



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.720724/2016-04
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101-006.763 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 3 de outubro de 2023
Recorrente BANCO BRADESCO BERJ S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2011

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. CONFUSÃO PATRIMONIAL. EMPRESA VEÍCULO. CONTEXTOS FÁTICOS DIFERENTES. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. Não se conhece de recurso especial cujos acórdãos apresentados para demonstrar a divergência evidenciam decisões em contexto fático distinto, nos quais afirma-se a existência de propósito comercial e valida-se a interposição de empresa-veículo, bem como confirma-se a confusão patrimonial em face de operações nas quais a *holding* promove a aquisição do investimento com ágio, ou recebe o investimento adquirido com ágio em razão de restrições regulatórias à incorporação com a adquirente, distintamente do que verificado no acórdão recorrido.

ÁGIO AMORTIZADO CONTABILMENTE ANTES DA INCORPORAÇÃO. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. FUNDAMENTO INATACADO. Não se conhece de recurso especial se a interessada não logra demonstrar divergência jurisprudencial acerca do fundamento, no acórdão recorrido, de exigência de confusão patrimonial entre a investida e a adquirente do investimento.

ADIÇÃO DE AMORTIZAÇÕES DE ÁGIO À BASE DE CÁLCULO DA CSLL. Não se conhece de recurso especial cujos acórdãos apresentados para demonstrar a divergência evidenciam decisões em contextos fáticos distintos, concernentes a amortização de ágio mantido no patrimônio da investidora e adicionadas ao lucro real, ou a amortização de ágio transferido, mas considerada dedutível na apuração do lucro real, diversamente do contexto presente, no qual o sujeito passivo pretende, subsidiariamente, a dedutibilidade na apuração da CSLL se mantida a indedutibilidade no âmbito do IRPJ.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial.

(documento assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Presidente em exercício.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luciano Bernart (Suplente convocado), Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Viviani Aparecida Bacchmi, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic (Suplente convocada), e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto por BANCO BRADESCO BERJ S.A. ("Contribuinte") em face da decisão proferida no Acórdão nº 1402-003.736, na sessão de 9 de fevereiro de 2019, no qual foi negado provimento ao recurso voluntário.

A decisão recorrida está assim ementada:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011

DECADÊNCIA. ÁGIO. CONTAGEM DO PRAZO. AMORTIZAÇÃO. DEDUÇÃO.

Inicia-se a contagem do prazo decadencial para a constituição dos créditos tributários referentes a glosa do aproveitamento de ágio a partir da sua efetiva amortização pelo contribuinte, antes disso não há como se cogitar a inércia do Fisco. Inteligência da Súmula CARF nº116.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic, nos termos do entendimento consolidado pela Súmula CARF nº 108.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

IRPJ. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. PAGAMENTO EFETUADO POR CONTROLADORA. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

A amortização do ágio, como regra geral, é indedutível para a apuração do lucro real, bem como da base de cálculo da CSLL. A possibilidade de deduzi-la prevista no art. 386, III, do RIR/99 art. 7º, III, da Lei nº 9.532/97 e art. 10 da Lei nº 9.718/98 não pode prevalecer quando, para sua configuração, é utilizada empresa veículo para, em nome dela e com recursos provenientes de sua controladora, serem adquiridas ações com ágio da empresa que vem a ser a incorporadora e que passa a amortizar ágio de si mesma.

A condição legal de ocorrência de uma operação de incorporação, mediante extinção da investida ou da investidora, e da consequente confusão patrimonial entre elas, não pode ser admitida apenas como uma exigência formal, mas deve ser considerada como um

requisito de efetivo conteúdo econômico e societário, que reflita um verdadeiro propósito negocial e não apenas uma opção empresarial dos interessados.

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, o que não ocorre quando inserida no procedimento uma terceira pessoa jurídica com nítido caráter de empresa veículo.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

A exigência decorrente deve seguir a orientação decisória adotada para o tributo principal, tendo em vista ser fundada nos mesmos fatos, mormente em face de norma prevendo, para a CSLL, iguais hipóteses e condições de dedutibilidade de amortização de ágio, existentes em relação ao IRPJ.

O litígio decorreu de lançamentos dos tributos incidentes sobre o apurados no ano-calendário 2011 a partir da constatação de despesas indedutíveis e exclusões indevidas, ambas decorrentes de amortização de ágio pago por Banco Bradesco S/A na aquisição do Banco BEC S/A. A autoridade julgadora de 1ª instância manteve integralmente a exigência (e-fls. 571/597). O Colegiado *a quo*, por sua vez, negou provimento ao recurso voluntário (e-fls. 731/767) nos seguintes termos:

Acordam os membros do colegiado, i) por unanimidade de votos: i.i) rejeitar a arguição de decadência; i.ii) negar provimento ao recurso voluntário relativamente à aplicação de juros sobre a multa de ofício; e ii) por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário relativamente ao mérito das glosas de amortização de ágio no âmbito do IRPJ e da CSLL, divergindo os Conselheiros Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Lucas Bevilacqua Cabianca, Junia Roberta Gouveia Sampaio e Eduardo Morgado Rodrigues.

Cientificada em 24/04/2019 (e-fl. 774), a Contribuinte opôs embargos de declaração em 26/04/2019, que foram rejeitados em exame de admissibilidade conforme e-fls. 832/842. A Contribuinte arguiu omissões e obscuridades acerca: i) dos argumentos expostos nos itens III.2 e III.3 de seu recurso voluntário, referentes ao propósito negocial das operações societárias praticadas; ii) da análise das possíveis operações entre “adquirente” e “adquirido”; e iii) do contexto das privatizações, consideradas manifestamente improcedentes.

Notificada do despacho em 26/07/2019, a Contribuinte interpôs recurso especial em 09/08/2019 (e-fls. 849/889) no qual arguiu divergências parcialmente admitidas no despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 1298/1310, do qual se extrai:

5. Da contraposição 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) “impossibilidade de aplicação da Teoria do Propósito Negocial”

Decisão recorrida:

IRPJ. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. PAGAMENTO EFETUADO POR CONTROLADORA. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

A amortização do ágio, como regra geral, é indedutível para a apuração do lucro real, bem como da base de cálculo da CSLL. A possibilidade de deduzi-la prevista no art. 386, III, do RIR/99 art. 7º, III, da Lei nº 9.532/97 e art. 10 da Lei nº 9.718/98 não pode prevalecer quando, para sua configuração, é utilizada empresa veículo para, em nome dela e com recursos provenientes de sua

controladora, serem adquiridas ações com ágio da empresa que vem a ser a incorporadora e que passa a amortizar ágio de si mesma.

A condição legal de ocorrência de uma operação de incorporação, mediante extinção da investida ou da investidora, e da consequente confusão patrimonial entre elas, não pode ser admitida apenas como uma exigência formal, mas deve ser considerada como um requisito de efetivo conteúdo econômico e societário, que reflita um verdadeiro propósito negocial e não apenas uma opção empresarial dos interessados.

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, o que não ocorre quando inserida no procedimento uma terceira pessoa jurídica com nítido caráter de empresa veículo.

[...].

Além disso – e até como reflexo disto – **não consigo visualizar o propósito negocial exigido na operação, tudo conforme se verá adiante.**

[...].

Pelo exposto, certo que há uma total ausência de propósito negocial nas operações, todas feitas de forma estruturada e cujos resultados tributários foram matematicamente calculados desde o início, não sendo crível imaginar-se que já não tinha sido programada a futura incorporação da Oregon e do Banco BEC pela Alvorada Cartões com vistas à dedutibilidade de ágio, único e real propósito da engenharia societária.

[...].

Com isso, ainda que acentue peremptoriamente ter havido “*propósito negocial*” (RV – fls. 673/677) e que os objetivos da operação “*não eram predominantemente tributários*” (RV – fls. 674 – último parágrafo), penso que a única e exclusiva motivação de se ter inserido a Oregon no negócio foi a busca de vantagem tributária.

Acórdão paradigma nº 1302-001.150, de 2013:

GLOSA DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO INDEVIDA. SIMULAÇÃO NÃO CARACTERIZADA.

Deve ser afastada a imputação de simulação, quando não demonstrado o pacto simulatório.

O fato de o investidor no exterior ter preferido aportar capital em uma subsidiária brasileira, para que essa depois adquirisse as ações da recorrente com ágio não se constitui em conduta simulada, pois, diante de dois caminhos lícitos, não estaria obrigado a optar pelo mais oneroso tributariamente, ou seja, aquele em que ele adquirisse diretamente as ações com ágio e depois não pudesse realizar o evento (incorporação, fusão ou cisão) que lhe permitisse recuperar o custo sem alienar o investimento.

[...].

Os julgadores do CARF prestarão um grande serviço ao Estado e à sociedade brasileiras se imprimirem segurança jurídica e isonomia ao sistema, evitando que suas decisões fiquem ao sabor lotérico do entendimento de cada conselheiro sobre conceitos vagos não positivados como, por exemplo, “falta de propósito negocial”, que não passa de uma construção jurisprudencial alienígena, sem respaldo no ordenamento jurídico pátrio.

Acórdão paradigma nº 1302-002.045, de 2017:

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. EMPRESA VEÍCULO.

Os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio. O legislador tributário, não desconsidera o fato de o contribuinte buscar uma maneira menos onerosa de conduzir seus negócios, seja por motivos tributários, societários, econômicos ou quaisquer outros, desde que o faça lícitamente.

[...].

Estando, o ato administrativo, estritamente aprisionado aos quadrantes da lei, não cabe à Administração adentrar na motivação do particular em proceder conforme os ditames legais. A alegação de “inexistência de propósito negocial” advém de construção jurisprudencial estrangeira, que não encontra validade no nosso Ordenamento Jurídico, justamente por conflitar com uma gama de princípios, como o da Legalidade Tributária, descrito acima, além de outros princípios como a livre de iniciativa, estes últimos provenientes da Ordem Econômica.

6. Com relação a essa primeira 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.

7. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que *há uma total ausência de propósito negocial nas operações, todas feitas de forma estruturada e cujos resultados tributários foram matematicamente calculados desde o início*, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos nºs 1302-001.150, de 2013, e 1302-002.045, de 2017) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que *“falta de propósito negocial”, [...] não passa de uma construção jurisprudencial alienígena, sem respaldo no ordenamento jurídico pátrio (primeiro acórdão paradigma) e que a alegação de “inexistência de propósito negocial” advém de construção jurisprudencial estrangeira, que não encontra validade no nosso Ordenamento Jurídico (segundo acórdão paradigma).*

(2) “validade do Propósito Negocial em decorrência da motivação fiscal”

Decisão recorrida:

IRPJ. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. PAGAMENTO EFETUADO POR CONTROLADORA. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

A amortização do ágio, como regra geral, é indedutível para a apuração do lucro real, bem como da base de cálculo da CSLL. A possibilidade de deduzi-la prevista no art. 386, III, do RIR/99 art. 7º, III, da Lei nº 9.532/97 e art. 10 da Lei nº 9.718/98 não pode prevalecer quando, para sua configuração, é utilizada empresa veículo para, em nome dela e com recursos provenientes de sua controladora, serem adquiridas ações com ágio da empresa que vem a ser a incorporadora e que passa a amortizar ágio de si mesma.

A condição legal de ocorrência de uma operação de incorporação, mediante extinção da investida ou da investidora, e da consequente confusão patrimonial entre elas, não pode ser admitida apenas como uma exigência formal, mas deve ser considerada como um requisito de efetivo conteúdo econômico e societário, que reflita um verdadeiro propósito negocial e não apenas uma opção empresarial dos interessados.

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, o que não ocorre quando inserida no procedimento uma terceira pessoa jurídica com nítido caráter de empresa veículo.

[...].

Além disso – e até como reflexo disto – **não consigo visualizar o propósito negocial exigido na operação, tudo conforme se verá adiante.**

[...].

Pelo exposto, certo que há uma total ausência de propósito negocial nas operações, todas feitas de forma estruturada e cujos resultados tributários foram matematicamente calculados desde o início, não sendo crível imaginar-se que já não tinha sido programada a futura incorporação da Oregon e do Banco BEC pela Alvorada Cartões com vistas à dedutibilidade de ágio, único e real propósito da engenharia societária.

[...].

Com isso, ainda que acentue peremptoriamente ter havido “*propósito negocial*” (RV – fls. 673/677) e que os objetivos da operação “*não eram predominantemente tributários*” (RV – fls. 674 – último parágrafo), penso que a única e exclusiva motivação de se ter inserido a Oregon no negócio foi a busca de vantagem tributária.

Acórdão paradigma nº 1302-001.150, de 2013:

GLOSA DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO INDEVIDA. SIMULAÇÃO NÃO CARACTERIZADA.

Deve ser afastada a imputação de simulação, quando não demonstrado o pacto simulatório.

O fato de o investidor no exterior ter preferido aportar capital em uma subsidiária brasileira, para que essa depois adquirisse as ações da recorrente com ágio não se constitui em conduta simulada, pois, diante de dois caminhos lícitos, não estaria obrigado a optar pelo mais oneroso tributariamente, ou seja, aquele em que ele adquirisse diretamente as ações com ágio e depois não pudesse realizar o evento (incorporação, fusão ou cisão) que lhe permitisse recuperar o custo sem alienar o investimento.

[...].

Os julgadores do CARF prestarão um grande serviço ao Estado e à sociedade brasileiras se imprimirem segurança jurídica e isonomia ao sistema, evitando que suas decisões fiquem ao sabor lotérico do entendimento de cada conselheiro sobre conceitos vagos não positivados como, por exemplo, “falta de propósito negocial”, que não passa de uma construção jurisprudencial alienígena, sem respaldo no ordenamento jurídico pátrio.

Acórdão paradigma nº 1302-002.045, de 2017:

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. EMPRESA VEÍCULO.

Os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio. O legislador tributário, não desconsidera o fato de o contribuinte buscar uma maneira menos onerosa de conduzir seus negócios, seja por motivos tributários, societários, econômicos ou quaisquer outros, desde que o faça lícitamente.

[...].

Por isso, discordo da afirmação ínsita na decisão recorrida, quando afirma que “...o direito de auto-organização não existe para que os contribuintes paguem menos impostos, devendo ser exercido com algum propósito extratributário, a fim de que eventual supressão de tributos seja oponível ao Fisco.” (fl. 25 do Acórdão de Impugnação).

8. No que se refere a essa segunda 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.

9. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que *há uma total ausência de propósito negocial nas operações, todas feitas de forma estruturada e cujos resultados tributários foram matematicamente calculados desde o início, não sendo crível imaginar-se que já não tinha sido programada a futura incorporação da Oregon e do Banco BEC pela Alvorada Cartões com vistas à dedutibilidade de ágio, único e real propósito da engenharia societária*, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos nºs 1302-001.150, de 2013, e 1302-002.045, de 2017) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que *o fato de o investidor no exterior ter preferido aportar capital em uma subsidiária brasileira, para que essa depois adquirisse as ações da recorrente com ágio não se constitui em conduta simulada, pois, diante de dois caminhos lícitos, não estaria obrigado a optar pelo mais oneroso tributariamente, ou seja, aquele em que ele adquirisse diretamente as ações com ágio e depois não pudesse realizar o evento (incorporação, fusão ou cisão) que lhe permitisse recuperar o custo sem alienar o investimento (primeiro acórdão paradigma) e que os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio (segundo acórdão paradigma).*

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

[...]

10. No tocante a essa terceira matéria, **não ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, por se tratar de situações fáticas distintas.**

11. Enquanto na **decisão recorrida** *há uma total ausência de propósito negocial nas operações*, nos **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos nºs 1301-001.505, de 2014, e 1201-001.507, de 2016), **ao contrário**, não prospera o argumento de que a real motivação da incorporação foi a utilização do benefício fiscal previsto na lei (**primeiro acórdão paradigma**) e verificou-se a existência de outras razões de negócio que vão além do benefício fiscal (**segundo acórdão paradigma**).

12. São, pois, **situações fáticas distintas**, a demandarem, forçosamente, decisões diversas, insuscetíveis de uniformização por meio do Recurso Especial de divergência.

13. Evidentemente, o primeiro pressuposto para a configuração de dissídio interpretativo, é, inquestionavelmente, a **similitude fática** entre a matéria discutida nos acórdãos recorrido e paradigmas. Ou seja, é essencial que reste demonstrado que, decidindo **matéria semelhante**, órgãos julgadores distintos chegaram a conclusões diversas, em razão de divergências na interpretação da legislação tributária.

14. Em outras palavras, se é certo que a divergência deve dizer respeito a **questões de direito**, e nunca a **questões de fato**, é evidente que, se os fatos são diversos, a interpretação da norma jurídica não pode ser considerada divergente.

15. Há que se ressaltar, ainda, que a afirmação da Recorrente, de que *não há dúvidas quanto à existência de um propósito negocial extrafiscal para a utilização da sociedade Oregon Holding na aquisição do Banco BEC* (e-fls. 863), constitui-se em **juízo de mérito próprio**, do qual pretende ela partir para a demonstração da alegada divergência jurisprudencial, juízo, esse, porém, que não se confirma com a leitura do inteiro teor do acórdão recorrido, no qual nada é afirmado nesse sentido.

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

Decisão recorrida:

IRPJ. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. PAGAMENTO EFETUADO POR CONTROLADORA. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

A amortização do ágio, como regra geral, é indedutível para a apuração do lucro real, bem como da base de cálculo da CSLL. A possibilidade de deduzi-la prevista no art. 386, III, do RIR/99 art. 7º, III, da Lei nº 9.532/97 e art. 10 da Lei nº 9.718/98 não pode prevalecer quando, para sua configuração, é utilizada empresa veículo para, em nome dela e com recursos provenientes de sua controladora, serem adquiridas ações com ágio da empresa que vem a ser a incorporadora e que passa a amortizar ágio de si mesma.

A condição legal de ocorrência de uma operação de incorporação, mediante extinção da investida ou da investidora, e da consequente confusão patrimonial entre elas, não pode ser admitida apenas como uma exigência formal, mas deve ser considerada como um requisito de efetivo conteúdo econômico e societário, que reflita um verdadeiro propósito negocial e não apenas uma opção empresarial dos interessados.

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, o que não ocorre quando inserida no procedimento uma terceira pessoa jurídica com nítido caráter de empresa veículo.

[...].

Por isso, em face do que foi relatado e restou demonstrado ao longo deste voto, a artificialidade da operação decorreu da transferência do ágio para terceiro não envolvido no negócio original, o que, de plano, destrói o argumento da Recorrente, posto que não atendidos os preceitos legais previstos para a espécie (confusão patrimonial, identidade entre as partes e extinção do investimento, dentre outros já mencionados).

[...].

Do mesmo modo, no presente caso, na medida em que não houve a necessária reorganização necessária, nem tampouco a confusão patrimonial e a correspondente extinção do investimento, inexistente qualquer reparo a fazer na decisão recorrida, que é convergente com a jurisprudência firmada no âmbito desta Câmara Superior, razão pela qual não há como acolher a pretensão da recorrente também em relação a este item.

[...].

Concluindo, o que o legislador pretendeu com o texto legal foi estabelecer, como *conditio sine qua non* a que o ágio pudesse passar a ser amortizado e a despesa fosse dedutível, que houvesse incorporação, fusão ou cisão das envolvidas e união do ágio e os lucros a que ele se refira, numa mesma pessoa jurídica e, portanto, num mesmo lucro tributável.

Esse o âmago, o centro, o ponto nevrálgico da exigência condicional da dedução do ágio e se manifesta através do requisito da absorção de um patrimônio pelo outro, o que, como visto, não se fez presente neste processo.

Acórdão paradigma nº 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 nº 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.

16. Relativamente a essa quarta 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.

17. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que, *exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos* [temporal, pessoal e material, esclareço], *o que não ocorre quando inserida no procedimento uma terceira pessoa jurídica com nítido caráter de empresa veículo*, o **acórdão paradigma apontado** (Acórdão nº 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*.

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

Decisão recorrida:

IRPJ. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. PAGAMENTO EFETUADO POR CONTROLADORA. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

A amortização do ágio, como regra geral, é indedutível para a apuração do lucro real, bem como da base de cálculo da CSLL. A possibilidade de deduzi-la prevista no art. 386, III, do RIR/99 art. 7º, III, da Lei nº 9.532/97 e art. 10 da Lei nº 9.718/98 não pode prevalecer quando, para sua configuração, é utilizada empresa veículo para, em nome dela e com recursos provenientes de sua controladora, serem adquiridas ações com ágio da empresa que vem a ser a incorporadora e que passa a amortizar ágio de si mesma.

A condição legal de ocorrência de uma operação de incorporação, mediante extinção da investida ou da investidora, e da consequente confusão patrimonial entre elas, não pode ser admitida apenas como uma exigência formal, mas deve ser considerada como um requisito de efetivo conteúdo econômico e societário, que reflita um verdadeiro propósito negocial e não apenas uma opção empresarial dos interessados.

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, o que não ocorre quando inserida no procedimento uma terceira pessoa jurídica com nítido caráter de empresa veículo.

[...].

E nessas oportunidades, sempre que constatada a presença de “empresa veículo” no bojo das operações, meu entendimento (e da Turma, por unanimidade, maioria ou voto de minerva), sempre foi pela impossibilidade de se permitir a dedução fiscal da despesa com amortização do ágio assim gerado.

Acórdão paradigma nº 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 nº 2.546/97, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 mediante utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha

resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.

Acórdão paradigma nº 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.

18. Com referência a essa quinta 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.

19. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que *a possibilidade de deduzi-la [a amortização do ágio, esclareço] prevista no art. 386, III, do RIR/99 art. 7º, III, da Lei nº 9.532/97 e art. 10 da Lei nº 9.718/98 não pode prevalecer quando, para sua configuração, é utilizada empresa veículo para, em nome dela e com recursos provenientes de sua controladora, serem adquiridas ações com ágio da empresa que vem a ser a incorporadora e que passa a amortizar ágio de si mesma*, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos nºs 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 nº 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)*.

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

[...]

20. No concernente a essa sexta matéria, **não ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, por se tratar de matéria que não foi prequestionada**.

21. Basta notar que, no voto condutor do acórdão recorrido, não há qualquer manifestação sobre essa matéria (*"impossibilidade de o Fisco desconsiderar os negócios jurídicos praticados pelo contribuinte – inaplicabilidade do art. 116, § único, do CTN"*).¹

22. Assim, não tendo sido instada a turma recorrida a se posicionar a respeito — nem mesmo por meio dos competentes Embargos de Declaração —, e, pois, **inexistindo qualquer pronunciamento do acórdão recorrido sobre a matéria suscitada** (*"impossibilidade de o Fisco desconsiderar os negócios jurídicos praticados pelo contribuinte – inaplicabilidade do art. 116, § único, do CTN"*), não há como se efetuar o confronto entre esse acórdão e os acórdãos paradigmas apontados, visando caracterizar eventual divergência jurisprudencial na interpretação da legislação tributária.

23. Menciona-se, a esse respeito, a **Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal (STF)**, no sentido de que:

¹ A própria Recorrente implicitamente reconhece esse fato, ao pretender comprovar o prequestionamento citando todas as páginas de mérito relativas ao IRPJ do acórdão recorrido (fls. 20/34), conforme tabela de e-fls. 857.

O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

(7) “legitimidade do aproveitamento da dedutibilidade fiscal do ágio amortizado contabilmente pelo Recorrente”

Decisão recorrida:

Não há ementa correspondente a essa matéria.

[...].

Exatamente na linha oposta do entendimento da recorrente, parece-me incontestado que a autuação a título de “exclusão indevida de amortização de ágio da apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL”. (R\$ 6.173.211,74) levou em conta todo o cenário presente nos autos, diga-se, a legislação vigente à data do fato gerador (31/12/2011) não faz qualquer diferenciação entre o ágio amortizado contabilmente e aquele ainda não amortizado, exatamente porque, obviamente, a parcela do ágio que já foi objeto de amortização não poderá mais ser amortizada.

Como bem alertado pela decisão recorrida (Ac. DRJ – fls. 590), “o fato de o caput do art. 22 da Lei nº 12.973, de 20142, prescrever que “*poderá excluir para fins de apuração do lucro real dos períodos de apuração subsequentes o saldo do referido ágio existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária, à razão de 1/60 ...*”, apenas ratifica que a exclusão para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL somente poderá se dar quando a absorção do patrimônio (confusão patrimonial) se der entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio (no caso entre o Banco Bradesco e o Banco BEC). Isto porque, a amortização dar-se-á a 1/60 avos do saldo do ágio existente na data da aquisição da participação societária, como sempre foi autorizado”.

Acórdão paradigma nº 1302-002.346, de 2017:

ÁGIO AMORTIZADO CONTABILMENTE ANTES DA EXTINÇÃO DO INVESTIMENTO - DEDUTIBILIDADE INTEGRAL APÓS ADVENTO DE INCORPORAÇÃO.

As regras contidas nos art. 386 e 391 não devem ser aplicadas concomitantemente; ainda que amortizado contabilmente o ágio, por força de IN da CVM, ocorrida a extinção do investimento, há que se considerar a sua dedutibilidade à luz do art. 386, III, do RIR.

[...].

Entendo, todavia, que, na verdade, o erro incorrido pela fiscalização não foi a tentativa de interpretar o art. 386; mas, isto sim, de entender aplicáveis as regras nele descritas e, concomitantemente, as regras insertas no art. 391. E aqui, destaca-se, revela-se o sofisma incorrido pela auditoria porque como já demonstrado anteriormente, tais preceitos se complementam, de fato, mas apenas quanto aos momentos em que serão aplicados; insista-se, enquanto não extinto o investimento, há que se observar a regra inserta no art. 391; **ocorrida a extinção do investimento, passa-se a valer aquilo que dispõe o art. 386, III, mormente porque o ágio amortizado contabilmente não tem efeitos fiscais, quaisquer que sejam; ele não impacta o cálculo do lucro real e, por certo, não impacta o valor de ágio amortizável após a extinção do investimento (“pau que dá em Chico, dá em Francisco”).**

Acórdão paradigma nº 1401-001.908, de 2017:

AMORTIZAÇÃO CONTÁBIL DO ÁGIO. AUSÊNCIA DE IMPACTO PARA FINS TRIBUTÁRIOS. O ágio passível de ser amortizado em razão do evento de incorporação é aquele apurado nos termos do artigo 20 do Decreto- Lei nº 1.598/1977, qual seja, custo de aquisição menos o valor de patrimônio líquido do

investimento adquirido, sem a exclusão de qualquer outra parcela. O ágio amortizado na escrituração contábil antes dos referidos eventos não tem nenhuma repercussão de natureza tributária, devendo ser adicionado ao lucro líquido e controlado em livros fiscais.

[...].

A leitura dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/1997 (regulamentados no artigo 386 do RIR/99) permite concluir que o tratamento **tributário** do ágio (isto é, a amortização **da base de cálculo dos tributos**) pode ser conferido ainda que o ágio tenha sido amortizado contabilmente, tanto é que os dispositivos se aplicam ainda que as sociedades não estejam obrigadas a seguir o método de equivalência patrimonial. Veja-se (grifos nossos):

24. Quanto a essa sétima 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.

25. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que *a legislação vigente à data do fato gerador (31/12/2011) não faz qualquer diferenciação entre o ágio amortizado contabilmente e aquele ainda não amortizado, exatamente porque, obviamente, a parcela do ágio que já foi objeto de amortização não poderá mais ser amortizada*, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos nºs 1302-002.346, de 2017, e 1401-001.908, de 2017) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que *as regras contidas nos art. 386 e 391 não devem ser aplicadas concomitantemente; ainda que amortizado contabilmente o ágio, por força de IN da CVM, ocorrida a extinção do investimento, há que se considerar a sua dedutibilidade à luz do art. 386, III, do RIR (primeiro acórdão paradigma)* e que *a leitura dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/1997 (regulamentados no artigo 386 do RIR/99) permite concluir que o tratamento tributário do ágio (isto é, a amortização da base de cálculo dos tributos) pode ser conferido ainda que o ágio tenha sido amortizado contabilmente (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:

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

A exigência decorrente deve seguir a orientação decisória adotada para o tributo principal, tendo em vista ser fundada nos mesmos fatos, mormente em face de norma prevendo, para a CSLL, iguais hipóteses e condições de dedutibilidade de amortização de ágio, existentes em relação ao IRPJ.

Acórdão paradigma nº 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 nº 8.981/1995, posto que tal dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ.

Acórdão paradigma nº 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 nº 1.598/77.

26. 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.

27. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que *a exigência decorrente deve seguir a orientação decisória adotada para o tributo principal, tendo em vista ser fundada nos mesmos fatos, mormente em face de norma prevendo, para a CSLL, iguais hipóteses e condições de dedutibilidade de amortização de ágio, existentes em relação ao IRPJ, os acórdãos paradigmas apontados* (Acórdãos nºs 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 nº 1.598/77 (segundo acórdão paradigma).*

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

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

Houve apresentação de agravo contra a admissibilidade parcial, que foi rejeitado conforme despacho de e-fls. 1348/1360, cientificado à Contribuinte em 07/02/2020.

A Contribuinte relaciona as matérias apresentadas e indica os pontos de prequestionamento para, na sequência, abordar a *“Impossibilidade de aplicação da teoria do propósito negocial”*, matéria que teve seguimento com base nos dois paradigmas indicados (Acórdãos nº 1302-001.150 e 1302-002.045). Confronta o entendimento do acórdão recorrido que não teria vislumbrado *propósito negocial nos atos praticados*, mas apenas intuito de *economia fiscal*, especialmente em razão da *utilização de uma “empresa veículo” (Oregon Holding Ltda.) para aquisição do Banco BEC.*

Refere suas alegações no sentido de que *não há qualquer permissivo na legislação fiscal que permita à Fiscalização desconstituir negócios jurídicos válidos com base na teoria do propósito negocial*, aponta a afirmação do acórdão recorrido no sentido de que *há uma total ausência de propósito negocial*, vez que, por suas características, *a única e exclusiva motivação de se ter inserido a Oregon no negócio foi a busca da vantagem tributária.*

Destaca excertos do paradigma nº 1302-001.150 quanto à exigência de propósito negocial não ter *respaldo no ordenamento jurídico pátrio*, e do paradigma nº 1302-002.045 em oposição ao fato de a autuação lá analisada basear-se *na necessidade de existência de propósito negocial para realização de operações societárias*. Discorda, assim, da condução dada pelo Colegiado *a quo*, e requer a reforma do acórdão recorrido diante da *impossibilidade de aplicação da teoria do propósito negocial para fundamentar/manter um lançamento fiscal.*

Passando à matéria *“Da validade do propósito negocial em decorrência da motivação fiscal”*, afirma a divergência *no que diz respeito à possibilidade da própria economia fiscal ser considerada um propósito negocial*, observando, porém, que este não foi o *único fator que justificasse a participação de Oregon Holding Ltda. na operação de aquisição do Banco BEC*. Indica os mesmos paradigmas da matéria anterior, observando que o paradigma nº 1302-001.150 afirmou a economia fiscal como *propósito mais que suficiente para caracterizar o fundamento e validade dos negócios desenvolvidos pelo contribuinte*, bem como que o paradigma nº 1302-002.045 considera *garantia constitucional assegurada a busca pelo contribuinte de uma maneira menos onerosa de conduzir seus negócios, seja por motivos tributários, societários, econômicos ou quaisquer outros.*

Pede, diante desta divergência, que esta C. CSRF corrija a incorreção da interpretação adotada no acórdão recorrido, determinando-se a sua reforma de acordo com o que restou decidido nos acórdãos paradigmas supra citados (reconhecendo-se, assim, a existência de propósito negocial na operação) e, conseqüentemente, o cancelamento dos autos de infração de IRPJ e de CSLL.

O recurso especial não teve seguimento quanto à matéria “Da existência de propósito negocial em face da demonstração de motivos extrafiscais”.

Na matéria “Da efetiva confusão patrimonial entre ‘Empresa Adquirente’ e Investimento Adquirido com Ágio”, a Contribuinte confronta a conclusão do Colegiado a quo contrária ao aproveitamento do ágio porque não verificada a confusão patrimonial entre as sociedades adquirente/adquirida (Bradesco/Banco BEC).

Assevera que o Bradesco efetivamente adquiriu a participação do Banco BEC mediante pagamento em dinheiro, e que houve sacrifício patrimonial por parte do Banco adquirente, razão pela qual não há dúvidas de que a sociedade é a real adquirente do investimento. Observa que existiam formas alternativas de se realizar a operação efetivamente adotada, as quais teriam por consequência o mesmo resultado fiscal obtido com as operações questionadas nos lançamentos, as quais somente não foram realizadas por impeditivos estritamente negociais e econômicos. Sob esta ótica, o acórdão recorrido divergiria do paradigma nº 9101-003.609, segundo o qual basta que haja a incorporação entre a sociedade que detém o investimento adquirido (com ágio) e este respectivo investimento, ou seja, havendo o registro do ágio no Bradesco pela aquisição do Banco BEC – investimento este transferido, de forma legítima, à Oregon Holding -, sendo posteriormente extinto por meio da incorporação pelo Alvorada, a ocorrência da confusão patrimonial exigida pela lei é incontestável. Aduz ser este o entendimento que melhor se amolda ao disposto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Reitera que, tendo em vista que a Alvorada, em última análise, era a sociedade que detinha as ações do Banco BEC adquiridas com ágio, bem como que houve um evento de incorporação entre a sociedade adquirida e a sociedade que detinha o investimento registrado com ágio, é notória a subsunção dos fatos ao que dispõe os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Defende, assim, o cancelamento em definitivo das exigências.

Aborda, então, a “Validade da suposta ‘empresa veículo’”, anotando que o acórdão recorrido pauta-se no equivocado entendimento de que a Oregon Holding seria, tão somente, uma “empresa veículo”, sem qualquer propósito negocial, cuja participação teria como único objetivo a economia de tributos, reiterando as justificativas para afirmar que utilização da Oregon Holding decorria de importantes interesses de natureza extrafiscal. Neste sentido menciona a necessidade do Bradesco transferir o controle do Banco BEC para outra empresa integrante do Grupo, a fim de segregar o investimento e evitar a assunção de possíveis contingências, sendo escolhida a recorrente (Alvorada), que é uma instituição financeira e, assim, por força de regras do Banco Central, não poderia receber diretamente do Bradesco, via aumento de capital, as ações do Banco BEC adquiridas por meio do leilão de privatização. Daí a necessidade da utilização de uma empresa de participações, a Oregon Holding, que teve por finalidade deter os investimentos e legitimar a sua transferência para o Recorrente, assim também recebendo o investimento em Banco Mercantil S/A, e evitando “contaminar” o Bradesco com eventuais contingências decorrentes das aquisições. Com a posterior incorporação de Oregon Holding, a Contribuinte, como empresa plenamente operacional escolhida pelo Grupo Bradesco, passou a controlar e incorporar o Banco BEC.

Diante de tais circunstâncias, afirma a divergência jurisprudencial em face do paradigma nº 1301-001.505, no qual se decidiu *que a utilização de “empresa veículo” não constitui restrição à amortização do ágio, em uma situação bastante semelhante à situação discutida no presente processo administrativo, inclusive destacando que o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo*. Na mesma linha, destaca do paradigma nº 1201-002.247 a constatação de que *a utilização da chamada “empresa veículo” não guarda qualquer ilegalidade ou abuso em si, e que estaria cada vez mais pacificado o entendimento de que a utilização de uma empresa veículo para aquisição de outras empresas, de grupo econômico distinto, não revela qualquer vício, ilegalidade ou abuso em si*.

Enquanto o acórdão recorrido entendeu por desconsiderar a participação dessa sociedade (*Oregon Holding*), as decisões diametralmente paradigmáticas, em sentido diametralmente oposto, reconheceram que a utilização de empresa veículo não representa hipótese contrária à legislação e, inclusive, não torna inválido, por si só, o aproveitamento fiscal do ágio devidamente constituído. Entende, assim, que *qualquer que seja a participação da empresa veículo na operação, essa não infirma o fato de que o ágio foi efetivamente pago, oriundo de negociação entre partes independentes, e sua dedução, pelo contribuinte, está em consonância com a legislação de regência*.

Adiciona que *as orientações gerais da época dos fatos – tanto da data da operação quanto do período autuado –, em especial a jurisprudência administrativa, eram no sentido de que a utilização de “sociedade veículo”, com objetivo de aproveitar fiscalmente o ágio gerado entre partes independentes, é plenamente válida*. Invoca o dever de preservação da segurança jurídica e as disposições do art. 24 da LINDB, para concluir que não há motivo para se considerar inválida/inoponível ao Fisco a operação realizada em 2011.

Pede, por tais razões, a reforma do acórdão recorrido *a fim de que seja reconhecida a impossibilidade de se glosar a despesa com a amortização do ágio, ainda que se admita a utilização, no presente caso, de “empresa veículo”, cancelando-se os lançamentos formalizados*.

Na sequência, a Contribuinte discorre sobre a *“impossibilidade de o fisco desconsiderar os negócios jurídicos praticados pelo contribuinte – inaplicabilidade do art. 116, § único, do CTN”* – matéria que não teve seguimento – e depois trata *“Da legitimidade do aproveitamento da dedutibilidade fiscal do ágio amortizado contabilmente pelo Recorrente”*, asseverando que a decisão contrária ao aproveitamento do ágio amortizado contabilmente antes da incorporação do Banco BEC pelo Alvorada, que entende ofender o princípio da legalidade por inexistência de proibição neste sentido, diverge dos paradigmas nº 1302-002.346 e 1401-001.908, que *consignaram, expressamente, a possibilidade do ágio amortizado contabilmente antes do evento da incorporação, controlado na “Parte B” do LALUR, ser deduzido fiscalmente pelo contribuinte*. Sob esta ótica, o art. 386 do RIR/99 e o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77 autorizariam tal exclusão, vez que *inexiste qualquer desconto, para fins dedutibilidade fiscal, da parcela do ágio já amortizado contabilmente, antes dos eventos de incorporação, fusão ou cisão, bastando a simples remissão feita no caput do art. 7º da Lei nº 9.532/97 ao ágio apurado de acordo com o artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77 para possibilitar a pretensão da Contribuinte, sendo absolutamente indevida qualquer interpretação que busque conferir à ausência de menção ao ágio não amortizado o caráter de “esquecimento” do legislador*.

Conclui estar claro que a legislação fiscal confere o mesmo tratamento ao ágio amortizado contabilmente antes da incorporação e ao ágio não amortizado, pois ambos integram o custo de aquisição do investimento, não merecendo prosperar as tentativas do Fisco

de glosar a dedutibilidade do ágio amortizado contabilmente antes da incorporação. Entende, assim, que o acórdão recorrido deve ser reformado para que este se alinhe com o estabelecido nos paradigmas indicados.

Finaliza abordando a *“inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considera indedutível pela fiscalização”*, opondo-se à decisão recorrida que considerou desnecessária tal previsão. Defende que a Lei nº 7.689/88 *não elencou, como hipótese de adição ao lucro líquido, o valor correspondente à amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial*. A base de cálculo da CSLL é o lucro líquido com os ajustes expressamente previstos, e, como *a amortização contábil do ágio sempre foi permitida pela legislação brasileira até a edição da Lei nº 11.638/2007, de modo que, para a CSLL, o ágio é plenamente dedutível*. Os paradigmas nº 9101-002.310 e 1103-00.630, neste sentido, reconhecem *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 a determine, bem como a própria inexistência de previsão legal que determine a identificação entre as bases de cálculo de IRPJ e CSLL*.

Entende *evidenciada a divergência de interpretação legal quanto à aplicação do artigo 28 da Lei nº 9.430/1997, bem como do artigo 57 da lei nº 8.981/95, além do disposto no artigo 2º da Lei nº 7.689/1988, quanto à base de cálculo da CSLL* e conclui ser equivocado o entendimento do acórdão recorrido que *não poderá ser aceito por esta E. Câmara Superior em razão do entendimento consolidado nos acórdãos paradigmas citados*.

Encerra requerendo o conhecimento e provimento do recurso especial e consequente cancelamento dos lançamentos originários destes autos.

Os autos foram remetidos à PGFN em 04/03/2020 (e-fl. 1371), e retornaram em 19/03/2020 com contrarrazões (e-fls. 1372/1383) nas quais a PGFN defende a manutenção do acórdão recorrido por seus próprios fundamentos. Com respeito à repercussão na base de cálculo da CSLL, refere os atos normativos que afirmam a aplicação, à CSLL, das mesmas regras e condições de dedutibilidade de amortização existentes para o IRPJ, adicionando o disposto nos arts. 2º e 13, inciso I da Lei nº 9.249/95.

Requer, assim, que seja negado provimento ao recurso especial da Contribuinte.

Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA, Relatora.

Recurso especial da Contribuinte - Admissibilidade

Embora a PGFN não conteste a admissibilidade do recurso especial, a análise de mérito evidenciou a necessidade de apreciação de circunstâncias fáticas específicas da operação que a Contribuinte pretende ver validada por este Colegiado, as quais estão ausentes nos paradigmas e, em consequência, demandariam decisão para além da solução de dissídio jurisprudencial acerca da legislação tributária, ou seja, exigiriam a atuação deste Colegiado como terceira instância de julgamento.

Isto porque o voto condutor do acórdão recorrido destaca que *a aquisição do Banco BEC, realizada pelo Banco Bradesco em leilão de privatização, ocorreu de forma direta,*

sem intermediários, de forma que, a princípio, não haveria qualquer objeção à sua dedução fiscal. Contudo, finalizada a aquisição de 99,54% das ações da investida em 22/05/2006, com apuração de ágio no valor de R\$ 668.034,512,70, o Banco Bradesco S/A resolveu, em 14/09/2006, por motivos de natureza estritamente comercial e de cunho logístico do grupo e que não podem ser opostos à Fazenda – ao invés de utilizar tal despesa, ingressar como sócio de Oregon Holding Ltda., cujo capital eram irrisórios 6 mil reais e se encontrava praticamente paralisada há anos, para tanto aportando suas participações no Banco Mercantil e BEC, levando junto, com esta operação, o ágio de que dispunha e poderia amortizar como despesa dedutível. Com o aporte dos dois investimentos, o capital social de Oregon foi elevado estratosféricamente de meros R\$ 6.000,00 para R\$ 2.985.387.129,00 e, assim, como em um passe de mágica, o BEC, adquirido em leilão pelo Bradesco por mais de 787 milhões de reais e que era seu controlador absoluto (e quem efetivamente fez o dispêndio financeiro), passou às mãos de uma empresa que, minutos antes, tinha um capital pouco superior a 6 salários mínimos, não era operacional, estava sem movimento há décadas e não tinha registro de qualquer atividade operacional, comercial ou econômica.

O Conselheiro Relator Paulo Mateus Ciccone registra, ainda, a sequência de operações por meio das quais, em 22/09/2006, a recorrente, Alvorada Cartões, Crédito, Financiamento e Investimento S/A, *assume a totalidade das ações da Oregon* para, em 29/09/2006, incorporar Oregon Holding Ltda e deter o investimento no Banco BEC com o respectivo ágio pertencente ao Banco Bradesco S/A, o qual passou a ser amortizado depois de a recorrente incorporar o Banco BEC em 30/11/2006. Conclui, assim, que o Banco Bradesco adquiriu o Banco BEC de maneira direta, mas utilizou-se da empresa veículo Oregon Holding Ltda. para viabilizar o aproveitamento, na Alvorada Cartões, de ágio por ele (Bradesco) pago.

Recentemente este Colegiado analisou dissídios também erigidos a partir do paradigma nº 1302-001.150, aqui invocado: i) na matéria “*Impossibilidade de aplicação da teoria do propósito negocial*”, pretendendo ver declarada a inexistência de *qualquer permissivo na legislação fiscal que permita à Fiscalização desconstituir negócios jurídicos válidos com base na teoria do propósito negocial*, e ii) na matéria “*Da validade do propósito negocial em decorrência da motivação fiscal*”, quanto à economia fiscal ser *propósito mais que suficiente para caracterizar o fundamento e validade dos negócios desenvolvidos pelo contribuinte*. E, no voto condutor do Acórdão nº 9101-006.250, a maioria deste Colegiado² acompanhou o entendimento favorável à admissibilidade daquele paradigma, assim expresso, com o histórico de admissibilidades anteriores, por esta Conselheira:

Registre-se, inicialmente, que o paradigma nº 1302-001.150 foi rejeitado pela maioria deste Colegiado no Acórdão nº 9101-006.011³, quanto à caracterização de dissídio jurisprudencial em face do Acórdão nº 1402-002.968, mas isto em razão das circunstâncias específicas do caso lá sob análise, conforme exposto pelo relator, Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto:

² Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente), e divergiram no conhecimento os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli e Gustavo Guimarães da Fonseca que conheciam parcialmente do recurso, excluía a matéria concernente à nulidade, e o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado que somente conhecia das matérias relativas à multa qualificada.

³ Participaram do presente 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 Andréa Duek Simantob (Presidente em exercício) e divergiram no conhecimento os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli e Gustavo Guimarães da Fonseca, votando pelas conclusões aos Conselheiros Livia De Carli Germano e Alexandre Evaristo Pinto.

Conforme se observa, no caso concreto, o Grupo John Deere, controlado por empresas situadas no exterior, já possuía uma holding no Brasil (JD Participações).

Contudo, para operacionalizar o aumento do investimento no Brasil, suas controladoras aportaram recursos mediante integralização de capital em JD Participações *e mútuo em uma nova holding (JD Brasil)*. E, essa holding não aportou os recursos diretamente na aquisição de ações da investida (SLC), mas sim, conforme descrito inclusive no Termo de Constatação Fiscal (fl. 2890) em uma empresa também considerada veículo (Evaux – criada e interposta pelo Grupo Schneider Logemann) em uma operação conhecida e apelidada de “casa-separa”.

E, ao contrário do alegado pela Recorrente no sentido de que a decisão recorrida teria ignorado o argumento da autoridade fiscal de que Evaux – constituída pelo Grupo Schneider Logemann - também seria uma empresa veículo, resta evidente que tal circunstância foi importante na decisão proferida pelo colegiado *a quo*, a ponto de transcrever-se passagem do Termo de Constatação Fiscal que ressalta essa peculiaridade da operação. Confira-se:

No caso, a Recorrente utilizou-se da empresa veículo JDB de forma que na incorporação às avessas pela SLC houvesse a confusão patrimonial necessária para fazer jus à amortização do ágio. Trata-se de procedimento arquitetado de forma artificial, simulada e dolosa entre os dois grupos controladores da SLC - John Deere S.A. com o fim exclusivo de economia tributária conforme verifica-se pela descrição da Autoridade Fiscal:

"No caso em exame, não há causa econômica (além da economia fiscal) para a criação da "empresa veículo" John Deere do Brasil Ltda. (CNPJ nº 02.978.822/0001-77), que é usada apenas como artifício para a dedutibilidade do ágio pago pela aquisição das ações da SLC - John Deere S.A. (CNPJ nº 89.674.782/0001-58 - atual John Deere Brasil Ltda. - a contribuinte), frise-se, por esta mesma empresa (contribuinte), tanto assim que logo aquela é incorporada a esta sem nem ao menos haver entrado em atividade (pela conceituação adotada pelo RFB para fins de entrega da declaração da Pessoa Jurídica Inativa). Não há, portanto, a presença de um dos elementos essenciais intrínsecos ao negócio jurídico: a vontade, ânimo, das partes em exercer atividade econômica por meio da John Deere do Brasil Ltda. (CNPJ nº 02.978.822/0001-77). Há, no caso, claro divórcio entre a vontade real e a vontade ostensiva. *É revelador que a John Deere do Brasil Ltda. (CNPJ nº 02.978.822/0001-77) seja denominada "empresa veículo", e também o foi, até sua cisão parcial, a Evaux Participação S.A. (CNPJ nº 02.699.849/0001-20), uma vez utilizada somente para materializar a "troca" das ações da SLC -John Deere S.A. (CNPJ nº 89.674.782/0001-58 - atual John Deere Brasil Ltda. - a contribuinte) pelos recursos financeiros internalizados por Deere & Company no país.*[destaques ora inseridos]

Por outro lado, nos paradigmas colacionados pela Recorrente, a situação fática enfrentada pelos respectivos colegiados era significativamente distinta da tratada nos presentes autos.

No Acórdão paradigma nº 1302-001.150 – Caso Multiplan, ao contrário do examinado no acórdão recorrido, a investidora estrangeira não possuía investimento no mesmo ramo em que atuava a empresa alvo da nova aquisição, tampouco uma holding já existente no Brasil. Confira-se excerto daquele julgado:

[...] um investidor estrangeiro (1700480 ONTARIO INC) aporta capital em uma empresa (BERTOLINO), a qual adquire ações de outra empresa com ágio (MTE) e, a seguir, esta incorpora aquela.

E, para além da inexistência de outra holding no país pelos investidores estrangeiros, o investimento realizado, após aporte de recursos em Bertolino (holding criada no Brasil), o investimento se deu diretamente na empresa operacional (MTE) adquirida com ágio, posteriormente incorporada por sua investidora direta (Bertolino), inclusive sem participação em operação de “casa-separa”. No acórdão recorrido, por sua vez, conforme já salientado, além da existência de uma holding anterior no Brasil detida diretamente pelos investidores estrangeiros e que inclusive já possuía investimento na empresa operacional objeto de incorporação, o aporte de recursos se deu mediante subscrição de ações com ágio (e não aquisição de ações com ágio) em uma empresa que não era a operacional (Evaux) e que tampouco foi objeto de incorporação pela nova holding criada no Brasil (JD Brasil).

Ainda, outra rejeição do mesmo paradigma se verificou no Acórdão nº 9101-005.935, também por maioria de votos⁴, e novamente em razão de circunstâncias específicas do caso lá recorrido, conforme exposto no voto vencedor de lavra desta Conselheira:

Na matéria “amortização de ágio – empresa veículo”, o recurso especial da Contribuinte teve seguimento em face dos paradigmas nº 1302-001.182 e 1302-001.150, porque, nos termos do despacho de admissibilidade:

Enquanto a decisão recorrida entendeu que, a despeito da tentativa do grupo econômico de tentar transferir para o Brasil o ágio pago pela sociedade estrangeira, via a empresa veículo criada, a legislação nacional não autoriza que tal ágio seja aqui amortizado, nos termos do art. 386 do RIR/99, para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL da sociedade nacional, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos nºs 1302-001.182, de 2013, e 1302-001.150, de 2013) decidiram, de modo diametralmente oposto, que não é ilícita a conduta do investidor estrangeiro que prefere, primeiro, constituir uma subsidiária no Brasil, para que essa, depois, adquira os investimentos que a matriz no exterior deseja (primeiro acórdão paradigma) e que o fato de o investidor no exterior ter preferido aportar capital em uma subsidiária brasileira, para que essa depois adquirisse as ações da recorrente com ágio não se constitui em conduta simulada (segundo acórdão paradigma).

Nesta síntese já é possível identificar dessemelhança relevante: enquanto o Colegiado *a quo* não admitiu a conduta de *transferir para o Brasil o ágio pago pela sociedade estrangeira, via a empresa veículo criada*, os paradigmas analisaram *a conduta do investidor estrangeiro que prefere, primeiro, constituir uma subsidiária no Brasil, para que essa, depois, adquira os investimentos que a matriz no exterior deseja*, ou seja, de *o investidor no exterior ter preferido aportar capital em uma subsidiária brasileira, para que essa depois adquirisse as ações da recorrente com ágio*. Como se vê, enquanto nos paradigmas a adquirente é a subsidiária no Brasil e os alienantes são nacionais, no recorrido a adquirente e a alienante são sociedades estrangeiras, sendo que a primeira, depois de captar recursos no exterior para tal aquisição, aporta em empresa veículo nacional o investimento que se interpreta adquirido no exterior.

⁴ 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, Caio Cesar Nader Quintella e Andrea Duek Simantob (Presidente em exercício), e divergiram na matéria os Conselheiros Alexandre Evaristo Pinto (relator) e Caio Cesar Nader Quintella.

Considerando que não foram opostos embargos de declaração ao acórdão recorrido, as premissas fáticas para avaliação do dissídio jurisprudencial são aquelas afirmadas no seu voto condutor, do qual destaca-se:

Diante da cronologia dos fatos, é possível perceber que **o ponto crucial que macula a absorção do ágio pretendido está no fato de que o pagamento foi realizado no exterior** (mesmo que tenha se dado entre partes não relacionadas). Se por um lado o fato de ter havido efetivo pagamento conta como ponto favorável à Recorrente, aproximando-se da situação de transação entre partes independentes; existe uma outra circunstância determinante para macular o efetivo aproveitamento desse ágio. **A questão mais relevante aqui é que, se existir o ágio, o mesmo foi percebido pela empresa no exterior, e não no Brasil, como foi efetivamente o caso.**

Nesse contexto, não há como se deduzir que, a partir das operações realizadas no exterior, possa existir um ágio no Brasil em decorrência de referida aquisição. *(negrejou-se)*

É certo que o voto condutor do acórdão recorrido traz o relato que EPD PARTICIPAÇÕES recebeu da sócia estrangeira VEYANCE INC o valor de R\$ 144 milhões em 31/07/2007, sendo R\$ 126 milhões a título de empréstimo e R\$ 18 milhões a título de aumento de capital, e nessa mesma data pagou R\$ 144 milhões a THE GOODYEAR TIRE & RUBBER COMPANY pela aquisição de EDP ENGENHARIA, registrando ágio de R\$ 60 milhões que passa a ser amortização a partir de 30/09/2007, quando EPD ENGENHARIA incorpora a EPD PARTICIPAÇÕES. Sob a ótica apenas desses eventos seria possível interpretar que o pagamento foi realizado no Brasil, e não no exterior.

Contudo, a afirmação destacada do voto condutor do acórdão recorrido é precedida pela descrição dos passos anteriores da operação, dos quais destaca-se a formalização, em 23/03/2007, de *contrato de compra e venda global que envolve todos os bens, direitos e obrigações relativos à divisão de indústria e comércio de produtos de engenharia* do grupo internacional GOODYEAR, representado pela controladora norte americana THE GOODYEAR TIRE & RUBBER COMPANY, firmado com o grupo internacional CARLYLE, representado por suas controladoras norte americanas EPD INC e VEYANCE INC. Mais à frente, o voto condutor do acórdão recorrido reporta o fato de VEYANCE INC ter captado recursos no exterior antes de transferi-los à EPD PARTICIPAÇÕES, para assim concluir:

Logo, ao contrário do que entende o recorrente, o contrato celebrado no Brasil não possui a autonomia pretendida a fim de determinar que o real adquirente das quotas era a EPD PARTICIPAÇÕES. **O contrato realizado no Brasil era apenas um instrumento assessorio que visava a materializar o contrato principal, segundo o qual a empresa adquirente era a VEYANCE INC.** Tanto o contrato brasileiro apresentava natureza assessoria que na sua celebração a VEYANCE INC sequer participou. Ou seja, **esse contrato não criava obrigações a essa empresa uma vez que seus deveres de compradora já estavam previstos no contrato principal.**

Assim, diante do verdadeiro contrato de compra e venda que embasou o negócio celebrado, **a VEYANCE INC captou recursos no exterior** e os transferiu para a EPD PARTICIPAÇÕES, a qual no mesmo dia os transferiu para o grupo GOODYEAR. Portanto, não obstante a EDP PARTICIPAÇÕES tenha recebido os recursos por meio de integralização do seu capital e de empréstimo, e, no mesmo dia, os tenha destinado ao grupo GOODYEAR, vê-se que **na realidade tal pagamento foi realizado diretamente pela VEYANCE INC.** No mesmo dia em que os

recursos ingressaram no Brasil por meio do patrimônio da EDP PARTICIPAÇÕES saíram.

Assim, como ressaltado, **a VEYANCE INC fora a empresa que contratualmente assumiu o compromisso de adquirir as quotas da EPD ENGENHARIA** e que ao final o fez. O patrimônio da EDP PARTICIPAÇÕES apenas serviu como uma aparente “ponte”. Tal como destacado pela Fiscalização, o grupo CARLYLE poderia perfeitamente ter realizado tal pagamento diretamente nos Estado Unidos. Mas não, pelos motivos que serão adiante tecidos, preferiu “dirigir” o pagamento por meio do Brasil.

No entanto, **além de ter suportado o ônus da aquisição, a VEYANCE INC também foi a empresa que ao final acabou detendo de forma direta as quotas da EPD ENGENHARIA**. Tal consequência ocorreu quando, dois meses depois da sua aquisição, houve a sua incorporação pela EDP PARTICIPAÇÕES.

Dessa forma, com base no contrato celebrado, na origem dos recursos e no destino final das quotas, não há como fechar os olhos ao filme que se forma. Não obstante a participação da EDP PARTICIPAÇÕES, a VEYANCE INC fora a real adquirente da EPD ENGENHARIA. A VEYANCE INC fora a empresa que assumiu o compromisso e desembolsou R\$ 144 milhões em troca da totalidade das quotas da EPD ENGENHARIA. Assim, em que pese o recorrente afirmar que a referida empresa estrangeira não participou da aquisição, pois não efetuou o pagamento e não passou a deter as quotas adquiridas, na verdade, olhando o filme completo das operações, vê-se que tais aspectos foram cumpridos pela VEYANCE INC. *(negrejou-se)*

Nestes termos, o fato de haver um contrato principal de aquisição firmado entre os grupos internacionais no exterior, bem como a captação dos recursos ter ocorrido também no exterior, antes de serem aportados pela controladora na empresa brasileira, são elementos determinantes para a conclusão de que a conduta analisada nestes autos consistiu em *transferir para o Brasil o ágio pago pela sociedade estrangeira, via a empresa veículo criada*.

[...]

Em linhas semelhantes ao primeiro, o segundo paradigma (Acórdão nº 1302-001.150) trata de operação na qual investidor estrangeiro constitui subsidiária brasileira na qual aporta recursos para aquisição de ações de sociedade brasileira, seguindo-se, inclusive, a abertura de seu capital depois da referida aquisição. Daí porque as mesmas ressalvas postas do paradigma anterior estão reproduzidas no voto condutor deste julgado:

Da simples leitura do TVF, nota-se que a autoridade fiscal nega em verdade o permissivo legal criado pelos art. 7º e 8º da Lei 9.532/97, ou seja, estamos diante de uma situação em que foi efetivamente pago o ágio (não se trata de planejamento com base no art. 36 da Lei 10.637/02), no qual um investidor estrangeiro (1700480 ONTARIO INC) aporta capital em uma empresa (BERTOLINO), a qual adquire ações de outra empresa com ágio (MTE) e, a seguir, esta incorpora aquela.

Da mesma forma, não estamos diante do planejamento de transferência de ágio externo (aquele decorrente do processo de privatização, em que o investidor se utiliza de empresa veículo para transferir o ágio que pagou no leilão de privatização para a empresa operacional adquirida). Trata-se aqui de aplicação direta do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 sem utilização de empresa veículo, pois a autoridade fiscal se insurge contra o fato de o investidor no exterior ter preferido aportar capital em uma subsidiária, para que essa depois adquirisse as ações da recorrente com

ágio. Por certo, entendeu a autoridade fiscal que estaria obrigado o investidor a optar por adquirir diretamente as ações da recorrente com ágio, pois aí não teria como se valer das referidas normas – caminho mais oneroso.

Mais uma vez não se trata, nesse paradigma, de transferência de ágio externo, assim como não há qualquer menção à anterior captação de empréstimos pela investidora estrangeira, circunstância referida em reforço, no acórdão recorrido, para afirmá-la como adquirente do investimento e titular do ágio tido por indevidamente amortizado no Brasil. Confirma-se, portanto, que referido paradigma apenas analisou a hipótese de *o investidor no exterior ter preferido aportar capital em uma subsidiária brasileira, para que essa depois adquirisse as ações da recorrente com ágio*.

Neste último julgado, portanto, o ágio formou-se em operação com pagamento no exterior, seguindo-se sua transferência para amortização no Brasil.

Já aqui há similitude suficiente, distinguindo-se o caso presente e o analisado no paradigma nº 1302-001.150 apenas porque o investidor estrangeiro (DIRECTV) aportou capital na sociedade brasileira GLA BRASIL, que nos dias seguintes integralizou o mesmo montante no capital de GLBBT, para que esta promovesse a aquisição antes negociada. Vale a transcrição da acusação fiscal neste sentido:

Nos dias 10 e 16/06/2010, respectivamente, ocorreram os desdobramentos da notificação acima, onde (i) a DIRECTV, sociedade de capital aberto listada na NASDAQ, notificou a GCP que conduziria a operação como a Sociedade Realizando a Troca, em virtude da DirecTV Group ser sua subsidiária integral, e ofereceu ações de sua emissão, avaliadas em US\$ 472.468.860,00 (quatrocentos e setenta e dois milhões, quatrocentos e sessenta e oito mil, oitocentos e sessenta dólares norte-americanos) como contraprestação pelas 178.830.000 (cento e setenta e oito milhões, oitocentas e trinta mil) quotas da Sky Brasil, e (ii) a GCP rejeitou o valor proposto pela DIRECTV, estranhou a substituição da DirecTV Group pela DIRECTV e decidiu por “nomear um Banco para calcular o valor das Ações Sujeitas a Troca na data da Notificação de Troca”.

Nos dias 27/08/2010 e 03/11/2010 são realizados aditamentos ao Acordo de Troca de 2004 a fim de consignar os bancos avaliadores que foram contratados pela GCP e DIRECTV e, entre outras questões, o prazo para entrega das avaliações.

Como demonstrado até aqui, em nenhum momento houve referência a empresa veículo GLBBT.

b) Estrutura Societária com a interposição da GLBBT na Operação :

Em 16/12/2010, ao término das tratativas iniciadas em 01/06/2010, as partes definiram o preço final das 178.830.000 (cento e setenta e oito milhões, oitocentas e trinta mil) quotas da Sky Brasil e decidiram, também, que a contraprestação pela venda seria efetuada em dinheiro e uma nota promissória garantida pela DIRECTV.

É nesse momento que verificamos a entrada da GLBBT na operação.

Vejamos a tradução juramentada do contrato de compra e venda” abaixo transcrito, em parte (...)

Das informações acima, podemos extrair que (i) o Acordo de Troca de 2004, de 08/10/2004, disciplinava os requisitos para uma operação de compra e venda (ii) que o acerto do preço foi efetuado entre a DirecTV Group e a GCP (iii) que a GLBBT foi a empresa escolhida pela DirecTV Group para efetuar o pagamento de US\$ 604.767.294,00 (seiscentos e quatro milhões, setecentos e sessenta e sete mil, duzentos e noventa e quatro dólares norte-americanos) (iv) que a nota promissória entregue pela GLBBT seria garantida pela DIRECTV; (v) a conclusão da transação ocorreu em 16/12/2010, ocasião em que a GLBBT

passou a integrar o quadro societário da Sky Brasil (vi) que a Sky Brasil pagaria na data do fechamento da transação R\$ 360.000.000,00 (trezentos e sessenta milhões de reais) em dividendos, proporcionais à participação resultante após a operação (vii) as vendedoras auxiliariam na concretização da incorporação da GLBBT pela fiscalizada.

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

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

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

(...)

Em decorrência, GCP e Distel reconhecem o ganho de capital oriundo da venda de 18,90% de participação na Sky Brasil e a GLBBT por sua vez, reconhece um ágio de rentabilidade futura de R\$ 829.425.715,00 (oitocentos e vinte e nove milhões, quatrocentos e vinte e cinco mil, setecentos e quinze reais).

Em vista dos recursos injetados na GLBBT, a GLA Brasil, até então detentora de 74,10% de participação, passa a deter indiretamente mais 18,90% do capital social da fiscalizada.

Por seu turno, a GLBBT registra em sua contabilidade o ágio decorrente do investimento efetuado na Sky Brasil na conta contábil abaixo (...)

Assim, embora à semelhança do caso analisado no precedente nº 9101-006.011, o adquirente estrangeiro também já possuísse uma *holding* no Brasil antes da interposição de GLBBT, não houve aqui o passo intermediário destinado à operação casa-separa lá referida. É o que se infere aqui quando a autoridade lançadora apenas registra que *GCP e Distel reconheceram o ganho de capital oriundo da venda de 18,90% de participação na Sky Brasil*. Logo, o fato de o investidor estrangeiro aportar o capital em uma sociedade nacional para que esta aumentasse capital de GLBBT, e esta segunda pessoa jurídica figurasse como adquirente do investimento, não representa diferencial relevante em relação à operação analisada no paradigma nº 1302-001.150. (*destaques do original*)

Nestes termos, o paradigma nº 1302-001.150 foi admitido em litígios nos quais a *holding* promove a aquisição com recursos aportados por aquele considerado o real investidor. No mesmo sentido foi o voto favorável desta Conselheira, declarado no Acórdão nº 9101-006.381⁵, e que tratava de recursos advindos do exterior e aportados em Mittal Steel Brasil Participações S/A, considerada “empresa veículo”, que destinou os valores recebidos à aquisição das participações societárias com ágio:

- Na matéria A.5.III- IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A TEORIA DO PRÓPOSITO NEGOCIAL: DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97, concernente apenas à amortização do ágio ARCELOR,

⁵ Participaram do julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Livia De Carli Germano, Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Gustavo Guimarães Fonseca, Ana Cecília Lustosa da Cruz e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

deve ser CONHECIDO o recurso especial, vez que afirmada a ausência de *propósito negocial ou racionalidade econômica* nas operações realizadas, ao passo que esta referência foi considerada no paradigma nº 1302-001.150 um conceito vago e não positivado em nossa legislação, e isso em operação semelhante à presente na *qual um investidor estrangeiro (1700480 ONTARIO INC) aporta capital em uma empresa (BERTOLINO), a qual adquire ações de outra empresa com ágio (MTE) e, a seguir, esta incorpora aquela*, assim como no paradigma nº 1302-002.045 consignou-se que *a alegação de “inexistência de propósito negocial” advém de construção jurisprudencial estrangeira que não encontra validade no nosso Ordenamento Jurídico*, em operação na qual GRAPPA é interposta entre os reais adquirentes de RAIA, que seriam PRAGMA E GÁVEA;

- Na matéria A.5.V- IMPROPRIEDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DAS OPERAÇÕES REALIZADAS E EXISTÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL E EFETIVA AQUISIÇÃO DA ARCELOR BRASIL PELA MITTAL BR: DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97, concernente apenas à amortização do ágio ARCELOR, deve ser CONHECIDO o recurso especial, vez que afirmada em face do paradigma nº 1302-001.150, já admitido na matéria A.5.III e do paradigma nº 1302-001.182, admitido na matéria A.5.II;

Nestes autos, a Contribuinte pretende erigir o dissídio jurisprudencial acerca de referências genéricas, do paradigma, quanto à falta de *respaldo no ordenamento jurídico pátrio* de exigência de propósito negocial. Contudo, a decisão do outro Colegiado do CARF no paradigma nº 1302-001.150 tem em conta a especificidade de a aquisição se dar mediante aporte de capital em uma subsidiária, e o voto condutor do paradigma expressamente ressalva que:

Da mesma forma, não estamos diante do planejamento de transferência de ágio externo (aquele decorrente do processo de privatização, em que o investidor se utiliza de empresa veículo para transferir o ágio que pagou no leilão de privatização para a empresa operacional adquirida). Trata-se aqui de aplicação direta do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 sem utilização de empresa veículo, pois a autoridade fiscal se insurge contra o fato de o investidor no exterior ter preferido aportar capital em uma subsidiária, para que essa depois adquirisse as ações da recorrente com ágio. Por certo, entendeu a autoridade fiscal que estaria obrigado o investidor a optar por adquirir diretamente as ações da recorrente com ágio, pois aí não teria como se valer das referidas normas – caminho mais oneroso.

É sob esta ótica que a falta de propósito negocial lá aventada é analisada. O Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho também destacou aquela circunstância específica, de a *holding* ser constituída para aquisição do investimento, como determinante para sua decisão, em declaração de voto apresentada no paradigma nº 1302-001.150:

O fato de o negócio ter sido entabulado pela empresa estrangeira 1700480 - ONTARIO INC e efetivado por meio de sua subsidiária no Brasil, 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.

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

O segundo paradigma, nº 1302-002.045, apresentado nas mesmas matérias *“Impossibilidade de aplicação da teoria do propósito negocial”* e *“Da validade do propósito negocial em decorrência da motivação fiscal”*, também foi admitido no Acórdão nº 9101-006.250, com as seguintes considerações expressas por esta Conselheira:

Quanto ao segundo paradigma (Acórdão nº 1302-002.045), trata-se de decisão recentemente revisitada por este Colegiado em razão do recurso especial contra ele

interposto pela PGFN, ao qual foi negado conhecimento por maioria de votos⁶ no Acórdão nº 9101-006.037, nos termos do voto vencedor desta Conselheira:

Na primeira matéria, o recurso fazendário teve seguimento com base nos paradigmas nº 9101-002.188 e 9101-002.428. A PGFN partiu da premissa que *o acórdão recorrido aceitou a possibilidade de amortização de ágio, apesar da interposição de empresa veículo e, sob esta ótica, afirmou o dissídio jurisprudencial em face do paradigma nº 9101-002.188 porque. tanto no acórdão recorrido quanto no paradigma, verifica-se que o reconhecimento da existência legal das empresas intermediárias/veículo, assim como da validade da operação e consequente existência de ágio, sendo que para o paradigma a amortização com efeitos fiscal somente se verifica acaso existente a confusão patrimonial entre a real investidora e investida, ainda que se afirme a inocorrência de simulação. Já o paradigma nº 9101-002.428 também trataria de transferência de ágio por meio de empresa veículo, sendo afastada a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas (empresas veículo), diversamente do acórdão recorrido.*

Extraí-se da transcrição da acusação fiscal, presente no relatório do acórdão recorrido, que a operação examinada pelo Colegiado *a quo* teve em conta empresa-veículo constituída antes da aquisição e que figurou como adquirente do investimento com pagamento de ágio, muito embora com a assunção de obrigações equivalentes pelas pessoas jurídicas consideradas reais adquirentes. Veja-se:

[...]

Estas as premissas para a autoridade fiscal concluir, nas palavras do relator do acórdão recorrido, ex-Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, que GRAPPA, *além de ter operado em um curto espaço de tempo, não possuía qualquer substrato societário, segundo a fiscalização, sendo seu único propósito o de conduzir ilicitamente o ágio.* Este entendimento foi refutado no voto condutor do acórdão recorrido, concluindo-se o que, *tendo os atos sido procedidos em conformidade com a lei; não havendo fraude, dolo ou simulação na execução dos mesmos, e não sendo dada a análise quanto à existência, ou não, de propósito negocial, seria indevida a glosa procedida, bem como a qualificação da multa de ofício.*

A circunstância de a aquisição ter sido promovida pela pessoa jurídica interposta tem sido determinante para a caracterização de dissídios jurisprudenciais nesta temática. No Acórdão nº 9101-005.790, o Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli foi acompanhado pela maioria deste Colegiado⁷ para negar a caracterização da divergência em face do paradigma nº 9101-002.188, em razão daquela ocorrência específica estar presente no recorrido, mas não no paradigma:

[...]

No Acórdão nº 9101-005.869 este Colegiado, à unanimidade⁸, acompanhou o entendimento assim manifestado pela Conselheira Livia De Carli Germano:

⁶ Participaram do presente 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 Guimaraes da Fonseca (suplente convocado) e Andrea Duek Simantob (Presidente), e divergiu na matéria a Conselheira Andrea Duek Simantob (relatora).

⁷ 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, Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob (Presidente em exercício), e divergiram na matéria os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob.

⁸ Participaram do julgamento os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia deCarli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, LuizTadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio

[...]

Esta Conselheira acompanhou tais entendimentos, e apenas se manifestou de forma diferenciada no voto vencido abaixo transcrito, proferido no Acórdão n.º 9101-005.907⁹, dado o caso ali sob análise, apesar de apresentar o mesmo diferencial aqui referido, contar com a excepcionalidade de a decisão de 1ª instância reformada no acórdão lá recorrido ter se fundamentado, justamente, nas razões de decidir do paradigma n.º 9101-002.188:

[...]

O posicionamento da maioria do Colegiado, porém, foi assim reiterado no voto vencedor da Conselheira Livia De Carli Germano:

[...]

Também aqui, pelas mesmas razões, deve ser rejeitado o paradigma n.º 9101-002.188: a operação lá analisada teve em conta investimento adquirido com ágio por investidora que depois aportou esta participação societária em pessoa jurídica interposta, sendo esta, na sequência, extinta por incorporação da investida. No presente caso, as evidências são de que GRAPPA promoveu a aquisição da autuada e foi constituída antes da celebração dos atos de aquisição, ainda que neles tenha figurado com assunção de responsabilidade, também, por GAVEA e PRAGMA.

[..]

Assim, presentes contornos semelhantes aos do primeiro paradigma, também este se presta a caracterizar o dissídio jurisprudencial.

Mantida a percepção acima firmada para não conhecimento do recurso fazendário analisado no Acórdão n.º 9101-006.037, e por motivos semelhantes aos expressos em relação ao primeiro paradigma, também em relação a este segundo, o dissídio jurisprudencial não resta demonstrado. O outro Colegiado do CARF analisou, nos dois paradigmas, a exigência de propósito negocial em operações nas quais a *holding* foi interposta para aquisição do investimento do ágio, distintamente do verificado nestes autos, nos quais a transferência do investimento adquirido com ágio para a *holding* é uma circunstância fática diferenciada, que foi determinante para a decisão do Colegiado *a quo*, e que não foi analisada nos paradigmas, inclusive com ressalva expressa de não se estar examinando este tipo de operação no primeiro paradigma. Em tais circunstâncias, a divergência jurisprudencial não resta demonstrada.

De fato, nos termos do art. 67 do Anexo II do RICARF, o recurso especial somente tem cabimento se a *decisão der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado* outro Colegiado deste Conselho. Por sua vez, para comparação de interpretações e constatação de divergência é indispensável que situações fáticas semelhantes tenham sido decididas nos acórdãos confrontados. Se inexistir tal semelhança, a pretendida decisão se prestaria, apenas, a definir, no caso concreto, o alcance das normas tributárias, extrapolando a competência da CSRF, que não representa terceira instância administrativa, mas apenas órgão destinado a solucionar divergências jurisprudenciais. Neste sentido, aliás, é o entendimento firmado por todas as Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, como são exemplos os recentes Acórdãos n.º 9101-002.239, 9202-003.903 e 9303-004.148, reproduzindo entendimento

Cesar Nader Quintella, Andrea Duek Simantob (Presidente), e votaram pelas conclusões os Conselheiros Edeli Pereira Bessa e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

⁹ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Augusto de Souza Gonçalves (suplente convocado), Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício). Ausente a Conselheira Andréa Duek Simantob. Acompanharam o voto vencido os Conselheiros Luiz Augusto Souza Gonçalves e Caio Cesar Nader Quintella.

há muito consolidado administrativamente, consoante Acórdão CSRF n.º 01-0.956, de 27/11/1989:

Caracteriza-se a divergência de julgados, e justifica-se o apelo extremo, quando o recorrente apresenta as circunstâncias que assemelhem ou identifiquem os casos confrontados. Se a circunstância, fundamental na apreciação da divergência a nível do juízo de admissibilidade do recurso, é “tudo que modifica um fato em seu conceito sem lhe alterar a essência” ou que se “agrega a um fato sem alterá-lo substancialmente” (Magalhães Noronha, in Direito Penal, Saraiva, 1º vol., 1973, p. 248), não se toma conhecimento de recurso de divergência, quando no núcleo, a base, o centro nevralgico da questão, dos acórdãos paradigmas, são díspares. Não se pode ter como acórdão paradigma enunciado geral, que somente confirma a legislação de regência, e assente em fatos que não coincidem com os do acórdão inquinado.

O presente voto, portanto, é no sentido de NEGAR CONHECIMENTO ao recurso especial da Contribuinte nas matérias “*Impossibilidade de aplicação da teoria do propósito negocial*” e “*Da validade do propósito negocial em decorrência da motivação fiscal*”,

Com respeito à matéria “*Da efetiva confusão patrimonial entre ‘Empresa Adquirente’ e Investimento Adquirido com Ágio*”, a Contribuinte indica o paradigma n.º 9101-003.609, do qual destaca que *basta que haja a incorporação entre a sociedade que detém o investimento adquirido (com ágio) e este respetivo investimento, admitindo formas alternativas de se realizar a operação efetivamente adotada, as quais teriam por consequência o mesmo resultado fiscal obtido com as operações questionadas nos lançamentos, as quais somente não foram realizadas por impeditivos estritamente negociais e econômicos.*

Recentemente referido paradigma foi rejeitado por este Colegiado para caracterização de dissídio jurisprudencial em face de operação de transferência de investimento adquirido com ágio para empresa veículo com vistas à *segregação das atividades financeiras das não-financeiras da recorrente, de modo a viabilizar sua transformação em instituição financeira*. O Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli assim ponderou no voto condutor do Acórdão n.º 9101-006.291¹⁰:

Dedutibilidade, para fins fiscais, das quotas de amortização de ágio

Do voto vencido do acórdão ora recorrido extrai-se o quanto segue:

[...]

E do voto vencedor transcrevo as seguintes passagens:

[...]

A ementa do acórdão recorrido, por sua vez, registra que *é indedutível para fins de apuração do lucro real o ágio transferido artificialmente da investidora para a investida por meio de sequência de alterações societárias.*

Comparando, então, os votos em questão (vencido x vencedor), percebe-se que prevaleceu o entendimento de que a **transferência de ágio** para empresa veículo revelaria conduta que buscou burlar *requisito essencial para que se aplique a norma de exceção que confere a dedutibilidade veiculada pela Le n.º 9.532/97*, qual seja, a *falta de confusão patrimonial entre a investida e a investidora.*

¹⁰ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente), e divergiram os conselheiros Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira, que votaram pelo conhecimento. Ausente o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

Além disso, também é possível aferir que o entendimento pela necessidade de constituição da *empresa veículo Sobraser*, que havia sido reconhecida pelo voto vencido, não foi seguido pela maioria qualificada da Turma Julgadora *a quo*.

Pois bem.

Da ementa do *primeiro paradigma* (Acórdão nº **9101-003.609**) extrai-se que:

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.

E do voto condutor transcrevo as seguintes passagens:

(...)

Adoto as razões do acórdão recorrido, acima colacionado, para confirmar a legitimidade do ágio tratado nos autos, sem que se vislumbre artificialidade na criação das empresas acima citadas.

Acrescento às razões de decidir que no caso dos autos havia imposições da CVM e ANEEL que justificam - por questões societárias e regulatórias - a organização societária da forma procedida, isto é, a existência da "empresa veículo". O artigo 15, da Instrução 319 da CVM atesta que haveria "abuso" do poder de controle caso o contribuinte não constituísse a "empresa veículo" em discussão nestes autos:

(...)

Nesse sentido, é o parecer do Dr. Antonio Ganin acostado aos autos pelo contribuinte, explicitando as razões extrafiscais que justificaram a reorganização societária efetuada pela contribuinte:

A operação pretendida pela Receita Federal do Brasil (RFB), pela qual a controlada CTEEP incorpora a ISA Capital do Brasil, encontra dois impedimentos para sua realização. O primeiro de ordem societária, pois a operação da forma pretendida pela RFB caracterizaria ato abusivo do poder de controle por parte da CTEEP, conforme previsto no art. 15 da Instrução CVM nº 319/1999, o que seria considerado infração grave para os efeitos do § 3º, do art. 11, da Lei nº 6.385/1976, conforme disposto no art. 17, dessa Instrução CVM. O segundo de ordem regulatória, pois, conforme já exposto, a ANEEL não aceitaria que a dívida da controladora, contraída justamente para a aquisição da controlada, fizesse parte do acervo líquido a ser vertido para a CTEEP por meio da incorporação de sua controladora, trazendo para a concessionária de serviço público de energia elétrica uma dívida que é do acionista.

A esse respeito, são precisas as considerações do Conselheiro Gerson Macedo Guerra (acórdão **9101-003.362**), em voto vencido - proferido no processo do mesmo contribuinte recentemente julgado que acompanhei àquela ocasião:

(...)

Vê-se, pois, que a incorporação direta da ISA Capital apenas não foi implementada em razão de proibições que o próprio Governo Federal, do qual a RFB faz parte, determinou (normas da CVM e ANEEL). Tais proibições decorreram da impossibilidade de transferência, pela Isa Capital à Contribuinte Recorrente, do forte endividamento decorrente dos recursos captados de terceiros (emissão de dívida no mercado internacional) para a aquisição da Contribuinte Recorrente no processo de privatização. Essas proibições, importa desde já destacar, são o verdadeiro propósito negocial da validade da estrutura implementada pela Contribuinte Recorrente.

Acrescento que é legítima a transferência de ágio em operação societária, fundamentando-se a hipótese no artigo 248, da Lei n.º 6.404/1976 e no artigo 20, do Decreto n.º 1.598/1976. Desde a original redação, a Lei n.º 6.404/1976 obrigava que o investimento adquirido fosse avaliado pelo método de equivalência patrimonial.

Nota-se, assim, que o *primeiro paradigma*, analisando operação de aquisição de participação societária em um contexto de privatização, admitiu a transferência de ágio para empresa veículo ante a *imposições da CVM e ANEEL que justificam - por questões societárias e regulatórias - a organização societária da forma procedida, isto é, a existência da "empresa veículo"*.

Trata-se, assim de circunstância fática determinante para o desfecho daquele caso, mas que aqui não se faz presente, prejudicando a comparabilidade das decisões para a finalidade pretendida pela Recorrente.

Em outro precedente, o Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli também rejeitou este paradigma, mas porque a discussão no recorrido se dava em razão de a integração da *holding* na operação estar presente na contratação prévia para aquisição da participação societária com ágio. Neste sentido foi a ponderação posta no voto condutor do Acórdão n.º 9101-006.049¹¹:

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 Societé 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 Societé 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 Societé 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). (*destaques do original*)

O paradigma n.º 9101-003.609 já foi rejeitado em várias outras análises de conhecimento de recurso especial em razão de sua decisão estar condicionada à existência de restrições regulatórias. Para além disso, na declaração de voto apresentada pelo Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto no referido paradigma, tais restrições regulatórias são desmerecidas como motivo para admissibilidade da operação, sendo indicadas outras razões específicas para desconstituir o lançamento lá analisado:

A Autuada procura demonstrar que a utilização dessa nova empresa possuía propósito negocial, tendo ocorrido em razão de questões regulatórias. Discordo de tal entendimento, uma vez que a interposição de ISA Participações se deu com exclusivo escopo tributário. Não havia qualquer obrigação de ordem societária ou regulatória que impusesse a confusão patrimonial entre investida e investidora. O que havia, isso sim,

¹¹ 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) e votou pelas conclusões quanto à matéria “utilização de empresa veículo” a conselheira Livia De Carli Germano.

era uma impossibilidade de que isso pudesse ocorrer em razão de limitações de ordem regulatória. Nesse cenário, com o único intuito de amortizar o ágio em questão, interpôs-se ISA Participações, sem sombra de dúvida uma “empresa veículo” e de existência efêmera, a fim de que se pudesse transferir o investimento a essa empresa de modo a contornar as limitações regulatórias e, a todo custo, no entender do contribuinte, iniciar a amortização do ágio.

Veja-se que o presente cenário diferencia-se do “Caso Energisa”, pois não estamos tratando de uma empresa de propósito específico estruturada para participar de um leilão de privatização, mas sim de uma empresa veículo criada com o único intuito de obter vantagem tributária. Veja-se que a criação de ISA Participações não teve como objetivo obedecer a norma regulatória, mas sim foi utilizada como meio de contornar regras regulatórias tendo como objetivo final alcançar artificialmente vantagem tributária que, sem sua existência, não poderia ser contornada, ao menos naquele momento.

Com efeito, é importante que fique registrado meu entendimento sobre o tema a fim de que, em julgamentos futuros, não sejam distorcidas minhas conclusões sobre o tema.

No caso concreto, o que me leva a concluir pela inviabilidade de manutenção da exigência é outro: a estrutura adotada na operação levou a Autuada e sua controladora a incorrerem em custo tributário mais elevado do que aquele que teria sido por ela suportado se adotasse a estrutura que a autoridade fiscal lançadora e também a PGFN entendia que seria a necessária a possibilitar a amortização do ágio em questão.

[...]

Destes termos já resta evidente que outro poderia ser o resultado do paradigma frente à análise do caso presente, no qual a integração da investidora original e da investida não se verificou pelo interesse do *Bradesco transferir o controle do Banco BEC para outra empresa integrante do Grupo, a fim de segregar o investimento e evitar a assunção de possíveis contingências*, bem como para contornar as restrições regulatórias que impediriam a recorrente (*Alvorada*), que é uma instituição financeira receber diretamente do Bradesco, via aumento de capital, as ações do Banco BEC adquiridas por meio do leilão de privatização.

A Contribuinte extrai do paradigma a conclusão de que *basta que haja a incorporação entre a sociedade que detém o investimento adquirido (com ágio) e este respectivo investimento*. Contudo, esta assertiva é subsidiária no voto condutor do paradigma, e inclusive posta depois de incorporadas todas as manifestações antes expressas acerca daquele caso concreto, no sentido do reconhecimento dos *empecilhos impositivos* estabelecidos pela ANEEL, além da referência a outras restrições da CVM, que foram superadas com a transferência do investimento para *holding*, viabilizando a amortização do ágio que, assim, foi admitida porque também possível se a integração acontecesse sem as restrições regulatórias. Assim, não é possível afirmar que o Colegiado que editou o paradigma validaria a amortização do ágio na ausência das circunstâncias específicas referidas no voto condutor e na declaração de voto integradas ao paradigma.

Por tais razões, também deve ser NEGADO CONHECIMENTO ao recurso especial na matéria “*Da efetiva confusão patrimonial entre ‘Empresa Adquirente’ e Investimento Adquirido com Ágio*”.

Por fim, na matéria “*Validade da suposta ‘empresa veículo’*”, a Contribuinte primeiro discorda da classificação da Oregon Holding Ltda como uma simples “empresa veículo”, em razão da finalidade a que ela se prestou, evitando “*contaminar*” o Bradesco com *eventuais contingências decorrentes das aquisições*, além do fato de, ao final, a Contribuinte, como *empresa plenamente operacional escolhida pelo Grupo Bradesco*, passar a controlar e incorporar o Banco BEC. Sob esta ótica, passa a demonstrar a divergência inicialmente em face

do paradigma nº 1301-001.505, asseverando que a decisão no sentido de que *a utilização de “empresa veículo” não constitui restrição à amortização do ágio se deu em uma situação bastante semelhante à situação discutida no presente processo administrativo*, inclusive destacando que *o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo*.

De fato, o voto vencedor do paradigma nº 1301-001.505 traz consignado esta última referência, nos seguintes termos:

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

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

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

Contudo, as circunstâncias específicas do caso concreto, distintas do presente, foram determinantes para a decisão do Colegiado, como expresso no voto declarado pelo Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado:

O fato de o negócio ter sido entabulado pela Banco Societé Brasil e efetivado por meio de uma 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.

A “empresa-veículo”, no caso deste primeiro paradigma, foi validada por ter recebido o *aporte de capital para fazer o investimento*, inclusive porque havia *previsão contratual para que ocorresse dessa forma*. Aqui, como antes demonstrado, a *holding* recebe o investimento já adquirido com ágio, e assim viabiliza sua transferência para titularidade de uma

outra pessoa jurídica do grupo que poderia incorporar a investida e viabilizar a amortização fiscal do ágio sem que a adquirente, Banco Bradesco S/A, participasse dessa incorporação.

Na medida em que a estrutura da operação analisada no paradigma foi determinante para a solução adotada pelo outro Colegiado do CARF, e distinta é a estrutura da operação aqui sob exame, não há similitude fática que autorize a caracterização de divergência jurisprudencial entre os casos comparados.

Quanto ao segundo paradigma (nº 1201-002.247), importa recordar que ele foi rejeitado como paradigma de divergência semelhante suscitada em face da operação analisada no primeiro paradigma (nº 1301-001.505) e apreciada por este Colegiado em razão de recurso especial interposto contra outro julgado da matéria (Acórdão nº 1402-003.574). No já citado Acórdão nº 9101-006.049¹², o Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli rejeitou o paradigma nº 1201-002.247 juntamente com o paradigma nº 9101-003.609, em razão das especificidades neles presentes:

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 Societé 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 Societé 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 Societé 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). (*destaques do original*)

Esta Conselheira também já demonstrou a especificidade do litígio analisado no paradigma nº 1201-002.247, ao proferir o voto, condutor neste ponto, do Acórdão nº 9101-006.250¹³. Naquele caso, havia similitude com o paradigma nº 1301-001.505, mas o segundo paradigma foi rejeitado nos seguintes termos:

O paradigma nº 1301-001.505 refere a operação de compra da participação societária no Banco Cacique S/A, recentemente apreciada por este Colegiado, e validada para fins de amortização fiscal do ágio, no Acórdão nº 9101-006.049, assim ementado:

[...]

Há similitude entre as operações, vez que o adquirente estrangeiro aporta recursos financeiros em empresa nacional que também passa a figurar no acordo anterior de aquisição, para assim efetivá-la.

¹² 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) e votou pelas conclusões quanto à matéria “utilização de empresa veículo” a conselheira Livia De Carli Germano.

¹³ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

Já o paradigma nº 1201-002.247 também foi apresentado no precedente acima referido e rejeitado. Tratou-se, no referido julgado, dos ágios formados na aquisição, pelo Banco de Investimento Credit Suisse (Brasil S/A) das ações detidas por pessoas físicas em sociedades do grupo Hedging-Griffo, divididas em duas operações com a constituição de HG Investimentos e HGI-II. E esta circunstância específica da venda conjunta de participações societárias foi referida como fundamento, no voto condutor do paradigma, para justificar o formato adotado na alienação:

Desde o início jamais pretendeu o recorrente adquirir diretamente o controle das empresas HG Asset-Management, HG Serviços Internacionais e HG Corretora.

A aquisição direta de cada uma daquelas sociedades, com acionistas distintos, exigiria a celebração de 3 acordos de acionistas distintos, 3 contratos de compra e venda distintos e uma série de outros controles que jamais foram de interesse do impugnante, que sempre quis adquirir o negócio como um todo.

Daí porque constou expressamente do contrato que: "Considerando que a Compradora deseja comprar dos Vendedores, e os Vendedores desejam vender à Compradora, 5.001 (cinco mil e uma) ações ordinárias, sem valor nominal, representativos do capital social da HG Investimentos, equivalente a 50% + 1 (cinquenta por cento mais uma) ações do referido capital social (as "Ações Adquiridas"), observados os termos e condições estipuladas no presente Contrato; (...) "Reorganização Permitida" significa reorganização societária interna das Sociedades Adquiridas a ser concluída antes do Fechamento, por meio da qual (i) a titularidade de todas as ações emitidas e em circulação representativas do capital social da HG Corretora, HG Serviços Internacionais e HG Asset passará a ser detida diretamente pela HG Investimentos; (ii) na medida do necessário e conforme pactuado com a Compradora, o negócio será transferido ou de outro modo cedido às Sociedades Adquiridas; e (iii) serão praticados demais atos ligados às aludidas providências, de modo a permitir que o Negócio seja incorporado à HG Investimentos, conforme pactuado pelas partes." (fls. 491 e 499)

Além disso, busca a autoridade fiscal caracterizar a HGII-I como uma empresa veículo sem propósito negocial.

Argumenta o recorrente que a razão pela qual se optou por adquirir e vender uma empresa detentora de 50% + 1 das ações da HG Investimentos, e não estas ações diretamente, foi apenas porque tanto os compradores como os vendedores não desejavam tornar-se sócios do recorrente (o que ocorreria no caso de incorporação direta da HG Investimentos), antes de saber se seria exercida pelo impugnante ou pelos vendedores a opção de compra e venda prevista no acordo de acionistas.

Tendo o ágio sido gerado com o pagamento efetuado pelo recorrente aos sócios das empresas do Grupo Hedging-Griffo pelo controle do grupo, não há que se falar na utilização de empresa veículo sem propósito negocial que permita à autoridade fiscal desconsiderar os efeitos tributários da operação.

Assim, também aqui referido paradigma deve ser rejeitado para caracterização de dissídio jurisprudencial em face de operação que não guarda complexidades semelhantes.

O recurso especial da Contribuinte na matéria (5) "*validade das supostas 'empresas veículo'*", portanto, pode ter seguimento apenas com base no paradigma nº 1301-001.505.

Como se vê, este segundo paradigma também refere razões negociais anteriores à aquisição, que motivam a interposição da empresa-veículo para efetivação da aquisição e posterior incorporação, que assim é entendida como autorizadora da amortização fiscal do ágio.

As referências do paradigma destacadas pela Contribuinte, no sentido de que a utilização da chamada “empresa veículo” não guarda qualquer ilegalidade ou abuso em si, e de que estaria cada vez mais pacificado o entendimento de que a utilização de uma empresa veículo para aquisição de outras empresas, de grupo econômico distinto, não revela qualquer vício, ilegalidade ou abuso em si, são considerações postas num contexto em que, como destacado na ementa do paradigma, foi demonstrado o devido propósito negocial e substância econômica na realização de reorganizações societárias. Na medida em que distintas foram as operações analisadas nos acórdãos comparados, e as circunstâncias do caso concreto do paradigma foram determinantes para a solução dada pelo outro Colegiado do CARF, também em relação a este segundo julgado a divergência jurisprudencial não se estabelece.

Esclareça-se, por oportuno, que nos argumentos deduzidos nesta matéria, a Contribuinte também refere que as orientações gerais da época dos fatos – tanto da data da operação quanto do período autuado –, em especial a jurisprudência administrativa, eram no sentido de que a utilização de “sociedade veículo”, com objetivo de aproveitar fiscalmente o ágio gerado entre partes independentes, é plenamente válida. Contudo, não erigiu divergência jurisprudencial neste sentido e, quanto à invocação do art. 24 da LINDB, cabe recordar o entendimento assim consolidado:

Súmula CARF nº 169

Aprovada pelo Pleno em sessão de 06/08/2021 – vigência em 16/08/2021

O art. 24 do decreto-lei nº 4.657, de 1942 (LINDB), incluído pela lei nº 13.655, de 2018, não se aplica ao processo administrativo fiscal. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

Acórdãos Precedentes: 1402-004.202, 9101-004.217, 9101-003.839, 1302-003.821, 9202-007.943, 3302-007.542, 1401-003.632, 3401-007.043 e 1201-002.982.

Assim, também deve ser NEGADO CONHECIMENTO ao recurso especial da Contribuinte na matéria “Validade da suposta ‘empresa veículo’”.

E, com respeito à matéria “Da legitimidade do aproveitamento da dedutibilidade fiscal do ágio amortizado contabilmente pelo Recorrente”, tem-se que o voto condutor do acórdão recorrido assim se opõe à pretensão da Contribuinte:

Exatamente na linha oposta do entendimento da recorrente, parece-me incontestado que a autuação a título de “exclusão indevida de amortização de ágio da apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL”. (R\$ 6.173.211,74) levou em conta todo o cenário presente nos autos, diga-se, a legislação vigente à data do fato gerador (31/12/2011) não faz qualquer diferenciação entre o ágio amortizado contabilmente e aquele ainda não amortizado, exatamente porque, obviamente, a parcela do ágio que já foi objeto de amortização não poderá mais ser amortizada.

Como bem alertado pela decisão recorrida (Ac. DRJ – fls. 590), “o fato de o caput do art. 22 da Lei nº 12.973, de 2014, prescrever que “poderá excluir para fins de apuração do lucro real dos períodos de apuração subsequentes o saldo do referido ágio existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária, à razão de 1/60 ...”, apenas ratifica que a exclusão para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL somente poderá se dar quando a absorção do patrimônio (confusão patrimonial) se der entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio (no caso entre o Banco Bradesco e o Banco BEC). Isto porque, a amortização dar-se-á a 1/60 avos do saldo do ágio existente na data da aquisição da participação societária, como sempre foi autorizado”.

Deste modo, o lançamento mostra-se irretocável e deve ser mantido.

Veja-se que mesmo na apreciação deste argumento subsidiário, o voto condutor do acórdão recorrido reitera que a redução do lucro tributável somente *poderá se dar quando a absorção do patrimônio (confusão patrimonial) se der entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio (no caso entre o Banco Bradesco e o Banco BEC)*. Evidencia-se, dessa forma, que a apreciação desta matéria não tem o condão de reverter, sozinha, a parcela glosada com o fundamento adicional de não ser admissível a dedução de amortizações do ágio antes apropriadas contabilmente. Na medida em que a Contribuinte não logrou demonstrar divergência jurisprudencial que permita reverter a exigência de confusão patrimonial entre o Banco Bradesco S/A e o Banco BEC, este fundamento autônomo subsiste para manter a indedutibilidade, também, das deduções correspondentes ao ágio antes amortizado contabilmente.

Em tais circunstâncias, o recurso especial não pode ser conhecido. Neste sentido, aliás, é a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores:

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

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

De toda a sorte, vale registrar que no paradigma nº 1302-002.346, sob relatoria do Conselheiro Gustavo Guimarães Fonseca, seria patente a divergência suscitada:

Entendo, todavia, que, na verdade, o erro incorrido pela fiscalização não foi a tentativa de interpretar o art. 386 mas, isto sim, de entender aplicáveis as regras nele descritas e, concomitantemente, as regras insertas no art. 391. E aqui, destaca-se, revela-se o sofisma incorrido pela auditoria porque como já demonstrado anteriormente, tais preceitos se complementam, de fato, mas apenas quanto aos momentos em que serão aplicados; insista-se, enquanto não extinto o investimento, há que se observar a regra inserta no art. 391; ocorrida a extinção do investimento, passa-se a valer aquilo que dispõe o art. 386, III, mormente porque o ágio amortizado contabilmente não tem efeitos fiscais, quaisquer que sejam; ele não impacta o cálculo do lucro real e, por certo, não impacta o valor de ágio amortizável após a extinção do investimento (*"pau que dá em Chico, da em Francisco"*).

Também o paradigma nº 1401-001.908 prestar-se-ia a caracterizar a divergência, nas palavras do voto condutor de lavra da Conselheira Livia De Carli Germano:

A leitura dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/1997 (regulamentados no artigo 386 do RIR/99) permite concluir que o tratamento tributário do ágio (isto é, a amortização da base de cálculo dos tributos) pode ser conferido ainda que o ágio tenha sido amortizado contabilmente, tanto é que os dispositivos se aplicam ainda que as sociedades não estejam obrigadas a seguir o método de equivalência patrimonial. Veja-se (grifos nossos):

[...]

O que se percebe é que, sob tal legislação, o ágio a ser amortizado da base de cálculo do IRPJ e da CSLL está completamente desvinculado de seu registro contábil; o valor do lucro apurado contabilmente será ajustado nos livros fiscais, assim como o valor do ágio a ser amortizado da base de cálculo dos tributos será controlado na escrituração tributária especificamente, na Parte B do LALUR/LACS.

A legislação não faz qualquer diferenciação entre o ágio amortizado contabilmente e aquele ainda não amortizado, devendo-se assim conferir a ambos exatamente o mesmo tratamento tributário previsto no artigo 7º da Lei nº 9.532/97, uma vez que a amortização na escrituração contábil não tem repercussão fiscal, sendo controlada na Parte B do LALUR.

De se ressaltar que não há nenhuma omissão legislativa aqui. O legislador não se “esqueceu” de mencionar que o ágio já amortizado contabilmente, antes dos eventos de incorporação, fusão ou cisão, não seria passível de aproveitamento fiscal; apenas não quis que assim o fosse. Daí a simples remissão, feita no caput do artigo 7º da Lei nº 9.532/1997, ao ágio apurado de acordo com o artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, sendo absolutamente indevida qualquer interpretação que busque conferir à ausência de menção ao ágio não amortizado o caráter de “esquecimento” do legislador a ser suprido pela lavratura de autos de infração.

Portanto, a previsão legal existe, é clara, literal e possui lógica substanciada na legislação tributária: o ágio a ser amortizado em razão do evento de incorporação é aquele apurado nos termos do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, qual seja, custo de aquisição menos o valor de patrimônio líquido do investimento adquirido, sem a exclusão de qualquer outra parcela, uma vez que o ágio amortizado na escrituração contábil antes dos referidos eventos não tem nenhuma repercussão de natureza tributária, devendo ser adicionado ao lucro líquido e controlado na Parte B do LALUR/LACS.

Registre-se que referido julgado foi reformado pelo Acórdão nº 9101-004.398, mas tal decisão somente foi publicada no sítio do CARF em 24/10/2019, depois da interposição do recurso especial aqui sob exame.

Contudo, presente fundamento inatacado em razão do não conhecimento do recurso especial nas demais matérias suscitadas pela Contribuinte, também deve ser NEGADO CONHECIMENTO ao recurso especial da Contribuinte na matéria “*Da legitimidade do aproveitamento da dedutibilidade fiscal do ágio amortizado contabilmente pelo Recorrente*”.

Por fim, quanto à matéria “*inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considera indedutível pela fiscalização*”, trata-se de dissídio jurisprudencial que somente tem utilidade se concebido sob a ótica de dedutibilidade das amortizações na base de cálculo da CSLL, ainda que firmada a indedutibilidade no âmbito do IRPJ. Isto porque, sem esta autonomia, subsistem os fundamentos aqui expressos, em razão da especificidade das operações analisadas, para indedutibilidade no âmbito do IRPJ como diferenciais para caracterização do dissídio apenas sob a ótica das regras de apuração da base de cálculo da CSLL. Tanto o é que o voto condutor do acórdão recorrido expressamente refere os fundamentos legais confrontados pela Contribuinte sob a premissa de estar tratando *despesas de amortização de ágio que sejam indedutíveis para fins de apuração do lucro real*.

Arguição semelhante já teve seu conhecimento negado por este Colegiado nos termos do voto vencedor desta Conselheira no Acórdão nº 9101-006.049¹⁴:

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.

¹⁴ 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), e divergiram na matéria os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli e Alexandre Evaristo Pinto.

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 nº 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 nº 8.981/1995, posto que tal dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ.

Acórdão paradigma nº 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 nº 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 nºs 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 nº 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 nº 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 nº 1103-00.630, embora ali também se tratasse de amortização fiscal do ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 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”.

Esclareça-se, ainda, que, com respeito ao paradigma nº 1103-00.630, houve arguição, nos autos do processo administrativo nº 16327.720954/2014-01, de que ele *não restou reformado pelo acórdão nº 9101-002.184, proferido por esta E. CSRF naqueles autos, tendo em vista que, como consignado no tópico 'Delimitação do escopo' em tal decisão, 'o procurador da Fazenda Nacional deixou de recorrer da CSLL'*”, acrescentando que *"tendo em vista que o acórdão nº 9101-002.184, além de adotar o mesmo sentido que o acórdão paradigma ora citado, consignou expressamente que não tratava da questão em análise.* O paradigma nº 1103-00.630 exonerou as exigências decorrentes de glosa de amortização de ágio fundamentadas na falta de concretização da rentabilidade futura e na incorporação reversa da investidora pela investida. A PGFN suscitou divergência acerca destes fundamentos e o voto condutor do Acórdão nº 9101-002.184 traz consignado que:

Está fora do escopo desta decisão os lançamentos relativos à CSLL, isto porque o procurador da Fazenda Nacional deixou de recorrer da CSLL, talvez em razão do acórdão recorrido ter sido omisso na ementa quanto aos fundamentos autônomos no âmbito da CSLL para dar provimento ao recurso voluntário. Apesar da omissão na ementa, a última página do voto do relator (e-fl. 1458) não deixa dúvidas. E, por não ser matéria de ordem pública, entendo que a matéria não foi devolvida à Câmara Superior (efeito devolutivo); logo, portanto, por preclusão processual, a questão da CSLL está definitivamente julgada.

Ocorre que, na ótica aventada naqueles autos, tal ponderação somente permitiria cogitar de eventual reavaliação da percepção antes firmada acerca do paradigma nº 1103-00.630 se esta 1ª Turma tivesse conhecido do recurso especial fazendário e restabelecido a glosa de amortização de ágio lá afastada, também, no âmbito do IRPJ. Contudo, apesar da ressalva inicial, a conclusão deste Colegiado foi no sentido de conhecer parcialmente do recurso especial, apenas quanto à incorporação reversa, e negar-lhe provimento. Assim, nem mesmo a partir de uma interpretação ampliada do paradigma nº 1103-00.630 seria possível afirmar que a decisão do outro Colegiado do CARF passou a ter o condão de cancelar a exigência de CSLL, apesar de restabelecida a glosa de amortização de ágio no âmbito do IRPJ.

Assim, também aqui, deve ser NEGADO CONHECIMENTO à matéria *“inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considera indedutível pela fiscalização”*.

Por todo o exposto, NEGA-SE CONHECIMENTO ao recurso especial da Contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora

Fl. 39 do Acórdão n.º 9101-006.763 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 16327.720724/2016-04