



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo n°** 16327.720694/2016-28  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1402-003.574 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 20 de novembro de 2018  
**Matéria** IRPJ/CSLL - Amortização de ágio  
**Recorrente** BANCO CACIQUE S/A  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Ano-calendário: 2011

PROCESSOS DISTINTOS. ÓRGÃOS JULGADORES COMPETENTES. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA. DECISÕES ADMINISTRATIVAS DIVERGENTES. POSSIBILIDADE. Não vinculam as decisões administrativas proferidas por órgãos julgadores distintos, exaradas no exercício de suas respectivas competências.

AUDITORIA FISCAL. PERÍODO DE APURAÇÃO ATINGIDO PELA DECADÊNCIA PARA CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. VERIFICAÇÃO DE FATOS, OPERAÇÕES, REGISTROS E ELEMENTOS PATRIMONIAIS COM REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA FUTURA. Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança (Súmula CARF nº 116).

TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL. Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original. REFLEXO NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL. Deve ser anulada contabilmente a amortização de ágio que, após interposição de empresa veículo que dissimula o real adquirente, surge sem substância econômica no patrimônio da investida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, REJEITAR a conexão da presente exigência com aquela veiculada nos autos do processo administrativo nº 16327.001743/2010-34, vencida a conselheira Edeli Pereira Bessa (Relatora). Designado para redigir o voto vencedor neste tópico, o Conselheiro Marco Rogério Borges; por unanimidade de votos, AFASTAR a arguição de decadência; por voto de qualidade, NEGAR provimento ao recurso voluntário, mantendo as reduções de prejuízo fiscal e base negativa de CSLL decorrentes de glosa de amortização de ágio no período autuado, vencidos os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira e Junia Roberta Gouveia Sampaio que davam provimento, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

*(documento assinado digitalmente)*

PAULO MATEUS CICCONE - Presidente Substituto.

*(documento assinado digitalmente)*

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora.

*(documento assinado digitalmente)*

MARCO ROGÉRIO BORGES - Redator designado.

Participaram do julgamento os Conselheiros: Marco Rogério Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Edeli Pereira Bessa, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Júnia Roberta Gouveia Sampaio e Paulo Mateus Ciccone (Presidente Substituto).

## Relatório

BANCO CACIQUE S/A, já qualificada nos autos, recorre de decisão proferida pela 10ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo - SP que, por unanimidade de votos, julgou IMPROCEDENTE a impugnação interposta contra as reduções de prejuízo fiscal e de base negativa de CSLL apurados no ano-calendário 2011, no valor de R\$ 77.864.117,41.

Consta da decisão recorrida o seguinte relato:

### **1. DAS AUTUAÇÕES**

*Este processo trata de autos de infração (fls. 2 a 10), lavrados para redução de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa de CSLL do ano-calendário de 2011.*

*Foram apuradas duas infrações, a saber:*

*a) Falta de adição, na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, de despesas de amortização de ágio, no total de R\$57.384.280,56 (termo de verificação fiscal de fls. 12 a 22);*

*b) Glosa de despesas consideradas desnecessárias, relativas a comissões pagas à Cacique Promotora de Vendas, no montante de R\$20.479.836,85 (termo de verificação fiscal de fls. 24 a 31).*

*Sintetizam-se a seguir as alegações apresentadas pela fiscalização.*

#### **1.1. Amortização de ágio**

*No termo de verificação fiscal de fls. 12 a 22, a fiscalização alega que os autos de infração foram lavrados “em razão da diminuição das bases de cálculo dos tributos por valor de amortização de ÁGIO pago em operação de aquisição do Banco Cacique S.A. pelo Banco Société Générale Brasil, na qual o referido ágio, por meio de engenharia societária e procedimentos contábeis, findou por ficar registrado na contabilidade do Banco Cacique S.A., passando, então, a ser amortizado fiscalmente, sem o atendimento de condi o essencial imposta no artigo 7  da Lei 9.532/97, qual seja, a legítima incorpora o da companhia adquirida pela adquirente, (ou a incorpora o reversa, prevista no art. 8 )”.*

*A fiscaliza o transcreve reportagens de fevereiro de 2007 referentes   aquisi o do Banco Cacique pelo Société Générale. Ressalta que, embora as notícias veiculadas na imprensa descrevam a compra do Banco Cacique pelo Société Générale, o fato concreto foi a assinatura, em 25/02/2007, do Contrato de Compra/Venda das quotas representativas de 100% do capital social da Cacipar Comércio e Participa es Ltda. (Cacipar), holding que detinha 100% das a es do Banco Cacique.*

*Alega que, se o negócio fosse realizado como originalmente acordado, o Banco Société Générale Brasil teria 100% do capital social da Cacipar que, por sua vez, teria 100% do capital social do Banco Cacique.*

*Informa a fiscalização que foi pago valor superior ao patrimônio líquido da Cacipar, o que gerou um ágio que teve por fundamento a expectativa de rentabilidade futura (art. 20, §2º, “b”, do Decreto-Lei nº 1.598/77).*

*Alega que o valor do ágio pago por rentabilidade futura pode ter um dos seguintes tratamentos tributários, conforme disciplinado pelos artigos 384 e 392 do RIR/99:*

*a) ser utilizado no momento da alienação da participação societária adquirida, compondo o custo de aquisição do investimento e, assim, reduzindo o ganho de capital; ou*

*b) ser amortizado à razão de 1/60 por mês a partir do momento em que ocorrer a absorção (em virtude de incorporação, fusão ou cisão) da participação societária adquirida.*

*A fiscalização alega que, no caso, não ocorreu nenhuma das duas hipóteses, visto que subsistem as duas empresas, o Banco Société Générale Brasil e o Banco Cacique, sendo aquela controladora e detentora de 100% das ações desta.*

*Alega que, embora a legislação tributária tenha previsto apenas as duas hipóteses acima descritas, foram desenvolvidos métodos que visam a antecipar a dedução fiscal do ágio pago por expectativa de rentabilidade futura sem a efetiva extinção da real companhia adquirida, ou da adquirente, nos casos de incorporação reversa.*

*Sustenta que, dentre esses métodos, proliferam aqueles que utilizam as denominadas “empresas veículo”, que são pessoas jurídicas que não exercem qualquer atividade empresarial, criadas e utilizadas exclusivamente para, em planejamentos fiscais, “transportar” o ágio de uma empresa para outra.*

*Alega que a “empresa veículo” normalmente    constituída sob a forma de empresa de participações, pois não exerce atividade empresarial operacional. Acrescenta que, via de regra, são “empresas de prateleira”, ou seja, pessoas jurídicas formalmente constituídas perante os órgão de controle (Receita Federal, Junta Comercial, etc), mas que não têm o propósito de exercer atividade empresarial, sendo oportunamente transferidas para interessados, mediante a alteração no quadro societário.*

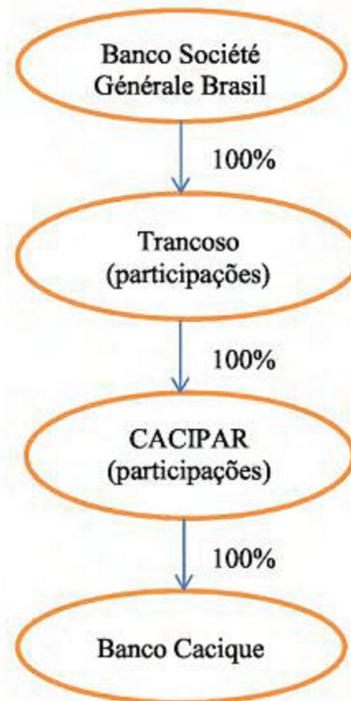
*A fiscalização relata que, em 07/03/2007, dez dias depois da assinatura do contrato de compra das quotas da Cacipar, o Banco Société Générale adquiriu e transferiu para si as quotas da “empresa de prateleira” Marigane Participações Ltda, CNPJ 08.631.625/0001-63<sup>1</sup>, que teve sua razão social alterada para Trancoso Participações Ltda.*

*Informa que, na mesma data de aquisição da Trancoso, o Banco Société Générale realizou a cessão dos seus direitos de aquisição da Cacipar para a sua recém adquirida companhia, que não dispunha ainda dos recursos necessários para efetuar o pagamento pela aquisição da Cacipar.*

*Relata a fiscalização que a operação foi efetivada em 30/11/2007, após a aprovação pelo Banco Central, data em que o Banco Société Générale Brasil aportou capital na Trancoso, possibilitando o pagamento de R\$888.372.854,00 pela aquisição de quotas representativas de 100% do capital social da Cacipar, que tinham valor de*

<sup>1</sup> Essa pessoa jurídica foi constituída em 16/01/2007 pelos sócios S&A Serviços Empresariais Ltda e Diva Maria Batista Martins Ramalho, sendo que esta última era sócia, em 2010, de mais de 20 pessoas jurídicas, todas elas apresentando o termo "Participações" em sua razão social e sem receita declarada ou atividade informada.

patrimônio líquido de R\$317.809.235,16, resultando em um ágio de R\$570.563.618,89. A estrutura societária ficou assim configurada:



A fiscalização alega que a inserção de uma “empresa veículo” na estrutura organizacional de controle do Banco Cacique teve o propósito exclusivo de aproveitar um benefício fiscal previsto em lei para as hipóteses específicas que promovem novas situações econômico-societárias, alcançadas somente quando realmente efetivadas.

Relata que o passo seguinte foi a incorporação, em 31/10/2008, da Cacipar e da Trancoso pelo Banco Cacique (incorporação reversa), passando este a amortizar o valor do ágio à razão de 1/120 mensais, sem adicionar esses valores na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Sustenta que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Carf manifestou diversas vezes o entendimento de que não é possível a amortização do ágio se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.

Alega que, no presente caso, o investimento adquirido (Banco Cacique) subsiste no patrimônio do investidor original (Banco Societé Générale), não sendo permitida a amortização fiscal do ágio.

Sustenta que não é possível qualificar a Trancoso (que serviu exclusivamente como empresa veículo do ágio) como investidora original, uma vez que os recursos financeiros para aquisição foram aportados pelo Banco Societé Générale na efêmera companhia com o propósito exclusivo de realizar o pagamento antes acordado entre comprador e vendedores para em seguida extingui-la.

A fiscalização alega que a regra geral quanto ao tratamento de ágios pagos na aquisição de investimentos em participações societários encontra-se prevista no art. 25 do Decreto-lei nº 1.598/77, que tinha a seguinte redação em 2011 (posteriormente alterada pela Lei nº 12.973/2014):

“Art. 25 As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33.”(Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, de 1979)

*Acrescenta que o citado art. 33 do Decreto-lei nº 1.598/77 permite a dedução do ágio no momento em que a sociedade investidora realiza a alienação da participação. Reproduz-se abaixo esse dispositivo com a redação vigente em 2011:*

“Art. 33 O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real.(Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, de 1979)

(...)”

*A fiscalização relata que os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 trouxeram exceções à regra geral prevista no art. 25 do Decreto-lei nº 1.598/77:*

“Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

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

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

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea “b” do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados em até dez anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração;

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

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

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

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

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do caput:

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

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

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.”

*Alega a fiscalização que os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 estabelecem a confusão patrimonial (causada pela incorporação, fusão ou cisão das companhias investidora e investida) como requisito essencial ao aproveitamento do benefício fiscal da dedutibilidade de custo de aquisição de participação societária, quando atribuível ao ágio por rentabilidade futura.*

*Argumenta que, no caso, não houve a confusão patrimonial entre a investidora e a investida, visto que subsistem o Banco Societé Générale Brasil e o Banco Cacique, não sendo permitida a amortização do ágio para fins fiscais.*

*A fiscalização apurou que, no ano de 2011, o Banco Cacique não adicionou nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL os valores correspondentes às despesas contábeis registradas pela amortização de ágio na conta 8.1.8.10.20.001 no valor total de R\$57.384.280,56, devendo ser lavrados autos de infração face às infrações apuradas.*

## **1.2. Glosa de despesas referentes a comissões**

[...]

## **2. DA IMPUGNAÇÃO**

*Cientificada das autuações em 10/11/2016 (fls. 43 e 44), a contribuinte apresentou, em 08/12/2016, a impugnação de fls. 99 a 159, acompanhada dos documentos de fls. 160 a 503, com as alegações a seguir sintetizadas.*

### **2.1. Do objeto da impugnação**

*Preliminarmente, a impugnante afirma expressamente que deixa de recorrer quanto à glosa de R\$20.479.636,85 referente a despesas com pagamento de comissões à Cacique Promotora de Vendas (fls. 103 e 104) e informa que realizará os devidos ajustes nos saldos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL.*

*Por outro lado, ressalta que contesta integralmente os lançamentos relativos à amortização do ágio, apresentando as alegações sintetizadas a seguir.*

## **2.2. Da preclusão/decadência da possibilidade do Fisco questionar a origem do ágio**

*A impugnante destaca que o ágio em questão, apurado na aquisição da Cacipar pela Trancoso, surgiu em novembro de 2007.*

*Alega que a fiscalização não poderia, em 2016, questionar os fatos contábeis-societários que deram origem ao referido ágio, face ao decurso do prazo decadencial de cinco anos previsto no art. 150, §4º, do CTN.*

*Argumenta que os fatos geradores do IRPJ e da CSLL correspondem à obtenção de resultados que provocam acréscimo patrimonial. Assim, a contagem do prazo decadencial deve ter início no momento em que os fatos jurídicos formadores desse acréscimo patrimonial forem reconhecidos, ou seja, no presente caso, a partir da origem do ágio.*

*Ante o exposto, sustenta que deve ser reconhecida a decadência integral dos créditos tributários.*

## **2.3. Da dedutibilidade das despesas de amortização do ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL**

*A impugnante alega que a aquisição da Cacipar pela Trancoso gerou um ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, fato que não foi questionado pela fiscalização.*

*Ressalta que o fundamento econômico adotado encontra-se comprovado por estudo realizado pelo Banco UBS Pactual em fevereiro de 2007, escrito originalmente em inglês e traduzido para o português (docs. 04 e 05 – fls. 297 a 432). Acrescenta que, posteriormente, em outubro de 2008, foi elaborado estudo a respeito da expectativa de rentabilidade futura da Cacipar pela KPMG, que ratifica o estudo elaborado anteriormente (doc. 07 - fls. 437 a 476). Destaca ainda que um parecer técnico elaborado pelo Prof. Eliseu Martins atesta a existência de demonstração que justifique a classificação do ágio como decorrente de expectativa de rentabilidade futura (doc. 08 – fls. 477 a 503).*

*Assim, alega estar devidamente comprovado que o ágio teve por fundamento a expectativa de rentabilidade futura da investida (art. 385, §2º, II, e §3º, do RIR/99).*

*A impugnante alega que, caso haja incorporação entre a sociedade investidora e a investida que tenha sido adquirida com ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, tal ágio pode ser amortizado à razão de 1/60 ao mês, face ao disposto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.*

*Sustenta que a dedutibilidade fiscal do ágio teve por objetivo incentivar a prática de fusões e aquisições. Acrescenta que o Projeto de Lei nº 2.922/2000, que tentou revogar o art. 7º, III, da Lei nº 9.532/97, foi rechaçado pela Comissão de Finanças e Tributação sob o argumento de que os benefícios advindos do fomento de aquisição de empresas superam as reduções fiscais geradas pela amortização do ágio.*

*Conclui assim que o aproveitamento do ágio decorrente de aquisição de sociedades representa mera fruição de um benefício fiscal previsto em lei e incentivado pelo próprio Governo, e não um planejamento tributário.*

*Feitas essas considerações, a impugnante passa a contestar a alegação da fiscalização de que a Trancoso se caracteriza como empresa veículo.*

*A impugnante alega que a Trancoso era uma verdadeira empresa de participações (holding), concebida antecipadamente para, dentre outras atividades e finalidade, deter a participação do Société Générale na Cacipar, dada a manifesta diferença entre os objetos sociais do Société (mais abrangente, com foco em banco de investimento) e do Banco Cacique (mais específico, focado em crédito consignado), e de forma a melhor segregar as respectivas atividades.*

*Destaca que, entre a aquisição da Trancoso pelo Société e a posterior aquisição da Cacipar pela Trancoso, transcorreram-se aproximadamente nove meses. Além disso, entre a aquisição da Trancoso pelo Société e sua extinção por incorporação pelo Banco Cacique, passaram-se quase dois anos.*

*Sustenta que esse longo período de tempo em atividade é uma diferença fundamental entre a Trancoso e uma empresa veículo.*

*Alega que a aquisição da Cacipar pela Trancoso (holding) também se justifica em razão de a aquisição de uma instituição financeira por outra já existente é muito mais complexa do ponto de vista de documentação necessária, certidões e registros obrigatórios, do que a aquisição por meio de uma empresa criada para esse fim.*

*Ressalta que a estrutura societária desenhada à época, ao contemplar uma holding para deter a participação societária a ser adquirida, não só era plenamente conveniente e justificada do ponto de vista empresarial, como seguia à risca prática desde muito tempo verificada no mundo dos negócios, como demonstram as estruturas societárias de diversos grupos empresariais, inclusive do setor financeiro.*

*A impugnante sustenta que a criação da Trancoso teve finalidade negocial e não exclusivamente fiscal, visto que a dedutibilidade fiscal do ágio também ocorreria sem a sua participação no negócio.*

*Alega que, ainda que a Cacipar fosse adquirida diretamente pelo Société, a despesa referente à amortização do ágio gerado nessa aquisição poderia ser deduzida pelo Société, bastando que fosse realizada a incorporação da Cacipar pelo Société, o que resultaria na mesma estrutura societária que foi alcançada no caso concreto.*

*Sustenta que a aquisição da Cacipar pela Trancoso não trouxe qualquer prejuízo ao erário, uma vez que, ao final, o efeito fiscal da realização da operação por meio da Trancoso foi o mero deslocamento do aproveitamento fiscal do ágio do Société para o Banco Cacique (impugnante), sendo as duas empresas sediadas no Brasil.*

*A impugnante descreve uma hipótese em que a aquisição da Cacipar poderia ter sido feita diretamente pelo Société e o ágio amortizado pelo Banco Cacique. Alega que o Société poderia adquirir a Cacipar, registrando o ágio em seu ativo. Posteriormente o Société poderia realizar uma cisão parcial, com versão do investimento na Cacipar e respectivo ágio, sendo que a parcela cindida seria incorporada pela Cacipar. Em seguida, o Banco Cacique incorporaria a Cacipar, registrando o ágio em seu ativo e passando a amortizá-lo. Destaca que o resultado final seria o mesmo verificado no caso concreto, sem a criação da Trancoso.*

*Assim, conclui que a Trancoso não pode ser considerada como empresa veículo, visto que não era necessária ao surgimento e aproveitamento fiscal do ágio.*

*Sustenta que a aquisição da Cacipar pela Trancoso gerou até um ganho para o Fisco, na medida em que o aporte de capital feito pelo Société na Trancoso seguido*

*do pagamento aos vendedores gerou duas incidências de CPMF, cada uma superior a três milhões de reais.*

*Ressalta que a utilização da Trancoso não trouxe nenhum prejuízo ao erário, vez que não foi um meio necessário ao aproveitamento fiscal do ágio; pelo contrário, gerou um ganho para o Fisco pela segunda incidência de CPMF, sendo improcedente a alegação de que teve por finalidade a economia tributária.*

*A impugnante alega que a sociedade holding desempenha funções peculiares previstas no ordenamento jurídico, atendendo plenamente ao seu objeto social com a mera detenção de participação societária em outras companhias.*

*Sustenta que a sociedade holding pura não é constituída para ter empregados, na medida em que seu objeto social corresponde unicamente a deter participações societárias em outras companhias. Da mesma forma, é natural que não possua outra fonte de receitas que não os lucros e dividendos recebidos de suas investidas, que só receberá após a efetivação de sua primeira aquisição.*

*Alega que, no caso, o recebimento de recursos do controlador (Société) apenas corrobora a personificação jurídica da Trancoso, que utilizou os recursos recebidos na estrita consumação de seu objeto social. Destaca que a Trancoso é a real adquirente da Cacipar, devendo o ágio ser registrado em seu patrimônio. Acrescenta que, tendo sido a Trancoso incorporada pelo Banco Cacique, ocorreu a confusão patrimonial que justifica a amortização do ágio.*

*A impugnante sustenta que a existência de sociedade cujo objeto social seja a mera detenção de outra sociedade está expressamente prevista no art. 2º, §3º, da Lei das S.A. Destaca que esse dispositivo legal indica que a participação é facultada para beneficiar-se de incentivos fiscais. Acrescenta que a própria legislação tributária, por meio do art. 31 da Lei nº 11.727/2008, reconhece a holding pura como sociedade válida para todos os fins.*

*A impugnante contesta a alegação da fiscalização de que a Trancoso era desprovida de propósito negocial. Alega que a criação da Trancoso teve por finalidade praticar a aquisição desejada, de forma que se pudesse reduzir a complexidade da transação e evitar custos desnecessários, além de manter claramente segregadas duas atividades distintas: a do Banco Société (banco de investimentos) e a do Banco Cacique (empréstimo consignado).*

*Ad argumentandum, ainda que a criação da Trancoso não tivesse servido a nenhum fim empresarial, alega a impugnante que o ordenamento jurídico não traz em nenhum de seus dispositivos o conceito de propósito negocial. Assim, ao estabelecer a falta de propósito negocial como fundamento para análise da dedutibilidade da despesa com ágio, a fiscalização criou obrigação tributária não prevista na norma legal. Acrescenta que a falta de propósito negocial não se subsume a nenhuma hipótese de incidência tributária.*

*A impugnante alega que o Fisco não pode adentrar na liberdade individual dos contribuintes na gestão de seus negócios. Destaca que a liberdade de auto-organização sempre foi tida como resultado das garantias asseguradas por diversos princípios constitucionais. Acrescenta que, não havendo norma que proíba a pessoa jurídica de realizar a operação de determinada maneira, não se pode impedi-la de realizá-la, partindo-se de premissas baseadas exclusivamente em fins arrecadatários, sob pena de se afrontar a liberdade contratual, a liberdade de exercício da atividade econômica e a autonomia da vontade das partes contratantes.*

Ad argumentandum, caso se considere a Trancoso uma empresa veículo, a impugnante alega que o Carf vem reiteradamente rejeitando as tentativas da fiscalização de atribuir às empresas veículo a característica de abuso, aceitando a existência de tais sociedades nas estruturas societárias que envolvam aproveitamento do ágio, desde que da utilização destas não resulte uma economia tributária que, de outra forma não seria obtida. Cita diversos acórdãos do Carf nesse sentido, inclusive o acórdão nº 1301-001505, proferido nos autos do processo administrativo nº 16327.001743/2010-34, que trata do mesmo ágio ora debatido.

Alega que essa decisão deve ser aplicada a este processo, para que não sejam proferidas decisões distintas sobre a mesma matéria.

#### **2.4. Ad argumentandum - Da inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização**

Caso se considere indedutível a despesa com amortização de ágio na apuração do lucro real, o que admite apenas a título argumentativo, alega a impugnante que essa despesa não poderia ser adicionada na apuração da base de cálculo da CSLL por ausência de previsão legal.

Sustenta que a CSLL tem normas específicas que tratam das adições e exclusões ao lucro líquido para fins de determinação de sua base de cálculo, as quais nem sempre são as mesmas aplicáveis ao IRPJ. Acrescenta que, apesar de possuírem as mesmas regras de apuração e pagamento, os tributos em questão não observam as mesmas regras de dedutibilidade de despesas.

No caso, alega que não há previsão legal que permita a adição de despesa de amortização de ágio na base de cálculo da CSLL, não sendo aplicáveis as regras próprias do IRPJ.

Assim, ainda que seja mantida a autuação em relação ao IRPJ, conclui que deve ser cancelado o auto de infração de CSLL.

#### **2.5. Do pedido**

Ante o exposto, a impugnante requer seja conhecida e provida a impugnação, com o consequente cancelamento dos autos de infração de IRPJ e de CSLL lavrados em decorrência da amortização do ágio pago na aquisição da Cacipar pela Trancoso, bem como o restabelecimento dos saldos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa de CSLL compensados de ofício pela fiscalização.

É o relatório.

A Turma julgadora, além de declarar a definitividade da acusação não contestada, rejeitou os argumentos opostos contra a glosa de amortização de ágio aduzindo que:

- O prazo decadencial começa a fluir apenas no momento em que é realizada a amortização do ágio, pois somente a partir daí é possível cogitar inércia do Fisco.
- A Fiscalização restringiu sua contestação à inoportunidade de confusão patrimonial entre a investidora e a investida, visto que o verdadeiro investidor é o Banco Société Générale Brasil e não a Trancoso,

circunstância na qual devem ser adotado *o entendimento manifestado pelo conselheiro André Mendes de Moura no acórdão 9101-002-312, de 03/05/2016, da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF.*

- Sob as premissas expostas no referido julgado, e tendo em conta *que o real adquirente da Cacipar é o Banco Société Générale Brasil, pois foi ele quem encomendou o estudo de avaliação do investimento, acreditou em sua mais-valia, efetuou as negociações com os sócios da Cacipar e desembolsou os recursos financeiros necessários à aquisição, conforme expresso no estudo efetuado pelo UBS Pactual, no "Contrato de compra de quotas sob condições precedentes e outras avenças".*
- Ademais, não procede *a alegação da impugnante de que Trancoso fora concebida antecipadamente para deter a participação da Cacipar* porque à época da referida contratação ela era apenas uma "empresa de prateleira". *Somente em 07/03/2007, ou seja, após a assinatura do contrato de compra/venda das quotas da Cacipar, a Marigane foi transferida para o Banco Société Générale Brasil. Nessa mesma data, seu nome empresarial foi alterado para Trancoso e o Banco Société Générale Brasil efetuou a cessão dos direitos do referido contrato de compra/venda das quotas da Cacipar.*
- As alegações de que a Trancoso possuía outras finalidades, bem como de que a aquisição de uma instituição financeira por outra seriam mais complexa, não afetam as conclusões adotadas, até porque *já havia uma holding na estrutura societária: a Cacipar, controladora do Banco Cacique, a evidenciar que a Trancoso teve finalidade tributária, qual seja transferir o ágio para que ele fosse amortizado pelo Banco Cacique.*
- Quanto às cogitações de outras operações que permitiriam a amortização do ágio, observou-se *que o litígio ora em julgamento se refere aos fatos ocorridos, não cabendo apreciar efeitos tributários de hipóteses não concretizadas no mundo fenomênico, consoante entendimento expresso no Acórdão nº 1103-001.102. Até porque, ao optar por realizar a operação com a interposição da Trancoso, o grupo empresarial deve se submeter aos efeitos jurídicos dos atos efetivamente praticados que, como se verá adiante, impediram a aplicação da norma legal permissiva da dedutibilidade da amortização do ágio.*
- *A natureza meramente instrumental da Trancoso fica evidente no relatório de avaliação econômico financeira elaborado pela KPMG em outubro de 2008, e as notícias publicadas à época evidenciam que, em essência, a operação realizada foi a aquisição do Banco Cacique pelo Banco Société Générale.*

- Classificando a construção de artificial, destacando a inoportunidade da extinção do investimento por confusão patrimonial e admitindo o propósito negocial como critério para dedutibilidade do ágio, concluiu que *o procedimento adotado pelo investidor de interposição de empresa-veículo na operação de aquisição de investimentos não se encontra respaldado pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, porque descumpridos os requisitos legais ali previstos, e ainda que a função dessas normas jurídicas seja o estímulo a investimentos e reorganizações societárias, somente se observados os preceitos legais em vigor é que poderá ser reconhecida a validade jurídica da dedutibilidade da amortização fiscal do ágio.* Ademais, mesmo se a interposição de empresas-veículo na aquisição de investimentos não estivesse vedada, para que se desse regularmente a amortização fiscal do ágio necessária a extinção do investimento, por confusão patrimonial, mediante incorporação, entre investidoras e investida, o que não ocorreu no caso em análise.
- Rejeitou a alegação de que a norma aplicável ao IRPJ não se aplicaria à CSLL, citando os art. 57 da Lei nº 8.981/95 e o art. 28 da Lei nº 9.430/96, bem como os arts. 38, 44 e 75 da Instrução Normativa SRF nº 390/2004, para concluir que *a legislação relativa à CSLL adotou o mesmo disciplinamento contido na legislação do IRPJ quanto ao registro e ao tratamento a ser dispensado ao ágio, inclusive no que concerne à sua amortização.*

Cientificada da decisão de primeira instância em 06/07/2017 (fl. 545), a contribuinte interpôs recurso voluntário, tempestivamente, em 02/08/2017 (fls. 546/615), no qual deduz os argumentos a seguir sintetizados.

*Afirma que todas as operações societárias que acarretaram no aproveitamento do ágio pelo Recorrente foram praticadas de forma legal e com o conhecimento dos órgãos competentes, até porque o lançamento não foi acrescido de multa qualificada. Defende que os atos societários não sejam considerados isoladamente, pois as operações são parte de um contexto maior de expansão das atividades do Grupo francês Société Générale no Brasil. Entende que se a Fiscalização se pautasse sob esta ótica, teria constatado, como já o foi, de forma definitiva, por este E. CARF nos autos do Processo Administrativo nº 16327.001743/2010-34, que o aproveitamento do ágio pelo Recorrente não representou um fim em si mesmo, mas decorrência da efetiva aquisição de importante participação societária em operação realizada entre partes independentes.*

*Destaca as principais “fotografias”, que compõem o “filme” das operações implementadas para a aquisição do Recorrente pelo Grupo Société Générale, nas quais se perceberá a validade de cada passo adotado pelo Grupo, bem como o sentido econômico e o propósito negocial de toda essa operação realizada nos exatos termos da legislação em vigor à época dos fatos:*

- Contrato de Compra de Quotas sob Condições Precedentes e Outras Avenças (“Contrato de Compra” – doc. 03 juntado à Impugnação) celebrado entre o Banco Société Générale Brasil S/A. (“Société”) celebrou com a Sra. Maria Yolanda Cerqueira Coimbra, o Sr. Cesário

Coimbra Neto, o Sr. Sérgio Coimbra e a Sra. Daniela Cerqueira Coimbra (“Vendedores”), tendo por objeto 100% das quotas representativas do capital da Cacique Comércio e Participações Ltda. (“Cacipar”), detidas pelos Vendedores, destacando que a Cacipar, juntamente com Terceiros, detinha ações do Recorrente;

- Aquisição da empresa Marigane pelo "Société" em 07/03/2007, com alteração de sua denominação para "Trancoso" e cessão de seu direito de adquirir as quotas da "Cacipar" à "Trancoso";
- Aquisição das quotas da "Cacipar" detidas pelos "Vendedores" pela "Trancoso" em 30/11/2007; e
- Deliberação da incorporação da "Cacipar" e da "Trancoso" pelo Banco Cacique em 31/10/2008.

A "Trancoso", assim, teria recebido o direito de adquirir as quotas da Cacipar detidas pelos Vendedores, nos termos do Contrato de Compra. Solicitada uma avaliação da Cacipar, a Trancoso adquiriu as quotas dessa sociedade, tomando como base o estudo de avaliação realizado, à época, pelo Banco UBS Pactual em inglês (doc. 04 juntado à Impugnação), posteriormente traduzido pelo Recorrente (doc. 05 juntado à Impugnação). Nessa operação teria se verificado a geração de um ágio, uma vez que o valor de patrimônio líquido da Cacipar era inferior ao que foi pago pela Trancoso, conforme reconhecido pelo Sr. Agente Fiscal ao mencionar que o Banco Société Générale Brasil aportou capital na Trancoso, no valor de R\$ 930.523.599,00, possibilitando que fosse pago o valor de R\$ 888.372.854,00 pela aquisição das quotas (100%) da CACIPAR, as quais tinham valor de patrimônio líquido de R\$ 317.809.235,16, resultando em um ágio de R\$ 570.53.618,89. Referido ágio estaria fundamentado no estudo de expectativa de rentabilidade futura realizado (docs. 04 e 05 juntados à Impugnação).

Seguiu-se, então, a incorporação pelo Banco Cacique da "Cacipar" e da "Trancoso", pelo que o ágio antes registrado na Trancoso passou aos registros contábeis do Recorrente, porque a Trancoso era uma verdadeira empresa de participações (holding), concebida antecipadamente para, dentre outras atividades e finalidades, deter a participação do Société na Cacipar, dada a manifesta diferença entre os objetos sociais do Société (mais abrangente, com foco em banco de investimento) e do Banco Cacique (mais específico, focado em crédito consignado), e de forma a melhor segregar as atividades respectivas.

Argumenta que o Société, por questões administrativas e empresariais, não pretendia, no primeiro momento, unir dois ramos distintos de atuação no mercado financeiro, o que não poderia ter sido questionado pelo Sr. Agente Fiscal, à luz do princípio da livre iniciativa. E conclui serem plenamente justificáveis as operações societárias realizadas pelo Recorrente, sendo legítimo o seu direito à amortização fiscal do ágio, após à Incorporação da Cacipar e da Trancoso pelo Recorrente, sendo inadmissível a acusação fiscal de que a "Trancoso" seria uma empresa veículo sem propósito negocial.

Argúi a preclusão/decadência da possibilidade do Fisco questionar a origem de parte dos ágios no presente caso, dado que o ágio, como elemento contábil e societário surgiu em novembro de 2007, e já estaria alcançado pela decadência em 10/11/2016. Cita

doutrina neste sentido e julgados do Primeiro Conselho de Contribuintes que amparariam seu entendimento.

Na sequência, discorre sobre os requisitos para amortização fiscal do ágio, reportando-se às referências da Lei nº 6.404/76 acerca do ágio apurado em aquisição de participação societária e ao regramento da Instrução CVM nº 247/96, vigente à época dos fatos, bem como às disposições dos arts. 20 e 25 do Decreto-Lei nº 1.598/77. Aborda os dispositivos que regem a incorporação de sociedades na Lei nº 6.404/76, destacando que a incorporação reversa sujeita-se ao mesmo tratamento tributário, bem como a relevância das razões econômicas do ágio para fins tributário.

Defende que a *dedutibilidade fiscal do ágio gerado na aquisição de sociedades teve como objetivo incentivar a prática de fusões e aquisições, tais como as ocorridas em processos de privatização*, de modo que o aproveitamento fiscal do ágio *representa um efeito positivo para o alienante, uma vez que a dedutibilidade do ágio refletida no fluxo de caixa futuro do negócio adquirido tem impacto positivo no preço a ser ofertado pelo adquirente*. Mas ressalta que a referida regra fiscal *não se restringe às operações de fusão e aquisição decorrentes de processos de privatização*, a evidenciar que a regra dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 *tem como objetivo beneficiar situações como a do presente caso, pois torna mais atraente a realização dos vultosos investimentos necessários para a aquisição de sociedades*. Acrescenta que a tentativa de revogação daquela norma foi rechaçada pela Comissão de Finanças e Tributação, *já que os benefícios advindos do fomento de aquisição de empresas superam as reduções fiscais geradas pela amortização do ágio*, transcrevendo a justificativa expressa no Projeto de Lei nº 2.922/2000 e o voto que suprimiu aquela pretensão. Conclui, assim, que *não resta dúvida que o aproveitamento do ágio decorrente da aquisição de sociedades, como trata o presente caso, representa a mera fruição de um benefício fiscal previsto em lei, inclusive incentivado pelo próprio Governo, e não um planejamento tributário, sendo desarrazoada a pretensão do Fisco de impor óbices inexistentes ao gozo desse direito*.

Afirma o cumprimento dos requisitos legais acerca da vinculação do fundamento econômico do ágio a rentabilidade futura, reportando-se a doutrina e aos dispositivos legais que regem a matéria, bem como aos estudos apresentados como prova do fundamento, destacando sua contemporaneidade e validade, inclusive conforme parecer apresentado neste sentido, defendendo que *prestados esses esclarecimentos, em que pese o laudo de rentabilidade futura não tenha sido objeto da presente autuação fiscal, não restam dúvidas acerca do cumprimento do artigo 385, §3º do RIR/99 pelo Recorrente, como reconheceu, inclusive, o I. Professor Eliseu Martins, motivo pelo qual os autos de infração deverão ser cancelados por este E. CARF*.

Opõe-se, então, à *equivocada conclusão do Acórdão Recorrido quanto à suposta utilização da Trancoso como empresa "veículo", no intuito único de possibilitar o aproveitamento fiscal do ágio gerado na aquisição da Cacipar*, novamente descrevendo a negociação anterior promovida pelo "Société", mas destacando a inclusão de *autorização excepcional e expressa (cláusula 9.5) para que o Société pudesse ceder o contrato e seus direitos e obrigações decorrentes do contrato a uma controlada (já que não havia tempo hábil para constituir a holding antes da celebração do contrato, dado o cronograma da operação imposto pelos vendedores, em meio a um processo competitivo de venda da Cacipar – fato não questionado pela Fiscalização)*, bem como observando que a aquisição da "Trancoso" se deu dias após a celebração do contrato, em março de 2007, quando sua consumação ainda era incerta e se achava sujeita à verificação de uma série de condições suspensivas (cláusula 4.1),

seguindo-se a cessão a ela de *seus direitos e obrigações sob o contrato de compra e venda a ela (fato não questionado pela Fiscalização)*.

Esclarece que *oito meses depois, verificadas as condições suspensivas previstas no contrato, o Sociét e aportou capital em dinheiro na Trancoso, e a Trancoso adquiriu a Cacipar, mediante o pagamento do preço aos vendedores, bem como que depois de mais onze meses, portanto quase 2 (dois) anos depois da aquisi o pela Trancoso dos direitos oriundos do contrato de compra e venda, a Trancoso foi incorporada pelo Recorrente, o que evidenciaria que a Trancoso era uma verdadeira empresa de participa es (holding), concebida antecipadamente para, dentre outras atividades e finalidades, deter a participa o do Soci t e na Cacipar, dada a manifesta diferença entre os objetos sociais do Soci t e (mais abrangente, com foco em banco de investimento) e do Banco Cacique (mais específico, focado em crédito consignado), e de forma a melhor segregar as atividades respectivas.*

Discorda, assim, da conclusão da decisão recorrida, porque *a Trancoso não foi adquirida pelo Banco Soci t e unicamente para propósitos tributários, até porque a aquisi o de uma institui o financeira por outra já existente, assim como de uma empresa por outra já existente (em atividade há muito tempo, com uma série de obriga es já assumidas)   muito mais complexa do ponto de vista de documenta o necessária, certidões e registros obrigatórios, do que a aquisi o por meio de uma empresa criada para esse fim.*

Quanto   referência do acórdão recorrido   *ausência de especifica es das complexidades, entende que elas independem de maiores divaga es para o seu reconhecimento, por ser notória a existência de um regime jurídico específico para as institui es financeiras, cabendo ao Banco Central do Brasil a competência para conceder autoriza es para que altera es societárias sejam realizadas. Tal regime seria rígido, tornando qualquer altera o societária muito mais lenta e complexa, se comparadas ao regime comum, sendo que no momento da aquisi o da Recorrida, o engessamento societário não coadunava com os propósitos mercantis pretendidos. A holding "Trancoso", assim, teria sido utilizada como uma alternativa aos inúmeros limites e restri es postos às altera es societárias em institui es financeiras, como   o caso do Banco Soci t e.*

Acrescenta que a estrutura o societária contemplando uma *holding* para aquisi o de participa o societária, além de conveniente e justificada sob a  tica empresarial e de mercado, constitui prática antiga, inclusive no setor financeiro. Mas observa que a cria o da "Trancoso" não era necessária para a amortiza o do ágio, vez que, *sendo a aquisi o da Cacipar realizada diretamente pelo Soci t e, a despesa referente   amortiza o do ágio gerado nessa aquisi o poderia ser deduzida pelo Soci t e, bastando para isso que fosse realizada a incorpora o da Cacipar pelo Soci t e, o que não seria um problema para as partes, já que a Cacipar foi, efetivamente, incorporada, de modo que a estrutura societária p s-incorpora o nessa hipótese seria a mesma que foi alcançada no caso concreto, no qual a incorpora o da Cacipar assim hipoteticamente tratada ocorreu, de fato, pela recorrente.*

Logo, *não seria sequer necessário criar uma empresa (Trancoso) para possibilitar o aproveitamento fiscal do  gio. Poderia o Soci t e ter adquirido e incorporado a Cacipar, diretamente, e a amortiza o do ágio, ainda assim, seria dedutível para apura o do IRPJ e CSLL no Soci t e.* Resta claro, assim, que *a Trancoso não foi condi o necessária ao aproveitamento fiscal do ágio, vez que isso se daria também sem ela, pelo que não se pode dizer que essa empresa seria um mero "veículo".* Neste sentido também   o parecer do Professor Eliseu Martins apresentado em impugna o.

*Acrescenta que o efeito fiscal da realização da operação por meio da Trancoso foi o mero deslocamento do aproveitamento fiscal do ágio do Société para o Recorrente, e ressalta que, tanto o Société quanto o Recorrente são empresas sediadas no Brasil, pelo que em uma ou outra essa despesa poderia ser considerada na apuração do lucro real, reduzindo a base tributável do IRPJ e da CSLL. Isto é, caso a Trancoso não tivesse sido criada, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio seriam cumpridas de qualquer forma, chegando-se ao final na mesma estrutura societária que acabou se verificando no caso concreto.*

*Discorre também sobre a possibilidade de o Société adquirir a Cacipar e, como consequência, registrar o ágio verificado nessa aquisição em seu ativo, seguindo-se uma cisão parcial, com versão do investimento na Cacipar e respectivo ágio, para que a parcela cindida fosse incorporada pela Cacipar, e a recorrente, incorporando-a, passasse a registrar o ágio verificado na aquisição da Cacipar em seu ativo, o que seria perfeitamente legítimo sob a ótica da legislação brasileira, e viabilizaria a amortização fiscal do ágio.*

*Discorda da abordagem acerca da questão no acórdão recorrido porque ao discorrer sobre a possibilidade de realizar essa mesma operação - ágio gerado na aquisição do Recorrente - sem a presença da holding Trancoso, pretendeu-se demonstrar que se a intenção era unicamente tributária a holding era absolutamente dispensável. O que não era o caso, como dito, a Trancoso serviu precipuamente a propósitos empresariais que o Grupo Société possuía à época da aquisição.*

*Registra que a realização da aquisição pela empresa de participações (holding) Trancoso gerou até um ganho para o Fisco, na medida em o aporte de capital feito pelo Société na Trancoso, seguido do pagamento do preço pela Trancoso aos Vendedores gerou 2 (duas) incidências de Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF, cada uma superior a R\$3.000.000,00 (três milhões de reais), uma prova cabal de que a Trancoso seria uma verdadeira holding, concebida com antecedência, para, dentre outras atividades, atender ao legítimo propósito comercial de deter a participação do Société na Cacipar, de forma a melhor segregar as atividades respectivas, estrutura que somente após quase 2 (dois) anos foi reavaliada.*

*Discorre sobre as funções das sociedades holdings, com amparo em doutrina, que deixaria claro que o objeto de uma empresa não se limita a uma atividade de produção ou circulação de bens e prestação de serviços como indevidamente tentou fazer crer a Autoridade Fiscal em seu TVF. Faz outras referências a doutrina acerca da desnecessidade de a sociedade holdign pura ter empregados, bem como defende ser natural que a holding, não possua uma fonte própria de receitas decorrentes da prática de seu objeto social, como afirmou a Autoridade Fiscal, e conclui que a única forma de uma holding cumprir seu objeto social é por meio de aportes de capital ou obtenção de financiamentos para a aquisição de participações societárias, assim justificando o fato de a "Trancoso" ter necessitado do aporte de recursos por seu controlador (Société).*

*Assim, tendo os recursos internalizados na Trancoso, via aporte, sido devidamente utilizados para a aquisição da CACIPAR, o ágio correspondente a esta operação foi nela registrado como resultado do desdobramento do custo de aquisição, a evidenciar que ela é a real adquirente desse ativo devendo o ágio ser registrado em seu patrimônio, razão pela qual a incorporação desta sociedade pelo Recorrente representa evidente “confusão patrimonial” que justifica a amortização do ágio ora debatido.*

Cita, ainda, a possibilidade de existência de uma sociedade cujo objeto social seja a mera detenção de outra(s) sociedade(s) prevista no artigo 2º, § 3º, da Lei das S. A., inclusive para beneficiar-se de incentivos fiscais. Logo, ainda que a Trancoso tivesse sido constituída apenas para deter participação societária em outras companhias a fim de beneficiar-se de incentivos fiscais, o que se nega, mas se alega para argumentar, estaria ela em plena conformidade com a legislação societária vigente à época dos fatos, de forma que é defeso ao Fisco invalidar as operações em razão da sua utilização.

Ademais, o art. 31 da Lei nº 11.727/2008 reconhecera a holding pura como uma sociedade válida para todos os fins, ao dispor que a esta poderá diferir o reconhecimento das despesas com juros de empréstimos contraídos para financiamentos de investimentos em sociedades controladas. Discorre, também, sobre a inviabilidade de a participação societária em empresas ficar restrita às pessoas físicas, e reafirma o papel fundamental exercido pelas sociedades holdings puras no mercado financeiro e na economia, concluindo pela impossibilidade de se descaracterizar a existência da "Trancoso" pelos motivos indicados pela Fiscalização.

Arremata citando doutrina para demonstrar que o prazo de duração de uma sociedade holding também não pode ser utilizado como requisito de sua validade, a teor do artigo 981, parágrafo único do Código Civil, e observando que a Trancoso nem sequer poderia ser considerada uma sociedade de existência efêmera, tal como justificou a Autoridade Fiscal, porque existiu, portanto, durante mais de 01 ano. De toda a sorte, sua existência estava integralmente relacionada e justificada pela necessidade de se preencher o objetivo negocial da operação: a aquisição do controle do Recorrente e a segregação dessa nova atividade adquirida das demais exercidas pelo Societé, que somente foi possível com sua participação.

Em seu entendimento, portanto, a amortização fiscal do ágio reconhecido pela Trancoso é legítima pelo simples fato de que: (i) representou operação de compra e venda de participação societária que teve como adquirente e vendedores entidades independentes e não relacionadas entre si; (ii) realizada a valores justos de mercado, com o efetivo desembolso do preço pela adquirente (a Trancoso); (iii) envolveu o pagamento em dinheiro de um ágio relevante, que teve como justificativa a expectativa de rentabilidade futura do investimento (Cacipar), justificativa essa baseada em Laudo de Avaliação que nem sequer foi questionado pela Autoridade Fiscal; e (iv) teve como passo final a incorporação da Trancoso ao patrimônio do Recorrente, preenchendo os requisitos estabelecidos pelos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97 (ou artigos 385 e 386 do RIR/99) para possibilitar a amortização fiscal do ágio.

A recorrente prossegue destacando o propósito negocial para a criação da Trancoso, inicialmente observando que a Fiscalização não estabeleceu qual conceito de propósito negocial adotou para concluir que a "Trancoso" nele não se enquadraria, aspecto que entende indispensável para a validade dos lançamentos efetuados.

Abordando os conceitos doutrinários acerca do tema, observa que mesmo admitindo-se a posição adotada por Marco Aurélio Greco, a operação em questão teria atendido a todos os "limites positivos" exigidos, dada a complexidade da aquisição de uma instituição financeira por outra já existente quando comparada com a aquisição por uma empresa criada para esse fim, e também considerando que inexistiria intuito econômico/fiscal como antes exposto. Também sob a ótica de Hugo de Brito Machado, as operações seriam

válidas porque os atos praticados pelo contribuinte – para que sejam considerados válidos – devem estar ligados à finalidade e à autuação desse contribuinte no mercado, vez que realizados com a intenção de manter segregadas duas atividades distintas que passariam a integrar o grupo liderado pelo Société conforme já demonstrado. Por fim, na linha do que defende Luís Eduardo Schoueri, a existência de propósito negocial seria evidente, dado que efetivamente existiu uma conformidade entre a intenção do Société (redução de complexidades, diminuição de custos, clara segregação dos segmentos entre outros) e a causa desse negócio jurídico (operações societárias como um todo).

Entende, assim, incontestemente a existência de propósito negocial nas operações efetivadas pelo Société, qual seja: a criação de uma empresa de participação para, dentre outras atividades e finalidades, praticar a aquisição desejada, de forma que se pudesse reduzir complexidades e evitar custos desnecessários e manter claramente segregadas duas atividades distintas (a do Société e outra a do Recorrente). De toda a sorte, como o ordenamento jurídico vigente não especifica o conceito ou definição de "propósito negocial", estabelecê-lo como fundamento para a análise da dedutibilidade da despesa com o ágio – como fez o Sr. Agente Fiscal – significa considerá-lo fato gerador de obrigação tributária sem a respectiva previsão em norma geral e abstrata (hipótese de incidência), em clara afronta ao Princípio da Legalidade Tributária.

Ressalta que a única norma que poderia ter sido aventada para a descon sideração de uma operação sem substância econômica (o que, repita-se, sequer pode ser debatido no presente caso), seria o parágrafo único do artigo 116 do CTN. Porém, os procedimentos necessários para a aplicação dessa norma dependem de elaboração de lei ordinária, a qual, até o presente momento, não foi editada.

Aborda, ainda, a coerência com o planejamento estratégico do empreendimento econômico, apesar de afirmar a inaplicabilidade deste limite em nosso ordenamento jurídico, asseverando que as operações ocorridas se encontram claramente inseridas no planejamento estratégico do Grupo Société Générale, cujo objetivo era expandir suas atividades no Brasil, inserindo-se no mercado de crédito consignado.

Afirma, também, a impossibilidade de ingerência do Fisco na atividade do contribuinte, adentrando à liberdade individual dos contribuintes. Aborda a liberdade de auto-organização como resultante do princípio da legalidade, na forma de doutrina e do Acórdão nº 1301-001.505, que reconheceu a legalidade da amortização deste mesmo ágio pelo Recorrente. Entende que não havendo norma que proíba a pessoa jurídica de realizar a operação de determinada maneira, não se pode pretender impedir o contribuinte de realizá-la, partindo-se de premissas baseadas exclusivamente em fins arrecadatórios, sob pena de se afrontar a liberdade contratual; a liberdade de exercício da atividade econômica e a autonomia da vontade das partes contratantes, que são verdadeiros princípios constitucionais. Acrescenta outras referências doutrinárias e citações de julgados administrativos deste CARF, nas quais se admite que, se o contribuinte pode encontrar na legislação mais do que um caminho, sendo um deles, inclusive, menos oneroso, mas perfeitamente legítimo, poderá escolhê-lo porquanto este representa uma opção (legal) que lhe é mais conveniente.

Logo, não pode o Fisco interferir na maneira pela qual os contribuintes realizarão aquisições, por exemplo, vedando, sem qualquer respaldo em Lei, o aproveitamento de ágio gerado mesmo em operação na qual se utiliza uma sociedade constituída

*especificamente para a aquisição de outro investimento em detrimento de uma aquisição “mais direta”, conforme pacífica jurisprudência do E. CARF citada na sequência.*

*Considerando que um dos pontos fulcrais do voto condutor do acórdão recorrido seria a existência de uma suposta “empresa veículo”, e por isso, tratar-se-ia de uma situação artificial, sem qualquer substância econômica a justificá-la, argumenta que a existência das chamadas “empresas veículo” ou “sociedades veículo” não é suficiente para que se infirme a validade de uma operação que culmine na amortização fiscal do ágio, consoante manifestações reiteradas deste Conselho, desde que da utilização destas não resulte uma economia tributária que, de outra forma, não seria devida.*

*Frisa que esse posicionamento se coaduna perfeitamente com a já mencionada Lei das S.A. (Lei nº 6.404/1976), que em seu art. 2º, §3º regulamenta a atividade de empresa, inclusive as holdings, permite a constituição de sociedade empresarial para tomada de benefícios fiscais, no caso em houver a constituição de uma sociedade para utilização do benefício fiscal do ágio, não poderia a Fiscalização desconstituir esse ato, sob a justificativa de que não haveria substância econômica. Mas recorda que no caso em concreto, demonstrou-se fartamente que a utilização da Trancoso possuía todo um caráter societário relevante para o Recorrente, não sendo constituída apenas para realizar a transferência do ágio, como supôs a Fiscalização.*

*Finaliza reiterando sua objeção à impossibilidade da amortização do ágio nas hipóteses em que a Fiscalização alega a existência de suposta empresa veículo, uma vez que o entendimento consolidado das cortes administrativas é no sentido de que a reorganização empresarial pode se dar por meio de companhias não operacionais e recorda que essa posição já foi firmada de forma definitiva para este mesmo ágio ora debatido, contudo, para as amortizações ocorridas nos anos de 2008 e 2009 (processo administrativo nº 16327.001743/2010-34), pleiteando que seja aplicada essa mesma decisão exarada por este E. CARF em favor do Recorrente, sob pena de julgamentos distintos para uma mesma matéria, o que não pode ser admitido por este Colegiado.*

*Subsidiariamente aduz a inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela Fiscalização. Argumenta que muito embora a CSLL seja, assim como o IRPJ, tributo incidente sobre o lucro dos contribuintes, certo é que para ela existem normas específicas que tratam das adições e exclusões ao lucro líquido para fins de determinação de sua base de cálculo, as quais, nem sempre, são as mesmas aplicáveis ao IRPJ. De outro lado, o legislador não teria elencado no art. 2º e §§, da Lei nº 7.689/88, como adição ao lucro líquido, o valor correspondente à amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial.*

*Expõe a evolução legislativa referente à possibilidade de amortização do ágio, bem como as respectivas normas aplicáveis à apuração do IRPJ e da CSLL e defende que: (i) a base de cálculo da CSLL é o lucro líquido com ajustes expressamente previstos; (ii) a amortização contábil do ágio sempre foi permitida pela legislação brasileira até a edição da Lei nº 11.638/07, de modo que, para a CSLL, o ágio é plenamente dedutível; (iii) a base de cálculo do IRPJ, por sua vez, é o lucro real, para o qual existem previsões específicas relativamente aos efeitos da amortização do ágio que não se aplicam à base de cálculo da CSLL (nem as regras previstas no Decreto-Lei nº 1.598/77 que tratam da adição do ágio no*

Processo nº 16327.720694/2016-28  
Acórdão n.º **1402-003.574**

**S1-C4T2**  
Fl. 688

---

*lucro real, nem as regras previstas na Lei nº 9.532/97, que permite sua amortização em algumas hipóteses). Cita julgados administrativos que amparariam seu entendimento.*

Por fim, requer que seja revertidas as retificações de prejuízo fiscal e de base negativa da CSLL, de modo que *os valores compensados de ofício pelo Sr. Agente Fiscal, por meio dos autos de infração em questão, deverão ser restabelecidos, ao final do presente processo administrativo, com o julgamento favorável ao Recorrente.*

## Voto Vencido

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Inicialmente cumpre apreciar o requerimento da contribuinte de que seja aqui aplicada a decisão proferida no Acórdão nº 1301-001.505, *sob pena de julgamentos distintos para uma mesma matéria, o que não pode ser admitido por este Colegiado.*

No referido acórdão foi apreciado lançamento formalizado no processo administrativo nº 16327.001743/2010-34 e decorrente, dentre outras infrações, da glosa de amortizações do mesmo ágio aqui em discussão, mas promovidas nos anos-calendário 2008 e 2009. Naqueles autos, a autoridade lançadora fundamentou a ineditabilidade das amortizações não só na conclusão de que o Banco Société Générale seria o *investidor de fato*, como também na extemporaneidade do laudo elaborado pela KPMG, contratada depois do pagamento do  gio. Depois da conversão do julgamento em diligência, que oportunizou   contribuinte a apresenta o de tradu o juramentada do estudo elaborado por UBS Pactual   época da aquisi o, além de outros esclarecimentos, a 1  Turma Ordinária da 3  Câmara decidiu, por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário em rela o   amortiza o de ágio, vencidos os Conselheiros Wilson Fernandes Guimarães (Relator) e Paulo Jakson da Silva Lucas, sendo designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Valmir Sandri, também apresentando declara o de voto o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado. O acórdão restou assim ementado neste ponto:

*INCORPORA O DE SOCIEDADE AMORTIZA O DE ÁGIO  
ARTIGOS 7  E 8  DA LEI N  9.532/97. PLANEJAMENTO  
FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO INOCORRÊNCIA.*

*No contexto das Leis 9.472/97 e 9.494/97, e pelo Decreto n  2.546/97, a efetiva o da reorganiza o de que tratam os artigos 7  e 8  da Lei n  9.532/97 mediante utiliza o de empresa veículo, desde que dessa utiliza o não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utiliza o da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.*

Importa registrar que além desta decisão, também foi proferido o Acórdão n  1201-001.242, nos autos do processo administrativo n  16327.720476/2011-89, veiculando, dentre outras infra o es, a glosa das amortiza o es do correspondente ágio promovidas no ano-calendário 2010. Naqueles autos, a autoridade lançadora fundamentou a ineditabilidade das amortiza o es não são na conclusão de que o Banco Société Générale seria o *verdadeiro adquirente do controle societário* da autuada, como também na extemporaneidade do laudo elaborado em julho de 2008, posteriormente ao pagamento do ágio em 30/11/2007. A 1  Turma Ordinária da 2  Câmara, por maioria de votos, deu provimento ao recurso voluntário para a afastar a glosa das despesas com amortiza o do ágio levadas ao resultado no ano de 2010, divergindo a Conselheira Ester Marques Lins de Sousa e votando pelas conclus o es o Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado. O acórdão restou assim ementado neste ponto:

*DESPESAS COM AMORTIZA O DE ÁGIO.*

*Se o ágio na aquisição do investimento efetivamente ocorreu, não sendo fruto de operações entre empresas do mesmo grupo econômico (ágio interno), incabível a glosa da despesa com sua amortização fundada no emprego da assim chamada "empresa veículo".*

Aliás, no voto condutor do referido julgado, o Conselheiro Relator Marcelo Cuba Netto consignou que:

*Como visto acima, o ágio foi registrado na contabilidade da contribuinte no ano de 2008 e passou a ser por ela amortizado a partir daquele mesmo ano.*

*No âmbito do processo nº 16327.001743/201034 a fiscalização lavrou auto de infração para exigência do IRPJ e da CSLL relativamente aos fatos geradores ocorridos nos anos de 2008 e 2009, pela dedução indevida das despesas com amortização do ágio.*

*No presente processo foi lavrado auto de infração para exigência do IRPJ e da CSLL relativamente aos fatos geradores ocorridos nos anos de 2010.*

*Conforme já assentado no relatório e no item 3 do presente voto, transitou em julgado a decisão administrativa exarada no processo nº 16327.001743/201034, havendo a 1ª Turma da 3ª Câmara decido ser cabível, no caso, a dedutibilidade das despesas com amortização do ágio, conforme ementa ao acórdão 1301001.505, a seguir transcrita:*

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97.

PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO INOCORRÊNCIA.

No contexto das Leis 9.472/97 e 9.494/97, e pelo Decreto nº 2.546/97, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 mediante utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.

*Obviamente que a coisa julgada objeto do acórdão 1301001.505 não alcança o litígio ora em discussão. De fato, enquanto lá se decidiu sobre a dedutibilidade das despesas com amortização do ágio nos anos de 2008 e 2009, aqui o objeto da lide é o ano de 2010.*

*Não custa recordar que, de acordo com o abaixo transcrito art. 469, I, do Código de Processo Civil, não fazem coisa julgada os motivos que levaram aquela Turma a decidir pela legalidade da despesa, daí porque esta Turma poderia, com base em motivos diversos, entender o oposto.*

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

(...)

*Em outras palavras, os fundamentos que alicerçaram a decisão da 1ª Turma da 3ª Câmara, que afastou a exigência nos anos de 2008 e 2009, não vinculam a decisão desta Turma quanto ao exame referente ao ano de 2010.*

Não há notícia de interposição de recurso especial nos autos do processo administrativo nº 16327.001743/2010-34 (anos-calendário 2008 e 2009). Já com referência ao processo administrativo nº 16327.720476/2011-89 (ano-calendário 2010), no sítio do CARF há registro de interposição de recurso especial pela Fazenda Nacional e pelo sujeito passivo, bem como de sua recente distribuição para relatoria na 1ª Turma da CSRF.

Em circunstâncias semelhantes esta Conselheira já manifestou seu entendimento em favor da reprodução em julgamento posterior do entendimento firmado por outra Turma do CARF que apreciou a primeira exigência fiscal decorrente do fato jurídico-tributário em debate.

Como relatado, o presente lançamento tem em conta as amortizações de ágio apropriadas no ano-calendário 2011, ágio este formado na aquisição da autuada pelo Banco Sociéte Générale Brasil S/A, mediante Contrato de Compra de Quotas sob Condições Precedentes e Outras Avenças, firmado entre a referida adquirente e os vendedores titulares das quotas da "CACIPAR", *holding que detinha 100% das ações do Banco Cacique S.A.*

Objetivamente, concluiu a autoridade fiscal, reproduzindo jurisprudência deste Conselho, que *“Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original”*. *Com toda engenharia societária realizada pelo Banco Sociéte Générale Brasil, podemos observar que, ao fim, o investimento adquirido - Banco Cacique S.A. - subsiste no patrimônio do investidor original, o Banco Sociéte Générale.* Em outras palavras, *as decisões proferidas pelo CARF destacam que a as normas legais não autorizam o aproveitamento do ágio quando, ao final da operação, o verdadeiro adquirente e o adquirido remanescem existindo, sem que haja união do patrimônio dessas sociedades.*

Logo, o vício constatado pela Fiscalização está localizado no registro inicial do ágio, fato constituído, originalmente, nos autos do processo administrativo nº 16327.001743/2010-34 e até mais amplamente discutido pela 1ª Turma da 3ª Câmara desta Seção, que também apreciou as objeções fiscais à prova do fundamento do ágio em rentabilidade futura. Indiscutível, portanto, a conexão entre os lançamentos.

Diante deste contexto, necessário se faz traçar os limites de atuação desta Turma de Julgamento para apreciação do litígio presente nestes autos.

Dispõe o Regimento Interno do CARF, em seu Anexo II, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, o que segue:

*Art. 6º Os processos vinculados poderão ser distribuídos e julgados observando-se a seguinte disciplina:*

*§1º Os processos podem ser vinculados por:*

*I - conexão, constatada entre processos que tratam de exigência de crédito tributário ou pedido do contribuinte **fundamentados em fato idêntico**, incluindo aqueles formalizados em face de diferentes sujeitos passivos;*

*II - decorrência, constatada a partir de processos formalizados em razão de procedimento fiscal anterior ou de atos do sujeito passivo acerca de direito creditório ou de benefício fiscal, ainda que veiculem outras matérias autônomas; e*

*III - reflexo, constatado entre processos formalizados em um mesmo procedimento fiscal, com base nos mesmos elementos de prova, mas referentes a tributos distintos.*

*§ 2º Observada a competência da Seção, os processos poderão ser distribuídos ao conselheiro que primeiro recebeu o processo conexo, ou o principal, salvo se para esses já houver sido prolatada decisão.*

*§ 3º A distribuição poderá ser requerida pelas partes ou pelo conselheiro que entender estar prevento, e a decisão será proferida por despacho do Presidente da Câmara ou da Seção de Julgamento, conforme a localização do processo.*

[...]

*Art. 47. Os processos serão sorteados eletronicamente às Turmas e destas, também eletronicamente, para os conselheiros, **organizados em lotes, formados, preferencialmente, por processos conexos**, decorrentes ou reflexos, de mesma matéria ou concentração temática, observando-se a competência e a tramitação prevista no art.*

*Art. 47. Os processos serão distribuídos aleatoriamente às Câmaras para sorteio, **juntamente com os processos conexos** e, preferencialmente, organizados em lotes por matéria ou concentração temática, observando-se a competência e a tramitação prevista no art. 46.*

[...]

*Art. 49. O presidente da Câmara participará do planejamento da quantidade de lotes a ser sorteada aos conselheiros dos colegiados vinculados à Câmara e dos recursos repetitivos.*

[...]

*§ 5º O processo **conexo**, decorrente ou reflexo e o que retornar de diligência ou em razão de acórdão de recurso especial e de embargos de declaração **será distribuído ao mesmo relator ou redator, independentemente de sorteio**, ressalvados o retorno de processo com acórdão de recurso especial e os embargos de declaração em que o relator ou redator não mais pertença à turma de origem, que serão apreciados por essa, mediante sorteio entre seus conselheiros. (Redação dada pela Portaria MF nº 153, de 2018)*

[...] (negrejou-se)

No presente momento, a distribuição por conexão não é mais possível porque já concluído o julgamento e também porque nem o relator nem o redator designado integram Colegiados desta 1ª Seção.

De toda sorte, a determinação regimental presta-se a atender objetivos maiores, que devem ser observados ainda que a distribuição não seja feita ao mesmo Conselheiro Relator ou Redator do processo original.

O Decreto nº 70.235/72 apenas cogita da reunião dos lançamentos no momento de sua formalização, quando lastreados nos mesmos elementos de prova. Esta permissão assim constava de sua redação alterada pelas Leis nº 8.748/93 e 11.196/2005:

*Art. 9º A exigência de crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizadas em autos de infração ou notificação de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.*

**§ 1º Os autos de infração e as notificações de lançamento de que trata o caput deste artigo, formalizados em relação ao mesmo sujeito passivo, podem ser objeto de um único processo, quando a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de prova.**

*§ 2º Os procedimentos de que tratam este artigo e o art. 7º, serão válidos, mesmo que formalizados por servidor competente de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo.*

*§ 3º A formalização da exigência, nos termos do parágrafo anterior, previne a jurisdição e prorroga a competência da autoridade que dela primeiro conhecer. (negrejou-se)*

A redação atual do art. 9º do Decreto nº 70.235/72 não foi alterada, substancialmente, neste ponto:

*Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)*

*§ 1º Os autos de infração e as notificações de lançamento de que trata o caput deste artigo, formalizados em relação ao mesmo sujeito passivo, podem ser objeto de um único processo, quando a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de prova. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*§ 2º Os procedimentos de que tratam este artigo e o art. 7º, serão válidos, mesmo que formalizados por servidor competente de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)*

*§ 3º A formalização da exigência, nos termos do parágrafo anterior, previne a jurisdição e prorroga a competência da autoridade que dela primeiro conhecer. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)*

*§ 4º O disposto no caput deste artigo aplica-se também nas hipóteses em que, constatada infração à legislação tributária, dela não resulte exigência de crédito tributário. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*

*§ 5º Os autos de infração e as notificações de lançamento de que trata o caput deste artigo, formalizados em decorrência de fiscalização relacionada a regime especial unificado de arrecadação de tributos, poderão conter lançamento único para todos os tributos por eles abrangidos. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*

*§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica às contribuições de que trata o art. 3º da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*

No mais, o Decreto nº 70.235/72 nada diz, além de destacar que *na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias* (art. 29, Seção VI – Do Julgamento em Primeira Instância), e dispor que *o julgamento no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais far-se-á conforme dispuser o regimento interno* (art. 37, Seção VII – Do Julgamento em Segunda Instância).

Necessário, portanto, o exame da Lei nº 9.784/99, que por força de seu art. 69 aplica-se subsidiariamente aos *processos administrativos específicos* regidos por lei própria, como é o caso do processo administrativo fiscal federal. E de seu texto destaca-se:

*Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, **segurança jurídica**, interesse público e **eficiência**.*

*Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*

*I - atuação conforme a lei e o Direito;*

[...]

*VIII – observância das **formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados**;*

[...] (negrejou-se)

Isto porque são os princípios da segurança jurídica e da economia processual, este refletido administrativamente no princípio da eficiência, que informam a conexão, a continência e a litispendência do processo civil. Este tema é abordado nos seguintes artigos do Novo Código de Processo Civil - CPC (Lei nº 13.105/2015):

*Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.*

*§ 1º Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado.*

[...]

*§ 3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.*

*Art. 56. Dá-se a continência entre 2 (duas) ou mais ações quando houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais.*

*Art. 57. Quando houver continência e a ação continente tiver sido proposta anteriormente, no processo relativo à ação contida será proferida sentença sem resolução de mérito, caso contrário, as ações serão necessariamente reunidas.*

*Art. 58. A reunião das ações propostas em separado far-se-á no juízo prevento, onde serão decididas simultaneamente.*

[...]

*Art. 286. Serão distribuídas por dependência as causas de qualquer natureza:*

*I - quando se relacionarem, por conexão ou continência, com outra já ajuizada;*

[...]

*Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:*

[...]

*VI - litispendência;*

*VII - coisa julgada;*

VIII - conexão;

[...]

§ 1º *Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.*

§ 2º *Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.*

§ 3º *Há litispendência quando se repete ação que está em curso.*

§ 4º *Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado.*

[...]

*Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:*

[...]

*V - reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada;*

[...]

§ 3º *O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.*

[...]

Nestes termos, havendo identidade de pedido ou causa de pedir entre duas ou mais ações, apenas uma delas pode subsistir. Tais causas devem ser distribuídas ao mesmo juiz, que pode ordenar a reunião das ações para sua decisão simultânea<sup>2</sup>, ou mesmo determinar a extinção, sem julgamento do mérito, do processo que reproduz ação anteriormente ajuizada. Observe-se que, embora atribuído ao réu o dever de alegar a existência de conexão ou litispendência, o art. 267, §4º do antigo CPC, à semelhança do art. 485, §3º do Novo CPC, autoriza o conhecimento de ofício, pelo juiz, de tais circunstâncias, como bem destaca Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil*, 4ª ed. rev. atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 148-151):

*Como se trata de matéria de ordem pública, referente ao exercício de uma função estatal, que é a jurisdição, nega-se o próprio Estado, independentemente da vontade dos litigantes, a exercê-la duas ou várias vezes com o mesmo objetivo. A proibição de duplicar ou multiplicar o exercício da jurisdição em casos assim constitui legítima e racional ressalva à promessa constitucional de tutela jurisdicional (Const., art. 5º, inc. XXXV). [...] O controle oficial deve ser feito durante toda a pendência do segundo processo, a saber, desde o momento em que o juiz despacha a petição inicial e enquanto não se exaurirem as instâncias ordinárias. Tal é o significado da locução em qualquer tempo e grau de jurisdição, contida na lei. Mesmo nada alegando o réu em apelação, ou mesmo que a demanda haja sido julgada improcedente ou inadmissível por outro fundamento e o autor venha a apelar, é dever do tribunal fazer a verificação. Só se exclui que, sem ter o tema da litispendência sido objeto de pronunciamento explícito pelo tribunal encarregado de*

<sup>2</sup> No CPC anterior (Lei nº 5.869/73), ao juiz era permitido, inclusive, agir de ofício:

Art.105.Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.

*julgar a apelação (Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça), ele venha a ser examinado em sede de recurso especial (a exigência de prequestionamento: Súmula 282 e 356 STF). Dadas estreitíssimas limitações desse recurso, também não poderia o Superior Tribunal de Justiça apreciar a litispendência sem que isso lhe houvesse sido pedido pelo recorrente.*

A litispendência é classificada pela doutrina como um dos pressupostos processuais negativos, pois sua ocorrência impede a eficácia e a validade da relação jurídica processual formada em segundo lugar. Seu fundamento está no repúdio da ordem jurídico-processual ao *bis in idem*, evitando-se que a mesma demanda seja julgada mais de uma vez, com o risco de decisões contraditórias e prejuízo à segurança jurídica.

Neste sentido são as lições de Teresa Arruda Alvim Wambier (*Litispendência em ações coletivas*. In: Processo Civil Coletivo. Coordenação de Rodrigo Nolasco Mazzei e Rita Dias Nolasco, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 280), classificando de preventivas as preocupações com a litispendência, pois *por trás de todas as discussões que envolvem a litispendência, sempre se percebe que o principal cuidado existente se liga a evitar que, futuramente, haja decisões conflitantes, não no plano lógico, mas no plano empírico sobre o mesmo objeto*. De forma semelhante manifesta-se Luiz Rodrigues Wambier (*Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 1: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 203), para quem *o fundamento para esse pressuposto processual negativo está no princípio da economia processual e no perigo de julgamentos conflitantes*.

A reunião dos processos, em razão da conexão, objetiva, portanto, evitar decisões contraditórias e incompatibilidades lógicas, ou até operacionais, do ponto de vista da execução do julgado, nos casos em que o cumprimento de uma das decisões poderia implicar o descumprimento de outra decisão judicial. Daí o poder conferido ao juiz de reunir processos com elementos semelhantes, evitando conseqüências danosas aos cidadãos e ao Poder Judiciário, premissas estas que permitem a Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil*, 4ª ed. rev. atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 148-151) definir conexão nos seguintes termos:

*A conexão é uma categoria jurídico-processual de tanta amplitude, que conceitualmente é capaz de abranger em si todas as demais modalidades de relações entre demandas. [...] a coincidência entre os elementos objetivos das demandas, para determinar a conexão juridicamente relevante, deve ser coincidência quanto aos elementos concretos da causa de pedir ou quanto aos elementos concretos do pedido. A coincidência de elementos abstratos conduz à mera afinidade entre as demandas, que não chega a ser conexão e não tem os mesmos efeitos desta.*

[...]

*O que importa, nos institutos regidos pela conexão, é a utilidade desta como critério suficiente para impor certas conseqüências (prorrogação da competência, reunião de processos) ou autorizar outras (litisconsórcio). Essa utilidade está presente sempre que as providências a tomar sejam aptas a proporcionar a harmonia de julgados ou a convicção única do julgador em relação a duas ou mais demandas.*

Daniel Amorim Assumpção Neves (*Manual de Direito Processual Civil*, v, único, 4ª edição, São Paulo: Editora Método, 2012, p. 168-169) observa que a economia processual é um aspecto secundário na conexão, a ponto de, à época, no Projeto de Lei do

Novo Código de Processo Civil, ter se cogitado de restringir a conexão às hipóteses em que existisse risco de decisões contraditórias se os processos fossem julgados separadamente. Mas destaca a importância desta causa modificadora de competência nos seguintes termos:

*Fixados os limites da identidade exigida para que se verifique a conexão entre duas demandas com a interpretação possível da redação constante no art. 103 do CPC, é importante analisar as razões de ser da conexão e, mais especialmente, da sua consequência: a reunião dos processos perante um mesmo juízo. São duas as principais razões: economia processual e harmonização dos julgados.*

*A primeira e inegável vantagem aferida com o fenômeno da conexão é **evitar que decisões conflitantes sejam proferidas por dois juízos diferentes**. A existência de decisões conflitantes proferidas em demandas que tratem de situações similares é, naturalmente, motivo de descrédito ao Poder Judiciário, podendo inclusive gerar problemas práticos de difícil solução.*

*Por outro lado, é inegável que a reunião de duas ou mais demandas perante somente um juiz favoreça no mais das vezes a verificação do princípio da **economia processual**, já que os atos processuais serão praticados somente uma vez [...]. Com a prática de atos processuais que sirvam a mais de um processo, é evidente que haverá otimização de tempo e em razão disso respeito ao princípio da economia processual.*

[...]

*Os dois fundamentos que ensejam a reunião dos processos em decorrência de conexão – embora em diferentes graus de importância – estão intimamente ligados a razões de ordem pública, posto interessar ao próprio Estado que os julgados do Poder Judiciário sejam harmoniosos e que se gastem o menor tempo e recursos para obtê-los. Justamente em virtude dos interesses que procura preservar (**ordem pública**), essa causa modificadora de competência é dotada de maior força que todas as demais. (destaques do original)*

Veja-se que, ao final, o Novo CPC acabou por ampliar o conceito de conexão ao dispor que também *serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles* (art. 55, §3º). Patente, assim, o interesse em se evitar decisões conflitantes.

Abordando a obrigatoriedade da reunião de processos em razão da conexão, Daniel Amorim Assumpção Neves (*Op. cit.*, p. 169-170) defende que *uma reunião que não possa alcançar nenhum dos dois objetivos traçados para o instituto está totalmente fora de questão*. E, nesta linha, acrescenta:

*[...] E parece concordar com tal posição a jurisprudência, sumulado o Superior Tribunal Justiça o entendimento de que não existe reunião de processos conexos quando um deles já estiver no tribunal, circunstância esta em que obviamente a reunião dos processos não geraria qualquer economia processual ou harmonia dos julgados, visto que em um deles a prova já foi produzida e a decisão já foi prolatada.*

De fato, firmou o Superior Tribunal de Justiça na Súmula 235 que *a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado*. Ocorre que a necessidade de se produzir outra decisão, no âmbito administrativo, não implica a produção de provas, mas apenas a apreciação de fatos já constituídos pela autoridade competente. Em consequência,

negar efeitos à conexão, em tais condições, significa permitir a reapreciação de fato já julgado e eventual decisão em sentido diverso da anterior, desconsiderando o objetivo da norma.

No caso presente, o fato jurídico que origina a presente demanda foi apreciado em 1ª e 2ª instâncias de julgamento, em razão de impugnação e recurso voluntário interpostos nos autos do processo administrativo nº 16327.001743/2010-34. Logo, não sendo mais possível a reunião dos processos, na prática, para julgamento conjunto, os princípios da economia processual, eficiência e segurança jurídica determinariam que a apreciação resultante do recurso voluntário interposto naqueles autos fosse reproduzida na resposta ao recurso voluntário interposto nestes autos.

Diante desta análise jurídica e pragmática, a solução mais adequada aos princípios que regem o processo civil e administrativo, seria a reprodução, no julgamento do recurso voluntário presente nestes autos, do entendimento firmado pela 1ª Turma da 3ª Câmara desta 1ª Seção na apreciação de recurso voluntário que teve por objeto a primeira exigência fiscal decorrente do fato jurídico-tributário aqui em debate.

É patente a identidade do fato jurídico-tributário tratado nos dois processos em referência, como evidenciado no relatório acima e no relatório e votos do Acórdão nº 1301-001.505, no qual foram analisados todos os contornos da operação aqui expostos, para além dos questionamentos também dirigidos à prova do fundamento do ágio. Em ambos os lançamentos, a autoridade lançadora rejeitou a "Trancoso" como adquirente, e atribuiu ao Banco Societé Générale Brasil S/A esta condição, de modo a negar dedutibilidade às amortizações de ágio porque ausente a confusão patrimonial exigida pela legislação fiscal.

As conclusões do Conselheiro Valmir Sandri, expressas ao final de seu voto, não deixam dúvidas de a admissibilidade do arranjo societário para aquisição da participação societária foi determinante para o reconhecimento da dedutibilidade das amortizações glosadas:

[...]

*Com relação a alegação do Ilustre Relator de que o processo de aquisição de empresa e incorporações sucessivas não tiveram propósito outro que não fosse o de antecipar os benefícios fiscais trazidos pela amortização do ágio, inclusive com a utilização da chamada "empresa veículo" constituída para esse fim, com a devida "vênia", ousou dele novamente discordar, eis que a criação de empresas, bem como a sua extinção por incorporação, envolvendo uma controlada e controladora, independe de qualquer motivação econômica ou financeira, pois está na órbita exclusiva da decisão dos sócios.*

*Por estas razões não faz o menor sentido a motivação que levou o auto de infração considerar ter ocorrido um planejamento inoponível ao fisco, por não ter havido razão econômica "na aproximação dos interessados" relativamente à incorporação de modo a possibilitar a dedução do ágio.*

*A razão econômica da incorporação está exatamente no fato de que, com a incorporação, a autuada passou a ter o direito, sponte sua, de amortizar o ágio pago na privatização, tendo sido esta a conduta abarcada e induzida pelo ordenamento, por intermédio das regras estipuladas no artigo 7º e 8º da Lei nº 9.532/97<sup>3</sup>, sendo bastante comum em direito societário para se alcançar*

<sup>3</sup> Ricardo Mariz de Oliveira, em trabalho intitulado "Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e dos deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária", publicado no livro Direito Tributário Atual nº 23", editado em 2009 pela Dialética, destaca que o espírito da norma dos artigos 7º e 8º da Lei

***determinado efeito, não prosperando, portanto, o argumento de que a real motivação da incorporação foi a utilização do benefício fiscal previsto na lei.***

*Ora, a motivação não há que ser, necessariamente, econômica, podendo ser de qualquer ordem, desde que verdadeira, sendo, portanto, repito, fora de propósito a alegação fiscal de que não se denota nenhuma finalidade econômica na aproximação dos interessados, mormente quando não há no ordenamento pátrio tal figura.*

*Como é sabido, a alienação ou extinção de participação societária implica resultado operacional (ganho ou perda de capital), em cuja apuração influencia o ágio que compôs o preço da respectiva aquisição.*

*Para fins fiscais, nos casos de extinção de participação societária decorrente de incorporação, fusão ou cisão, o art. 34 do Decreto 1.598/77 (art. 430 do RIR/99) somente permitia a dedução como perda de capital da diferença entre o valor contábil registrado pelo investidor e o acervo incorporado, avaliado a preço de mercado, pois a mesma representava perda efetiva do custo de aquisição do investimento. Não havia prazo mínimo para esta operação de registro da perda.*

*Por sua vez, a Lei nº 9.532/97 alterou essa norma em relação aos casos de aquisição com ágio e posterior incorporação, fusão ou cisão. Nessa hipótese, em se tratando de ágio com fundamento na rentabilidade futura, o legislador admitiu sua amortização à razão de sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração (artigo 386, III, do RIR/99).*

*Essa norma tornou irrelevante, para fins fiscais, a avaliação de acervo líquido quando existente ágio ou deságio, e criou prazo mínimo para a amortização, como forma de evitar o ganho fiscal imediato que anteriormente se obtinha, pelo reconhecimento imediato da diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido.*

***De se verificar também que independentemente do caminho trilhado pelas empresas envolvidas, tanto a Incorporada como a Incorporadora, sem infringir a legislação fiscal, poderiam beneficiar-se da dedutibilidade do ágio pago na aquisição, porquanto, os dois caminhos alternativos (incorporação direta ou mediante uso de empresa veículo) não resultariam em carga tributária diferente, sendo descabido falar em falta de disposição expressa no ordenamento para a opção por um ou por outro e/ou espaço de tempo utilizado nessas operações, não havendo, portanto, que se falar em abuso de direito para se obter o benefício fiscal.***

*De se pontuar que a inserção da figura do abuso de direito no campo tributário, como fator justificativo da ineficácia dos atos praticados perante o fisco, liga-se a*

---

9.532/97 é que a dedução da amortização do ágio (fundamentado na rentabilidade futura) em razão da absorção da pessoa jurídica a que se refira é que ele seja considerado juntamente com os lucros da atividade a que se refere. E assenta:

“Em suma, no contexto dos art. 7º e 8º é essencial que haja absorção de patrimônio por via de incorporação, fusão ou cisão, de maneira a reunir ágio ou deságio e lucro numa única pessoa jurídica. É por isso mesmo – por ser acontecimento inerente ao tratamento objetivado pela lei – que a reunião das pessoas jurídicas é coisa natural e não deve ser vista com a desconfiança que tem caracterizado alguns procedimentos fiscais, a qual é totalmente descabida quando efetivamente tenha ocorrido uma aquisição om ágio, eis que o passo subsequente inevitável, previsto na lei, é a incorporação, fusão ou cisão das pessoas jurídicas investidora e investida.

É ainda por isso que, nesses casos, se torna irrelevante como se processa a reunião das duas pessoas jurídicas, para o que a lei abre inúmeras alternativas, e nem mesmo é prejudicial aos efeitos da lei que essa reunião tenha se realizado em curto ou longo prazo, podendo mesmo efetivar-se no próprio dia da aquisição do investimento.”

*situação em que há uma redução da carga tributária (compromete a eficácia do princípio da capacidade contributiva). Invocar o abuso de direito para considerar ineficaz a conduta frente ao fisco só se justifica se essa conduta houver sido determinante para redução da carga tributária (compromisso da capacidade contributiva). E isso não ocorreu no caso concreto pois, como visto, a carga tributária seria mesma, quer a incorporação fosse direta, quer se desse por meio da empresa veículo, sendo impertinente também para justificar o lançamento, pois pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros.*

*No caso, não se materializou excesso frente ao direito tributário, eis que não houve prejuízo da Fazenda, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo.*

[...] (negrejou-se)

Assim, o presente voto é no sentido de reconhecer a conexão da presente exigência com aquela veiculada nos autos do processo administrativo nº 16327.001743/2010-34, e reproduzir aqui o mesmo entendimento lá firmado acerca do fato jurídico tributário que ensejou a presente exigência, no sentido de que a incorporação pela autuada da "Trancoso" e da "Cacipar" autorizaria a dedução fiscal das amortizações do ágio pago.

Em conseqüência, torna-se desnecessário apreciar os demais questionamentos veiculados em recurso voluntário quanto às exigências decorrentes do principal lançado em razão da glosa das amortizações do ágio.

Por estas razões, o presente voto passa a ser no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

Prevalecendo o entendimento do Colegiado contrário à aplicação dos efeitos da conexão na forma antes proposta, passa-se à apreciação dos demais argumentos deduzidos pela interessada no recurso voluntário interposto nestes autos.

Preliminarmente cumpre afirmar a necessária aplicação da Súmula CARF nº 116: *Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança.*

Considerando que o lançamento em debate, formalizado em 10/11/2016, prestou-se a glosar amortizações de ágio deduzidas na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL no ano-calendário 2011, deve ser REJEITADA a arguição de decadência, vez que não havia transcorrido nem mesmo o prazo decadencial mais estreito, previsto no art. 150, §4º do CTN.

No mérito, cabe registrar inicialmente que a autoridade lançadora pautou-se, em sua acusação, no entendimento expresso na ementa dos Acórdãos nº 1101-000.942 (processo nº 10980.722071/2012-76), 1101-000.936 (processo nº 16561.720040/2011-17), 1101-000.962 (16643.000144/2010-11), 1101-000.961 (processo nº 16643.000142/2010-21) e 1101-000.899 (processo nº 19515.005924/2009-77), todos conduzidos por voto desta Conselheira:

*TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA.*

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

Os arranjos societários analisados nos referidos julgados apresentam peculiaridades que não permitem identificar nenhum deles com as operações aqui sob exame, mas todos eles apresentam um traço característico representado pela amortização fiscal do ágio sem que a real adquirente do investimento incorpore ou seja incorporada pela investida. Ou seja, sob diferentes estruturas societárias, o real adquirente é substituído na titularidade das ações da investida por outra pessoa jurídica que, ao final, é extinta por incorporação, permitindo que as disposições dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 sejam invocadas, reduzindo-se o lucro da investida mediante dedução o ágio pago e fundamentando em sua rentabilidade futura.

No presente caso, está provado que no contrato firmado para aquisição das ações da autuada, detidas por "Cacipar" (Companhia de Participações de propriedade da "família Coimbra"), figurou como comprador o Banco Société Générale Brasil S/A, que dez dias depois da compra transferiu para si as quotas de "Marigane Participa es Ltda", pessoa jurídica constituída há poucos meses e sem nenhuma atividade, passando a denominá-la "Trancoso Participa es Ltda" e cedendo-lhe os direitos de aquisi o da "Cacipar", para mais   frente, com a aprova o concedida pelo Banco Central do Brasil para realiza o da opera o, aportar-lhe o capital necessário   realiza o do negócio. Segundo a autoridade lançadora, *os recursos utilizados para aquisi o pretendida pelo Banco Société Générale foram aportados na ef mera companhia com o propósito exclusivo de realizar o pagamento antes acordado entre comprador e vendedores para em seguida extingui-la.*

A recorrente aduz que a cessão do direito de compra das a es detidas por "Cacipar" já estava prevista no referido contrato, mas isto nos seguintes termos (fl. 289):

*9.5 Cessão. A partir da data deste instrumento até a Data do Fechamento, nenhuma das Partes contratantes poderá ceder este Contrato, em parte ou no todo, sem a anuência por escrito das outras Partes, ressalvado que o Comprador poderá ceder este Contrato e seus direitos e obriga es a qualquer Afiliada do Comprador, incluindo, sem limita o, como resultado da venda ou incorpora o ou qualquer reorganiza o societária, a qualquer época antes ou após a Data do Fechamento, caso em que Société Générale deverá permanecer como uma Parte Interveniente deste Contrato a fim de garantir o cumprimento deste Contrato pelo cessionário, em conformidade com a Cláusula 3.4 deste instrumento, e o Comprador deverá imediatamente notificar os Vendedores sobre a cessão, ressalvado, entretanto, que qualquer tal cessão pelo Comprador poderá apenas ocorrer (i) após a Data do Fechamento, ou (ii) após a presente data mas antes da data de protocolo do pedido das Aprova es; (iii) se antes da Data do Fechamento mas depois da data em que o protocolo do pedido das Aprova es tiver sido feito, com comprova o razoável do Comprador, que essa cessão não teria probabilidade de causar um atraso significativo na obten o das Aprova es. (destacou-se)*

Société Générale S/A, constituída de acordo com as leis da França, indicada no início do contrato como "comprador",   descrita, na sequência, como parte interveniente para, então, passar a ser referida como "Société Générale" (juntamente com o Banco Société Générale S.A. coletivamente referidas como "Comprador"), conforme fls. 248/250. Ou seja, a

cessão em questão foi admitida pelos vendedores desde que não houvesse alteração substancial nas partes designadas como "comprador". Esta circunstância, somada ao fato de "Trancoso Participações Ltda" receber o aporte de capital de Banco Société Générale Brasil somente depois de a aquisição ter sido autorizada pelo Banco Central, de modo a assegurar o pagamento em favor dos vendedores, são evidências suficientes para manutenção da conclusão fiscal, nos seguintes termos:

*Não    possível qualificar a Companhia Trancoso, adquirida exclusivamente para servir como empresa veículo do ágio, como investidora original, uma vez que se verifica que os recursos utilizados para aquisição pretendida pelo Banco Société Générale foram aportados na ef  mera companhia com o propósito exclusivo de realizar o pagamento antes acordado entre comprador e vendedores para em seguida extingui-la.*

Irrelevante se as operações, no entender da recorrente, foram praticadas de forma legal e com o conhecimento dos órgãos competentes, pois as circunstâncias antes referidas, são suficientes para evidenciar que o real adquirente da autuada foi o Banco Société Générale, e isto justamente em razão de tais operações serem parte de um contexto maior de expansão das atividades do Grupo francês Société Générale no Brasil, pois se não houvesse esta interferência na aquisição em debate, possivelmente ela não seria implementada em face, apenas, de "Trancoso Participações Ltda". Aliás, anote-se que a ausência de imputação de multa qualificada no presente caso nada significa, na medida em que, não tendo sido apurado crédito tributário devido, mas apenas redução de prejuízo fiscal e de bases negativas, a autoridade fiscal nada referiu sob aquela   tica.

Em verdade, quem maior valor confere as "fotografias", que compõem o "filme" das operações implementadas para a aquisição do Recorrente pelo Grupo Société Générale,    a própria recorrente, que pretende firmar a dedutibilidade das amortizações glosadas com base na validade de cada passo adotado pelo Grupo, desmerecendo a realidade alcançada a partir do exame do conjunto desses passos e de seu resultado final, contrário    exigência expressa nos arts. 7   e 8   da Lei n   9.532/97, qual seja, a subsistência do comprador e do adquirido, cujas atividades justificaram a fundamentação do ágio em rentabilidade futura.

A recorrente argumenta que Trancoso era uma verdadeira empresa de participações (holding), concebida antecipadamente para, dentre outras atividades e finalidades, deter a participação do Société na Cacipar, dada a manifesta diferença entre os objetos sociais do Société (mais abrangente, com foco em banco de investimento) e do Banco Cacique (mais específico, focado em crédito consignado), e de forma a melhor segregar as atividades respectivas, bem como aduz outras referências para se opor    acusação fiscal de que a "Trancoso" seria uma empresa veículo sem propósito negocial.

Contudo, frente    cessão de direito de compra que manteve um dos compradores originais como garantidor da operação, associada    transferência dos recursos financeiros    "Trancoso" contemporânea    aquisição, referida "holding" somente pode ser compreendida como extensão do caixa dos adquirentes originais. De fato, a citada cláusula 9.5 deixa patente que, mesmo se o "Société" dispusesse de tempo hábil para constituir a holding antes da celebração do contrato, os vendedores com ela não contratariam, porque a capacidade financeira para honrar o contrato era, claramente, detida pela instituição financeira no Brasil e na França.

A recorrente pretende atribuir substância à "Trancoso" acrescentando que ela subsistiu por *quase 2 (dois) anos depois da aquisição pela Trancoso dos direitos oriundos do contrato de compra e venda*, mas o fato é que apenas o transcurso de tempo não atribui materialidade neste sentido, até porque, como bem observa a autoridade lançadora, *o Banco Cacique já era controlado por uma empresa de Participações - a CACIPAR, o que já se prestaria à segregação afirmada como necessária em razão da manifesta diferença entre os objetos sociais do Société (mais abrangente, com foco em banco de investimento) e do Banco Cacique (mais específico, focado em crédito consignado), e de forma a melhor segregar as atividades respectivas*. Também sob este ângulo, a interposição de "Trancoso" se mostra útil, apenas, para dissimular o real adquirente do investimento e alcançar, no futuro, as vantagens fiscais decorrentes da amortização antecipada do ágio pago.

Quanto à relevância da "Trancoso" na hipótese de aquisição de uma instituição financeira, deve prevalecer o entendimento expresso no acórdão recorrido acerca da *ausência de especificações das complexidades* alegadas, vez que não demonstrada qualquer exigência específica do Banco Central do Brasil para tal autorização, mormente tendo em conta que desde a contratação inicial entre os compradores e vendedores foram contemplados e aceitos os efeitos decorrentes desta complexidade para alteração societária, como se vê nas diversas cláusulas do acordo que estabelecem as garantias e os ônus associados àquela condição. A recorrente permanece sustentando seu entendimento em alegações genéricas de que *o engessamento societário não coadunava com os propósitos mercantis pretendidos*, e de que a *holding* Trancoso teria sido utilizada *como uma alternativa aos inúmeros limites e restrições postos às alterações societárias em instituições financeiras, como é o caso do Banco Société*, o que, à evidência, não é suficiente para alterar as conclusões aqui adotadas. O mesmo se diga em relação aos argumentos de que a estruturação societária contemplando uma *holding* para aquisição de participação societária, além de conveniente e justificada sob a ótica empresarial e de mercado, constitui prática antiga, inclusive no setor financeiro, dado que a operação já contemplava a "Cacipar" como *holding* e o fato de uma prática ser antiga não significa que ela não possa ser questionada.

Quanto aos ajustes societários cogitados pela recorrente para justificar a dedutibilidade das amortizações em razão da alternatividade entre eles, esclareça-se que a justificativa apresentada pela autoridade julgadora de 1ª instância para deixar de avaliar os efeitos destas alternativas é legítima, vez que, ao final, outro foi o caminho adotado pelo grupo empresarial, e cabe ao julgador administrativo apreciar o caso concreto e suas repercussões tributárias.

De toda a sorte, cumpre anotar que nenhum deles resultaria no cenário final de redução dos resultados tributáveis da atuada e manutenção de seu controle pelo "Société". Isto porque a alegada incorporação da "Cacipar" pelo "Société" está cogitada como meio para que *a despesa referente à amortização do ágio gerado nessa aquisição fosse deduzida pelo Société*, e não pela atuada. Para o encontro da amortização fiscal do ágio com a rentabilidade futura da atuada, necessário seria que o "Société" incorporasse a atuada, ou que a atuada incorporasse o "Société", operações não cogitadas na argumentação da recorrente possivelmente porque não contemplada dentre os interesses do grupo, a evidenciar que a *Trancoso* foi, sim, *a condição necessária* cogitada para *aproveitamento fiscal do ágio*.

A recorrente argumenta que o *efeito fiscal da realização da operação por meio da Trancoso foi o mero deslocamento do aproveitamento fiscal do ágio do Société para o Recorrente*, porém, em verdade, os arranjos societários foram estruturados para evitar este

efeito não desejado, como antes observado. Para alcançar a redução das bases tributáveis da autuada, e não do "Société", a "Trancoso" foi interposta, localizando a amortização fiscal do ágio na empresa que melhor atendia aos interesses do grupo empresarial, sem a necessária confusão patrimonial entre o adquirente ("Société") e a adquirida (autuada).

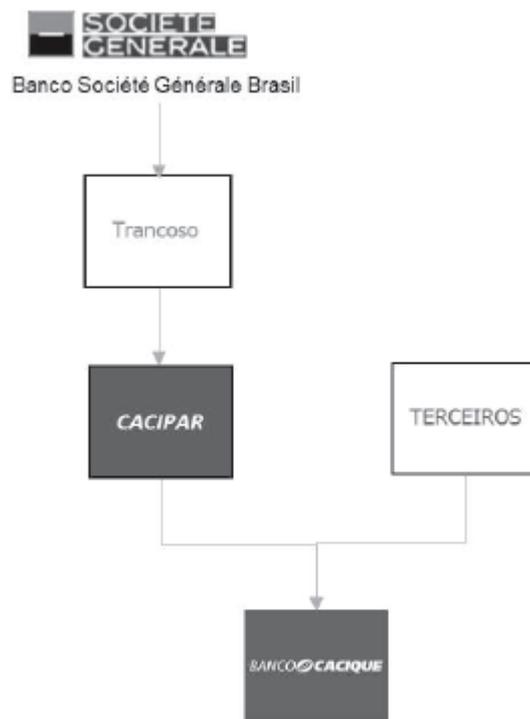
Quanto à possibilidade de *o Société adquirir a Cacipar e, como consequência, registrar o ágio verificado nessa aquisição em seu ativo, seguindo-se uma cisão parcial, com versão do investimento na Cacipar e respectivo ágio*, para que a parcela cindida fosse incorporada pela Cacipar, e a recorrente, incorporando-a, passasse a registrar o ágio verificado na aquisição da Cacipar em seu ativo, não se reconhece a legitimidade arguida pela recorrente, vez que, à semelhança do verificado no presente caso, sob outro ajuste societário, o resultado final seria a subsistência do adquirente (que pagou o ágio a ser amortizado) e da adquirida (que motivou o pagamento do ágio com fundamento em sua rentabilidade futura).

Com referência ao fato de *o aporte de capital feito pelo Société na Trancoso, seguido do pagamento do preço pela Trancoso aos Vendedores ter gerado 2 (duas) incidências de Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF, cada uma superior a R\$3.000.000,00 (três milhões de reais)*, não é possível admiti-lo como *prova cabal de que a Trancoso seria uma verdadeira holding, concebida com antecedência, para, dentre outras atividades, atender ao legítimo propósito comercial de deter a participação do Société na Cacipar*, mormente tendo em conta que, considerando o ágio total de R\$ 570.563.619,00, e a expectativa de sua repercussão na apuração do IRPJ e da CSLL, *na ordem de cerca de R\$ 170 milhões (considerando as alíquotas básicas de 15% para cada um dos tributos)*, a segunda incidência de CPMF na forma alegada não possui a relevância que a recorrente pretende atribuir-lhe.

A recorrente prossegue contrapondo-se aos argumentos da autoridade para atribuir ao "Société" a condição de real adquirente do investimento, expondo doutrina acerca das funções das sociedades *holdings*. Não se discute, porém, que *o objeto de uma empresa não se limita a uma atividade de produção ou circulação de bens e prestação de serviços*, nem se exige que uma sociedade *holding* pura tenha empregados, bem como se admite que uma *holding* aufira apenas receitas derivadas de seus investimentos, subsista com *aportes de capital ou obtenção de financiamentos para a aquisição de participações societárias*, e tenha por objeto social *a mera detenção de outra(s) sociedade(s)* prevista no artigo 2º, § 3º, da Lei das S. A., inclusive para *beneficiar-se de incentivos fiscais*. Tais circunstâncias hipotéticas, porém, não são suficientes para que se atribua substância à "Trancoso" que passou ao controle do "Société" somente depois de firmado o contrato de compra da participação na autuada, e teve por objeto, apenas, o recebimento dos recursos para transferência aos titulares das quotas da "Cacipar", além da alegada cessão de direito de compra de tais quotas, acordada sob a condição de que o "Société Générale S/A" permanecesse figurando como comprador/interveniente. Resta evidente, analisando-se o "filme", e não "fotografias" isoladas da atuação da "Trancoso", que não é possível admiti-la como adquirente das participações na autuada.

Irrelevantes, assim, estipulações legais posteriores, como o alegado art. 31 da Lei nº 11.727/2008, que reconheceria *a holding pura como uma sociedade válida para todos os fins, ao dispor que a esta poderá diferir o reconhecimento das despesas com juros de empréstimos contraídos para financiamentos de investimentos em sociedades controladas*, até porque referido diferimento tem em conta, justamente, a permanência do investimento adquirido, convertendo em seu custo as despesas com aportes de recursos, nas investidas, por meio de empréstimos. Observe-se, inclusive, que o aporte de novos recursos nas investidas,

dentre outras atuações da *holding*, são atividades que operam em favor de sua efetiva existência, e têm maior relevo que a sua mera permanência por mais de um ano, como destaca a recorrente, ao afirmar como seu objetivo negocial *a aquisição do controle do Recorrente e a segregação dessa nova atividade adquirida das demais exercidas pelo Societé, que somente foi possível com sua participação*, muito embora a "Cacipar" já se prestasse a esse fim, como resta evidente na estrutura mantida até a incorporação, apresentada no recurso voluntário:



Repise-se: não se nega, aqui, a capacidade jurídica de sociedades *holdings* puras, mas apenas a classificação da "Trancoso" como tal, dado o contexto de sua criação e de sua atuação na aquisição, pelo "Société", das participações detidas pela "Cacipar" na autuada, além de sua permanência interposta entre o "Société" e a "Cacipar", duplicando a dita necessidade de uma *holding* para *segregação dessa nova atividade adquirida das demais exercidas pelo Societé*.

Frente a tais circunstâncias, desnecessário se mostra abordar as objeções da recorrente acerca da referência feita pela Fiscalização a propósito negocial, mormente tendo em conta que esta citação apenas se verifica nos seguintes trecho do Termo de Verificação Fiscal:

*Esta fiscalização não afirma que as combinações societárias sejam inválidas, muito pelo contrário, visto que servem para fortalecer grupos econômicos, proporcionam a melhor administração relacionada aos objetivos de cada uma delas e são previstas juridicamente. Fatores que revelam o **propósito negocial** que as combinações societárias proporcionam.*

*A empresa veículo tratada no presente termo é aquela constituída ou adquirida sem **propósito negocial** empresarial, utilizada única e exclusivamente para transportar o*

---

*ágio relativo ao custo de aquisição de participação societária em operação que visa aparentar o regular cumprimento de condição legal prevista para o aproveitamento de benefício fiscal. (negrejou-se)*

Está cabalmente demonstrado que a "Trancoso" foi constituída, apenas, para criar a aparência de que seria ela a adquirente do investimento, mas todas as evidências contratuais e financeiras da operação afirmam a condição do "Société" como real adquirente, consoante conclui a autoridade fiscal em trecho subsequente da acusação, depois de detalhadas as ocorrências da aquisição da participação societária:

*Em termos de controle acionário, a estrutura societária criada não causou qualquer diferença para o Banco Société Générale Brasil, que tornou-se controlador de fato do Banco Cacique S.A., houvesse ou não a existência da Trancoso.*

*Em termos econômicos, também não há qualquer diferença, uma vez que os recursos utilizados para o pagamento pela compra da CACIPAR foram providos, da mesma forma, pelo Banco Société Générale.*

*Em termos tributários, a diferença pode ser a impressão de que quem pagou o ágio na aquisição de investimento foi a Trancoso, e não o Banco Société Générale.*

*O Banco Cacique já era controlado por uma empresa de Participações – a CACIPAR - a qual o Banco Société Générale Brasil possuía o direito de adquirir.*

*Assim, inserir uma “empresa veículo” de participações na estrutura organizacional de controle do Banco Cacique trata-se de ato realizado com o propósito exclusivo de tentar aproveitar-se de um benefício fiscal previsto em lei para as hipóteses específicas que promovem novas situações econômico-societárias, alcançadas somente quando realmente efetivadas.*

De toda a sorte, no que se refere ao atendimento dos "limites positivos" em face da complexidade da aquisição de uma instituição financeira por outra já existente, basta observar que o Contrato de Compra de Quotas sob Condições Precedentes e Outras Avenças foi firmado sem a pré-existência da "Trancoso" e a cessão dos direitos de compra foi apenas cogitado em uma das cláusulas contratuais. Quanto à *intenção de manter segregadas duas atividades distintas que passariam a integrar o grupo liderado pelo Société*, importa destacar que ela é incompatível com a confusão patrimonial exigida pela legislação tributária, cumprindo ao grupo empresarial optar por uma das estruturas e, inclusive, considerar na negociação esta incompatibilidade. Por fim, quanto a *efetivamente ter existido uma conformidade entre a intenção do Société (redução de complexidades, diminuição de custos, clara segregação dos segmentos entre outros) e a causa desse negócio jurídico (operações societárias como um todo)*, e as operações evidenciarem a *coerência com o planejamento estratégico do empreendimento econômico, cujo objetivo era expandir suas atividades no Brasil, inserindo-se no mercado de crédito consignado*, tais aspectos guardam relação, apenas, com a aquisição do investimento, e não com os arranjos societários posteriores, com fins tributários.

Acerca da alegada impossibilidade de *desconsideração de uma operação sem substância econômica*, dada a inaplicabilidade do *parágrafo único do artigo 116 do CTN*, adota-se aqui o entendimento expresso pela 1ª Turma da CSRF, e claramente exposto na ementa do Acórdão nº 9101-003.447:

*NORMA GERAL ANTIELISIVA. EFICÁCIA.*

*Perfeita a decisão recorrida, ao discorrer que o art. 116, parágrafo único, do CTN requer, com vistas a sua plena eficácia, que lei ordinária estabeleça os procedimentos a serem observados pelas autoridades tributárias dos diversos entes da federação ao desconsiderarem atos ou negócios jurídicos abusivamente praticados pelos sujeitos passivos. Na esfera federal, há na doutrina nacional aqueles que afirmam ser ineficaz a referida norma geral antielisiva, sob o argumento de que a lei ordinária regulamentadora ainda não foi trazida ao mundo jurídico. Por outro lado, há aqueles que afirmam ser plenamente eficaz a referida norma, sob o argumento de que o Decreto nº 70.235/72, que foi recepcionado pela Constituição de 1988 com força de lei ordinária, regulamenta o procedimento fiscal. Dentre as duas interpretações juridicamente possíveis deve ser adotada aquela que afirma a eficácia imediata da norma geral antielisiva, pois esta interpretação é a que melhor se harmoniza com a nova ordem constitucional, em especial com o dever fundamental de pagar tributos, com o princípio da capacidade contributiva e com o valor de repúdio a práticas abusivas. No mesmo sentido, precedente na 1ª Turma da CSRF, Ac. 9101-002.953.*

Referida decisão está pautada nas razões do voto da Conselheira Cristiane Silva Costa, assim expressas no Acórdão nº 9101-002.953:

*O Código Tributário Nacional, em sua redação original, previa a possibilidade de revisão de ofício do lançamento tributário na hipótese de simulação:*

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos: (...)

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação (...)

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

*A Lei Complementar nº 104/2001 incluiu o parágrafo único ao artigo 116, para assim dispor:*

Art. 116. (...)

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

*Desde sua edição, a doutrina se divide para tratar da norma do artigo 116, parágrafo único, como eficaz, ou não.*

*Paulo Ayres Barreto entende que a norma ainda seria ineficaz: "Enquanto lei ordinária não disciplinar o procedimento de desconsideração dos negócios jurídicos realizados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador, será inaplicável o parágrafo único do art. 116 do CTN. Há ineficácia técnica, de natureza sintática." (Planejamento Tributário Limites Normativos, 1ª edição, São Paulo, Noeses, 2016, p. 256)*

*De outro lado, como pondera Regina Helena Costa, atual Ministra do Superior Tribunal de Justiça, "o direito positivo já autorizava a desconsideração de negócios jurídicos dissimulados, à vista do disposto no art. 149, VII, CTN, que estabelece que o lançamento deva ser procedido de ofício na hipótese de o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, ter agido com dolo, fraude ou simulação" (Curso de*

*Direito Tributário, Saraiva, 2009, p. 184). Em que pese interprete desta forma, a Ministra ainda leciona que "Além de parecer desnecessária, ante o disposto no art. 149, VII, CTN, abriga a referida norma demasiada generalidade e latitude, demandando, a nosso ver, que outra lei venha a estatuir as hipóteses de sua aplicação, sob pena de conceder-se demasiada liberdade ao administrador fiscal na desconsideração dos atos e negócios jurídicos" (obra citada, p. 185).*

*Entendo que a norma do artigo 116 é eficaz, legitimando a desconsideração de atos simulados, reforçando a previsão contida no artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional.*

*A doutrina de Paulo de Barros Carvalho também merece menção, admitindo a desconsideração de atos pelo Fisco, quando demonstrada a simulação. Sua doutrina enfrenta a simulação sob o ponto de vista da vontade:*

"Apenas as operações do contribuinte que mascarem determinada transação econômica e jurídica, ocultando, por formas artificiosas, a realidade, configuram 'operações simuladas'. Se os verdadeiros motivos dos atos praticados pelas partes não cumprirem com a finalidade imputada a eles por lei, bem como neles estiverem presentes cabalmente notas que indiquem verdadeira hipótese de omissão da real intenção do que faz suporte ao negócio jurídico escolhido, tais atos não são oponíveis ao fisco, devendo merecer tratamento tributário de ato dissimulado e seus consequentes efeitos jurídicos. (...)

Para que haja simulação é necessário, portanto: (i) conluio entre as partes, (ii) divergência entre a real vontade das partes e negócio por elas declarado; e (iii) intenção de lograr o Fisco. Se tais características, porém, não se apresentarem no caso concreto, será vedado à autoridade administrativa desconsiderar o ato" (*Derivação e Positivização no Direito Tributário, p. 82*)

*Esclareço que não comungo do entendimento do ilustre Professor Paulo de Barros Carvalho sobre a necessidade de ilicitude, nos termos dos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, para fins de desconsideração de operações pelo Fisco (na mesma obra, o professor sustenta que "para que seja admissível a autuação fiscal, desconsiderando o negócio jurídico praticado, não basta que os efeitos econômicos de tal prática sejam semelhantes aos de ato diverso, mas é imprescindível que tenha havido ilicitude em tal realização, nos termos dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64").*

*Ora, a conformação dos fatos jurídicos à figura da simulação não depende da identificação destes com os artigos 71 a 73 referidos, basta que se amoldem às prescrições do Código Civil (167) e Código Tributário Nacional (art. 149, VII e 116, parágrafo único). As normas de Direito Tributário, no que concerne à simulação, não alteraram o conceito de simulação tratado pela norma de direito privado, relacionada à vontade do agente, manifestada de forma distinta no ato simulado daquela pretendida pelo ato dissimulado. (Grifos originais)*

Sob esta ótica, restam infirmadas as alegações de impossibilidade de ingerência do Fisco na atividade do contribuinte, por adentrar à liberdade individual dos contribuintes. Não se nega ao contribuinte o direito de encontrar na legislação mais do que um caminho, sendo um deles, inclusive, menos oneroso, mas perfeitamente legítimo, e por ele optar. O que se nega, aqui, é a legitimidade deste caminho que a contribuinte vislumbrou como menos oneroso.

A amortização fiscal do ágio promovida mediante interposição da "Trancoso" somente seria alcançada com a incorporação ou fusão promovida entre a autuada e o "Société", possivelmente afastada por outras motivações empresariais, o que desqualifica a argumentação

de que a utilização da "empresa veículo" teria resultado em *uma economia tributária que, de outra forma, seria devida*.

Como visto, a lei autoriza o Fisco a desconsiderar operações sem substância. Logo, reunidas evidências de que "Trancoso" não operou, no plano fático, como adquirente da participação societária, na medida em que a aquisição foi contratada e paga pelo "Société", resta evidenciada a inoportunidade da confusão patrimonial exigida pela legislação para aproveitamento fiscal do ágio.

Isto porque os efeitos das amortizações de ágio e deságio, à época em que as operações foram realizadas, estavam assim disciplinados no Decreto-lei nº 1.598/77:

*Art. 23. [...]*

*Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).*

[...]

*Art. 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:*

*I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;*

*II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)*

*IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.*

*§ 1º - Os valores de que tratam os itens II a IV serão corrigidos monetariamente.*

*§ 2º - Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda de capital por variação na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978). (negrejou-se)*

Dessa forma, as amortizações de ágio e deságio deveriam ser adicionadas ou excluídas na apuração do lucro real, e controladas na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR, para posteriormente compor a apuração do ganho de capital na alienação ou liquidação do investimento. Mas, segundo a Lei nº 6.404/76:

*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.*

Nestes termos, por vislumbrar distinção entre a hipótese do inciso II do art. 219 da Lei nº 6.404/76 e de encerramento prevista no inciso I do mesmo dispositivo, esta hábil

a ensejar a aplicação do disposto no art. 33 do Decreto-lei nº 1.598/77, o legislador assim fixou na seqüência deste dispositivo:

***Participação Extinta em Fusão, Incorporação ou Cisão***

*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:*

*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;*

*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.*

*§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se:*

*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*

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

*§ 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.*

Nos casos em que a incorporação, fusão ou cisão ocorre em momento próximo à aquisição do investimento com ágio, o valor contábil do investimento é sempre superior ao acervo líquido contábil que substitui as quotas/ações extintas em razão da incorporação, fusão ou cisão, ensejando perda de capital. Para que esta perda fosse dedutível, em interpretação literal do texto, necessário seria que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão fosse avaliado a preços de mercado.

De outro lado, caso atendido este requisito, qualquer ágio apurado na aquisição de investimentos, quando esta fosse seguida de incorporação da investida, ensejaria perda dedutível. A exposição de motivos da Lei nº 9.532/97 expressa preocupação com circunstâncias semelhantes a esta, como a seguir transcrito:

*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”, vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária*

*mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.*

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

Neste contexto, as disposições da Lei nº 9.532/97 podem ser interpretadas como um instrumento para evitar a dedução do ágio apurado sem fundamento econômico, o qual deveria ser mantido em conta do ativo permanente, não sujeita a amortização, bem como uma forma de parcelar os efeitos tributários do ágio pago sob outros fundamentos:

*Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)*

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

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

*III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do §2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)*

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

*§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.*

*§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:*

*a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;*

*b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.*

*§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do caput:*

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

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

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

No mesmo sentido manifesta-se Luís Eduardo Schoueri, na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, Dialética: São Paulo, 2012. Depois de reportar-se à doutrina que se posiciona em sentido contrário, diz o referido autor (p. 67):

*Tal posicionamento não deixa de ser curioso. Afinal, se anteriormente o ágio era deduzido integralmente, a imposição de restrições não poderia ser considerada um incentivo. A exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997 deixou hialino esse instituto de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso, o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que forem acarretados efeitos econômico-tributários que o justificassem.*

Realizada a incorporação, na escrituração comercial, o acervo líquido recebido pelo valor contábil anula o investimento correspondente, avaliado pela equivalência patrimonial, e remanesce no patrimônio da sociedade resultante apenas o ágio/deságio, classificado em Ativo Diferido, quando fundamentado em rentabilidade futura, para amortização no período pelo qual ela foi projetada. Com a edição da Lei nº 9.532/97 a amortização do ágio com este fundamento passa a ser dedutível, na apuração do lucro real, no mesmo momento em que registrada contabilmente, desde que observado o prazo mínimo de 5 (cinco) anos para amortização.

Quanto ao ágio fundamentado em ativos ou em outras razões econômicas, a doutrina contábil orienta em sentido semelhante ao da lei, pois no primeiro caso vincula seus efeitos no resultado à realização do ativo incorporado, e no segundo caso determina sua baixa imediata, por não ser possível associar seu pagamento a algum critério que permita dimensionar sua amortização.

Esta abordagem não autoriza a conclusão de que a Lei nº 9.532/97 tenha instituído um benefício fiscal. A regra expressa em seus artigos 7º e 8º, nos termos de sua exposição de motivos, prestou-se, em verdade, a evitar planejamentos tributários que viabilizassem a dedução de ágios, como perda de capital, qualquer que fosse seu fundamento, e as justificativas apresentadas pela *Comissão de Finanças e Tributação* para negar sua revogação por meio do Projeto de Lei nº 2.922/2000 não alteram a motivação originalmente apresentada para a edição dos dispositivos legais em referência. Equivocada, portanto, a argumentação da recorrente no sentido de que a *dedutibilidade fiscal do ágio gerado na aquisição de sociedades teve como objetivo incentivar a prática de fusões e aquisições, tais como as ocorridas em processos de privatização*. Se a extinção do "Société" ou da autuada não integrava as pretensões futuras do grupo empresaria, a impossibilidade de aproveitamento do ágio era uma desvantagem que deveria ser considerada na decisão empresarial.

Neste sentido, inclusive, é o entendimento de Ricardo Mariz de Oliveira (*Fundamentos do Imposto de Renda*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 766):

*Voltando ao primeiro e principal requisito para que a amortização seja dedutível - haver absorção de patrimônio por meio de incorporação, fusão ou cisão deve-se ter presente que, a despeito da largueza de opções dadas pela Lei n. 9532 para a consecução do seu desiderato, trata-se de condição a ser cumprida em sua substância, e não apenas formalmente, até tendo em vista a continuidade da vigência da norma de proibição da dedução da amortização se não houver um desses atos, prevista no art. 25 do Decreto-lei n. 1598.*

*Com razão, a dedução fiscal da amortização é admitida a partir do momento em que "a pessoa jurídica [...] absorver patrimônio de outra", segundo o "caput" do art. 7º, o que deve representar uma ocorrência efetiva. Outrossim, não se trata de absorção de patrimônio de qualquer pessoa jurídica, pois o mesmo dispositivo acrescenta que deve ser a pessoa jurídica "na qual detenha participação societária adquirida com ágio". E, ademais, o dispositivo ainda restringe a forma de absorção, dizendo que ela deve ocorrer "em virtude de incorporação, fusão ou cisão".*

*Essa disposição legal evidencia acima de qualquer dúvida que a exigência é de reunião total (por incorporação ou fusão) ou parcial (por cisão) da pessoa jurídica investidora e da pessoa jurídica investida.*

*O art. 8º, letra "b", dá a alternativa de se inverter a ordem, ou seja, trata a absorção da investidora pela investida (a chamada "incorporação para baixo" ou "down stream merger") do mesmo modo que a absorção da investida pela investidora (a "incorporação para cima" ou "up stream merger"), que está prevista no art. 7º.*

*Seja como for, o relevante para a lei é a substância da reunião das duas (ou mais de duas pessoas jurídicas) pessoas jurídicas, por um dos atos jurídicos previstos nos dois artigos.*

Portanto, é insuficiente que a amortização do ágio se verifique em contrapartida à expectativa de lucros a serem gerados, sendo fundamental a absorção de patrimônio envolvendo investidora e investida.

Na sistemática vigente à época, 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 "Société" permaneceu detendo as participações na autuada.

Esta distorção, aliás, é reconhecida pela própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ao analisar a incorporação promovida por meio de uma sociedade veículo, assim expondo na Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349/2001, que alterou a redação da Instrução CVM nº 319/99:

*A Instrução CVM nº 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), acabou possibilitando, nos casos de ágio com fundamento econômico baseado em*

*intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.*

Significa dizer que embora alocado o ágio em empresa veículo, e na seqüência na incorporadora desta, os efeitos econômicos do investimento contabilizado na controladora por ocasião do aporte de caixa na empresa veículo subsistem. Em consequência, a incorporação entre a investida e esta empresa que localizou temporariamente o ágio não atende aos requisitos legais para que a amortização deste afete o lucro tributável.

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

*Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)*

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

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

*III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do §2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)*

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

[...]

*Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:*

*a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;*

*b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária. (negrejou-se)*

Claro está que as empresas envolvidas na incorporação devem ser, necessariamente, a adquirente da participação societária com ágio e a investida adquirida. A interposição de uma empresa veículo 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 somente poderia surtir efeitos na apuração do seu lucro real caso se verificasse a sua extinção, ou da investidora ("Société"), 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.

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

*Art. 23. [...]*

*Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).*

[...]

*Art 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:*

*I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;*

*II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)*

*IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.*

[...]

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

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

Entende o referido autor que a partir da incorporação, *os lucros passam a ser tributados na investidora, pois antes disso no máximo haverá receita de equivalência patrimonial, não tributável* (*Op. cit.* p. 79). Aqui, porém, os lucros permanecem tributados na investida, que os reduz mediante amortização de ágio decorrente de investimento que subsiste no patrimônio da investidora original.

A provisão determinada pela Instrução Normativa CVM nº 349/2001 impediria que a equivalência patrimonial refletisse no patrimônio da investidora apenas o valor líquido dos resultados, restabelecendo o reconhecimento bruto dos resultados da investida, sem os efeitos da amortização do ágio na investida, dado que a amortização do ágio se repetiria na investidora. A diferença está na redução da carga tributária da investida que esta manobra permite, em desrespeito ao previsto no art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Evidenciado, portanto, que não houve a extinção do investimento, inadmissível a amortização fiscal do ágio, o que dispensa a avaliação dos demais argumentos da recorrente acerca da vinculação do fundamento econômico do ágio a rentabilidade futura, até porque a acusação fiscal também não se debruçou sobre este aspecto.

Ainda, no que se refere às alegações da recorrente acerca da *inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela Fiscalização*, cabe observar que, confirmada a condição do "Société" com real adquirente do investimento na autuada, sua amortização resta inadmissível no próprio lucro contábil, referência primeira para apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL. Logo, é desnecessária norma específica que determine a adição destes valores à base de cálculo daquela contribuição, como adiante se demonstrará.

A Lei nº 7.689/88, ao instituir a CSLL, não cogitou especificamente da adição, à sua base de cálculo, de amortizações de ágio que tivessem reduzido o lucro contábil, ou da exclusão de acréscimos decorrentes da amortização de deságio:

*Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.*

*§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:*

*a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;*

*b) no caso de incorporação, fusão, cisão ou encerramento de atividades, a base de cálculo é o resultado apurado no respectivo balanço;*

*c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela: (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)*

*1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)*

*2 - adição do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)*

*3 - adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)*

*4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)*

*5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita; (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990)*

*6 - exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas na forma do item 3, que tenham sido baixadas no curso de período-base. (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990)*

§ 2º *No caso de pessoa jurídica desobrigada de escrituração contábil, a base de cálculo da contribuição corresponderá a dez por cento da receita bruta auferida no período de 1º janeiro a 31 de dezembro de cada ano, ressalvado o disposto na alínea b do parágrafo anterior.*

Já no âmbito da apuração do lucro real, o Decreto-lei nº 1.598/77 disciplinou os efeitos das amortizações de ágio e deságio, mas em razão do disposto em seu art. 34, a Lei nº 9.532/97 impôs limites à amortização do ágio naqueles casos, alinhando os efeitos fiscais aos contábeis, como aqui já demonstrado.

E, também como já visto, ao cuidar da qualidade das demonstrações financeiras das companhias abertas, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) já havia identificado a distorção promovida por operações como as aqui verificadas, ao final das quais o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original. Por sua vez, a solução encontrada para corrigir esta divergência foi, justamente, a constituição de uma provisão para manutenção da integridade do patrimônio líquido, a qual se presta a neutralizar os efeitos do ativo contabilizado em razão da transferência do ágio, exceto em relação ao *benefício fiscal decorrente da sua amortização*, consoante expresso no texto consolidado da Instrução Normativa CVM nº 319/99, alterada pela Instrução Normativa CVM nº 349/2001:

*Art. 6º - O montante do ágio ou do deságio, conforme o caso, resultante da aquisição do controle da companhia aberta que vier a incorporar sua controladora será contabilizado, na incorporadora, da seguinte forma:*

*I. nas contas representativas dos bens que lhes deram origem – quando o fundamento econômico tiver sido a diferença entre o valor de mercado dos bens e o seu valor contábil (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 1º);*

*II. em conta específica do ativo imobilizado (ágio) – quando o fundamento econômico tiver sido a aquisição do direito de exploração, concessão ou permissão delegadas pelo Poder Público (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 2º, alínea b); e*

*III. em conta específica do ativo diferido (ágio) ou em conta específica de resultado de exercício futuro (deságio) – quando o fundamento econômico tiver sido a expectativa de resultado futuro (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 2º, alínea a).*

§ 1º *O registro do ágio referido no inciso I deste artigo terá como contrapartida reserva especial de ágio na incorporação, constante do patrimônio líquido, devendo a companhia observar, relativamente aos registros referidos nos incisos II e III, o seguinte tratamento:*

*a. constituir provisão, na incorporada, no mínimo, no montante da diferença entre o valor do ágio e do benefício fiscal decorrente da sua amortização, que será apresentada como redução da conta em que o ágio foi registrado;*

*b. registrar o valor líquido (ágio menos provisão) em contrapartida da conta de reserva referida neste parágrafo;*

*c. reverter a provisão referida na letra "a" acima para o resultado do período, proporcionalmente à amortização do ágio; e*

*d. apresentar, para fins de divulgação das demonstrações contábeis, o valor líquido referido na letra "a" no ativo circulante e/ou realizável a longo prazo, conforme a expectativa da sua realização.*

§ 2º *A reserva referida no parágrafo anterior somente poderá ser incorporada ao capital social, na medida da amortização do ágio que lhe deu origem, em proveito de todos os acionistas, excetuado o disposto no art. 7º desta Instrução.*

§ 3º *Após a incorporação, o ágio ou o deságio continuará sendo amortizado observando-se, no que couber, as disposições das Instruções CVM nº 247, de 27 de março de 1996, e nº 285, de 31 de julho de 1998. (negrejou-se)*

Não se trata, aqui, de determinar incidência tributária a partir de ato normativo da CVM, cuja competência, sabe-se, não afeta este campo interpretativo. Trata-se, apenas, de argumento de reforço à conclusão, já antes expressa, de que a transferência do ágio promovida mediante empresa veículo acaba por duplicar seu valor no patrimônio da investida e da investidora, e exige procedimentos contábeis para neutralização deste efeito indesejado.

A escolha feita pela CVM confirma que o registro sem substância econômica corresponde ao ágio que surge no patrimônio da empresa veículo e, depois, no patrimônio da incorporadora (investida), entendimento que se alinha à conclusão antes expressa acerca da repercussão desta operação no âmbito da apuração do IRPJ, a qual concentra na investidora os efeitos da amortização do ágio por ela originalmente pago.

Diante deste contexto, a neutralização dos efeitos contábeis da amortização do ágio na investida, mediante realização da provisão para manutenção da integridade do patrimônio líquido, justifica a incidência da CSLL sobre os valores amortizados (ou, como no presente caso, de redução da base negativa originalmente apurada). Em outras palavras, o lucro líquido, base de cálculo daquela contribuição, deve ser aquele apurado contabilmente, tendo em conta não só a dedução da amortização, como também a neutralização de seus efeitos pela realização de provisão criada em razão da ausência de substância econômica do ágio transferido.

Veja-se que a CVM admite o reconhecimento, no resultado, do benefício fiscal que decorreria da amortização do ágio transferido, mediante constituição de uma provisão inferior ao montante do ágio transferido. Mas, como dito, aquela instituição não tem competência para fixar critérios interpretativos de incidência tributária, de modo que evidenciada a indedutibilidade da amortização do ágio transferido, resta sem substância econômica a totalidade deste valor, o que justifica a exigência da CSLL sobre as mesmas bases de cálculo adotadas para o IRPJ.

Demais disso, embora à primeira vista a Lei nº 9.532/97 aparente surtir efeitos apenas ***nos balanços correspondentes à apuração de lucro real***, na medida em que esta aproximou-se, no caso de ágio pago por expectativa de rentabilidade futura, da apuração do lucro contábil como antes mencionado, é possível interpretar que a lei, ao valer-se daqueles termos, e não meramente firmar a dedutibilidade da amortização na apuração do lucro real, repercutiria, também, na apuração da base de cálculo da CSLL, inclusive como expresso na Instrução Normativa SRF nº 390/2004:

### *Subseção III*

#### *Do Investimento em Sociedades Coligadas ou Controladas Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido*

##### *Da incorporação, fusão ou cisão*

*Art. 75. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento econômico seja:*

*I - valor de mercado de bens ou direitos do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;*

*II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos períodos de apuração futuros, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio;*

*III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio.*

*§ 1º Alternativamente, a pessoa jurídica poderá registrar o ágio ou deságio a que se referem os incisos II e III do caput em conta do patrimônio líquido.*

*§ 2º A opção a que se refere o § 1º aplica-se, também, à pessoa jurídica que tiver absorvido patrimônio de empresa cindida, na qual tinha participação societária adquirida com ágio ou deságio, com o fundamento de que trata o inciso I do caput, quando não tiver adquirido o bem a que corresponder o referido ágio ou deságio.*

*§ 3º O valor registrado com base no fundamento de que trata:*

*I - o inciso I do caput integrará o custo do respectivo bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e para determinação das quotas de depreciação, amortização ou exaustão;*

*II - o inciso II do caput:*

*a) poderá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de ágio;*

*b) deverá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de deságio;*

*III - o inciso III do caput não será amortizado, devendo, no entanto, ser:*

*a) computado na determinação do custo de aquisição na apuração de ganho ou perda de capital, no caso de alienação do direito que lhe deu causa ou de sua transferência para sócio ou acionista na hipótese de devolução de capital;*

*b) deduzido como perda, se ágio, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa;*

*c) computado como receita, se deságio, no encerramento das atividades da empresa.*

*§ 4º As quotas de depreciação, amortização ou exaustão de que trata o inciso I do § 3º serão determinadas em função do prazo restante de vida útil do bem ou de utilização do direito, ou do saldo da possança, na data em que o bem ou direito tiver sido incorporado ao patrimônio da empresa sucessora.*

*§ 5º A amortização a que se refere a alínea "a" do inciso II do § 3º, observado o máximo de 1/60 (um sessenta avos) por mês, poderá ser efetuada em período maior do que sessenta meses, inclusive pelo prazo de duração da empresa, se determinado, ou da permissão ou concessão, no caso de empresa permissionária ou concessionária de serviço público.*

*§ 6º Na hipótese da alínea "b" do inciso III do § 3º, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa jurídica usuária ao pagamento da CSLL que deixou de ser recolhida, acrescida de juros de mora e multa, de mora ou de ofício, calculados de conformidade com a legislação vigente.*

§ 7º O valor que servir de base de cálculo da CSLL a que se refere o § 6º poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

§ 8º O disposto neste artigo aplica-se, também, quando:

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

II - a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

§ 9º O controle e as baixas, por qualquer motivo, dos valores de ágio ou deságio, na hipótese deste artigo, serão efetuados exclusivamente na escrituração contábil da pessoa jurídica. (negrejou-se)

Assim, quer em razão do disposto na Instrução Normativa SRF nº 390/2004, quer por interpretação dos termos da Lei nº 9.532/97 no contexto em que foi editada, e mesmo em consequência da apuração contábil, a base de cálculo da CSLL necessariamente restaria indevidamente afetada pela amortização do ágio aqui em comento, caso reconhecida sua existência no patrimônio da autuada após a reorganização societária debatida nestes autos.

Não se vislumbra, dessa forma, qualquer especificidade que possa ensejar um resultado diferenciado para a redução da base negativa de CSLL decorrente da glosa de amortização do ágio que passou a integrar o patrimônio da autuada após a reorganização societária em comento.

Constatado, aqui, que a interposição da "Trancoso" não desqualificou o "Société" como real adquirente do investimento na autuada, e do titular do correspondente ágio, resta sem substância o ágio reconhecido contabilmente na autuada, de modo, inclusive, a justificar a anulação de sua amortização por meio da realização da provisão exigida pela CVM. Assim, é este lucro contábil, no qual os efeitos da amortização deveriam ter sido neutralizados pela realização da referida provisão, que se presta como ponto de partida para a apuração da base de cálculo da CSLL, mostrando-se correto o ajuste procedido pela autoridade lançadora e a consequente redução da base negativa originalmente apurada.

Portanto, quanto ao mérito da exigência, deve ser NEGADO PROVIMENTO ao recurso voluntário, mantendo integralmente as reduções de prejuízo fiscal e de base negativa da CSLL, e assim indeferindo o requerimento final da recorrente de que sejam revertidas as retificações promovidas, sem o consequente restabelecimento dos ditos *valores compensados de ofício*.

O presente voto, portanto, é no sentido de:

- RECONHECER a conexão da presente exigência com aquela veiculada nos autos do processo administrativo nº 16327.001743/2010-34, e reproduzir aqui o mesmo entendimento lá firmado, para DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário e reverter as reduções de prejuízo fiscal e base negativa de CSLL decorrentes de glosa de amortização de ágio no período autuado; ou, caso vencida nesta preliminar:
- REJEITAR a arguição de decadência; e

Processo nº 16327.720694/2016-28  
Acórdão n.º **1402-003.574**

**S1-C4T2**  
Fl. 721

---

- **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso voluntário, mantendo as reduções de prejuízo fiscal e base negativa de CSLL decorrentes de glosa de amortização de ágio no período autuado.

*(documento assinado digitalmente)*

EDELI PEREIRA BESSA – Relatora

## Voto Vencedor

Conselheiro MARCO ROGÉRIO BORGES

Apesar da bem oportuna preliminar de conexão suscitada pela i. Relatora, e como sempre, bem fundamentado o seu posicionamento, ousou divergir, o qual o colegiado me acompanhou, o que passo a redigir o voto vencedor desta matéria.

Tal matéria já foi suscitada pela i. Relatora em outros julgados, o qual aproveito as razões para rejeitar a preliminar de conexão que foram bem expostas em voto vencedor de lavra do Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior, integrado ao Acórdão nº 1101-000.889, exarado por esta Turma de Julgamento em sua antiga composição, em sessão de 07 de maio de 2013.

Mantendo-me filiado ao entendimento ali exteriorizado, reproduzo-o como razões de decidir do presente julgado:

*Em que pese a conveniência do simultâneo julgamento de matérias afins do mesmo contribuinte, evitando-se decisões divergentes versando sobre situações análogas, o fato de existir outro processo, cujo julgamento foi concluído, não é fator impeditivo de julgamento por este colegiado do presente processo, muito menos implica a replicação de julgado anterior.*

*Não se vinculam decisões proferidas por órgãos distintos, exaradas no exercício de suas respectivas competências. Juízes distintos podem interpretar os mesmos fatos e as mesmas normas jurídicas de formas diversas, de maneira que exigir que o julgamento de um processo tenha que obedecer a decisão de outro julgado anterior importa afronta à ampla defesa e o contraditório, na medida em que restaria impossibilitada uma parte de argumentar para provar seu alegado direito e as razões de discordar de decisão de outro julgador.*

*Busca-se, com replicação do julgamento, privilegiar o princípio da segurança jurídica, porquanto as decisões seriam conformes. Impor, porém, que as sentenças se reproduzam de acordo com o entendimento daquele primeiro julgador que decidiu a matéria ensejaria enorme prejuízo a outros caros princípios do Estado Democrático de Direito, como o da ampla defesa e do contraditório.*

*Se tanto não bastasse, o princípio do livre convencimento do juiz restaria seriamente comprometido, porque os julgadores que sobreviessem ao primeiro estariam condicionados à decisão daquele. Lembre-se que não raras vezes julgadores distintos fundamentam decisões atinentes a situações análogas das mais variadas formas.*

*Lembre-se que estão previstas no Regimento Interno as hipóteses em que ficam condicionadas as decisões dos julgadores administrativos, não figurando dentre elas, a hipótese de existência anterior decisão, nos autos de outro processo que verse sobre situações análogas para o mesmo contribuinte.*

*Este tribunal administrativo está vinculado às decisões do Supremo Tribunal Federal e do Supremo Tribunal de Justiça nas hipóteses prevista no artigo 62-A do RICARF, verbis:*

“Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF”

*Os diversos colegiados do CARF também estão vinculados às súmulas editadas por este Tribunal, conforme inteligência do artigo 72 do RICARF, verbis:*

“Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF”.

*Com todas as vênias, ainda que se verifique a identidade das razões de fato e de direito, é imperioso admitir que efetivamente não deve haver qualquer vinculação entre os julgados. Isso prejudicaria, por um lado, os já alegados direitos individuais da ampla defesa e do contraditório; e, por outro, engessaria a jurisprudência e negaria o princípio do livre convencimento do juiz.*

*Além disso, como é pacífico, tanto na esfera judicial como na administrativa, a coisa julgada não alcança os motivos e fundamentos da decisão, ou seja, a apreciação da situação fática não produz efeitos extra processo e, desta forma, não é suficiente para vincular outro órgão julgador, conforme se depreende do disposto no art. 469 do CPC, verbis:*

“Art. 469. Não fazem coisa julgada:

- I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
- II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;
- III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.”  
(destacamos)

*Por todo exposto, afasto a preliminar de conexão.*

Considerando que os supracitados dispositivos legais foram contemplados na normas atualmente vigentes, em redação praticamente idêntica e com o mesmo conteúdo normativo (Ricarf (Portaria MF nº 343/2015, anexo II - arts. 62, §2º e 72, e NCPC - art. 504), e por todo o exposto, REJEITO A PRELIMINAR SUSCITADA.

*(documento assinado digitalmente)*

MARCO ROGÉRIO BORGES - Redator designado