



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.720694/2016-28
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº **9101-006.049 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 4 de abril de 2022
Recorrente BANCO CACIQUE S/A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2011

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO FISCAL. EMPRESA VEÍCULO. REAL ADQUIRENTE.

A simples acusação de que se interpôs uma “empresa-veículo” na operação, divorciada da imputação de atos que caracterizem fraude ou prática de atos não verdadeiros, não é suficiente para dar ensejo à requalificação dos atos para fins tributários (ementa produzida nos termos do artigo 63, § 8º do Anexo II ao RICARF).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas em relação à matéria “utilização de empresa veículo”, vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli (relator) e Alexandre Evaristo Pinto que conheciam parcialmente em maior extensão, também em relação à matéria “amortização de ágio na base de cálculo da CSLL”. Votaram pelas conclusões, quanto à matéria “impossibilidade de o fisco desconsiderar os negócios jurídicos praticados pelo contribuinte – inaplicabilidade do art. 116, § único, do CTN”, os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Andréa Duek Simantob. Votou pelas conclusões quanto à matéria “utilização de empresa veículo” a conselheira Livia De Carli Germano. No mérito, na parte conhecida, por maioria de votos, acordam em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Fernando Brasil de Oliveira Pinto e Andréa Duek Simantob que votaram por negar-lhe provimento. Votaram pelas conclusões os conselheiros Livia De Carli Germano, Gustavo Guimarães da Fonseca e Luiz Tadeu Matosinho Machado. Designada para redigir o voto vencedor, quanto ao conhecimento, a conselheira Edeli Pereira Bessa. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto as conselheiras Edeli Pereira Bessa e Livia De Carli Germano.

(documento assinado digitalmente)

Andrea Duek Simantob – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli – Relator

(documento assinado digitalmente)
Edeli Pereira Bessa – Redatora designada

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca (Suplente convocado) e Andrea Duek Simantob (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se de recurso especial (fls. 1.208/1.246) interposto pela contribuinte em face do Acórdão n.º **1402-003.574** (fls. 668/723), por meio do qual a Turma Julgadora negou provimento ao recurso voluntário com a seguinte ementa:

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.

Por bem resumir a controvérsia, reproduzo o relato constante da decisão de primeiro grau:

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 condição essencial imposta no artigo 7   da Lei 9.532/97, qual seja, a legítima incorporação da companhia adquirida pela adquirente, (ou a incorporação reversa, prevista no art. 8  )”*.

A fiscalização transcreve reportagens de fevereiro de 2007 referentes à aquisição 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 Participações Ltda. (Cacipar), holding que detinha 100% das ações 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,   2  , “b”, do Decreto-Lei n   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    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.

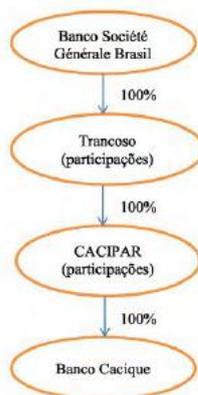
Alega que a “empresa veículo” normalmente    constituída sob a forma de empresa de participações, pois não exerce atividade empresarial operacional. Acrescenta que, via de regra, são “empresas de prateleira”, ou seja, pessoas jurídicas formalmente constituídas perante os órgão de controle (Receita Federal, 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 08.631.625/0001-63¹, 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 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 Société 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 Société Générale na efêmera companhia com o propósito exclusivo de realizar o pagamento antes acordado entre comprador e vendedores para em seguida extingui-la.

¹ 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.

(...)

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 Société Générale Brasil e o Banco Cacique, não sendo permitida a amortiza o do ágio para fins fiscais.

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

Cientificada dos autos de infra o (fls. 2/10), a contribuinte apresentou impugna o parcial (fls. 99/158) – apenas em rela o   *glosa do ágio*, a qual foi julgada improcedente pela DRJ (cf. Acórdão de fls. 507/543).

Inconformada com a decisão de primeiro grau, a recorrente interp o recurso voluntário (fls. 548/615).

Em Sessão de 20 de novembro de 2018, o Colegiado *a quo*, por meio do referido Acórdão n.º **1402-003.574** (fls. 668/723), assim decidiu:

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, REJEITAR a conexão da presente exigência com aquela veiculada nos autos do processo administrativo n.º 16327.001743/201034, vencida a conselheira Edeli Pereira Bessa (Relatora). Designado para redigir o voto vencedor neste t pico, o Conselheiro Marco Rogério Borges; por unanimidade de votos, AFASTAR a argui o de decadência; por voto de qualidade, NEGAR provimento ao recurso voluntário, mantendo as redu o  de prejuízo fiscal e base negativa de CSLL decorrentes de glosa de amortiza o 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.

A contribuinte op o embargos de declara o (fls. 734/742), alegando: **(i) omissão quanto   análise do artigo 24 da “LINDB”**; **(ii) contradi o e omissão quanto à alegada ausência de confusão patrimonial**; e **(iii) contradi o quanto à possibilidade de dedu o do ágio da base de cáculo da CSLL**.

Despacho de fls. 805/813 rejeitou os embargos.

Em seguida a contribuinte apresentou o recurso especial (fls. 1.208/1.246), tendo sido o Apelo admitido parcialmente, nos seguintes termos (fls. 1.266/1.275):

(...)

5. Da contraposi o dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, evidencia-se que a Recorrente **logrou êxito, apenas em parte**, em comprovar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial, como a seguir demonstrado, por matéria recorrida (destaques do original transcrito):

(1) “necessidade de observância dos Princípios da Segurança Jurídica e Economia Processual – decisão definitiva no processo administrativo n.º 16327.001743/2010-34”

(...)

6. Com rela o a essa primeira matéria, **não ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, uma vez que o argumento subsidiário do voto do relator do **acórdão**

paradigma apontado (iniciado a partir de *Outrossim, cumpre esclarecer...*) — que corresponde a um mero *obiter dictum* — não foi acompanhado pela maioria dos Conselheiros da Turma, conforme se verifica abaixo, o que, por si só, inviabiliza o seu emprego como paradigma (destaque da transcrição):

(...)

(2) “impossibilidade de aplicação da Teoria do Propósito Negocial”

(...)

7. No que se refere a essa segunda matéria, também **não ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, por se tratar de matéria que não foi prequestionada.**

(...)

(3) “validade do propósito negocial em decorrência da motivação fiscal”

(...)

11. No tocante a essa terceira matéria, também **não ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, por se tratar de matéria que não foi prequestionada.**

(...)

(4) “existência de propósito negocial em face da demonstração de motivos extrafiscais”

(...)

15. Relativamente a essa quarta matéria, também **não ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, por se tratar de matéria que não foi prequestionada.**

(...)

(5) “efetiva confusão patrimonial entre ‘empresa adquirente’ e investimento adquirido com ágio”

Decisão recorrida:

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.

Acórdão paradigma n.º 9101-003.609, de 2018:

ÁGIO TRANSFERIDO. EMPRESA VEÍCULO. DEDUTIBILIDADE.

É legítima a transferência do investimento com ágio, notadamente quando existentes restrições societárias e regulatórias que orientaram a criação de empresa “veículo”.

[...].

Ressalto que o artigo 7º e 8º da Lei n.º 9.532/1997, ao tratar da confusão patrimonial como condição da amortização do ágio não tem qualquer referência ao “investidor original”. A exigência legal é de investimento adquirido com ágio, que poderá ser deduzido quando houver a confusão patrimonial pela empresa que detenha o investimento adquirido, ou mesmo pela própria investida, caso ocorra incorporação reversa.

19. Com referência a essa quinta matéria, **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

20. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que, *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, o **acórdão paradigma apontado** (Acórdão n.º 9101-003.609, de 2018) decidiu, **de modo diametralmente oposto**, que a exigência legal é de investimento adquirido com ágio, que poderá ser deduzido quando houver a confusão patrimonial pela empresa que detenha o investimento adquirido, ou mesmo pela própria investida, caso ocorra incorporação reversa.

(6) “validade da suposta ‘empresa veículo’”

Decisão recorrida:

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.

Acórdão paradigma n.º 1301-001.505, de 2014:

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 n.º 2.546/97, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei n.º 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.

Acórdão paradigma n.º 1201-002.247, de 2018:

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

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

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

21. No concernente a essa sexta matéria, também **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

22. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu, relativamente à *transferência de capital para aquisição de investimento por empresa veículo, seguida de sua incorporação pela investida, que, 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 sendo possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original*, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos n.ºs 1301-001.505, de 2014, e 1201-002.247, de 2018) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/97 mediante utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, [...], não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco (**primeiro acórdão paradigma**) e que a utilização da chamada “empresa veículo” não guarda qualquer ilegalidade ou abuso em si, sendo necessária a identificação de outros elementos, como a fraude ou simulação, para que a glosa da dedução do ágio se justifique (**segundo acórdão paradigma**).

(7) “impossibilidade de o fisco desconsiderar os negócios jurídicos praticados pelo contribuinte – inaplicabilidade do art. 116, § único, do CTN”

Decisão recorrida:

Não há ementa correspondente a essa matéria.

[...].

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 n.º 9101-003.447:

[...].

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.

Acórdão paradigma n.º 202-16.959, de 2006:

IPI. DESCONSIDERAÇÃO DE ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS.

O dispositivo previsto no parágrafo único do art. 116 do CTN, com a redação dada pela LC n.º 104/2001, reveste-se de eficácia limitada, ou seja, dependia, à época da ocorrência dos fatos geradores alcançados pelo lançamento de ofício, da existência de norma integradora que lhe garantisse eficácia plena.

Inexistente esta à época dos fatos, o lançamento padece da falta de suporte legal para sua validade e eficácia.

[...].

O procedimento realizado pela fiscalização, sob o pretexto de que tratar-se-ia de uma dissimulação, não encontra suporte legal na legislação.

É que o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, introduzido pela Lei Complementar n.º 104, de 10/01/2001, que poderia dar sustentação a tal procedimento, ainda está na dependência da edição de lei ordinária, senão vejamos:

Acórdão paradigma n.º 102-49.480, de 2009:

Ainda que se pudesse entender hipoteticamente que teria havido abuso de formas jurídicas, o parágrafo único do artigo 116 do CTN somente poderá ser aplicado após a promulgação da lei ordinária nele mencionada, ao contrário do que ocorre nas hipóteses de dolo, fraude e simulação, inexistentes no caso dos autos.

[...].

O disposto pelo artigo 116, parágrafo único, portanto, não possui, como querem alguns, eficácia contida, na forma extraída das lições de José Afonso da Silva, mas, sim, eficácia limitada, eis que está a depender de lei ordinária. [...].

23. Quanto a essa sétima matéria, também **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

24. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu 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*, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos n.ºs 202-16.959, de 2006, e 102-49.480, de 2009) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que *o dispositivo previsto no parágrafo único do art. 116 do CTN, com a redação dada pela LC n.º 104/2001, reveste-se de eficácia limitada, ou seja, dependia, à época da ocorrência dos fatos geradores alcançados pelo lançamento de ofício, da existência de norma integradora que lhe garantisse eficácia plena (primeiro acórdão paradigma)* e que *o parágrafo único do artigo 116 do CTN somente poderá ser aplicado após a promulgação da lei ordinária nele mencionada (segundo acórdão paradigma)*.

(8) “inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considera indedutível pela fiscalização”

Decisão recorrida:

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.

Acórdão paradigma n.º 9101-002.310, de 2016:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO. INAPLICABILIDADE DO ART. 57, LEI N 8.981/1995.

Inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial. Inaplicabilidade, ao caso, do art. 57 da Lei n.º 8.981/1995, posto que tal dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ.

Acórdão paradigma n.º 1103-00.630, de 2012:

Não há ementa correspondente a essa matéria.

[...].

Com relação à dedução das despesas de amortização do ágio, para fins da CSLL, registro que não há previsão legal para a indedutibilidade dessas despesas, tal como é preceituada para o lucro real, pelo art. 25 do Decreto-Lei n.º 1.598/77.

25. Por fim, com relação a essa oitava matéria, também **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

26. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que, para fins 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*, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos n.ºs 9101-002.310, de 2016, e 1103-00.630, de 2012) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que *inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial (primeiro acórdão paradigma)* e que *não há previsão legal para a indedutibilidade dessas despesas, tal como é preceituada para o lucro real, pelo art. 25 do Decreto-Lei n.º 1.598/77 (segundo acórdão paradigma)*.

27. Por tais razões, neste juízo de cognição sumária, conclui-se pela **caracterização, em parte, das divergências de interpretação suscitadas**.

28. Pelo exposto, do exame dos pressupostos de admissibilidade, PROPONHO seja **ADMITIDO, EM PARTE**, o Recurso Especial interposto.

Cientificado dessa admissibilidade parcial, o contribuinte apresentou Agravo (fls. 1.301/1.306), mas este foi rejeitado com base no despacho de fls. 1.308/1.315.

Chamada a se manifestar, a PGFN ofereceu contrarrazões (fls. 1.327/1.338). Não questiona o conhecimento recursal e, no mérito, pugna pela manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, Relator.

Conhecimento

O recurso especial é tempestivo.

Passa-se a análise do cumprimento dos demais requisitos para o conhecimento recursal, os quais estão previstos no art. 67 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015 (RICARF/2015) e parcialmente transcrito a seguir:

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

§ 1º Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente.

(...)

§ 8º A divergência prevista no **caput** deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que diverjam de pontos específicos no acórdão recorrido.

(...)

(grifamos)

Como se nota, compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF, objetivando, assim, implementar a almejada “segurança jurídica” na aplicação da lei tributária.

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

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

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

Como, aliás, já restou assentado pelo Pleno da CSRF², “*a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identifiquem ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles*”.

E de acordo com as palavras do Ministro Dias Toffoli³, “*a similitude fática entre os acórdãos paradigma e paragonado é essencial, posto que, incorrente, estar-se-ia a pretender a uniformização de situações fático-jurídicas distintas, finalidade à qual, obviamente, não se presta esta modalidade recursal*”.

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

³ EMB. DIV. NOS BEM. DECL. NO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 915.341/DF. Sessão de 04/05/2018.

Feitas essas considerações, passaremos a analisar o conhecimento recursal para cada uma das matérias envolvidas na lide.

1) Glosa de amortização fiscal do ágio para fins de IRPJ

De acordo com o voto condutor do acórdão recorrido:

(...)

No mérito, cabe registrar inicialmente que a autoridade lançadora pautou-se, em sua acusação, no entendimento expresso na ementa dos Acórdãos n.º 1101-000.942 (processo n.º 10980.722071/2012-76), 1101-000.936 (processo n.º 16561.720040/2011-17), 1101-000.962 (16643.000144/2010-11), 1101-000.961 (processo n.º 16643.000142/2010-21) e 1101-000.899 (processo n.º 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 n.º 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 Societé Générale Brasil S/A, que dez dias depois da compra transferiu para si as quotas de "Marigane Participações Ltda", pessoa jurídica constituída há poucos meses e sem nenhuma atividade, passando a denominá-la "Trancoso Participações Ltda" e cedendo-lhe os direitos de aquisição da "Cacipar", para mais à frente, com a aprovação concedida pelo Banco Central do Brasil para realização da operação, aportar-lhe o capital necessário à realização do negócio. Segundo a autoridade lançadora, *os recursos utilizados para aquisição pretendida pelo Banco Societé Générale foram aportados na efêmera 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 ações 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 obrigações a qualquer Afiliada do Comprador, incluindo, sem limitação, como resultado da venda ou incorporação ou qualquer reorganização societária, a qualquer época antes ou após a Data do Fechamento, caso em que Societé 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 Aprovações; (iii) se antes da Data do Fechamento mas depois da

data em que o protocolo do pedido das Aprovações tiver sido feito, com comprovação razoável do Comprador, que essa cessão não teria probabilidade de causar um atraso significativo na obtenção das Aprovações. (destacou-se)

Société Générale S/A, constituída de acordo com as leis da França, indicada no início do contrato como "comprador", é 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 é 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 efêmera 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 ótica.

Em verdade, quem maior valor confere as "*fotografias*", que compõem o "*filme*" das operações implementadas para a aquisição do Recorrente pelo Grupo Société Générale, é 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 à exigência expressa nos arts. 7º e 8º da Lei nº 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 Societé na Cacipar, dada a manifesta diferença entre os objetos sociais do Societé (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 à acusação fiscal de que a "Trancoso" seria uma empresa veículo sem propósito negocial.

Contudo, frente à cessão de direito de compra que manteve um dos compradores originais como garantidor da operação, associada à transferência dos recursos financeiros à "Trancoso" contemporânea à 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.

(...)

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*.

(...)

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 atuada, 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 Société*.

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:

(...)

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:

(...)

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:

(...)

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 inocorrência da confusão patrimonial exigida pela legislação para aproveitamento fiscal do ágio.

(...)

Da leitura desse trecho do *decisum*, chama atenção, primeiramente, o fato de que o argumento do voto pela aplicabilidade do parágrafo único do artigo 116 do CTN – dispositivo legal este que, ressalte-se, não foi invocado como fundamento legal da autuação (vide TVF de fls. 12/22) – figura, na realidade, como mero *obiter dictum* da decisão, não constituindo um *fundamento autônomo* propriamente dito, o que prejudica o conhecimento desse tema como “matéria autônoma”.

Outro fato que chama atenção é o de que os fundamentos da *ausência de confusão patrimonial* e *ilegitimidade de empresa veículo*, nesse caso particular, não se limitaram à *origem dos recursos financeiros empregados na aquisição do investimento que gerou o ágio* (do Banco Société Générale Brasil, e não Trancoso) e ao uso de uma *holding* desprovida de “propósito negocial” (Trancoso), respectivamente, levando em conta também a circunstância específica do contrato de compra e venda, que foi celebrado entre Banco Société Générale Brasil e Banco Cacique em momento anterior à aquisição da Trancoso.

Em síntese, a interpretação de que o instrumento contratual proibiria uma alteração substancial no negócio, somada ao fato de "Trancoso Participações Ltda" ter recebido o aporte de capital de Banco Société Générale Brasil somente depois da assinatura contratual e da autorização do Banco Central, foram considerados fundamentos adicionais suficientes para manutenção da glosa.

A solução do litígio, portanto, partiu da análise de situação que, por apresentar peculiaridades específicas, afastam, para os fins pretendidos pela recorrente, a necessária similitude com os Acórdãos *paradigmas* 1201-002.247 (fls. 1.008/1.030) e 9101-003.609 (fls. 1.035/1.062).

O mesmo, porém, não ocorre com o Acórdão *paradigma* nº 1301-001.505 (fls. 894/939), que inclusive analisou a mesma situação fática (embora para outros anos calendários), decidindo que a “interposição” da Trancoso não prejudicaria a amortização do ágio gerado nesta mesma operação.

Conheço, portanto, da matéria *glosa de amortização fiscal do ágio para fins de IRPJ* apenas com base no Acórdão *paradigma* nº 1301-001.505.

2. 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

Considerando que o TVF (fls. 12/22) registra expressamente que “não se questiona a amortização contábil [*do ágio*], apenas a amortização fiscal⁴, tendo sido a CSLL lançada como mero reflexo do IRPJ, fundamentada no não atendimentos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, conheço desse item do recurso especial nos termos do despacho de admissibilidade de fls. 1.266/1.275.

Mérito

Muito embora a Lei nº 9.532/1997 tenha sido publicada há mais de 20 (vinte) anos, a interpretação dos requisitos legais para os contribuintes fazerem jus à dedução fiscal lá prevista constitui ainda matéria cercada de tremenda *insegurança jurídica*, não só pela instabilidade da jurisprudência administrativa, mas também pela sucessão de teses, rótulos e preconceitos em torno da natureza jurídica do ágio.

A propósito, Marcos Lisboa e Vanessa Canado⁵ buscaram evidenciar que:

Existem três mitos sobre o ágio. O primeiro está relacionado à intenção do governo ao permitir a dedução fiscal com a publicação da Lei 9.532 em 1997. Muitos textos, debates e até decisões do Carf parecem supor que o ágio foi estabelecido para estimular as privatizações dos anos 90, afinal representaria uma vantagem adicional de 34% para o comprador.

Apesar da coincidência entre o período da publicação da lei e as privatizações, a exposição de motivos do Ministério da Fazenda faz referência a outra razão: regular a utilização do ágio tendo em vista os planejamentos tributários decorrentes da aquisição de empresas deficitárias. É provável que a referência seja às operações feitas com base no art. 34 do Decreto-Lei 1.598/77, que permitiam dedução integral e imediata, como perda de capital, da diferença entre o valor de aquisição e o acervo líquido da empresa incorporada. Pela exposição de motivos, o ágio nunca esteve restrito às privatizações e foi criado para mitigar um planejamento tributário considerado “não ortodoxo”.

O segundo mito é o de que o ágio é um benefício fiscal. Essa afirmação surpreende, já que ele foi criado para mitigar planejamentos tributários, além de desconsiderar que o ágio compõe o preço de venda, e deveria ser tributado pelo ganho de capital.

Independente disso, a aquisição de participações em empresas pode ser vista e regulada como qualquer outro investimento. Comprar uma participação societária não deveria ser mais ou menos oneroso do que comprar uma máquina ou outro ativo não-circulante. Os valores pagos pelas máquinas são deduzidos pelo seu prazo de vida útil, via depreciação, e aqueles pagos pelos intangíveis, pelo prazo de utilização do direito.

O ágio, entretanto, possui uma particularidade, pois não se relaciona a um ativo com prazo de vida útil definido. Seu fundamento é a expectativa de rentabilidade futura da investida, decorrente, por exemplo, de ganhos de sinergia. Nesse caso, qual o prazo para amortizá-lo? Existem dois caminhos: amortização por um prazo prefixado ou impossibilidade de amortização.

⁴ Nas palavras do TVF (fls. 18/19): “A fim de aproveitar-se fiscalmente do valor das amortizações do ágio pago, o passo seguinte foi, em 31/10/2008, o Banco Cacique incorporar suas duas controladoras - a CACIPAR e a Trancoso - em incorporação reversa, extinguindo-se a “empresa veículo”, passando, o Banco Cacique, a amortizar (contabilmente) o valor do ágio apurado anteriormente, a uma razão de 1/120 mensais, sem adição destes valores nas bases de cálculo do lucro real e da CSLL. (Não se questiona a amortização contábil, apenas a amortização fiscal)”

⁵ Artigo “Três mitos sobre o ágio em aquisições”, publicado no Valor Econômico de 2 de Julho de 2018.

Antes de 2009, a regra contábil utilizava o primeiro caminho. A amortização do ágio era feita no prazo, extensão e proporção dos resultados projetados, observado o máximo de 10 anos. As regras tributárias também seguiram esse caminho a partir de 1997, com a Lei 9.532 permitindo a dedução em 5 anos.

A partir de 2009, com a adoção do IFRS, esse caminho foi abandonado pela contabilidade e o ágio (goodwill) não pode mais ser amortizado. A legislação tributária não alterou a opção pela dedução em 5 anos na reforma preparada especificamente para tratar das diferenças entre o novo padrão contábil (IFRS) e as normas tributárias (Lei 12.973/14).

O terceiro mito é o de que o ágio beneficia o comprador, em razão da dedução de parte do preço pago na apuração do lucro tributável. Juridicamente, essa é a premissa que justifica as autuações. Esqueceram de combinar com a economia.

Em um mercado competitivo, qualquer vantagem previsível que decorre da compra está embutida no preço de venda, como o ativo fiscal de 34% do ágio. O benefício, portanto, é apropriado pelo vendedor, e não pelo comprador. O comprador pagou o preço acordado e realiza o investimento pelo prazo legalmente definido. No caso das privatizações, o beneficiário, a propósito, era o próprio Estado.

Pode-se alterar a norma legal do ágio e impedir a sua dedutibilidade. A conta não será paga pelo comprador, mas pelo vendedor, com o menor preço de venda.

Não somos um país pobre à toa. A incerteza sobre a regra para o aproveitamento do ágio decorrente do vai-e-vem da jurisprudência e as interpretações equivocadas sobre os seus beneficiários ilustram o imenso esforço que fazemos para prejudicar o ambiente de negócios e a geração de renda.

Pois bem.

Podemos dizer que a “novela ágio” começou com o Decreto-Lei nº 1.598/1977, publicado com a finalidade de adequar a legislação tributária ao então novo regimento contábil previsto na Lei nº 6.404/1976, notadamente no que diz respeito ao tratamento da diferença entre o custo de aquisição e o valor do investimento avaliado pelo método de equivalência patrimonial – MEP.

Com base no artigo 248 da Lei n. 6.404/1976 (LSA), os investimentos considerados relevantes nos termos desta lei estão sujeitos ao MEP, o que significa dizer que devem ser registrados no balanço da investidora pelo valor correspondente à sua participação no patrimônio líquido da investida, submetendo-se, assim, à apuração de diferenças, para mais ou para menos, em relação ao custo de aquisição⁶.

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

Já o Legislador tributário prescreveu, já na redação originária do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77⁷, que os investimentos sujeitos ao MEP deveriam ser desdobrados em duas rubricas:

⁶ Antes da LSA, o Decreto-Lei n. 2.627/1940, por meio do seu artigo 129, determinava a avaliação de todo tipo de investimento com base no custo de aquisição efetivo.

⁷ Artigo 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e
II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

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

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

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

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

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

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

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

Não obstante as potenciais intersecções da origem do ágio, a legislação tributária daquela época, apesar de fazer menção às possíveis razões econômicas que poderiam levar a apuração do ágio ou deságio, não previa o tratamento fiscal da baixa do investimento (e, conseqüentemente, da *mais valia*) em função do seu fundamento econômico (*motivo do ágio*), conforme prescrição dos artigos 25, 31, 33⁸ e 34 do Decreto-Lei n.º 1.598/77, *in verbis*:

Artigo 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33.

Artigo 31 - Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4º), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente.

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

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

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real.

(...)

Artigo 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas: (*Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014*)

§ 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

⁸ Esse artigo foi alterado pela Lei n.º 12.973, de 2014.

I - somente será dedutível como **perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado**, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos; (*Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014*)

II - será computado como **ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas**, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado. (*Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014*)

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: (*Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014*)

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e (*Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014*)

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

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

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

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

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

É justamente por isso que, ao contrário do que alguns autores afirmam, o direito à dedução do ágio não constitui um benefício fiscal em sentido técnico (renúncia estatal), tendo em vista que a sua natureza é de custo incorrido na aquisição de participação societária (ativo), custo este que, na ausência de regra legal específica, já seria dedutível como perda (decrécimo patrimonial) quando da liquidação do investimento.

Como bem observou João Francisco Bianco⁹:

⁹ Ainda o ágio pago na aquisição de investimento. In: *Controvérsias Jurídico-contábeis*. São Paulo: Atlas. 2020. P. 203.

Sendo o ágio uma parcela do custo de aquisição do investimento, o art. 25 do Decreto-Lei n. 1.598/1977 está absolutamente correto ao estabelecer que a contrapartida da redução do valor do ágio não será computada na determinação do lucro real, enquanto não houver a baixa ou liquidação do investimento.

O comando previsto no art. 25 do Decreto-Lei n. 1.598/1977 não decorre do fato de que o resultado de equivalência patrimonial é neutro para fins fiscais, mas, sim, da constatação de que o custo de aquisição do investimento permanece registrado no ativo da pessoa jurídica enquanto não houver nenhum evento de realização que justifique o seu trânsito em resultado. Trata-se, portanto, da mesma regra aplicável a qualquer outro bem de capital adquirido pela pessoa jurídica, que não esteja sujeito à depreciação, amortização ou exaustão, como ocorre, por exemplo, com um terreno.

Em outras palavras, o ágio é neutro antes do evento de incorporação, fusão ou cisão, porque o investimento ainda não foi realizado, assim como o resultado de equivalência patrimonial é neutro porque os lucros ou dividendos da sociedade investida ainda não foram distribuídos, refletindo mero ajuste contábil de caráter provisório e aproximado, que tem o objetivo de ajustar o valor do investimento para refletir a situação econômica atual da sociedade investida

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

Quanto ao fundamento econômico do ágio (razão econômica), este até então não tinha influência no seu tratamento fiscal, tendo em vista que a norma fiscal até então vigente, conforme visto, não criava distinções em razão disso ou de qualquer outro motivo. O que a lei determinava, repita-se, era que a perda de capital passível de dedução deveria corresponder à diferença entre o **valor contábil** das ações ou quotas e o **valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado**.

Nesse contexto, e decorridos 20 (vinte) anos da vigência do Decreto-Lei nº 1.598/77, os Poderes Executivo e Legislativo resolveram estabelecer novo tratamento fiscal para a “baixa do ágio” por fusão, incorporação ou cisão, o que foi feito através das regras introduzidas pela Medida Provisória nº 1.602/1997¹⁰, a qual, após sua conversão na Lei nº 9.532/1997, passou a regulamentar a matéria no bojo dos artigos 7º e 8º, *in verbis*:

¹⁰ Da exposição de motivos da Medida Provisória (publicada no Diário do Congresso Nacional de 02.12.1997 (páginas 18.021/18.023) extrai-se que:

Tenho a honra de submeter a apreciação de Vossa Excelência o incluso Projeto de Medida Provisória, que altera a legislação tributária e dá outras providências.

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

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

(...)

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

Artigo 7º - A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977¹¹: (grifamos)

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

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

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 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;

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.

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

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

¹¹ Artigo 20 - (...)

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

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

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

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

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

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

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

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

- a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido
- b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

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

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

(ii) estabelecer a dedução fiscal como perda de capital apenas à baixa do ágio com fundamento na rentabilidade futura da investida, podendo esta perda ser aferida agora com base no valor contábil do acervo (e não mais necessariamente por valor a mercado¹²), mas com diferimento mínimo à razão de 1/60 para cada mês do período de apuração;

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

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

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

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

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

¹² No regime anterior, conforme visto, a perda de capital apurada nos eventos societários implementados a valor contábil não era dedutível. A legislação até então vigente condicionava a dedução a apuração do acervo líquido a mercado.

Como pontua Valter Lobato¹³:

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

Sobre a motivação dessa alteração legislativa, destaca-se a seguinte parte do voto condutor do Acórdão n.º 1301-000.999:

A motivação que levou o legislador a editar esta norma (...) foi aumentar as ofertas dos participantes do leilão das empresas desestatizadas, mediante a garantia aos investidores da dedutibilidade do ágio pago na aquisição das empresas. Porém, especialmente na privatização das concessionárias de serviços públicos, a norma não alcançaria seu objetivo se não houvesse permissão para a utilização de incorporação invertida e de empresa veículo.

A possibilidade de dedução da amortização é condicionada à junção dos patrimônios. Como os licitantes, na quase totalidade dos casos, são grupos de empresas dos mais variados setores da economia (grandes construtoras, seguradoras, fundos de previdência, bancos de investimentos, etc.), a junção patrimonial direta, para utilização do benefício, seria impossível.

É curial que não era objetivo do PND extinguir as empresas concessionárias de serviços públicos. Por isso, a previsão expressa da possibilidade de operação invertida (a investida absorvendo a investidora).

Por seu turno, as investidoras também não têm interesse em serem extintas, e mais, podem ter limitações reguladoras específicas, que impeçam a junção patrimonial.

Assim, a única forma de viabilizar a utilização do benefício é concentrar a participação societária adquirida (com ágio) no leilão numa empresa veículo (sociedade com propósito específico), a qual seria incorporada pela investida.

[...]

Portanto, operações como as ora submetidas a julgamento nada têm de planejamento ilícito ou inoponível ao fisco, sendo, ao contrário, atuações induzidas pelo Poder Público.

Além de a possibilidade de dedução do ágio permitido pelo artigo 7º da Lei nº 9.532/97 ter sido uma forma encontrada pelo Governo de incrementar os preços das ofertas nos leilões de privatização (conduta induzida), o normativo deixou ao inteiro talante dos contribuintes o momento de obter o aproveitamento fiscal do sobrepreço pago (opção fiscal), ao vincular a dedutibilidade do ágio a partir do evento incorporação, fusão ou cisão.

Desde então, ou seja, após a edição da Lei 9.532/97, que conferiu o direito de dedução nas hipóteses legais do artigo 7º, a figura do "ágio" foi sendo amplamente utilizada também no contexto de aquisições entre particulares, partes independentes ou não, em operações lícitas e ilícitas, o que acabou colocando o assunto ágio como um dos principais alvos de atuações fiscais.

A crescente utilização de ágio e, reconhecemos, seu *abuso* em dadas operações, chamaram a atenção das autoridades fiscais, que reagiram com um verdadeiro “caça às bruxas”

¹³ O Novo Regime Jurídico do Ágio na Lei 12.973/2014. In: O ágio no direito tributário e societário: questões atuais. São Paulo: Quartier Latin. 2015. P. 101.

às operações com ágio, passando a autuar os contribuintes muitas vezes no modo "piloto automático", mas sem perceber que, em muitos casos, acabaram confundindo operações lícitas e induzidas pelo poder público com operações simuladas ou fraudulentas, estas sim repudiáveis.

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

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

Ocorre que esse regramento contábil acabou sendo regulamentado pela legislação tributária apenas com o advento da MP 627/2013, convertida na Lei n. 12.973/2014, lei esta que alterou a regra fiscal prevista no artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77, mas que, por não ter aplicação nesse caso concreto, não será objeto de análise.

É nesse contexto que passaremos a analisar se os fundamentos constantes do acórdão recorrido contrários à dedutibilidade (quais sejam: 1 - *ilegitimidade de uso de empresa veículo*; 2 - *indevida interposição da empresa Trancoso*; e 3 - *ausência de confusão patrimonial entre a real investidora (Banco Société Générale Brasil) e a investida (Banco Cacique)*), têm ou não respaldo diante do que dispunham os referidos artigos 7º e 8º.

Do uso de empresa veículo

A licitude ou ilicitude de atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de gerar economia fiscal deve ser aferida com base em critérios previstos exclusivamente na lei, e não por motivos pessoais, ideologias, crenças ou importação de teorias alienígenas, sob pena de violação à livre iniciativa e estrita legalidade, princípios estes que, além de nortear a tributação, constituem valores fundamentais consagrados no ordenamento jurídico.

Os limites daquilo que se denomina de "planejamento tributário" – cujo propósito muitas vezes se confunde com a própria economia legítima de tributos - estão restritos, além dos casos que envolvem condutas fraudulentas, às hipóteses de simulação.

É nesse sentido que o artigo 149, VII, do CTN, abaixo transcrito permite a revisão do lançamento.

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**;

Além, então, da fraude, onde a constatação de dolo tem como pressuposto, verifica-se que o fisco tem poderes para *requalificar* atos ou negócios *simulados*.

Segundo o professor Sérgio André Rocha¹⁴:

Por mais que desperte paixões esse debate axiológico tem pouca relevância – ou deveria ter pouca relevância – na solução de casos concretos. Com efeito, **o ponto chave neste debate é o conceito de simulação**. No fundo, embora ele seja onipresente em todos esses autores, em termos práticos, cada um tem uma simulação “para chamar de sua”, que só fica clara diante de casos concretos. O que um autor chama de simulação, para outro é abuso de formas jurídicas, ou fraude à lei. Somente a situação concreta é capaz de revelar se os autores concordam ou divergem e em que concordam ou divergem.

A redação atual do referido artigo 116 do CTN¹⁵, aliás, tal como foi positivado após sua alteração pela LC 104/2001, apenas reforçou a figura da *simulação* (e seu viés, a *dissimulação*) como limite legal aos planejamentos tributários.

É a *simulação* uma espécie de *divisor de águas*. Havendo ato ou negócio *simulado*, estaremos diante de caso de evasão fiscal, ilicitude que deve ser combatida por meio da requalificação jurídica da descrição dos fatos. Afastada, porém, a figura da *simulação* (além da fraude), estaremos diante de hipótese de *elisão fiscal*, isto é, planejamento fiscal lícito e assegurado ante os princípios da livre iniciativa e legalidade.

Conforme leciona Paulo Ayres Barreto¹⁶, provadas a simulação ou a dissimulação, perdem relevo a ausência de propósito negocial e a alegação de abuso. Contudo, se não restarem comprovadas, as ações do contribuinte deverão ser plenamente respaldadas pelo ordenamento jurídico nacional.

A grande dificuldade prática, porém, é a de livrar-nos do apriorismo conceitual que até recentemente (e ainda hoje com menor intensidade) se faz presente acerca da definição do conceito de “simulação”.

Não é à toa que Marco Aurélio Greco¹⁷ chegou a afirmar “*que hoje, em matéria de planejamento tributário, “simulação” é um conceito à procura de um significado*”.

A matéria, portanto, enseja um percurso sobre os contornos normativos e doutrinários da *simulação*¹⁸, para em seguida ponderar se estamos ou não diante de uma operação simulada de aquisição de participação societária com consequente amortização fiscal do ágio.

No direito positivo, o Código Civil de 1916 disciplinava a simulação como causa de anulabilidade do negócio jurídico (art. 147, II).

¹⁴ Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2019. P. 50.

¹⁵ Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:
I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;
II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

¹⁶ Planejamento tributário: perspectivas teóricas e práticas. Revista de Direito Tributário n. 105. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 60.

¹⁷ Planejamento tributário. São Paulo: Dialética. 2011. P. 395.

¹⁸ Sobre o tema, recomenda-se a leitura da obra de Luiz Carlos de Andrade Júnior: A simulação no Direito Civil. São Paulo: Malheiros. 2016.

Com o Código Civil de 2002, contudo, a simulação foi inserida no capítulo “*Da Invalidade do Negócio Jurídico*”, passando a ser causa de nulidade do negócio nos termos do artigo 167 a seguir transcrito:

Artigo 167 - É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§1º - Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

Na doutrina, as teses tradicionais sobre o conceito de simulação desenvolveram seus estudos dentro do âmbito do negócio jurídico, partindo da premissa de que a simulação corresponde a um defeito, um vício do negócio jurídico. Nesses termos, simular é tornar semelhante, dar aparência ao que não é verdadeiro.

A simulação pode comparar-se a um fantasma, a dissimulação a uma máscara. É este o ponto de partida adotado na clássica obra de Francisco Ferrara¹⁹, civilista italiano que muito influenciou e ainda influencia a doutrina brasileira. Adepto da teoria voluntarista, leciona que o negócio simulado implica a ocorrência de uma aparência diferente da realidade. Assim, a característica marcante do negócio simulado seria a divergência intencional entre a vontade e a declaração, visando iludir terceiros.

A crítica que se costuma fazer dessa teoria diz respeito à ausência da aludida divergência. Precisamente porque os simuladores declaram espontaneamente o que querem, não seria pertinente falar na existência de conflito entre a vontade e a declaração. É certo que não querem os efeitos, mas querem a forma do negócio; a aparência desse negócio é indispensável por razões que as levam a simular²⁰.

Diante desse questionamento, a teoria declarativista – que possuiu menor influência que a teoria voluntarista -, ainda conferindo um enfoque subjetivo à simulação, passa a sustentar que a vontade interna não possui significado enquanto não seja declarada, razão pela qual a simulação deve ser vista como um conflito entre declarações. Desse modo, as partes emitiriam uma *declaração* dirigida ao público e uma *contradeclaração* para conhecimento restrito delas (um “contrato de gaveta”, por exemplo), de modo que o efeito do negócio seria neutralizado. O negócio simulado, nesses termos, não seria um negócio inexistente, mas sim um negócio sem resultado jurídico.

O principal argumento oposto à teoria declarativista consiste no fato de que o negócio simulado não seria neutralizado por um ato posterior, já que desde sua origem corresponde a um ato aparente. Desta forma, a *contradeclaração* não teria como revelar caráter modificativo, mas meramente declaratório. Além disso, os críticos esclarecem que a prerrogativa da nulidade advém do ordenamento jurídico, e não da autonomia da vontade²¹.

¹⁹ A simulação dos negócios jurídicos. Trad. Dr. A. Bossa. São Paulo: Saraiva. 1939. P. 50

²⁰ Cf. Custódio da Piedade Ubaldino Miranda. A simulação no direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1980, P. 37.

²¹ Cf. Fábio Piovesan Bozza. Planejamento tributário e autonomia privada. São Paulo: Quartier Latin. P. 158

Tais críticas, somadas ao viés subjetivo que norteou essas duas teorias em torno do instituto da “simulação” enquanto *ato de mentir ou enganar*, ensejou o estudo do tema por um enfoque alternativo, o que deu azo às manifestações integradas na dita teoria objetivista (ou teoria causalista), teoria esta que já dá sinais de prevalência na “melhor doutrina” acerca do tema e da qual nos filiamos.

Francesco Carnelutti²² foi um dos que inaugurou a vertente teórica objetivista no campo de estudo da simulação, a qual para o autor é um incidente relacionado à *inadequação da causa*, inadequação esta que decorre da circunstância de um ato ser querido para o atendimento de interesse diverso ou incompatível com os seus respectivos *efeitos jurídicos*.

Para Emílio Betti²³, também expoente da tese objetivista, e que não raramente costuma ser citado pela doutrina brasileira, a simulação é o resultado de um conflito insanável entre o escopo típico e a sua causa. Constatado, então, um desvio da função instrumental do contrato, estamos diante do campo da simulação.

Como, aliás, bem esclarece Orlando Gomes²⁴, *não é a causa antecedente, mas causa final, isto é, o fim que atua sobre a vontade para lhe determinar a atuação no sentido de celebrar certo contrato*.

Por isso mesmo, Heleno Tavares Torres²⁵ expõe que:

Causa é a finalidade, a função, o fim que as partes pretendem alcançar com o ato que põem em execução, sob a forma de contrato, para adquirir relevância jurídica. Por isso, a causa é elemento essencial do negócio, como fim de realizar uma operação apreciável economicamente, devendo ser sempre lícita e passível de tutela pelo direito positivo. E para cada contrato ou ato jurídico, somente uma causa. No contrato de venda e compra, a causa é o intuito de entregar um bem recebendo um preço correspondente. Caso seja um bem por outro, a causa já individualiza um outro contrato, o de permuta; e se não há intuito de obter o pagamento de preço, mas apenas atribui um bem a outrem, aumentando o patrimônio deste, a causa já impõe outra qualificação, o de um contrato de doação.

Também Tercio Sampaio Ferraz Jr.²⁶ já se manifestou nesse sentido, quando assim se manifestou:

[...] a estrutura da mentira tem, no CC/2002 uma configuração diferente. [...] O novo Código altera o enquadramento da simulação. Não se trata, necessariamente, de um defeito (da vontade, maliciosa ou inocente), mas da presença de um requisito de validade aparentemente consistente com as regras de validade, mas, na verdade, inconsistente. [...]

Como, então, as partes muitas vezes simulam (o negócio, portanto, é nulo), mas um fato (econômico), de algum modo acontece, o novo Código Civil (art. 167, par. 2º) ressalva os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado. Por exemplo, o Fisco. [...]

Na comprovação da simulação, não caberia ao Fisco examinar a “real” intenção, mas visar ao uso inconsistente do meio (negócio típico) para atingir os resultados típicos, e, assim, mediante esses resultados, alcançar outros fins.

²² Sistema del Diritto Processuale Civile, vol II. Pádua: CEDAM. 1938.

²³ Teoria Geral do Negócio Jurídico. Campinas: Servanda. 2008. P. 562 e 578.

²⁴ Contratos. Rio de Janeiro: Forense. 1987. P. 57.

²⁵ Direito tributário e direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. P. 141/142.

²⁶ Simulação e negócio jurídico indireto no direito tributário à Luz do novo código civil. Revista Fórum de Direito Tributário, v. 48. Belo Horizonte: Fórum, P. 10.

[...] é indispensável examinar a ocorrência de “ações simuladoras”, isto é, ações que apenas simulam uma determinada consequência de fato. Ou seja, que as partes, ao eleger um negócio jurídico típico frustram suas consequências e, com isso, mostram que verdadeiramente não queriam o negócio que escolheram, mas outro. Com isso, o negócio jurídico e a sua execução econômica se mostram apartados.

De fato, todo ato ou negócio jurídico tem uma causa, chamada de “causa jurídica” ou sua “função típica”, que corresponde justamente aos efeitos que o Direito espera do ato ou negócio praticado²⁷. Atente-se, aqui, que a *causa* corresponde às *consequências jurídicas* inerentes a cada *tipo* negocial e por isso deve ser aferida de forma objetiva.

Do ponto de vista jurisprudencial, o Ministro Moreira Alves²⁸ já decidiu que a *causa* diz respeito à “função prática” do ato ou negócio jurídico, não podendo ser confundida com o *motivo* que leva à formação dos negócios jurídicos. Em suas palavras:

Para uma compreensão mais clara dos problemas que se apresentam, é preciso, preliminarmente, fazer uma distinção fundamental para o entendimento desses meios jurídicos quem diretamente visam à obtenção de um fim, mas que indiretamente permitem que as partes que deles se utilizam alcancem um fim diverso com efeitos mais ou menos amplos. Para isso é preciso desde logo fazer a distinção, que é fundamental, entre a causa do negócio jurídico e o motivo dele. A causa do negócio jurídico nada mais é do que a finalidade econômico-prática a que visa à lei quando cria um determinado negócio jurídico. Assim, por exemplo, na compra e venda, a causa do negócio jurídico é a troca da coisa pelo dinheiro (preço); no contrato de locação, é a troca do uso da coisa pelo dinheiro (aluguel). Essa causa, nada mais é, em última análise, do que uma causa objetiva que traduz o esquema que a lei adota para cada figura típica, como é a compra e venda, como é a locação. Já o motivo, não. O motivo é de ordem subjetiva das partes que se utilizam de determinado negócio jurídico. Por exemplo, uma pessoa pode utilizar-se do contrato de compra e venda para adquirir alguma coisa com – e é o motivo – a finalidade subjetiva de desfazer-se dessa coisa. Enfim, o motivo, as finalidades subjetivas, que não se confundem com aquela coisa objetiva e que diz respeito ao esquema do próprio negócio jurídico...

Apenas com a reunião de indícios precisos, e desde que se convirjam em prol de uma convicção segura de que houve desvio de finalidade jurídica do ato que levou a uma economia tributária, é que o ônus da prova do fisco em favor da simulação resta cumprido, podendo ele requalificar a operação analisada.

Nessa situação particular, conforme visto, a glosa foi fundamentada na ilegitimidade de uso de *empresa veículo*, representada pela Trancoso, empresa esta que também acabou sendo *interposta*.

²⁷ No caso do nosso Código Civil, a causa jurídica de fato acabou sendo referenciada com base nas expressões “fim econômico ou social”, constante do artigo 187, na “função social do contrato”, reportada no artigo 421 e, ainda, no signo “substância” que se valeu o artigo 173, todos deste mesmo diploma normativo e ora transcritos:

“Art. 173. O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo”.

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”.

²⁸ ALVES, José Carlos Moreira. "As Figuras Correlatas da Elisão Fiscal". Revista Fórum de Direito Tributário n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 11. Idem na palestra inaugural do XVIII Simpósio Nacional de Direito Tributário do Centro de Extensão Universitária. "Pesquisas Tributárias - Nova Série - 10". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 13.

Considerando esse cenário, as questões que se colocam são as seguintes: a sociedade *Trancoso* poderia, aos olhos jurídicos, receber recursos para adquirir a empresa alvo (Banco Cacique) com ágio e em seguida ser incorporada pela investida? Isso tem *causa jurídica*? O Direito permite que uma empresa não operacional tenha pouca duração ou como única finalidade criar as condições para uma economia fiscal?

Além disso, outra indagação que se faz necessária é: o fato da *Trancoso* não ter figurado como compradora no contrato original compromete a operação?

Trata-se a *Trancoso*, a *empresa veículo*, de uma *holding*, ou seja, uma sociedade que tem por objeto social justamente a participação em outras empresas, em conformidade com o comando previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/76:

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

[...]

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

Ora, se a própria lei de regência reconhece a possibilidade de constituição de empresas com a finalidade de participar em outras sociedades, inclusive para se valer de benefícios fiscais, forçoso concluir que o objeto social da *Trancoso* tem causa jurídica e respeitou a função social desse tipo societário.

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

Isso significa dizer que também é perfeitamente normal, usual, válido e eficaz, sob o prisma jurídico, a existência de sociedades efêmeras e outras de longa duração, umas com operações mercantis, outras produtivas e outras ainda como canais de investimento, o que vai depender dos fins sociais e econômicos estabelecidos pelos sócios dentro de sua liberdade de empreender.

A curta duração da empresa, volume de capital, histórico de operações ou a quantidade de funcionários não constituem, por si só, nada em se tratando de uma “holding pura com fins específicos”. A própria lei, conforme apontado, tutela esse tipo societário, conferindo-lhe legitimidade e autonomia para praticar uma única operação.

Como explica Charles William McNaughton²⁹:

(...) por causa finalística de uma sociedade, podemos entender como sua própria função social.

Uma sociedade possui um objeto social que é justamente a atividade econômica efetivada para gerar resultados aos sócios. Nesse sentido, todo ato que uma sociedade pratica para contribuir na formação desse resultado há de ser tido como englobado na função social da sociedade.

O que se opera no caso da empresa-veículo utilizada para aproveitamento do ágio? O investidor paga um sobrepreço para adquirir um ativo (uma sociedade) com a

²⁹ IR e planejamento fiscal: a questão das empresas-veículo. In: Novo RIR. Coordenação: Jimir Doniak Jr. São Paulo: Quartier Latin. 2019. P. 97/98.

expectativa de ter um resultado (lucro) no futuro. A obtenção desse resultado é justamente o tipo de ato que se enquadra na função social daquela pessoa jurídica.

O aproveitamento fiscal do ágio nada mais é do que o reconhecimento do ordenamento jurídico de que a renda auferida pelo investidor será o resultado futuro menos o valor pago por esse resultado.

Mas, por certos motivos, como por exemplo, o fato de o investidor estar situado no exterior, o sistema jurídico pode colocar barreiras procedimentais de que esse ágio seja aproveitado. Nesse sentido, a empresa-veículo é um meio para que essas barreiras sejam ultrapassadas.

E o que o uso da empresa-veículo permite? Ao superar tais empecilhos procedimentais para o aproveitamento do ágio e reduzir a tributação incidente sobre o empreendimento econômico que poderá ser aproveitado pelo investidor graças a aquisição de participação societária da investida, o uso da empresa veículo nada mais faz senão contribuir para aumentar aquele resultado futuro almejado pelo investidor, reduzindo uma despesa com tributação.

A empresa veículo *holding* que participa de outra pessoa jurídica cumprindo seu objeto social, portanto, e incrementa, assim, o resultado dos sócios está sim cumprindo sua função social. A função social do contrato, previsto no artigo 421 do Código Civil, está sendo atingida.

De fato, a *holding Trancoso*, ainda que taxada de “empresa veículo”, atuou em plena conformidade com as referidas regras societárias positivadas, de forma a respeitar a causa jurídica deste tipo societário.

Não há, ao contrário do que quer fazer crer a autoridade autuante e a decisão recorrida, nenhum *vício* ou *aparência* sobre a existência e finalidade daquela empresa. E qual foi a finalidade? Ora, foi a de instrumentalizar a aquisição do investimento com ágio, pago a parte não relacionada, de forma também a reunir as condições necessárias para o seu aproveitamento fiscal.

Reitera-se, aqui, que o § 3º, do artigo 2º, da Lei nº 6.404/76 acima transcrito, reconhece expressamente a possibilidade de uma sociedade ser constituída para beneficiar-se de incentivos fiscais, o que não é bem o caso, mas que indubitavelmente ratifica a legitimidade do uso da *Trancoso* na operação de aquisição do Banco Cacique.

Como sempre argumentava o I. Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado em seus votos sobre a matéria (vide, por exemplo, Acórdão 1201.001.554. Sessão de 14 de fevereiro de 2017):

(...) é importante ressaltar que temos presenciado com preocupante freqüência, a utilização pelo Fisco da teoria do propósito comercial por meio do qual defende que a simples ausência sob a ótica do fisco de outros motivadores para a operação que não o alcance do benefício fiscal, já é elemento suficiente que invalida os atos do contribuinte ou, ao menos, inviabiliza o benefício fiscal almejado.

Entendo que tal racional adotado pela autoridade fiscal guarda certa contradição com diversas regras e estruturas criadas há muito tempo pelo legislador pátrio, por meio das quais são oferecidos benefícios fiscais às empresas que, ao cumprirem determinados requisitos, acabam levando desenvolvimento econômico à determinadas regiões do Brasil.

Menciono aqui, de forma exemplificativa, o regime fiscal da Zona Franca de Manaus, que oferece incentivos fiscais para as empresas que lá se estabelecerem e produzirem, gerando empregos, desenvolvimento econômico/social e, mesmo, arrecadação de tributos para a região.

Ora, em relação à Zona Franca de Manaus, a principal função desempenhada pelas autoridades fiscais tem sido monitorar se os contribuintes, de fato, cumprem todos os requisitos previstos em lei para o gozo dos incentivos fiscais, sem haver qualquer questionamento acerca das motivações do contribuinte.

O que o Fisco busca é auditar se, realmente, as empresas estão lá estabelecidas ou se os produtos são lá produzidos, por exemplo.

Contudo, não há qualquer exigência de que as empresas lá estabelecidas tenham propósitos negociais além do gozo do incentivo fiscal em si, para lá se estabelecerem.

Em outras palavras: nenhuma empresa busca a Zona Franca de Manaus em razão da maior proximidade com o mercado consumidor, melhor infraestrutura ou maior oferta de mão de obra qualificada. O objetivo é o gozo do incentivo fiscal e isso é garantido às empresas que cumpram todos os requisitos da legislação, independentemente da existência de outras razões.

Desta forma, o conceito a ser adotado para definir o propósito negocial deve ser no sentido de considerar a busca pela redução das incidências tributárias, por si, como um propósito negocial que viabiliza a dedução do ágio. Já temos importantes precedentes do CARF nesta direção:

Nesse estado de coisas, não vejo nenhuma divergência ou contradição entre a vontade das partes e os negócios por ela firmados. Não há declaração enganosa. Não há negócio vazio de conteúdo. Não há negócio aparente ou dissimulado. Pelo contrário, aquilo que foi declarado pelas partes foi de fato realizado. Também não houve incompatibilidade entre os instrumentos jurídicos utilizados e seus respectivos *tipos* ou *fins*. A *Trancoso* cumpriu sua finalidade jurídica (*causa*) de participar em uma outra sociedade, ainda que com a finalidade exclusiva de receber os recursos, pagar o preço e ser incorporada para permitir a amortização fiscal do ágio por ela pago.

Ainda que a *Trancoso* não tenha originariamente assinado o contrato com o Banco Cacique na qualidade de compradora, fato é que restou demonstrado que ela assumiu e exerceu esse papel antes da operação ter sido autorizada e concretizada, sem qualquer oposição do vendedor, o que a legitima como parte substituta na operação de aquisição.

Como bem observou o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, em declaração de voto apresentada no Acórdão *paradigma* nº 1301-001.505 (fls. 894/939):

(...)

A fiscalização apontou uma série de questionamentos formais ao negócio entabulado, tais como: - ausência de deliberação interna no Grupo Societé visando transferir a aquisição do investimento por meio da empresa Trancoso; - ausência de notificação do vendedor, estabelecida no contrato de compra e venda, quanto à cessão de direitos; - erros e inconsistências no Livro de Transferência de Ações do Banco Cacique.

Entendo que não obstante tais aspectos formais não são suficientes para invalidar a conclusão de que ocorreu o pagamento de um ágio na aquisição de uma participação entre partes não relacionadas.

O fato de o negócio ter sido entabulado pelo Banco Societé Brasil e efetivado por meio de um empresa controlada, que recebeu o aporte de capital para fazer o investimento ao meu ver não contamina o negócio, nem desnatura a ocorrência do ágio. Havia inclusive previsão contratual para que ocorresse dessa forma. Ainda que não tenha existido a notificação prévia é certo que os vendedores não se opuseram, tanto que celebraram a venda.

Não enxergo simulação neste caso, mas sim a adoção de uma estrutura para as operações societárias compatível com o negócio efetivamente realizado, ainda que evidentemente estruturada com vistas a obtenção dos benefícios futuros de amortização desse ágio, conforme a previsão legal.

Entendo que, desta feita estamos no campo daquelas situações em que o contribuinte se valeu licitamente do direito de organizar o seu negócio de acordo com suas necessidades e/ou interesses, inclusive optar pela forma negocial que lhe propiciasse o menor custo ou maior vantagem tributária, obedecidos os ditames legais.

Caminhando nesse mesmo sentido, afasto a ocorrência de *simulação* ou de qualquer outro vício quanto ao uso de empresa veículo (Trancoso) no caso ora analisado.

Da ausência de confusão patrimonial entre “real adquirente” e empresa investida

Além de questionar a dedutibilidade com base na tese *da ilegitimidade de empresa veículo*, o fisco e a decisão recorrida também invocaram como fundamento da glosa a *ausência de confusão patrimonial entre real investidora investida*, requisito legal este que não teria sido cumprido pela contribuinte.

Mais precisamente, o silogismo empregado foi o seguinte: considerando que os recursos utilizados para pagamento do preço foram transferidos do Banco Societé Générale Brasil para a Trancoso, o *real adquirente* seria o Banco, e não a *empresa veículo*. Adotando essa premissa, e não havendo confusão patrimonial entre tais bancos, não há que se falar em direito à amortização fiscal do ágio.

Não obstante a deficiência da própria terminologia *real adquirente*³⁰, já adianto que essa *tese* não se sustenta em face do princípio da legalidade. Isso porque, conforme visto, o artigo 7º autorizava a dedução do ágio fundado na rentabilidade futura pela “*pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio*” (cf. caput do artigo 7º da Lei 9.532/1997).

Verifica-se, contudo, que o destinatário da norma de dedução do ágio é aquele que **detém o investimento adquirido com ágio (e vice-versa, quando da incorporação reversa)**, linguagem esta que revela justamente algo que pode ser passageiro.

Ora, se a intenção do Legislador fosse a de limitar a dedução ao titular dos recursos utilizados na aquisição do investimento, deveria a lei assim restringir, o que não foi feito de forma intencional.

A utilização da expressão “*na qual detenha participação societária adquirida*” pela lei, na realidade, conferiu ao contribuinte a liberdade de adquirir ou transferir o investimento com ágio por todos os meios admitidos pelo Direito, garantindo a dedução do ágio

³⁰ Nesse sentido, convém ressaltar a observação feita por Rosanova Galhardo e Pedro A. do A. Abujamra Asseis: “(...) não se pode perder de vista que, para se falar em “real”, é necessário que haja o “irreal”, o “falso”, o “ilegítimo”. Ou seja, “real adquirente”, para fins jurídicos, é uma expressão que apresenta um campo de aplicação muito restrito, limitado ao âmbito da anormalidade, dos vícios dos negócios jurídicos e da nulidade civil. Acaba justamente sendo, por outras palavras, o caso de simulação precisamente qualificado pelo Código Civil, em seu art. 167, § 1º, I – negócios que “aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem”.

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

pela pessoa jurídica que o detinha no evento de incorporação ou pela investida na incorporação reversa.

Interpretar que esse direito seria apenas daquele que pagou ou assumiu o ônus financeiro do preço, com a devida vênia, significaria colocar o intérprete na indevida posição de Legislador, permitindo-lhe alterar significativamente o próprio texto legal, o que não se sustenta.

Ainda que o aproveitamento fiscal do ágio passe da pessoa que sofreu o ônus econômico do investimento para uma outra empresa, inclusive a própria investida quando da incorporação reversa, isso não enseja a perda do direito tal como foi positivado.

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

Ora, o fluxo financeiro dentro do grupo adquirente é irrelevante, não interferindo no direito de amortização fiscal. É, isto sim, a validade e eficácia dos negócios praticados que deram origem ao ágio que definem as consequências no plano jurídico.

Ademais, seguir o entendimento fiscal de condicionar o direito de deduzir o ágio à *origem* dos recursos utilizados na compra conduziria ao absurdo cenário de que tudo na economia seria sempre da controladora, que inclusive deixaria de existir na figura de uma sociedade, que não passa de uma *ficção jurídica*, afinal no topo de qualquer estrutura societária estão os sócios pessoas físicas, que passariam a ser taxados de adquirentes de tudo.

Como diria Carlos Maximiliano³¹, *a interpretação deve ser objetiva, desapaixonada, equilibrada, às vezes audaciosa, porém não revolucionária, aguda, mas sempre atenta, respeitadora da lei.*

Posto isso, a minha opinião é a de que a tese do “real adquirente” ou “ausência de confusão patrimonial entre o efetivo investidor e investida”, por não encontrar amparo na lei, não tem o condão de afastar o direito da recorrente de aproveitar fiscalmente o ágio ora em debate.

Conclusão

Pelo exposto, dou provimento ao recurso especial.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli

³¹ Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense. 9ª edição. 1984. P. 103.

Fl. 33 do Acórdão n.º 9101-006.049 - CSRF/1ª Turma
Processo n.º 16327.720694/2016-28

Voto Vencedor

Conselheira Edeli Pereira Bessa, redatora designada

O I. Relator estou vencido em sua proposta de conhecimento parcial do recurso especial da Contribuinte. A maioria do Colegiado compreendeu que o conhecimento parcial deveria ser em menor extensão, não alcançando a matéria “amortização de ágio na base de cálculo da CSLL”.

Nos termos expostos pelo I. Relator, caberia a apreciação da exigência de CSLL porque lançada como reflexo do IRPJ, e isto, de fato, está aqui afirmado nas razões de conhecimento da primeira matéria. Contudo, a pretensão da Contribuinte, nesta terceira matéria, é constituir dissídio jurisprudencial de forma autônoma, de modo a afastar a exigência de CSLL ainda que mantido o lançamento em relação ao IRPJ, como se vê no seguinte excerto de seu recurso especial:

A corroborar a necessidade de reforma do acórdão recorrido, a jurisprudência deste CARF reconhece a impossibilidade de adição, à base de cálculo da CSLL, de tal despesa com amortização do ágio considerada indedutível pela Fiscalização (o que, por lógica, já afasta o entendimento recorrido) sem lei que expressamente determine, bem como a própria inexistência de previsão legal que determine a identificação entre as bases de cálculo de IRPJ e CSLL.

E o dissídio jurisprudencial em tela teve seguimento sob os seguintes fundamentos expressos no exame de admissibilidade:

(8) “inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considera indedutível pela fiscalização”

Decisão recorrida:

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.

Acórdão paradigma n.º 9101-002.310, de 2016:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO. INAPLICABILIDADE DO ART. 57, LEI N 8.981/1995.

Inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial. Inaplicabilidade, ao caso, do art. 57 da Lei n.º 8.981/1995, posto que tal dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ.

Acórdão paradigma n.º 1103-00.630, de 2012:

Não há ementa correspondente a essa matéria.

[...].

Com relação à dedução das despesas de amortização do ágio, para fins da CSLL, registro que não há previsão legal para a indedutibilidade dessas despesas, tal como é preceituada para o lucro real, pelo art. 25 do Decreto-Lei n.º 1.598/77.

25. Por fim, com relação a essa oitava matéria, também ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

26. Enquanto a decisão recorrida entendeu que, para fins 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, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos n.ºs 9101-002.310, de 2016, e 1103-00.630, de 2012) decidiram, de modo diametralmente oposto, que inexistia previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial (primeiro acórdão paradigma) e que não há previsão legal para a indedutibilidade dessas despesas, tal como é preceituada para o lucro real, pelo art. 25 do Decreto-Lei n.º 1.598/77 (segundo acórdão paradigma).

Como se vê, a premissa do acórdão recorrido é no sentido de que um ativo que surge sem substância econômica no patrimônio da investida, porque mantido sob a titularidade do real adquirente, não pode gerar amortização que afete o lucro contábil, ensejando a glosa reflexa na base de cálculo da CSLL. Já o primeiro paradigma analisou lançamento no qual a amortização do ágio foi adicionada na base de cálculo do IRPJ, porque o investimento permanecia no patrimônio do investidor, e a autoridade lançadora exigiu que a mesma adição fosse promovida na base de cálculo da CSLL.

De fato, o paradigma n.º 9101-002.310 trata de lançamento exclusivamente de CSLL, decorrente da exigência de adição ao lucro líquido de amortizações de ágio que foram adicionadas ao lucro real, porque referentes a investimento mantido no patrimônio da investidora. Ou seja, frente à observância, no âmbito de IRPJ, de regra que busca neutralizar as amortizações de ágio, postergando seus efeitos para o momento da liquidação do investimento, exigiu-se do sujeito passivo que a mesma providência fosse adotada no âmbito da CSLL, e este Colegiado, em antiga composição, afirmou inexistir norma legal que assim determinasse. Nada, no referido julgado, permite concluir que a mesma solução seria dada na hipótese em que a amortização do ágio se mostre indedutível por ausência de confusão patrimonial entre investida e investidora, aspecto que, como referido no acórdão recorrido, afetaria o próprio reconhecimento contábil da amortização da investida.

Quanto ao paradigma n.º 1103-00.630, embora ali também se tratasse de amortização fiscal do ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532/97, e seu voto condutor traga argumentos contrários à indedutibilidade das amortizações no âmbito da CSLL, importa observar que naqueles autos foi dado provimento integral ao recurso voluntário, afirmando-se o não cabimento da glosa não só na base da CSLL, como também do IRPJ. Assim, o outro Colegiado do CARF decidiu a questão sob circunstâncias distintas daquelas que a Contribuinte quer ver prevalecer nestes autos, qual seja, que a exigência de CSLL seja cancelada ainda que afirmada a indedutibilidade no âmbito do IRPJ. O exame do paradigma evidencia não ser possível cogitar se a mesma decisão seria adotada caso aquele Colegiado reconhecesse a indedutibilidade das amortizações no âmbito do IRPJ.

Estas as razões, portanto, para CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial da Contribuinte em menor extensão, apenas em relação à matéria “utilização de empresa veículo”.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa

Declaração de Voto

Conselheira Livia De Carli Germano

Optei por apresentar a presente declaração de voto para esclarecer as razões pelas quais acompanhei o i. Relator pelas conclusões, tanto quanto ao conhecimento da matéria “utilização de empresa veículo”, quanto no mérito, para dar provimento ao recurso especial.

Autos de infração

Os autos de infração em questão pretendem:

- Adição de despesas não necessárias da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, referente a fato gerador 31/12/2011, com multa de 75%.
- Adições não computadas no lucro real/BC CSLL, referente a fato gerador 31/12/2011, com multa de 75%

Termo de Verificação Fiscal (TVF)

A acusação fiscal descreve os seguintes **fatos**:

- Em 25/02/2007 houve a assinatura do contrato de compra e venda das quotas da CACIPAR (*holding* do Banco Cacique) pelo adquirente Banco Société Générale Brasil (“Société” ou “Société Generale”), sendo que a operação, para ser efetivada, dependia de aprovação do BACEN.
- Em 07/03/2007, o Société Generale adquire quotas da “sociedade de prateleira” Marigane Participação Ltda., altera a denominação para Trancoso Participação Ltda. e cede a esta os direitos de aquisição previstos no contrato firmado em 25/02/2007, nos termos de cláusula de cessão pactuada em tal contrato.
- Em 30/11/2007, após aprovação do BACEN para a operação, o Société Générale aporta capital na Trancoso e esta paga pela aquisição da CACIPAR, registrando   gio.
- Em 31/10/2008 o Banco Cacique incorpora suas duas controladoras, a CACIPAR e a Trancoso, e passa a amortizar o   gio.

A autoridade autuante propõe a glosa do ágio amortizado sob os seguintes **argumentos**:

- *“inserir uma “empresa veículo” de participação 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 situação econômico-soci  t  rias, alcançadas somente quando realmente efetivadas”.*
- *“ao fim, o investimento adquirido - Banco Cacique S.A. - subsiste no patrimônio do investidor original, o Banco Société Générale”.*

O TVF cita “processos anteriores” -- mas é importante notar que trata-se de processos referentes a ágios de outras operações (outras empresas)³².

Acórdão Recorrido (1402-003.574, de 2018)

No acórdão recorrido, o voto da i. Relatora restou vencido na proposta por reconhecer a conexão entre este processo e o de n. 16327.001743/2010-34 e reproduzir neste o resultado do julgamento do acórdão 1301-001.505 (que deu provimento ao recurso voluntário). Tal processo tratou do mesmo ágio e ali a acusação fiscal baseou a glosa, referente aos anos-calendário 2008 e 2009, em dois fundamentos: (i) o Societé não seria investidor de fato, e (ii) extemporaneidade do laudo. O voto menciona que não houve recurso especial contra tal acórdão, e menciona também que o acórdão 1201-001.242 (processo 16327.720476/2011-89) também analisou o mesmo ágio e acusação fiscal semelhante (envolvendo argumentos acerca do “real adquirente” e da temporalidade do laudo), sendo que ali a turma também deu provimento ao recurso voluntário.

Vencida na proposta de julgamento por conexão, a Relatora então votou por negar provimento ao recurso voluntário, e nesta parte seu voto foi vencedor. Em suas razões, o voto concorda com a acusação fiscal de que a Trancoso não seria a adquirente original, e tal conclusão se deu porque (i) analisando cláusula do contrato de compra e venda de ações, verificou que a cessão “foi admitida pelos vendedores desde que não houvesse alteração substancial nas partes designadas como “comprador”, eis que contrato previa que, em caso de cessão, o Societé deveria “permanecer como uma Parte Interveniente deste contrato a fim de garantir o cumprimento deste Contrato com o Cessionário”; e (ii) a Trancoso recebeu o aporte de capital apenas após a aquisição ter sido aprovada pelo Bacen.

Essas duas circunstâncias são referidas também para rebater o argumento de que a Trancoso teria “propósito comercial”.

O voto ainda rebate o argumento de que a participação da Trancoso seria necessária por questões regulatórias, indicando ausência de provas neste sentido – “não demonstrada qualquer exigência específica do Banco Central do Brasil”.

Sobre o papel das sociedades holdings, o voto observa que “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 “Societé”, das participações detidas na CACIPAR na autuada...”. E conclui:

“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

³² Isso foi posteriormente pontuado pelo acórdão recorrido (grifamos):

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:

(...)

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. (...)

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: (...)"

(...)

"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", (...)"

Sobre a CSLL, o voto observa que, sendo o Société a real adquirente, a amortização do ágio é inadmissível do próprio lucro contábil, logo seria desnecessário que norma determinasse a adição. E continua: *"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."* Nesse contexto, afirma que a Lei 9.532/1997 *"repercutiria, também, na apuração da base de cálculo da CSLL, inclusive como expresso na Instrução Normativa SRF nº 390/2004"*.

Embargos de declaração

O sujeito passivo opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados por despacho. Abaixo, um resumo de suas alegações e da resposta dada pelo despacho do Presidente de Câmara:

- "Omissão Quanto à Análise do Artigo 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ("LINDB" – Decreto-Lei nº 4.657/42) – Segurança Jurídica"

Resposta do despacho: a questão controversa (possibilidade de o colegiado decidir de forma diversa do que decidiu outro colegiado do CARF, com relação ao mesmo ágio da mesma empresa) foi decidida pelo colegiado.

- Contradição e Omissão Quanto à Alegada Ausência de Confusão Patrimonial no Caso – *"há, de fato, sacrifício patrimonial por parte da Trancoso Participações, logo, a real adquirente do investimento"*

Resposta do despacho: A embargante apenas manifesta inconformidade com a decisão proferida pelo colegiado, mas não a efetiva existência de vício de tal espécie. A decisão embargada chegou a conclusões opostas às defendidas pela embargante por meio de proposições absolutamente coerentes entre si.

O acórdão afirma que *"a Trancoso Participações jamais foi, de fato, quem suportou a aquisição"*. E também contesta a afirmação da embargante sobre a possibilidade de se obter o mesmo efeito com a incorporação da holding pelo Société quando conclui *"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"*.

- Contradição Quanto à Possibilidade de Dedução do Ágio da Base de Cálculo da CSLL – refere-se à afirmação do acórdão recorrido de que *"confirmada a condição do "Société" com real adquirente do investimento na autuada, a amortização resta inadmissível no*

próprio lucro contábil”, e que por isso seria “desnecessária norma específica que determine a adição destes valores à base de cálculo daquela contribuição”.

Resposta do despacho: uma vez mais, trata-se de inconformidade da embargante com a decisão proferida, mas não a existência de qualquer contradição interna ao acórdão. A embargante apenas se serve dos embargos como meio para obter a conformação da decisão ao seu próprio entendimento.

Matérias do recurso especial admitidas pelo despacho

O despacho de admissibilidade deu seguimento ao recurso especial do sujeito passivo quanto às seguintes matérias:

(5) *“efetiva confusão patrimonial entre ‘empresa adquirente’ e investimento adquirido com ágio”* – paradigma 9101-003.609

(6) *“validade da suposta ‘empresa veículo’”* – **paradigmas 1301-001.505 e 1201-002.247**

(7) *“impossibilidade de o fisco desconsiderar os negócios jurídicos praticados pelo contribuinte – inaplicabilidade do art. 116, § único, do CTN”* – paradigmas 202-16.959 e 102-49.480

(8) *“inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considera indedutível pela fiscalização”* – paradigmas 9101-002.310 e 1103-00.630

Matérias conhecidas pela Turma na sessão de julgamento de 10/03/2022

Na sessão de julgamento de 10 de março de 2022, a Turma votou por conhecer parcialmente do recurso especial, apenas quanto à matéria (6) *“validade da suposta ‘empresa veículo’”*.

Nesse ponto, registro as razões do meu voto pelas conclusões quanto ao conhecimento.

No caso, orientei meu voto para conhecer do recurso especial com base no **paradigma 1301-001.505** (processo 16327.001743/2010-34), não apenas porque se trata do mesmo contribuinte e mesmo ágio, mas também porque verifico a devida demonstração de divergência jurisprudencial entre os fundamentos dos acórdãos paradigma e recorrido.

Isso porque, entendo, a divergência jurisprudencial deve ser verificada não entre acusações fiscais, mas entre as razões determinantes das decisões comparadas, daí a necessidade desse passo adicional.

Quanto a estas, observo que o paradigma 1301-001.505 foi a decisão que deu ensejo à proposta (vencida) da Relatora do acórdão recorrido para que se reconhecesse a conexão entre os processos e fosse reproduzido o resultado do julgamento. No caso analisado por tal acórdão, a acusação fiscal teve dois fundamentos: (i) o Societé não seria investidor de fato, e (ii) extemporaneidade do laudo.

Este último argumento é estranho aos presentes autos e não será aqui examinado. Aqui, importa verificar se a aplicação, ao caso dos autos, do racional do acórdão paradigma

acerca do fundamento referente ao “real adquirente”, seria capaz de levar à alteração da conclusão a que chegou o acórdão recorrido. Em caso positivo, restará demonstrada a divergência entre os julgados.

O voto condutor do acórdão 1301-001.505 afasta a acusação de que o Societé não seria o investidor de fato, afirmando a legitimidade do uso de empresas “veículo” -- exs: “... 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.” (...) “... 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.”

Resta claro que a aplicação deste racional ao caso dos autos seria capaz de alterar a conclusão a que chegou o voto condutor do acórdão recorrido, e por isso o recurso especial merece ser conhecido quanto a este paradigma.

Por tais razões, conheço do recurso especial em face do paradigma 1301-001.505.

Mérito

No mérito, concordo com o voto do i. Relator do presente recurso especial quando este afirma que o Fisco apenas pode requalificar os efeitos tributários de negócios jurídicos nas hipóteses do artigo 149, VII, do CTN (dolo, fraude ou simulação), e que tais hipóteses não restaram comprovadas no presente caso.

Mas acompanho seu voto pelas conclusões, por duas razões **(i) em termos teóricos**, porque tenho uma visão diferente sobre o alcance e a repercussão da simulação no âmbito tributário -- especificamente, por entender que o ordenamento não coloca a simulação como ilícito, não se podendo assim falar em “evasão fiscal” ou de ilicitude para atos simulados; e **(ii) no caso concreto**, porque interpreto a acusação fiscal de forma diversa do i. Relator, essencialmente por compreender que sequer seria necessário, para a resolução do presente caso, abordar argumentos acerca da existência ou não de simulação, seja porque tal termo não foi referido no TVF, seja porque, no meu entendimento, a análise da acusação fiscal não permite que se conclua que esta foi baseada em “simulação”, artificialidade, ou argumentos afins.

Assim, com a devida vênia, compreendo que a questão colocada para discussão, nos presentes autos, não é definir se “o Direito permite que uma empresa não operacional tenha pouca duração e a única finalidade de criar as condições para uma economia fiscal?”

Até porque, em termos teóricos, se esta Conselheira tivesse que responder a tal questão, a conclusão seria de que, não, o Direito não permite “querer no vácuo”, não permite criar empresas que existam meramente “no papel” apenas para, formalmente, viabilizar registros contábeis que dêem ensejo a supostas economias fiscais³³.

³³ Neste sentido, por exemplo, minhas declarações de voto nos acórdãos 9101-004.559, de 3 de dezembro de 2019, e 9101-002.188, de 20 de janeiro de 2016, expõem as razões pelas quais, nos casos ali analisados, uma vez comprovada pela autoridade autuante a existência meramente formal da “veículo”, orientei meu voto para manter a glosa do ágio.

Ocorre que, no caso dos autos, a acusação fiscal não foi de artificialismo, simulação ou conceitos do gênero, quanto à Trancoso especificamente. A autoridade autuante parou um passo atrás.

É dizer, a autoridade autuante não chegou sequer a investigar se (muito menos a acusar que) a Trancoso seria uma empresa apenas “no papel” ou a trazer aos autos elementos de fato que pudessem servir de indícios de que esta sociedade, ou sua participação na operação, teria sido de alguma forma artificial. Se contentou em mencionar que **(i)** nos termos do contrato, a cessão “foi admitida pelos vendedores desde que não houvesse alteração substancial nas partes designadas como “comprador””; e **(ii)** a Trancoso recebeu o aporte de capital apenas após a aquisição ter sido aprovada pelo Bacen. Sem trazer qualquer imputação específica.

A autoridade autuante não acusou simulação na existência ou na participação da Trancoso na operação. Isso porque a acusação fiscal nos presentes autos foi baseada em uma premissa teórica, qual seja: a de que a inserção de “empresa veículo” na estrutura de aquisição de investimento não daria ensejo à possibilidade de registro de ágio (e de conseqüente amortização, a partir da incorporação desta veículo), eis que, em casos tais (de participação de empresa-veículo), o ágio “*subsiste no patrimônio do investidor original*”, assim considerado aquele que firmou o contrato originalmente e de onde se originaram os recursos para o pagamento -- no caso, o Banco Société Générale.

Sendo essa a premissa teórica, dela discordo, no seu mérito. Isso porque, entendo, o ágio deve ser registrado pela sociedade que adquire o investimento e, a princípio, deve ser considerado como adquirente a pessoa que os instrumentos societários e negociais dizem como tal – é dizer, a princípio, é adquirente da participação societária a pessoa mencionada como adquirente no “closing”, isto é, aquele que efetua o pagamento ao vendedor e recebe em troca a participação societária, passando a deter a condição de sócio/acionista.

Dessa forma, para que a autoridade fiscal possa alegar que a pessoa que diretamente pagou pela participação societária e que recebeu em contraprestação as ações não é a “real adquirente” para fins de registro do ágio, das duas uma: ou precisaria existir uma norma nesse sentido (isto é, uma norma dizendo que o “real adquirente”, para fins de registro de ágio, não é quem recebe as ações em troca do pagamento, mas, por exemplo, aquele que origina os recursos financeiros utilizados na compra), ou a autoridade autuante precisaria alegar, e provar, que o negócio que as partes disseram ter realizado não foi aquele (isto é, alegar e provar que, embora nos documentos se diga que foi a Trancoso quem recebeu e pagou pela participação societária, na verdade isso foi “fingido” e a realidade dos fatos revelara que ffo outro o negócio, por exemplo, a aquisição pelo Société Generale). E, no caso dos autos, nenhuma dessas condições restou demonstrada pela autoridade autuante.

Em resumo, portanto – **e especificamente aqui residem as conclusões do presente voto que, na sessão de julgamento, acabaram alcançando a maioria para fins de definição do fundamento vencedor do acórdão** (conforme artigo 63, § 8º do Anexo II ao Regimento Interno do CARF) --, a acusação fiscal, no caso dos autos, foi de que a participação da Trancoso na operação não seria capaz de dar ensejo ao registro de ágio pela própria Trancoso, simplesmente porque esta sociedade seria uma dita “empresa-veículo” e, no entender da autoridade autuante, em aquisições feitas por “empresas-veículo” o ágio deveria ser registrado pela “real adquirente”. A autoridade autuante não formulou a acusação fiscal sob o fundamento de que a participação da Trancoso teria sido artificial / simulada / não verdadeira, de maneira que se verifica desnecessário, para o julgamento da presente lide, analisar a prática de simulação e argumentos do gênero.

Diante de tal acusação fiscal, a conclusão a que se chega é de que não subsiste o presente auto de infração, na medida em que o simples fato de se interpor “sociedades-veículo” na operação, divorciada de uma acusação de fraude ou de prática de atos não verdadeiros, não é suficiente para dar ensejo à requalificação dos atos para fins tributários. É a dicção do artigo 149, VII, do CTN:

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;

Como observou o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado em sua declaração de voto anexada ao acórdão 1301-001.505, indicado como paradigma:

O fato de o negócio ter sido entabulado pela Banco Societé Brasil e efetivado por meio de um empresa controlada, que recebeu o aporte de capital para fazer o investimento ao meu ver não contamina o negócio, nem desnatura a ocorrência do ágio. Havia inclusive previsão contratual para que ocorresse dessa forma. Ainda que não tenha existido a notificação prévia é certo que os vendedores não se opuseram, tanto que celebraram a venda.

Não enxergo simulação neste caso, mas sim a adoção de uma estrutura para as operações societárias compatível com o negócio efetivamente realizado, ainda que evidentemente estruturada com vistas a obtenção dos benefícios futuros de amortização desse ágio, conforme a previsão legal.

Considerando a apontada deficiência na fundamentação da presente acusação fiscal, no presente caso, é que acompanhei o voto do i. Relator pelas conclusões também no mérito, para dar provimento ao recurso especial do sujeito passivo.

É a declaração.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano

Declaração de voto

Conselheira Edeli Pereira Bessa

Esta Conselheira acompanhou o I. Relator no conhecimento parcial do recurso especial da Contribuinte relativamente à matéria “utilização de empresa veículo” e no não conhecimento acerca da matéria “impossibilidade de o fisco desconsiderar os negócios jurídico praticados pela contribuinte – inaplicabilidade do art. 116, § único do CTN”.

Com referência à matéria “**glosa de amortização fiscal de ágio para fins de IRPJ**”, cabe inicialmente um esclarecimento acerca da referência “para fins de IRPJ”: compreende-se esta referência não como uma limitação da decisão à exigência de IRPJ, mas sim como um diferencial em relação à terceira matéria, na qual a Contribuinte pretende, subsidiariamente, ao menos o cancelamento da exigência de CSLL, ainda que afirmada a indebitabilidade da amortização fiscal do ágio no âmbito da apuração do IRPJ.

Isto porque, nas divergências admitidas em face dos paradigmas nº 9101-003.609 (“Da Efetiva Confusão Patrimonial entre ‘Empresa Adquirente’ e Investimento Adquirido com Ágio”) e nº 1301-001.505 e 1201-002.247 (“Da Validade da Suposta “Empresa Veículo”), a

pretensão da Contribuinte é de que lhe seja reconhecido a *subsunção dos fatos ao que dispõe os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97*, bem como de que *a utilização de “empresa veículo” não constitui restrição à amortização do ágio, nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97*, cuja inobservância, apontada nestes autos, motivou os lançamentos por constatação de que *no ano de 2011 o Banco Cacique S.A. 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 (anexo razão da conta), no valor total de R\$ 57.384.280,56, sem o acréscimo de qualquer fundamento específico para exigência de CSLL.*

Firmada essa premissa, o dissídio jurisprudencial quanto a estes aspectos resta fora de dúvida em face do paradigma nº 1301-001.505, editado em razão da mesma operação e cuja decisão, inclusive, motivou a arguição de conexão por esta Conselheira, relatora do acórdão recorrido.

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 indedutibilidade das amortizações não só na conclusão de que o Banco Sociéte Générale seria o *investidor de fato*, como também na extemporaneidade do laudo elaborado pela KPMG, contratada depois do pagamento do ágio. Depois da conversão do julgamento em diligência, que oportunizou à contribuinte a apresentação de tradução juramentada do estudo elaborado por UBS Pactual à época da aquisição, além de outros esclarecimentos, a 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara decidiu, por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário em relação à amortização 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 declaração de voto o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado. O acórdão restou assim ementado neste ponto:

[...]

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 Société Générale. Em outras palavras, as decisões proferidas pelo CARF destacam que 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.

[...]

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.

[...]

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 Société Générale Brasil S/A esta condição, de modo a negar dedutibilidade às amortizações de ágio porque ausente a confusão patrimonial exigida pela legislação fiscal.

[...]

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.

À época, esta Conselheira restou vencida nesta proposta de reconhecimento da conexão com o processo administrativo, no qual foi proferido o paradigma nº 1301-001.505. De toda a sorte, restou evidenciado inexistir qualquer dessemelhança impeditiva da caracterização do dissídio jurisprudencial, cujos contornos se prestam a devolver a este Colegiado, como antes mencionado, a motivação principal dos lançamentos de IRPJ e CSLL aqui veiculados: a inobservância dos requisitos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 para admissibilidade da amortização fiscal do ágio em questão.

Com referência à matéria **“impossibilidade de o fisco desconsiderar os negócios jurídicos praticados pelo contribuinte – inaplicabilidade do art. 116, § único, do CTN”**, para além de que já bem observado pelo I. Relator, cabe ressaltar que a abordagem desse argumento de defesa da Contribuinte foi erigida nos seguintes termos do voto condutor do acórdão recorrido:

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 n.º 9101-003.447:

[...]

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

[...]

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 atuada 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 incoerência 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 n.º 1.598/77:

[...]

A premissa, portanto, foi de ilegitimidade do caminho que a Contribuinte vislumbrou como menos oneroso. A acusação fiscal assim afirma e, por esta razão, sequer menciona o art. 116, parágrafo único do CTN para afirmar a indedutibilidade dos valores glosados. Sua cogitação é trazida, apenas, em sede de defesa pela atuada, porque, em seu entendimento, o caminho escolhido seria legítimo.

Assim, o fato de se reconhecer referido dispositivo como eficaz não é suficiente para caracterizar o dissídio jurisprudencial na forma assim reconhecido no exame de admissibilidade do recurso especial da Contribuinte:

(7) "impossibilidade de o fisco desconsiderar os negócios jurídicos praticados pelo contribuinte – inaplicabilidade do art. 116, § único, do CTN"

Decisão recorrida:

Não há ementa correspondente a essa matéria.

[...].

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 n.º 9101-003.447:

[...].

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.

Acórdão paradigma n.º 202-16.959, de 2006:

IPI. DESCONSIDERAÇÃO DE ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS.

O dispositivo previsto no parágrafo único do art. 116 do CTN, com a redação dada pela LC n.º 104/2001, reveste-se de eficácia limitada, ou seja, dependia, à época da ocorrência dos fatos geradores alcançados pelo lançamento de ofício, da existência de norma integradora que lhe garantisse eficácia plena.

Inexistente esta à época dos fatos, o lançamento padece da falta de suporte legal para sua validade e eficácia.

[...].

O procedimento realizado pela fiscalização, sob o pretexto de que tratar-se-ia de uma dissimulação, não encontra suporte legal na legislação.

É que o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, introduzido pela Lei Complementar n.º 104, de 10/01/2001, que poderia dar sustentação a tal procedimento, ainda está na dependência da edição de lei ordinária, senão vejamos:

Acórdão paradigma n.º 102-49.480, de 2009:

Ainda que se pudesse entender hipoteticamente que teria havido abuso de formas jurídicas, o parágrafo único do artigo 116 do CTN somente poderá ser aplicado após a promulgação da lei ordinária nele mencionada, ao contrário do que ocorre nas hipóteses de dolo, fraude e simulação, inexistentes no caso dos autos.

[...].

O disposto pelo artigo 116, parágrafo único, portanto, não possui, como querem alguns, eficácia contida, na forma extraída das lições de José Afonso da Silva, mas, sim, eficácia limitada, eis que está a depender de lei ordinária. [...].

23. Quanto a essa sétima matéria, também ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

24. Enquanto a decisão recorrida entendeu 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, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos n.ºs 202-16.959, de 2006, e 102-49.480, de 2009) decidiram, de modo diametralmente oposto, que o dispositivo previsto no parágrafo único do art. 116 do CTN, com a redação dada pela LC n.º 104/2001, reveste-se de eficácia limitada, ou seja, dependia, à época da ocorrência dos fatos geradores alcançados pelo lançamento de ofício, da existência de norma integradora que lhe garantisse eficácia plena (primeiro acórdão paradigma) e que o parágrafo único do artigo 116 do CTN somente poderá ser aplicado após a promulgação da lei ordinária nele mencionada (segundo acórdão paradigma).

Nos termos em que decidida a questão no acórdão recorrido, para caracterização do dissídio jurisprudencial seria necessário que os paradigmas indicados tratassem de operações semelhantes, e reconhecessem como legítimo o caminho adotado pelo sujeito passivo, para assim afirmar a manutenção da exigência fiscal como dependente da eficácia do parágrafo único do art. 116 do CTN, esta entendida como regra autorizadora da desconsideração da opção legitimamente feita pelo sujeito passivo.

Contudo, o paradigma n.º 202-16.959 se reporta a lançamento fundamentado no art. 116, parágrafo único do CTN, diversamente do verificado nestes autos, e a decisão do paradigma n.º 102-49.480 passa, antes, pela cogitação de que a operação lá analisada poderia caracterizar *abuso de formas jurídicas*, circunstância também ausente no presente caso.

Evidente está, portanto, que a discussão pretendida pela Contribuinte não se estabelece de forma autônoma, mas sim no contexto da análise da repercussão tributária da operação em debate, que será debatida na matéria precedente.

Por fim, no mérito dela, o presente voto é no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso especial, reafirmando-se aqui os fundamentos já expressos por esta Conselheira no voto condutor do acórdão recorrido.

É a declaração.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa