do colegiado foi diametralmente oposta, na medida em que se exigia, como requisito para possibilitar a amortização do ágio, que a confusão patrimonial ocorresse entre a *real investidora e a investida*, não sendo aceita, portanto, a utilização da empresa “veículo” com vistas a viabilizar a formação do ágio e sua posterior incorporação.

A própria ementa do julgado já deixa isto transparente, quando assenta, *verbis*:

“Nos termos da legislação fiscal, **é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras.**” (negrito acrescido)

No mesmo sentido, o seguinte excerto do voto condutor daquele paradigma, igualmente transcrito pela recorrente no recurso, *verbis*:

“A questão remete ao emprego de empresa “veículo” para, por meio dela, criar-se ágio pretensamente passível de amortização.

(...)

Sopesados os argumentos da recorrente, os argumentos contidos no ac. Recorrido e nas contrarrazões, em relação ao mérito, no que diz respeito aproveitamento do ágio, entendendo não ter razão o contribuinte, devendo ser provido o recurso fazendário.

(...) como bem evidenciado pela Fazenda Nacional, em seu recurso especial, o ágio deduzido pela recorrente (investida) é indedutível, nos termos da legislação fiscal, pela inexistência da necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras (...)” (negritos acrescidos)

Da mesma forma, no acórdão paradigma 1101-000.961, também em situação similar — com ágio havido entre partes independentes na origem de sua formação, com sacrifício patrimonial da adquirente em benefício dos alienantes, e também com uso de empresa “veículo” para viabilizar a transferência do ágio em questão — a decisão do colegiado igualmente se deu em sentido divergente do verificado na decisão recorrida, na medida em que naquele caso também se exigia, como requisito para possibilitar a amortização do ágio, que a confusão patrimonial ocorresse entre a investidora originária e a investida, não sendo aceita a utilização de empresa veículo, para a qual o ágio havia sido canalizado, nesta operação de incorporação.

Neste aspecto, o seguinte excerto da ementa daquele julgado, igualmente destacado pela recorrente, verbis:

“TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO PARA EMPRESA VEÍCULO SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL.

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

Ainda, no mesmo sentido, o seguinte excerto do voto condutor daquele paradigma, igualmente destacado pela recorrente, verbis:

“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.” (negrito acrescido)

Nesta ordem de idéias e de interpretação acerca do quanto contido no comando legislativo citado, enquanto o acórdão recorrido cancelou a glosa das despesas com amortização de ágio, o paradigma nº 1101-000.961, por sua vez, negou provimento ao recurso voluntário (neste específico ponto), e o paradigma nº 9101-002.213, por sua vez, deu provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, em ambos os dois últimos casos para manter/restabelecer a glosa das despesas com a amortização de ágio, em semelhantes circunstâncias fáticas.

Demonstrada, portanto, a divergência jurisprudencial, deve ter seguimento o recurso como relação a este ponto (amortização do ágio).

Portanto, voto no sentido de conhecer do recurso especial da PGFN em relação à matéria “amortização do ágio”. *(destaques do original)*

Nestes autos, para fundamentar a exigência decorrente da glosa de amortizações do primeiro ágio, a autoridade lançadora indica que se valeu das referências fáticas construídas no processo administrativo nº 16327.720403/2013-59, conforme Termo de Verificação Fiscal às e-fls. 742/833:

4. Primeiro Ágio - Amortização de ágio não embasado em “expectativa de rentabilidade futura” – Despesa Indedutível - Utilização de “EMPRESA VEÍCULO” - Ausência de comprovação para fundamentação legal do ágio no momento da aquisição da participação societária como “EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA” - Demonstrativo elaborado a posteriori e tecnicamente falho - Evidente intuito de fraude –Multa Qualificada - INFRAÇÃO Nº 1

4.1 Descrição dos fatos.

Em se tratando de que parte da amortização de ágio nos anos-calendário 2012 a 2014 aqui em análise se refere a fatos que já foram objeto de autuação anterior, **a seguir denominado “primeiro ágio”**, anexamos cópia integral do PAF 16327.720.403/2013-59, onde consta toda a documentação e argumentação aqui mencionada.

Antes de analisarmos os negócios jurídicos que geraram redução das bases de cálculo do **IRPJ** e da **CSLL** com relação ao período fiscalizado, analisaremos o **histórico** de composição societária do grupo empresarial adquirido e a reorganização societária efetuada no período de dezembro de 2006 a julho de 2008.

Esse estudo se faz necessário conquanto revela que as **despesas com amortização de ágio** incorridas pela fiscalizada durante o período compreendido nos **anos-calendário 2008 a 2014** são decorrentes de eventos societários ocorridos nos **anos-calendário 2006 e 2007**, eventos estes que demonstraram ter por finalidade criar uma situação que possibilitasse à fiscalizada aproveitar os benefícios fiscais previstos nos artigos 385 e 386 do RIR/99 citados adiante.

[...]

4.1.1 DA COMPRA E VENDA DE PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA MAJORITÁRIA NO GRUPO HG PELO GRUPO CS

[...]

4.1.2 DO GRUPO HEDGING-GRIFFO – GRUPO HG

[...]

4.1.3 DA HEDGING-GRIFFO INVESTIMENTOS S.A. - II – HGI-II

Apesar da reorganização societária do Grupo HG envolver diversas sociedades, nos ateremos à análise da HGI – II, a sociedade empresarial incorporada em 28 de julho de 2008.

A HGI-II foi constituída em 07 de junho de 2006 sob a denominação de Hedging-Griffo Equities Adm. de Recursos S.A. - CNPJ 08.111.476/0001-01- tendo por objeto social a administração de carteiras de investimentos, assessoria na área de investimentos e participação em outras empresas e capital de R\$ 1.000.000,00, tendo integralizado no ato R\$ 100.000,00.

Em 24 de janeiro de 2007 houve alteração do objeto social para “participação como sócia, acionista ou quotista, em outras sociedades e empreendimentos comerciais de qualquer natureza no Brasil e/ou no exterior”, tendo alterado sua razão social para Hedging-Griffo Investimentos S.A. - II – HGI-II.

Em 27 e 28 de fevereiro de 2007 promoveu dois aumentos de capital no total de R\$ 52.410.000,00, sendo R\$ 19.162.040,00 em moeda corrente nacional e o restante em

ações das empresas operacionais HG Corretora de Valores, HG Asset Management e HG Serviços Internacionais.

Na outra ponta a HGI-II – CNPJ 08.111.476/0001-01- passou a deter metade mais uma das ações da HG Investimentos – CNPJ 08.138.922/0001-71-: conforme demonstrado no Organograma em 28 de fevereiro de 2007 – 11:30 am- efetivamente a HG Investimentos passou a deter direta ou indiretamente 100% do controle acionário das sociedades operacionais HG Asset, HG Serviços Internacionais e HG Corretora de Valores.

Apenas a título de informação, o restante do controle acionário da HG Investimentos passou a ser exercido 50% menos uma ação por Hedging-Griffo Investimentos S.A. - I – HG-I, CNPJ 07.995.528/0001-97 – HG-I. A HG-I foi extinta por incorporação pela própria HG Investimentos em 18 de outubro de 2007, ficando as 50% menos uma ação sob propriedade das Pessoas Físicas.

Assim, a Hedging-Griffo Investimentos S.A. - II – HGI-II, CNPJ 08.111.476/0001-01, ocupou o lugar da HG Investimentos como a sociedade adquirida em conjunto com as demais “Sociedades Adquiridas” pelo CS no fechamento da transação, em 01 de novembro de 2007, por ser a detentora do equivalente às “Ações Adquiridas” previstas no “Contrato de Compra e Venda de Ações”- metade mais uma das ações da HG Investimentos objeto da transação.

No fechamento, o objeto da Compra e Venda passou a ser a totalidade das ações da HGI-II, a sociedade adquirida pelo CS em conjunto com as demais “Sociedades Adquiridas”.

Em 28 de julho de 2008 a HGI-II foi extinta por incorporação ao CS a valores contábeis, R\$ 154.491.019,89, conforme AGE, Protocolo de Incorporação e Laudo de Avaliação de ambas sociedades.

[...]

Corroborando as informações acima e em confronto com a estrutura do Grupo HG antes do fechamento da aquisição de participação societária, apresentamos os organogramas de sua composição após a aquisição de participação societária majoritária no Grupo HG não sujeita a incorporação com o Grupo CS, 01.11.2007 e 28.07.2008:

[...]

4.1.4 DO FECHAMENTO, ACORDO DE ACIONISTAS, INCORPORAÇÃO DA HGI-II PELO CS, APURAÇÃO E DEDUÇÃO DO ÁGIO

O fechamento da Compra e Venda se deu em 01 de novembro de 2007, mediante o pagamento da primeira parcela no valor de R\$ 158.750.000,00 e a assinatura do “Acordo de Acionistas”.

De especial interesse no “Acordo de Acionistas” o fato que a gestão das empresas adquiridas permaneceu com os antigos sócios majoritários, agora minoritários, corroborando informação constante no despacho do CADE acima mencionado.

[...]

O valor mensal do ágio a ser amortizado importou em R\$ 8.579.322,84 – R\$ 634.869.890,34 dividido por 74 meses – assim deduziu no ano-calendário 2008 o valor de R\$ 51.475.937,04 - 6 meses, de julho a dezembro de 2008 – e nos anos-calendário 2009 a 2011 R\$ 102.951.874,08 relativos a 12 meses – linhas 57, 60 e 60 da Ficha 06B respectivamente. **Até aqui informações e documentos constantes da primeira autuação.**

Retornando ao período abrangido pela presente auditoria e regularmente intimado a esclarecer a origem da amortização mensal no ano-calendário 2012 do valor de R\$ 8.579.322,84 e a prestar informações/embasamentos adicionais – itens 8 e 9 do Termo de Intimação Fiscal nº 02 – informou:

[...]

Em relação ao primeiro ágio deduzido nos anos-calendário 2013 e 2014, em atendimento ao item 4 do TIF nº 06, apresentou através de expediente-resposta recepcionado nesta DEINF em 11 de janeiro de 2016 Demonstrativo Mensal de Amortização de Ágio, onde indica haver deduzido respectivamente R\$ 102.951.874,26 e R\$ 68.634.582,74, documentação contábil, comercial e societária relativa a esta primeira aquisição, que deixamos de anexar aos presentes autos por já constarem do PAF 16327.720.403/2013-59.

Em resposta ao item 6 do TIF nº 06 apresentou documentação societária relativa à participação dos sócios Fundadores na gestão das empresas operacionais, bem como em consulta a Ficha Cadastral da JUCESP elaborou-se resumo a seguir:

[...]

Em resposta ao item 7 do TIF nº 06 relativo a eventual quantificação no preço da transação da manutenção da equipe do antigo grupo HG na condução dos negócios do novo grupo CSHG, bem como a existência de não competitividade em caso de saída da sociedade e outras formas de pagamento através de benefícios, informou:

[...]

Ambas reportagens indicam um “modus operandi” típico de uma “Parceria/Associação” mais de que uma incorporação: cabe destacar a manutenção de estruturas administrativas duplicadas, a transferência de carteiras de negócios, a manutenção da “grife” Hedging Griffó mesmo após a compra da totalidade de suas ações e por fim e não menos importante a existência de cláusulas de barreira de impedimento do senhor Luis Stuhlberger e sua equipe de abrirem concorrência ao CS até 2015.

[...]

Por fim cabe observar que as principais fontes de receita proveniente de fundos de investimento são a “taxa de administração” “taxa de corretagem” a “taxa de performance-gestão”, sendo que ao longo de todo o período em análise – 2006 a 2015 – suas receitas foram alocadas/relocadas entre as partes conforme acordos operacionais e de parceria – vide citações nas reportagens acima - mesmo após a aquisição de 100% da HG pelo CS.

Esta fiscalização considera indedutível a escrituração deste primeiro ágio e da subsequente dedução de sua amortização levada a efeito pelo CS na apuração da base de cálculo do IRPJ e CSLL também nos anos-calendário 2012 a 2014, pelo que lavra a presente autuação pelas razões de direito demonstradas a seguir.

4.2 Do Direito Aplicado

Preliminarmente informa-se que não se discute na presente auditoria a operação de compra e venda de ações e a decorrente apuração do primeiro ágio.

Também a compra da segunda parte das ações conforme abordado no item 5 deste TVE, através da qual o CS passou a deter indiretamente através da CSHG I a totalidade das ações das sociedades adquiridas não tem o condão de unificar as duas operações como se fosse uma só negociação, por se tratarem de atos jurídicos independentes e como tal devem ser tratados.

Melhor explicando o Direito aplicado para a glosa da amortização do primeiro ágio nos anos-calendário 2012 a 2014 se refere ainda à situação em que o CS adquiriu indiretamente 50% mais uma das ações das sociedades operacionais do grupo HG, mesma condição analisada quando da autuação anterior .

O cerne da controvérsia é a suposta possibilidade de incorporação das “Sociedades Adquiridas” - das quais o CS passou a deter de fato apenas participação majoritária e não total - bem como a pretendida classificação do ágio como “expectativa de resultados futuros” e sua consequente dedutibilidade na apuração do IRPJ e CSLL, consideradas incorretas por esta fiscalização.

[...]

4.2.1 Da ausência de incorporação de fato das sociedades negociadas.

[...]

Melhor explicando, as “Sociedades Adquiridas” continuaram ativas, sob a mesma gestão, com acréscimo à razão social das sociedades adquiridas do nome “Credit Suisse”, resultado da associação acima mencionada, apresentado-se ao mercado a nova marca “CREDIT SUISSE HEDGING GRIFFO - CSHG”.

A utilização de empresa veículo para a formação de ágio, no caso a HGI-II, reforça a conclusão de diversidade de propósito negocial, uma vez que, se fosse o caso, o CS poderia ter adquirido o controle acionário individual de cada sociedade negociada ou até mesmo da HG Investimentos – esta também uma empresa veículo - sempre na proporção de metade mais uma de suas ações.

[...]

Esta fiscalização afirmou quando da auditoria da primeira aquisição pelo CS de 50% mais uma das ações das empresas operacionais do Grupo HG, aquisição esta viabilizada através da utilização de empresa veículo CSHG-II, que havia impossibilidade legal desta incorporação, uma vez que não houve a aquisição de 100% de participação societária nas empresas operacionais, mas apenas de 50% mais uma das suas ações.

Corroboramos este entendimento também na presente auditoria.

Foi aventada na impugnação e julgamento de primeira instância a possibilidade de outras formas de aquisição, tais como incorporação de ações mediante troca de participações acionárias, tornando-se os antigos donos do Grupo HG sócios do CS, ou ainda a compra pelo CS de participações de acionistas dissidentes: ocorre que qualquer uma destas hipóteses diferente da aquisição direta foi vedada por expressa disposição contratual, item 8.2 letra (c) do “Contrato de Compra e Venda de Ações” firmado em 20 de dezembro 2006, acima transcrito no item 4.1.1.

Mesmo após o exercício da opção de compra do segundo lote de ações em junho de 2012, com a concretização da aquisição de 100% do grupo HG, em função da cláusula de restrição até janeiro de 2015 para a liberação dos Vendedores de exercerem as “Atividades Vedadas” e conforme notícias de imprensa acima transcritas, manteve-se a situação de não incorporação das empresas operacionais do grupo HG, havendo apenas reorganizações de responsabilidades e transferências de carteiras de clientes, mantendo-se inclusive, estruturas duplicadas – duas Corretoras de Valores, por exemplo.

Apenas a título de argumentação, tese da defesa quando da primeira autuação, cita a hipótese de que se justifica a aquisição de um restaurante famoso apenas quando junto se mantêm seu “chefe de cozinha” e equipe reconhecidos pela qualidade de seus serviços: pois bem em nosso caso não haveria necessidade alguma de se adquirir o “restaurante”, pois o CS já possuía este tipo de estabelecimento, podendo apenas contratar o “chefe de cozinha” e sua equipe, no caso, o sr. Luiz Stuhlberger e demais componentes do grupo HG, ou ainda estabelecer uma parceria do tipo “franquia” muito comum neste mercado de alimentação.

Concluimos por todo o exposto que efetivamente **não se caracterizou todo o planejamento tributário engendrado por CS e Grupo HG que gerou o primeiro ágio como uma operação de aquisição de controle acionário majoritário com ágio baseado em rentabilidade futura com posterior incorporação da sociedade controlada**, mas sim como uma aquisição de controle acionário majoritário, onde não seria admissível a dedutibilidade da amortização do ágio efetivada pelo CS por não haver se concretizado de direito e de fato a incorporação de sociedades objeto da negociação, as empresas operacionais do grupo HG.

4.2.2 Da caracterização da HGI-II como “empresa-veículo”.

[...]

Caracteriza-se, assim, como sem propósito negocial a utilização da HGI-II na reorganização societária levada a efeito pelo Grupo HG.

4.2.3 - Ausência do Demonstrativo exigido por Lei no momento da aquisição do investimento pelo CS – Demonstrativo elaborado a posteriori - Descaracterização do pretense ágio como “EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA”

[...]

4.2.4. Da utilização do ágio apenas para fins de obtenção de benefícios fiscais.

[...]

4.2.5 - Ausência de indicação na escrituração contábil do embasamento legal do ágio.

[...]

4.2.6 – Das impropriedades técnicas do Relatório de Avaliação Econômica elaborado em 14 de maio de 2008 por Ernst & Young

[...]

4.3 Do correto enquadramento legal e apuração da base de cálculo

A utilização de “empresa veículo” sem propósito comercial e consequentemente de não ter havido incorporação de fato das empresas operacionais do grupo HG, requisito legal para a dedução da amortização do ágio – artigo 386 do RIR/99 – caracterizam planejamento tributário abusivo com finalidade apenas de obtenção de vantagens fiscais indevidas.

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

E, embora a autoridade fiscal tenha feito alguns acréscimos à acusação – especialmente ao final do item 4.2.1 acima transcrito – acerca das repercussões das operações que ensejaram a amortização do segundo ágio, fato é que o acórdão recorrido pautou sua decisão, apenas, na descaracterização da HG-II como empresa veículo, inclusive admitindo a constituição de *holding* com o intuito único de gozo de incentivos fiscais, mas também acolhendo as razões apresentadas pela Contribuinte para criação da HGI-II e rejeitando a confrontação feita na acusação fiscal a este respeito. Sob esta ótica, o dissídio jurisprudencial com os paradigmas indicados é patente: em todos os casos a incorporação que precede a amortização fiscal do ágio não envolveu adquirente e adquirida, mas sim uma delas e uma pessoa jurídica interposta com finalidades infirmadas pela autoridade fiscal, de modo a classificá-la como “empresa-veículo”. Nos paradigmas afirmou-se descumprido o requisito da confusão patrimonial presente nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, ao passo que o recorrido admitiu a amortização fiscal do ágio, implicitamente dispensando a integração entre adquirente e adquirida.

Estas as razões, portanto, para CONHECER do recurso especial da PGFN, no que se refere ao primeiro ágio.

No mérito, registro que havia acompanhado a maioria qualificada deste Colegiado no Acórdão nº 9101-004.498 para dar provimento ao recurso especial e restabelecer as exigências decorrentes da indevida amortização fiscal do ágio promovida a partir da incorporação de HG-II. Concorro, assim, com as razões de decidir expostas no voto vencedor do Conselheiro André Mendes de Moura, a seguir transcritas:

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.

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 escritural². 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).

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 1976 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

² IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31

no art. 426 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).

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

(...)

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)

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

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

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

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

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

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão³.

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 1997⁴, 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 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 SCHOUERI⁵ 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.

(...)

³ Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

⁴ 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.

⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

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 Mista⁶ 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 incorporadora (inclusive a resultante da fusão ou a que absorva o patrimônio da cindida), produzindo as repercussões próprias na depreciação normal. O ágio ou deságio decorrente de expectativa de resultado futuro poderá ser amortizado durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, à razão de 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do período de apuração. (...)

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

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

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

⁶ 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.

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).

(...)

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;

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 lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.(...) (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/99⁷.

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.

⁷ 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).

§ 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).

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 à 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.** 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, consumir-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 nº 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.

§ 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 ATALIBA⁸.

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.

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,

⁸ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

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 impositivo (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto **pessoal**.

Em relação ao aspecto **material**, há que se consumir a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o *caput* do art. 386 do RIR (*A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio...*). Com a confusão patrimonial, aperfeiçoa-se o **encontro de contas** entre 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. SCHOUERI⁹, 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**.

⁹ SCHOUERI, 2012, p. 62.

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

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

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

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

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 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.

9. Sobre o Caso Concreto

Feitas as considerações, passo a analisar o caso concreto.

Trata-se de transação com o Grupo HG como alienante, e o Banco CS ("Contribuinte") como adquirente, de "50% + 1 ação" de empresas do Grupo HG (HG INV, HG SERV, HG ASSET e HG CTVM).

Em setembro de 2007, o Grupo HG organiza-se de forma a concentrar 50%+1 ação do investimento (HG INV, HG SERV, HG ASSET e HG CTVM) a ser alienado sob controle da HGI-II.

Em novembro de 2007, a Contribuinte adquire a HGI-II, com ágio na ordem de R\$634 milhões.

Consolida-se estrutura societária no qual a Contribuinte é controladora da HGI-II, que é controladora da HG INV, que é controladora das empresas HG SERV, HG ASSET e HG CTVM.

Em julho de 2008 a Contribuinte amortiza a HGI-II, e passa a controlar diretamente a HG INV, e entendeu ter se consumado a hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, que permitiria o aproveitamento da despesa do ágio para fins fiscais.

O que se observa é que tal interpretação não encontra amparo na legislação.

A transação **efetivamente ocorrida** envolveu o adquirente Banco CS ("Contribuinte") e a alienante Grupo HG, na venda de participação ("50% + 1 ação") dos investimentos HG INV, HG SERV, HG ASSET e HG CTVM.

A empresa HGI-II, serviu deliberadamente para transportar o ágio relativo à aquisição dos investimentos para a Contribuinte, razão pela qual é classificada como **"empresa-veículo" nos presentes autos**. Oito meses depois, precisamente a HGI-II foi incorporada pela Contribuinte, para provocar ocorrência de situação que se enquadraria na hipótese permissiva de amortização do ágio.

Diante de todo o escrito no presente voto, 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 do investimento, mas sim da empresa HGI-II, denominada como “empresa-veículo” e a Contribuinte, ou seja, não estava presente **a investida (não participaram do evento de incorporação as empresas HG INV, HG SERV, HG ASSET e HG CTVM)**.

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

A utilização da empresa HGI-II (denominada “empresa-veículo”) tornou impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, pois afastou as pessoas jurídicas investidas (HG INV, HG SERV, HG ASSET e HG CTVM) do evento de incorporação.

A decisão de primeira instância constatou como precisão:

Entretanto, antes que o acordo estabelecido fosse posto em prática, o que se viu é que outras holdings de existência temporária foram criadas, interpostas entre a HGI e a CS, para depois serem extintas. Uma dessas holdings efêmeras, HGI-II, sobreviveu até que o momento em que a compra e venda prevista no contrato original foi consumada e assumiu o lugar que caberia à HGI. Mas em vez de ser titular de 100% das ações das empresas operacionais, a HGI-II era titular de apenas 50% mais uma das ações. Assim, em vez de adquirir 50% mais uma das ações da empresa veículo originalmente prevista, o CS adquiriu 100% das ações da HGI-II. Alguns meses depois viria a incorporá-la, o que levou a que se estabelecesse um quadro exatamente como o previsto no contrato original, mas agora com a vantagem de que o CS havia incorporado uma empresa que tinha ágio registrado em sua contabilidade.

Em suma, no entabular do negócio entre as partes e a sua subsequente consumação, a HGI já havia surgido como empresa veículo, mas que até poderia servir a outros propósitos, de natureza societária. Contudo, foram interpostas artificialmente outras empresas veículos, notadamente a HGI-II, sem nenhuma finalidade econômica ou negocial e cujo único propósito foi gerar uma vantagem tributária indevida.

Entendimento que reflete com clareza os motivos expostos na autuação fiscal (Termo de Verificação Fiscal, -e-fl. 1358/1359):

Esta fiscalização reputa inadmissível a dedução do ágio por não ter havido a efetiva incorporação das sociedades adquiridas.

Além do motivo acima indicado se verifica ainda a utilização de “empresa-veículo” sem propósito negocial (...) (Grifos originais)

Enfim, vale o registro de que se mostra inaplicável a ocorrência do art. 146 do CTN aduzida pela Relatora. Como se pode observar, não há que se falar em qualquer inovação nos fundamentos apresentados na ação fiscal. Ainda, uma vez demonstrada a indedutibilidade da despesa de amortização de ágio, resta prejudicada qualquer discussão sobre a comprovação da fundamentação econômica (laudo de avaliação). Se não houve comunicação entre investidor e investida, não restaram concretizados os aspectos pessoal e material da hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997. E, se não há que se falar em ágio, torna-se prescindível discutir se teria havido fundamento econômico para o sobrepreço. (*destaques do original*)

Observe, porém, que HGI Investimentos, também aqui, foi mencionada como investida e, inclusive, a citação da decisão de 1ª instância traz consignado que *HGI já havia surgido como empresa veículo, mas que até poderia servir a outros propósitos, de natureza societária*.

E, nestes autos, a glosa em debate se reporta à amortização fiscal do primeiro ágio nos anos-calendário 2012 a 2014, sendo que em 31/07/2012 a autuada incorporou a HG

Investimentos (CSHG-I). Este aspecto, aliás, motivou voto divergente na apreciação da impugnação apresentada nestes autos, em favor do afastamento da motivação de “interposição de empresa veículo”, bem como da qualificação da penalidade:

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em epígrafe, ACORDAM os membros da 13ª Turma de Julgamento da DRJ Ribeirão Preto, nos termos do relatório, voto e declarações de voto, que integram o presente julgado:

Em relação ao primeiro ágio:

- a. por maioria de votos, em manter a glosa de amortização do ágio, por interposição de empresa-veículo. Vencida a Julgadora Maria Lucia Aguilera, que a mantinha apenas em parte, conforme Declaração de Voto;
- b. por unanimidade de votos, manter a glosa de amortização do ágio, por falta de comprovação de ser rentabilidade futura o seu fundamento econômico;
- c. por maioria de votos, **manter a multa qualificada** para todo o período. Vencida a Julgadora Maria Lucia Aguilera, que fará Declaração de Voto.

[...]

DECLARAÇÃO DE VOTO

A divergência em relação ao voto da Ilma. Relatora restringe-se à dois pontos.

[...]

O segundo ponto, é que a partir da incorporação da investida (HG Investimento, posteriormente denominada Credit Suisse Hedging Griffo Investimentos.), em 31/07/2012, a amortização do primeiro ágio teria se tornado válida, sendo a partir daí insubsistente a glosa.

[...]

O exame do voto condutor da decisão de 1ª instância, inclusive, permite identificar várias passagens nas quais CSHG-I é mencionada como investida, mas segue-se a negativa de dedutibilidade ao ágio em razão de *vício insanável* no ato de criação do ágio (e-fls. 1242/1355):

[...]

Em 20/12/2006, o Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S.A. (compradora) firmou contrato com as pessoas físicas acionistas do Grupo HG (vendedora) para a compra de 50% + 1 ações do capital social da HG **Investimentos**, nos seguintes termos:

[...]

Em 18 de setembro de 2007, é efetuado um aditamento ao contrato de compra e venda, acordando a **mudança da empresa adquirida** (HG Investimentos) para a HG II.

[...]

Apenas em 2012, através de Notificação de Exercício de Opção de Compra datada de 24 de abril de 2012, a Credit Suisse decidiu por exercer sua opção de compra da HG Investimentos (na época, CSHG Investimentos), tendo por valor a média do lucro líquido ajustado nos anos-calendário 2009 a 2011, registrando, assim, o 2º ágio tratado na autuação.

Em seguida, no dia 31 de julho de 2012, fora efetivada a incorporação da CSHG **Investimentos**, dando ensejo às amortizações questionadas no segundo ágio.

SOBRE O PRIMEIRO ÁGIO

[...]

Consoante exposto, no presente caso, o ágio apurado teria por base o valor das empresas operacionais (HG Corretora, HG Serviços Internacionais e HG Asset), todas controladas

pela empresa HG Investimentos, objeto do contrato de compra e venda original firmado com o Grupo Credit Suisse.

[...]

Reitere-se que o objetivo amplamente demonstrado nesse primeiro negócio era, tão-só, a aquisição das ações. Não intentava a compradora (Credit Suisse) proceder à cisão da HG Investimentos e sua posterior incorporação. Isso restou mais do que elucidado, seja no contrato firmado entre os grupos, seja em sua impugnação.

O intuito era a aquisição de parte do Grupo Econômico HG, permanecendo as pessoas físicas como acionistas minoritários e administradores das empresas operacionais.

[...]

Como não havia o intuito de incorporar a empresa HG **Investimentos**, exigência primordial para a caracterização da amortização do ágio como dedutível, optaram as partes por incluir uma nova empresa (**HGI II**) a qual, essa sim, seria adquirida com ágio (reflexo do valor de seu ativo, ou seja, as ações da HG Investimentos) e posteriormente incorporada.

Exatamente por toda essa trama arquitetada que a fiscalização defende inexistir real incorporação. O objetivo das operações era a aquisição do controle das empresas operacionais, que, por sua vez, passaram a ser controladas pela HG **Investimentos**. A compra da participação pactuada foi feita de modo transversal, com o fim único de garantir uma economia tributária.

A HG **Investimentos**, objeto do contrato, não fora adquirida com ágio e incorporada. A participação nesta empresa não fora encerrada, nos moldes do determinado pela legislação.

Cumprir destacar que, ao contrário do que defende a Impugnante, caso as operações fossem efetuadas conforme previsão contida no contrato de compra original, nenhuma dedução decorreria das operações até que a empresa HG **Investimentos** fosse incorporada, o que somente ocorreu em junho de 2012.

Não obstante a possibilidade de amortização do ágio se caracterize como benefício fiscal outorgado pela lei, é óbvio que tal benefício se aplica às reais hipóteses de aquisição de investimento com ágio e sua posterior e efetiva incorporação, não àquelas em que tenha havido uma artificial estruturação para possibilitar a dedutibilidade do ágio resultante da compra, objetivando tão só criar despesas dedutíveis.

[...]

Assim, conclui-se do exame das operações societárias que culminaram na incorporação e extinção da HGI II e na apropriação de ágio pela Banco Credit Suisse que, sob o manto de pretensos propósitos negociais, visaram criar uma despesa dedutível fundada naquele ágio.

Nessas condições, o resultado da reorganização societária sob exame é inoponível à Administração Tributária, tendo em vista que, mesmo ocorrida posterior incorporação, cerca 5 anos depois, pela Impugnante, o ato de criação do ágio, de onde originada a sua fundamentação, encontrava-se eivado de vício insanável, não suscetível, portanto, de convalidação.

Registro que, em impugnação, a Contribuinte deu ênfase as objeções fiscais à incorporação de HGI-II e apenas mencionou, por duas vezes, que *a parte remanescente da CSHG I foi posteriormente adquirida pelo Impugnante e a CSHG I por ele incorporada*, sem deduzir pedido subsidiário em decorrência deste fato.

A acusação fiscal, por sua vez, sem expressamente classificar CSHG-I como empresa-veículo, nesta segunda oportunidade traz acréscimo em sua motivação para defender que a amortização fiscal do ágio somente seria possível com a incorporação das sociedades operacionais adquiridas. Menciona que após a incorporação de CSHG-I as estruturas

operacionais restaram duplicadas – aquelas originalmente mantidas pela Contribuinte e as desenvolvidas pelas sociedades operacionais adquiridas - *havendo apenas reorganizações de responsabilidades e transferências de carteiras de clientes*. Conclui, assim, que:

Concluimos por todo o exposto que efetivamente **não se caracterizou todo o planejamento tributário engendrado por CS e Grupo HG que gerou o primeiro ágio como uma operação de aquisição de controle acionário majoritário com ágio baseado em rentabilidade futura com posterior incorporação da sociedade controlada**, mas sim como uma aquisição de controle acionário majoritário, onde não seria admissível a dedutibilidade da amortização do ágio efetivada pelo CS por não haver se concretizado de direito e de fato a incorporação de sociedades objeto da negociação, as empresas operacionais do grupo HG.

Contudo, a *compra e venda de participação acionária majoritária no Grupo HG pelo Grupo CS* está assim relatada no Termo de Verificação Fiscal:

Conforme documento datado de 20 de dezembro de 2006 - “Contrato de Compra e Venda de Ações” entre Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S.A. (“**Compradora**”) e as Pessoas Físicas elencadas nas páginas de assinatura (“**Vendedores**”) e como intervenientes Hedging- Griffo Investimentos S.A., Hedging-Griffo Asset Management S.A., Hedging-Griffo Serviços Internacionais Ltda. e Hedging-Griffo Corretora de Valores S.A. (“**Sociedades Adquiridas**”) cujo objeto foi a aquisição de 5.001 (cinco mil e uma) ações ordinárias, sem valor nominal, representativas do capital social da HG Investimentos, equivalentes a 50% + 1 (cinquenta por cento mais uma) ações do referido capital social (as “Ações Adquiridas”). - Preâmbulo do Contrato - “Considerandos” O valor da transação estabelecido foi de R\$ 635.000.000,00 (seiscentos e trinta e cinco milhões de reais) a ser pago em quatro parcelas anuais de R\$ 158.750.000,00 (cento cinquenta oito milhões setecentos cinquenta mil reais) cada, a partir da “Data de Fechamento” previsto para ocorrer entre 30 de junho e 31 de dezembro de 2007 observadas as condições contratuais, sendo que cada pagamento estaria sujeito com correção diária pela variação do CDI - itens 2.1 a 2.3 do Contrato - “Compra e Venda”.

Ainda na “Data de Fechamento” seria firmado “Acordo de Acionistas” para reger a administração dos negócios após a efetivação da transação – item 2.3 (iii) do Contrato - “Compra e Venda”.

Consta ainda do Contrato a previsão de que seria levada a efeito no Grupo HG uma “Reorganização Permitida”, reorganização societária interna das Sociedades Adquiridas a ser concluída antes do Fechamento, por meio da qual “(i) a titularidade de todas ações emitidas e em circulação representativas do capital social da HG Corretora, HG Serviços Internacionais e HG Asset passará a ser detida diretamente pela HG Investimentos; (ii) na medida do necessário e conforme pactuado com a Compradora, o Negócio será transferido ou de outro modo cedido às Sociedades Adquiridas; e (iii) serão praticados demais atos ligados às aludidas providências, de modo a permitir que o Negócio seja incorporado à HG Investimentos, conforme pactuado entre as partes.” - item 1.1 do Contrato - “Definições”

O termo “Negócio” abrange as atividades de (i) “Negócio de Administração de Bens de Terceiros”; (ii) “Negócio de Corretagem dos Vendedores” e (iii) “Negócio de Consultoria de Investimentos” - item 1.1 do Contrato - “Definições”

Ressalte-se que a HG Investimentos citada no “Contrato de Compra e Venda de Ações” e objeto da negociação é a de CNPJ 08.138.922/0001-71: importante esta distinção em função do fato de que o “Fechamento” foi efetivado com sociedade distinta, a Hedging-Griffo Investimentos S.A. - II – HGI-II, de CNPJ 08.111.476/0001-01, conforme descrito no item 4.1.3 deste TVF. Esta alteração foi consubstanciada através do Aditivo ao Contrato de Compra e Venda de Ações lavrado em 18 de setembro de 2007, onde foi detalhada a reorganização societária permitida acima citada.

Nestes termos, a HG Investimentos foi constituída para incorporar os negócios das sociedades adquiridas por meio dos atos que se fizessem necessários e, possivelmente em razão desta função diferenciada, a autoridade lançadora passa a se referir a ela como objeto da negociação e como “sociedade adquirida”. Contudo, frente à incorporação da HG Investimentos pela autuada, a autoridade lançadora passa a dar destaque à subsistência das *empresas operacionais do grupo HG* e a afirmar, genericamente, *a utilização de “empresa veículo” sem propósito negocial*, sem especificar se estaria assim se referindo à HG Investimentos e, se assim fosse, porque teria lhe atribuído esta natureza nesta segunda acusação.

Em verdade, o argumento principal da autoridade lançadora passa a ser a impossibilidade de incorporação das empresas operacionais do grupo HG porque *foi negociado apenas parte majoritária das sociedades adquiridas e não sua totalidade*. As “sociedades adquiridas”, assim, teriam continuado *ativas, sob a mesma gestão, com acréscimo à razão social das sociedades adquiridas do nome “Credit Suisse”, resultado da associação acima mencionada, apresentando-se ao mercado a nova marca “CREDIT SUISSE HEDGING GRIFFO – CSHG”*.

Ocorre que esta constatação reforça a afirmação anterior de que HG Investimentos foi constituída para “incorporar”, ou gerir, os negócios das sociedades operacionais, e que a aquisição de parte de seu capital viabilizaria a associação pretendida, e a integração final após sua incorporação pela autuada. Observo, ainda, que apesar das ressalvas feitas pela autoridade fiscal ao laudo apresentado como prova do fundamento do ágio pago, a avaliação do negócio foi feita de forma integrada na HG Investimentos, como assim expresso no trecho transcrito no Termo de Verificação Fiscal:

“A avaliação econômico-financeira da HG II foi realizada em duas etapas. Na primeira etapa a empresa HG Invest foi avaliada de forma consolidada com suas subsidiárias operacionais (Asset Management, Serviços Internacionais e Corretora) através da metodologia do Fluxo de caixa Descontado. Na segunda etapa a HG II foi avaliada pela metodologia do Patrimônio Líquido Ajustado sendo o valor contábil de seu investimento na HG Invest substituído pelo valor justo de mercado.

A data-base da avaliação econômico-financeira é 31 de outubro de 2007. O período projetivo considerado foi de 10(dez) anos e 2(dois) meses, compreendendo o período de 1º de novembro de 2007 a 31 de dezembro de 2017 e perpetuidade.

Este relatório contempla objetivo, escopo, procedimentos e metodologia por nós utilizados, bem como as premissas mercadológicas e operacionais que envolveram o cálculo da estimativa/expectativa de valor justo de mercado para a HG II.

Como resultado final do presente trabalho, obtivemos a estimativa/expectativa de valor justo de mercado para a HG II de aproximadamente R\$ 1.133.198 mil (um bilhão cento e trinta e três milhões, cento e noventa e oito mil reais)”

Acrescento que nem mesmo na segunda parte da acusação fiscal, referente à glosa das amortizações fiscais do segundo ágio, a autoridade lançadora traz argumentos para afirmar HG Investimentos como empresa veículo na primeira fase da aquisição, da qual decorre o ágio sob análise. Para além de reiterar as referências à ocorrência de parceria/associação com *manutenção de estruturas administrativas duplicadas*, a acusação fiscal se prende à imprestabilidade do laudo e à efetivação da segunda parte da aquisição entre partes relacionadas, e, quando se destina a afirmar a *ausência de incorporação de fato das sociedades negociadas - utilização da CSHG-I como empresa veículo sem propósito negocial*, em momento algum confronta a função de HG Investimentos na aquisição inicial, dirigindo suas objeções às consequências do acordo firmado entre os dois grupos para gestão das sociedades operacionais,

destacando que elas não foram incorporadas e desmerecendo a estrutura organizacional adotada porque:

Apenas a título de argumentação e sem discutir o direito de livre organização e iniciativa das empresas, o verdadeiro propósito negocial de exploração recíproca de bases de clientes para o oferecimento de produtos complementares poderia ter sido alcançado sem a necessidade de toda a reorganização societária levada a efeito, mas simplesmente mediante a assinatura de um “ACORDO OPERACIONAL”, com ou sem exclusividade, como efetivamente fez a CSHG Corretora de Valores com os Bancos Credit Suisse Investimentos e Credit Suisse Múltiplo.

Por fim e não menos importante cabe observar que a alegada eficiência administrativa utilizada como pretexto para justificar toda a engenharia societária praticada pelas partes não merece guarida, pois o próprio grupo CS, antes de adquirir o grupo HG, já possui em sua estrutura o controle de 100% de sociedades e/ou objetivos sociais equivalentes aos das Sociedades Adquiridas, conforme extraído de sua DIPJ, ficha 62, “Participações Permanentes em Coligadas e Controladas”, a saber:

- Banco Credit Suisse (Brasil) S.A.
- Credit Suisse (Brasil) CTVM • Credit Suisse (Brasil) DTVM S.A.
- Nova Sede Empreendimentos S.A.
- Credit Suisse (Bahamas) Ltda.

Transcrição do Item IV do “Ato de Concentração” do CADE acima citado comprovam a identidade de mercados explorados pelas partes, conforme segue:

[...]

A identidade com o HG da gama de operações financeiras desenvolvidas pelo próprio Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) mais suas controladas comprovam a ausência de propósito negocial no planejamento tributário utilizado no caso em análise.

Melhor explicando, bastaria ao grupo CS “recepcionar” os profissionais e as operações do grupo “HG”, mediante a simples contratação destes profissionais e transferência de sua carteira de operações e clientes às respectivas congêneres, seja através de aquisição direta ou até mesmo através de celebração de “Acordo Operacional” como já acima citado, sem prejuízo de aquisição da marca “Hedging Griffio”.

Tese da defesa quando da primeira autuação, cita a hipótese de que se justifica a aquisição de um restaurante famoso apenas quando junto se mantém seu “chefe de cozinha” e equipe reconhecidos pela qualidade de seus serviços: pois bem em nosso caso não haveria necessidade alguma de se adquirir o “restaurante”, pois o CS já possuía este tipo de estabelecimento, podendo apenas contratar o “chefe de cozinha” e sua equipe, no caso, o sr. Luiz Stuhlberger e demais componentes do grupo HG, ou ainda estabelecer uma parceria do tipo “franquia” muito comum neste mercado de alimentação.

Concluimos por todo o exposto que efetivamente se caracterizou todo o planejamento tributário engendrado por CS e Grupo HG não como uma operação de aquisição de controle acionário entre partes independentes com ágio baseado em rentabilidade futura com posterior incorporação da sociedade controlada, mas sim como uma aquisição de controle acionário, onde não seria admissível a dedutibilidade da amortização do ágio efetivada pelo CS por não haver se concretizado de direito e de fato a incorporação de sociedades objeto da negociação, as empresas operacionais do grupo HG.

Fato recente comprova nossa tese: conforme amplamente noticiado pela imprensa, já em meados de 2014 e capitaneado pelo sr. Luiz Stuhlberger foi acordada sua saída do grupo CSHG com a fundação de uma nova gestora que contou com o próprio CS como sócio minoritário, arranjo este levado a efeito logo após o fim do “Período de Restrição” em 1º de janeiro de 2015 e o pagamento da quarta parcela devida pela aquisição em 2012.

Recordo que, como antes apontado, a decisão de 1ª instância já havia afastado, como fundamento da glosa do segundo ágio, a interposição de empresa veículo, e inclusive desqualificado a multa de ofício por esta razão, muito embora tenha mantido este gravame sobre as exigências decorrentes da amortização do primeiro ágio, mesmo depois da incorporação de HG Investimentos (CSHG-I) ocorrida em 31/07/2012. Neste sentido é o voto condutor da decisão proferida pela 13ª Turma de Julgamento da DRJ/Ribeirão Preto (e-fls 1242/1355):

DO PRIMEIRO ÁGIO

[...]

Neste contexto, não há como afastar a imputação da infração objeto do primeiro ágio do Auto de IRPJ. Do mesmo modo, deve ser mantida a imputação reflexa na CSLL, por decorrer dos mesmos fatos que ensejaram a autuação principal e por se encontrar, no art. 75 da IN SRF 390, de 2004, previsão para a CSLL das mesmas hipóteses e condições de dedutibilidade de ágio existentes em relação ao IRPJ, estando, portanto, ambos os tributos, sujeitos a igual tratamento.

Residem aí os fundamentos para a qualificação da multa de ofício, cujos fundamentos legais faz-se importante evidenciar. O art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, ao prever a majoração do percentual normal da multa de ofício, toma como referência os comportamentos descritos nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, que têm a seguinte redação:

[...]

Como ficou evidenciado ao longo do presente voto, a operação que culminou na interposição da HGI II como empresa veículo constituía-se em simulação que resultou nos ilícitos de fraude e sonegação. Com efeito, houve sonegação quando o registro formalmente correto das operações societárias e da despesa com o ágio pretendeu impedir ou retardar, por parte da autoridade fazendária, o conhecimento da natureza e circunstâncias materiais do fato gerador. Houve fraude quando aquelas mesmas ações modificaram as características essenciais do fato gerador de modo a reduzir o montante do imposto devido pela dedução de despesa.

[...]

Nesse contexto, os fundamentos da qualificação da multa subsistem inabalados mesmo após o ataque da impugnante, justificando a imputação fiscal.

Quanto às demais infrações imputadas ao contribuinte que estejam implicadas na criação fictícia do primeiro ágio, a elas também se aplica a penalidade qualificada, nos termos como fixado no Auto de Infração.

DO SEGUNDO ÁGIO

No item 5 do Termo de Verificação combatido, analisa a fiscalização a formação do segundo ágio em litígio, ou seja, aquele formado a partir do exercício da opção de compra de 50% **menos** uma ação do Grupo HG, através da aquisição da empresa **HG Investimentos**, holding detentora do controle das empresas operacionais do grupo (HG Asset, HG Corretora e HG Serviços Internacionais), com sua posterior incorporação.

Consoante destaca a autoridade fiscal, o valor da compra fora definido em 2007, em acordo de acionistas, onde prevista a opção de compra das referidas ações pelo equivalente a dez vezes a média do lucro líquido ajustado nos anos-calendário 2009 a 2011.

[...]

Por outro lado, a contribuinte apresentou laudo elaborado pela empresa de auditoria Ernest&Young em 18 de julho de 2012 (data posterior à aquisição das ações, que ocorreram em 12 de junho de 2012), contendo preço estimado superior ao preço de aquisição contratado.

Primeiramente, necessário esclarecer que, distintamente do alegado pela fiscalização, entende-se que a incorporação da empresa **HG Investimentos** antes do início da amortização do segundo ágio apurado permite uma dissociação da primeira operação, tendo em vista que, nesse caso, houve a extinção real do investimento, nos moldes em que exigido pela legislação.

Apesar de a impugnante pleitear que as operações sejam vistas como um todo, exatamente a análise em separado das operações que garante a licitude dos atos praticados. A não interposição de empresa veículo nesta segunda fase permite o afastamento da multa qualificada quanto às amortizações efetuadas com fulcro no segundo ágio.

Cabe, ainda, mencionar que, distintamente do alegado pela fiscalização, não se entende pela ocorrência de transação entre partes relacionadas, posto que neste segundo ágio as ações foram adquiridas diretamente dos sócios pessoas físicas, não sendo defensável compreender ter o Grupo Credit Suisse qualquer ingerência quanto ao preço efetivamente desembolsado.

Entretanto, tendo em vista tudo o que antes exposto em relação à exigência de apresentação de demonstrativo de fundamento do ágio com base em rentabilidade futura, aqui também mantém-se a autuação com base na falta de fundamento do ágio, mostrando-se desnecessárias novas considerações sobre a contemporaneidade do laudo.

[...]

Dessa forma, inviável reconhecer a dedutibilidade do segundo ágio apurado, mantendo-se a autuação também neste item, porque o preço não foi pago em função de rentabilidade futura, mas calculado com base em resultados pretéritos, certos e determinados – a média dos lucros líquidos dos anos 2009 a 2011, multiplicada por 10.

[...] (grifei)

Não identifico, assim, argumentos que possam retirar de HG Investimentos a finalidade de “incorporar”, ou gerir, os negócios das sociedades operacionais, e assim classificá-la como a empresa-veículo referida quando a autoridade lançadora expõe o *correto enquadramento legal e apuração da base de cálculo* da glosa sob análise, assim iniciando sua abordagem:

A utilização de “empresa veículo” sem propósito comercial e consequentemente de não ter havido incorporação de fato das empresas operacionais do grupo HG, requisito legal para a dedução da amortização do ágio – artigo 386 do RIR/99 – caracterizam planejamento tributário abusivo com finalidade apenas de obtenção de vantagens fiscais indevidas.

Constato, do exposto, a existência de indícios de que HG Investimento atuaria na gestão dos negócios de interesse da adquirente, sendo que, de outro lado, a autoridade fiscal não logrou reunir evidências para retirar a substância de HG Investimentos ou para infirmá-la como sociedade adquirida nas operações precedentes à incorporação ocorrida em 31/07/2012. Neste contexto, a partir daquela ocorrência, a amortização fiscal do ágio somente poderia ser rejeitada se infirmado seu fundamento em rentabilidade futura, aspecto superado em razão da inadmissibilidade do recurso especial da PGFN neste ponto.

Assim, o recurso especial da PGFN merece provimento na parte em que pleiteia o restabelecimento do crédito tributário principal correspondente às amortizações fiscais do primeiro ágio apropriadas até 31/07/2012.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Redatora designada.

Declaração de Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Acompanhei a I. Relatora em seu entendimento contrário ao conhecimento do recurso especial da PGFN relativamente ao segundo ágio em debate. Constatei, no exame do acórdão recorrido, que a fundamentação adotada para exoneração da exigência correspondente não se prendia, meramente, a argumentos que desmereciam a necessidade de confusão patrimonial, como verificado em relação ao primeiro ágio, para o qual foi interposta a empresa veículo HG-II, de natureza semelhante à das empresas veículo tratadas nos paradigmas nº 9101-002.213 e 1101-000.961, ainda que tais casos tratassem de ágio de titularidade de adquirente situada no exterior, internalizado para aproveitamento fiscal.

Diversamente do verificado em relação ao primeiro ágio, e exposto no voto vencedor ao norte, no que se refere ao segundo ágio, a autoridade lançadora deduz diferentes fundamentos para a glosa promovida, assim sintetizados no item “5.2 Do Direito Aplicado” do Termo de Verificação Fiscal às e-fls. 742/833:

Esta segunda aquisição foi o fechamento da utilização de planejamento tributário abusivo com a finalidade única de obter vantagens tributárias indevidas na apuração do IRPJ e CSLL, mediante dedutibilidade de amortização de um novo segundo pretensão ágio fundamentado em “expectativa de rentabilidade futura”.

Cabe observar que **a natureza comercial do negócio entre os grupos CS e HG se caracterizou mais como uma “Parceria/ Associação”**, mesmo que juridicamente tenha o grupo HG se transformado em subsidiária integral do CS, inicialmente com a aquisição em 2006 de participação majoritária e posteriormente com a aquisição do saldo de ações em 2012, conforme será demonstrado nesta auditoria.

Esta fiscalização reputa inadmissível a dedução da amortização do segundo ágio pelas razões a seguir individualizadas:

- Para efeitos legais e tributários, a segunda aquisição de participação societária se trata de uma nova operação, desvinculada da primeira aquisição;**
- A aquisição da segunda parte de ações se deu entre “partes relacionadas”;**
- Não houve a incorporação das sociedades efetivamente adquiridas, quais sejam, as empresas operacionais do grupo HG. A dedução da amortização do ágio somente foi possível mediante a utilização de “empresa-veículo”, a CSHG-I, sociedade sem propósito negocial;**
- O valor da transação – 10 vezes a média do lucro líquido dos anos calendário 2009 a 2011 - foi pré estabelecido em Acordo de Acionistas e não guardou relação com “expectativa de rentabilidade futura”;**
- a apuração de ágio pretensamente fundamentado em rentabilidade futura visou apenas a obtenção de benefícios fiscais**
- Por ocasião da aquisição da participação acionária o CS não indicou na sua escrituração contábil qual o fundamento do ágio;**
- Não possuía na data da aquisição o segundo lote de ações o demonstrativo que suportasse a classificação do ágio como sendo fundamentado em “expectativa de rentabilidade futura”;**
- O Laudo de Avaliação elaborado posteriormente à data de aquisição das ações se mostrou tecnicamente falho e imprestável para a finalidade pretendida.**

Pelos motivos acima indicados entende esta fiscalização não terem sido atendidos os requisitos legais que suportassem a dedutibilidade da amortização do ágio, sendo obrigatório sua adição na apuração da base de cálculo do IRPJ e CSLL no período em análise, conforme demonstrado a seguir. *(destaques do original)*

E, sob esta ótica diferenciada, que a Fiscalização afirmou desvinculada das operações formadoras do primeiro ágio, o voto condutor do acórdão recorrido traça, também, diferentes fundamentos para cancelamento da exigência, refutando a acusação de ágio interno, destacando o fato de CSHG-I não ter sido caracterizada como empresa veículo na acusação referente ao primeiro ágio e afastando a exigência fiscal de que somente a aquisição direta de empresas operacionais, e sua subsequente incorporação, autorizaria a amortização fiscal do ágio. Veja-se:

[...]

Ora, a conclusão não poderia ser outra. **O ágio interno pressupõe uma operação que envolva partes que pertençam ao mesmo grupo econômico, o que não é o caso.**

De um lado estava o CS que possuía o controle majoritário mas não integral do grupo HG. De outro lado, estava o grupo que ainda detinha o restante das ações do grupo HG não detidas pelo CS.

Não há nos autos qualquer indicação de que os acionistas fundadores à época minoritários do HG possuíam também ações do CS ou qualquer outro tipo de relação societária entre as partes envolvidas na geração do segundo ágio.

As partes envolvidas na operação tinham interesses diametralmente inversos, pois, é acertado dizer que quanto maior fosse o preço das ações, melhor seria para os acionistas minoritários do grupo HG e viceversa.

Se não existem partes relacionadas ou integrantes do mesmo grupo econômico, não há que se falar em ágio interno.

Da utilização de empresa veículo

[...]

Alega a fiscalização que a negociação de aquisição das ações restantes das sociedades adquiridas se deu através da utilização da CSHG-I, empresa veículo sem qualquer propósito negocial.

Em apertada síntese, a fiscalização parte da tese de que o ágio somente seria válido se incorporadas diretamente as empresas operacionais do grupo HG e como isso ocorreu através da sociedade CSHG-I, a dedução do ágio não seria possível.

Vejo aqui uma incoerência no trabalho fiscal. Isso porque, a empresa CSHG-I neste ponto tratada como empresa veículo pela fiscalização é justamente a empresa considerada pela mesma fiscalização como objeto da operação que gerou o primeiro ágio, sendo que lá tratouse de atacar a empresa HG-II como veículo. Assim, no universo racional da fiscalização a empresa CSHG-I sofreria de uma crise de identidade, pois, ora é empresa veículo ora não.

Além disso, a linha de raciocínio adotada pela fiscalização que somente a aquisição direta das empresa operacionais HG Serviços Internacionais, HG Asset e HG CTVM todas controladas pela CSHGI, possibilitaria a dedução do ágio, me parece carecer de fundamento legal. De fato, procurei mas não achei na legislação a regra adotada pelo fiscal.

É verdade que a aquisição direta das ditas empresas operacionais também seria possível. Isso é inegável. Contudo, a existência de outras opções não tem o condão, nem de longe, de inviabilizar a opção escolhida pelo contribuinte.

Até porque, estamos tratando aqui da aquisição de 03 empresas operacionais quando a operação foi concentrada em apenas uma que é a CSHG-I, o que já demonstra que a

opção escolhida pelo contribuinte é muito mais racional e pragmático do ponto de vista negocial do que aquela apontada pelo fiscal.

Desta forma, são totalmente improcedentes as alegações da fiscalização quanto à utilização de empresa veículo (CSHG-I) ou ausência de incorporação das empresas efetivamente adquiridas.

[...] *destaques do original*

Ou seja, como a CSHG-I não foi classificada como empresa veículo na primeira autuação fiscal, a inadmissibilidade das amortizações promovidas após a sua incorporação pela adquirente não teria sido motivada pelo fato de CSHG-I ser uma empresa veículo, mas sim porque a confusão patrimonial exigida pela legislação deveria envolver a adquirente e as empresas operacionais, ao final, adquiridas. E esta circunstância específica, determinante para o cancelamento da exigência, em momento algum é tratada nos paradigmas indicados.

Por certo as discussões contrárias à amortização do ágio com a interposição de empresa veículo muitas vezes estão associadas ao fato de a incorporação não envolver a sociedade adquirida. Porém, a circunstância específica do presente caso é a acusação fiscal defender que a sociedade adquirida deve ser empresa operacional, e num contexto no qual a intermediária CSHG-I fora, antes, classificada como sociedade adquirida.

Aliás, a própria PGFN demonstra o contexto diferenciado das duas glosas em seu recurso especial, no qual, depois de limitar a descrição das operações aos eventos ocorridos até 28/07/2008, passa a ajustar sua argumentação, em várias passagens de seu recurso especial, para ampliar seu alcance em relação ao segundo ágio:

[...]

Com base nessa sequência de operações societárias, portanto, a Fiscalização constatou a indedutibilidade do ágio amortizado pelo BANCO CS. Segundo fora apurado, o contribuinte não observou os requisitos à dedutibilidade, haja vista que não incorporou (ou foi incorporado pelo) o investimento que adquiriu (**HG INVESTIMENTOS**, HG ASSET, HG CTVM e HG SERV INT), e não demonstrou de forma hábil a fundamentação econômica do ágio na rentabilidade futura.

[...]

Nesse diapasão, enquanto a Fiscalização apurou que, com base na visão conjunta dos fatos, o papel de investida deve ser ocupada pelas empresas **HG INVESTIMENTOS**, HG ASSET, HG CTVM e HG SERV INT, o BANCO CS defende que a investida é a empresa HGI-II, tal como consta dos documentos que embasaram as operações societárias.

Pois bem. A fim de analisar a controvérsia ora delimitada, deve-se recorrer, em primeiro lugar, ao conteúdo do instrumento que serviu de base para todas as operações societárias realizadas entre os Grupos CS e HG. E, ao compulsar o contrato de compra e venda de ações celebrado no dia 20/12/2006, vê-se claramente que o objeto do acordo firmado não era a HGI-II, ou qualquer outra holding que seria criada até o fechamento do contrato, mas sim as empresas **HG INVESTIMENTOS**, HG ASSET, HG CTVM e HG SERV INT, sendo que essa primeira sociedade já desempenhava na negociação o papel de holding que deteria as empresas cujo capital social formava o verdadeiro núcleo de interesse das partes.

[...]

Nesse esteio, da leitura do instrumento que serviu de base para todos os atos societários praticados pelas partes, vê-se que o objeto da negociação nunca foi a HGI-II, mas sim as empresas **HG INVESTIMENTOS**, HG ASSET, HG CTVM e HG SERV INT, identificadas como “sociedades adquiridas”.

E mais, **partindo de uma leitura mais atenta**, conclui-se que, na realidade, **as verdadeiras “sociedades adquiridas” eram as empresas HG ASSET, HG CTVM e HG SERV INT. A HG INVESTIMENTOS é utilizada apenas como uma ponte para a transferência dessas empresas.**

Tal importância das empresas HG ASSET, HG CTVM e HG SERV INT é inequivocamente vista da leitura do segundo “considerando” do preâmbulo, o qual deixa expresso os negócios do Grupo HG que interessavam ao BANCO CS. Vê-se que nesse “considerando”, **em nenhum momento é citada a empresa HG INVESTIMENTOS.**

[...]

Portanto, comparando o contrato de compra e venda celebrado entre as partes com as operações societárias realizadas para concretizar tal negociação, vê-se que, o ágio registrado pelo contribuinte não é dedutível porque, em que pese o BANCO CS ter justificado a dedução do seu ágio com a incorporação da empresa HGI-II, na verdade essa “mais valia” decorre da aquisição das empresas **HG INVESTIMENTOS, HG ASSET, HG CTVM e HG SERV INT**, cujos patrimônios NUNCA FORAM INCORPORADOS pelo BANCO CS.

[...]

Dessa forma, com base na interpretação literal dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, somente a confusão patrimonial estabelecida entre as empresas **HG INVESTIMENTOS, HG ASSET, HG CTVM e HG SERV INT** e o BANCO CS autorizaria a dedução do ágio amortizado.

Na realidade, para ser mais exato, **a verdadeira confusão patrimonial** que autorizaria de forma incontestável o ágio pago pelo BANCO CS quando da aquisição das empresas do Grupo HG seria aquela que envolvesse as empresas HG ASSET, HG CTVM e HG SERV INT.

Com efeito, tal como já destacado no tópico anterior, o próprio contrato celebrado entre as partes estabelece em seu segundo “considerando” que **os negócios que interessavam ao BANCO CS eram aqueles que pertenciam a essas três empresas.** De acordo com o contrato, a HG INVESTIMENTOS seria utilizada como uma holding que passaria a deter o controle acionário dessas empresas.

Portanto, pelo exposto, vê-se que o contribuinte não cumpriu um dos requisitos legais para a dedutibilidade do ágio. Como a HGI-II não foi o real investimento adquirido pelo BANCO CS, a confusão patrimonial entre essas empresas não autoriza a dedutibilidade da correspondente “mais valia”.

Na verdade, o encontro patrimonial proporcionado pela incorporação da HGI-II pelo BANCO CS ocorreu apenas entre o ágio relativo às empresas adquiridas e o “reflexo contábil” dessas sociedades. Isso porque, mesmo após a incorporação, as empresas adquiridas permaneceram independentes do patrimônio do BANCO CS. E, não havendo a extinção do investimento adquirido, não há que se falar em dedução da despesa da amortização do ágio pago na sua aquisição!

Por exemplo, no caso em estudo, caso o Grupo HG tivesse concretizado a sua opção de recompra das ações que alienou ao BANCO CS, haveria o surgimento em duplicidade do mesmo ágio. Isso porque, como o ágio decorrente da primeira aquisição foi registrado como despesa dedutível pelo BANCO CS, a nova transferência da HG INVESTIMENTOS permitira o registro do mesmo ágio pelo Grupo HG.

Ou seja, o Grupo HG poderia ter adquirido as mesmas ações por R\$ 635 milhões e novamente registrando o ágio no valor de R\$ 634 milhões. Tal possibilidade decorre do fato de que o patrimônio do investimento adquirido não foi unido com o patrimônio do seu novo controlador.

Por fim, ao contrário do que defende o BANCO CS, não é correto o seu raciocínio que o ágio seria dedutível ainda que a HGI-II não tivesse sido utilizada, pois, nessa hipótese a HG INVESTIMENTOS seria incorporada. **Isso porque, o contribuinte parte de uma**

premissa inexistente (incorporação da HG INVESTIMENTOS), que nunca ocorreu.

Com efeito, o aspecto apurado pela Fiscalização que impede a dedutibilidade do ágio é justamente o fato de que o contribuinte deixou de incorporar as sociedades que adquiriu. Assim, por óbvio, se tal incorporação tivesse ocorrido o ágio seria dedutível.

Portanto, o raciocínio do BANCO CS estaria correto somente se, ao final de todas as operações, não obstante a participação da empresa HGI-II, as empresas HG INVESTIMENTOS, HG ASSET, HG CTVM e HG SERV INT tivessem sido incorporadas pelo BANCO CS. Dessa forma, sem sombra de dúvida, a participação da HGI-II não afetaria o direito à dedução do ágio registrado, haja vista que, todos os investimentos que deram ensejo ao ágio teriam sido incorporados pelo seu adquirente.

[...] (*destaques originais suprimidos e negritos acrescentados*)

A PGFN, portanto, num primeiro momento defende que HG Investimentos (CSHG-I) era a sociedade adquirida, chegando a afirmar que *a confusão patrimonial estabelecida entre as empresas HG INVESTIMENTOS, HG ASSET, HG CTVM e HG SERV INT e o BANCO CS autorizaria a dedução do ágio amortizado*, mas depois passa a classificá-la como “ponte para a transferência” das sociedades operacionais, e a invocar excertos dos contratos firmados para defender que não havia interesse na aquisição de CSHG-I. Ao final, arremata que a incorporação da CSHG-I nunca teria ocorrido, contrariando sua argumentação intermediária.

Observe-se, inclusive, que a acusação fiscal chega ao CARF desnecessária no ponto em que se indicou a interposição de empresa veículo para amortização fiscal do segundo ágio, dada a decisão assim proferida pela 13ª Turma de Julgamento da DRJ/Ribeirão Preto (e-fls 1242/1355):

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em epígrafe, ACORDAM os membros da 13ª Turma de Julgamento da DRJ Ribeirão Preto, nos termos do relatório, voto e declarações de voto, que integram o presente julgado:

Em relação ao primeiro ágio:

- a. por maioria de votos, em manter a glosa de amortização do ágio, por interposição de empresa-veículo. Vencida a Julgadora Maria Lucia Aguilera, que a mantinha apenas em parte, conforme Declaração de Voto;
- b. por unanimidade de votos, manter a glosa de amortização do ágio, por falta de comprovação de ser rentabilidade futura o seu fundamento econômico;
- c. por maioria de votos, **manter a multa qualificada** para todo o período. Vencida a Julgadora Maria Lucia Aguilera, que fará Declaração de Voto.

2. Em relação ao segundo ágio:

- a. por unanimidade de votos, afastar a caracterização da aquisição da parte remanescente do investimento como sendo entre partes relacionadas;
- b. por unanimidade de votos, **manter a glosa de amortização do ágio**, por falta de comprovação de ser rentabilidade futura o seu fundamento econômico;
- c. por maioria de votos, afastar a interposição de empresa-veículo, como fundamento para a glosa de amortização do ágio e reduzir a aplicação da multa de ofício para 75%. Vencido o Julgador Sidnei de Sousa Pereira, que fará declaração de votos. (*grifei*).

Concluo, diante de tais circunstâncias, que a abordagem do segundo ágio exposta na acusação fiscal, na decisão de 1ª instância, no acórdão recorrido e no recurso especial não permite que se estabeleça a necessária similitude fática para constituição do dissídio jurisprudencial.

Estas as razões, portanto, para conhecer do recurso especial apenas em relação às glosas da amortização fiscal do primeiro ágio.

Consigno, ainda, os motivos pelos quais divergi da maioria do Colegiado que decidiu, quanto à multa qualificada, não determinar o retorno dos autos ao Colegiado *a quo*.

Observe que, com referência às glosas do primeiro ágio apropriadas até julho/2012, a PGFN pleiteia o restabelecimento da integralidade do lançamento, inclusive afirmando devida a qualificação da penalidade, muito embora este segundo aspecto não integre o litígio ora constituído. E isto porque, na visão desta Conselheira, a PGFN não o controverteu mediante a demonstração de dissídio jurisprudencial, e nem poderia fazê-lo, na medida em que a matéria não foi apreciada no acórdão recorrido.

Na apreciação da impugnação, a multa qualificada aplicada às glosas decorrentes do primeiro ágio foi mantida por maioria de votos, conforme transcrição anterior da decisão de 1ª instância. Em consequência, era objeto do recurso voluntário ao qual foi dado provimento no acórdão recorrido, mas apenas porque consideradas válidas as amortizações deduzidas pela Contribuinte. Neste sentido é a conclusão do voto condutor do acórdão recorrido, relativamente ao primeiro ágio:

Com o ágio perfeitamente comprovado e advindo de aquisição de participação efetiva, com o pagamento do preço, a dedução da amortização é possível e necessária, nos termos do que dispõem o arts. 385 e 386 do RIR/99.

Desta sorte, por consequência lógica e racional, não há que se falar nas infrações nº 4 e 5, uma vez que devidamente amortizados dentro dos limites legalmente definidos no art. 386, inciso III.

Isso porque, a infração nº 4 diz respeito à multa isolada por insuficiência de recolhimento das antecipações mensais.

A suposta indevida dedução da amortização do ágio resultou em diminuição indevida da estimativa mensal. Uma vez comprovada a devida amortização, não há que se falar em falta de recolhimento das estimativas mensais.

Já a infração nº 5 refere-se a compensação indevida de base de cálculo negativa da CSLL. Tendo em vista o ajuste realizado no ano-calendário 2009 através da presente autuação no valor de R\$ 102.951.874,08, o valor de R\$ 25.864.768,56 (saldo negativo) se tornou inexistente.

Ocorre que o ajuste se mostrou indevido e o crédito de fato existe, podendo ser objeto de compensação.

Com relação à multa qualificada, esta, também por consequência lógica de todo o exposto para considerar válida a amortização do ágio, não deve ser aplicada.

Ainda que desnecessário, vez que o valor principal da presente cobrança fora afastada, sinto-me na obrigação de dizer que, ainda que o valor principal fosse devido, a aplicação da multa qualificada seria de toda improcedente.

Isso porque, as operações societárias, conforme detalhadamente demonstrado, não se deram de modo fraudulento ou simulatório, assim, ainda que a glosa da dedução do ágio permanecesse, não faria qualquer sentido aplicar a pesada multa qualificada de 150%, que visa alcançar somente aqueles que agem com a intenção de burlar o fisco.

Portanto, neste momento do voto, considera-se válida a amortização do ágio, primando pela inaplicabilidade da multa qualificada e multa isolada, e, finalmente, pela validade das compensações advindas da base de cálculo negativa de CSLL.

Pelas razões acima expostas a presente Turma de Julgamento já emanou decisão acerca da operação que gerou este primeiro ágio em processo que envolve o mesmo

contribuinte e que discutia os anos de 2008, 2009, 2010 e 2011, cuja ementa segue abaixo:

[...]

Em declaração de voto apresentada no Acórdão nº 9101-004.498 fundamentei meu entendimento em favor do retorno dos autos ao Colegiado *a quo* para apreciação da qualificação da penalidade, em face de idêntico voto proferido pelo ex-Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado, na apreciação do recurso voluntário interposto naqueles autos.

Naqueles e nestes termos, o Conselheiro Relator primeiro afirma que a multa qualificada deve ser cancelada por decorrência lógica do cancelamento do principal exigido. Assim, suscitada a divergência jurisprudencial acerca do fundamento para cancelamento do principal, o litígio passa a abranger, também, as exigências decorrentes. Em consequência, revertido parcialmente o entendimento que motivou a exoneração do crédito tributário no acórdão recorrido, são restabelecidas as exigências correspondentes, tanto o principal como a penalidade e os juros de mora sobre ele aplicados.

Somente assim não seria se houvesse fundamento autônomo e suficiente, não atacado pelo recurso especial, a sustentar a exoneração de alguma outra parcela do exigência, de modo que a divergência suscitada não permitisse revertê-la. A jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores orienta nesse sentido:

Súmula 283/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.”

Súmula 126/STJ: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”.

Ocorre que os demais argumentos deduzidos no voto condutor do acórdão recorrido não se caracterizam como fundamento autônomo para a exoneração da multa qualificada.

Em primeiro lugar, a abordagem é precedida da expressão “ainda que desnecessário”, o que já retira qualquer conteúdo decisório do que consignado na sequência. Além disso, o Conselheiro Relator registra “sinto-me na obrigação de dizer”, e esta postura deve ser interpretada em face do que dispõe o Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, em seu Anexo II:

Art. 59. As questões preliminares serão votadas antes do mérito, deste não se conhecendo quando incompatível com a decisão daquelas.

§ 1º Rejeitada a preliminar, será votado o mérito.

§ 2º Salvo na hipótese de o conselheiro não ter assistido à leitura do relatório feita na mesma sessão de julgamento, não será admitida abstenção.

[...]

Neste cenário, se o Conselheiro Relator restasse vencido em seu entendimento contrário à exigência do principal, ele não poderia se abster de manifestar seu voto quanto às exigências decorrentes. Esta a razão, portanto, de os argumentos antes transcritos serem trazidos pelo relator, ainda que já firmado entendimento preliminar suficiente para a desconstituição da integral da exigência.

Em verdade, houve apenas erro de formalização no acórdão recorrido porque, ao prevalecer a proposta do Conselheiro Relator de cancelamento do principal, a segunda parte de seu voto, por desnecessária, deveria ter sido excluída na formalização do acórdão.

Ressalto que, também aqui, os fundamentos para afastamento da qualificação da penalidade sequer foram alçados à ementa do acórdão recorrido, assim como nada neste sentido constou do dispositivo do acórdão, como se vê em seus termos a seguir transcritos:

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário. Vencido o Conselheiro José Carlos de Assis Guimarães que dava parcial provimento ao recurso, apenas para afastar a glosa relativa ao 1º (primeiro) ágio. Vencida também a conselheira Ester Marques Lins de Sousa que negava provimento ao recurso. E, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício.

Apesar de suficiente esta abordagem para evidenciar que seria necessário o retorno dos autos ao Colegiado *a quo* para apreciação da qualificação da penalidade, outra análise pode ser empreendida para avaliar se o acórdão recorrido está assentado em mais de um fundamento suficiente e autônomo.

Para tanto, toma-se como referência a integralidade do voto condutor do acórdão recorrido e inverte-se o fundamento que se quer saber se é autônomo e suficiente, verificando-se se a resultante seria uma decisão distinta da adotada. No caso, como resultado desta inversão teríamos que o principal é indevido porque válida a amortização do ágio, mas a multa qualificada é procedente porque fraudulentas as operações societárias. Contudo, a conclusão ainda assim seria que a exigência deve ser integralmente afastada, porque o principal é indevido. Ou seja, a decisão adotada pelo Colegiado *a quo* seria a mesma: dar provimento ao recurso voluntário para cancelar integralmente a exigência.

Concluo, do exposto, que os fundamentos expressos no voto condutor do acórdão recorrido para exoneração da multa qualificada não se constituem em *ratio decidendi* do acórdão recorrido, mas mero *obiter dictum*. Assim, restabelecido parcialmente o principal exigido, os autos devem retornar ao Colegiado *a quo* para apreciação da defesa da Contribuinte contra a qualificação da penalidade.

Estas as razões, portanto, para, votando pelo restabelecimento das exigências fiscais correspondentes à amortização fiscal do primeiro ágio apropriada até 31/07/2012, concluir que deveria ser determinado o retorno dos autos ao Colegiado *a quo* para apreciação dos argumentos da Contribuinte deduzidos contra a qualificação da penalidade.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA