



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.720818/2018-37
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101-006.374 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 9 de novembro de 2022
Recorrente BANCO SOCIETE GENERALE BRASIL S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016, 2017

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INTERPOSIÇÃO DE “EMPRESA-VEÍCULO”.

A caracterização de dissídio jurisprudencial acerca da necessidade de confusão patrimonial entre a investida e a pessoa jurídica considerada real adquirente permite a interpretação de o litígio contemplar, também, as objeções fiscais à interposição de “empresa-veículo”, mormente se o paradigma admitido externa decisão divergente em face da mesma operação analisada no recorrido.

CSLL. AMORTIZAÇÃO FISCAL DE ÁGIO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA.

Não há divergência jurisprudencial quando os precedentes comparados tenham tratado de amortização de ágio em contextos jurídicos diversos.

O paradigma 9101-002.310 não tratou de despesas com amortização de ágio deduzidas após incorporação, mas de participação mantida na investidora. Já o caso dos autos discute a glosa de despesas com amortização de ágio tomadas em razão da incorporação, e pretensamente registradas com base nos critérios trazidos pela Lei 9.532/1997. Panoramas jurídicos diversos, portanto.

Quanto ao paradigma 1103-00.630, embora ali também se tratasse de amortização fiscal do ágio na forma da Lei 9.532/1997, e seu voto condutor traga argumentos contrários à indedutibilidade das amortizações no âmbito da CSLL, 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.

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

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016, 2017

GLOSA DE DESPESAS. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. REAL ADQUIRENTE. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. IMPOSSIBILIDADE.

A tese de que, em qualquer circunstância, deve ser considerada “real investidora” a pessoa jurídica do grupo de quem se originaram os recursos financeiros utilizados na aquisição não encontra respaldo na legislação em vigor. A menos que houvesse dispositivo legal dispondo de forma diferente, é de se considerar como “real adquirente”, em um negócio de compra e venda, a pessoa que recebe o bem em troca do pagamento do preço.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em: (i) em relação à matéria “efetiva confusão patrimonial entre investidora e investida”, conhecer do Recurso Especial, vencidos os conselheiros Livia De Carli Germano (relatora), Luiz Tadeu Matosinho Machado, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes e Gustavo Guimarães da Fonseca que votaram pelo não conhecimento; e (ii) em relação à matéria “amortização de ágio na base de cálculo da CSLL”, por maioria de votos, não conhecer do recurso, vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli e Alexandre Evaristo Pinto que votaram pelo conhecimento. No mérito, na parte conhecida, por maioria de votos, acordam em dar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Fernando Brasil de Oliveira Pinto e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que votaram por negar-lhe provimento. Votaram pelas conclusões os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Alexandre Evaristo Pinto e Gustavo Guimarães da Fonseca. Designada para redigir o voto vencedor, quanto ao conhecimento, a conselheira Edeli Pereira Bessa, que manifestou ainda intenção de apresentar declaração de voto.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Relatora

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa - Redatora designada

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, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Ana Cecilia Lustosa da Cruz, Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pelo sujeito passivo em face do acórdão 1402-004.515, proferido pela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção na sessão de 10 de março de 2020, assim ementado e decidido:

Acórdão recorrido 1402-004.515

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

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016, 2017

IRPJ. AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO. ÁGIO. REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. TRANSFERÊNCIA DO ÁGIO DENTRO DO GRUPO ECONÔMICO.

A legislação tributária autoriza a dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura quando a incorporação ocorrer entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio.

Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO

(CSLL)

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016, 2017

CSLL. DECORRÊNCIA.

O resultado do julgamento do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica –IRPJ espalha seus efeitos sobre a CSLL lançada em decorrência das mesmas infrações.

Acordam os membros do colegiado, i) por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário relativamente i.i) à aplicação do artigo 24, da Lei nº 13.655/2018, que alterou a LINDB; i.ii) ao pedido de nulidade por alteração de critério jurídico pela decisão a quo; ii) por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário em relação aos lançamentos de IRPJ, vencidos os Conselheiros Leonardo Luis Pagano Gonçalves e Junia Roberta Gouveia Sampaio que davam provimento. Os Conselheiros Paula Santos de Abreu e Luciano Bernart acompanharam o Relator pelas conclusões; ii) por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário em relação aos lançamentos de CSLL, vencidos os Conselheiros Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Paula Santos de Abreu, Junia Roberta Gouveia Sampaio e Luciano Bernart, que davam provimento para afastar a tributação. A Conselheira Paula Santos de Abreu manifestou intenção de apresentar declaração de voto relativamente ao item "ii".

A autuação fiscal consistiu na glosa de despesas relacionadas à amortização, nos anos-calendário de 2013 a 2017, do ágio oriundo da aquisição, em novembro de 2007, do Banco Cacique, aplicando-se multa de ofício de 75%. Os fundamentos da autuação foram assim descritos pelo voto condutor do acórdão recorrido:

Em apertada síntese, conforme relatado, a autoridade fiscal defende a impossibilidade do Banco Cacique amortizar o ágio gerado na aquisição da CACIPAR (sua controladora integral) pelo Banco Société porque não atenderia aos termos do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997 (art. 386 do RIR/99) pois o ágio foi pago de fato pelo Banco Société; e não houve confusão patrimonial entre o Banco Cacique (adquirido) e o Banco Société (adquirente). Anotou ainda a utilização de uma empresa veículo (Trancoso - intermediária) para transportar o ágio e possibilitar a sua amortização pelo Banco Cacique, em 2009, quando da incorporação da Trancoso.

Contra o acórdão recorrido (1402-004.515) o sujeito passivo primeiramente opôs embargos de declaração alegando:

- a) “Contradição e obscuridade contidas na declaração de voto com reflexo direto no resultado no julgamento”: argumenta que a declaração de voto apresentada pela Conselheira Paula Santos de Abreu, que acompanhou o Relator pelas conclusões quanto à negativa de provimento ao recurso voluntário em relação à glosa das despesas de amortização de ágio, estaria eivada de contradição e obscuridade.
- b) “Omissão dos precedentes aduzidos no recurso voluntário – segurança jurídica”: sustenta que o acórdão recorrido não analisou os precedentes que permitiriam a aplicação, ao caso, das alterações que a Lei nº 13.655/2018 instituiu no art. 24 da LINDB.
- c) “Omissão quanto à alegada ausência de confusão patrimonial no caso”: defende que a decisão embargada teria se limitado a apreciar se a confusão patrimonial, nos termos do art. 386 do RIR/1999, é ou não requisito necessário à dedutibilidade fiscal, deixando de abordar os argumentos trazidos pelo recurso voluntário que comprovariam que no caso em tela ocorreu tal confusão patrimonial, na medida em que ágio e investimento passaram a “se confundir” no BANCO CACIQUE quando das incorporações reversas da CACIPAR e da TRANCOSO.
- d) “Omissão quanto ao propósito negocial da suposta “sociedade veículo””: argumenta que a decisão recorrida se omitiu a respeito das alegações contidas no recurso voluntário que comprovariam que a empresa TRANCOSO tinha propósito negocial.

Os embargos de declaração foram rejeitados por despacho em 20 de julho de 2020.

Em seu recurso especial, o sujeito passivo questiona os seguintes pontos da decisão recorrida:

- (i) necessária aplicação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002 (incluído pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020) ao presente processo administrativo (legislação superveniente);
- (ii) necessária aplicação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002 (incluído pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020) ao presente processo administrativo (matéria de ordem pública);
- (iii) indevida alteração do critério jurídico no acórdão recorrido – vício no julgamento;

- (iv) necessidade de observância dos princípios da segurança jurídica e economia processual – decisão definitiva no processo administrativo nº 16327.001743/2010-34;
- (v) impossibilidade de aplicação da Teoria do Propósito Negocial;
- (vi) existência de propósito negocial em face da demonstração de motivos extrafiscais;
- (vii) efetiva confusão patrimonial entre investidora e investida;**
- (viii) validade da suposta ‘empresa veículo’;
- (ix) inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização.**

Em 11 de setembro de 2020, Presidente de Câmara deu seguimento parcial ao recurso especial quanto às matérias descritas nos itens (vii) “*efetiva confusão patrimonial entre investidora e investida*” – paradigmas 9101-003.609 e 1301-001.505, e (ix) “*inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização*” -- paradigmas 9101-002.310 e 1103-00.630. Tal decisão foi confirmada com a rejeição do agravo interposto.

Sobre as matérias admitidas, o despacho assim consignou:

(...)

(7) “efetiva confusão patrimonial entre investidora e investida”

Decisão recorrida:

IRPJ. AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO. ÁGIO. REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. TRANSFERÊNCIA DO ÁGIO DENTRO DO GRUPO ECONÔMICO.

A legislação tributária autoriza a dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura quando a incorporação ocorrer entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio.

Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.

[...].

A partir do momento em que, em razão das reorganizações societárias, passam a ser utilizadas novas pessoas jurídicas (C, D, E, F, G, e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora originária (pessoa jurídica A) e da investida (pessoa jurídica B), e o evento de absorção não envolve mais a pessoa jurídica A e a pessoa jurídica B, mas sim pessoa jurídica distinta (como, por exemplo, pessoa jurídica F e pessoa jurídica B), a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato impositivo (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto pessoal.

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.

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.

[...].

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.

32. 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.

33. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que *não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original*, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos nºs 9101-003.609, de 2018, e 1301-001.505, de 2014) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, 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” (primeiro acórdão paradigma) e que é descabido falar em falta de disposição expressa no ordenamento para a opção por um ou por outro [incorporação direta ou mediante uso de empresa veículo, esclareço] (segundo acórdão paradigma)*.

(...)

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

Decisão recorrida:

CSLL. DECORRÊNCIA.

O resultado do julgamento do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ espraia seus efeitos sobre a CSLL lançada em decorrência das mesmas infrações.

[...].

Por tais motivos, entende-se aplicável ao caso o art. 57 da Lei 8981/95, consequente a legalidade da adição do ágio à base de cálculo da CSLL.

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.

A Lei n. 7.689/88 (art. 2º, *caput* e § 1º, “c”, “1” a “3”) não contempla essa indedutibilidade. Tanto o art. 38 da Lei n. 8.541/92 como o art. 57 da Lei n. 8.981/95, previram expressamente a manutenção da base de cálculo da CSLL, ressalvadas as alterações a ela feitas nessas leis. E nenhuma delas previu a indedutibilidade em comentário. Também as leis posteriores, como as Leis ns. 9.249/95 e 9.430/96 não instituíram essa indedutibilidade para a CSL.

39. Por fim, no que se refere a essa nona 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.

40. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu *aplicável ao caso o art. 57 da Lei 8981/95, consequente (sic) a legalidade da adição do ágio à base de cálculo da CSLL*, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos nºs 9101-002.310, de 2016, e 1103-00.630, de 2012) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, pela *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 (primeiro acórdão paradigma)* e que o *art. 57 da Lei n. 8.981/95 não previu, expressamente [...] a indedutibilidade em comentário [inedutibilidade das despesas de amortização do ágio, esclareço] (segundo acórdão paradigma)*.

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

(...)

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões questionando exclusivamente o mérito do recurso especial.

É o relatório.

Voto Vencido

Admissibilidade recursal

O recurso especial é tempestivo. Passo a examinar os demais requisitos para a sua admissibilidade.

Nesse ponto, observo que a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) é instância especial de julgamento com a finalidade de proceder à uniformização da jurisprudência do CARF. Desse modo, a admissibilidade do recurso especial está condicionada ao atendimento do disposto no artigo 67 do Anexo II do Regimento Interno do CARF - RICARF, aprovado pela Portaria MF 343/2015, merecendo especial destaque a necessidade de se demonstrar a divergência jurisprudencial, *in verbis*:

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

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

(...)

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

Destaca-se que o alegado dissenso jurisprudencial se estabelece em relação à interpretação das normas, devendo, a divergência se referir a questões de direito, tratando-se da mesma legislação aplicada a um contexto fático semelhante. Assim, se os acórdãos confrontados examinaram normas jurídicas distintas, ainda que os fatos sejam semelhantes, não há que se falar em divergência entre os julgados.

Por outro lado, quanto ao contexto fático, não é imperativo que os acórdãos paradigma e recorrido tratem exatamente dos mesmos fatos, mas apenas que o contexto tido como relevante pelo acórdão comparado seja de tal forma semelhante que lhe possa (hipoteticamente) ser aplicada a mesma legislação. Desse modo, um exercício válido para verificar se se está diante de genuína divergência jurisprudencial é verificar se a aplicação, ao caso dos autos, do racional constante do paradigma, seria capaz de levar à alteração da conclusão a que chegou o acórdão recorrido.

Conforme relatado, o recurso especial do sujeito passivo foi preliminarmente admitido para discutir a decisão constante do acórdão recorrido quanto aos temas da “*efetiva confusão patrimonial entre investidora e investida*” – em face dos paradigmas 9101-003.609 e 1301-001.505, e “*inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da*

despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização” – em face dos paradigmas 9101-002.310 e 1103-00.630.

“Efetiva confusão patrimonial entre investidora e investida”

Nesse ponto, o recurso especial do sujeito passivo sustenta que houve efetiva confusão patrimonial, afirmando que *“a Trancoso efetivamente adquiriu a participação da Cacipar mediante pagamento em dinheiro”*. Questiona, assim, a premissa teórica do acórdão recorrido, que segue naquela conhecida linha de que a “confusão patrimonial” que dá ensejo à amortização fiscal do ágio é apenas aquela operada entre a investida e a “investidora original”, assim considerada a pessoa jurídica do grupo da qual se originam os recursos financeiros que são primeiramente aportados ou de alguma forma transferidos a outra sociedade para, então, serem por esta utilizados para a aquisição do investimento.

A análise do voto condutor do acórdão recorrido revela que o recurso especial, quando acabou sendo admitido apenas quanto a essa matéria de mérito, resta insuficiente para reformar a conclusão do acórdão recorrido quanto à glosa das despesas com amortização de ágio para fins do IRPJ, diante da permanência de fundamento autônomo inatacado.

Isso porque o voto condutor do acórdão recorrido, além de afirmar a premissa teórica da “confusão patrimonial” descrita acima, conclui também que a Trancoso seria “empresa veículo” e afirma, nesse ponto, que *“não foram trazidos aos autos provas que pudessem infirmar as conclusões da Autoridade Fiscal sobre a utilização de empresa ‘veículo’”*.

Desse modo, a reforma do acórdão recorrido quanto à exigência de que a confusão patrimonial se dê entre a investida CACIPAR e o Banco Societé (sociedade que aportou os recursos na Trancoso para que esta adquirisse o investimento), embora necessária para alterar a conclusão a que chegou o acórdão recorrido, não é suficiente para se atingir uma mudança na sua conclusão de que a glosa das despesas com amortização de ágio deveria ser mantida, eis que permaneceria o argumento de que a Trancoso seria mera “empresa veículo” e, portanto, não poderia ser tratada como “adquirente” para fins de registro e amortização do ágio.

Tanto isso é verdade que o sujeito passivo, diligentemente, buscou reformar a conclusão do acórdão recorrido quanto à condição da Trancoso como “empresa veículo”, no tópico de seu recurso especial intitulado *“IV.6 — Da Validade da Suposta ‘Empresa Veículo’”*, alegando divergência jurisprudencial quanto ao mesmo precedente 1301-001.505, além de um segundo, o acórdão 1302-002.634. Acontece que tal matéria não teve seguimento nos termos do despacho de admissibilidade de recurso especial (confirmado após agravo), nos seguintes termos:

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

Decisão recorrida:

(...)

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 1302-002.634, de 2018:

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO
DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.

A utilização de empresa veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude.

34. Com relação a essa oitava matéria, não ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, uma vez que as discussões prevalentes nos acórdãos recorrido e paradigmas são diferentes.

35. Enquanto na decisão recorrida discute-se a impossibilidade de amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original, nos acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos nºs 1201-001.507, de 2016, e 1301-001.505, de 2014), ao contrário, discute-se a validade da suposta ‘empresa veículo’.

36. São, pois, discussões distintas, a demandarem, forçosamente, decisões diversas, insuscetíveis de uniformização por meio do Recurso Especial de divergência.

37. Evidentemente, o primeiro pressuposto para a configuração de dissídio interpretativo, é, inquestionavelmente, a similitude 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.

38. Sendo assim, para configurar o dissídio jurisprudencial, nessa matéria, caberia à Recorrente apresentar acórdãos paradigmas discutindo matéria semelhante à abordada na decisão recorrida (ainda que o investimento subsista no patrimônio da investidora original,...) e decidindo em sentido contrário a ela (...é possível a sua amortização).

O não seguimento do recurso especial quanto ao fundamento da empresa veículo acaba fazendo com que o recurso especial seja insuficiente quando admitido apenas para discutir a questão da confusão patrimonial.

Para demonstrar o que se conclui acima, trago a seguir um resumo dos argumentos de mérito do acórdão recorrido a respeito da amortização fiscal de ágio para fins do IRPJ, mantendo a sequência de tópicos tais como utilizados pelo voto:

3.1 DOS REQUISITOS PARA A AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO

Neste tópico, o voto cita a evolução histórica da legislação a respeito do ágio, com transcrição do voto do Conselheiro Rafael Vidal de Araújo no acórdão 9101-003.442 (que por sua vez transcreve trechos do acórdão 9101-002.301, de relatoria do Conselheiro Andre Mendes de Moura, negritando-se as partes que se referem aos

aspectos pessoal e material da norma e as menções à necessidade de “confusão patrimonial”), que conclui:

(...) a lei exige que a investidora envolvida na incorporação seja a "original" ou *stricto sensu* (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada à pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco).

Passando à análise do caso dos autos, o acórdão recorrido observa:

No caso analisado nos presentes autos, houve o aporte de Banco Societé na TRANCOSO, efetuado em 30/11/2007, que possibilitou o pagamento de R\$ 891.652.040,52, de modo a efetivar a aquisição de 100% das quotas da CACIPAR. Em 31/10/2008, AGE do Banco Cacique aprovou conjuntamente o Protocolo e Justificação da incorporação reversa da CACIPAR, bem como o Protocolo e Justificação da incorporação reversa da TRANCOSO. Em decorrência do novo rearranjo societário, as duas holdings (CACIPAR e TRANCOSO) tiveram seu patrimônio vertido para o Banco Cacique, sendo extintas na sequência. Neste momento, o ágio que havia sido contabilizado pela TRANCOSO, quando da aquisição da CACIPAR, foi transferido para o patrimônio do incorporador Banco Cacique, que passou a excluir, nas suas apurações de resultado tributável de IRPJ e CSLL, já a partir da apuração do ajuste anual de 31/12/2008, parcelas de amortização do ágio de R\$ 573.842.805,41 à razão de 10% ao ano.

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

O acórdão recorrido não questiona que a pessoa jurídica adquirida com ágio foi a CACIPAR, mas parte da premissa de que o “investidor original” foi o Banco Societé, e não a Trancoso, esta a *holding* que recebeu o aporte de recursos provenientes do Banco Societé para a aquisição do investimento na CACIPAR.

Observe que o sujeito passivo opôs embargos de declaração alegando omissão do acórdão recorrido e reforçando que a Trancoso efetivamente adquiriu a participação da Cacipar mediante pagamento em dinheiro, ao que o despacho que rejeitou os embargos respondeu (grifamos):

Verifica-se que a decisão embargada examinou as operações societárias praticadas pelo grupo econômico do contribuinte e concluiu, em análises correlacionadas, que elas não satisfaziam os aspectos pessoal e material da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999. E, dentro do aspecto material, o principal item seria, conforme apontou o voto, justamente a necessária confusão patrimonial entre a empresa investida e a empresa investidora originária (**aquela que efetivamente desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária com ágio**).

3.2 DA UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO

Nessa parte, o acórdão recorrido conclui que não foram trazidos aos autos provas que pudessem infirmar as conclusões da Autoridade Fiscal sobre a utilização de empresa “veículo”, afirmando que *“verifica-se que a TRANCOSO não apresentou atividade alguma, desde sua criação até a data da compra da CACIPAR. E, em 28/10/2008, encerrando definitivamente o papel específico que lhe fora determinado - qual seja, a intermediação e o transporte do ágio havido na aquisição do Banco Cacique pelo Banco Société - a TRANCOSO foi extinta em decorrência de sua incorporação reversa pelo Banco Cacique”*. (grifos do original).

O sujeito passivo opôs embargos de declaração quanto a esse ponto, alegando que *“a decisão foi omissa quanto ao propósito negocial da Trancoso, fato que, por si só, afasta o conceito de “sociedade veículo”*”. O despacho que rejeitou os embargos afirmou ser patente que o acórdão embargado tratou especificamente da Trancoso e asua qualificação como empresa veículo. Transcrevo trechos do despacho (grifos do original):

d) Omissão quanto ao propósito negocial da suposta “sociedade veículo”

O Acórdão nº 1402-004.515 teria, segundo o embargante, se pronunciado a respeito da impossibilidade de amortização do ágio por conta da utilização de empresa veículo, mas se omitindo a respeito das alegações contidas no recurso voluntário que comprovariam que a empresa TRANCOSO tinha propósito negocial, o que afastaria sua caracterização como empresa veículo.

Mais uma vez, não vislumbro a omissão arguida pelo embargante. O acórdão embargado tratou especificamente da atuação da TRANCOSO na reorganização societária como sendo de uma empresa veículo, conforme fica patente nas seguintes passagens do voto condutor da decisão:

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

(...)

A questão do tempo em atividade é um indicativo para a empresa ser considerada “veículo”, contudo não é determinante, pois conforme análise empreendida pela Autoridade Fiscal, verifica-se que a TRANCOSO não apresentou atividade alguma, desde sua criação até a data da compra da CACIPAR. E, em 28/10/2008, encerrando definitivamente o papel específico que lhe fora determinado - qual seja, a intermediação e o transporte do ágio havido na aquisição do Banco Cacique pelo Banco Société - a TRANCOSO foi extinta em decorrência de sua incorporação reversa pelo Banco Cacique.

Quanto às alegações genéricas de que outras estruturas que poderiam ter sido utilizadas à época dos fatos, as quais, mesmo sem a constituição da Trancoso, gerariam os mesmos efeitos fiscais ao ágio questionados nestes autos, não alteram o fato de que utilizou-se a empresa TRANCOSO como veículo.

Entendo que a verificações dos requisitos de dedutibilidade do ágio devem ser realizadas no caso concreto, conforme as operações realizadas, não cabendo ao julgador analisar hipotéticas operações.

Também não afastam a tese de empresa “veículo” as alegações genéricas de criação de uma empresa de participação para, dentre outras atividades e finalidades, praticar a aquisição desejada, de forma que se pudesse reduzir complexidades e evitar custos desnecessários, e manter claramente segregadas duas atividades distintas (Recorrente e Banco Cacique).

Ressalta-se que não foi necessário a aplicação do artigo 116 do CTN pela autoridade fiscal, pois conforme já demonstrado o ágio não atendeu aos requisitos de dedutibilidade previstos em lei.

A Recorrente não trouxe aos autos provas que pudessem infirmar as conclusões da Autoridade Fiscal sobre a utilização de empresa “veículo’.” (grifou-se)

Constata-se que o julgado não trouxe apenas considerações teóricas acerca da impossibilidade de amortização de ágio quando houver utilização de empresa veículo, mas tratou especificamente da situação da empresa TRANCOSO, caracterizada como empresa veículo.

Concluo, portanto, que a alegação de omissão é manifestamente improcedente, razão pela qual a rejeito em caráter definitivo, nos termos do § 3º do art. 65 do Anexo II do RICARF/2015.

Verifica-se, assim, que a decisão recorrida, integrada pelo despacho que rejeita os embargos de declaração, deixa claro o fato de que o acórdão recorrido também se pautou no fundamento de que a Trancoso seria “empresa veículo”.

3.3 DA COERÊNCIA COMO O PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO DO EMPREENDIMENTO ECONÔMICO

Nessa parte, o voto conclui que “*As alegações de coerência com o planejamento estratégico do empreendimento econômico não suprem a ausência de cumprimento aos requisitos para a dedutibilidade do ágio. Além disso, entende-se que as operações eram predominantes tributárias.*”

3.4 DA IMPOSSIBILIDADE DE INGERÊNCIA DO FISCO NA ATIVIDADE DO CONTRIBUINTE

Neste trecho, o acórdão recorrido afirma a liberdade negocial do contribuinte, mas observa que “*não necessariamente todos os fatos são recepcionados pela norma tributária*”. Em seguida, reafirma que a subsunção ao art. 386 do RIR/99 requer que o evento de absorção envolva a “*investidora originária*”.

3.5 AD ARGUMENTANDUM- POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

Nesse tópico o voto condutor indica tratar do argumento de defesa do sujeito passivo, que busca sustentar que ainda que se admitisse que a Trancoso seria uma “empresa veículo”, a jurisprudência administrativa tem reconhecido a validade de

operações em que tais sociedades são utilizadas. Aqui, o voto aparentemente trata tal argumento como irrelevante, ante sua conclusão de que não teria havido “confusão patrimonial” (“.. *no presente caso, verificou-se que o ágio não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial"*”).

3.6 EXISTÊNCIA DO REQUISITO LEGAL DE "CONFUSÃO PATRIMONIAL"

Nesta parte o voto reitera seu entendimento de que “*a confusão patrimonial é requisito para a dedutibilidade do ágio, conforme previsto no caput do art. 386 do RIR*” e afirma que “*nas operações societárias em discussão esse requisito não foi cumprido*”.

Como se percebe, o voto condutor do acórdão recorrido está baseado em **dois fundamentos autônomos**, afirmando tanto a inexistência de confusão patrimonial (que, segundo o voto, deveria necessariamente ocorrer entre a investida e o Banco Societé), bem como a condição de “empresa veículo” da Trancoso, sendo que **esse último ponto, embora tenha sido questionado pelo recurso especial do sujeito passivo no tópico “IV.6 — Da Validade da Suposta “Empresa Veículo””, não teve seguimento nos termos do despacho de admissibilidade de recurso especial, confirmado após agravo.**

A conclusão, portanto, é pelo não conhecimento do recurso especial quanto ao tema “Efetiva confusão patrimonial entre investidora e investida”, dada a insuficiência recursal causada pelo não seguimento do recurso quanto a fundamento autônomo que, embora atacado pelo Recorrente, careceu da necessária demonstração de divergência jurisprudencial.

Desnecessário o exame dos paradigmas.

Neste sentido, sugeri a seguinte ementa para este trecho do conhecimento:

RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece do Recurso Especial que não logra demonstrar a necessária divergência jurisprudencial em relação a um dos fundamentos jurídicos autônomos que, de per si, seja apto a motivar a conclusão da decisão recorrida sobre a matéria em debate.

A reforma do acórdão recorrido quanto ao tema ao qual o despacho de admissibilidade deu seguimento (exigência de que a “confusão patrimonial” e discussão sobre o adquirente original”), embora necessária para alterar a conclusão a que chegou o acórdão recorrido, não é suficiente para se atingir uma mudança na sua conclusão de que a glosa das despesas com amortização de ágio deveria ser mantida. Permanece inatacada a conclusão do acórdão recorrido de que o sujeito passivo não logrou provar que a empresa que ele indica como adquirente do investimento não seria “empresa veículo”.

Em conclusão, oriento meu voto para não conhecer do recurso especial do sujeito passivo quanto ao tema da “Efetiva confusão patrimonial entre investidora e investida”, em razão de insuficiência recursal (fundamento autônomo inatacado)-

“Inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização”

Neste tema, o voto condutor do acórdão recorrido mantém a autuação de CSLL por concluir que *“entende-se aplicável ao caso o art. 57 da Lei 8981/95, consequente a legalidade da adição do ágio a base de cálculo da CSLL”*.

O voto vencedor do paradigma 9101-002.310 está baseado em diferente interpretação quanto ao alcance do artigo 57 da Lei 8.981/1995, veja-se:

(...) mencionado art. 57 da Lei 8.981/95 não autoriza, de forma alguma, a aplicação indiscriminada das disposições regentes do Imposto de Renda na verificação dos contornos de incidência da CSLL, mas preserva, expressamente, os ditames próprios da definição de sua base de cálculo, da forma como realizado pelas disposições até então vigentes, mantendo, assim, as normas contidas na mencionada Lei 7.689/88, nos termos ali então especificamente apontados.

Em seguida, o voto afirma textualmente que a amortização contábil do ágio impacta o lucro líquido do exercício, de forma que a indedutibilidade das despesas com amortização fiscal do ágio apenas se aplicaria à CSLL na existência de norma que determinasse a adição, o que não há.

Verifica-se que a aplicação do racional de tal voto ao caso dos autos seria capaz de levar a uma alteração da conclusão a que chegou o acórdão recorrido.

É pertinente observar que o **paradigma 9101-002.310 não tratou de despesas com amortização de ágio deduzidas após incorporação, mas de participação mantida na investidora**. Por tal motivo, a orientação do voto vencido foi de que o ágio amortizado contabilmente não poderia ser deduzido da base de cálculo da CSLL, eis que *“o ágio ou deságio só tenha influência por ocasião da alienação ou liquidação do investimento”*.

Os fatos analisados naqueles autos são, assim, essencialmente diversos do caso em questão, eis que, diferentemente, aqui se discute a glosa de despesas com amortização de ágio tomadas em razão da incorporação, e pretensamente registradas com base nos critérios trazidos pela Lei 9.532/1997.

Nesse aspecto, observo que **a decisão do voto vencedor é abrangente, inclusive rebatendo o voto vencido**, nos seguintes termos (grifamos):

Não vislumbro qualquer diferença entre o ágio não incentivado ou aquela da Lei 9.532/97, pois a questão aqui não se trata de avaliar se aquele benefício (dedutibilidade do ágio nos casos de fusão, cisão ou incorporação) alcançariam a CSLL.

Não é este o tema do litígio travado nestes autos.

O ponto aqui é discutir se a despesa com ágio (incentivado ou não, ou seja, ágio amparado ou não pelos termos da Lei 9.532/97), deve ser adicionada à base de cálculo da CSLL.

Acontece que tal passagem do voto vencedor deve ser tida como *obter dictum*, eis que não era matéria litigiosa, ali, se o ágio amortizado após incorporação deve ser adicionado à base de cálculo da CSLL.

Diante de situação semelhante, o paradigma 9101-002.310 já foi rejeitado pela maioria desta Turma em admissibilidade recursal (acórdão 9101-006.049¹, de 4 de abril de 2022 – trecho do voto vencedor da Conselheira Edeli Pereira Bessa, grifos nossos):

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.

Pela mesma razão, esta Turma também rejeitou o paradigma 9101-002.310 no julgamento do acórdão 9101-005.973², de 08 de fevereiro de 2022.

Neste sentido, compreendo que não resta caracterizada a divergência jurisprudencial quanto ao paradigma 9101-002.310.

O paradigma 1103-00.630 tratou de lançamento por glosa de despesas com amortização de ágio da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, tendo o voto condutor observado que *“no caso concreto o lançamento considerou indevida a vinculação do pagamento de ágio pela Recorrente porque: (a) a avaliação feita pelo método EBITDA não poderia servir à definição de perspectiva de rentabilidade futura; e, (b) nos exercícios subsequentes a previsão de rentabilidade não se concretizou.”*

O voto analisa e rechaça essas duas motivações. Então, passa a tratar especificamente da CSLL, nos seguintes termos (grifamos):

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

A Lei n. 7.689/88 (art. 2º, caput e § 1º, “c”, “1” a “3”) não contempla essa indedutibilidade. Tanto o art. 38 da Lei n. 8.541/92 como o art. 57 da Lei n. 8.981/95, previram expressamente a manutenção da base de cálculo da CSLL, ressalvadas as alterações a ela feitas nessas leis. E nenhuma delas previu a indedutibilidade em comentário. Também as leis posteriores, como as Leis ns. 9.249/95 e 9.430/96 não instituíram essa indedutibilidade para a CSL.

Não há norma legal como a do art. 22 da Medida Provisória n. 2.158/01, que estendeu à CSLL as regras da incompensabilidade das bases negativas de CSLL se, entre a data da

¹ Divergiram para conhecer do recurso quanto a esta matéria os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli e Alexandre Evaristo Pinto. Participaram do 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 Andrea Duek Simantob.

² Divergiram para conhecer do recurso quanto à CSLL os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella, Alexandre Evaristo Pinto e Luis Henrique Marotti Toselli. Participaram do julgamento, além destes, os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Andrea Duek Simantob.

apuração das bases negativas e a da compensação, houver, cumulativamente, mudança de controle e de ramo de atividade, bem como da impossibilidade de compensação das bases negativas de CSLL da sucedida pela sucessora por incorporação, fusão ou cisão.

Com estas considerações, conheço do recurso voluntário para dar-lhe provimento.

Verifica-se que, especificamente quanto à CSLL, os precedentes confrontados manifestam divergência jurisprudencial, eis que ambos tratam de ágio amortizado pelo sujeito passivo após a incorporação, sendo que, enquanto o acórdão recorrido, diante da glosa do ágio para fins do IRPJ, aplica-a por via reflexa para a CSLL com base no artigo 57 da Lei 8.981/1995, o paradigma afirma não haver previsão legal para a indedutibilidade das despesas com amortização de ágio da base de cálculo da CSLL, rechaçando a aplicação do artigo 57 da Lei 8.981/1995 ao caso.

Talvez por isso, o acórdão 1103-00.630 foi aceito como paradigma diante de acórdão recorrido semelhante no julgamento da admissibilidade recursal quanto ao tema da CSLL nos acórdãos 9101-004.818³, de 03 de março de 2020 e 9101-004.637⁴, de 15 de janeiro de 2020.

Não obstante, mais recentemente o paradigma 1103-00.630 foi rejeitado pela maioria desta Turma no julgamento do acórdão 9101-006.049⁵, de 4 de abril de 2022, nos termos do voto vencedor da Conselheira Edeli Pereira Bessa:

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.

Neste sentido, não conheço do recurso especial quanto ao tema da CSLL.

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

³ Conhecimnto unânime quanto à CSLL. Participaram do julgamento os Cconselheiros André Mendes de Moura, Livia De Carli Germano, Edeli Pereira Bessa, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Viviane Vidal Wagner, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob.

⁴ Conhecimento unânime quanto à CSLL, participaram do julgamento os Conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Viviane Vidal Wagner, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Andrea Duek Simantob, Caio Cesar Nader Quintella, Junia Roberta Gouveia Sampaio e Adriana Gomes Rêgo.

⁵ Divergiram oara conhecer do recurso quanto a esta matéria os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli e Alexandre Evaristo Pinto. Participaram do 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 Andrea Duek Simantob.

Mérito

Como restei vencida quanto à admissibilidade do recurso especial quanto ao tema **“Efetiva confusão patrimonial entre investidora e investida”**, passo a analisar o mérito.

O mérito do presente recurso especial consiste em definir acerca da legitimidade do registro e amortização fiscal de ágio gerado na aquisição de investimento por pessoa jurídica que foi chamada de “empresa-veículo”.

O auto de infração de IRPJ indica como bases legais o artigo 3º da Lei 9.249/1995, os artigos 7º e 8º da Lei 9.532/1997 e os artigos 247 e 250 do RIR/99. A multa aplicada foi de 75% e não há acusação de dolo ou simulação. No entender da autoridade fiscal, *“a sequência de operações acima descritas deixa claro que a empresa com status de Real Investidora na compra, com ágio, do Banco Cacique havia sido o Banco Societé.”*

Importante ressaltar que não se questiona nos presentes autos a existência do ágio, ou o seu fundamento econômico. O debate, como se verá adiante, se restringe a definir quem deve ser considerada a “real adquirente” para fins de aplicação do artigo 7º da Lei 9.532/1997 (base legal do artigo 386 do então vigente RIR/99).

Como já se transcreveu, a decisão recorrida corroborou a tese da autoridade autuante de que investimento subsistiria no patrimônio da “investidora original”, que seria o Banco Societé (empresa ora autuada), sendo legítima portanto a glosa das despesas com amortização fiscal do ágio registrado na aquisição da Cacipar.

Para que se possa seguir a linha de que é necessária a “confusão patrimonial” entre “real investidora” e “investida” é necessário confirmar quem são tais figuras na operação de aquisição em questão, é dizer, se por um lado não se nega que a investida seja a Cacipar, é necessário definir se a “real investidora” no caso foi a Trancoso, como sustenta o sujeito passivo, ou o Banco Societé, como apontou a autoridade autuante.

A tese de que deve ser considerada “real investidora” a pessoa jurídica do grupo de quem se originaram os recursos financeiros utilizados na aquisição, e não necessariamente quem celebrou o contrato de compra e venda de ações, não encontra respaldo na redação do artigo 7º da Lei 9.532/1997 tal como esta se apresenta. De fato, a menos que houvesse dispositivo legal dispondo de forma diferente, é de se considerar como **“real adquirente”** ou **“adquirente original”** em um negócio de compra e venda **a pessoa que se prove ter pactuado com outrem a aquisição do investimento.**

Analisando-se o Termo de Verificação Fiscal, verifica-se que a alegação ali foi exatamente nessa linha de “ausência de confusão patrimonial”, tal como adotada pelo acórdão recorrido.

Nesse ponto, esclareço que a referência ao fato de a Trancoso ter sido “empresa veículo”, na acusação fiscal, não é feita no sentido de se desconsiderar a existência ou a participação dessa pessoa jurídica na operação, nem para alegar nenhum “vício” ou patologia nos

negócios jurídicos praticados, mas apenas para corroborar a conclusão de que a Trancoso teria servido apenas de canal para o registro do ágio. Transcrevo trecho do Termo de Verificação Fiscal (fls. 537-538):

4. DAS CIRCUNSTÂNCIAS VERIFICADAS

Primeiramente, analisemos o histórico da MARIGANE PARTICIPAÇÕES LTDA, sociedade empresarial limitada criada em 05/11/2006, com capital social subscrito de R\$ 1.000,00, e registrada na JUCESP em 16/01/2007 (Doc. 13).

Menos de dois meses depois de criada, em 07/03/2007 a MARIGANE foi cedida ao Banco Société e imediatamente renomeada para Trancoso Participações Ltda.. Na sequência, a empresa foi beneficiária da cessão do direito de aquisição das quotas da CACIPAR, ou seja, do controle integral do Banco Cacique.

Emitida a autorização do BACEN, em 31/11/2007, a TRANCOSO recebeu do Banco Société o aporte de capital para a aquisição da CACIPAR, que se deu na mesma data. Menos de um ano depois, em 31/10/2008 a empresa teve seu CNPJ baixado por motivo de incorporação reversa efetuada pelo Banco Cacique.

Nos registros da RFB, consta que o CNPJ 08.631.625/0001-63 esteve ativo por pouco mais de 1 ano e 9 meses apenas e apresentou duas DIPJ:

DT ABERTURA: 16/01/2007 (02/2007) DT FRIM. ESTAB.: 16/01/2007	
SIT. CAD. CNPJ: BAIXADA	MOTIVO: INCORPORACAO
DATA DA SITUACAO : 31/10/2008 (10/2009) PROC. INSCR. OFICIO:	

16/11/2018	11:12	RELACAO DECLARACOES		1990 A 2014	USUARIO: LOIS			
CNPJ BASICO: 08.631.625					PAG. 06			
NOME EMP.: TRANCOSO PARTICIPACOES LTDA.								
EX.	ANO	DATA	FORM.	NUM.	SIT.	SIT.	PERIODO	BASE
	CALE.	ENTREGA		DECL.	M.CAD.	ESP.	INICIAL	FINAL
	2008	2008	28/11/2008	L.REAL	1845032	LIBERADA INC/RADA	01/01-31/10/20	
	2008	2007	29/06/2008	L.REAL	3359447	LIBERADA NORMAL	30/11-31/12/20	

Analisando-se os dados da DIPJ/2008 (Doc. 10), ano-calendário 2007, verifica-se que a TRANCOSO não apresentou atividade alguma, desde sua criação até a data da compra da CACIPAR.

E, em 28/10/2008, encerrando definitivamente o papel específico que lhe fora determinado - qual seja, a intermediação e o transporte do ágio havido na aquisição do Banco Cacique pelo Banco Société - a TRANCOSO foi extinta em decorrência de sua incorporação reversa pelo Banco Cacique.

Este tipo de atuação é denominado no mundo societário de “empresa veículo”, pessoas jurídicas que não apresentam nenhuma atividade empresarial, criadas e ativadas com o fim exclusivo de transportar ágio dentro de um grupo empresarial no qual ocorreu aquisição de outras empresas.

Trata-se, portanto, de operações especialmente construídas, inclusive mediante a utilização de “empresa de prateleira”, de curtíssima duração, sem funcionários ou quadro funcional incompatível, com capital social mínimo, além de outras características completamente atípicas no contexto empresarial, envolvendo aportes de substanciais recursos para, em questão de dias ou meses, serem objeto de operações de transformação societária.

Aqui cumpre destacar que, muito embora não seja possível recuperar dados sobre a situação da pessoa física sócia da MARIGANE à época dos fatos (2007), pesquisa

efetuada em 2010 nos sistemas da Receita Federal, mostra que a Sra. Diva Maria Batista Martins Ramalho era responsável perante o M.F. por 21 empresas, todas elas com “Participações” no nome (Doc. 14).

O Banco Société se utilizou de uma das empresas de prateleira da Sra. Diva – a MARIGANE/TRANCOSO – recém-criada e inativa, que foi interposta entre a real adquirente e a empresa adquirida – CACIPAR/Banco Cacique. Ou seja, a TRANCOSO se prestou exclusivamente para servir como adquirente intermediário e, nessa circunstância, recebeu o ágio apurado na operação de compra do Banco Cacique, transportando-o até o momento de sua própria incorporação reversa.

(...)

Como se percebe, a menção a que a Trancoso “não apresentou atividade alguma” feita pela acusação fiscal foi realizada no contexto de corroborar a conclusão de que a Trancoso exerceu *“o papel específico que lhe fora determinado - qual seja, a intermediação e o transporte do ágio havido na aquisição do Banco Cacique pelo Banco Société”*, e não para alegar qualquer “abuso”, “artificialidade”, simulação ou conceitos do gênero.

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

No caso, a acusação fiscal está pautada, única e exclusivamente, em uma interpretação de que a legislação tributária exigiria “confusão patrimonial” entre a investida e a empresa do grupo da qual se originaram os recursos financeiros para a aquisição do investimento, de forma que, no entender da autoridade autuante, seria ilegítimo o registro de ágio por empresa que tenha recebido o aporte de recursos financeiros para a realização de tal aquisição.

Nesse ponto, registro que a autoridade autuante até iniciou a caminhada argumentativa no sentido de buscar provar que a Trancoso seria uma empresa apenas “no papel” (o que, efetivamente poderia apontar para eventual vício no negócio jurídico de aquisição do investimento -- vício este que alguns poderiam chamar de simulação, outros de ausência de “causa”, outros de abuso de forma, etc). Fez isso ao indicar, por exemplo, a existência efêmera, bem como o fato de que os recursos financeiros utilizados na aquisição terem originado em seu sócio Banco Société. Mas os fatos indicados a fim de provar tal tese pararam por aí, e não são suficientes para se chegar à conclusão de que a Trancoso seria, realmente, uma pessoa jurídica

sem substância, ou sem participação efetiva na operação, e/ou para se concluir por algum vício ou patologia no(s) negócio(s) jurídico(s) praticado(s).

É dizer, a fiscalização não aprofundou a acusação de forma a buscar provar que a Trancoso não tinha infraestrutura física e operacional compatível com seu objeto social, ou que ela não teria tido participação concreta na operação de aquisição do investimento, etc., nem aponta efetivamente quaisquer fatos que indiquem patologias nos negócios jurídicos praticados. Não foi esta a linha de fundamentação seguida pela autoridade autuante.

Ao mesmo tempo, a autoridade autuante não consegue infirmar -- **pelo contrário, as provas que traz apenas confirmam** -- que foi a Trancoso quem, pelo menos formal e diretamente, adquiriu o investimento de terceiros, e pagou por ele com recursos que, não obstante tenham tido origem em seu controlador Banco Societé, eram recursos próprios da Trancoso, porque nela capitalizados.

Insubsistente, assim, a acusação de “empresa veículo” (no sentido de patologia no negócio jurídico).

Sendo igualmente insubsistente a acusação de inexistência de “confusão patrimonial” entre investida e “real investidora”, como já analisado acima, a conclusão a que se chega é de que não há nos autos elementos que comprovem que a operação não foi a alegada pelo sujeito passivo (“aquisição da Cacipar pela Trancoso”), nem que tenha sido a “aquisição da Cacipar pelo Banco Societé”, como pretendeu o Fisco.

Em resumo, a acusação fiscal em discussão não se mantém, eis que as bases legais indicadas e as provas trazidas pela autoridade autuante não são suficientes para a requalificação da operação ou para a conclusão pela ilegitimidade do ágio registrado e amortizado para fins fiscais.

Não é possível condenar a amortização fiscal do ágio por ausência de “confusão patrimonial”, como pretendeu a decisão recorrida, sem prova de que, de fato, teria sido o Banco Societé – e não a Trancoso -- quem adquiriu a Cacipar. Além disso, a autoridade autuante não alegou nem provou que a operação deveria ser requalificada para fins fiscais.

Conclusão

Ante o exposto, oriento meu voto para não conhecer do recurso especial e, como restei vencida, no mérito, quanto à parte conhecida, dou-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano

Voto Vencedor

Conselheira Edeli Pereira Bessa, Redatora designada.

A I. Relatora restou vencida em seu entendimento contrário ao conhecimento do recurso especial da Contribuinte.

De fato, como bem observado em suas análises, a Contribuinte suscitou divergência jurisprudencial acerca da *validade da suposta “empresa veículo”* e esta matéria não teve seguimento em exame de admissibilidade. Contudo, a compreensão da maioria do Colegiado foi no sentido de que tal matéria não apresenta autonomia suficiente em relação àquela admitida para, em face da não caracterização do dissídio jurisprudencial neste segundo ponto, subsistir fundamento inatacado a sustentar o acórdão recorrido.

Isto porque o recurso especial da Contribuinte teve seguimento na matéria *“efetiva confusão patrimonial entre investidora e investida”* e a inocorrência desta confusão é afirmada, no recorrido, justamente, porque interposta “empresa-veículo” entre a investidora e a investida, de modo a viabilizar incorporação exigida por lei, mas sem a participação da pessoa jurídica considerada adquirente do investimento. Assim, a análise dos procedimentos realizados pelo grupo empresarial, dos quais resultaram a incorporação que justificaria a amortização fiscal do ágio, passa necessariamente pela definição de quem é a “investidora” – aquela indicada pela autoridade lançadora ou aquela referida como “empresa-veículo” – para, a partir desta definição, aferir se a incorporação realizada efetivou, ou não, a confusão patrimonial demandada pela lei fiscal.

Note-se que a matéria cujo seguimento foi negado está erigida, também, em face do paradigma nº 1301-001.505, admitido para caracterização da divergência acerca *“efetiva confusão patrimonial entre investidora e investida”* e que representa julgado exarado em face da mesma operação da qual decorrem as amortizações de ágio aqui debatidas. A Contribuinte apresentou agravo contra a admissibilidade parcial de seu recurso especial e, especificamente no que se refere à matéria *validade da suposta “empresa veículo”*, seus argumentos foram rejeitados sob os seguintes fundamentos:

VALIDADE DA SUPOSTA “EMPRESA VEÍCULO”

Quanto a essa matéria, o exame de admissibilidade contestado registrou:

[...]

34. Com relação a essa oitava matéria, **não ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, uma vez que as discussões prevalentes nos acórdãos recorrido e paradigmas são diferentes.**

35. Enquanto na **decisão recorrida** discute-se a *impossibilidade de amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original*, nos **acórdãos paradigmas** apontados (Acórdãos nºs 1201-001.507, de 2016, e 1301-001.505, de 2014), **ao contrário**, discute-se a validade da suposta ‘empresa veículo’.

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

37. Evidentemente, o primeiro pressuposto para a configuração de dissídio interpretativo, é, inquestionavelmente, a **similitude** 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.

38. Sendo assim, para configurar o dissídio jurisprudencial, nessa matéria, caberia à Recorrente apresentar acórdãos paradigmas discutindo **matéria semelhante** à abordada na decisão recorrida (ainda que o investimento subsista no patrimônio da investidora original,...) e decidindo em sentido contrário a ela (...é possível a sua amortização).

(GRIFOS DO ORIGINAL)

Relativamente a esse tema, o Agravante, a exemplo do que fez em relação à questão do PROPÓSITO NEGOCIAL, pretende demonstrar a divergência jurisprudencial mesmo admitindo que o tema EMPRESA VEÍCULO não integrou os fundamentos em virtude dos quais o acórdão recorrido pronunciou-se pela indedutibilidade da despesa correspondente à amortização do ágio.

Como demonstrado anteriormente, o acórdão recorrido, em essência, decide pela indedutibilidade da despesa com ágio por entender que a dedução só é possível na circunstância em que investidor e investida passem a integrar a mesma universalidade, isto é, haja a denominada CONFUSÃO PATRIMONIAL.

Não se pode negar que o voto condutor do acórdão recorrido debruça-se sobre a questão da utilização de EMPRESA VEÍCULO, porém, o faz tão-somente no contexto da apreciação de que a TRANCOSO serviu de meio para viabilizar a dedução do ágio na forma pretendida pelo sujeito passivo, e que a forma adotada inviabilizou a integração do patrimônio de quem foi considerada como verdadeira adquirente com o patrimônio da adquirida. Tal aspecto é relevante e suficiente à demonstração de que, independentemente do fato de a empresa TRANCOSO ser ou não uma empresa veículo, ter ou não propósito negocial, o fundamento pelo qual o acórdão recorrido considerou a despesa indedutível residiu no fato de não ter havido a denominada confusão patrimonial.

Não custa destacar que, relativamente à matéria EFETIVA CONFUSÃO PATRIMONIAL ENTRE A INVESTIDORA E INVESTIDA, o exame de admissibilidade agravado entendeu que a divergência foi devidamente demonstrada, de modo que, a princípio, o fundamento que serviu de suporte para a decisão proferida pelo acórdão recorrido será reapreciado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais.
(destaques do original)

Esta abordagem evidencia diferentes percepções acerca do relevo dado, no acórdão recorrido, à utilização de “empresa veículo”, e esta Conselheira, distintamente da I. Relatora, compreende que, como acima exposto, *não se pode negar que o voto condutor do acórdão recorrido debruça-se sobre a questão da utilização de EMPRESA VEÍCULO, porém, o faz tão-somente no contexto da apreciação de que a TRANCOSO serviu de meio para viabilizar a dedução do ágio na forma pretendida pelo sujeito passivo, e que a forma adotada inviabilizou a integração do patrimônio de quem foi considerada como verdadeira adquirente com o patrimônio da adquirida.* Sob esta ótica, a caracterização da divergência jurisprudencial na

matéria “*efetiva confusão patrimonial entre investidora e investida*”, alcança o fundamento determinante para a negativa de provimento ao recurso voluntário no acórdão recorrido.

Adicione-se, ainda, as ponderações postas por esta Conselheira para afirmar a existência de dissídio jurisprudencial semelhante ao presente, em face do mesmo paradigma n.º 1301-001.505, em declaração de voto apresentada no Acórdão n.º 9101-006.049, que também apreciou recurso especial contra decisão desfavorável à Contribuinte em glosas de amortizações do mesmo ágio, em outro período de apuração, decisão aquela, inclusive, de relatoria desta Conselheira no Acórdão n.º 1402-003.574:

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

Isto porque, nas divergências admitidas em face dos paradigmas n.º 9101-003.609 (“Da Efetiva Confusão Patrimonial entre ‘Empresa Adquirente’ e Investimento Adquirido com Ágio”) e n.º 1301-001.505 e 1201-002.247 (“Da Validade da Suposta “Empresa Veículo”), a pretensão da Contribuinte é de que lhe seja reconhecido a *subsunção dos fatos ao que dispõe os artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/97*, bem como de que *a utilização de “empresa veículo” não constitui restrição à amortização do ágio, nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/97*, cuja inobservância, apontada nestes autos, motivou os lançamentos por constatação de que *no ano de 2011 o Banco Cacique S.A. não adicionou nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL os valores correspondentes às despesas contábeis registradas pela amortização de ágio, na conta: 8.1.8.10.20.001 (anexo razão da conta), no valor total de R\$ 57.384.280,56, sem o acréscimo de qualquer fundamento específico para exigência de CSLL*.

Firmada essa premissa, o dissídio jurisprudencial quanto a estes aspectos resta fora de dúvida em face do paradigma n.º 1301-001.505, editado em razão da mesma operação e cuja decisão, inclusive, motivou a arguição de conexão por esta Conselheira, relatora do acórdão recorrido.

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

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

[...]

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

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

[...]

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

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

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

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

[...]

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

[...]

   patente a identidade do fato jurídico-tributário tratado nos dois processos em referência, como evidenciado no relatório acima e no relatório e votos do

Acórdão nº 1301-001.505, no qual foram analisados todos os contornos da operação aqui expostos, para além dos questionamentos também dirigidos à prova do fundamento do ágio. Em ambos os lançamentos, a autoridade lançadora rejeitou a "Trancoso" como adquirente, e atribuiu ao Banco Société Générale Brasil S/A esta condição, de modo a negar dedutibilidade às amortizações de ágio porque ausente a confusão patrimonial exigida pela legislação fiscal.

[...]

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

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

Também aqui, o cerne da discussão é a objeção à caracterização de "Trancoso" como adquirente, como expresso no voto condutor do acórdão recorrido:

No caso analisado nos presentes autos, houve o aporte de Banco Société na TRANCOSO, efetuado em 30/11/2007, que possibilitou o pagamento de R\$ 891.652.040,52, de modo a efetivar a aquisição de 100% das quotas da CACIPAR. Em 31/10/2008, AGE do Banco Cacique aprovou conjuntamente o Protocolo e Justificação da incorporação reversa da CACIPAR, bem como o Protocolo e Justificação da incorporação reversa da TRANCOSO. Em decorrência do novo rearranjo societário, as duas holdings (CACIPAR e TRANCOSO) tiveram seu patrimônio vertido para o Banco Cacique, sendo extintas na sequência. Neste momento, o ágio que havia sido contabilizado pela TRANCOSO, quando da aquisição da CACIPAR, foi transferido para o patrimônio do incorporador Banco Cacique, que passou a excluir, nas suas apurações de resultado tributável de IRPJ e CSLL, já a partir da apuração do ajuste anual de 31/12/2008, parcelas de amortização do ágio de R\$ 573.842.805,41 à razão de 10% ao ano.

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

[...]

A questão do tempo em atividade é um indicativo para a empresa ser considerada "veículo", contudo não é determinante, pois conforme análise empreendida pela Autoridade Fiscal, verifica-se que a TRANCOSO não apresentou atividade alguma, desde sua criação até a data da compra da CACIPAR. E, em 28/10/2008, encerrando definitivamente o papel específico que lhe fora determinado - qual seja, **a intermediação e o transporte do ágio havido na aquisição do Banco Cacique pelo**

Banco Société - a TRANCOSO foi extinta em decorrência de sua incorpora  o reversa pelo Banco Cacique.

[...]

Reitera-se que, no presente caso, verificou-se que o ágio não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial", portanto não há sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortiza  o de ágio instit  da pelo art. 386 do RIR/1999. Consequentemente não se reconhece a necessidade de se reformar o acórdão recorrido. *(destaques do original)*

Sob esta   tica, a admissibilidade do recurso especial quanto    *“efetiva confusão patrimonial entre investidora e investida”*, especialmente em face do paradigma n   1301-001.505, presta-se a controverter integralmente a fundamenta  o do acórdão recorrido, contrária    dedutibilidade do ágio amortizado, razão pela qual o recurso especial da Contribuinte deve ser CONHECIDO nesta parte.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Redatora designada.

Declara  o de Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Esta Conselheira divergiu da I. Relatora, para negar provimento ao recurso especial da Contribuinte na parte conhecida, reiterando os argumentos que orientaram a decisão contrária    Contribuinte exarada no Acórdão n   1402-003.574, a seguir reproduzidos:

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

TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISI  O DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORA  O PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL. Para dedu  o fiscal da amortiza  o de ágio fundamentado em rentabilidade futura    necessário que a incorpora  o se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participa  o

societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.

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

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

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

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

Société Générale S/A, constituída de acordo com as leis da França, indicada no início do contrato como "comprador", é descrita, na sequência, como parte interveniente para, então, passar a ser referida como "*Société Générale*" (*juntamente com o Banco Société Générale S.A. coletivamente referidas como "Comprador"*), conforme fls. 248/250. Ou seja, a cessão em questão foi admitida pelos vendedores desde que não houvesse alteração substancial nas partes designadas como "comprador". Esta circunstância, somada ao fato de "Trancoso Participações Ltda" receber o aporte de capital de Banco Société Générale Brasil somente depois de a aquisição ter sido autorizada pelo Banco Central, de modo a assegurar o pagamento em favor dos vendedores, são evidências suficientes para manutenção da conclusão fiscal, nos seguintes termos:

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

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

Em verdade, quem maior valor confere as "*fotografias*", que *compõem o "filme" das operações implementadas para a aquisição do Recorrente pelo Grupo Société Générale*, é a própria recorrente, que pretende firmar a dedutibilidade das amortizações glosadas com base na *validade de cada passo adotado pelo Grupo*, desmerecendo a realidade alcançada a partir do exame do conjunto desses passos e de seu resultado final, contrário à exigência expressa nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, qual seja, a subsistência do comprador e do adquirido, cujas atividades justificaram a fundamentação do ágio em rentabilidade futura.

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

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

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

Quanto à relevância da "Trancoso" na hipótese de aquisição de uma instituição financeira, deve prevalecer o entendimento expresso no acórdão recorrido acerca da

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

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

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

A recorrente argumenta que *o efeito fiscal da realização da operação por meio da Trancoso foi o mero deslocamento do aproveitamento fiscal do ágio do Société para o Recorrente*, porém, em verdade, os arranjos societários foram estruturados para evitar este efeito não desejado, como antes observado. Para alcançar a redução das bases tributáveis da atuada, e não do "Société", a "Trancoso" foi interposta, localizando a amortização fiscal do ágio na empresa que melhor atendia aos interesses do grupo empresarial, sem a necessária confusão patrimonial entre o adquirente ("Société") e a adquirida (atuada).

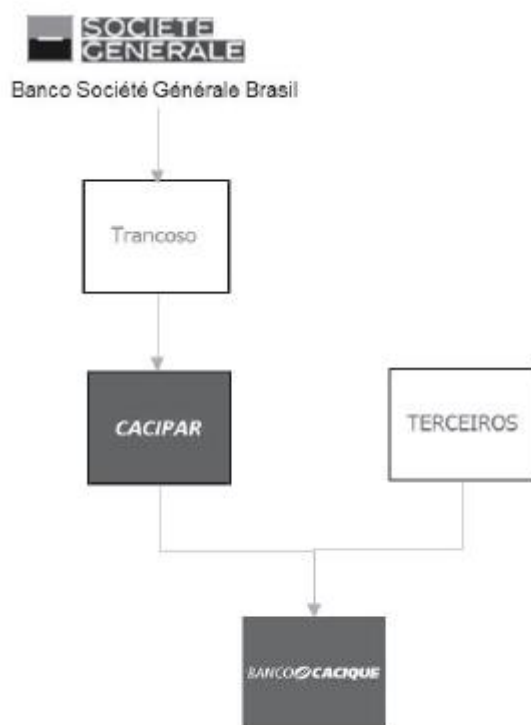
Quanto à possibilidade de *o Société adquirir a Cacipar e, como consequência, registrar o ágio verificado nessa aquisição em seu ativo, seguindo-se uma cisão parcial, com versão do investimento na Cacipar e respectivo ágio*, para que a parcela cindida fosse incorporada pela Cacipar, e a recorrente, incorporando-a,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

Com referência ao fato de *o aporte de capital feito pelo Société na Trancoso, seguido do pagamento do preço pela Trancoso aos Vendedores ter gerado 2 (duas) incidências de Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF, cada uma superior a R\$3.000.000,00 (três milhões de reais)*, não é possível admiti-lo como prova cabal de que a *Trancoso* seria uma verdadeira *holding*, concebida com antecedência,

para, dentre outras atividades, atender ao legítimo propósito negocial de deter a participação do Société na Cacipar, mormente tendo em conta que, considerando o ágio total de R\$ 570.563.619,00, e a expectativa de sua repercussão na apuração do IRPJ e da CSLL, na ordem de cerca de R\$ 170 milhões (considerando as alíquotas básicas de 15% para cada um dos tributos), a segunda incidência de CPMF na forma alegada não possui a relevância que a recorrente pretende atribuir-lhe.

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

Irrelevantes, assim, estipulações legais posteriores, como o alegado art. 31 da Lei nº 11.727/2008, que reconheceria *a holding pura como uma sociedade válida para todos os fins, ao dispor que a esta poderá diferir o reconhecimento das despesas com juros de empréstimos contraídos para financiamentos de investimentos em sociedades controladas*, até porque referido diferimento tem em conta, justamente, a permanência do investimento adquirido, convertendo em seu custo as despesas com aportes de recursos, nas investidas, por meio de empréstimos. Observe-se, inclusive, que o aporte de novos recursos nas investidas, dentre outras atuações da holding, são atividades que operam em favor de sua efetiva existência, e têm maior relevo que a sua mera permanência por mais de um ano, como destaca a recorrente, ao afirmar como seu objetivo negocial *a aquisição do controle do Recorrente e a segregação dessa nova atividade adquirida das demais exercidas pelo Société, que somente foi possível com sua participação*, muito embora a "Cacipar" já se prestasse a esse fim, como resta evidente na estrutura mantida até a incorporação, apresentada no recurso voluntário:



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

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

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

A empresa veículo tratada no presente termo é aquela constituída ou adquirida sem **propósito negocial** empresarial, utilizada única e exclusivamente para transportar o ágio relativo ao custo de aquisição de participação societária em operação que visa aparentar o regular cumprimento de condição legal prevista para o aproveitamento de benefício fiscal. *(negrejou-se)*

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

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

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

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

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

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

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

Acerca da alegada impossibilidade de *desconsidera  o de uma opera  o sem substância econômica*, dada a inaplicabilidade do *parágrafo único do artigo 116 do CTN*, adota-se aqui o entendimento expresso pela 1   Turma da CSRF, e claramente exposto na ementa do Acórdão n   9101-003.447:

NORMA GERAL ANTIELISIVA. EFICÁCIA.

Perfeita a decisão recorrida, ao discurrir que o art. 116, parágrafo único, do CTN requer, com vistas a sua plena eficácia, que lei ordinária estabeleça os procedimentos a serem observados pelas autoridades tributárias dos diversos entes da federa  o ao desconsiderarem atos ou negócios jurídicos abusivamente praticados pelos sujeitos passivos. Na esfera federal, há na doutrina nacional aqueles que afirmam ser ineficaz a referida norma geral antielisiva, sob o argumento de que a lei ordinária regulamentadora ainda não foi trazida ao mundo jurídico. Por outro lado, há aqueles que afirmam ser plenamente eficaz a referida norma, sob o argumento de que o Decreto n   70.235/72, que foi recepcionado pela Constitui  o de 1988 com força de lei ordinária, regulamenta o procedimento fiscal. Dentre as duas interpreta  es juridicamente possíveis deve ser adotada aquela que afirma a eficácia imediata da norma geral antielisiva, pois esta interpreta  o    a que melhor se harmoniza com a nova ordem constitucional,

em especial com o dever fundamental de pagar tributos, com o princípio da capacidade contributiva e com o valor de repúdio a práticas abusivas. No mesmo sentido, precedente na 1ª Turma da CSRF, Ac. 9101-002.953.

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

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

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

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

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

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

Art. 116. (...)

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

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

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

De outro lado, como pondera Regina Helena Costa, atual Ministra do Superior Tribunal de Justiça, "*o direito positivo já autorizava a desconsideração de negócios jurídicos dissimulados, à vista do disposto no art. 149, VII, CTN, que estabelece que o lançamento deva ser procedido de ofício na hipótese de o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, ter agido com dolo, fraude ou simulação*" (Curso de Direito Tributário, Saraiva, 2009, p. 184). Em que pese interprete desta forma, a Ministra ainda leciona que "*Além de parecer desnecessária, ante o disposto no art. 149, VII, CTN, abriga a referida norma demasiada generalidade e latitude, demandando, a nosso ver, que outra lei venha a estatuir as hipóteses de sua aplicação, sob pena de conceder-se demasiada liberdade ao administrador fiscal na desconsideração dos atos e negócios jurídicos*" (obra citada, p. 185).

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

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

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

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

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

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

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

A amortização fiscal do ágio promovida mediante interposição da "Trancoso" somente seria alcançada com a incorporação ou fusão promovida entre a autuada e o "Société", possivelmente afastada por outras motivações empresariais, o que desqualifica a argumentação de que a utilização da "empresa veículo" teria resultado em *uma economia tributária que, de outra forma, seria devida*.

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

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

Art. 23. [...]

Parágrafo único - **Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição**, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de

investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País.(Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

[...]

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

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

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

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

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

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

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

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

Nestes termos, por vislumbrar distinção entre a hipótese do inciso II do art. 219 da Lei nº 6.404/76 e de encerramento prevista no inciso I do mesmo dispositivo, esta hábil a ensejar a aplicação do disposto no art. 33 do Decreto-lei nº 1.598/77, o legislador assim fixou na seqüência deste dispositivo:

Participação Extinta em Fusão, Incorporação ou Cisão

Art 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas:

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

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

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

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Realizada a incorporação, na escrituração comercial, o acervo líquido recebido pelo valor contábil anula o investimento correspondente, avaliado pela equivalência patrimonial, e remanesce no patrimônio da sociedade resultante apenas o ágio/deságio, classificado em Ativo Diferido, quando fundamentado em rentabilidade futura, para amortização no período pelo qual ela foi projetada. Com a edição da Lei nº 9.532/97 a

amortização do ágio com este fundamento passa a ser dedutível, na apuração do lucro real, no mesmo momento em que registrada contabilmente, desde que observado o prazo mínimo de 5 (cinco) anos para amortização.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contudo, é fundamental que a incorporação se verifique entre investida e investidora, com conseqüente confusão patrimonial e extinção do investimento, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável. Aqui, porém, ao término das operações, nada mudou, pois o "Société" permaneceu detendo as participações na autuada.

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

A Instrução CVM nº 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), acabou possibilitando, nos casos de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.

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

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

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

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

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

III - **poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do §2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à**

incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

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

[...]

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

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

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

Claro está que as empresas envolvidas na incorporação devem ser, necessariamente, a adquirente da participação societária com ágio e a investida adquirida. A interposição de uma empresa veículo não extingue, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da investidora, diversamente do que cogita a lei.

Em tais condições, a amortização do ágio que passou a existir no patrimônio da investida somente poderia surtir efeitos na apuração do seu lucro real caso se verificasse a sua extinção, ou da investidora ("Société"), mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, por meio da qual o ágio subsistisse evidenciado apenas no patrimônio resultante desta operação, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97.

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

Art. 23. [...]

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

[...]

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

[...]

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

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

Estas as razões, portanto, para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte, na parte conhecida.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA