



**MINISTÉRIO DA ECONOMIA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**



**Processo nº** 16327.720403/2013-59  
**Recurso nº** Especial do Procurador e do Contribuinte  
**Acórdão nº** **9101-004.498 – CSRF / 1ª Turma**  
**Sessão de** 06 de novembro de 2019  
**Recorrentes** BANCO DE INVESTIMENTOS CREDIT SUISSE (BRASIL) S/A  
FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011

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.

**INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE MULTA. POSSIBILIDADE. SÚMULA CARF N. 108.**

A Súmula CARF nº 108 determina que incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional, vencidos os conselheiros Amélia Wakako Morishita Yamamoto (relatora), Cristiane Silva Costa, Lívia De Carli Germano e Caio Cesar Nader Quintella (suplente convocado), que não conheceram do recurso. No mérito, quanto ao Ágio, por maioria de votos, acordam em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Amélia Wakako Morishita Yamamoto (relatora), Cristiane Silva Costa, Lívia De Carli Germano e Caio Cesar Nader Quintella (suplente convocado), que lhe negaram provimento. Acordam, por maioria de votos, quanto à qualificação da multa, em não determinar o retorno dos autos ao colegiado de origem para apreciar a matéria, vencidas as conselheiras Edeli Pereira Bessa, Viviane Vidal Wagner, Andrea Duek Simantob e Adriana Gomes Rêgo, que entendiam pelo retorno. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial do Contribuinte. Designado para redigir o voto vencedor, em relação à admissibilidade e o mérito do lançamento do principal do ágio do recurso fazendário o conselheiro André Mendes de Moura. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Edeli Pereira Bessa.

(documento assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Amélia Wakako Morishita Yamamoto – Relatora

(documento assinado digitalmente)

André Mendes de Moura – Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Lívia De Carli Germano, Andréa Duek Simantob, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Caio Cesar Nader Quintella (suplente convocado) e Adriana Gomes Rêgo (Presidente).

## **Relatório**

Contra o acórdão n. 1201-001.438 e 1201.001.839 (embargos) da 1º Turma da 2ª Câmara, apresentaram Recurso Especial, a PGFN (fls. 2.021 e ss) e também a contribuinte (fls. 1.973 e ss) por meio dos quais o colegiado, por maioria de votos, deu parcial provimento ao recurso voluntário, nos seguintes termos:

### **Acórdão n.º 1201-001.438:**

“Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário para manter, apenas, a glosa da despesa com indenização a clientes e o respectivo IRRF. Vencidos os Conselheiros João Thomé e Ronaldo Apelbaum, que davam integral provimento ao recurso. Os Conselheiros João Thomé e Roberto Caparroz acompanharam o Relator pelas conclusões no que toca à amortização do ágio.”

### **Acórdão n.º 1201-001.839 (embargos):**

“Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não acolher os embargos opostos.”

A ementa do **Acórdão n.º 1201-001.438** encontra-se assim redigida:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011

**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.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011

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.

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF

Data do fato gerador: 03/09/2008

#### RENDIMENTOS RESULTANTES DE APLICAÇÃO FINANCEIRA INCIDÊNCIA DO IRRF

Está sujeito ao IRRF o rendimento produzido por aplicação financeira de renda fixa.”

A ementa do **Acórdão n.º 1201-001.839**, que analisou os embargos opostos pela Fazenda Nacional, por sua vez, encontra-se assim redigida:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO SOBRE ARGUMENTO DA PARTE. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JULGADOR. DESNECESSIDADE DE ANÁLISE DE TODOS OS ARGUMENTOS TRAZIDOS PELAS PARTES.**

Não ocorre omissão quando o vício apontado não se refere a fundamento legal adicional sobre o qual a turma não se pronunciou, mas a simples argumento de convencimento que pudesse levar o julgador à conclusão distinta.

Não há omissão quando os elementos, argumentos, documentos e, por fim, racional que foram analisados no acórdão se mostram suficientes para o convencimento dos julgadores.”

### **Recurso Especial da PGFN**

Em seu Recurso Especial, a PGFN defende a reforma do acórdão recorrido em razão de divergências jurisprudenciais no que tange à necessidade de manifestação sobre os argumentos das contrarrazões ao recurso voluntário e à dedutibilidade da amortização do ágio.

### **Despacho de Exame de Admissibilidade de Recurso Especial da PGFN**

Em despacho de admissibilidade (fls. 2.471 e ss), o Recurso da PGFN apenas foi admitido com relação à 2ª divergência jurisprudencial, relacionada à amortização do ágio, sustentada nos seguintes acórdãos paradigmas: 1101-000.961 e 9101-002.213.

A PGFN foi devidamente intimada acerca do despacho com seguimento parcial e não apresentou agravo, mantendo-se assim definitiva a parte não admitida.

### **Contrarrazões ao Recurso Especial da PGFN**

A contribuinte apresentou contrarrazões ao Recurso Especial da PGFN (fls. 2.632 e ss), onde alega em síntese:

a) o Recurso Especial da PGFN não merece sequer ser admitido, pois, com base em ponto não discutido nas instâncias ordinárias e que não constitui fundamento do auto de infração;

b) Inadequação dos acórdãos paradigma por ausência de similitude fática de ambos os acórdãos apresentados – 1101-000.961 e 9101-002.213;

c) Com relação ao restabelecimento integral do auto de infração, incluindo a multa qualificada, não deve prevalecer, já que o auto foi cancelado, no máximo, alternativamente, o que poderia ocorrer seria o retorno dos autos à Turma de origem;

d) Razões de mérito:

I) Quanto à suposta “ausência de confusão patrimonial entre investidora e investida”

- Da impossibilidade do restabelecimento da exigência fiscal com base em fundamento que não constou do lançamento;

- Da improcedência da alegação que de fato constou do lançamento;

II) Quanto ao propósito comercial negado pela fiscalização mas reconhecido pela própria PGFN no RE;

III) Quanto à suposta “imprestabilidade dos documentos trazidos pelo contribuinte para justificar o fundamento econômico do ágio na rentabilidade futura do investimento adquirido”;

### **Recurso Especial da Contribuinte**

A contribuinte apresentou Recurso Especial (fls. 2.632 e ss) onde apenas alega a questão da aplicação dos juros sobre a multa de ofício sobre parcela do auto de infração que foi mantida.

### **Despacho de Admissibilidade do Recurso Especial da Contribuinte**

Em despacho de fls. 2.682 e ss, foi dado seguimento ao Recurso Especial da contribuinte quanto a essa matéria - juros de mora sobre multa de ofício.

### **Contrarrazões ao Recurso Especial da Contribuinte**

A PGFN apresentou contrarrazões ao Recurso Especial da Contribuinte às fls. 2.725 e ss, alegando em síntese suas razões para manutenção dos juros sobre a multa de ofício.

### **Da Desistência do Recurso Especial do Contribuinte**

Em 08/10/2019 o contribuinte protocolou a desistência de seu Recurso Especial, às fls. 2.745.

É o Relatório.

## Voto Vencido

Conselheira Amélia Wakako Morishita Yamamoto – Relatora

### Breve síntese do lançamento:

Anos calendários 2008 a 2011 – lucro real

- TVF fls. 1343 – matéria que restou a ser discutida por este Colegiado –

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 1

Abaixo trechos do Relatório do acórdão Recorrido, que refletem o TVF e relatório da DRJ:

O objeto da fiscalização é a verificação da apuração do IRPJ e CSLL nos anos calendário 2008 e 2009, posteriormente ampliado para os anos-calendário 2010 e 2011, em especial a dedução de pretensão ágio com fundamentação em rentabilidade futura escriturado quando da aquisição pelo Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S/A — doravante "CS" de 100% das ações da sociedade Hedging-Griffo Investimentos S.A. II - HGI-II, ocorrida em 20 de dezembro de 2006, com fechamento em 01 de novembro de 2007 e posterior incorporação em 28 de julho de 2008.

A HGI-II sociedade do tipo "holding", constituída em 07/06/06 sob a denominação de Hedging-Griffo Equities Administradora de Recursos S.A, fazia parte do Grupo Hedging-Griffo HG composto por empresas operacionais e não operacionais do tipo "holding", conforme quadro abaixo que retrata a composição societária em 18/10/07:

As despesas com amortização de ágio durante o período compreendido nos anos-calendário 2008 a 2011 são decorrentes de eventos societários ocorridos nos anos-calendário 2006 e 2007, os quais demonstraram ter por finalidade criar uma situação que possibilitasse à fiscalizada aproveitar os benefícios fiscais previstos nos artigos 385 e 386 do RIR 1999.

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 SA. ("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 das ações do referido capital social (as "Ações Adquiridas").

O valor da transação estabelecido foi de R\$ 635.000.000,00, a ser pago em quatro parcelas anuais de R\$ 158.750.000,00, a partir da data de fechamento prevista para ocorrer entre 30 de junho e 31 de dezembro de 2007, observadas as condições

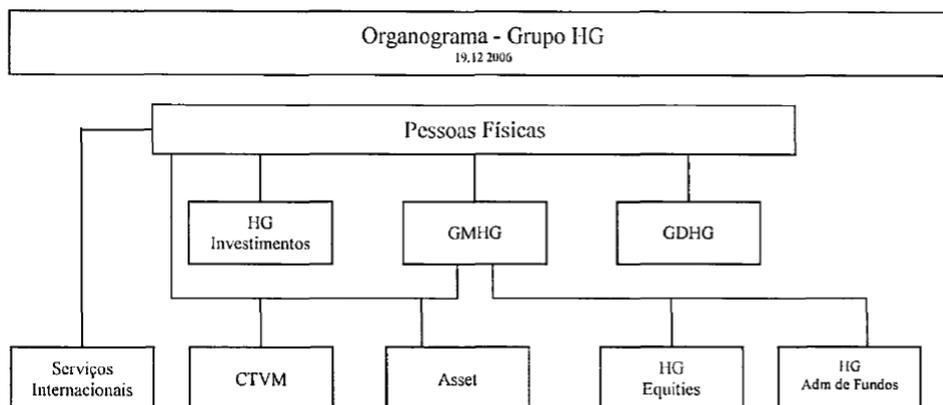
contratuais, sendo que cada pagamento estaria sujeito com correção diária pela variação do CDI. Ainda na data de fechamento seria firmado acordo de acionistas para reger a administração dos negócios após a efetivação da transação.

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.

Passa-se neste momento a analisar a reorganização societária que antecedeu a incorporação da HGI-II pelo CS, ora recorrente.

Originalmente, o controle acionário das sociedades componentes do Grupo HG era exercido na sua totalidade por um grupo de 76 pessoas físicas, das quais 4 com participação majoritária. Em cada sociedade havia uma composição diferente de acionistas pessoas físicas e respectivas participações.

Em 19/12/2006, a estrutura societária do Grupo Hedging-Griffo era o seguinte:

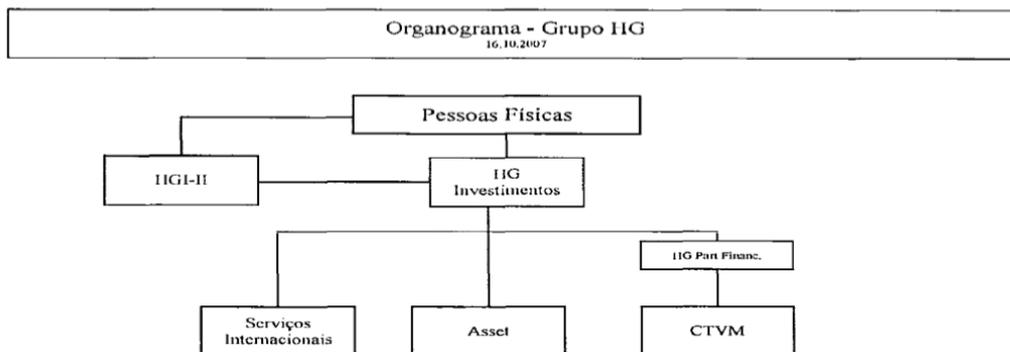


O Grupo HG desenvolvia atividades diversificadas no mercado financeiro e de capitais nacional, até então de forma independente, a saber, *private banking*, gestão de ativos e corretora de valores, através de empresas operacionais tais como Hedging-Griffo Serviços Internacionais S.A. – HGSI, Hedging-Griffo Asset Management SA. – HGAS, e Hedging-Griffo Corretora de Valores S.A. HGCV. Também faziam parte do Grupo as empresas operacionais HG Equities e HG Administradora de Fundos.

Constata-se que, apesar de toda a reorganização societária realizada até o momento anterior ao fechamento da aquisição pelo CS de participação societária majoritária no Grupo HG não sujeita a incorporação, o controle acionário total de 100% das empresas operacionais e não operacionais nunca deixou de ser exercido direta ou indiretamente pelas 76 pessoas físicas acionistas e quotistas do Grupo HG, tendo por único objetivo a transferência do controle societário direto ou indireto de suas empresas operacionais para a Hedging-Griffo Investimentos S/A HGI CNPJ 08.138.922/000171, conforme previsto no Contrato de Compra e Venda de Ações "Reorganização Permitida" e de 50% mais uma de suas ações desta para a HGI-II, conforme aditivo.

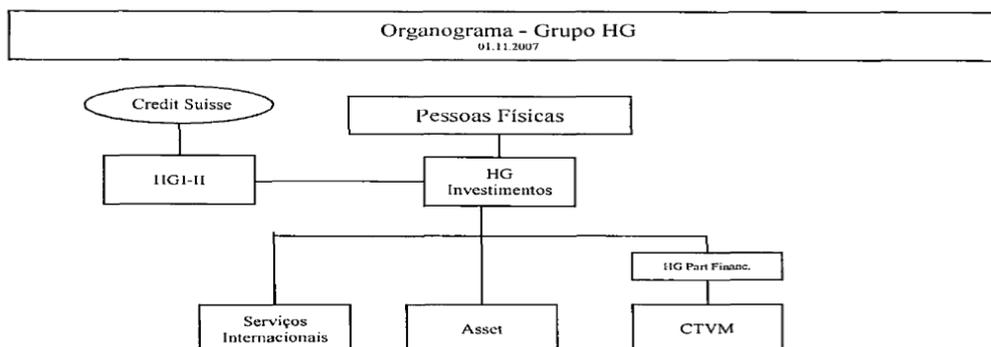
Na outra ponta a HGI-II, CNPJ 08.111.476/000101, passou a deter metade mais uma das ações da HG Investimentos CNPJ 08.138.922/000171. Em 28 de fevereiro de 2007 efetivamente a HG Investimentos passou a deter direta ou indiretamente 100% do

controle acionário das sociedades operacionais HG Asset, HG Serviços Internacionais e HG Corretora de Valores.



O restante do controle acionário da HG Investimentos passou a ser exercido 50% menos uma ação por Hedging-Griffo Investimentos S.A. I – HGI-I, CNPJ 07.995.528/000197. A HGI-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, ocupou o lugar da HG Investimentos como a sociedade adquirida em conjunto com as demais sociedades adquiridas pelo CS no fechamento da transação, em 1 de novembro de 2007, conforme quadro abaixo:



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

Regularmente intimada a apresentar documentação relativa à aquisição e incorporação da sociedade Hedging-Griffo, bem como demonstrar o ágio apurado e deduzido no período em análise e informar o embasamento legal que suportasse sua dedutibilidade, apresentou expediente onde informa que o CS comprou integralmente a HGI-II, empresa detentora do controle acionário de empresas operacionais grupo Hedging-Griffo, em novembro de 2007, após aprovação do Banco Central do Brasil, conforme contrato de compra e venda.

A empresa foi incorporado pelo CS, conforme Ata de Assembléia Geral Extraordinária realizada em 28 de julho de 2008 pelo valor patrimonial de R\$ 154.491.019,88. Escriturou em seus livros um ágio por expectativa de rentabilidade futura de R\$ 634.869.890,34 a ser amortizado num prazo de 74 meses, conforme Relatório de Avaliação Econômico Financeira emitido pela Ernst & Young.

Na seqüência afirma: "Considerando que em julho de 2008 o CS incorporou a HGI-II e o ágio gerado na referida operação tem com fundamento a expectativa de rentabilidade futura, as amortizações passaram a ser uma despesa dedutível, para fins de apuração do imposto de renda e contribuição social, com base no inciso 111 do art. 386 do Decreto nº 3000, de 1999."

fiscalização considera ineditável a escrituração do ágio e da subsequente dedução de sua amortização levada a efeito pelo CS na apuração da base de cálculo do IRPJ e CSLL.

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

Regularmente intimado a esclarecer a fundamentação legal para a apuração deste ágio e seu tratamento tributário, o CS indicou o embasamento como enquadramento legal no RIR/99 artigo 386, inciso III valor da rentabilidade futura da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros.

Além do motivo acima indicado se verifica ainda a utilização de "empresa veículo" sem propósito comercial, bem como o fato de que, por ocasião da aquisição da participação acionária, o CS não indicou na sua escrituração contábil qual o seu fundamento bem como não possuía o demonstrativo que suportasse a classificação do ágio como sendo fundamentado em expectativa de rentabilidade futura.

Pelos três motivos acima indicados entende esta fiscalização não terem sido atendidos os requisitos legais que suportassem a dedutibilidade do ágio, sendo obrigatório sua adição na apuração da base de cálculo do IRPJ e CSLL.

Concluiu-se, após o término da fiscalização, 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 majoritária de participação acionária, na qual não seria admissível a dedução da amortização do ágio efetivada pelo CS por não haver se concretizado de fato a incorporação de sociedades conforme pretendido pelas partes.

Ainda que se pudesse considerar o planejamento tributário executado pelas partes como válido, o pretenso ágio foi, segundo a fiscalização, incorretamente classificado pelo CS como baseado em "expectativa de rentabilidade futura".

O objeto da transação era a aquisição de 50% mais uma ação da HG Investimentos e demais sociedades adquiridas e não de 100% das ações da HGI-II: apesar de que no final o resultado tenha sido o mesmo, esta mudança por ocasião do fechamento se mostrou supostamente sem propósito comercial.

Comprovou-se a impossibilidade de considerar o ágio como fundamentado em rentabilidade futura pelo fato de o demonstrativo exigido pela legislação vigente como documentação comprobatória da fundamentação econômica de qualquer ágio haver sido lavrado em data posterior à efetivação da transação 14 de maio de 2008, em total desacordo com o previsto no caput e § 3º do artigo 385 do RIR 1999.

Foi reputado pela fiscalização que, em não havendo qualquer indicação da fundamentação econômica do ágio e na ausência do demonstrativo exigido legalmente

nesta data, por exclusão, uma vez que é pré-requisito indispensável para classificação nos incisos I ou II do § 2º do artigo 385, o investimento e respectivo pretensão ágio foi avaliado pelo inciso III do § 2º deste mesmo artigo, isto é, fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

A fiscalização encontra justificativa no fato de o relatório ter sido elaborado posteriormente poderia levar a uma situação não de todo incomum em que o valor do ágio escriturado quando do fechamento da transação R\$ 634 milhões poderia ser superior ao valor indicado na avaliação pela "expectativa de rentabilidade futura" realizada depois de sete meses, situação esta decorrente até mesmo a fatores alheios ao controle entre as partes, tais como alterações das condições de mercado ou regulatórias, inovação tecnológica, economia mundial.

A partir destas afirmações, restou caracterizado o evidente intuito de fraude, uma vez que, simulada a aquisição de participação societária como "total, 100%" e não apenas "majoritária, 50% mais uma ação", aliada à caracterização de ágio de maneira diversa da real "expectativa de resultados futuros" e não "outras razões econômicas" e daí para frente simulados também os demais atos encadeados, em especial a "formal" "incorporação de sociedade" que não ocorreu de fato, o fiscalizado impediu dolosamente, total ou parcialmente a ocorrência do fato gerador do IRPJ e da CSLL de acordo com o art. 72 da Lei nº 4.502, de 30.11.1964.

A base legal para cobrança da multa qualificada de 150%, pelo evidente intuito de fraude é o art. 44, § 1º e inciso II "b" da Lei nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007 em seu art. 14.

## **Recurso Especial da PGFN**

### **Conhecimento**

Conforme se verifica do Recurso Especial da Procuradoria, na parte admitida:

“Quanto ao mérito propriamente dito, a Fiscalização entendeu que o ágio amortizado pelo contribuinte não é dedutível porque não foram observados dois requisitos legais para tanto. Com base no artigo 7º da Lei nº 9.532/1997, constatou a autoridade fiscal que não houve a “confusão patrimonial” entre investidora (sociedade adquirente) e investidas (participações societárias adquiridas), assim como a demonstração hábil da fundamentação econômica do ágio na rentabilidade futura.

Já a Turma recorrida julgou insubsistente a autuação adotando os seguintes fundamentos:

(...)

### **Voto**

#### **Da amortização do ágio**

#### **Do conceito de propósito negocial.**

...

**Veja, a lei claramente define a possibilidade da constituição de uma holding com o intuito único de gozo de incentivos fiscais, que nada mais são que benefícios fiscais, assim como é o ágio. Assim, me parece claro que a simples alegação de ausência de propósito negocial não é suficiente para a glosa da dedução da amortização do**

**ágio, até mesmo porque, desde que utilizados instrumento legais e inexistentes a fraude, simulação ou abuso de direito, a economia tributária pode ser considerada um propósito negocial.**

No entanto, para fulminar qualquer alegação de ausência de propósito negocial e tentar mitigar da melhor forma possível esta subjetividade, o presente voto se propõe a demonstrar que há, de fato, motivo diverso do que simplesmente o gozo do benefício fiscal, diante das reorganizações societárias realizadas.

...

**Da utilização de empresa veículo.**

**A utilização da chamada empresa veículo pelo contribuinte tem sido invocada pelo Fisco como condição para invalidar o negócio jurídico ou conjunto de negócios jurídicos que culminaram na dedução do ágio pago.**

**No caso em tela, a "empresa veículo" é a sociedade HGI-II, que segundo o Fisco foi utilizada pelo contribuinte com o objetivo único de possibilitar o aproveitamento do ágio.**

**Primeiramente, é importante destacar que o fato do contribuinte se utilizar de uma empresa veículo para a perfectibilização da operação não é suficiente, por si só, para invalidar o negócio jurídico, especialmente, como se verá mais adiante, se restar demonstrada a existência de estruturas ou caminhos alternativos disponíveis ao contribuinte e que levassem ao mesmo resultado.**

...

**Da existência de propósito negocial além do benefício tributário**

...

A HGI-II, outra holding criada, adquiriu 50% + 1 das ações do capital social da HG Investimentos e foi incorporada pela ora recorrente, norteando faticamente o que dispunha o contrato. 32 É neste momento específico que se forma o ágio e neste ponto que residem as alegações por parte da fiscalização de ausência de propósito negocial.

Ora, em suma, a HG Investimentos detinha 100% das ações do capital social, entanto o contrato avençava que seriam vendidos apenas 50% + 1 das ações do capital social, portanto o controle da maioria das ações. Desta forma a holding HGI-II fora criada e passou a adquirir estes 50% + 1 das ações.

O recorrente, desta forma, incorporou a empresa HGI-II, absorvendo 100% de seu patrimônio e, conseqüentemente 50% + 1 das ações do capital social das sociedades adquiridas.

**O fisco alega que esta operação, escancarou a HGI-II como uma empresa veículo sem propósito negocial.**

Uma empresa veículo sem propósito negocial quer supor, coadunando com as definições já expostas, um meio para se atingir determinado propósito, tendo “por finalidade praticar ato simulado, ocultar ou encobrir fato gerador de obrigação tributária, isto é, criadas para dar aparência de regularidade a uma situação que assim não é”. Neste sentido, conclui o autuante que a mera utilização de sociedade constituída com o propósito específico de adquirir benefício fiscal inviabiliza a amortização de ágio.

**Ocorre que o recorrente trouxe embasamento fático robusto e sólido capaz de conferir a existência de propósito negocial à operação e, ao mesmo tempo, capaz de**

**descaracterizar a utilização de uma empresa veículo para fins de fraude, simulação ou abuso de direito.**

**Em outras palavras 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.**

...

Ora, o que se constata é a criação de uma empresa com propósito específico e desvinculado da exclusiva intenção de almejo do benefício fiscal, até porque, o benefício fiscal poderia ter sido alcançado sem a utilização da HGI-II, ora denominada "empresa veículo". Destaco aqui que a existência de possíveis estruturas societárias alternativas à efetivamente utilizada na operação e igualmente eficazes para o alcance do benefício fiscal, por si só, já demonstra a existência de propósito negocial da estrutura escolhida.

Partindo-se do pressuposto de que a mesma empresa poderia veicular a operação de aquisição, deve-se destacar que haja algum motivo diferenciador entre o escopo de ambas.

O recorrente claramente o demonstrou. **As disposições do contrato externaram a vontade das partes de que inexistia intenção dos sócios das empresas do Grupo Hedging-Griffo de se tornarem sócios do recorrente, o que justifica a aquisição indireta daquela participação acionária pela HGI-II.**

Deve-se, neste momento, regredir para se atingir a falha e insuficiente construção ideológica da fiscalização que reputou indevida a amortização do ágio por ausência de propósito negocial.

Pois bem, o CARF, em análise específica para cada caso concreto, busca uma uniformidade através da imposição de alguns requisitos que identifiquem a ausência de propósito negocial em uma operação, quais sejam: (i) retorno ao *statu quo ante*, isto é, reversão dos atos realizados após ter sido aproveitada a economia tributária; (ii) operações realizadas em curto espaço de tempo; (iii) provisoriedade dos negócios jurídicos realizados e dos quais resultou redução da carga tributária; (iv) vinculação econômica, jurídica ou de parentesco entre as partes envolvidas; (v) prática de atos contraditórios entre si.

Ora, o fisco embasa claramente parte de sua argumentação em apenas um dos requisitos apresentados, alegando que muitas reorganizações societárias ocorreram em um curto espaço de tempo (ii), em questão de horas.

Veja que apenas este requisito se mostra frágil para caracterizar a ausência de propósito negocial, pois, nem de longe forma um raciocínio apto a demonstrar algum tipo de fraude ou simulação, uma vez que não há nenhum tipo de limitação temporal quanto a este tipo de atividade em nosso ordenamento jurídico.

A fiscalização, no entanto, também reputou que não houve, de fato, uma incorporação, fato que talvez possa ensejar a presença do requisito de provisoriedade do negócio jurídico realizado, apenas para o gozo do benefício fiscal (iii).

No entanto, este voto já se dedicou a demonstrar afirmativa em sentido contrário. Ora a HGI-II foi incorporada e o recorrente passou a adquirir 100% de suas ações, que correspondiam a 50% + 1 das ações do restante das empresas Grupo Econômico.

Desta operação foi amortizado o ágio e quanto a este ponto não restam dúvidas que todas as reorganizações societárias visaram apenas uma estratégia negocial e estratégica que atendesse o interesse de adquirente e vendedores.

...

#### **Da expectativa de rentabilidade futura**

(...)

**Isso porque, a fiscalização alega a extemporaneidade do laudo de avaliação apresentado para comprovar o fundamento econômico que justificasse o ágio.**

**Ora, deve-se principiar a discussão com o fato de que 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.**

Havia, tão somente, a necessidade de existência de um demonstrativo para comprovar a escrituração do ágio, apurado com base no valor de mercado ou na expectativa de rentabilidade futura.

(...)

O demonstrativo, no caso em tela, fora veiculado por meio do Relatório de Avaliação, apresentado cerca de seis meses após a aquisição da participação. Restou claro que, em nenhum momento a fiscalização questionou o conteúdo deste relatório, não apontando nenhuma falha técnica que dissesse respeito ao mérito e as conclusões ali expostas.

Assim, cabe adentrar nas questões formais, novamente, para esclarecer que além de não haver previsão legal para a confecção de laudo técnico, inexistia à época da formação do ágio, qualquer dispositivo no pátrio ordenamento jurídico que determinasse algum prazo para apresentação deste demonstrativo.

Atualmente vigora a Lei nº 12.973/2014, que dispõe em seu art. 20, § 3º, sobre a exigência de um laudo elaborado por perito independente (...) Digo isso, pois, tal constatação mostra que a discussão acerca da extemporaneidade do laudo é de toda inócua.

(...)"

Como se vê, a Turma recorrida entendeu que, ao deduzir o ágio, o contribuinte cumpriu todos os mandamentos legais. Destaca que houve efetivo pagamento, a negociação que deu ensejo ao ágio ocorreu entre partes não ligadas e o fundamento econômico do ágio foi devidamente apurado. Afirma também o v. acórdão recorrido que, ao adquirir uma holding que detinha as ações negociadas, o contribuinte não passou a se beneficiar de uma redução fiscal que naturalmente seria devida. Entendeu, ainda, a Turma recorrida que a operação, na forma em que praticada, visou a legítimos interesses empresariais, e não apenas a finalidades exclusivamente tributárias, e em razão disto, concluiu que o ágio pago na operação, conduzida entre partes independentes, é legítimo, e que a sua posterior amortização, no caso concreto, é mera consequência do ato de incorporação. Por fim, entendeu o v. acórdão recorrido que não há falar em extemporaneidade do laudo de avaliação apresentado para comprovar o fundamento econômico que justificasse o ágio, uma vez que, 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.

Importante ressaltar que, não obstante o entendimento desta Procuradoria quanto ao lançamento original, neste momento não se está a discutir acerca da existência de legítimos interesses empresariais e propósito negocial das operações que deram origem ao ágio, uma vez

que reconhecidos tais pressupostos no voto condutor do acórdão recorrido. O que ora se questiona primeiramente, e é objeto da divergência, é a impossibilidade de amortização deste ágio gerado, em razão do propósito negocial vislumbrado pela Turma, apesar de não ter havido a confusão patrimonial exigida pela legislação tributária entre a empresa investida e a real empresa investidora.

Ao contrário do que consta do v. acórdão recorrido, o ágio deduzido pelo atuado é indedutível, nos termos da legislação fiscal, eis que decorre da participação de uma “empresa veículo”. Nesse sentido, decidi a 1ª Turma da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, no emblemático “caso SANTANDER”, Acórdão nº 1101-000.961, que a dedutibilidade do ágio só pode ser reconhecida quando houver a confusão patrimonial entre a investida e a real investidora:

“(…)

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.**

(…)”

Insta consignar que, apesar de constar no item 5 da parte dispositiva, acima transcrita, que foi dado provimento parcial ao recurso voluntário, relativamente às glosas de amortização de ágio, pela simples leitura do voto da Conselheira Edeli Pereira Bessa, constata-se a impossibilidade de tal amortização por falta de previsão legal, tendo esta somente afastado a qualificação da multa, o que, inclusive, foi objeto de Embargos de Declaração por esta Procuradoria, estando pendentes de julgamento. Seguindo-se no cotejo da análise da divergência apresentada, o trecho do voto da Conselheira Relatora, que apesar de vencido, prevaleceu no ponto em vergasta, corrobora o ementado, reforçando a similitude fática com o acórdão recorrido:

*“Na sistemática vigente, a amortização do ágio realizada pela investidora permanece indedutível na apuração do lucro real, e somente gera efeitos na alienação ou liquidação do investimento. Já a amortização do ágio realizada após a extinção do investimento não precisa ser adicionada ao lucro real, desde que o ágio esteja fundamentado em rentabilidade futura e a amortização observe o limite temporal mínimo estabelecido pela legislação.*

*Contudo, é fundamental que a incorporação se verifique entre investida e investidora, com conseqüente confusão patrimonial e extinção do investimento, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável. Aqui, porém, ao término das operações, nada mudou, pois o Santander Hispano permaneceu com a mesma quantidade de ações e na mesma condição de controlador do Banespa.*

*(…) A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.*

*Significa dizer que embora transferido o ágio par a empresa veículo, e na seqüência para a incorporadora desta, os efeitos econômicos do ágio originalmente contabilizado na controladora subsistem. Assim, a definição acerca do atendimento à finalidade dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 passa, primeiramente, pelo exame da validade da transferência do ágio originalmente contabilizado pela investidora para a Santander Holding, mediante subscrição de seu capital com o investimento por ela detido no Banespa.*

*Não se exige, aqui, uma lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital. Se não há vedação legal e os atos societários são realizados com observância dos requisitos formais, e têm por objeto ágio efetivo e pago, seria necessário disposição legal específica para se negar validade aos atos societários no âmbito tributário.*

*Contudo, é necessário verificar se a incorporação entre a investida e esta empresa para a qual foi transferido o ágio atende aos requisitos legais para que a amortização deste afete o lucro tributável.*

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

*(...)*

*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.*

*(...)*

*Evidenciado, portanto, que não houve a extinção do investimento, inadmissível a amortização fiscal do ágio.” (grifos nossos)*

No mesmo sentido, indicamos como paradigma o Acórdão n. 9101-002.213, da lavra da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, assim ementado:

“(…)

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.

(...)

Os seguintes trechos do voto condutor do **Acórdão n. 9101-002.213** bem resumem o entendimento adotado:

“A questão remete ao emprego de empresa “veículo” para, por meio dela, criar-se ágio pretensamente passível de amortização. Assim, em ambos os casos, houve pagamento

com recursos oriundos do exterior — seja diretamente pela sociedade estrangeira, seja indiretamente, pela empresa “veículo” — para aquisição de ações de sociedade brasileira, visando à criação de ágio no País, situação, essa, que foi decidida de modo diverso nos dois julgados, ora admitindo (acórdão recorrido), ora rejeitando (acórdão paradigma) dita operação, pois considera-se diversamente o efeito e a extensão da confusão patrimonial exigida na legislação de regência para efeito de dedutibilidade do ágio. Como é sustentado no recurso especial (fl. E-1980):

(...)

Ou seja, em última análise, os recursos que permitiram a aquisição da recorrente foram oriundos exclusivamente do exterior — e não do País —, e foram pagos a outra empresa também fora do país, motivo pelo qual não se pode ter como válido, para fins de amortização, o ágio então formado.

É que, para que se possa processar essa amortização, é pressuposto inarredável a existência de confusão patrimonial, consistente em haver, no mesmo patrimônio da empresa resultante da incorporação, ágio e rentabilidade, ou ágio e valorização patrimonial, conforme o caso. O que não ocorreu no presente caso, já que o adquirente CC HOLDCO (CC HOLDCO LTD CAYMAN + CC HOLDCO LUXEMBOURG) a adquirida (COLUMBIAN CHEMICALS DO BRASIL) continuam entidades absolutamente distintas após as operações societárias objeto de discussão, mormente em virtude de que os recursos da aquisição apenas transitam pela economia brasileira, sendo originados no exterior e em sequência retornados ao exterior.

Veja-se que é exatamente isto que preconiza a legislação de regência, quando diz “poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea “b” do § 2º do art. 20 do Decreto-lei n.º 1.598,

de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração”, a “pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977” (inciso III e caput do art. 7º da Lei 9.532/1997). Mas veja-se que o permissivo legal não ocorre no caso, reitere-se, pois a empresa adquirente CC HOLDCO (CC HOLDCO LTD CAYMAN + CC HOLDCO LUXEMBOURG), que adquiriu a COLUMBIAN CHEMICALS DO BRASIL, pagando no exterior (via remessa a partir do Brasil, de recurso para cá enviados pro ela com este fim) à COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION (USA), não incorpora nem é incorporada pela adquirida (COLUMBIAN CHEMICALS DO BRASIL).

(...)

Assim, 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 CC HOLDCO (CC HOLDCO LTD CAYMAN + CC HOLDCO LUXEMBURGO). O que se aplica à base de cálculo do IRPJ e da CSLL, mesmo porque não se vislumbra a possibilidade de tratamento diferenciado neste caso.”

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 comercial 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. Ademais, a Turma rejeitou os embargos de declaração opostos pela União (Fazenda Nacional) com a finalidade de suprir omissão sobre a ausência da confusão patrimonial entre investidora e investidas por considerar que não ocorre omissão quando o vício apontado não se refere a fundamento legal adicional sobre o qual a turma não se pronunciou, mas a simples argumento de convencimento que pudesse levar o julgador à conclusão distinta. Portanto, o argumento fazendário (inexistência de confusão patrimonial) foi afastado pela Turma recorrida, **ainda que implicitamente**, fato esse que permite a comprovação da divergência jurisprudencial. Se eg. Turma entender imprescindível essa análise para configurar a divergência, requer-se, então, seja, admitido e provido o recurso especial para anular o v. acórdão recorrido por omissão quanto às questões deduzidas nas contrarrazões – item anterior deste recurso.

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 comercial, os paradigmas, diversamente, entenderam que esse requisito é inafastável, independentemente da análise do propósito.

Segundo os paradigmas, a utilização de empresa veículo, independente de seu propósito, somente permite a amortização do ágio, que passou a existir no patrimônio da investida, caso se verifique a sua extinção, ou da investidora (real), mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Nesse sentido, veja-se o seguinte trecho do voto condutor do Acórdão nº 1101-000.961:

“(…)

*A autoridade lançadora demonstra no Termo de Verificação Fiscal, às fls. 395/398, que o investimento inicial de R\$ 9,6 bilhões feito pelo Santander Hispano, para aquisição do Banespa, permaneceu sob sua titularidade indireta, ao final representado por investimento na controlada Banco Santander S/A, que posteriormente incorporou o Banespa. Portanto, o requisito legal de extinção do investimento não se verificou, subsistindo ativas a investidora e a investida, e por consequência os valores representativos do ágio no patrimônio da sociedade espanhola.*

*Em tais condições, as amortizações promovidas pelas empresas brasileiras são indedutíveis porque não representam despesas próprias, mas sim despesas da adquirente original do investimento, que subsiste ativa. As operações societárias realizadas, visando internalizar o valor equivalente ao ágio pago pela empresa espanhola, e criar uma incorporação para supostamente atender ao requisito do art. 7º da Lei nº 9.532/97, revelam que a contribuinte buscou, apenas, uma vantagem tributária, sem alterar o controle societário da investida no Brasil.*

*Assim, resta comprovada a conduta contrária à lei (...)*” (grifos nossos)

(…)

Assim, configurada a divergência de entendimento nas Turmas do CARF, pois, diante da similitude fática percebe-se que houve a adoção de soluções diversas, porque, enquanto o v. acórdão recorrido entendeu que não é necessário ocorrer a confusão patrimonial entre investidora e investida, os Acórdãos paradigmas entenderam que sim, o ágio somente seria dedutível se o real adquirente, ainda que residente no exterior, incorporasse ou fosse incorporado pela adquirida/investida.

Por outro lado, também há divergência em relação à necessidade de apresentação de laudo prévio que ateste o fundamento econômico do ágio pago na rentabilidade futura.

O seguinte trecho do voto condutor do Acórdão n. 1101-000.961 é claro quanto à necessidade de laudo prévio:

*“Prosseguindo na demonstração de que o ágio cuja despesa de amortização foi deduzida pelo BANESPA não cumpre as condições e requisitos impostos pelo artigo 386 do RIR/99, a Procuradoria da Fazenda Nacional discorre sobre a ausência de laudo prévio que ateste o fundamento econômico do ágio pago na rentabilidade futura do BANESPA.*

*Assevera que o laudo utilizado para justificar a sua dedutibilidade fora elaborado posteriormente a essas operações de aquisição. Ou seja, o ágio foi pago pelo SANTANDER HISPANO com base em outros elementos, mas não no documento por trazido pelo recorrente. A legislação, porém, exige a indicação do documento que embasa o fundamento econômico do ágio por ocasião de seu reconhecimento contábil, e o laudo deve anteceder o pagamento do ágio, pois só assim será possível atestar que a mais valia que será paga decorre da rentabilidade futura da participação societária que será adquirida.*

*Em que pese a anterioridade do laudo econômico não esteja expressamente prevista em lei, ela decorre de uma estrutura lógica posta a sua materialização. Pensar em sentido contrário, além de ser um disparate*

*hermenêutico, implicaria na permissão de inimagináveis situações de fraude.*

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.” (trecho do voto condutor elaborado pela Conselheira Edeli Pereira Bessa).

Como se vê, também é manifesta a divergência quanto à necessidade de laudo prévio. O Acórdão n. 1101-000.961 considerou que, apesar de a anterioridade do laudo econômico não estar prevista expressamente em lei, ela 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. Já o v. acórdão 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.

A divergência diz respeito à interpretação e aplicação do art. 43 do CTN; dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997; dos arts. 385 e 386 do RIR/99; e do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77.

Dessa forma, restando evidenciada a divergência jurisprudencial, passa-se a demonstrar as razões pelas quais merece ser adotado o entendimento exarado nos paradigmas.”

O despacho de admissibilidade entendeu que a divergência jurisprudencial e a similitude fática para ambos os paradigmas foram demonstradas, já que neles não se tratou de

“ágio interno”, ambos consideraram 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. Bem como, a posterior operação de incorporação ocorrida com vistas ao aproveitamento fiscal da amortização do ágio não se deu diretamente entre 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*.

E que o acórdão recorrido 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).

E resumidamente chegou à conclusão: enquanto o acórdão recorrido cancelou a glosa das despesas com amortização de ágio, o paradigma n.º 1101-000.961, por sua vez, negou provimento ao recurso voluntário (neste específico ponto), e o paradigma n.º 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.

Trata também da questão levantada pelo RE da PGFN acerca da apresentação de laudo prévio que ateste o fundamento econômico, tratou como questão periférica, já que em seu entendimento a matéria é única, amortização do ágio, e nesse ponto entendeu que como o acórdão recorrido aceita a interveniência de empresas denominadas “veículo”, sem que haja confusão patrimonial entre a real investidora e a investida, os paradigmas não admitem a interposição.

Para se decidir acerca do conhecimento, no meu entendimento, há que se fazer uma análise um pouco mais profunda, no que tange à questão da confusão patrimonial trazida pelo RE da PGFN.

É conhecida por esse Colegiado, a “tese” trazida pela PGFN nos casos de amortização de ágio que para ser reconhecida a dedução deva haver a confusão patrimonial entre a real investidora e a investida.

No caso concreto, o lançamento não trata desse aspecto, em que pese, o recurso especial entender de tal forma.

Como visto pelo TVF, o fundamento do lançamento, dentre empresa veículo sem propósito negocial e falta de indicação do fundamento econômico, a falta da efetiva incorporação das sociedades adquiridas, mas de uma forma total e apenas majoritária, como se vê abaixo.

**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.**

O **objetivo** das operações de reorganização societária descritas acima foi a **aquisição de controle acionário majoritário dos negócios do Grupo HG pelo CS e não sua totalidade.**

E com base nisso ocorreu todo o trâmite do processo.

Até por isso, a própria PGFN levantou tal aspecto em contrarrazões ao Recurso Voluntário e posteriormente novamente em sede de Embargos de Declaração, que não acolhidos.

O que aqui se coloca novamente, e de igual forma salientada em sede de Embargos é que a confusão patrimonial levantada pela PGFN o é em tese, e não no caso concreto.

O que a PGFN traz em seus embargos declaratórios é suposta omissão decorrente da ausência de apreciação da questão relacionada à tese de "Ausência de Confusão Patrimonial".

Digo tese, pois, entendo que se trata exatamente disso uma tese ou racional através do qual entende a PGFN que a Contribuinte não preencheu os requisitos legais para dedução do ágio.

Não se trata de fundamento legal adicional sobre o qual a turma não se pronunciou, mas de elemento de convencimento que pudesse levar o julgador à conclusão de que não foram atendidos todos os requisitos legais para dedução do ágio.

Assim como no próprio RE:

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 comercial, os paradigmas, diversamente, entenderam que esse requisito é inafastável, independentemente da análise do propósito.

Aliás, outro ponto, que também merece destaque é que novamente em sede de Recurso Especial, traz à tona a nulidade da decisão recorrida, já que ela não analisou a questão relativa à confusão patrimonial, levando ao cerceamento do direito de defesa da União, essa questão não foi admitida por falta de demonstração da divergência.

Desde o início, o fundamento legal trazido pela fiscalização foi a falta de incorporação total das ações, já que em seu entendimento a incorporação da forma que foi feita ocorreu, mas não em 100% das ações e sim apenas nas majoritárias.

Pensando de outra forma, na tentativa da existência ou não dessa confusão patrimonial, partindo-se desse mesmo pressuposto do lançamento, uma vez que a aquisição ocorreu do Banco CS justamente desses 50% + 1 ação da HG Investimentos, que se encontravam

a dita ‘empresa veículo’ pode-se, da igual forma, em tese, que ocorreu a aquisição de 100% das ações, a que se objetivou comprar o recorrido.

Enquanto o acórdão 1101-000.961 trata da “internalização do ágio” pago por empresa estrangeira em aquisição de empresa brasileira, ou ainda de “transferência de ágio”, o que não ocorrem no caso em estudo.

De igual forma o acórdão 9101-002.213, carece de similitude fática, já que também trata de internalização do ágio, de pagamento feito por empresa estrangeira, ou com recursos originários de empresa estrangeira, fato também que não ocorre nestes autos.

De qualquer forma, visto das duas formas, diante dessa especificidade do caso concreto, não vejo como acatar os paradigmas aqui trazidos, que são conhecidos do Colegiado.

Assim, entendo não ter sido demonstrada a necessária similitude fática entre o acórdão recorrido e os paradigmas.

Ademais em se aceitar a tese da confusão patrimonial como posta pela PGFN, entendo que estaríamos inovando o lançamento, nos termos do art. 146 do CTN, o que é vedado.

Portanto, o Recurso Especial da PGFN não deve ser conhecido.

### **Recurso Especial da Contribuinte**

#### **Conhecimento**

Nesse caso, o único ponto trazido em sede de Recurso Especial pela contribuinte tratou da aplicação dos juros sobre a multa de ofício sobre a parcela que foi mantida pelo acórdão recorrido.

Essa matéria foi sumulada em 2018, pela Câmara Superior de Recursos Fiscais CSRF, na reunião de 3 de setembro de 2018:

Súmula CARF n.º 108

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

Para fins de conhecimento recursal, deve ser observado o disposto no art. 67 do Anexo II do RICARF, que, dentre outros requisitos, dispõe:

§ 3º Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que adote entendimento de súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da CSRF ou do CARF, **ainda que a súmula tenha sido aprovada posteriormente à data da interposição do recurso.** (grifou-se)

Diante disso, não conheço do recurso especial do contribuinte.

Ademais, há que se considerar também, que o contribuinte protocolou nos autos, em 08/10/2019, petição de desistência do Recurso Especial.

## Mérito

No caso de ser vencida quanto ao não conhecimento do Recurso Especial da PGFN, passo à análise do mérito.

Para a PGFN, conforme seu Recurso Especial:

Segundo apurou a Fiscalização, o ágio amortizado pelo contribuinte não é dedutível porque não foram observados dois requisitos legais para tanto. Com base no artigo 7º da Lei nº 9.532/1997, constata que não houve a “confusão patrimonial” entre investidora (sociedade adquirente) e investidas (participações societárias adquiridas), assim como a demonstração hábil da fundamentação econômica do ágio na rentabilidade futura.

Conforme mencionado acima, o lançamento se fundou em três aspectos:

**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.**

O **objetivo** das operações de reorganização societária descritas acima foi a **aquisição de controle acionário majoritário dos negócios do Grupo HG pelo CS e não sua totalidade.**

Assim resumidos:

- possibilidade de incorporação das “sociedades adquiridas” – das quais a CS passou a deter de fato apenas participação majoritária e não total;
- classificação do ágio como “expectativa de resultados futuros”;
- mediante utilização de empresa veículo sem propósito negocial, já que não há essa indicação em sua escrituração contábil;

Novamente, a questão como posta no lançamento e a questão como conhecida do Recurso Especial da PGFN de confusão patrimonial não se mostra a legítima.

A PGFN traz como ponto discutível de quem seriam as vendedoras e o objeto desse contrato?

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.

Conforme se verifica do contrato (fls. 8/9):

O presente CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE AÇÕES, datado de 20 de dezembro de 2006, é celebrado entre:

--- omissis ---

(vi) HEDGING-GRIFFO SERVIÇOS INTERNACIONIAS LTDA (...) (“**HG Serviços Internacionais**” e, **juntamente com HG Investimentos, HG Asset e HG CTVM, as “Sociedades Adquiridas”**);

O preâmbulo do contrato possui a seguinte redação (fl. 8/9):

**CONSIDERANDO que os Vendedores são, direta ou indiretamente, proprietários de 100% das ações e quotas emitidas e em circulação representativas do capital social das Sociedades Adquiridas;**

**CONSIDERANDO que a HG Asset, a HG CTVM e a HG Serviços Internacionais prestam serviços de administração de bens de terceiros, negociação de valores mobiliários, corretagem e consultoria de investimento;**

CONSIDERANDO que a Compradora deseja comprar dos Vendedores, e os Vendedores desejam vender à Compradora, 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”), observados os termos e condições estipulados no presente Contrato;

(...)

“Reorganização Permitida” significa reorganização societária interna das Sociedades Adquiridas a ser concluída antes do Fechamento, por meio da qual (i) **a titularidade de todas as 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,** conforma pactuado pelas partes.

Ora o objeto do contrato era justamente de 50% + 1 ação da HG-Investimentos e não da totalidade.

E isso é apontado no TVF – 4.5.1, fls. 1.359 e reconhecido pela DRJ:

#### **“4.5.1 Da ausência de incorporação de fato das sociedades negociadas.**

**A direta observação do objeto do “Negócio” - metade mais uma ação das sociedades negociadas - já nos leva a concluir de pronto pela impossibilidade de dedução de amortização de ágio como pretendido pelo CS pelo simples fato de que FOI NEGOCIADO APENAS PARTE MAJORITÁRIA DAS SOCIEDADES ADQUIRIDAS E NÃO SUA TOTALIDADE: ora, a própria definição legal de “Incorporação” implica na extinção das sociedades adquiridas, o que não ocorreu em nosso caso em análise por ABSOLUTA IMPOSSIBILIDADE LEGAL.**

A utilização da sociedade HGI-II, além de estranha às próprias partes constantes no “Contrato de Compra e Venda de Ações”, caracteriza-se como sem propósito comercial, a conhecida “empresa-veículo” já bem definida na jurisprudência administrativa que trata da matéria, conforme detalhado no item 4.3 deste TVF.

A definição de fato para o negócio é a “aquisição de PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA MAJORITÁRIA no Grupo HG pelo CS NÃO SUJEITA A INCORPORAÇÃO”, tendo os dois grupos econômicos acordado com a manutenção da gestão das sociedades adquiridas pelos antigos controladores, agora minoritários.

(...)

Conforme descrito, no final do processo, o CS efetivamente não incorporou ao seu patrimônio as “sociedades Adquiridas” e nem o poderia fazer POR NÃO DETER A TOTALIDADE DE SUAS AÇÕES.

Melhor explicando, as “Sociedade 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”.

(...)

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 majoritária de participação acionária, onde não seria admissível a dedutibilidade da amortização do ágio efetivada pelo CS por não haver se concretizado de fato a incorporação de sociedades conforme pretendido pelas partes.” (fls. 1359/1361 – destaques no original e nossos)

Assim como a posição da DRJ, fls. 1.726, que também reconhece tal impossibilidade:

“A esta altura, cumpre reconhecer que o autuante se equivoca ao sustentar que não poderia haver incorporação, a não ser que a incorporadora detivesse 100% da empresa a ser incorporada. Em verdade, a incorporação pode ocorrer com qualquer que seja o percentual que previamente detenha a incorporadora. Se ela não possuir 100% do capital, deverá negociar com os titulares da parcela restante. Estes podem receber um pagamento por suas quotas ou ações e retirar-se do negócio, ou aceitar em troca uma participação no capital da sociedade incorporadora equivalente à sua participação no capital da sociedade incorporada.”

Dessa forma, ao se acatar tal argumento, estaríamos inovando o critério jurídico do lançamento, ao arrepio da norma, art. 146 do CTN, que veda tal inovação.

Assim, novamente não tem como se verificar a confusão patrimonial como requerido no Recurso Especial da PGFN.

Quanto aos demais aspectos, teço os seguintes pontos:

O fato dos antigos sócios terem se mantido como sócios minoritários das Sociedades Adquiridas e terem se mantido pelo Acordo de Acionistas não é impeditivo ou deve servir de fato para desconsiderar as operações ocorridas;

Propósito negocial da empresa veículo, conforme a fiscalização entendeu que a empresa veículo não possuía propósito negocial, no entanto, o mesmo ágio teria sido apurado com a aquisição direta da participação acionária da HG Investimentos e poderia ser amortizado com sua incorporação. E a opção, na realidade, como se vislumbra do contrato de compra e venda, foi pela aquisição ou venda de uma empresa que já detinha os 50% + 1 ação da HG Investimentos, já que tanto os compradores como os vendedores não desejam se tornar sócios do Banco CS.

Nos outros pontos, o acórdão recorrido reflete meu entendimento, em síntese os seguintes pontos que se encontram no acórdão de embargos:

A turma avaliou diversos aspectos da operação colocada sob análise para ao fim, entender pela correção da dedução do ágio pela Recorrente e respectivo cancelamento desta parcela do lançamento.

Os aspectos avaliados foram:

- i) conceito de propósito negocial e impossibilidade de tributação de mera expectativa de lucro;
- ii) existência efetiva de propósito negocial e substância econômica no caso concreto;
- iii) possibilidade de utilização de empresa veículo;
- iv) efetiva avaliação de expectativa de rentabilidade futura;
- v) envolvimento de partes não relacionadas e
- vi) efetivo pagamento do preço.

Da análise de todos os pontos acima relacionados, este Turma entendeu que a Contribuinte atendeu todos os requisitos previstos na legislação tributária, em especial os arts. 385 e 386 do RIR/99 de forma a legitimar a tomada da dedução do ágio, conforme trecho do acórdão embargado que abaixo transcrevo:

" Desta forma, temos que o conjunto probatório apresentado pelo recorrente é capaz de fundamentar devidamente o ágio, através da expectativa de rentabilidade futura.

Todos os documentos trazidos apresentam validade técnica e formal a ponto de conferirem fundamentação robusta e completamente apta a ensejar o gozo do benefício fiscal, qual seja, a amortização do 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."

Ademais, trechos do Acórdão Recorrido acerca de cada item exposto, com os quais me coaduno em sua integralidade.

### **Utilização Empresa veículo:**

De qualquer forma, no caso em tela, temos que o alvo do Recorrente foi um grupo complexo e constituído de diversas entidades operacionais, controlado por um conjunto de dezenas de sócios que não tinham qualquer intenção de se tornarem sócios diretos do Recorrente, justificando, desta forma, a utilização da chamada empresa veículo - HGI II - para possibilitar a operação.

Neste sentido, 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,

Além disso, resta claro que existiam outras opções para que o Recorrente alcançasse o mesmo resultado, como, por exemplo, através da aquisição direta da empresa HGI para posterior incorporação.

Meu ponto aqui é que a existência de outras opções, além da utilização da chamada empresa veículo, já revela o descabimento da glosa da dedução do ágio pago sob tal fundamento - utilização da empresa veículo.

Assim, me parece de todo vazio o argumento de que a existência de uma "conduit company" na operação teria maculado a operação a ponto de inviabilizar a dedução do ágio.

### **Da Existência de propósito negocial além do benefício tributário**

Inicialmente, o pressuposto estabelecido é pela validade de todas as reorganizações societárias que culminaram na formação da HGI-II, a empresa incorporada.

Recapitulando, “o Contrato de Compra e Venda de Ações entre a incorporadora, ora recorrente, e as Pessoas Físicas elencadas nas páginas de assinatura ("Vendedores") e como intervenientes HedgingGriffo Investimentos S.A., HedgingGriffoAsset Management S.A., HedgingGriffo Serviços Internacionais Ltda. e HedgingGriffo Corretora de Valores SA. ("Sociedades Adquiridas") estabelecia que seriam adquiridas de 5.001 (cinco mil e uma) ações ordinárias, sem valor nominal, representativas do capital social da HG Investimentos, equivalentes a 50% + 1 das ações do referido capital social (as "Ações Adquiridas").”

Previa o contrato a possibilidade de *“reorganizações societárias internas das Sociedades Adquiridas a serem concluídas antes do Fechamento, por meio da qual (i) a titularidade de todas as 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 pelas partes.”*

Desta forma, o capital social das empresas de fato operacionais do Grupo Econômico fora adquirido em sua integralidade pela holding “HG Investimentos”, que passou a deter, desta forma, por óbvio, 100% das ações do capital social.

Até este ponto, não há que se falar em qualquer irregularidade, uma vez que todas as reorganizações societárias ocorreram de acordo com o que fora pré-estabelecido em contrato.

Houve, no entanto, um aditamento ao “Contrato de Compra e Venda de Ações”, assinado em 18 de setembro de 2007, por meio do qual as partes avençaram a mudança da empresa adquirida para a HGI-II. Foi o que ocorreu.

A HGI-II, outra holding criada, adquiriu 50% + 1 das ações do capital social da HG Investimentos e foi incorporada pela ora recorrente, norteadando faticamente o que dispunha o contrato.

É neste momento específico que se forma o ágio e neste ponto que residem as alegações por parte da fiscalização de ausência de propósito negocial.

Ora, em suma, a HG Investimentos detinha 100% das ações do capital social, entanto o contrato avençava que seriam vendidos apenas 50% + 1 das ações do capital social, portanto o controle da maioria das ações. Desta forma a holding HGI-II fora criada e passou a adquirir estes 50% + 1 das ações.

O recorrente, desta forma, incorporou a empresa HGI-II, absorvendo 100% de seu patrimônio e, conseqüentemente 50% + 1 das ações do capital social das sociedades adquiridas.

O fisco alega que esta operação, escancarou a HGI-II como uma empresa veículo sem propósito negocial.

Uma empresa veículo sem propósito negocial quer supor, coadunando com as definições já expostas, um meio para se atingir determinado propósito, tendo “por finalidade praticar ato simulado, ocultar ou encobrir fato gerador de obrigação tributária, isto é, criadas para dar aparência de regularidade a uma situação que assim não é”.

Neste sentido, conclui o autuante que a mera utilização de sociedade constituída com o propósito específico de adquirir benefício fiscal inviabiliza a amortização de ágio.

Ocorre que o recorrente trouxe embasamento fático robusto e sólido capaz de conferir a existência de propósito negocial à operação e, ao mesmo tempo, capaz de descaracterizar a utilização de uma empresa veículo para fins de fraude, simulação ou abuso de direito.

Em outras palavras 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.

(...)

Ora, o que se constata é a criação de uma empresa com propósito específico e desvinculado da exclusiva intenção de almejo do benefício fiscal, até porque, o benefício fiscal poderia ter sido alcançado sem a utilização da HGI-II, ora denominada "empresa veículo".

Destaco aqui que a existência de possíveis estruturas societárias alternativas à efetivamente utilizada na operação e igualmente eficazes para o alcance do benefício fiscal, por si só, já demonstra a existência de propósito negocial da estrutura escolhida.

Partindo-se do pressuposto de que a mesma empresa poderia veicular a operação de aquisição, deve-se destacar que haja algum motivo diferenciador entre o escopo de ambas.

O recorrente claramente o demonstrou. **As disposições do contrato externaram a vontade das partes de que inexistia intenção dos sócios das empresas do Grupo Hedging-Griffo de se tornarem sócios do recorrente, o que justifica a aquisição indireta daquela participação acionária pela HGI-II.**

Deve-se, neste momento, regredir para se atingir a falha e insuficiente construção ideológica da fiscalização que reputou indevida a amortização do ágio por ausência de propósito negocial.

Pois bem, o CARF, em análise específica para cada caso concreto, busca uma uniformidade através da imposição de alguns requisitos que identifiquem a ausência de propósito negocial em uma operação, quais sejam: (i) retorno ao *statu quo ante*, isto é, reversão dos atos realizados após ter sido aproveitada a economia tributária; (ii) operações realizadas em curto espaço de tempo; (iii) provisoriamente dos negócios

jurídicos realizados e dos quais resultou redução da carga tributária; (iv) vinculação econômica, jurídica ou de parentesco entre as partes envolvidas; (v) prática de atos contraditórios entre si.

Ora, o fisco embasa claramente parte de sua argumentação em apenas um dos requisitos apresentados, alegando que muitas reorganizações societárias ocorreram em um curto espaço de tempo (ii), em questão de horas.

Veja que apenas este requisito se mostra frágil para caracterizar a ausência de propósito negocial, pois, nem de longe forma um raciocínio apto a demonstrar algum tipo de fraude ou simulação, uma vez que não há nenhum tipo de limitação temporal quanto a este tipo de atividade em nosso ordenamento jurídico.

A fiscalização, no entanto, também reputou que não houve, de fato, uma incorporação, fato que talvez possa ensejar a presença do requisito de provisoriedade do negócio jurídico realizado, apenas para o gozo do benefício fiscal (iii).

No entanto, este voto já se dedicou a demonstrar afirmativa em sentido contrário. Ora a HGI-II foi incorporada e o recorrente passou a adquirir 100% de suas ações, que correspondiam a 50% + 1 das ações do restante das empresas Grupo Econômico.

Desta operação foi amortizado o ágio e quanto a este ponto não restam dúvidas que todas as reorganizações societárias visaram apenas uma estratégia negocial e estratégica que atendesse o interesse de adquirente e vendedores.

Quanto a este ponto cabe ainda o destaque conferido pelo recorrente ao entendimento exposto no v. acórdão recorrido:

*“A esta altura, cumpre reconhecer que o autuante se equivoca ao sustentar que não poderia haver incorporação, a não ser que a incorporadora detivesse 100% da empresa a ser incorporada. Em verdade, a incorporação pode ocorrer com qualquer que seja o percentual que previamente detenha a incorporadora. Se ela não possuir 100% do capital, deverá negociar com os titulares da parcela restante. Estes podem receber um pagamento por suas quotas ou ações e retirar-se do negócio, ou aceitar em troca uma participação no capital da sociedade incorporadora equivalente à sua participação no capital da sociedade incorporada.”*

Resta claro, neste ponto do voto, que a subjetividade da questão da definição do propósito negocial ou sua ausência, conforme alegado pelo Fisco, encontra elementos objetivos e concretos que a fortalecem e a tornam incontestável no presente caso.

## **Da expectativa de rentabilidade futura**

Superada, então, esta questão, urge a necessidade de análise da questão do suposto não cumprimento do requisito legal que fundamenta o ágio, a expectativa de resultados futuros. São dois pontos que merecem atenção: o embasamento fático e, por consequência, contábil e jurídico que suportou este requisito e o instrumento utilizado para justificar este requisito.

De início, cabe ressaltar que, em linhas gerais, o ágio irá se desenhar em linha tênue traçada na diferença entre o custo de aquisição de um investimento e o valor do patrimônio líquido da investida à época da aquisição.

Em raciocínio inverso, portanto, o custo de aquisição de uma empresa coligada e controlada, com valor de seu investimento, necessariamente corresponderá ao valor do patrimônio líquido na época da aquisição somado ao ágio ou deságio na aquisição.

O ágio deve, no entanto, indicar seu fundamento econômico, a razão contábil que lastreia o custo de aquisição de um investimento para além apenas do patrimônio líquido da empresa.

Neste ponto conveniente destacar os fundamentos econômicos que podem ser utilizados:

- 1- Valor de Mercado de bens do ativo da coligada ou controlada, superior ou inferior ao custo registrado na contabilidade
- 2- Valor de Rentabilidade da controlada ou coligada base em previsão dos resultados nos exercícios futuros.
- 3- Fundo de Comércio, Intangíveis e outras razões econômica.

Veja que o conceito basilar de um fundamento econômico que possa justificar o ágio perfaz a diferença entre uma realidade presente e uma expectativa futura, variando caso a caso.

A expectativa de rentabilidade futura, em suma, será baseada na previsão de lucros que a empresa terá em exercícios futuros. “Daí que a projeção da lucratividade, na diferença proporcional entre o custo de aquisição e o valor contábil do patrimônio líquido da investida confere a segurança jurídica necessária sobre a determinação do ágio baseado no valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros.” **(item 1)**

O recorrente fundamentou o ágio baseado na expectativa de rentabilidade futura e a fiscalização o descaracterizou, apresentando como fundamento econômico o Fundo de Comércio, Intangíveis e outra razões econômicas. **(item 3)**

A questão do Fundo de Comércio e dos intangíveis refere-se ao valor econômico do patrimônio líquido de uma empresa na parte em que ela supera seus ativos e passivos avaliados individualmente a preços de mercado, e isso só ocorre quando ela possui algo intangível, que lhe proporciona gerar lucro acima do normal.

Como intangível, podemos citar a marca, a popularidade do estabelecimento, um local privilegiado do estabelecimento, o ponto comercial, etc.

Enfim, são elementos intangíveis que se agregam ao patrimônio líquido (ativos e passivos ao valor de mercado), para comporem um conjunto que alterará o valor de uma empresa e o conseqüente custo de investimento que será realizado em sua aquisição.

Portanto, existem alguns elementos que exorbitam o patrimônio líquido da empresa, que a valorizam, mudam sua percepção real e presente e distorcem o investimento dispêndio, que com certeza não irá refletir a realidade contábil da empresa à época do investimento.

O art. 386 do RIR/99 considera este “item 3” como não passível de dedução ou amortização.

Cabe de início salientar que esta conclusão adotada pela Fiscalização seguiu uma série de reputações desacertadas de ordem formal, mas que ao mesmo tempo afetaram as questões de ordem contábil, material.

Isso porque, a fiscalização alega a extemporaneidade do laudo de avaliação apresentado para comprovar o fundamento econômico que justificasse o ágio.

Ora, deve-se principiar a discussão com o fato de que 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.

Havia, tão somente, a necessidade de existência de um demonstrativo para comprovar a escrituração do ágio, apurado com base no valor de mercado ou na expectativa de rentabilidade futura.

Veja, o demonstrativo acerca da rentabilidade futura seria suficiente para justificar e demonstrar o fundamento econômico e base para escrituração contábil do ágio em discussão.

Essencial a aplicação do princípio da estrita legalidade tributária para afirmar que, inexistindo previsão legal expressa, torna-se impossível exigir qualquer formalidade quanto ao demonstrativo necessário para servir de base ao lançamento contábil do ágio.

(...)

O demonstrativo, no caso em tela, fora veiculado por meio do Relatório de Avaliação, apresentado cerca de seis meses após a aquisição da participação. Restou claro que, em nenhum momento a fiscalização questionou o conteúdo deste relatório, não apontando nenhuma falha técnica que dissesse respeito ao mérito e as conclusões ali expostas.

Assim, cabe adentrar nas questões formais, novamente, para esclarecer que além de não haver previsão legal para a confecção de laudo técnico, inexistia à época da formação do ágio, qualquer dispositivo no pátrio ordenamento jurídico que determinasse algum prazo para apresentação deste demonstrativo.

Atualmente vigora a Lei nº 12.973/2014, que dispõe em seu art. 20, § 3º, sobre a exigência de um laudo elaborado por perito independente, no entanto, se referindo a comprovação da *“mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput”* (inciso II) e de forma alguma fazendo menção à comprovação do ágio (no presente artigo elencado no inciso III).

Desta forma o prazo que estipula referido artigo, do *“(...) último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação.”* para apresentação do laudo, não se aplica à apresentação de demonstrativo que comprove o ágio por expectativa de rentabilidade futura.

Neste contexto se torna desnecessária a menção e aplicação do princípio da retroatividade benéfica, uma vez que a lei presente não abrange e nem norteia especificamente o caso concreto que ocorreu no passado.

Trata-se o presente caso de um demonstrativo apresentado para comprovar o ágio por expectativa de rentabilidade futura e a Lei nº 12.973/2014 define um prazo para apresentação de laudo técnico que convalide a mais-valia relativa aos bens do ativo da empresa incorporada.

Desta forma, falecendo qualquer possibilidade de extemporaneidade e restando demonstrado que o trabalho apresentado pela Ernst & Young se mostrou apto em termos técnicos, ou seja capaz de demonstrar a expectativa de rentabilidade futuro, restou devidamente comprovada a existência do elemento econômico que fundamentou o pagamento o ágio.

Cabe lembrar, a legislação vigente à época das operações não disciplinou de forma expressa a forma de apresentação da demonstração, assim, ao referir-se à expressão "demonstração", sem qualquer complemento, especificação ou requisito adicional, o

legislador permitiu que os contribuintes viessem a demonstrar o fundamento econômico do laudo por meio de qualquer instrumento ou documento, que poderia ser um laudo "stricto sensu" elaborado por auditores independentes, um estudo interno ou uma simples apresentação em slides.

Digo isso, pois, tal constatação mostra que a discussão acerca da extemporaneidade do laudo é de toda inócua.

(...)

A fiscalização, no entanto, reputou que a extemporaneidade acarretaria iminentes mudanças nos resultados já contabilizados (devido a condições de mercado ou regulatórias, inovação tecnológica, economia mundial).

Desta forma, o recorrente, em sede de impugnação, apresentou a avaliação que fora feita no ano de 2006, a qual fora refutada pelo v. acórdão recorrido como não apta a comprovar a rentabilidade futura, especificamente diante dos seguintes fatos: a chancela presente no documento, elemento que retira a certeza da data real desta avaliação, alegação sobre a qual recaiu a presunção de má fé do recorrente; e o intervalo de tempo de quase um ano entre esta avaliação e a efetiva aquisição da participação, repisando os argumentos do fisco de mudança nos resultados contabilizados.

Acolho os argumentos do recorrente neste ponto. Primeiramente, quanto a veracidade da avaliação apresentada, a fiscalização está presumindo a má-fé do recorrente e, como é sabido, a má-fé não se presume.

**Devem ser produzidas provas para sustentar tão séria alegação, que coloca em xeque a reputação da empresa. As provas não foram produzidas, então presume-se, essa sim válida, a boa-fé do recorrente, que apresenta documentação condizente com a data ali estipulada por meio da chancela.**

Depois, quanto a alegação de mudanças nos valores, deve-se levar em conta que a expectativa futura esmiúça potencial passado e presente da adquirida de gerar lucros. Por mais que se possa justificar economicamente o pagamento do ágio, percebe-se que o referido valor é altamente subjetivo.

A sustentação objetiva se dá em face do histórico da atividade da empresa e dos consequentes lucros obtidos e a atividade presente e os consequentes lucros obtidos, para então definir as perspectivas da atividade no futuro e os possíveis/prováveis lucros que virão a ser obtidos.

A atividade da recorrente, como visto, está diretamente ligada a administração de fundos, de modo que, coadunando com a tese sustentada no recurso apresentado, não há grandes oscilações no fundo se houverem mudanças regionais ou até globais na economia.

O fundo se sustenta pelas taxas de administração e quem sofrerá de fato e de forma significativa com possíveis impactos e danos externos, como crises mundiais que abalam toda a economia, será o investidor.

**Além disso, o fato dos laudos de avaliação e/ou demonstrativos apontarem para um determinado valor não imputa a liquidez e certeza próprias da disponibilidade jurídica, tampouco econômica.**

Atinge-se o fato gerador do Imposto de Renda, contido no art. 43 do CTN, quando a renda está concretizada em definitivo, ou seja, quando o contribuinte começa a gerar lucros de fato e não há mais qualquer incerteza quanto à aquisição desta renda para o patrimônio do contribuinte. Deste modo impossível a tributação de ganhos meramente escriturais.

Portanto a concomitância da afirmação de que no período entre a confecção da avaliação em 2006 e a aquisição da participação, em 2007, poucas foram as oscilações sentidas nos fundos administrados, e da relativização deste fato diante da incerteza e iliquidez deste documento para fins de incidência do IRPJ, enfrenta gradativamente a posição adotada no acórdão recorrido.

A suposta desatualização da avaliação não significa necessariamente que a expectativa de rentabilidade futura ali demonstrada deve ser tributada (ou que o ágio não deve ser amortizado).

Veja, se o valor demonstrado for menor que o lucro de fato obtido, quem de fato é prejudicado com isso é o contribuinte, que não previu a rentabilidade da forma correta e não conseguirá amortizar o ágio na proporção equivalente ao lucro que de fato obteve. O lucro que excedeu o valor previsto será tributado de qualquer forma pois o valor amortizado só alcança os limites baseados no que se previu no laudo de avaliação.

Se o valor correspondente à expectativa de rentabilidade futura representar valor maior do que o lucro de fato obtido, também não há diferença para o Fisco, pois este excedente amortizado representa prejuízo em relação ao que se previa.

O prejuízo não seria tributado, de qualquer forma, pois não norteia o fato gerador do Imposto de Renda, e não o foi diante do gozo do benefício fiscal (amortização). Ou seja, nada tributaria-se, em momento algum, até porque não seria lógico exigir o IRPJ sobre o prejuízo.

É um mecanismo perfeito que se regula automaticamente diante de seus princípios conceituais, privando o contribuinte da duplicidade de tributação.

O ágio prevê uma expectativa, de modo que se essa expectativa se concretiza ou não, não há grandes diferenças, pois ele só evita uma bitributação sobre o lucro.

Devemos nos direcionar neste raciocínio por duas possíveis fontes de tributação: por um lado, o investimento realizado que concretiza a expectativa, veiculada por meio do laudo de avaliação; e, por outro lado, o lucro efetivamente apurado nos anos/meses subsequentes, anteriormente previstos.

**A fonte real de tributação será o lucro obtido, como já dito, a forma que representa de fato a disponibilidade jurídica e econômica.** A fonte que é barrada e mitigada, por consequência, diante do mecanismo criado (a amortização), é expectativa de rentabilidade futura e o ágio formado.

Portanto o ágio é amortizado perfeitamente no limite a evitar a bitributação, de modo que se previsto a maior ou a menor nenhum impacto tem sobre uma defasagem de tributação, seja sobre algum acréscimo patrimonial percebido ou sobre um prejuízo apurado.

Logicamente a avaliação ou o demonstrativo e as suas formalidades são essenciais para a correta fundamentação do ágio baseado na expectativa de rentabilidade futura, mas eventuais diferenças apuradas a maior ou a menor do lucro de fato obtido não representam ônus e consequente discussão fiscal a ponto de descaracterizar a operação.

Ademais, a escrituração contábil fora discriminada como “ÁGIO NA AQUISIÇÃO DA HEDGING-GRIFFO”, cuja fundamentação econômica é indicada pelo histórico do registro, o qual traz os dizeres: “valor ágio ref. **performance** fundos HG”.

Em razão disso, a fiscalização reputa insuficiência de fundamentação e a performance como incapaz de fundamentar o ágio baseado na expectativa de rentabilidade futura.

Os fundos de investimento somente podem cobrar taxa de performance se sua rentabilidade superar o respectivo “benchmark” no período e se o valor da cota no

último período em que foi cobrada a taxa de performance for menor do que o valor atual da cota.

Deste modo as taxas de performance representam a rentabilidade do fundo de acordo com certas variações. Este fato, em si, é capaz de caracterizar o Fundo de Comércio, caracterizando a rentabilidade de um fundo como a capacidade de angariar e atrair clientela, favorecendo a reputação e o prestígio da administradora.

Ocorre que o fundamento econômico utilizado para caracterizar o ágio não é a rentabilidade do fundo em si, mas além, **a rentabilidade dos serviços de administração, que se baseiam nas receitas provenientes, em sua maior parte, das taxas de administração.**

Assim, uma vez exaustivamente comprovado nos autos que as empresas operacionais se dedicavam à administração de fundos, a performance que exprime os serviços prestados como forma de fundamentar a expectativa de rentabilidade futura se mostra perfeitamente aplicável e cabível no caso em tela.

Desta forma, temos que o conjunto probatório apresentado pelo recorrente é capaz de fundamentar devidamente o ágio, através da expectativa de rentabilidade futura.

Todos os documentos trazidos apresentam validade técnica e formal a ponto de conferirem fundamentação robusta e completamente apta a ensejar o gozo do benefício fiscal, qual seja, a amortização do 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.

### **Multa Qualificada**

No acórdão recorrido, às fls. 1958, é de se salientar que o relator já realizou a sua análise:

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.

Ou seja, entendo que a questão restou julgada e decidida.

A PGFN em suas razões de Recurso Especial apenas menciona de forma genérica a questão da multa, sem trazer paradigmas ou quaisquer discussões acerca do tema.

Dessa forma, não há que se conhecer dessa parte, bem como não há que se falar em retorno dos autos à Turma *a quo*.

### **Conclusão**

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do RECURSO ESPECIAL da PGFN e restando vencida nesta parte, no MÉRITO voto por NEGAR-LHE PROVIMENTO e NÃO CONHEÇO do RECURSO ESPECIAL da CONTRIBUINTE.

(documento assinado digitalmente)

Amélia Wakako Morishita Yamamoto

### **Voto Vencedor**

Conselheiro André Mendes de Moura, Redator designado.

Abro divergência em relação ao voto da i. Relatora, a respeito do recurso especial da PGFN, para a admissibilidade e o mérito da matéria “amortização do ágio”.

Sobre a admissibilidade, com fulcro no art. 50, § 1º da Lei nº 9.784, de 1999<sup>1</sup>, 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:

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).

---

<sup>1</sup> Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos 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.

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, entendo 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”.

Passo ao exame do mérito.

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 n.º 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural<sup>2</sup>. 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 n.º 12.973, de 13/05/2014, o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei n.º 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 n.º 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei n.º 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

---

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

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

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

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

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

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

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

### **3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida**

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

Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no 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 n.º 12.973, de 2014) (Vigência)

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão<sup>3</sup>.

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 n.º 1.602, de 1997<sup>4</sup>, que, posteriormente, foi convertida na Lei n.º 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 SCHOUERI<sup>5</sup> ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

Anteriormente à edição da Lei n.º 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.

(...)

<sup>3</sup> Ver Acórdão n.º 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

<sup>4</sup> Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional n.º 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.

<sup>5</sup> 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 Mista <sup>6</sup> que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

O artigo 8º altera as regras para determinação do ganho ou perda de capital na liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido, quando agregado de ágio ou deságio. De acordo com as novas regras, os ágios existentes não mais serão computados como custo (amortizados pelo total), no ato de liquidação do investimento, como eram de acordo com as normas ora modificadas.

O ágio ou deságio referente à diferença entre o valor de mercado dos bens absorvidos e o respectivo valor contábil, na empresa incorporada (inclusive a fusionada ou cindida), será registrado na própria conta de registro dos respectivos bens, a empresa incorporador (inclusive a resultante da fusão ou a que absorva o 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).

---

<sup>6</sup> 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.

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

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

Art. 387. Em cada balanço, o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976, e as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 21, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso III):

(...)

Art. 388. O valor do investimento na data do balanço (art. 387, I), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo anterior, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 22).

(...)

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/99<sup>7</sup>.

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

## 6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

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

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

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

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

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

Ocorre que, em relação aos casos tratados relativos 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

---

<sup>7</sup> 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).

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 ATALIBA<sup>8</sup>.

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

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

E a norma em análise se dirige à pessoa jurídica **investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, 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.

---

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

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

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

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

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

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

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

A partir do momento em que, em razão das reorganizações societárias, passam a ser utilizadas novas pessoas jurídicas (C, D, E, F, G, e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora originária (pessoa jurídica A) e da investida (pessoa jurídica B), e o **evento de absorção não envolve mais a pessoa jurídica A e a pessoa jurídica B**, mas sim pessoa jurídica distinta (como, por exemplo, pessoa jurídica F e pessoa jurídica B), a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato 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. SCHOUERI<sup>9</sup>, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

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

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

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se 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.**

---

<sup>9</sup> SCHOUERI, 2012, p. 62.

## 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.

Diante do exposto, voto no sentido de **conhecer e dar provimento** ao recurso especial da PGFN.

(documento assinado digitalmente)

André Mendes de Moura

## **Declaração de Voto**

Conselheira Edeli Pereira Bessa

Divergi da maioria da Turma nas discussões acerca do retorno dos autos ao Colegiado *a quo* para apreciação da qualificação da penalidade.

É certo que o voto condutor do acórdão recorrido traz consignado que:

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.

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 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.

Ressalte-se que 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 parcial provimento ao recurso voluntário para manter, apenas, a glosa da despesa com indenização a clientes e o respectivo IRRF. Vencidos os Conselheiros João Thomé e Ronaldo Apelbaum, que davam integral provimento ao recurso. Os Conselheiros João Thomé e Roberto Caparroz acompanharam o Relator pelas conclusões no que toca à amortização do ágio.

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.

Conclui-se, 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 o principal exigido, os autos devem retornar ao Colegiado *a quo* para apreciação da defesa da Contribuinte contra a qualificação da penalidade.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa