



MINISTÉRIO DA FAZENDA
 Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720078/2020-81
ACÓRDÃO	9101-007.334 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	22 de julho de 2025
RECURSO	ESPECIAL DO PROCURADOR
RECORRENTE	FAZENDA NACIONAL
INTERESSADO	NOTRE DAME INTERMEDICA SAUDE S/A.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016, 2017

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO.

MULTA QUALIFICADA. SIMILITUDE SUFICIENTE PARA CARACTERIZAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. Deve ser conhecido o recurso especial se o paradigma, exarado em sede de recurso especial, expõe entendimento divergente acerca de contexto fático semelhante ao verificado no recorrido, a evidenciar que a referência à duvidosa fundamentação do ágio, ali examinado, exclusivamente em rentabilidade futura, constitui *obiter dictum*.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016, 2017

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

O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que detém o investimento pela empresa investida (incorporação reversa).

O uso de *holding* para adquirir participação societária com ágio e, posteriormente, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o seu aproveitamento fiscal, não caracteriza simulação, de modo que resta indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes, ainda mais em se tratando de operação de compra alavancada envolvendo Fundos de Investimento.

Também a tese fazendária do “real adquirente”, que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que inicialmente disponibilizou os recursos

necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em: (i) por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Especial quanto à matéria “aproveitamento fiscal do ágio na aquisição de participação societária com recursos oriundos do real investidor sediado no exterior”; votou pelas conclusões a Conselheira Edeli Pereira Bessa; e (ii) por voto de qualidade, conhecer do recurso em relação à matéria “multa qualificada”, vencidos os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli (relator), Luiz Tadeu Matosinho Machado, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes e Jandir José Dalle Lucca que votaram pelo não conhecimento. No mérito, por maioria de votos, acordam em negar provimento ao recurso relativamente à matéria “aproveitamento fiscal do ágio na aquisição de participação societária com recursos oriundos do real investidor sediado no exterior”, vencidos os Conselheiros Edeli Pereira Bessa e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que votaram por dar provimento com retorno dos autos ao colegiado a quo. Votaram pelas conclusões, quanto ao mérito, os Conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Prejudicado o exame de mérito da matéria “multa qualificada”. Designada para redigir o voto vencedor, quanto ao conhecimento, a Conselheira Edeli Pereira Bessa. Manifestaram interesse de apresentar declaração de voto os Conselheiros Edeli Pereira Bessa e Luiz Tadeu Matosinho Machado.

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli – Relator

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa – Redatora designada

Assinado Digitalmente

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Helder dos Santos Pereira Júnior, Jandir José Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial (fls. 7.735/7.810) interposto pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (“PGFN”) em face do Acórdão nº **1201-006.260** (fls. 7.666/7.733), o qual deu provimento ao recurso voluntário com base na seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016, 2017

JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. EFEITOS.

Julgados administrativos e judiciais, ainda que proferidos por órgãos colegiados, mas sem um dispositivo normativo que lhes atribua eficácia vinculante, não constituem normas complementares de direito tributário.

DOCTRINA. EFEITOS.

Mesmo a mais respeitável doutrina, ainda que dos mais consagrados tributaristas, não pode ser oposta ao texto explícito do direito positivo, mormente em se tratando do direito tributário brasileiro, por sua estrita subordinação à legalidade, quanto ao arcabouço normativo que lhe seja aplicável.

ARTIGO 24 DA LINDB. INAPLICABILIDADE AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO.

A situação tratada no artigo 24 da LINDB não se dirige ao regramento do contencioso extrajudicial tributário. Tanto por não ser o julgamento administrativo uma modalidade de revisão de ofício - mas de controle de legalidade estrito sobre o objeto da lide instaurada - quanto pelo dispositivo legal em questão alcançar apenas a revisão de atos administrativos específicos - aqueles dos quais decorra um benefício ao particular plenamente constituído.

NULIDADE. DECISÃO RECORRIDA. ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO. INOCORRÊNCIA.

Não padece de nulidade a decisão prolatada por autoridade competente que, sem inovar quanto ao núcleo dos fundamentos da acusação e chegando as mesmas conclusões desta, manteve a exigência fiscal. Nesse contexto, não há qualquer mácula processual no ato jurisdicional, mormente se contra ele o sujeito passivo pode exercer o contraditório e a ampla defesa, em plena consonância às normas pertinentes ao processo administrativo fiscal.

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

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016, 2017

GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO. ÁGIO. DEDUÇÃO. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO.

Não é pressuposto legal para a dedutibilidade do ágio pela pessoa jurídica que sua contraparte, pessoa física ou jurídica, tenha, relativamente à prévia compra e venda da correspondente participação societária, apurado ganho de capital e/ou efetuado a respectiva tributação. Mesmo porque pode haver ganho de capital sem ágio e vice-versa, afinal enquanto este toma como referência o patrimônio líquido, aquele tem como base o custo de aquisição.

ÁGIO. AQUISIÇÃO ALAVANCADA. EMPRESA DE PROPÓSITO ESPECÍFICO. CAPTAÇÃO DE RECURSOS. PROPÓSITO NEGOCIAL. OCORRÊNCIA.

A empresa criada com o propósito específico de operacionalizar a aquisição de participação societária e que, para isso, capta recursos no mercado financeiro, realiza o seu objetivo econômico, demonstrando o propósito negocial da sua criação.

MULTA DE OFÍCIO. MULTA ISOLADA. NÃO CONCORRÊNCIA.

Por decorrerem de distinta motivação, não concorrem, entre si, as multas de ofício - incidentes sobre tributos devidos em razão de irregularidades apuradas - e as denominadas multas isoladas - que derivam do não recolhimento de estimativas de tributos.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. DOLO.

Não sendo possível colher dos autos elementos inequívocos da necessária conduta dolosa para a qualificação da penalidade imposta de ofício, deve-se reduzir a multa para o seu patamar base de 75%.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Os débitos fiscais recolhidos em atraso estão sujeitos à incidência de juros de mora calculados com base na taxa Selic.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA.

A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. ART. 124, I, CTN. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. POR INTERESSE COMUM. AUSÊNCIA DE DOLO.

A responsabilidade tributária prevista no artigo 124, inciso I do CTN pressupõe a partilha dolosa entre o sujeito passivo e o solidariamente responsável da conduta tendente a omitir o fato gerador, não sendo bastante para a definição de tal liame jurídico obrigacional a existência de proveito econômico mútuo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016, 2017

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. DECORRÊNCIA.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fatos geradores de vários tributos implica a obrigatoriedade de constituição dos respectivos créditos tributários. Assim, versando sobre idênticas ocorrências fáticas, aplicase ao lançamento da CSLL, o que restar decidido no lançamento do IRPJ, reflexo que se forma ante as mesmas razões de decidir delineadas quanto a um e outro, haja vista decorrerem de iguais elementos de convicção.

Em resumo, o presente processo cuida de autos de infração para exigências de IRPJ e CSLL, acrescidos de juros e multas (qualificada e isolada sobre as estimativas apuradas), relativamente aos anos-calendários de 2014 a 2017.

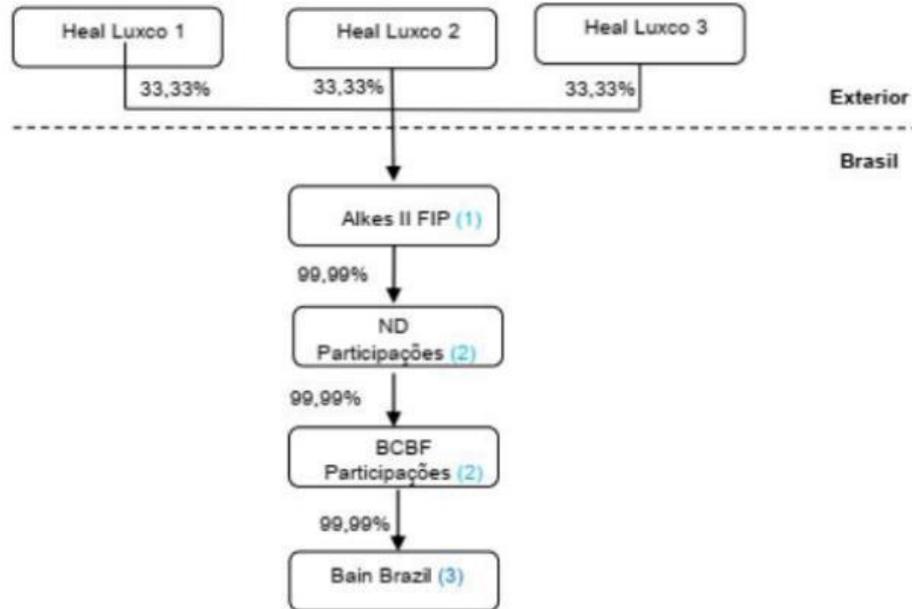
Também foi imputada responsabilidade tributária a terceiros pelas exigências formalizadas.

As autuações fiscais foram motivadas pela dedução indevida de despesas com amortização de ágio na aquisição de participações societárias.

A cronologia incontroversa dos fatos foi bem sintetizada pela autoridade julgadora de primeira instância (fls. 7.185), do seguinte modo:

DATA	EVENTO – ordem cronológica
MARÇO 2013	<ul style="list-style-type: none"> Constituição, no Brasil, do fundo de investimento em participações <u>Alkes II FIP</u>.
MARÇO 2014	<ul style="list-style-type: none"> Os fundos do exterior (Luxco 1, Luxco 2 e Luxco 3) subscrevem as quotas do <u>Alkes II FIP</u>. O <u>Alkes II FIP</u> adquire a <u>ND Participações</u> (então <u>BCBH</u>), na época com capital social subscrito de R\$ 1.000,00 e integralizado de R\$ 100,00. A <u>ND Participações</u> adquire a <u>BCBF Participações</u>, também na época com capital subscrito de R\$ 1.000,00 e capital integralizado de R\$ 100,00. A <u>BCBF Participações</u> adquire a <u>Bain Brazil</u>. A <u>BCBF Participações</u> celebra contrato com o Bradesco para emitir debêntures, a fim de captar recursos complementares para a compra do grupo brasileiro GNDI. A <u>Bain Brazil</u> celebra contrato de compra das ações das holdings do grupo brasileiro GNDI (PSBB2 e PSBB3), com ágio.
MAIO 2014	<ul style="list-style-type: none"> Os fundos do exterior subscrevem e integralizam quotas do <u>Alkes II FIP</u> no valor de R\$ 994.993.998,00. Esses recursos são a parte do investimento proveniente do exterior (aprox. 72%). O restante veio da emissão das debêntures pela <u>BCBF Participações</u>. O <u>Alkes II FIP</u> integraliza capital de R\$ 992.872.522,00 na <u>ND Participações</u>. A <u>ND Participações</u> integraliza capital de R\$ 992.872.522,00 na <u>BCBF Participações</u>. Captação, pela <u>BCBF Participações</u>, de R\$ 396.747.648,03 através das debêntures, que têm como garantia 100% do capital das três empresas operacionais. A <u>BCBF Participações</u> integraliza capital na <u>Bain Brazil</u>, valor de R\$ 1.385.744.824,00. A <u>Bain Brazil</u> adquire, por esse mesmo valor, 100% do capital das holdings do grupo brasileiro GNDI, a PSBB2 e a PSBB3 (aquisição com o ágio).
SETEMBRO 2014	<ul style="list-style-type: none"> A <u>Bain Brazil</u> incorpora as holdings PSBB2 e PSBB3 do grupo brasileiro, passando a ser a controladora direta das três empresas operacionais.
NOVEMBRO 2014	<ul style="list-style-type: none"> Cisão da <u>Bain Brazil</u> em três parcelas e incorporação pelas empresas operacionais <u>Intermédica</u> (a interessada), <u>Interodonto</u> e <u>ND Seguradora</u>, com início do aproveitamento do ágio pelas operacionais.

O quadro abaixo, obtido do TVF às fls. 5.953, mostra a cadeia societária descrita acima até o advento da introdução da Bain Brazil na estrutura:

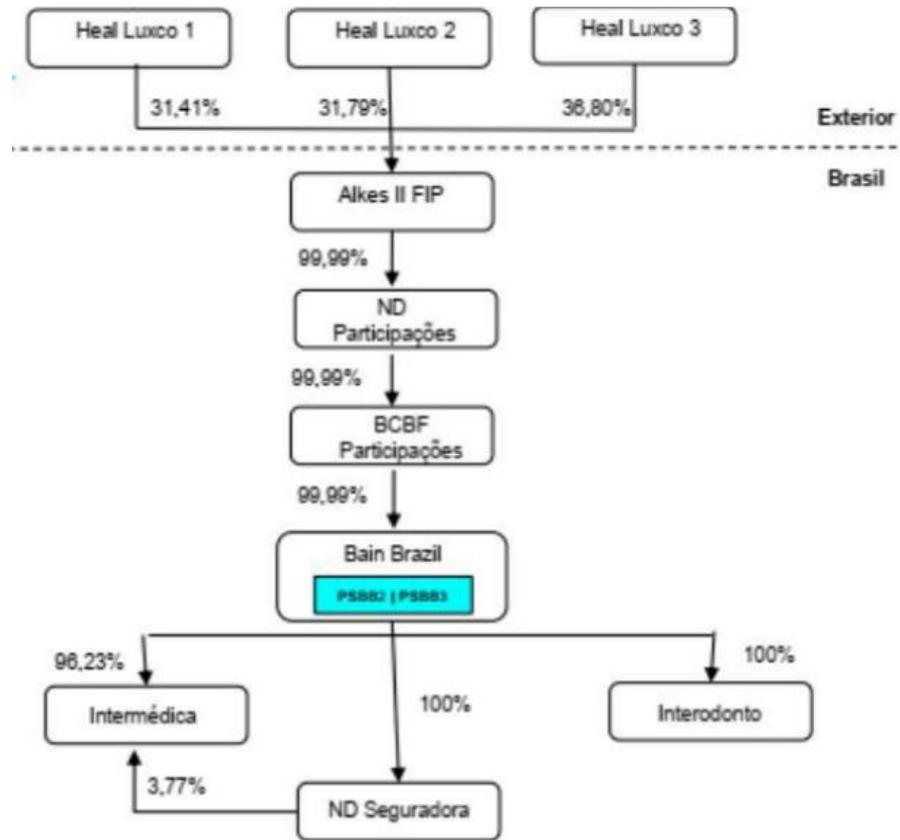


Após a compra das ações em março (com ágio) das controladoras PSBB2 e PSBB3 pela Bain Brazil, a configuração societária ficou assim:

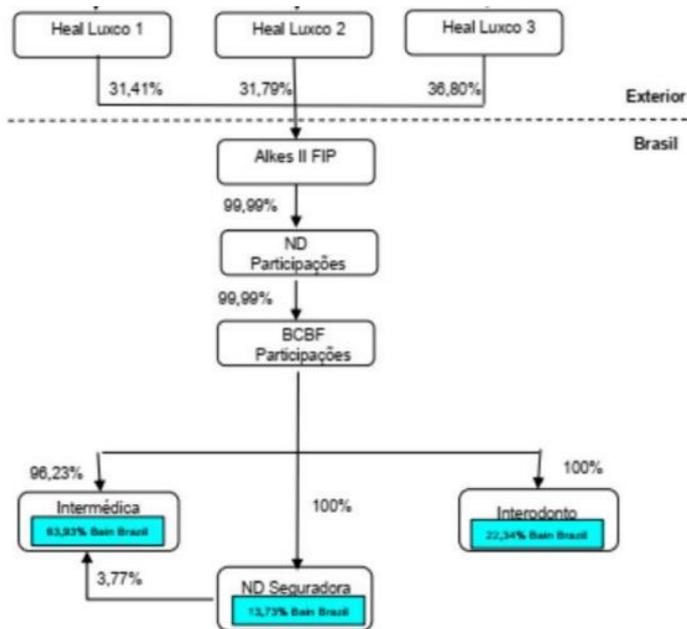


Grupo brasileiro GNDI adquirido com ágio

A seguir, em setembro a Bain Brazil incorporou a PSBB2 e a PSBB3:



Passo seguinte, em novembro a Bain Brazil cindiu-se em 3 parcelas e cada parte foi absorvida por uma das empresas operacionais:



DOCUMENTO VALIDADO

A partir dessa última etapa, as três empresas operacionais passam a deduzir cada qual a sua parcela do ágio absorvida na incorporação reversa.

De acordo com a autoridade fiscal, o ágio não seria dedutível pelos seguintes motivos: (i) a compra da participação societária com ágio foi realizada com recursos financeiros de fundos de *private equity* (FPE), localizados no exterior e que seriam os reais investidores; e (ii) a Bain Brazil, empresa que formalmente efetuou a compra das ações com ágio, participou das operações societárias apenas com o objetivo de permitir o aproveitamento fiscal posterior do ágio, sem nenhuma outra razão econômica ou empresarial, operando como mera empresa veículo.

Após apresentação de defesas, foi proferida decisão de primeira instância que julgou improcedentes as impugnações.

A decisão de segunda instância (acórdão ora recorrido), por sua vez, deu provimento aos recursos voluntários dos sujeitos passivos, para afastar as infrações, a multa qualificada e a solidariedade.

Intimada dessa decisão, a PGFN interpôs o recurso especial, o qual foi admitido nos seguintes termos (fls. 7.814/7.823):

[...]

Em seu apelo especial, a Recorrente suscita a existência de divergência jurisprudencial quanto às seguintes matérias:

- **aproveitamento fiscal do ágio na aquisição de participação societária com recursos oriundos do real investidor sediado no exterior;**
- **qualificação da multa de ofício em operação envolvendo amortização de ágio gerado em reorganização societária com utilização de empresa-veículo.**

[...]

Análise da demonstração da divergência - 1ª matéria: aproveitamento fiscal do ágio na aquisição de participação societária com recursos oriundos do real investidor sediado no exterior

[...]

No julgamento do Recurso Voluntário, depois de expressamente afirmar que “trata-se de inequívoco uso de uma empresa – Bain Brazil – que, sem qualquer histórico de atividade econômica, atuou despida de propósito comercial próprio, mas tão somente para gerar benefício fiscal a outrem”, o i. Relator valeu-se do princípio da colegialidade para declarar a “validade da amortização do ágio gerado com emprego de empresa veículo, desde que tal sociedade não tenha sido

constituída sob estratagema doloso”. Nessa linha, colacionou ementa do Acórdão nº 9101-006.486, segundo a qual:

- (i) o uso de holding (ou empresa veículo), constituída no Brasil com recursos provenientes do exterior, para adquirir a participação societária com ágio e, em seguida, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio, não caracteriza simulação, de modo que é indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação;
- (ii) a transferência, por controladora domiciliada no exterior, dos recursos empregados na aquisição de participação societária por empresa holding constituída no Brasil não impede a amortização fiscal do ágio após esta ser incorporada pela investida; e
- (iii) a tese do “real adquirente”, que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de simulação.

Diante dessa decisão, em seu apelo especial, a Recorrente alega que o entendimento que prevaleceu no Acórdão recorrido diverge daquele que, em casos semelhantes, fundamentou os **Acórdãos nº 1302-003.474 e nº 9101-002.962**, cujas ementas, na parte que é pertinente ao exame de admissibilidade aqui empreendido, dizem o seguinte:

[...]

De fato, em análise ao inteiro teor dos paradigmas, verifica-se que sob situações fáticas análogas em ambos os casos prevaleceu entendimento contrário ao aproveitamento das despesas com amortização do ágio.

Nesse sentido, no voto vencedor do **primeiro paradigma (Acórdão nº 1302-003.474)** destacou-se que a utilização de empresas veículos para internalizar recursos oriundos do exterior “faz com que o ágio seja criado no âmbito patrimonial de quem não foi a real adquirente das participações societárias alienadas”, de modo que “não se observa a confusão patrimonial entre a real adquirente e o objeto da aquisição” exigida pelo art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997.

E em linha com o entendimento que prevaleceu no primeiro paradigma, ao analisar negócio semelhante no **segundo paradigma (Acórdão nº 9101-002.962)**, a 1ª Turma da CSRF assentou que “não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a uma empresa veículo com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa”, acrescentando-se que, sob esse contexto, “a confusão patrimonial advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço”.

Dessa forma, em se tratando de cenários fáticos análogos, e tendo as decisões recorrida e paradigmas chegado a conclusões diametralmente opostas quanto à legitimidade do aproveitamento de amortizações de ágio, entendo que restou demonstrada a divergência jurisprudencial suscitada pela Recorrente.

[...]

Análise da demonstração da divergência - 2ª matéria: qualificação da multa de ofício em operação envolvendo amortização de ágio gerado em reorganização societária com utilização de empresa-veículo

No Acórdão recorrido, mesmo tendo decidido pelo cancelamento da exigência fiscal como consequência do reconhecimento da dedutibilidade das despesas com amortização de ágio que haviam sido glosadas pela fiscalização, o Colegiado manifestou-se no sentido de afastar a qualificação da multa de ofício

Nesse sentido, destacam-se os seguintes excertos do voto condutor da decisão recorrida:

[...]

Quanto a essa matéria, a Fazenda Nacional suscita a existência de dissídio jurisprudencial apontando como paradigmas os **Acórdãos nº 9101-002.802 e nº 1103-000.960**. Depois de realizar o cotejamento dos paradigmas com a decisão recorrida, a Recorrente sintetizou a divergência ora suscitada nos termos a seguir reproduzidos:

[...]

De fato, em análise ao inteiro teor dos paradigmas, verifica-se que, na apreciação de casos semelhantes àquele submetido ao Colegiado recorrido, em ambos os casos prevaleceu entendimento contrário ao que restou assentado no Acórdão recorrido acerca da qualificação da multa de ofício.

Nesse sentido, no voto condutor do **primeiro paradigma (Acórdão nº 9101-002.802)** afirmou-se que, “em que pesem todos os fatos terem sido registrados e contabilizados, sob o aspecto tributário, não se tem dúvida de que todo o planejamento visou alterar as características do fato gerador da obrigação tributária, de modo a reduzir o montante do imposto devido, nos termos do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964”. Seguindo nesse raciocínio, assentou-se que a aquisição da participação societária com ágio “foi dissimulada pela interposição de uma empresa meramente escritural, como se fosse a verdadeira compradora (negócio fictício), a qual somente serviu para viabilizar o mecanismo de transferência do ágio (...), tanto que desapareceu em poucos dias”.

De maneira análoga ao entendimento que prevaleceu no primeiro paradigma, apreciando reorganização societária que envolveu a utilização de empresa veículo, no **segundo paradigma (Acórdão nº 1103-000.960)** a então 3ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção do CARF restabeleceu a qualificação da multa de ofício que havia sido afastada pelo órgão julgador de primeira instância.

Segundo o entendimento que prevaleceu no citado paradigma, “deve ser restabelecida a imposição da multa qualificada em razão da simulação suficientemente caracterizada com a utilização de empresa veículo”.

Dessa forma, em se tratando de cenários fáticos análogos, e tendo as decisões recorrida e paradigmas chegado a conclusões diametralmente opostas quanto à qualificação da multa de ofício, entendo que restou demonstrada a divergência jurisprudencial suscitada pela Recorrente.

[...]

Chamada a se manifestar, a contribuinte ofereceu contrarrazões (fls. 7.837/7.886). Ataca o conhecimento recursal e, no mérito, pugna pela manutenção da decisão ora recorrida.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheiro **Luis Henrique Marotti Toselli**, Relator

Conhecimento

O recurso especial é tempestivo.

Passa-se a análise do cumprimento dos demais requisitos para o conhecimento recursal, notadamente a caracterização do necessário dissídio jurisprudencial, previsto no art. 67 do Anexo II do “antigo” Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015 (RICARF/2015), bem como no art. 118 do RICARF/2023, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015, que assim dispõem:

RICARF/2015:

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

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

(...)

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

(...)

RICARF/2023:

Art. 118 - Compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais, por suas Turmas, julgar recurso especial interposto contra acórdão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Câmara, Turma de Câmara, Turma Especial, Turma Extraordinária ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais.

§ 1º - O recurso deverá demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente.

(...)

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

(...)

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

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

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

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

É imprescindível, assim, sob pena de não conhecimento do recurso especial, que sobre uma base fática equivalente (ou seja, que seja efetivamente comparável), julgadores que compõem Colegiados distintos do CARF tenham proferido decisões conflitantes sobre uma mesma matéria.

Como, aliás, já restou assentado pelo Pleno da CSRF¹, “a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identifiquem ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles”.

E de acordo com as palavras do Ministro Dias Toffoli², “a similitude fática entre os acórdãos paradigma e paragonado é essencial, posto que, incorrente, estar-se-ia a pretender a uniformização de situações fático-jurídicas distintas, finalidade à qual, obviamente, não se presta esta modalidade recursal”.

Trazendo essas considerações para a prática, um bom exercício para se certificar da efetiva existência de *divergência jurisprudencial* consiste em aferir se, diante do confronto entre a decisão recorrida e o(s) paradigma(s), o Julgador consegue criar a convicção de que o racional empregado na decisão tomada como *paradigma* realmente teria o potencial de reformar o acórdão recorrido, caso a matéria fosse submetida àquele outro Colegiado.

Caso, todavia, se entenda que o alegado *paradigma* não seja apto a evidenciar uma solução jurídica distinta da que foi dada pela decisão recorrida, e isso ocorre, por exemplo, na hipótese das decisões sinalizarem que as conclusões jurídicas são diversas em função de circunstâncias ou premissas fáticas dessemelhantes, e não de posição hermenêutica antagônica propriamente dita, não há que se falar em dissídio a ser dirimido nessa Instância Especial.

Pois bem.

O voto condutor do acórdão recorrido assim fundamenta o afastamento da glosa do artigo e a inaplicabilidade da multa qualificada, respectivamente:

[...]

No curso do procedimento fiscal, quando indagada acerca das razões empresariais para que a Bain Brazil adquirisse as ações das controladoras do GNDI (PSBB2 e PSBB3), a recorrente respondeu que tal sociedade era pertencente ao Grupo Bain e havia sido constituída para viabilizar o investimento do grupo econômico no setor privado de saúde do mercado brasileiro.

Contudo, a generalidade da informação que se extrai da resposta ofertada pela recorrente não revela a minúcia dos fatos, senão vejamos.

A Bain Brazil não foi uma sociedade constituída no seio do Grupo Bain. Antes, surgiu em 12/07/2011, constituída por terceiros e com módicos R\$ 100,00 subscritos e nenhum montante integralizado, medida para a qual o contrato social conferia o compassivo prazo de 24 meses para que os sócios tomassem. O mesmo instrumento estabelecia um objeto societário bem mais ambicioso que o capital social que destinava à atividade empresária, qual seja “a participação em outras sociedades, nacionais ou estrangeiras, na qualidade de sócia, acionista ou quotista”.

¹ CSRF. Pleno. Acórdão n. 9900-00.149. Sessão de 08/12/2009.

² EMB. DIV. NOS BEM. DECL. NO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 915.341/DF. Sessão de 04/05/2018.

Sem nada que houvesse perturbado seu *dolce far niente* até então – nenhum valor integralizado, nenhuma participação societária adquirida, nenhuma receita auferida ou despesa incorrida – a Bain Brazil foi adquirida, em 18/01/2013, pela Bain Capital Partners e pela BCTR, ambas empresas do Grupo Bain. Manteve-se, contudo, a falta de integralização do simbólico capital social, com a renovação do prazo de 24 meses para que isso fosse feito.

Em 20/07/2013, o Grupo Bain aumentou e integralizou o capital social da Bain Brazil, elevando-o a R\$ 1.301.275,00.

Em 21/03/2014, o Grupo Bain aliena a totalidade das quotas de capital da Bain Brazil para a BCBF Participações (1.301.274 quotas) e Marc Hencklel (1 quota), que, em 22/05/2014, alienou seu quinhão para a ND Participações (denominação atual de BCBH Participações). Antes, em 22/03/2014, a Bain Brazil, até então inativa, celebra contrato de aquisição das ações da PSBB2 e da PSBB3, com prazo de 60 dias para pagar R\$ 1.427.500.000,00 pelo negócio.

Em 21/05/2014, a BCBF Participações integraliza aumento de capital de R\$ 1.385.744.824,00 na Bain Brazil, dos quais R\$ 1.385.644.797,00 foram transferidos pela beneficiária, na mesma data, aos vendedores das ações das controladoras do GNDI. Passou, assim, a Bain Brazil, ao efetivo controle da Intermédica, da Interodonto e da ND Seguradora, sociedades componentes do GNDI. Impende frisar que a maior parte desse valor (R\$ 994.993.998,00) foi captada via FPE do exterior. O restante veio da emissão das debêntures pela BCBF Participações.

Em 19/11/2014 a BCBF Participações tornou-se a única sócia na Bain Brazil.

Em 30/11/2014, a Bain Brazil sofreu cisão total, seguida de incorporações em favor de suas controladas – Intermédica, da Interodonto e da ND Seguradora. Na ocasião, o ágio em discussão foi repartido entre as então incorporadoras. A parcela em discussão no p.p. é aquela que coube à ND Seguradora, posteriormente sucedida pela recorrente.

Trata-se de inequívoco uso de uma empresa – Bain Brazil – que, sem qualquer histórico de atividade econômica, atuou despida de propósito comercial próprio, mas tão somente para gerar benefício fiscal a outrem. Uma sociedade de capital social (não integralizado) de meros R\$ 100,00 foi capitalizada em quase 1,5 bilhão de Reais, apenas para adquirir ações e, logo após, ser incorporada pelas controladas das companhias adquiridas. E tudo isso com as devidas cautelas para que, em nenhum momento, o investimento deixasse de ser dos efetivos titulares dos valores empregados.

Durante todo o tempo restou resguardado o investimento feito pelos FPE Luxco 1, 2 e 3, sem que houvesse qualquer confusão patrimonial entre a Bain Brazil e os reais adquirentes e, sobretudo, entre os FPE e a Intermédica, a Interodonto e a ND Seguradora.

Num quadro como esse, as regras específicas que autorizam a dedução do ágio, apostas nos artigos 385 e 386 do RIR/99 transcritas acima, não se mostram atendidas. Nesse ponto, resta fora de dúvida a caracterização da Bain Brazil como “empresa veículo”, uma pessoa jurídica utilizada para servir como canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro. Trata-se de uma operação que serve apenas para transitar um patrimônio ou um determinado recurso pertencente ao real adquirente. Não integra esse conceito, necessariamente, ser a empresa efêmera, sem capacidade operacional ou deficitária. Basta que se preste ao papel descrito, razão pela qual tornam-se inócuos os argumentos de defesa quanto à ausência de tais caracteres.

Ao final das operações societárias em análise, pode-se concluir – até mesmo com amparo de resposta da recorrente à autoridade autuante durante o procedimento fiscal – que os FPE investiram no Brasil pela real aquisição do GNDI. Mas, nesse contexto, resta uma questão:

Por que os FPE Luxco 1, 2 e 3 não adquiriram diretamente as holdings PSBB2 e PSBB3 (controladoras do GNDI), preferindo utilizar a Bain Brazil para fazer a compra da participação societária – seguida de uma incorporação desta pela sucedida da recorrente – se podia ter feito a aquisição e a incorporação de forma direta?

A resposta é simples: porque se o fizesse de modo direto não aufeririam a vantagem econômica de dedutibilidade do ágio no Brasil, já que se trata de fundos estrangeiros com gestão estabelecida no exterior, mas que estavam adquirindo e incorporando empresa nacional. Com isso, a operação brasileira seria muito mais rentável, ante a substancial vantagem fiscal que assim obteve.

Diante da disponibilidade de capital para investir e da disposição em efetuar os negócios jurídicos com plena regularidade formal, a Bain Brazil foi um instrumento providencial para as finalidades econômicas dos FPE, com aparente possibilidade de potencializar os resultados dessa operação pela via de drástica redução da sua carga tributária.

Ante o exposto, fosse monocrática a presente decisão, seria, já neste ponto, declarada como correta a glosa do ágio.

Tampouco assim não fora, este Colegiado, amparado em contemporânea, elevada e respeitável jurisprudência, vem se posicionando em sentido contrário. Temos afirmado a validade da amortização do ágio gerado com emprego de empresa veículo, desde que tal sociedade não tenha sido constituída sob estratagem dolosa.

Adiante, no capítulo “Da multa de ofício”, será exposta a conclusão deste Relator pela ausência de dolo. De tal modo, em face do princípio da colegialidade insto-me a não carrear voz discordante, curvando-me ao judicioso entendimento da maioria da Turma, bem ilustrado na figura dos seguintes julgados:

Acórdão CSRF nº 9101-006.486, de 07/03/2023:

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

O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que detém o investimento pela empresa investida (incorporação reversa).

O uso de holding (ou empresa veículo), constituída no Brasil com recursos provenientes do exterior, para adquirir a participação societária com ágio e, em seguida, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio. não caracteriza simulação, de modo que é indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes.

TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS POR EMPRESA CONTROLADORA DOMICILIADA NO EXTERIOR PARA SOCIEDADE HOLDING.

LEGITIMIDADE DA DEDUÇÃO DO ÁGIO. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DO REAL ADQUIRENTE.

A transferência, por controladora domiciliada no exterior, dos recursos empregados na aquisição de participação societária por empresa holding constituída no Brasil não impede a amortização fiscal do ágio após esta ser incorporada pela investida.

A tese do "real adquirente", que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de simulação, o que não se revela no caso. (grifei)

Recurso Especial nº 2.026.473-SC, de 05/09/2023:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FIM DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA. DESCABIMENTO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. ÁGIO. DESPESA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES DEPENDENTES. POSSIBILIDADE. 'NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR À ALTERAÇÃO LEGAL. EMPRESA-VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE INDEDUTIBILIDADE. ILEGALIDADE.

[...]

10. Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o "propósito negocial" das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre "partes dependentes" (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via "empresa-veículo", ou seja. não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.

[...]

13. Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que o ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria, por si só, abusivo.

[...]

Sob tal prisma, é possível concluir que as operações de aquisição e incorporação, tomadas em conjunto, possuíam um propósito negocial, não produziram uma vantagem tributária antijurídica e não configuram uma fraude, de forma que a desconsideração laborada pela fiscalização não possui suporte fático/jurídico, pelo que as glosas da amortização do ágio devem ser afastadas.

[...]

Da multa de ofício

[...]

Em apertada síntese, pode-se dizer a autoridade fiscal entendeu ter ocorrido simulação, posto que a sucedida da recorrente teria atuado para que escapasse ao conhecimento da Fazenda que os reais adquirentes eram os FPE, e não a Bain Brazil.

Pois bem. A despeito do detido relato fiscal, não identifico, de modo acima de dúvida razoável, o elemento fático volitivo para o cometimento do ilícito. Entendo que situações como a do caso em tela, quando muito, manifestam meros indício que, para atuarem na configuração de conduta dolosa, deveriam estar inseridos num contexto mais gravoso em que, por exemplo, o pagamento pelo ágio fosse ficto ou a expectativa de retorno futuro houvesse sido artificialmente inflada.

Simulação tem como pressuposto a deliberada vontade por determinado resultado de negócio ilícito que, por tal natureza, é encoberto por aparente negócio lícito. Aparente porque carente de substância material. Nesses casos, a intenção do agente é, simulando um negócio lícito, dissimular o ilícito, que precisa ser mantido como oculto.

No caso em tela, não cabe falar na existência de um negócio oculto. A infração tributária restou caracterizada no contexto de um negócio aparente. O ágio efetivamente existiu e sua indedutibilidade não foi ocultada. Ao contrário, o mero revolvimento dos atos praticados pelo sujeito passivo foi o que bastou para a acertada conclusão obtida pela autoridade fiscal.

Assim, o que sobressai dos autos é uma decisão de negócios que não se amolda aos fins tributários pretendidos.

É, contudo, forçoso reconhecer que a discussão sobre propósito negocial, no Brasil – forte na lição do professor Marco Aurélio Greco –, teve seus contornos delimitados, com o fito de tratar qualquer operação que tivesse como objetivo

principal a economia de tributos como impositivo ao fisco, admitindo-se a desconsideração de seus efeitos e a consequente cobrança dos tributos.

(...) é igualmente essencial invocar a solidariedade, a capacidade contributiva e a isonomia. (...) tributo justo será também aquele que, efetivamente, captar a capacidade contributiva demonstrada pelos fatos geradores escolhidos pelo legislador ou que atender aos princípios da solidariedade e da isonomia, e assim por diante.

Penso que essa posição deve ser vista com cautela, principalmente ao se considerar que essa teoria é oriunda de países de tradição e formação jurídicas que não a brasileira.

Há respeitáveis indagações sobre, como, pela ótica da teoria do propósito negocial, um investidor não residente poderia se valer do incentivo de dedução do ágio – conferido pelo legislador, como já visto, pela via dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 - sem se fazer presente no país através de uma sociedade aqui residente?

De igual modo, questiona-se como sociedades nacionais reguladas por órgãos específicos poderiam usufruir do incentivo diante de proibição legal de incorporação de sociedades com outras atividades?

Para notáveis operadores do Direito, excluir a possibilidade dessas pessoas jurídicas e propiciar a outras o favor fiscal seria ferir a isonomia.

Logo, essas e outras sociedades tiveram que planejar a forma como seria possível investir no país e aproveitar o incentivo da amortização do ágio, nas mesmas condições que sociedades nacionais sem restrições assim o poderiam.

Foi nesse contexto que passou a ganhar largo emprego as sociedades informalmente denominadas "empresas veículo". E aí a questão que se põe é: essa utilização de uma empresa nacional para organização de investimentos e utilização de incentivos fiscais é um ato de evasão fiscal ou é um esforço abusivo para economia fiscal, mediante planejamento realizado previamente à ocorrência do fato gerador do tributo e estimulado por norma legal?

Como se vê, o tema passa longe de ser pacífico. Por isso, a constatação da existência de uma "empresa veículo" não é o bastante para se afirmar dolo em sonegar. Mesmo em casos como o presente, em que, pela via do controle de legalidade estrito não restam dúvidas quanto ao cometimento da infração tributária.

Ressalte-se que o presente entendimento aplica-se somente no âmbito administrativo tributário, e em relação aos fatos e circunstâncias que transparecem dos autos em exame, sem interferência na apuração de eventual crime tributário, na forma em que pode ser proposta em representação fiscal para fins penais baseada nos mesmos fatos.

Assim, sou pelo afastamento da qualificação da multa, com sua consequente redução para o patamar base de 75%.

[...]

Como se percebe, o Relator do acórdão recorrido afastou a glosa das despesas com o ágio em face da *colegialidade*, curvando-se ao entendimento sobre a matéria da maioria daquele Colegiado *a quo*, de modo a descartar tanto a “tese do real adquirente com base na origem dos recursos – de controladores estrangeiros” quanto à “tese da impossibilidade de uso de empresa veículo como *instrumento* para dedução de ágio”.

Esse entendimento é corroborado na declaração de voto do Conselheiros Fredy José Gomes de Alburquerque, com o acréscimo de destaques às circunstâncias fáticas das operações para legitimar a operação de aquisição. Confira-se:

10. Diante desse cenário, penso ser importante complementar tais fundamentos, trazendo razões adicionais para esclarecer o posicionamento manifestado em outros julgamentos sobre o mesmo tema, a fim de motivar meu posicionamento.

[...]

13. O caso em análise trata de ágio decorrente de constituição empresa nacional para captar recursos no mercado e, ao final, adquirir negócios operacionais no Brasil, com ativos e o fundo de comércio objeto da transação. Nesse aspecto, nenhuma irregularidade, seja de natureza societária ou fiscal.

14. Por outro lado, o relato trazido no TVF contesta a existência de propósito negocial da criação de companhia holding no país, no caso, a **BAIN BRAZIL**, por fundos investidores internacionais comandados pela gestora **BAIN CAPITAL PARTNERS**, que efetivamente almejava a aquisição – e por isso seria a *real adquirente* – das empresas operacionais alvos do investimento, quais sejam, **INTERMÉDICA**, **INTERODONTO** e **ND SEGURADORA** (todas nacionais), as quais formavam o **Grupo Notre Dame Intermédica**.

15. É importante registrar que o TVF anota que tais empresas foram adquiridas após regular processo regulatório junto à ANS (Agência Nacional de Saúde), uma vez que operam no setor da saúde. Nos respectivos processos, ficou consignado o objetivo do negócio entabulado pelas citadas partes (com a indicação de todas as empresas e seu respectivo controle acionário):

“2. OPERAÇÃO PRETENDIDA

Nos termos do Contrato, celebrado em 22 de março de 2014, a operação pretendida consiste na aquisição, pela Bain Brazil, de 100% (cem por cento) das quotas representativas do capital social da PSBB2 e PSBB3, controladoras diretas da Intermédica, ND Seguradora e Interodonto. Como resultado da Operação, a Bain Brazil passará a controlar, indiretamente, as Operadoras (“Operação”).

A sociedade adquirente Bain Brazil é controlada diretamente pela BCBF Participações, (...) que detém 99,99% de seu capital social, e indiretamente pela ND Participações, (...) que detém 99,99% do capital social da BCBF Participações. Por sua vez a ND Participações é controlada pelo Alkes II FIP (...) cujas quotas foram

subscritas em partes iguais (...) O Alkes II FIP detém 99,99% do capital social da ND Participações.

[...]

16. Observe-se, ainda, que foi exigido pela ANS a formalização de Carta Conforto, instrumento por meio do qual o investimento realizado pela BAIN BRAZIL para aquisição das empresas operacionais deveria demonstrar capacidade financeira robusta. Tudo foi demonstrado no TVF, revelando-se que todos os envolvidos comprovaram perante o órgão regulatório que a criação das empresas envolveriam aportes específicos e, ao final de todo o negócio – que estava vinculado a condições negociais suspensivas, como se vê das declarações trazidas no TVF –, ter-se-ia concluída a operação, a saber:

[...]

17. Além da complexa questão regulatória, titularizada em nome da BAIN BRAZIL sob garantia da empresa tutora dos fundos estrangeiros, em representação aos investidores, constam do TVF as informações sobre a captação complementar de recursos financeiros junto ao mercado, através de emissão de debêntures de sua controladora (BCBF), no valor de R\$ 396,74, como forma de viabilizar o investimento total. As empresas veículos relevaram, assim, finalidade econômica, sem nenhum sinal de artificialidade.

18. Sobre essa questão, a recorrente esclarece que os fundos investidores sequer poderiam criar ou absorver dívidas, também por questões regulatórias da CVM, a saber:

[...]

19. Verifica-se a existência de substrato econômico para a existência da companhia em questão, que não representava uma empresa de passagem (empresa veículo) para instrumentalizar nenhum tipo de aproveitamento indevido de benefício fiscal, no caso, a amortização do ágio, que foi regularmente contabilizado e apurado.

[...]

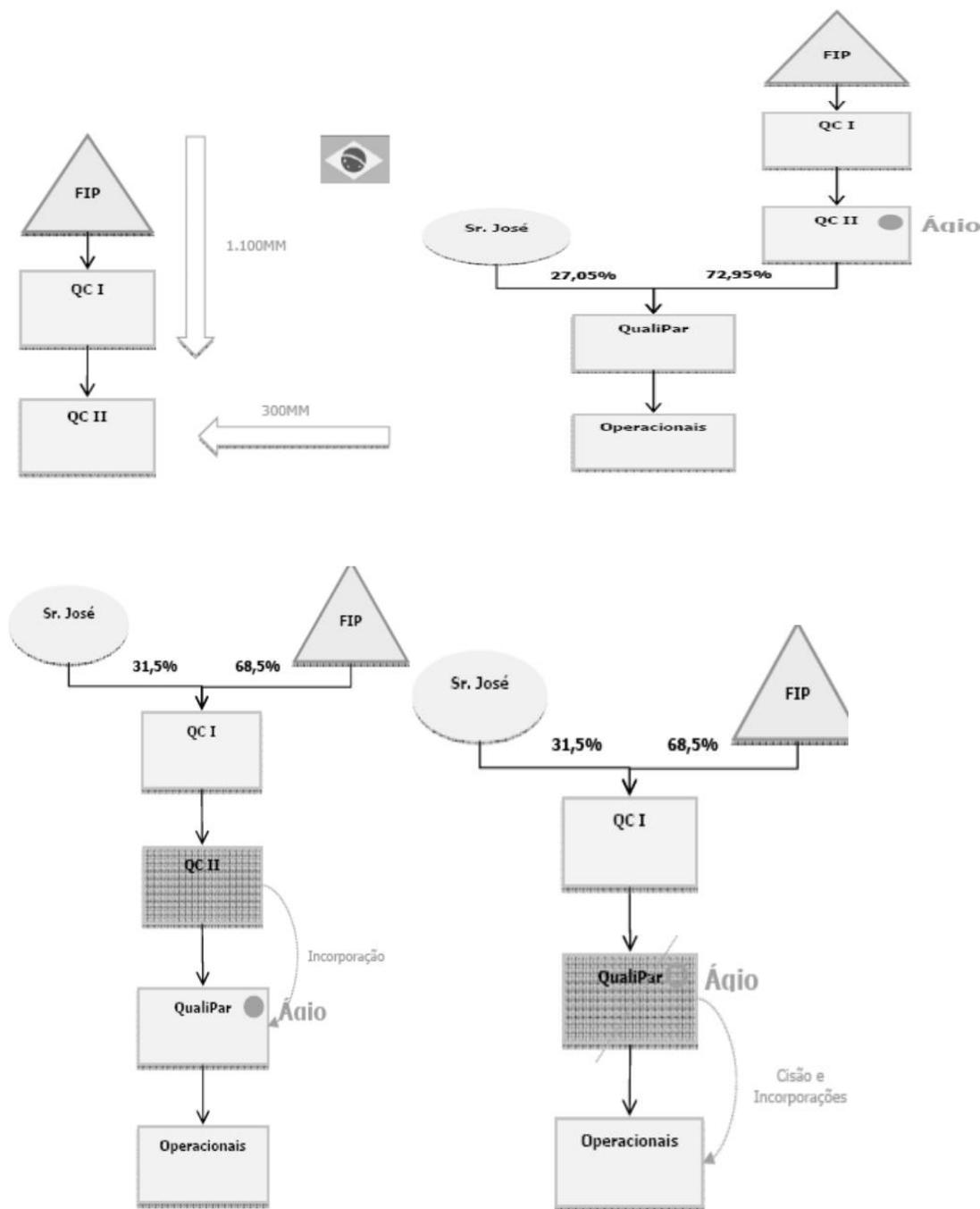
Quanto à multa de ofício, prevaleceu o entendimento de que o uso de empresa veículo para adquirir o investimento com ágio com a maior parte dos recursos provenientes do exterior, para em seguida ser extinta (nesse caso por cisão), não constitui conduta dolosa ou fraudulenta.

Pois bem.

Da primeira matéria: “aproveitamento fiscal do ágio na aquisição de participação societária com recursos oriundos do real investidor sediado no exterior”

O primeiro paradigma (Acórdão nº 1302-003.474) também apreciou uma operação de “compra alavancada”, tendo a sociedade considerada *empresa-veículo* (QCII) emitido debêntures para financiar parte do preço de aquisição das ações da *empresa-alvo* (Qualipar).

Trata-se de estrutura não idêntica, mas comparável com a presente, valendo-se não de três empresas veículos, mas de duas veículos abaixo do FIP (QCI e QCII), tendo esta última figurado como emitente de debêntures no mercado e adquirente e, em seguida, incorporada às *avessas* pela investida, que na sequência foi objeto de cisão com seu acervo transferido às empresas operacionais:



DOCUMENTO VALIDADO

Nesse contexto, prevaleceu o entendimento favorável à glosa da dedução do ágio com base nas seguintes razões:

O relator entendeu que o fato de os recursos advirem do exterior não constitui fundamento para o não aproveitamento do ágio e que não desnatura a ocorrência da confusão patrimonial. Nada obstante, a utilização de empresas veículos (a QC I e a QC II) para internalizar aqueles recursos faz com que o ágio seja criado no âmbito patrimonial de quem não foi a real adquirente das participações societárias alienadas. Daí que não se observa a confusão patrimonial entre a real adquirente e o objeto da aquisição.

[...]

Contra esse entendimento, não importa que a operação tenha sido efetuada entre partes independentes. A previsão legal só permite que o ágio seja aproveitado pela real adquirente. Não é possível transferir para uma empresa veículo a formalidade da aquisição com o propósito preponderante de se obter a economia tributária. O negócio jurídico formalizado nessas condições não é oponível ao Fisco.

A alegação de que a QC II possuía um propósito negocial (o de emitir as debêntures que possibilitaram a alavancagem financeira da operação) não se sustenta. Por mais que se alegue que o BHCS FIP não poderia contrair o empréstimo, essa vedação não existia para a QC I. Ela estava numa relação mais direta com os investidores e, depois das operações de incorporação de ações, passou a atuar como uma verdadeira holding (chegaram a alterar a sua denominação para Qualicorp S/A) ao ter seu capital aberto na oferta pública realizada em 2011.

De qualquer maneira, mesmo que não houvesse essa outra empresa (a QC I) intermediando o investimento do Grupo Carlyle, é certo que a ordem de grandeza da alavancagem em relação ao total do investimento (de, aproximadamente, R\$ 300 milhões / R\$ 1.400 milhões) gera dúvidas acerca da existência da "relevância" desse propósito no contexto de toda a operação. Afinal, qual o montante relativo do empréstimo que seria suficiente para caracterizar essa "relevância". A se admitir qualquer quantia como "relevante", poder-se-á estar criando uma jurisprudência perigosa, onde qualquer grau de alavancagem seria suficiente para caracterizar o propósito negocial. A meu ver, para contornar esse problema, seria até possível permitir a dedução do ágio na medida da relação do empréstimo sobre o total do investimento (no caso 300/1400). Ou seja, o propósito da empresa veículo seria atestado na medida da necessidade do empréstimo. No caso presente, entretanto, entendo que a possibilidade de este ter sido contraído pela QC I (empresa que passou a atuar como uma holding, portanto, mais próxima dos investidores) macula essa possibilidade.

Noutro giro, o fato de o laudo de avaliação ter sido elaborado em data posterior à constituição do ágio (pela QC II) acabou sendo um reforço argumentativo para alguns componentes da maioria vencedora. Para estes, a exigência legal não permite a mera utilização de informações contemporâneas ao fechamento da operação. Há que se elaborar o demonstrativo da rentabilidade futura antes desse fechamento.

A Recorrida questiona a caracterização do dissídio com base nesse *paradigma*, sustentando que:

13. Diferentemente do Caso Qualicorp, o Grupo Bain Capital não possuía presença no país. Desta forma, para a aquisição das empresas do Grupo Notre Dame Intermédica (“GNDI”), foi necessária a implementação de uma estrutura que pudesse (i) receber os recursos do exterior; (ii) captar recursos complementares no mercado interno; e (iii) **cumprir com as obrigações legais e regulatórias da ANS**.

[...]

20. Para que não restem dúvidas a respeito das inúmeras diferenças fáticas entre o paradigma em questão e o caso da Recorrida, confira-se o quadro abaixo:

CRITÉRIO	PARADIGMA (CASO QUALICORP)	CASO EM EXAME (RECORRIDA)
<i>Reconhecimento de Propósito Negocial</i>	Não	Sim
<i>Emprego de FIP na estrutura</i>	Sim	Sim
<i>Número de empresas adquiridas</i>	1 entidade legal (<i>holding</i>)	5 empresas PSBB2 ⁵ , PSBB3 ⁶ , Intermédica ⁷ , Interodonto ⁸ , ND Seguradora ⁹
<i>Órgão regulador específico</i>	Não.	Sim. Agência Nacional de Saúde (ANS)
<i>Já possuía presença no país?</i>	Sim. Havia ainda uma segunda holding e por esse motivo não foi aceito o argumento do FIP não poder contrair o empréstimo.	Não
<i>Indicativo de artificialidade?</i>	Não	Não
<i>Discussão sobre outros temas</i>	Sim. Laudo Extemporâneo	Não
<i>Outras observações</i>	O Voto Vencedor até reconheceria as razões empresariais diante da necessidade do empréstimo, mas pelo fato de já haver uma 2ª holding, rejeitou o propósito negocial da empresa veículo.	A empresa responsável pela captação de recursos no mercado interno não foi incorporada após a aquisição. A Bain Brazil foi necessária para que a margem de solvência das empresas não fosse comprometida.

[...]

Não concordo, porém, com esse racional. Isso porque, de uma análise mais atenta do *decisum*, verifica-se que o fundamento que o levou a manter a glosa foi a utilização de uma *empresa veículo* não de *primeiro nível* (a QC I), mas de *segundo nível* (QC II, controlada por QC I).

Ou seja, foi a interposição de uma segunda holding na estrutura societária o motivo determinante que afastou o direito de dedução de ágio, ágio este formado inclusive com a maior parte dos recursos provenientes do exterior.

No tocante à menção ao momento de produção do laudo do fundamento do ágio pelo acórdão ora comparado, além de tratar-se de *obiter dictum*, ela não prejudica a *comparabilidade* dos acórdãos para os fins pretendidos pela Recorrente, que se mostra semelhante quanto aos efeitos da interposição de holdings na aquisição de investimento por *compra alavancada*.

Aplicando, então, o entendimento prevalente no caso ora cotejado, é possível criar a convicção de que o acórdão recorrido seria reformado por aquele Colegiado, independentemente das questões regulatórias constantes na referida declaração de voto.

O mesmo, porém, não ocorre com o *segundo paradigma* (Acórdão nº **9101-002.962**), precedente este que já foi rejeitado, por exemplo, nos Acórdãos **9101-007.009**, **9101-006.533** e **9101-006.944**, sob o fundamento, por mim acompanhado, de que tal julgado possui dessemelhanças fáticas que impedem a caracterização do dissídio, seja em razão de não ter analisado a questão no bojo da dita “*compra alavancada*”, seja em razão das peculiaridades da empresa-veículo presente neste julgado.

Dessa forma, conheço da *primeira matéria* apenas com base no *primeiro paradigma* (Acórdão nº **1302-003.474**).

Da segunda matéria “qualificação da multa de ofício em operação envolvendo amortização de ágio gerado em reorganização societária com utilização de empresa-veículo”

Transcrevo os seguintes excertos do *primeiro paradigma* (Acórdão nº **9101-002.802**):

Relatório

[...]

A partir da análise desses dois eventos societários, a Fiscalização concluiu (TVF e-fls. 72 e ss) que a CCL INDUSTRIES INC tinha a intenção de implantar uma plataforma fabril no Brasil e que, para tanto, identificou uma empresa no mesmo ramo, já em pleno funcionamento, que seria a PRODESMAQ INDÚSTRIA GRÁFICA LTDA, mas queria apenas uma parte do seu ativo.

Concluiu, então, que o negócio jurídico intencionado pelas partes seria uma Compra e Venda. Fez-se a cisão para a PRODESMAQ S/A da parte que interessava à CCL INDUSTRIES, e, por meio de uma "Planejamento Tributário" de operações de integralização de capital, incorporação, cisão, alteração de denominação, abusou-se das formas de direito, para se chegar ao fim almejado, porém com a "criação" de uma despesa dedutível.

Em ambos os negócios realizados, a Fiscalização concluiu que houve vícios na amortização do ágio, apesar de terem sido executados de forma diferente:

[...]

Assim, a Fiscalização entendeu que o ágio registrado na aquisição da PRODESMAQ não poderia ser amortizado em razão da utilização de empresa veículo (já que a CCL PAR teve existência econômica e empresarial por 5 dias) e da ausência de propósito negocial, porque em razão dessa vida efêmera, a única utilidade vislumbrada para a CCL PAR seria carrear o ágio, pois não teve nenhuma despesa contabilizada, nenhum salário pago, nenhum dispêndio com terceiros, não teve Diretoria constituída, não teve custos, daí porque concluiu que a CCL PAR nunca existiu no mundo econômico.

Afirma que o ágio em tela foi suportado pela CCL INC. e que o único propósito da CCL PAR foi possibilitar a transferência do ágio da CCL INC. para a CCL LABEL BRASIL, configurando uma simulação, a qual levou à qualificação da multa de ofício. E concluiu:

[...]

Voto

[...]

Pois bem, entendo que a qualificação da multa de ofício é devida no presente processo pois, em que pesem todos os fatos terem sido registrados e contabilizados, sob o aspecto tributário, não se tem dúvida de que todo o planejamento visou alterar as características do fato gerador da obrigação tributária, de modo a reduzir o montante do imposto devido, nos termos do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. Para tanto, conforme demonstrado nos autos, a aquisição da PRODESMAQ S/A pela CCL INC (negócio real) foi dissimulada pela interposição de uma empresa meramente escritural, como se fosse a verdadeira compradora (negócio fictício), a qual somente serviu para viabilizar o mecanismo de transferência do ágio para a PRODESMAQ S/A, tanto que desapareceu em poucos dias.

A artificialidade desse mecanismo é evidência suficiente, no meu entender, de uma simulação, conforme apontado pela fiscalização, pois qual a razão de ser de uma empresa como a CCL PAR, sem qualquer atividade econômica, sem qualquer custo, sem qualquer dispêndio, a não ser carrear um ágio para ser deduzido no Brasil?

Entendo que o argumento de que a CCL PAR não pode ser considerada como empresa veículo, porque possuía um propósito comercial, que era a introdução da CCL INC no mercado nacional, viabilizando a aquisição da PRODESMAQ S/A, não justifica o planejamento adotado porque o investimento dessa empresa estrangeira, no Brasil, poderia ter sido feito de forma direta, ou seja, pela aquisição direta da PRODESMAQ S/A, assim como ocorreu com a aquisição da CCL PAR. Ou seja, a PRODESMAQ S/A poderia, sim, ser essa centralizadora das atividades no Brasil.

Assim, o único propósito da interposição da CCL PAR na aquisição da PRODESMAQ INC foi possibilitar que o ágio, o qual foi suportado pela empresa estrangeira, fosse transferido para a empresa adquirida.

Como evidenciado expressamente pela Fiscalização (item 182 do TVF), corrobora o intuito doloso do contribuinte o fato do ágio ter sido fundamentado tão somente na expectativa de rentabilidade futura, desprezando-se por completo a parcela derivada do fundo de comércio da empresa e da avaliação do seu ativo a valor de mercado, vez que esta não gera amortizações dedutíveis do IRPJ e da CSLL.

A respeito do fundo de comércio, a fiscalização lembra do valor agregado relativo à mão de obra especializada, à rede de clientes e fornecedores, às certificações e a outras riquezas intangíveis associadas à empresa adquirida. A fiscalização também aponta como a aquisição em tela foi feita considerando o valor contábil do ativo, cuja depreciação já estava na ordem de 81%, muito aquém do seu valor de mercado.

Por oportuno, transcrevo trechos do relatório fiscal:

[...]

Apesar de a redução do custo tributário ser uma meta válida na atividade empresarial, observa-se que aqui não está em discussão a ética empresarial, mas sim a legislação tributária, em cujo âmbito, a dissimulação do fato gerador ou a redução dissimulada do valor devido são considerados ilícitos tributários qualificados que dão ensejo à exasperação da multa de ofício.

Em face ao exposto, entendo que a decisão recorrida deve ser reformada para que seja restabelecida a qualificação da multa de ofício originariamente exigida.
[...]

Como se vê, a ausência de propósito comercial da holding, que *existiu* apenas por cinco dias, bem como a simulação do próprio fundamento econômico do ágio, foram determinantes para a manutenção da multa qualificada no caso ora cotejado.

Aqui, porém, esses elementos não se fazem presente, o que prejudica a caracterização do dissídio.

Isso se repete no *segundo paradigma* (Acórdão nº **1103-000.960**), caso este que tratou de *transferência de ágio para empresa veículo considerada sem propósito negocial* em estrutura distinta de uma operação de *compra alavancada*. Confira-se:

[...]

No caso concreto, a fiscalização indicou a Esmeralda Holdings Ltda como empresa-veículo, constituída em 18/03/2005 com capital de R\$ 1.000,00 e objeto social "administração, locação, compra e venda de bens próprios e participação em outras sociedades como cotista ou acionista", permanecendo inativa até o evento de incorporação, sem registro de receita bruta e despesas administrativas na DIPJ e de empregados e ativo imobilizado, afirmações da autoridade fiscal não contestadas pela contribuinte.

As únicas operações realizadas durante a existência da Esmeralda foram a sua aquisição pelo Bradesco, o aumento de capital e a incorporação pela Tempo (autuada), todas, pode-se afirmar, a um só momento e voltadas para criar as condições para transferência e dedução do ágio da base de cálculo tributável.

Examinando-se o contexto de fato, bem se vê que nada mudou na distribuição de atividades do Grupo Bradesco antes e depois da incorporação da Esmeralda pela contribuinte autuada.

A Esmeralda serviu tão somente de "canal de passagem de ágio" na sucessão de eventos societários ocorridos, como bem dito pela autoridade fiscal, tratando-se de clássico caso de empresa veículo.

Constata-se, portanto, que o alegado "planejamento estratégico" foi montado visando apenas à economia tributária.

[...]

Já tive a oportunidade de examinar caso semelhante no julgamento do Recurso nº 152980 (Processo nº 18471.001782/2005-36), também na condição de relator, no qual adotei igual entendimento no voto condutor do Acórdão nº 103-23.290/2007 quanto a esta matéria, aprovado por unanimidade pelos membros da 3ª Câmara do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes. A decisão restou assim resumida:

(...)

No julgamento acima referido, destaquei o cabimento de aplicação da multa majorada:

"Da descrição dos fatos e elementos de prova constantes dos autos bem se percebe a ausência de qualquer propósito negocial ou societário na incorporação realizada, restando caracterizada a utilização da incorporada como mera "empresa veículo" para transferência do ágio para a incorporadora, (...) o caso concreto deveria ser enquadrado como simulação, acompanhada da aplicação de multa qualificada. Entretanto, a autoridade fiscal impôs apenas a multa ordinária de 75%."

Assim, deve ser restabelecida a imposição da multa qualificada em razão da simulação suficientemente caracterizada com a utilização de empresa veículo.

Em razão, então, das dessemelhanças fáticos-jurídicas apontadas, não conheço da *segunda matéria*.

Conclusão

Pelo exposto, conheço parcialmente do recurso especial, apenas em relação à primeira matéria - *aproveitamento fiscal do ágio na aquisição de participação societária com recursos oriundos do real investidor sediado no exterior*.

Mérito

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

Segundo o artigo 248 da Lei nº 6.404/1976 (LSA), os investimentos considerados relevantes nos termos desta lei estão sujeitos ao MEP, o que significa dizer que devem ser registrados no balanço da investidora pelo valor correspondente à sua participação no patrimônio líquido da investida, submetendo-se, assim, à apuração de diferenças, para mais ou para menos, em relação ao custo de aquisição³.

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

Já o Legislador tributário prescreveu, já na redação originária do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77⁴, que os investimentos sujeitos ao MEP deveriam ser desdobrados em duas rubricas:

³ Antes da LSA, o Decreto-Lei n. 2.627/1940, por meio do seu artigo 129, determinava a avaliação de todo tipo de investimento com base no custo de aquisição efetivo.

⁴ Artigo 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

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

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

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

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

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

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

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

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

Não obstante as potenciais intersecções da origem do ágio, a legislação tributária daquela época, apesar de fazer menção às possíveis razões econômicas que poderiam levar a apuração do ágio ou deságio, não previa o tratamento fiscal da baixa do investimento (e, conseqüentemente, do *sobrepreço*) em função do seu fundamento econômico (*motivo do ágio*), conforme evidencia as disposições dos artigos 25, 31, 33⁵ e 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77, *in verbis*:

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

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

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

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

⁵ Esse artigo foi alterado pela Lei nº 12.973, de 2014.

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

(...)

Artigo 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital **de uma possuída por outra**, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas: *(Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)*

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

II - será computado como **ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas**, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado. *(Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)*

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: *(Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)*

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e *(Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)*

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

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

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

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

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

O direito à dedução do ágio, portanto, não constitui um *benefício fiscal* em sentido técnico (renúncia estatal), tendo em vista que a sua natureza é de custo incorrido na aquisição de participação societária (ativo), custo este que, na ausência de regra legal específica, já seria dedutível como perda (decrécimo patrimonial) quando da extinção do investimento.

Como bem observou João Francisco Bianco⁶:

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

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

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

Dúvidas existiam, na verdade, sobre a aplicação do tratamento fiscal na hipótese de incorporação da empresa investidora pela investida, até mesmo porque a legislação, além de não tratar da *incorporação reversa* de forma expressa, se valia da expressão *extinção de ações ou*

⁶ Ainda o ágio pago na aquisição de investimento. In: Controvérsias Jurídico-contábeis. São Paulo: Atlas. 2020. P. 203.

quotas de capital de uma possuída por outra, o que poderia, ao menos em uma leitura mais apressada, dar margem para uma interpretação no sentido de que a dedução estaria restrita à incorporação direta, afinal é a investidora quem possui ações ou quotas da investida, e não vice-versa.

Quanto ao fundamento econômico do ágio (razão econômica), repita-se que a lei originária não o considerada relevante na definição do seu tratamento fiscal. O que a lei determinava, conforme visto acima, era que a perda de capital passível de dedução deveria corresponder à diferença entre o **valor contábil** das ações ou quotas e o **valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado**.

Nesse contexto, e decorridos 20 (vinte) anos da vigência do Decreto-Lei nº 1.598/77, os Poderes Executivo e Legislativo resolveram estabelecer novo tratamento fiscal para a “baixa do ágio” por fusão, incorporação ou cisão, o que foi feito através das regras introduzidas pela Medida Provisória nº 1.602/1997⁷, a qual, após sua conversão na Lei nº 9.532/1997, passou a regulamentar a matéria no bojo dos artigos 7º e 8º a seguir transcritos.

Artigo 7º - A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977⁸: *(grifamos)*

⁷ Da exposição de motivos da Medida Provisória (publicada no Diário do Congresso Nacional de 02.12.1997 (páginas 18.021/18.023) extrai-se que:

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

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

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

(...)

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

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

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

⁸ Artigo 20 - (...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(ii) estabelecer a dedução fiscal como perda de capital apenas à baixa do ágio com fundamento na rentabilidade futura da investida, podendo esta perda ser aferida agora com base no valor contábil do acervo (e não mais necessariamente por valor a mercado⁹), mas com diferimento mínimo à razão de 1/60 para cada mês do período de apuração;

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

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

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

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

⁹ No regime anterior, conforme visto, a perda de capital apurada nos eventos societários implementados a valor contábil não era dedutível. A legislação até então vigente condicionava a dedução a apuração do acervo líquido a mercado.

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

Como pontua Valter Lobato¹⁰:

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

Desde então, ou seja, após a edição da Lei 9.532/97, a figura do "ágio" fundamentado na rentabilidade futura foi sendo amplamente utilizada também no contexto de aquisições entre particulares, partes independentes ou não, em operações com variadas estruturas, o que acabou colocando o assunto ágio como um dos principais alvos de autuações fiscais.

A crescente utilização da dedução de ágio, todavia, chamou a atenção das autoridades fiscais, que reagiram com um verdadeiro “caça às bruxas” às operações com ágio, passando a autuar os contribuintes muitas vezes no modo "piloto automático", mas sem perceber que, em grande parte dos casos, acabaram confundindo operações feitas ao abrigo da lei com operações simuladas ou fraudulentas, estas sim repudiáveis.

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

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

Ocorre que esse regramento contábil acabou sendo regulamentado pela legislação tributária apenas com o advento da MP 627/2013, convertida na Lei n. 12.973/2014, lei esta que

¹⁰ O Novo Regime Jurídico do Ágio na Lei 12.973/2014. In: O ágio no direito tributário e societário: questões atuais. São Paulo: Quartier Latin. 2015. P. 101.

alterou a regra fiscal prevista no artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77, mas que, por ser posterior aos fatos geradores ora analisados, não será objeto de nossa análise.

Feitas essas considerações, e agora voltando à acusação fiscal propriamente dita, nota-se que a glosa das despesas do ágio ora tratado tem por base dois fundamentos centrais: **(i)** a impossibilidade do uso de *empresa veículo* (Bain Brazil); e **(ii)** pela ausência de *confusão patrimonial* entre o *real adquirente*, considerado os Fundos (Luxco 1, 2 e 3) localizados no exterior e as empresas *investidas* (PSBB2 e PSBB3), “confusão patrimonial” esta aferida com base no organograma societário e análise do fluxo financeiro da maior parte dos recursos empregados na aquisição do investimento em tela e que foi tida como pressuposto legal para a amortização fiscal do ágio.

Pois bem.

Do uso de “empresa veículo”

Acerca da desqualificação da dita *empresa veículo*, venho me posicionando no sentido de que a eficácia ou ineficácia de atos ou negócios jurídicos praticados em conformidades com as formas permitidas pelo Direito, mas com a finalidade de gerar economia fiscal, deve sempre ser aferida com base em critérios previstos exclusivamente na lei, notadamente em torno da interpretação de uma *norma antielisiva*, quando existente, ou da ocorrência ou não de **simulação na interposição de pessoas ou na celebração de negócios jurídicos**, e não por motivos pessoais, ideologias, preconceitos, crenças ou importação de teorias alienígenas.

Os limites daquilo que se denomina de “planejamento tributário” – cujo propósito muitas vezes se confunde com a própria **tentativa legítima** de buscar economia de tributos - estão restritos, além dos casos que envolverem descumprimento direto a uma lei ou prática de condutas ilícitas ou fraudulentas, às hipóteses de *simulação*.

Tanto é assim que o artigo 149, VII¹¹, combinado com o art. 142¹², ambos do CTN e abaixo transcritos, permitem a revisão do lançamento em casos que envolvem simulação, permitindo ao fisco *requalificar juridicamente os fatos*. Confira-se:

Além, então, da *divergência interpretativa e fraude*, o Fisco, no exercício de sua atividade vinculada de busca pela verdade material, tem poderes para se opor aos *efeitos* de atos

¹¹ **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**;

¹² **Art. 142.** Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

ou negócios jurídicos simulados, afinal é a *substância* que deve prevalecer sobre a *forma*, e não o inverso.

A redação atual do referido **artigo 116 do CTN**¹³, aliás, tal como foi positivada após sua alteração pela LC 104/2001, a nosso ver **(i)** reforçou a *simulação* (mais precisamente o seu viés, a *dissimulação*) como circunstância ensejadora da requalificação jurídica dos fatos; e **(ii)** permitiu que lei ordinária, por meio de *normas antielisivas* propriamente ditas, crie limites ou novos critérios jurídicos para desconsiderar atos ou negócios jurídicos específicos.

Isso fica claro na seguinte passagem do voto condutor da Ministra Cármen Lucia, quando do julgamento da **ADI 2.446**, que, ao declarar a constitucionalidade do parágrafo único em questão, assim pontuou:

... a desconsideração autorizada pelo dispositivo está limitada aos atos ou negócios jurídicos praticados com intenção de dissimulação ou ocultação desse fato gerador.

O parágrafo único do art. 116 do Código não autoriza, ao contrário do que argumenta a autora, “a tributação com base na intenção do que poderia estar sendo supostamente encoberto por um forma jurídica, totalmente legal, mas que estaria ensejando pagamento de imposto menor, tributando mesmo que não haja lei para caracterizar tal fato gerador” (fl. 3, e-doc. 2, grifos nossos).

Autoridade fiscal estará autorizada apenas a aplicar base de cálculo e alíquota a uma hipótese de incidência estabelecida em lei e que tenha se realizado.

Tem-se, pois, que a norma impugnada visa conferir máxima efetividade não apenas ao princípio da legalidade tributária mas também ao princípio da lealdade tributária.

Não se comprova também, como pretende a autora, retirar incentivo ou estabelecer proibição ao planejamento tributário das pessoas físicas ou jurídicas. A norma não proíbe o contribuinte de buscar, pelas vias legítimas e comportamentos coerentes com a ordem jurídica, economia fiscal, realizando suas atividades de forma menos onerosa, e, assim, deixando de pagar tributos quando não configurado fato gerador cuja ocorrência tenha sido licitamente evitada.

(...)

¹³ Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

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

8. A norma do parágrafo único do art. 116 não dispõe, ao contrário do pretendido pela autora, de espaço autorizado de interpretação econômica. Ali não se trata da interpretação da lei, o que se dá no Capítulo IV do Código Tributário Nacional intitulado “Interpretação e Integração da Legislação Tributária”.

Tem-se no artigo 110:

“A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

Esse dispositivo não foi alterado pela Lei Complementar n. 104/2001.

9. De se anotar que elisão fiscal difere da evasão fiscal. Enquanto na primeira há diminuição lícita dos valores tributários devidos pois o contribuinte evita relação jurídica que faria nascer obrigação tributária, na segunda, o contribuinte atua de forma a ocultar fato gerador materializado para omitir-se ao pagamento da obrigação tributária devida. Grifamos.

(...)

Não se pode perder de vista, ademais, que o Governo buscou “incorporar” a *teoria do propósito negocial* e do *abuso de forma* no Direito Tributário Brasileiro por intermédio do artigo 14 da Medida Provisória nº 66/2002¹⁴, mas este dispositivo foi rejeitado pelo Congresso Nacional quando da conversão da referida MP na Lei nº 10.637/2002, o que significa dizer que tais figuras definitivamente são estranhas ao nosso sistema jurídico tributário.

Isso significa dizer que, inexistindo regra legal específica que limite um determinado planejamento tributário, e descartado aqui as situações de fraude, onde o dolo de sonegar é integrante de seu conceito, apenas na hipótese de a operação envolver atos ou negócios simulado é que estaremos diante de caso de estrutura inoponível ao fisco, que tem o poder-dever de “recapitular” os fatos em prol da verdade material e atingimento da efetiva capacidade contributiva.

¹⁴ Art. 14 - São passíveis de descon sideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§ 1º- Para a descon sideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:

I - falta de propósito negocial; ou

II - abuso de forma.

§ 2º - Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.

§ 3º- Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado.

Nos dizeres de Paulo Ayres Barreto¹⁵, provadas a simulação ou a dissimulação, perdem relevo a ausência de propósito negocial e a alegação de abuso. Contudo, se não restarem comprovadas, as ações do contribuinte deverão ser plenamente respaldadas pelo ordenamento jurídico nacional.

Nesse contexto, e considerando que não existe nenhuma lei *antielisiva*, inclusive após a Lei nº 12.973/2014, que proíba o uso de empresas *holding* tanto para adquirir ou deter investimentos com ágio quanto para serem extintas pelas investidas, de modo a “antecipar” os seus efeitos fiscais, a questão ora em controvérsia passa a girar em torno da existência ou não de *simulação* por ocasião do uso da *Bain Brazil* para adquirir as *holdings* que detinham os investimentos (PSBB2 e PSBB3) e, em seguida, ser cindida com versão de seu acervo para as empresas operacionais, dentre elas a Recorrida, passando estas a deduzirem fiscalmente o ágio pago na operação entre partes não relacionadas.

Do ponto de vista do direito positivo, o Código Civil de 2002 inseriu a *simulação* no capítulo “*Da Invalidade do Negócio Jurídico*”, passando esta a ser causa de nulidade nos termos do artigo 167, *in verbis*:

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

§1º - Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

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

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

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

Ao comentar esse dispositivo, Tercio Sampaio Ferraz Jr assim se manifestou¹⁶:

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

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

¹⁵ Planejamento tributário: perspectivas teóricas e práticas. Revista de Direito Tributário n. 105. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 60.

¹⁶ Simulação e negócio jurídico indireto no direito tributário à Luz do novo código civil. Revista Fórum de Direito Tributário, v. 48. Belo Horizonte: Fórum, P. 10.

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

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

Para esse caso concreto, no qual ataca-se a *empresa veículo* Bain Brazil como *adquirente*, não se pode perder de vista que, quando o art. 167, §1º, I, prescreve que haverá simulação nos negócios jurídicos que *aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem*, ele evidentemente repudia a *interposição fictícia*.

Ao contrário da *interposição real*, onde o interposto atua em nome próprio, tornando-se titular dos direitos e obrigações derivados do negócio que intervém, ainda que em interesse de *outrem*, na *interposição fictícia* ou ***simulada***, o interposto figura na *aparência*, como uma espécie de “laranja” ou “empresta-nome”, limitando-se à aposição do seu nome no documento que formaliza o ato ou o negócio celebrado.

As questões, portanto, que se colocam para aferir a legitimidade da *requalificação jurídica* empregada em face da estrutura ora analisada são as seguintes: uma empresa holding, como é o caso da Bain Brazil, pode, **aos olhos jurídicos**, receber recursos provenientes do exterior e captados no mercado interno para adquirir um investimento com ágio e logo em seguida ser extinta por cisão com versão de seu patrimônio (com o ágio) às empresas operacionais? Há simulação nesta *interposição de pessoa* (no caso, Bain Brazil)?

A meu ver o Direito admite sim a estrutura que foi adotada, não havendo simulação. Senão, vejamos.

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

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

[...]

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

Sobre esse tipo de sociedade, Modesto Carvalhosa¹⁷ esclarece que “tem assim a sociedade holding como característica diferencial e objetivo principal a participação relevante em uma atividade econômica de terceiros, em vez de exercício de atividade produtiva ou comercial”.

A ideia, então, de que toda sociedade deve necessariamente possuir estrutura física, portaria, prédio, funcionários, máquinas, etc., não se aplica para uma *holding*, afinal sua *causa jurídica* ou *finalidade social*, consiste justamente em participar em outras sociedades enquanto objeto social típico.

Ao contrário de uma empresa industrial, comercial ou uma prestadora de serviços que, como regra geral, demandam um mínimo de “tempo de vida”, estrutura física e de pessoal para de fato operarem, a prova da existência e objeto de uma *holding* se dá justamente com seu ato constitutivo, inscrição perante o fisco e declarações dos sócios, afinal sua função social é deter investimento(s). O Direito assim tutela e legitima esse tipo de sociedade, que notoriamente se distingue das *empresas tradicionais*.

Alinhado ainda ao que leciona Charles William McNaughton¹⁸:

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

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

O que se opera no caso da empresa-veículo utilizada para aproveitamento do ágio? O investidor paga um sobrepreço para adquirir um ativo (uma sociedade) com a expectativa de ter um resultado (lucro) no futuro. A obtenção desse resultado é justamente o tipo de ato que se enquadra na função social daquela pessoa jurídica.

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

(...)

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

¹⁷ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, V. 4. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 15.

¹⁸ IR e planejamento fiscal: a questão das empresas-veículo. In: Novo RIR. Coordenação: Jimir Doniak Jr. São Paulo: Quartier Latin. 2019. P. 97/98.

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

O artigo 997, também do Código Civil, ainda estabelece, em seu inciso II, que os atos constitutivos de uma sociedade devem conter, além das cláusulas estipuladas pelas partes, “a denominação, **objeto**, sede e **prazo**”, o que ratifica a liberdade quanto à duração e finalidade de uma holding.

De acordo com Edmar Oliveira Andrade Filho¹⁹:

No Brasil, o problema do prazo de duração passou a ser secundário após o advento do parágrafo único do art. 981 do CC, segundo o qual 'a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados'. Portanto, a permanência ou duração de uma sociedade não é um requisito de validade para a constituição e utilização de uma pessoa jurídica, pois o próprio ordenamento jurídico já se encarregou de realizar as valorações pertinentes ao tempo de duração de uma sociedade.

Ora, é perfeitamente válido e eficaz, sob o prisma jurídico, a existência de sociedades efêmeras e outras de longa duração, com capital social ínfimo ou substancial, umas com operações mercantis, outras produtivas ou prestadoras de serviços e outras ainda como mero canais de investimento, o que vai depender dos fins sociais e econômicos estabelecidos pelos sócios e administradores dentro de sua liberdade de empreender e de buscar maximizar os resultados nos limites da lei.

Se a própria legislação tipifica uma “holding pura com fins específicos” como uma espécie societária própria do Direito, conferindo-lhe autonomia e legitimidade para praticar uma única operação, inclusive para fins de economia tributária, não vejo como não admitir, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, o uso de empresas veículos em estruturas de aquisições de investimentos com ágio, sem qualquer prejuízo de aplicação da norma fiscal de dedutibilidade.

Ademais, cabe pontuar que é plenamente lícito o *financiamento* estrangeiro no Brasil por controladoras sediadas no exterior, o que se faz justamente com empresas *holdings*, espécie de sociedade que é usualmente utilizada como instrumento legítimo de grupos internacionais investirem e se estabelecerem no país.

Na linha do que constatou Guilherme Neves²⁰:

A doutrina especializada em fusões e aquisições, a partir do pressuposto de que a legislação oferece esta possibilidade, constatou que a utilização de *holdings* para

¹⁹ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Planejamento Tributário. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 300/304.

²⁰ O ágio e a não discriminação do capital estrangeiro. São Paulo: Dialética. 2021. P. 45.

implementar a alienação indireta de controle é modelo amplamente utilizado no país.

Há diversas razões gerenciais e negociais para que sociedades *holdings* sejam utilizadas como meios de viabilizar a materialização de combinações de negócios complexas, as quais variarão em função das peculiaridades de cada caso concreto.

Nesta situação específica, restou demonstrado que a *empresa-veículo* Bain Brazil foi a sociedade que assumiu o ônus econômico perante seus sócios e debenturistas, reuniu as condições financeiras necessárias para promover a aquisição do investimento em uma operação de “*compra alavancada*” (ou *leveraged buyout* - “LBO”) e figurou como adquirente com a autorização da ANS (Agência Nacional de Saúde).

Considerando que Fundos de Investimento em Participações (no caso, o Alkes II FIP e os seus Fundos controladores domiciliados no exterior) não poderiam, em razão da restrição prevista no artigo 35, inciso II, Instrução CVM nº 391, emitir instrumentos de dívida, o grupo adquirente, dentro de sua livre iniciativa de empreender, entendeu *necessária* a constituição da Bain Brazil, *empresa veículo de terceiro nível* que figurou como compradora, efetuou o pagamento do preço e efetivamente adquiriu as participações societárias com ágio fundado na rentabilidade futura dos respectivos investimentos.

Essa *indispensabilidade* de utilização de holding em uma *operação de LBO* foi muito bem resumida na ementa do Acórdão nº **1301-006.709**, da lavra da I. Conselheira Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, verbis:

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

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016

ÁGIO. COMPRA ALAVANCADA. CONSTITUIÇÃO DE EMPRESA PARA CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO. POSSIBILIDADE.

As operações de compra alavancada podem gerar diversas vantagens econômicas e gerenciais, tais como (i) a segregação do capital a ser investido e do correspondente risco em um veículo próprio, de forma que não comprometa os demais investimentos do grupo; (ii) desnecessidade de emprego de capital próprio para a aquisição da participação societária, possibilitando que o capital próprio seja utilizado em outros investimentos; (iii) possibilidade de utilização das receitas geradas pelo investimento adquirido para quitar o financiamento contraído; e (iv) dedutibilidade fiscal dos juros contraídos para a obtenção do financiamento necessário à aquisição da participação societária.

Assim, tendo em vista a impossibilidade de o fundo de investimento em participações contrair dívidas, em razão do disposto na Instrução CVM nº 391/2003, a constituição de pessoa jurídica para tanto é indispensável para a realização da operação de aquisição de participação societária com recursos de

terceiros (compra alavancada) e não afronta ao disposto no art. 7º da Lei nº 9.532/1997.

Não interessa ao Fisco se a pessoa jurídica constituída para adquirir a participação societária com ágio tinha outras formas para arrecadar os valores necessários para fazer frente à aquisição ou se o empréstimo poderia ter sido contraído diretamente pelos cotistas do fundo de investimento em participações. A forma como as empresas se financiam é uma decisão estratégica, de natureza privada, que não pode ser desconsiderada pelo Fisco pelo simples fato de implicar, também, em vantagem tributária.

De fato, tratando-se de *operação alavancada*, o uso de holding é necessário para justificar a aquisição do investimento por intermédio das ditas *empresas-veículos*.

Não há, portanto, em que se falar em ocorrência de simulação ou qualquer outro vício que possa contaminar a eficácia dos atos tais como foram praticados e declarados, devendo ser considerada **eficaz** a aquisição dos investimentos pela Bain Brazil.

Da ausência de *confusão patrimonial* entre o *real adquirente* e a empresa investida

A fiscalização, considerando que a maior parte dos recursos utilizados para pagamento do preço do negócio (cerca de 72%) foram transferidos de Fundos no exterior para um FIP no Brasil (Alkex II) investir aqui no País por intermédio de *três níveis de holdings*, afirma que o *real adquirente* seria o grupo estrangeiro, e não a sociedade que figurou no contrato como adquirente (Bain Brazil).

Em razão, então, do controle societário e do fluxo financeiro, o Fisco afasta a Bain Brazil como adquirente ou detentora do investimento, não permitindo a amortização fiscal do ágio sob a alegação de inexistência de *confusão patrimonial*.

Nenhum reparo caberia ao raciocínio, não fosse, é certo, a existência de dois “detalhes” da maior relevância: **(i)** não houve *simulação* (ou *artificialidade*) da Bain Brazil, conforme visto no tópico anterior; e **(ii)** a *rastreabilidade da origem dos recursos* é irrelevante para fins de reconhecimento do direito à amortização fiscal do ágio.

Não obstante a deficiência da própria terminologia *real adquirente*²¹, tal *tese* definitivamente não se sustenta em face do princípio da legalidade. Isso porque o referido artigo

²¹ Nesse sentido, convém ressaltar a observação feita por Rosanova Galhardo e Pedro A. do A. Abujamra Asseis:

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

7º autorizou a dedução do ágio fundado na rentabilidade futura pela “*pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, **na qual detenha** participação societária **adquirida com ágio ou deságio**” (cf. caput do artigo 7º da Lei 9.532/1997), o que significa dizer que o destinatário da norma de dedução do ágio é aquele que **detém o investimento adquirido com ágio (ou a adquirida quando da incorporação reversa), linguagem esta (verbo deter) que revela justamente algo que pode ser passageiro, desvinculando-se cabalmente da fonte dos recursos** empregados no negócio.*

Se a intenção do Legislador fosse a de limitar a dedução ao *supridor* dos recursos utilizados na aquisição do investimento, deveria a lei assim restringir, o que não foi feito, inclusive de forma intencional, seja ante a previsão expressa da possibilidade de incorporação reversa (cf. artigo 8º), seja pela falta de vedação legal desta estrutura de aquisição pela Lei nº 12.973, quando revisou e alterou o tratamento fiscal do ágio.

Ora, a utilização da expressão “*na qual **detenha** participação societária adquirida*” pela lei, somada à autorização legal para que a investida incorpore a detentora da participação societária com ágio, na realidade conferiu ao contribuinte o direito de aproveitamento fiscal do ágio na operação ora analisada.

Adotar a interpretação de que o adquirente, no caso, seria o controlador estrangeiro em razão da *origem da origem* dos recursos (e aqui a redundância é proposital), colocaria o intérprete na indevida posição de Legislador, alterando por completo a literalidade e o conteúdo do texto legal.

Nesse caso concreto, aliás, não se pode perder de vista que cerca de 30% dos recursos foram captados no mercado brasileiro, o que definitivamente rechaça o argumento fiscal.

A propósito, no Acórdão nº **1302-002.011**, que afastou a procedência dessa *tese fazendária*, o ex. Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior expôs com propriedade o quanto segue:

Pela narrativa do autuante, o que se depreende é que os investidores estrangeiros, ao invés de adquirirem diretamente as empresas brasileiras, resolveram aportar capital em subsidiárias brasileiras, para que estas adquirissem com ágio as empresas visadas e posteriormente, com as incorporações reversas, as adquiridas pudessem se valer da dedutibilidade da amortização do ágio. **Ora, qual o ilícito de tal conduta? Nenhum, pois são caminhos permitidos pela legislação tributária.**

Todavia, o autuante entende que o verdadeiro adquirente (quem pagou pelo ágio) das empresas adquiridas foi o controlador estrangeiro, desconsiderando assim a personalidade jurídica da Technical e da Itajaí Investimento, para então, concluir que não se aplicaria a norma do art. 7º da Lei 9.532/97 (aqui ele se

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

confunde, pois a norma aplicável na espécie é o art. 8º que trata de incorporações reversas), porque não teria havido a reunião do patrimônio de quem pagou pelo ágio e o patrimônio da sociedade que presumivelmente vai gerar os lucros justificadores desse pagamento.

Com base em que norma legal, um Auditor-Fiscal desconsidera a personalidade jurídica de uma sociedade regularmente constituída? Certamente, não é com base no parágrafo único do art. 116 do CTN, pois esse além de inaplicável por falta de regulamentação, só admite a desconsideração de atos ou negócios jurídicos. Não me parece que se possa tomar personalidade jurídica como sinônimo de negócio jurídico, razão pela qual tal dispositivo não autoriza, por via oblíqua, a Autoridade Fiscal a desconsiderar contratos ou estatutos sociais de sociedades, ainda que regulamentado estivesse. O mais grave, porém, é que, talvez por falta de qualquer suporte legal, o autuante passa ao largo dessa questão.

Por essas razões, voto por dar provimento ao recurso voluntário também neste ponto.

[...]

Destaca-se, ainda, decisão da 1ª Turma do STJ, proferida por unanimidade de votos no **Resp 2.026.473/SC**, que validou o uso de empresa veículo como meio de operacionalizar a aquisição de investimentos por empresas estrangeiras, sem prejuízo da dedução do ágio, conforme atesta a seguinte passagem do voto condutor do Min. Gurgel de Faria:

Sobre o emprego da "empresa-veículo", a sua rejeição apriorística contraria o disposto no art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.404/1976 (o qual faculta a criação de holding "como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais").

Não há proibição legal para que uma sociedade empresária seja criada como "veículo" para facilitar a realização de um negócio jurídico; inclusive há razões reais ("propósito comercial") para tanto, pois é possível que as pessoas jurídicas originais queiram manter sua segregação por diversas razões (estratégicas, econômicas, operacionais...).

A propósito, quando a investidora é empresa estrangeira, é ainda mais justificável a constituição de uma "empresa-veículo", por algumas razões práticas: confere mais segurança quanto à possibilidade de se valer da norma interna de dedução do ágio (o que não aconteceria se a incorporação fosse internacional); permite a negociação com base na moeda local; pode facilitar a realização de operações locais (por exemplo, dispensar garantias que seriam exigidas do investidor internacional) etc.

Assim, filio-me à orientação de que: *A Lei nº 9.532/1997 e a Lei nº 12.973/2014 apenas exigem a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que detém participação societária e a sociedade adquirida, não fazendo qualquer alusão,*

ainda que implícita, ao suposto "real adquirente", que segundo a tese do Fisco, teria fornecido os recursos financeiros ou ofertado garantia para aquisição do investimento. (SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022)".

O fluxo financeiro dentro do grupo adquirente, é certo, constitui circunstância irrelevante para fins de dedução, até mesmo porque seguir este entendimento de condicionar o direito de deduzir o ágio à *origem da origem* dos recursos (e aqui a redundância é proposital) conduziria ao *absurdo* cenário de que tudo na economia seria sempre da controladora, que até mesmo deixaria de existir na figura de uma sociedade, que nada mais é do que uma *ficção jurídica*, considerando que no topo de qualquer estrutura societária estão os sócios pessoas físicas, que passariam a ser taxados de adquirentes de tudo.

Como diria Carlos Maximiliano²²:

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

(...)

Não pode o intérprete alimentar a pretensão de melhorar a lei com desobedecer às suas prescrições explícitas. Deve ter o intuito de cumprir a regra positiva (...)

Nenhum reparo, contudo, cabe à decisão recorrida.

Conclusão

Pelo exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso especial, restando prejudicado o exame da matéria "multa qualificada".

É como voto.

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli

VOTO VENCEDOR

Conselheira **Edeli Pereira Bessa**, redatora designada

²² Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense. 20ª edição. P. 103 e 226.

O I. Relator restou vencido na negativa de conhecimento ao recurso especial quanto à matéria “qualificação da multa de ofício em operação envolvendo amortização de ágio gerado em reorganização societária com utilização de empresa-veículo”. A maioria qualificada do Colegiado compreendeu que a matéria deveria ser conhecida.

Cabe inicialmente esclarecer que, embora o Colegiado *a quo* tenha afastado a exigência principal, do que já decorreria a exclusão da multa qualificada, constata-se que no acórdão recorrido há fundamentos que sustentam o afastamento deste gravame, especialmente porque a inocorrência de fraude foi invocada para admitir a amortização fiscal do ágio constituído na operação examinada.

Distintamente das indicações em favor da manutenção da multa isolada por falta de recolhimento de estimativas e dos juros de mora sobre a multa de ofício, constantes na ementa e no voto do relator e que resultariam na manutenção destas exigências, as referências acerca da qualificação da penalidade permitem concluir que o Colegiado *a quo*, por também afastar o gravame, decidiu a questão. A PGFN, portanto, tinha interesse em apresentar recurso especial contra esses fundamentos, os quais, inclusive, se prestaram também a afastar a responsabilidade tributária de Notre Dame Intermédica Participações S/A e BCBF Participações S/A.

Com respeito ao dissídio jurisprudencial apontado, esta Conselheira concorda com o I. Relator acerca da rejeição do paradigma nº 1103-000.960, que teve em conta operação de transferência de ágio, de modo que a pessoa jurídica interposta sequer figura como adquirente formal do investimento, mas apenas como veículo do ágio pago pelo efetivo adquirente, com vistas à sua amortização contra o resultado da investida.

Já em relação ao paradigma nº 9101-002.802, trata-se de julgado recorrentemente admitido em divergências jurisprudenciais acerca do cabimento da multa qualificada na hipótese de amortização fiscal de ágio com interposição de empresa-veículo com artificialidade. Embora o voto condutor do paradigma refira, de fato, circunstâncias acerca da fundamentação do ágio pago para reforçar o intuito doloso do sujeito passivo, este diferencial nunca foi invocado nesta instância especial para desmerecer este paradigma em dissídios jurisprudenciais semelhantes ao aqui apontado. Isto possivelmente porque se trata de decisão em instância especial, destinada a solucionar dissídio jurisprudencial admitido nos seguintes termos:

Ou seja, para o colegiado do acórdão recorrido, se o ágio é efetivamente pago e transação ocorre entre partes independentes, descabe a qualificação da multa. É necessário saber, então, se o colegiado do acórdão paradigma se debruçou sobre situação semelhante e adotou entendimento diverso.

[...]

É de se observar, portanto, que o colegiado do acórdão paradigma se debruçou sobre uma acusação fiscal de falta de propósito negocial e de utilização de empresa veículo que, a despeito da convicção de que o ágio fora pago e de que a transação fora realizada entre partes independentes, a multa qualificada foi mantida. Assim, a divergência é flagrante.

Interessante notar que o paradigma assim admitido era o Acórdão nº 1103-000.960, aqui rejeitado por tratar de operação de transferência de ágio. Tal circunstância, porém, só reforça a abstração de outros aspectos para se entender caracterizada a divergência jurisprudencial no âmbito, apenas, da possibilidade de qualificação da penalidade diante da falta de propósito negocial na utilização de empresa-veículo, ainda que as amortizações de ágio se refiram a valor pago entre partes independentes.

Esta Conselheira, inclusive, figurou como relatora do acórdão reformado pelo paradigma nº 9101-002.802, e firmou como premissa suficiente para desqualificação da penalidade *a existência de ágio pago em efetiva operação de aquisição entre partes independentes*, que assim bastaria para situar a conduta em *interpretação equivocada dos dispositivos legais* que autorizam a amortização fiscal do ágio.

Note-se, também, que a forma como é circunstanciado o mérito da divergência jurisprudencial admitida, confrontando acusação fiscal, decisão recorrida e recurso especial, deixa patente que as referências à duvidosa fundamentação do ágio exclusivamente em rentabilidade futura são, apenas, *obiter dictum*:

A fiscalização entendeu que o contribuinte **agiu com dolo ao amortizar ágio de terceiros, transferido por meio da interposição de empresa veículo na compra da PRODESMAQ S/A**, o que deu ensejo à qualificação da multa de ofício imposta sobre o valor dos tributos que deixou de ser recolhido.

A decisão recorrida afastou o dolo por entender que, se o ágio foi pago e a transação ocorreu entre partes independentes, a interpretação equivocada da lei não é suficiente para manutenção da qualificadora.

A Fazenda Nacional recorreu contra essa decisão, por entender que a desnecessária interposição de uma empresa veículo na compra da PRODESMAQ S/A, chegando-se ao mesmo resultado de uma compra direta, diferenciando-se apenas pela transferência do ágio, demonstra um artificialismo que caracteriza o dolo do contribuinte.

O contribuinte, em contrarrazões, afirma que o recurso da Fazenda Nacional não deve ser provido em razão de a fiscalização não ter demonstrado a ocorrência de simulação, fraude ou conluio, conforme exigido pela legislação. Ademais, a jurisprudência do CARF é majoritária no sentido de não ser aplicável a qualificação da multa de ofício quando da dedução da amortização de ágio em casos semelhante ao presente.

E, no que diz respeito à acusação fiscal de empresa veículo, quando fala do propósito negocial, aduz o contribuinte que a CCL PAR era necessária para a centralização das atividades do Brasil.

Pois bem, entendo que a qualificação da multa de ofício é devida no presente processo pois, em que pesem todos os fatos terem sido registrados e contabilizados, sob o aspecto tributário, não se tem dúvida de que todo o

planejamento visou alterar as características do fato gerador da obrigação tributária, de modo a reduzir o montante do imposto devido, nos termos do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. Para tanto, conforme demonstrado nos autos, a aquisição da PRODESMAQ S/A pela CCL INC (negócio real) foi dissimulada pela interposição de uma empresa meramente escritural, como se fosse a verdadeira compradora (negócio fictício), a qual somente serviu para viabilizar o mecanismo de transferência do ágio para a PRODESMAQ S/A, tanto que desapareceu em poucos dias.

A artificialidade desse mecanismo é evidência suficiente, no meu entender, de uma simulação, conforme apontado pela fiscalização, pois qual a razão de ser de uma empresa como a CCL PAR, sem qualquer atividade econômica, sem qualquer custo, sem qualquer dispêndio, a não ser carrear um ágio para ser deduzido no Brasil?

[...] *(destacou-se)*

Este Colegiado, à unanimidade²³, admitiu recentemente este paradigma no precedente nº 9101-007.200. Disse o relator, Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, que:

Os acórdãos nº 9101-002.802 e nº 1101-000.899 são utilizados, de forma recorrente, como paradigmas de divergência com relação à aplicação da multa qualificada quando se trata de amortização de ágio mediante o uso de “empresa-veículo”, sendo em alguns casos aceitos, em outros não, a depender exatamente da configuração (ou não) da similitude fática entre os casos lá analisados e o de cada caso concreto²⁴.

Pois bem. Vejamos inicialmente o caso dos presentes autos.

Em apertada síntese, e conforme já referido no relatório ao norte, em um curto espaço de tempo²⁵, houve a aquisição, pelas Holdings Holandesa e Americana do Grupo Harman, de uma sociedade denominada Messina Participações Ltda, com endereço em um escritório de advocacia na cidade do Rio de Janeiro, e sem atividade operacional declarada, por R\$ 500,00, a qual teve a sua razão social alterada para Harman do Brasil Indústria Eletrônica e Participações Ltda, e que vem a ser a empresa veículo “Harman Intermediária”, que recebeu, na sequência, recursos oriundos do exterior, das Holdings Holandesa e Americana, no montante de R\$ 116.056.940,00, com os quais foi feita a aquisição da Eletrônica Selenium, com ágio.

²³ Participaram da sessão de julgamento os julgadores Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Helder Jorge dos Santos Pereira Júnior, Jandir José Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

²⁴ Neste sentido, a admissibilidade do Acórdão nº 9101-002.802 como paradigma foi analisada pela CSRF nos acórdãos nº 9101-006.251, 9101-006.364, e 9101-006.677, e a admissibilidade do Acórdão nº 1101-000.899 como paradigma foi analisada pela CSRF nos acórdãos nº 9101-004.559, 9101-004.591, 9101-005.791, 9101-005.872, 9101-005.987, 9101-006.163, 9101-006.165, 9101-006.251, 9101-006.284, 9101-006.365, 9101-006.453, e 9101-006.677.

²⁵ Cerca de 20 dias. A aquisição de Messina Participações Ltda por R\$ 500,00, e alteração de sua razão social, foi no dia 11/05/2010, o aporte de capital de R\$ 116 milhões foi no dia 27/05/2010, e a compra da Eletrônica Selenium foi formalizada no dia 01/06/2010.

Passo seguinte, houve a incorporação reversa, da controladora “Harman Intermediária” pela controlada Eletrônica Selenium, dando-se início à amortização do ágio.

Passemos, então, aos paradigmas apresentados.

Analisando o inteiro teor do acórdão paradigma nº 9101-002.802, verifica-se que este manteve a qualificação da multa fundado na artificialidade da chamada “empresa veículo” em contexto em que esta foi acusada de ter sido interposta para “carrear um ágio para ser deduzido no Brasil”, isto é, ali a acusação foi de que o ágio teria sido “suportado pela empresa estrangeira”, eis que esta transferiu os recursos para que a “veículo” brasileira adquirisse o investimento de terceiros e gerasse o ágio no Brasil. Na acusação fiscal de caracterização de negócio fictício, a dita “empresa veículo”, meramente escritural, figurava como se fosse a verdadeira compradora.

Neste sentido, os seguintes excertos do voto condutor daquele acórdão:

[...]

No Acórdão nº 9101-006.364, houve grande controvérsia na CSRF quanto à aceitação (ou não) do acórdão nº 9101-002.802 como paradigma. Contudo, a leitura do inteiro teor daquela decisão evidencia que a controvérsia se estabeleceu precisamente em razão das características do acórdão lá recorrido, *mas não acerca do paradigma em si*. Neste sentido, o voto vencido acolhia o acórdão nº 9101-002.802 como paradigma válido, mas o voto vencedor o rejeitou.

Entendo relevante apenas destacar o quanto contido nos votos vencido e vencedor do referido Acórdão nº 9101-006.364 acerca do acórdão paradigma nº 9101-002.802, para demonstrar que os fatos em debate no paradigma são precisamente aqueles que busquei sintetizar poucas linhas acima:

Voto vencido (conselheira Edeli Pereira Bessa):

De outro lado, o paradigma nº 9101-002.802 tratou, apenas, de operação com a interposição de empresa veículo cujo capital é aumentado para aquisição e posterior extinção por incorporação pela adquirida. Esclareça-se que a operação lá descrita contempla, ainda, alterações específicas na estrutura de capital da adquirida, mas destinadas ao pagamento feito aos antigos sócios pela aquisição, e estas circunstâncias – embora também presentes no presente caso - não são referidas no voto condutor do paradigma – nem do recorrido - quanto à determinação da penalidade aplicável, expresso nos seguintes termos: [...]

Voto vencedor (conselheira Livia De Carli Germano):

Analisando o inteiro teor do acórdão 9101-002.802, verifica-se que este manteve a qualificação da multa fundado na artificialidade da chamada “empresa veículo” em contexto em que esta foi acusada de ter sido interposta para “carrear um ágio para ser deduzido no Brasil”, isto é, ali a

acusação foi de que o ágio teria sido “suportado pela empresa estrangeira”, eis que esta transferiu os recursos para que a “veículo” brasileira adquirisse o investimento de terceiros e gerasse o ágio no Brasil.

O caso dos autos, por outro lado, não trata de acusação de ágio originalmente gerado no exterior que vem a ser trazido para Brasil por meio de “empresa veículo”. [...]

Entendo haver suficiente similitude entre as operações ocorridas em cada caso, não se justificando o óbice oposto pelo contribuinte em contrarrazões.

Destaque-se que na transcrição do voto condutor do paradigma nº 9101-002.802, acima suprimida, o relator Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto fez constar a menção acerca do reforço ao intuito doloso em face da fundamentação do ágio, apenas, em rentabilidade futura, a confirmar a compreensão de que este aspecto não foi tomado como elemento distintivo para admissão do paradigma.

Na mesma composição, no precedente nº 9101-007.063, este Colegiado também havia reafirmado a admissão deste paradigma para caracterização de dissídio jurisprudencial acerca do cabimento de multa qualificada na hipótese de interposição de empresa-veículo constituída apenas para aproveitamento do ágio e redução de tributos incidentes sobre o lucro. A relatora Conselheira Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, depois de reproduzir na íntegra o voto condutor do paradigma nº 9101-002.802, ponderou que:

Vê-se, portanto, que no Acórdão paradigma nº 9101-002.802 a qualificação da multa teve por base, dentre outros, o fato de haver a interposição de uma empresa sem “atividade econômica, sem qualquer custo, sem qualquer dispêndio”, que é artificial e evidencia a existência de simulação e, portanto, caracteriza a fraude— entendimento esse compartilhado, por unanimidade, por esta 1ª Turma da CSRF²⁶, no Acórdão nº 9101-006.990, julgado em 04.06.2024.

Portanto, igualmente, o Acórdão paradigma nº 9101-002.802 se presta a caracterizar a divergência interpretativa apta a permitir a admissibilidade do recurso especial da Fazenda Nacional

Anote-se, por oportuno, que a PGFN pretende, no âmbito desta divergência, que *revertendo-se o afastamento da multa qualificada*, seja restabelecida a responsabilidade solidária das sociedades Notre Dame Intermédica Participações S/A (antes BCBH Participações S/A) e BCBF Participações S/A. O voto condutor do acórdão recorrido aborda a questão sob a cogitação de a decisão colegiada sobre a exigência principal vir a *destoar* de sua conclusão e, depois de rejeitar arguição de nulidade, invoca o Parecer Normativo COSIT/RFB nº 04/2018 e conclui que:

O que se extrai do didático parecer, relativamente à responsabilidade tributária solidária por força do artigo 124, I, do CTN, é o seguinte: (i) o responsável deve ter

²⁶ Participaram da sessão de julgamento os julgadores Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Helder Jorge dos Santos Pereira Júnior, Jandir José Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício)

vínculo – de fato ou de direito - com o fato gerador ou com o sujeito passivo que o praticou; (ii) o exigido “*interesse comum*” deve ser no fato ou na relação jurídica relacionada ao fato jurídico tributário, não bastando o mero proveito econômico; (iii) ensejam a responsabilidade o cometimento de ato ilícito com abuso de personalidade jurídica envolvendo grupo econômico irregular, evasão fiscal ou planejamento tributário abusivo; (iv) o ato ilícito tem de ser praticado com dolo.

No caso presente, as sociedades responsabilizadas, pela indiscutível atuação direta que tiveram nas operações societárias, bem assim por fazerem parte do mesmo grupo econômico, cumprem os requisitos (i) e (ii) acima elencados.

De igual modo, constata-se a abusividade da personalidade jurídica requerida no item (iii), sendo certo que dentre as possibilidades para tanto relacionadas no parecer – grupo econômico irregular, evasão fiscal ou planejamento tributário abusivo – o caso presente se amolda à terceira.

Evidentemente, não se pode, indistintamente, atribuir a pecha de abusividade a todos os planejamentos tributários. Mas o caso em tela é de claro emprego de “*empresa veículo*” com a mera finalidade de gerar vantagem tributária indevida para aqueles – os FPE – que, de outro modo, não alcançariam o benefício pretendido.

Por fim, conforme já consignado no capítulo deste voto atinente à multa de ofício, não restou caracterizado o dolo no cometimento da infração, de modo tal que deixa de incidir o requisito (iv), até mesmo por restarem ausentes estratégias de ocultação de negócios jurídicos.

Sendo assim, uma vez que presentes apenas três dos quatro requisitos cumulativos para a atribuição de responsabilidade tributária solidária por interesse comum – aquela tipificada no artigo 124, I, do CTN –, é forçoso afastar a imputação que recaiu sobre as sociedades ND Participações e BCBF Participações.

Isto posto – ressalvando, desde já, a possibilidade de, em sede de eventual ação de execução fiscal, a Procuradoria da Fazenda Nacional imputar responsabilidade àqueles que entender cabível, na forma da Lei nº 6.830/80, artigo 3º, § 5º, I, do CTN, artigo 202, I, e do CPC, artigo 779, I –, afasto a responsabilidade tributária solidária atribuída no lançamento recorrido.

Como se vê, os fundamentos para afastar a qualificação da penalidade prestaram-se, também, a afastar a responsabilidade tributária dos imputados.

Neste contexto, se restabelecida a qualificação da penalidade, este Colegiado deverá deliberar, também, sobre a pretensão fazendária de restabelecimento da responsabilidade tributária imputada às *sociedades ND Participações e BCBF Participações*

Assim, esta Conselheira mantém a concordância manifestada nos precedentes antes citados, e aqui diverge do I. Relator para CONHECER do recurso especial da PGFN na matéria “qualificação da multa de ofício em operação envolvendo amortização de ágio gerado em

reorganização societária com utilização de empresa-veículo”, com base no paradigma nº 9101-002.802.

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro **Luiz Tadeu Matosinho Machado**

No presente caso a glosa da amortização de ágio pela autoridade fiscal está fundamentada na ausência de confusão patrimonial entre as empresas adquiridas e os reais adquirentes das participações que ao fim e ao cabo seriam Fundos de Private Equity situados no exterior ou, na melhor das hipóteses, das empresas constituídas no Brasil a partir da constituição de um outro Fundo de Investimentos no país (Alkes II Fip) que foi responsável pelo aporte da maior parte dos recursos utilizados na aquisição (com os valores investidos pelos fundo estrangeiros).

A acusação Fiscal é de que a empresa Bain Brazil serviu apenas para consolidar os recursos oriundos do exterior (Fundos de Private Equity) e os obtidos por meio de lançamentos de debêntures pela subsidiária (BCBF Participações) e efetuar o pagamento aos alienantes das participações, tendo sido introduzida no negócio apenas quando este estava totalmente definido entre os interessados para figurar no contrato de compra e venda como adquirente das participações.

Aponta a fiscalização a inexistência de qualquer outro propósito negocial na interposição da empresa Bain Brazil que não o de obter vantagem tributária com a posterior incorporação das empresas adquiridas e o aproveitamento do ágio suportado na aquisição, o que foi feito tão logo foram concluídas as etapas de autorização da ANS e CAD e a conclusão dos ajustes previstos e efetuados no preço do contrato.

O Termo de Verificação Fiscal – TVF traz uma descrição dessas etapas:

[...]

Em 25/04/2014, a Superintendência-Geral do **Cade** aprova sem restrições o Ato de Concentração nº08700.002568/2014-9, conforme o Despacho nº 46349.

Em 20/05/2014, às vésperas da Data de Fechamento do **Contrato**, os fundos de *private equity* **Heal Luxco 1**, **Heal Luxco 2** e **Heal Luxco 3** subscrevem e integralizam quotas 50 no **Alkes II FIP** que atingem o montante de R\$ 994.923.998,00.

Na mesma data, o **Alkes II FIP** integraliza aumento de capital de R\$ 992.872.522,00 na **ND Participações 51**.

No dia seguinte, em 21/05/2014, a **ND Participações** integraliza aumento de capital de R\$ 992.872.522,00 na **BCBF Participações**52.

Em 21/05/2014, a **BCBF Participações** capta recursos líquidos de R\$ 396.747.648,0353, originários da sua emissão debêntures não conversíveis em ações, emitidas em 05/05/2014, e que tem como garantia a alienação fiduciária de 100% das ações e/ou quotas das **Operadoras**.

Ainda em 21/05/2014, a **BCBF Participações** integraliza aumento de capital de R\$ 1.385.744.824,00 na **Bain Brazil**54 e garante a ela a capacidade financeira para honrar o compromisso de pagamento celebrado com os vendedores.

De acordo com o informado pela fiscalizada:

*“Em 21/05/2014, a sociedade **Bain Brazil** adquiriu a totalidade da participação societária do grupo **Notre Dame**, tendo pago, em dinheiro, com efetivo desembolso e saída de caixa, o valor de o valor de R\$ 1.385.744.824,00”55.*

Em 18/06/2014, a Superintendência-Geral da **ANS** aprova em definitivo o ato de Transferência de Controle Societário56 que já havia sido dado temporariamente em 22/04/2014.

Em 30/09/2014, após a conclusão dos aspectos regulatórios decorrentes da operação, tais como, aprovações do **Cade** e **ANS**, ocorrem as incorporações das *holdings* **PSBB2** e **PSBB3** pela **Bain Brazil** 57.

3.2 Da Conclusão da Operação

Em 30/11/2014, após a conclusão dos ajustes previstos e efetuados no preço do **Contrato**, com reembolso parcial efetuado pelos vendedores, a **Bain Brazil**, é extinta em decorrência de sua cisão total 58 para a fiscalizada, **Interodonto** e **ND Seguradora**, ocasião em que os benefícios fiscais dos ágios registrados na **Bain Brazil**, foram transferidos para as **Operadoras**.

No presente caso, foi este suposto encontro, das investidas com os ágios pagos nas suas próprias aquisições, que desencadeou a amortização fiscal do ágio, a partir de 12/2014, nas empresas operacionais **Intermédica**, **Interodonto** e **ND Seguradora**, pela cisão total59 da **Bain Brazil**. Em todas, a dedução do valor dessas amortizações na determinação do lucro real.

Diante do relatado acima, é possível observar que (i) o **Grupo Notre Dame Intermédica** foi adquirido pelos **Fundos de Private Equity**; (ii) a **Bain Capital Partners** exerceu o papel de consultora de investimentos e (iii) a **Bain Brazil** é apenas um elo intermediário da cadeia societária.

Aliás, muito embora esta auditoria fiscal entenda que os reais adquirentes sejam os **Fundos de Private Equity**, a **ND Participações**, em nota explicativa às demonstrações financeiras individuais e consolidadas, período de 18/02/2014 a 31/12/2014, concluiu ser ela, e não a **Bain Brazil**, a adquirente do **Grupo Notre Dame Intermédica**:

“4. Combinação de negócios

4.1. Empresas adquiridas

*Conforme mencionado na nota explicativa nº 1(c), em 21 de maio de 2014, os antigos controladores das Holdings **PSBB2e PSBB3**, firmaram acordo de venda do controle acionário das Holdings e das empresas do **Grupo Notre Dame Intermédica à Bain Brazil**. A partir desta data, a **Bain Brazi** adquiriu 100% das quotas das Holdings (**PSBB2e PSBB3**) e assumiu o controle das empresas do **Grupo Notre Dame Intermédica(Intermédica, Interodonto e ND Seguradora)**.*

*A Administração da Companhia, em conjunto com seus assessores jurídicos, à luz do CPC 15 (R1) –Combinação de Negócios emitido pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis e, considerando as reestruturações societárias realizadas, concluiu que a BCBH (**ND Participações**) é a adquirente das Holdings e das empresas do **Grupo Notre Dame Intermédica**, assumindo o controle dessas empresas a partir de 21 de maio de 2014”.(Grifamos)*

Ora, se a Administração da **ND Participações** e seus assessores jurídicos concluíram que não foi a **Bain Brazil** que adquiriu o **Grupo Notre Dame Intermédica**, forçoso concluir que a sua extinção não modificou a situação de controle societário que havia com a sua existência.

[...]

A contribuinte resume os seus principais argumentos favoráveis à legitimidade das operações em suas contrarrazões:

[...]

57. Segundo a D. Fiscalização, os ágios em questão não seriam passíveis de amortização fiscal, tendo em vista que, supostamente: (i) não teria havido a confusão patrimonial entre os alegados “reais investidores” e as empresas operacionais adquiridas; e (ii) teria ocorrido uma reorganização societária com utilização indevida de suposta empresa-veículo.

58. Em relação ao ágio, conforme fatos incontroversos do autos, o valor pago na aquisição de ações da Recorrida foi real e efetivo, calculado com base no valor de mercado da Recorrida à época – conforme laudos de avaliação preparados por empresas independentes e especializadas – e a existência de todas as sociedades na estrutura de aquisição foram motivadas por **sólidas razões econômicas e regulatórias (ANS)**, sem as quais a transação jamais poderia ter ocorrido, conforme **expressamente** reconhecido pelo v. Acórdão recorrido.

59. Embora essas razões estejam todas devidamente demonstradas ao longo deste processo administrativo e tenham sido claramente apontadas no v. Acórdão recorrido, no quadro abaixo a Recorrida resume as principais:

EMPRESA	RAZÕES ECONÔMICAS, EMPRESARIAIS E REGULATÓRIAS
Alkes II FIP	O Alkes II FIP foi incluído na estrutura, como o natural veículo de investimento necessário para receber os recursos do exterior, estabelecer sólidas políticas de governança

EMPRESA	RAZÕES ECONÔMICAS, EMPRESARIAIS E REGULATÓRIAS
	corporativa entre suas dezenas de investidores (dezenas de beneficiários finais não relacionados entre si), em estrita observância às regras de CVM, materializando exatamente os escopos das próprias normas que criaram os FIPs.
BCBH	A BCBH foi criada especificamente para exercer a função de holding do grupo, consolidando todas as entidades do GNDI, para que futuramente pudesse ter seu capital ofertado na bolsa de valores (B3). A BCBH exerceu fielmente o papel que lhe fora traçado desde a sua constituição: a concentração dos investimentos do grupo, seguida da abertura de capital para captar mais recursos, garantindo o sólido crescimento orgânico da companhia.
BCBF	A BCBF foi uma entidade constituída para obtenção de um financiamento junto ao Bradesco, sem o qual a transação jamais poderia ter ocorrido. Após as rodadas de captação no exterior, foi possível obter aproximadamente 70% dos recursos necessários à aquisição do GNDI. A BCBF é empresa existente até hoje , pertencente ao GNDI, que possui listagem categoria B na B3 conforme chancelada pela CVM e que, inclusive ao longo de 2020 captou no mercado duas operações de debêntures, sendo absolutamente descabida a alegação de que foi mero artifício criado somente para viabilizar o aproveitamento das despesas de amortização de ágio.
Bain Brazil	O financiamento com o Bradesco obtido pela BCBF, por representar uma quantia bastante vultosa, não poderia ser alocado a uma das empresas operacionais do GNDI em uma eventual reorganização societária, pois a margem de solvência das companhias seria comprometida . Além das óbvias razões que justificam a utilização de uma entidade <i>holding</i> como a Bain Brazil, no caso em questão havia uma razão regulatória que tornava imprescindível o isolamento da dívida em sociedade distinta daquela que efetivamente faria a aquisição das ações do GNDI

Pois bem.

A fiscalização aponta a curta duração da empresa Bain Brazil entre sua entrada no negócio com a formalização da aquisição das empresas investidas e a sua incorporação reversa pelas mesmas e relata que sua inatividade desde a sua criação em 12/07/2011 até 18/01/2013 quando a empresa foi transferida para a Bain Capital Partners e teve seu capital aumentado em maio e julho 2013, tendo sido transferido seu controle para BCB Participações em 21/03/2014.

Nesse período anterior à aquisição do investimento pela empresa Bain Brazil, os recursos capitalizados por Bain Capital Partners foram consumidos em gastos incorridos pelos executivos estrangeiros, com aluguéis de moradia e honorários, conforme TVF:

Os registros contábeis da **Bain Brazil** demonstram que boa parte dos recursos capitalizados pela **Bain Capital Partners** e afiliada foram consumidos em gastos incorridos pelos executivos estrangeiros, tais como, honorários, aluguéis de moradia, etc.

Até 21/03/2014, apurara prejuízo acumuladodeR\$973.015,22(R\$ 545.232,91 entre 01 e 02/2014), e por ocasião de sua transferência indireta para os **Fundos de Private Equity**, contava com patrimônio líquido de R\$ 328.259,78. De modo que, apesar de contar com R\$ 329.281,69 em bancos, estes, somados aos outros ativos, perfaziam a soma de R\$ 1.088.098,62 em bens e direitos, contra um passivo de R\$ 1.639.437,9873.

Com suas saídas da **Bain Brazil**, às vésperas da assinatura do **Contrato**, **Bain Capital Partners** e **BCTR** passam a exercer apenas o papel de consultoras de investimentos.

[...]

A fiscalização acusa a ocorrência de simulação na interposição da empresa Bain Brazil no negócio que teria o objetivo de esconder os reais adquirentes que seriam os Fundos de Private Equity situados no exterior e suas outras controladas criadas no país para viabilizar o negócio.

Embora a maior parte dos recursos seja, de fato, proveniente dos fundos situados no exterior, inexistente vedação legal para que as empresas estrangeiras constituam empresas holdings ou operacionais no país para carrear seus investimentos. Até porque, além de se constituir em uma limitação indesejável economicamente, seria inconstitucional ao privilegiar as empresas nacional em detrimento das empresas estrangeiras, pois afrontaria o princípio constitucional da livre concorrência.

Ademais, no presente caso, verifica-se que parte do negócio dependia concretamente da obtenção de financiamento nacional o que se viabilizou por meio de lançamento de debêntures da ordem de 400 milhões de reais por uma das empresas constituídas pelo grupo (BCBF) e que resultou em aporte do respectivo valor na adquirente.

Poder-se-ia questionar se não seria possível aos adquirentes efetuar a aquisição por meio de uma das controladoras constituídas no país. A fiscalização até aponta no TVF que em nota explicativa constante das demonstrações financeiras da empresa ND Participações (originalmente BCBH) em 31/12/2014 a sua própria administração reconhecia esta como a efetiva adquirente das participações das empresas e não a empresa Bain Brazil.

De fato, consta tal nota nas demonstrações financeiras da empresa ND Participações (ou BCBH), mas me parece que tal afirmação deve ser lida no contexto da consolidação das demonstrações financeiras do grupo em que esta exerce o papel de holding controladora, e não de forma isolada como uma espécie de confissão de uma interposição fraudulenta das empresas controladas, uma vez que trata-se de Notas Explicativas às Demonstrações Financeiras Individuais e Consolidadas da BCBH (ou ND Participações).

De qualquer sorte a acusação fiscal não é no sentido de que os reais adquirente seriam os fundos de Private Equity no exterior e não a ND Participações. Mas admitindo-se essa premissa, que invalidaria a acusação fiscal, se tal negócio tivesse sido feito desta forma, o ágio

seria igualmente dedutível na eventual a incorporação desta pelas empresas adquiridas. Evidentemente que isto é mera especulação, pois não foi assim que o negócio foi formalizado.

Noutro giro, em que pese o controle da empresa Bain Brazil tenha sido adquirido pela controladora BCBF Participações apenas em 21/03/2014, dois meses antes da assinatura do contrato já entabulado, não se pode afirmar que se tratasse de uma empresa meramente de papel, pois já estava em atividade anteriormente, sob o controle da empresa que assessorava a negociação (Bain Capital Partners), e exerceu o papel de consolidação dos recursos e aquisição do investimentos e obtenção das autorizações para a concretização do negócio junto ao CADE e a ANS.

A acusação fiscal é de que a sua participação no negócio por Bain Brazil é que seria simulada, não a sua própria existência, e visaria ocultar os reais adquirentes e propiciar o aproveitamento do ágio.

Parece óbvio que os adquirentes buscaram o efeito fiscal concernente ao aproveitamento do ágio ao estruturar o negócio desta maneira, mas penso que para desconsiderar tais efeitos seria necessário negar validade à própria empresa-veículo como se esta não tivesse existência real.

E como dito, em que pese sua efemeridade no negócio, não se pode tê-la como inexistente de fato.

Assim, me afigura que a opção do grupo empresarial na realização do negócio por meio da interposição dessa terceira holding na sua estrutura negocial encontrava-se na esfera de liberdade de organização da empresa que entendeu seria o mais adequado para a estrutura negocial.

Desta feita, não vejo como afastar a dedutibilidade do ágio sem que seja identificada qualquer patologia que macule a existência da empresa-veículo e sua inclusão na estrutura negocial. Note-se que o negócio de compra e venda da participação é real. O que se discute é se o contribuinte poderia adotar a estrutura societária que utilizou para a sua concretização.

Nesse sentido já me posicionei neste colegiado quando foi proferido o Acórdão nº 9101-006.486, na sessão de 07 de março de 2023, conforme se extrai da declaração de voto apresentada naquele julgado, *verbis*:

[...]

Entendo que estando devidamente comprovado nos autos que houve o efetivo pagamento (sacrifício patrimonial) para a aquisição do investimento por parte da empresa adquirente e tendo a própria lei reguladora permitido a incorporação reversa para fins de amortização da despesa, a forma utilizada pela recorrente para a realização do negócio encontra-se dentro dos limites da liberdade de organização de seus negócios, não lhe sendo vedado utilizar aquela que lhe

propicie, dentro do ordenamento legal, o menor custo ou a maior vantagem tributária.

É oportuno registrar que não estou entre aqueles que defendem que os contribuintes podem fazer tudo que a lei não veda.

Entendo que os negócios jurídicos realizados devem respeitar os princípios da boa-fé e a função social da empresa. Assim, não se admitem negócios puramente formais, sem qualquer substância, que visam unicamente a obtenção de benefícios fiscais, como os observados na criação de ágio em operações internas ao grupo econômico ou com vícios de simulação.

No presente caso, entendo que as operações examinadas se amoldam à previsão legal que autoriza a amortização do ágio. Existe em cada uma delas um valor efetivamente pago a terceiros que supera o valor patrimonial, amparado na expectativa de rentabilidade futura. Por outro lado, as adquirentes foram absorvidas por incorporação pela adquirida, verificando-se a confusão patrimonial exigida por lei para viabilizar a amortização da despesa.

Neste passo, com a devida vênua do entendimento fiscal e do adotado pelo colegiado recorrido, o meu entendimento é o de que a utilização de empresa holding para a aquisição dos investimentos encontra respaldo no ordenamento societário e fiscal e, efetivamente, encontra-se dentro da esfera de liberdade que a empresa tinha para realizar os negócios concretizados.

Note-se que o negócio de compra e venda é real. O que se discute é se o contribuinte poderia adotar a estrutura societária que utilizou para a sua concretização.

Ora, ao lado dos motivos regulatórios e negociais apresentados pela recorrente quanto a utilização das empresas holdings nos negócios, o objetivo de aproveitar o benefício fiscal do ágio, previsto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (arts. 385 e 386 do RIR/1999), me parece legítimo neste caso e é parte da própria estruturação do negócio realizado, levando em conta o ordenamento societário e fiscal.

Entendo que a lei fiscal deve ser interpretada, especialmente aquelas que tratam de renúncia fiscal, em consonância com seus objetivos, não se limitando à sua literalidade. Daí meu entendimento no sentido de afastar a sua aplicação em operações internas, realizadas entre partes dependentes, sem qualquer sacrifício patrimonial e justificativa econômica.

No entanto, não se pode buscar um sentido à lei que a afaste dos institutos que ela pretende regular ou a eles se refira.

A possibilidade legal de aproveitamento do ágio (uma vez que este tenha ocorrido e sido demonstrado legitimamente) decorre da absorção do patrimônio de um pessoa jurídica pela outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio apurado na forma

do § 2º. Inc II do art. 385 do RIR/1999, inclusive quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a participação.

Assim dispõe o art. 386 do RIR/1999:

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 1º).

§ 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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 2º):

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

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

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 3º):

I - 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;

II - 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 do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 4º).

§ 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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 5º).

§ 6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

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

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

§ 7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no § 2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei nº 9.718, de 1998, art. 11).

Analisando o dispositivo acima, verifica-se que a confusão patrimonial decorre da absorção do patrimônio de uma pessoa jurídica pela outra. É este o requisito que, uma vez atendido, permite a utilização do benefício de amortização antecipada do ágio pago.

E, no caso, concreto, as pessoas jurídicas que detinham os investimentos eram, indubitavelmente, as empresas holdings que foram efetivamente as responsáveis pela aquisição das participações societárias no Brasil, ainda que os recursos tenham vindo, declaradamente, de empresas situadas no exterior mediante inversão no capital social das adquirentes.

Portanto, apesar de os reais detentores do investimento no Brasil serem, ao fim e ao cabo, as empresas do grupo situadas no exterior, as adquirentes são as empresas holding brasileiras criadas para investir na aquisição das companhias.

Ao contrário do que sustenta a fiscalização e o i. relator do voto vencedor do acórdão recorrido, a lei não estabelece a confusão patrimonial entre investidora (de fato) e investida, mas, sim e expressamente, entre a "pessoa jurídica" que detém a participação societária na outra "pessoa jurídica" adquirida com ágio com esta última, ou vice-versa, por meio de processos de incorporação, fusão ou cisão.

A figura da companhia holding encontra-se prevista no art. 2º, § 3º da Lei nº 6.404/1976 (Lei das S/A), *verbis*:

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

§ 1º Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio.

§ 2º O estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo.

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

Da mesma forma os institutos da incorporação, fusão e cisão, estão previstos em diversos dispositivos da Lei nº 6.404/1976, em especial os seguintes:

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

[...]

Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

[...]

Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

Com efeito, todos estes institutos estão expressamente previstos na lei comercial, não podendo ter a sua definição, conteúdo e alcance serem interpretados de forma diversa para definição de seus efeitos tributários, nos termos dos art. 109 e 110 do CTN .

A referência, pela Lei das S/A, às companhias e sociedades que detém participações em outras companhias e às operações societárias (incorporação, fusão e cisão), acima descritas, remetem à relação imediata de umas com as outras sociedades, independente do seu controle direto ou indireto por outras pessoas jurídicas.

Dito de outro modo.

A lei regula, por meio dos dispositivos citados, institutos que disciplinam o objeto das sociedades mercantis e suas transformações em caráter individual, como entidades autônomas, não importando sua condição dentro de um grupo econômico ou quem detenha o seu controle.

Ora, a lei tributária, nos casos os arts. 385 e 386 do RIR/1999 (amparados nos arts. 7ª e 8ª da Lei nº 9.532/1997), simplesmente remete a estes institutos, previstos na lei comercial, para fins de definição do benefício fiscal de amortização

antecipada do ágio, não existindo, a meu ver, espaço para interpretá-los de forma diversa.

Decorre daí, também, o meu entendimento já manifestado em outros julgamentos, quanto a impossibilidade de transferência do ágio pago por uma empresa para outra criada unicamente para permitir o aproveitamento fiscal do ágio.

Assim, inexistindo no caso concreto qualquer indício de simulação nas operações realizadas e considerando o contexto negocial das operações, entendo plenamente aplicáveis os dispositivos legais que autorizavam à contribuinte a deduzir fiscalmente o ágio pago nas operações.

[...]

Oportuno acrescentar que apesar das mudanças introduzidas no instituto do reconhecimento e amortização do ágio, por meio da Lei nº 12.973/2014, em que algumas situações ensejadoras de litígio entre o Fisco e os contribuintes foram melhor aclaradas na lei, como a exigência de laudo de avaliação e respectivo prazo para sua elaboração e a vedação expressa à amortização de ágio entre partes relacionadas, a legislação se manteve incólume quanto aos requisitos que permitiriam o reconhecimento e amortização do ágio nas demais situações.

Note-se que seria razoável que a lei estabelecesse que o ágio somente fosse dedutível por quem efetivamente suportasse o custo do investimento (real adquirente) impedindo a interposição de outra empresa na aquisição, como pretende o Fisco,. Mas é certo que nem a Lei nº 9.532/1997, nem a Lei nº 12.973/2014, que alterou por último o regramento, assim dispôs.

Desta feita, a figura do real adquirente sustentada pela fiscalização no lançamento e refletida em parte da jurisprudência desse conselho somente seria sustentável se descaracterizada a real existência da empresa-veículo que ao fim e ao cabo realizou o investimento e foi, posteriormente, incorporada pela empresa adquirida.

A jurisprudência judicial sobre esta matéria começa a ganhar corpo junto aos tribunais superiores, sendo oportuno o registro do recente julgado do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no REsp nº 2.026.473-SC, que analisa a possibilidade de utilização de empresa-veículo, por uma empresa estrangeira, na estruturação do negócio que ensejou o reconhecimento do ágio, no qual o tribunal destaca que a utilização de empresa-veículo no negócio, por si só, não o invalida, competindo ao Fisco demonstrar a artificialidade na sua interposição na relação jurídica, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FIM DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA. DESCABIMENTO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. ÁGIO. DESPESA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES DEPENDENTES. POSSIBILIDADE. NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR À

ALTERAÇÃO LEGAL. EMPRESA-VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE INDEDUTIBILIDADE. ILEGALIDADE.

1. Não há violação do art. 1.022, II, do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado, como no caso dos autos.

2. Hipótese em que a Corte Regional apresentou motivação clara e expressa a respeito: a) da possibilidade de dedução do ágio no caso concreto, visto que o instituto teria efetivamente ocorrido (e não artificialmente criado); b) da impossibilidade de criação de hipóteses de “inedutibilidade” não previstas na lei, tal como pretendeu fazer o Fisco; c) da extensão da Lei n. 9.532/1997, notadamente dos seus arts. 7º e 8º; d) da ocorrência efetiva de investimento (aporte de recursos), tendo enfrentado diretamente as questões postas em discussão e entregue a prestação jurisdicional nos limites da lide.

3. Quanto à alegada violação do art. 1.026, § 2º, do CPC, assiste razão jurídica à recorrente, uma vez que os aclaratórios foram interpostos com o objetivo de prequestionamento, pelo que aplicável a Súmula 98 do STJ no particular.

4. A controvérsia principal dos autos consiste em saber se agiu bem o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de “empresa-veículo”.

5. Ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença (para mais) entre o custo de aquisição do investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977).

6. Em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

7. A exceção à regra da ineditabilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

8. A exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997 (convertida na Lei n. 9.532/1997) visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que a justificassem.

9. O Código Tributário Nacional autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando “se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação” (art. 149, VII) e também contém norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), a qual poderia, em última análise, até mesmo justificar a requalificação de negócios

jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a “plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos” (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

10. Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o “propósito negocial” das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre “partes dependentes” (ágio interno), ou **quando o negócio jurídico é materializado via “empresa-veículo”; ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.**

11. Do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia o Fisco não resultam automaticamente na conclusão de que o “ágio interno” ou o ágio resultado de operação com o emprego de “empresa-veículo” impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real, especialmente porque, até 2014, a legislação era silente a esse respeito.

12. Quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação a ele.

13. **Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que o ágio entre partes dependentes ou com o emprego de “empresa-veículo” já seria, por si só, abusivo.**

14. No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, em razão dos limites impostos pela Súmula 7 do STJ, não há demonstração de que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social, a ponto de justificar a glosa na dedução do ágio.

15. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa imposta em face da interposição dos embargos de declaração.

Transcrevo os excertos do voto²⁷ em que o relator analisa a questão da utilização da empresa-veículo cujos fundamentos, de certo modo, estão alinhados ao posicionamento que venho adotando neste tribunal administrativo, *verbis*:

[...]

²⁷ O acórdão do STJ também analisa a validade do chamado ágio interno, em face dessa situação estar presente naquela operação. Em linhas gerais, não tenho concordância com as premissas adotadas no voto, mesmo abstraindo eventuais questões peculiares àquele processo, mas deixo de comentá-las por não serem aplicáveis ao presente caso

Por isso, em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

A exceção à regra da indedutibilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

Como a interpretação a ser dada aos supracitados artigos figura como fio condutor desta decisão, transcrevo os dispositivos integralmente, com a redação vigente ao tempo dos fatos:

[...]

Com base na leitura dos artigos destacados, verifica-se que a lei admitiu a dedução fiscal do ágio (da base de cálculo do lucro real) na hipótese de absorção patrimonial de pessoa jurídica da qual se detenha participação societária. Em especial, a norma (em seu inciso III) estabeleceu a possibilidade de o ágio gerado na aquisição de participação societária, cujo fundamento econômico tiver sido a expectativa de rentabilidade futura (art. 20, § 2º, "b", do Decreto-Lei n. 1.598/1977), ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do lucro real levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de, no máximo, um sessenta avos para cada mês do período de apuração.

Nesses casos, portanto, assiste razão ao contribuinte quando afirma que, em resumo, os requisitos exigidos para a dedução são: (i) que o ágio seja justificado pela rentabilidade futura do investimento; (ii) que, após a aquisição, haja incorporação da controlada pela controladora, ou vice-versa; e (iii) que seja respeitado o limite de amortização de 1/60 por mês.

[...]

A Fazenda defende, portanto – inclusive no recurso em exame –, que a análise da possibilidade de dedução do ágio não deve ser realizada à luz dos aspectos meramente formais da norma, mas também sob a ótica dos eventos reais e econômicos atrelados à operação que ensejou o ágio.

Justifica, aliás, que a interpretação histórica da norma (extraída da sua exposição de motivos) deixa evidente que a disposição legal trouxe verdadeira blindagem ao aproveitamento do ágio fictício; a interpretação teleológica evidencia que a fruição de um ganho tributário pressupõe que seja demonstrada a existência de propósito negocial/substância econômica, cabendo ao Fisco a desconsideração do abuso das formas em detrimento da constatação dos fatos tributáveis (arts. 118, I, 142 e 149, VII, do CTN).

Até aqui, as premissas da recorrente não estariam de todo equivocadas. Pelo contrário, de fato:

A exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997 deixou hialino esse intuito 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 fossem acarretados efeitos econômico-tributários que o justificassem. (SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias [aspectos tributários]. São Paulo: Dialética, 2012).

Além disso, o Código Tributário Nacional realmente autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando “se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação” (art. 149, VII).

E, ainda, a norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), de constitucionalidade indiscutível (ADI 2446), também poderia, em última análise, até justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a “plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos” (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

Em suma, a preocupação da Fazenda quanto às operações exclusivamente artificiais é relevante e encontra abrigo na legislação e na interpretação que a esta deve ser dada.

O que, a meu ver, mostra-se seguramente incorreta é a conclusão adotada pelo Fisco após expor as premissas adiantadas nas linhas acima.

Não pode a Receita, alegando buscar extrair o “propósito comercial” das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre “partes dependentes” (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via “empresa-veículo”. Ou seja, não é dado presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações societárias são desprovidos de fundamento material/econômico.

[...]

A empresa-veículo, por sua vez, seria aquela constituída com a "função específica de transferir participação societária entre controladora e controlada" (MOREIRA JÚNIOR, Gilberto de Castro; SILVA JÚNIOR, Ademir Bernardo. Da dedutibilidade do ágio para fins fiscais: análise do precedente da Columbian Chemicals Brasil LTDA [Acórdão n. 1102-000.875] In: Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (coord). São Paulo: MP Editora, 2016).

Embora não haja consenso sobre o conceito de "empresa-veículo", algumas características dessa entidade podem ser destacadas:

A “empresa-veículo” geralmente é constituída pela própria pessoa jurídica adquirente com o aporte do investimento na sociedade adquirida (“empresa-alvo”), justamente para efetuar a transferência do ágio de rentabilidade futura;

A “empresa-veículo” tem duração efêmera;

A “empresa-veículo” é criada sem outro propósito econômico, além de facilitar o aproveitamento fiscal do ágio de rentabilidade futura;

A “empresa-veículo” é utilizada como instrumento para aquisição da participação societária na “empresa-alvo” ou como sociedade para a qual ocorre a transferência do ágio;

A “empresa-veículo” é controladora da pessoa jurídica sucessora, que continua a existir após o evento societário, na qual o ativo diferido (regime anterior) ou o ativo intangível (regime atual) relativo ao ágio de rentabilidade futura passa a produzir efeitos fiscais;

A “empresa-veículo” é extinta no evento societário de fusão, cisão ou incorporação;

A “empresa-veículo” possibilita que a sociedade investida por meio da incorporação reversa, amortize o ágio de rentabilidade futura.

(SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022).

Dito isso, tenho que, do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia a Fazenda passam longe de resultar automaticamente na conclusão de que o “ágio interno” ou o ágio resultado de operação com o emprego de “empresa-veículo” impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real.

Primeiro, porque os supracitados arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 em nenhum momento dispuseram de maneira expressa sobre a impossibilidade apriorística do aproveitamento do ágio nas operações de partes dependentes ou mediante o emprego de empresa interposta.

Aliás, quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que anteriormente, não havia vedação, e continua não havendo, ao uso de sociedade-veículo.

Segundo, porque se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que a só existência de ágio entre partes dependentes ou com o emprego de “empresa-veículo” já seria abusiva.

Sobre o emprego da "empresa-veículo", a sua rejeição apriorística contraria o disposto no art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.404/1976 (o qual faculta a criação de holding "como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais").

Não há proibição legal para que uma sociedade empresária seja criada como "veículo" para facilitar a realização de um negócio jurídico; inclusive há razões reais ("propósito negocial") para tanto, pois é possível que as pessoas jurídicas originais queiram manter sua segregação por diversas razões (estratégicas, econômicas, operacionais...).

A propósito, quando a investidora é empresa estrangeira, é ainda mais justificável a constituição de uma "empresa-veículo", por algumas razões práticas: confere mais segurança quanto à possibilidade de se valer da norma interna de dedução do ágio (o que não aconteceria se a incorporação fosse internacional); permite a negociação com base na moeda local; pode facilitar a realização de operações locais (por exemplo, dispensar garantias que seriam exigidas do investidor internacional) etc.

Assim, filio-me à orientação de que:

A Lei nº 9.532/1997 e a Lei nº 12.973/2014 apenas exigem a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que detém participação societária e a sociedade adquirida, não fazendo qualquer alusão, ainda que implícita, ao suposto "real adquirente", que segundo a tese do Fisco, teria fornecido os recursos financeiros ou ofertado garantia para aquisição do investimento.
(SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022)

Em resumo, compreendo que a existência do ágio interno (ao menos até 2014) ou a constituição de sociedade-veículo não podem, por si sós, configurar impedimento para a dedução do ágio.

O mais importante, nessas situações, é investigar se: Houve efetiva aquisição de participação societária? Há efetivo custo (sacrifício) de aquisição? Resta demonstrado que o ágio corresponde à diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento está fundamentado na expectativa de rentabilidade futura? Houve absorção do patrimônio da investida ou da investidora por meio de incorporação, fusão ou cisão?

[...]

Há efetiva aquisição/alienação de participação societária?

(DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Assef. "Ágio interno" e "empresa-veículo" na jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária In: Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (coord). São Paulo: MP Editora, 2016)

No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, entendo não ter sido demonstrado que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social.

[...]

Por todo o exposto voto no sentido de negar provimento ao recurso especial da PFN.

Assinado Digitalmente

Luiz Tadeu Matosinho Machado

Conselheira Edeli Pereira Bessa

Esta Conselheira acompanhou o I. Relator em sua conclusão acerca do conhecimento do Recurso Especial quanto à matéria “aproveitamento fiscal do ágio na aquisição de participação societária com recursos oriundos do real investidor sediado no exterior”, bem como divergiu no mérito, para dar provimento ao recurso relativamente a tal matéria.

O caso em tela apresenta peculiaridades para determinação dos aspectos relevantes para decisão do Colegiado *a quo*, em razão da forma como estruturado o voto condutor do acórdão recorrido. A decisão foi tomada por maioria de votos para dar provimento ao recurso voluntário, com divergência apenas da Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, que dava provimento parcial ao recurso para afastar a qualificação da penalidade e afastar a imputação de responsabilidade. Não houve ressalvas aos fundamentos do relator Conselheiro José Eduardo Genero Serra. Apenas o Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque apresentou declaração de voto.

Contudo, o relator primeiro expôs as razões pelas quais, em seu entendimento particular, a glosa das amortizações de ágio deveria mantida:

Trata-se de inequívoco uso de uma empresa – Bain Brazil – que, sem qualquer histórico de atividade econômica, atuou despida de propósito negocial próprio, mas tão somente para gerar benefício fiscal a outrem. Uma sociedade de capital social (não integralizado) de meros R\$ 100,00 foi capitalizada em quase 1,5 bilhão de Reais, apenas para adquirir ações e, logo após, ser incorporada pelas controladas das companhias adquiridas. E tudo isso com as devidas cautelas para que, em nenhum momento, o investimento deixasse de ser dos efetivos titulares dos valores empregados.

Durante todo o tempo restou resguardado o investimento feito pelos FPE Luxco 1, 2 e 3, sem que houvesse qualquer confusão patrimonial entre a Bain Brazil e os

reais adquirentes e, sobretudo, entre os FPE e a Intermédica, a Interodonto e a ND Seguradora.

Num quadro como esse, as regras específicas que autorizam a dedução do ágio, apostas nos artigos 385 e 386 do RIR/99 transcritas acima, não se mostram atendidas.

Nesse ponto, resta fora de dúvida a caracterização da Bain Brazil como “empresa veículo”, uma pessoa jurídica utilizada para servir como canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro. Trata-se de uma operação que serve apenas para transitar um patrimônio ou um determinado recurso pertencente ao real adquirente.

Não integra esse conceito, necessariamente, ser a empresa efêmera, sem capacidade operacional ou deficitária. Basta que se preste ao papel descrito, razão pela qual tornam-se inócuos os argumentos de defesa quanto à ausência de tais caracteres.

Ao final das operações societárias em análise, pode-se concluir – até mesmo com amparo de resposta da recorrente à autoridade autuante durante o procedimento fiscal – que os FPE investiram no Brasil pela real aquisição do GNDI. Mas, nesse contexto, resta uma questão:

Por que os FPE Luxco 1, 2 e 3 não adquiriram diretamente as holdings PSBB2 e PSBB3 (controladoras do GNDI), preferindo utilizar a Bain Brazil para fazer a compra da participação societária – seguida de uma incorporação desta pela recorrente – se podia ter feito a aquisição e a incorporação de forma direta?

A resposta é simples: porque se o fizesse de modo direto não aufeririam a vantagem econômica de dedutibilidade do ágio no Brasil, já que se trata de fundos estrangeiros com gestão estabelecida no exterior, mas que estavam adquirindo e incorporando empresa nacional. Com isso, a operação brasileira foi muito mais rentável, ante a substancial vantagem fiscal que assim obteve.

Diante da disponibilidade de capital para investir e da disposição em efetuar os negócios jurídicos com plena regularidade formal, a Bain Brazil foi um instrumento providencial para as finalidades econômicas dos FPE, com aparente possibilidade de potencializar os resultados dessa operação pela via de drástica redução da sua carga tributária.

Ante o exposto, fosse monocrática a presente decisão, seria, já neste ponto, declarada como correta a glosa do ágio. *(destaques do original)*

Na sequência, expõe que o Colegiado *a quo vinha afirmando a validade da amortização do ágio gerado com emprego de empresa veículo, desde que tal sociedade não tenha sido constituída sob estratagem dolosa* e, remetendo às suas razões para concluir pela ausência de dolo, arremata, depois de referir julgados desta 1ª Turma e do Superior Tribunal de Justiça, que:

Sob tal prisma, é possível concluir que as operações de aquisição e incorporação, tomadas em conjunto, possuíam um propósito negocial, não produziram uma vantagem tributária antijurídica e não configuram uma fraude, de forma que a desconsideração laborada pela fiscalização não possui suporte fático/jurídico, pelo que as glosas da amortização do ágio devem ser afastadas.

Para concluir pela inexistência de dolo, o relator analisa a operação sob as premissas de seu entendimento particular, contrário à dedutibilidade das amortizações de ágio glosadas. Infere que a autoridade fiscal entendeu ter havido simulação porque *a recorrente teria atuado para que escapasse ao conhecimento da Fazenda que os reais adquirentes eram os FPE, e não a Bain Brazil*, mas vislumbra apenas *meros indícios que, para atuarem na configuração de conduta dolosa, deveriam estar inseridos num contexto mais gravoso*. E aduz:

No caso em tela, não cabe falar na existência de um negócio oculto. A infração tributária restou caracterizada no contexto de um negócio aparente. O ágio efetivamente existiu e sua indedutibilidade não foi ocultada. Ao contrário, o mero revolvimento dos atos praticados pelo sujeito passivo foi o que bastou para a acertada conclusão obtida pela autoridade fiscal.

Assim, o que sobressai dos autos é uma decisão de negócios que não se amolda aos fins tributários pretendidos.

[...]

Como se vê, o tema passa longe de ser pacífico. Por isso, a constatação da existência de uma “empresa veículo” não é o bastante para se afirmar dolo em sonegar. Mesmo em casos como o presente, em que, pela via do controle de legalidade estrito não restam dúvidas quanto ao cometimento da infração tributária. *(destaques do original)*

Assim, ao constatar que, apesar de ser correta a glosa das amortizações de ágio por ter sido BAIN BRAZIL interposta na operação apenas para viabilizar a amortização do ágio pago pelos investidores estrangeiros, não restou provado o dolo na acusação de simulação apresentada pela autoridade fiscal, o relator abdica de seu entendimento particular e aplica o entendimento da maioria do Colegiado, favorável à amortização do ágio em tais circunstâncias.

Como demonstrado no início, nenhum dos Conselheiros do Colegiado *a quo* fez ressalvas aos fundamentos do relator ao manifestar o voto para acompanhá-lo. Contudo, o Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque reputou necessário apresentar declaração de voto, vez que *os fundamentos que antecederam à favorável conclusão de mérito consignam razões em sentido oposto, com registro de seu entendimento contrário à tese da amortização do ágio*. E assim o fez, expressamente, para *complementar tais fundamentos, trazendo razões adicionais para esclarecer o posicionamento manifestado em outros julgamentos sobre o mesmo tema, a fim de motivar meu posicionamento*.

Nestes termos, a declaração de voto de apenas 1 (um), dos 4 (quatro) Conselheiros que acompanharam o relator sem ressalvas a seus fundamentos, não se presta a veicular

fundamentos adicionais atribuíveis ao Colegiado *a quo*. Por tal razão, as referências trazidas em declaração de voto acerca das providências adotadas perante a ANS para aquisição das empresas brasileiras, e a menção à *existência de substrato econômico para a existência da companhia em questão*, de modo a desqualificá-la como *uma empresa de passagem (empresa veículo)*, não podem ser invocados como elementos fáticos distintivos, vez que não foram invocados como fundamentos de decisão pela maioria do Colegiado *a quo*.

É certo que a ementa do acórdão recorrido traz consignado que:

ÁGIO. AQUISIÇÃO ALAVANCADA. EMPRESA DE PROPÓSITO ESPECÍFICO. CAPTAÇÃO DE RECURSOS. PROPÓSITO NEGOCIAL. OCORRÊNCIA.

A empresa criada com o propósito específico de operacionalizar a aquisição de participação societária e que, para isso, capta recursos no mercado financeiro, realiza o seu objetivo econômico, demonstrando o propósito negocial da sua criação.

Contudo, os termos do voto condutor do acórdão recorrido impõem concluir que estas referências ao propósito específico da pessoa jurídica interposta se prestaram, apenas, a circunstanciar o caso concreto, e não o fundamento da maioria do Colegiado. O relator não condicionou sua decisão a essa motivação específica para aquisição do investimento por intermédio de BAIN BRAZIL. Sua decisão tem em conta a generalidade do propósito negocial extraído das *operações de aquisição e incorporação, tomadas em conjunto*, mormente porque *não produziram uma vantagem tributária antijurídica* e não configuraram *uma fraude*, vez que a autoridade fiscal reuniu *meros indícios que, para atuarem na configuração de conduta dolosa, deveriam estar inseridos num contexto mais gravoso*.

Tivesse o relator votado em conformidade com seu entendimento particular e, vencido, fosse designado redator para voto vencedor lavrado em termos equivalentes aos consignados na declaração de voto, aí sim os fundamentos ali consignados seriam razões de decidir da maioria do Colegiado, na ausência de ressalva pelos demais votantes. Sem tais ressalvas, e restando o relator vencedor quanto aos fundamentos de decidir, somente os elementos consignados em seu voto podem ser considerados relevantes para a decisão do Colegiado.

Por tais motivos, não merecem acolhida as objeções da Contribuinte ao *reconhecimento de propósito negocial* da “empresa-veículo” e à intervenção de *órgão regulador específico* no presente caso, em distinção com os fundamentos de decisão do paradigma nº 1302-003.474. Quanto à discussão acerca de laudo extemporâneo, que também teria afetado a decisão deste paradigma, vale recordar que este Colegiado já teve a oportunidade de se debruçar sobre os fundamentos prevalentes em face de julgado editado nos mesmos termos, consignado no Acórdão nº 1302-003.475. Esta Conselheira declarou voto²⁸ no Acórdão nº 9101-006.828 para assim

²⁸ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luciano Bernart, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Viviani Aparecida Bacchmi, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício), e a discussão

registrar os debates havidos com o relator dos recursos especiais interpostos contra aquela decisão, Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, acerca deste aspecto:

O I. Relator inicialmente suscitou a existência de fundamento inatacado, com respeito à falta de comprovação do fundamento do ágio em rentabilidade futura, e neste sentido destacou, inicialmente, o que consignado no voto vencido do acórdão recorrido:

A autoridade fiscal concluiu que o referido ágio decorreria de operação desprovida de propósito negocial, com a indevida utilização de empresas veículo, e na qual não teria ocorrido a necessária "confusão patrimonial" entre real adquirente e empresa adquirida, condição ao aproveitamento fiscal do ágio supostamente presente nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/972.

Ainda consignou que **não estaria comprovado, no caso concreto, que o fundamento econômico do ágio pago decorreria da expectativa de rentabilidade futura da QualiPar, uma vez que o demonstrativo apresentado, i.e., o Relatório Final de Avaliação Econômico-Financeiro, elaborado pela KPMG ("Laudo de Rentabilidade Futura"), datado de 02/03/2011 e com data-base em 31/08/2010, seria posterior à aquisição desta empresa.**

Vejam-se os seguintes trechos do TVF:

(...)

De seu lado, a contribuinte apresenta os seguintes fundamentos, com base nos quais sustenta que as amortizações de ágio em questão preenchem as exigências formais para serem consideradas despesas dedutíveis:

(...)

À vista de tais fatos e fundamentos, entendo que assiste razão à contribuinte. Além do que, o fato de os recursos advirem de empresa no exterior, em si, não constitui fundamento para o não aproveitamento do ágio. Também não desnatura a ocorrência de confusão patrimonial. Não encontro em tal interpretação da fiscalização, mantida pela DRJ, descumprimento às disposições do artigo 386 do RIR/99, vigente à época (atual Lei nº 9.580/2018). Não tentativa ilícita de se internalizar o ágio, por meio de incorporações de empresa veículo. Não se vê abusividade ou operações desprovidas de motivação.

O Laudo de Avaliação, datado de março de 2011, elaborado pela KPMG, com base no método de fluxo de caixa futuro descontado a valor presente, certificou que o ágio registrado pela QC II tinha por fundamento econômico a expectativa de rentabilidade futura da QualiPar, nos termos da alínea "b" do § 2º do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77. Assim, ainda que datado de 02/03/2011, tinha como data-base 31/08/2010. Ou seja, baseava-se nas informações contemporâneas ao fechamento da operação de aquisição da QualiPar.

Verifica-se, ainda, que a operação se deu entre partes independentes, quais sejam, de um lado o Grupo Carlyle, representado pela QC II, e de outro lado o Grupo Qualicorp, na figura dos vendedores Sr. José e GA Brasil FIP.

acerca da existência de fundamento inatacado não teve relevância, porque o Colegiado acordou em não conhecer do recurso especial do sujeito passivo por outras dessemelhança entre os acórdãos comparados.

O fato de as controladas da QualiPar atuarem como garantidoras das debêntures emitidas pela QC II não "reforça o caráter de empresa veículo da QCI e da QCII"(f). 7 do TVF), como indevidamente entende o Sr. Agente Fiscal, mas diz respeito à própria natureza de que normalmente se reveste a aquisição alavancada, sendo expediente comum a esse tipo operação.

Observa-se que, a incorporação da investidora (QC II) pela investida (QualiPar), com a unificação do investimento adquirido com o ágio pago na aquisição da QualiPar, fundamentado na sua expectativa de rentabilidade futura, este último passou a ser dedutível na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, conforme disposto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Destaca-se, nesse ponto, a ocorrência da unificação patrimonial, autorizadora da dedutibilidade fiscal do ágio. Assim, não subsiste o argumento de que não teria ocorrido a unificação ou confusão patrimonial.

No que diz respeito ao fato de a QualiPar passar a ser detentora do ágio pago na sua própria aquisição, ressalte-se que se trata da mera aplicação do artigo 8º da Lei nº 9.532/97, que expressamente reconhece o aproveitamento do ágio também na hipótese de incorporação da investidora, que pagou o ágio, pela investida a chamada incorporação reversa.

Assim, é possível concluir que as operações societárias realizadas resultaram validamente na possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio pela contribuinte. Pois, desde o início, visou-se a aquisição do controle da QualiPar pelo Grupo Carlyle e, para tanto, (i) houve aquisição, pela contribuinte, de participação societária adquirida com ágio; (ii) houve absorção da investidora pela investida, consoante previsão expressa do referido artigo 8º; e **a fundamentação econômica do ágio está lastreada em expectativa de rentabilidade futura.** (destacou-se)

Nestes termos, o relator do acórdão recorrido, Conselheiro Rogério Aparecido Gil, afastou a objeção fiscal à fundamentação do ágio em rentabilidade futura. Contudo, o Colegiado *a quo*, neste ponto, acordou, *por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário quanto à glosa da amortização do ágio na apuração do IRPJ/CSLL, vencidos os conselheiros Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Rogério Aparecido Gil (relator), Gustavo Guimarães da Fonseca e Flávio Machado Vilhena Dias. O Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado votou pelas conclusões do voto divergente neste ponto.*

E no voto vencedor, o Conselheiro Ricardo Marozzi Gregório consignou que:

Contra esse entendimento, não importa que a operação tenha sido efetuada entre partes independentes. A previsão legal só permite que o ágio seja aproveitado pela real adquirente. Não é possível transferir para uma empresa veículo a formalidade da aquisição com o propósito preponderante de se obter a economia tributária. O negócio jurídico formalizado nessas condições não é oponível ao Fisco.

A alegação de que a QC II possuía um propósito comercial (o de emitir as debêntures que possibilitaram a alavancagem financeira da operação) não se sustenta. Por mais que se alegue que o BHCS FIP não poderia contrair o empréstimo, essa vedação não existia para a QC I. Ela estava numa relação mais direta com os investidores e, depois das operações de incorporação de ações, passou a atuar

como uma verdadeira holding (chegaram a alterar a sua denominação para Qualicorp S/A) ao ter seu capital aberto na oferta pública realizada em 2011.

[...]

Noutro giro, **o fato de o laudo de avaliação ter sido elaborado em data posterior à constituição do ágio (pela QC II) acabou sendo um reforço argumentativo para alguns componentes da maioria vencedora. Para estes, a exigência legal não permite a mera utilização de informações contemporâneas ao fechamento da operação.** Há que se elaborar o demonstrativo da rentabilidade futura antes desse fechamento. *(destacou-se)*

A dúvida que se colocou, nestes termos, era se a maioria qualificada que negou provimento ao recurso voluntário adotou como fundamento, também, a imprestabilidade do laudo de avaliação elaborado posteriormente à aquisição para atribuir ao ágio fundamento em rentabilidade futura. Os Conselheiros Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Gustavo Guimarães da Fonseca e Flávio Machado Vilhena Dias concordaram com o relator, Conselheiro Rogério Aparecido Gil, em afastar este óbice apontado pela autoridade lançadora. Restava saber se os Conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo, Ricardo Marozzi Gregório, Maria Lúcia Miceli e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente), mantiveram aquele óbice.

A decisão indicava que *o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado votou pelas conclusões do voto divergente neste ponto* (glosa da amortização do ágio na apuração do IRPJ/CSLL), mas não foi especificado em que ponto da fundamentação haveria discordância.

De outro lado, o voto vencedor do acórdão recorrido dizia que *o fato de o laudo de avaliação ter sido elaborado em data posterior à constituição do ágio (pela QC II) acabou sendo um reforço argumentativo para alguns componentes da maioria vencedora*, na sequência descrevendo o entendimento para estes componentes, a indicar que tal não seria o entendimento do redator designado, Conselheiro Ricardo Marozzi Gregório.

Ocorre que, se o entendimento contrário à fundamentação do ágio por rentabilidade futura foi adotado por apenas três dos conselheiros que integravam a maioria qualificada – no caso, os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo, Maria Lúcia Miceli e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente) – não teria sido formada maioria para desconstituir o voto do relator neste ponto.

Para além disso, a expressão *alguns componentes da maioria vencedora* somente pode ser interpretada no sentido de que ao menos um desses componentes não concordou com esta tese. E a supressão de um destes conselheiros do conjunto da maioria qualificada, formada por 4 (quatro) conselheiros, já evidenciaria, como acima demonstrado, que não houve maioria para desconstituir o voto do relator neste ponto. Em outras palavras, ao menos um dos Conselheiros da maioria qualificada teria acompanhado os outros 3 (três) Conselheiros que votaram com o

relator, somando 5 (cinco) votos em favor da validade da fundamentação do ágio em rentabilidade futura.

Ainda, como bem relatado, houve oposição de embargos de declaração quanto a este ponto do acórdão recorrido, e assim reputou-se necessária a transcrição integral do exame de admissibilidade de e-fls. 6202/6212:

OBSCURIDADE QUANTO AOS QUESTIONAMENTOS ACERCA DO LAUDO DE AVALIAÇÃO

A embargante aduz:

“Analisando-se o voto vencedor, é possível notar que há nesse um parágrafo em que se afirma que, para alguns julgadores componentes da maioria vencedora, o fato do laudo de avaliação ter sido supostamente elaborado em data posterior à constituição do ágio teria sido um *“reforço argumentativo”* (fl. 56 do acórdão recorrido) para a manutenção da glosa.

Ocorre que se esse não foi o entendimento adotado pela maioria, de modo que tal argumentação não poderia constar do voto vencedor, pois **não foi um fundamento adotado pelo colegiado para manutenção dessa parcela do lançamento fiscal.**

Por esse motivo, a Embargante requer a essa Turma Julgadora que, com o acolhimento dos presentes Embargos de Declaração, seja determinada a supressão desse parágrafo do voto vencedor, de forma que se reflita no acórdão apenas as razões de decidir do colegiado.”

(destaque original)

Trata-se do seguinte trecho da decisão embargada:

“Noutro giro, o fato de o laudo de avaliação ter sido elaborado em data posterior à constituição do ágio (pela QC II) acabou sendo um reforço argumentativo para alguns componentes da maioria vencedora. Para estes, a exigência legal não permite a mera utilização de informações contemporâneas ao fechamento da operação. Há que se elaborar o demonstrativo da rentabilidade futura antes desse fechamento.”

A rigor a embargante não suscita obscuridade, na medida em que demonstra claro entendimento do sentido e abrangência da decisão; sustenta que a decisão embargada incorreu em erro, por aludir a argumento que não reflete o entendimento da maioria. A alusão ao fato de que alguns integrantes da maioria vencedora viram, na data do laudo (posterior ao evento), “reforço argumentativo” para negar o recurso voluntário não prejudica em absoluto o entendimento ou a aplicação da decisão. A expressão “alguns integrantes da maioria” deixa claro que aquele não foi o entendimento da maioria absoluta dos conselheiros.

Portanto, considero não demonstrada a obscuridade. *(destaques do original)*

O I. Relator havia compreendido que a rejeição dos embargos de declaração para supressão deste ponto do voto vencedor evidenciaria a existência de fundamento inatacado no acórdão recorrido. Contudo, esta Conselheira compreendeu que a rejeição se deu porque **não demonstrada a obscuridade** neste ponto, vez que a

*expressão “alguns integrantes da maioria” **deixa claro que aquele não foi o entendimento da maioria absoluta dos conselheiros.***

Havia, ainda, a afirmação de que a alusão a este “reforço argumentativo” não prejudicaria *em absoluto o entendimento ou a aplicação da decisão*, bem como que a embargante demonstrou *claro entendimento do sentido e abrangência da decisão*, sendo que na parte anterior do despacho estava transcrito o entendimento extraído pela Contribuinte da decisão:

Ocorre que se esse não foi o entendimento adotado pela maioria, de modo que tal argumentação não poderia constar do voto vencedor, pois **não foi um fundamento adotado pelo colegiado para manutenção dessa parcela do lançamento fiscal.** (*destaques do original*)

Nestes termos, se a embargante demonstrou *claro entendimento do sentido e abrangência da decisão*, e a embargante afirmara que a validade do laudo **não foi um fundamento adotado pelo colegiado para manutenção dessa parcela do lançamento fiscal**, esta Conselheira interpretou que a rejeição dos embargos significava a concordância com esta interpretação extraída pela Contribuinte embargante.

Assim, integrando o despacho de rejeição dos embargos ao acórdão recorrido, na forma do art. 1025 do Código de Processo Civil, esta Conselheira vislumbrou a concordância da Presidência do Colegiado *a quo* com a interpretação que a embargante (Contribuinte) extraiu do acórdão embargado, no sentido de que o fundamento em debate não foi um daqueles adotados pelo colegiado para manutenção do lançamento nesta matéria, inexistindo obscuridade porque *a expressão “alguns integrantes da maioria” deixa claro que aquele não foi o entendimento da maioria absoluta dos conselheiros*. Daí, se o relator foi vencido por voto de qualidade, concluiu-se que somente os fundamentos adotados por todos os membros da maioria qualificada prevaleceram para a negativa de provimento ao recurso voluntário. Ou seja, com respeito à validade do laudo de avaliação posterior à aquisição para fundamentação do ágio em rentabilidade futura, o voto do relator teria sido vencedor.

Observou-se, ainda, que embora a ementa não se preste como expressão autônoma do que decidido pelo Colegiado, neste contexto no qual a rejeição dos embargos é coerente com a interpretação extraída do exposto no voto vencedor, em confronto com o voto vencido, haveria como reforço a esta constatação o fato de a ementa do acórdão recorrido nada referir acerca daquele fundamento:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011

ÁGIO. REGISTRO. DECADÊNCIA

A condição para a constituição do crédito tributário reside no fato gerador e não no registro do ágio. É a influência que esse registro exercerá no lucro real, por ocasião de sua amortização, que marca o termo inicial do prazo decadencial de cinco anos.

Havendo intimação nesse prazo, contado da amortização, não há que se falar em decadência.

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA.

A regra da amortização do ágio, por se tratar de um benefício fiscal, deve ser interpretada de maneira restritiva. Não há espaço para alargamento das situações expressamente previstas em lei. A interpretação literal para a formação das normas contidas no artigo 7º, caput, e no artigo 8º, alínea "b", da Lei nº 9.532/97, conduz ao entendimento de que o ágio a ser amortizado é aquele surgido nos termos do que previu o artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77. Isto é, somente a empresa que "detenha participação societária adquirida" naqueles moldes poderá figurar como incorporadora ou incorporada no evento que resultará no encontro do seu patrimônio com o da empresa investida.

JUROS PAGOS NA EMISSÃO DE DEBÊNTURES. INDEDUTIBILIDADE

As despesas com juros pagos na emissão de debêntures emitidas para a capitação dos recursos a serem aplicados em aquisições societárias, são dedutíveis da base de cálculo do imposto (art. 398, Dec. 9.580/2018 RIR/18).

ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA PROPORCIONAL.

Incabível a aplicação simultânea sobre a mesma infração da multa isolada pelo não pagamento de estimativas apuradas no curso do ano-calendário e da multa proporcional concernente à falta de pagamento do tributo devido apurado no balanço final do mesmo ano-calendário.

Isso porque o não pagamento das estimativas é apenas uma etapa preparatória da execução da infração. Como as estimativas caracterizam meras antecipações dos tributos devidos, a concomitância significaria dupla imposição de penalidade sobre o mesmo fato, qual seja, o descumprimento de uma obrigação principal de pagar tributo.

MULTA QUALIFICADA. INEXISTÊNCIA DE SONEGAÇÃO OU FRAUDE PENAIS. INAPLICABILIDADE.

Em situações nas quais as partes deixam claras as formas jurídicas empregadas e inexistem condutas maculadas pelo falseamento ou manipulação de aspectos relevantes dos negócios jurídicos, é incabível a qualificação da multa aplicada, mesmo que o planejamento tributário seja inoponível ao Fisco, porque não se concretizam condutas como a sonegação ou a fraude penais.

JUROS SOBRE MULTA. POSSIBILIDADE.

De conformidade com a Súmula CARF nº 108, incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INTERESSE COMUM. ART. 124, I, CTN

Somente se houver comprovado interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária haverá se falar em responsabilidade solidária.

A discussão do tema nesta instância especial, portanto, seria dependente de recurso especial adesivo da PGFN quanto a este fundamento subsidiário, caso

fossem revertidos, em razão do recurso especial da Contribuinte, os demais fundamentos vencedores para inadmissibilidade da glosa de amortização do ágio em questão. Em conclusão, compreendeu-se neste ponto preliminar que ainda não existiria fundamento inatacado no acórdão recorrido. *(destaques do original)*

Assim, cabe aqui concordar com o I. Relator no sentido de que as referências à extemporaneidade do laudo no paradigma nº 1302-003.474 não constituem elemento distintivo e determinante para a decisão lá adotada.

No mais, os fundamentos do paradigma nº 1302-003.474 se mostram suficientes para reverter o voto condutor do acórdão recorrido, que admitiu a amortização fiscal do ágio porque não evidenciado dolo na interposição de empresa-veículo com o objeto único de permitir a amortização, pelas investidas, do ágio pago pelo adquirente estrangeiro. O voto vencedor do paradigma é expresso no sentido de que *a utilização de empresas veículos (a QC I e a QC II) para internalizar aqueles recursos faz com que o ágio seja criado no âmbito patrimonial de quem não foi a real adquirente das participações societárias alienadas. Daí que não se observa a confusão patrimonial entre a real adquirente e o objeto da aquisição*. Como bem demonstra o I. Relator, à semelhança do presente caso, no paradigma havia mais de uma pessoa jurídica interposta, e a de último nível não tinha outra função senão ser extinta para permitir a amortização fiscal do ágio contra os resultados das investidas. Irrelevantes, assim, as distinções apontadas pela Contribuinte acerca do *número de empresas adquiridas, da presença no país* do investidor original e da não incorporação da empresa responsável pela captação de recursos no presente caso.

Note-se, também, que à semelhança da operação aqui discutida, no paradigma a penalidade também havia sido qualificada, mas o outro Colegiado do CARF, embora afastando o gravame sob a compreensão de que as partes deixaram *claras as formas jurídicas empregadas e inexistem condutas maculadas pelo falseamento ou manipulação de aspectos relevantes dos negócios jurídicos*, não se concretizando *condutas como a sonegação ou a fraude penais*, ainda assim considerou o planejamento tributário inoponível ao Fisco e manteve a glosa das amortizações fiscais do ágio pago.

Esta Conselheira, portanto, concorda com o I. Relator no sentido de que o paradigma nº 1302-003.474 presta-se a demonstrar o dissídio jurisprudencial suscitado pela PGFN.

Com respeito ao paradigma nº 9101-002.962, vale observar que este Colegiado²⁹ concordou com as razões assim expostas por esta Conselheira para admiti-lo em face de recurso especial interposto pela PGFN, apreciado no Acórdão nº 9101-006.940, nos seguintes termos:

²⁹ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Helder Jorge dos Santos Pereira Júnior e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente em exercício). Ausentes os conselheiros Jandir José Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

A Contribuinte contesta a admissibilidade do recurso fazendário apontando dessemelhança fática entre os acórdãos comparados na primeira matéria indicada.

Observa que este caso apresenta a peculiaridade de o investidor estrangeiro participar de outras empresas no Brasil, e o voto condutor do acórdão recorrido ainda ter destacado *que as operações poderiam ter sido realizadas por qualquer uma das quatro sociedades em que os sócios internacionais fazem parte, mas que optaram por fazer pela AYMSPE.*

[...]

Nestes termos, observa-se que a existência de *outras quatro sociedades em que os sócios internacionais fazem parte* é diferencial invocado, apenas, para minimizar a falta de propósito negocial de AYMSPE. O fundamento primeiro da acusação fiscal, centrado no fato de o investidor estrangeiro capitalizar empresa nacional para que esta promovesse a aquisição, é refutado sob interpretação de que exigir que *a aquisição da CADENCE fosse feita por empresa já existente no Brasil seria criar exigência não prevista em lei.*

[...]

Já no paradigma nº 9101-002.962 constatou-se que *a aquisição foi feita, de fato, por CARREFOUR BV, empresa sediada nos Países Baixos, tendo a KORCULA sido utilizada com o fim único de possibilitar a extinção do investimento adquirido com ágio e, assim, de forma artificial, possibilitar a dedução da amortização desse ágio como despesa das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL (KORCULA exerceu a função de "empresa veículo").* O voto condutor deste paradigma se opõe à confusão patrimonial apenas aparente que vislumbra em tais circunstâncias:

Nesse quadro, da mesma forma que o ágio em si não pode ser artificial para que se possa admitir a dedução da despesa com sua amortização (esta 1ª Turma tem sistematicamente mantido glosas em que o ágio foi gerado artificialmente dentro de grupo econômico, sem qualquer dispêndio), também não se pode admitir sua dedução quando a confusão patrimonial é apenas aparente. Assim, caso a empresa investidora cujo patrimônio se encontrou com a empresa investida em decorrência de evento de incorporação, cisão ou fusão não for aquela que efetivamente suportou a aquisição do investimento, a despesa com amortização do ágio não poderá ser deduzida na apuração do IRPJ e da CSLL.

[...]

No presente caso não é preciso muito esforço para se verificar que a confusão patrimonial entre investidora e investida é apenas aparente. Isso porque a investidora (KORCULA) cujo patrimônio se encontrou com o da investida (ATACADÃO) por ocasião de sua incorporação reversa não foi quem, de fato, efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com ágio. Não é ela (KORCULA) a investidora real (ou originária), mas sim empresa efêmera pela qual recursos e ágio apenas transitaram ("empresa veículo", para se usar a expressão corrente na doutrina e na jurisprudência).

[...]

Tome-se, por exemplo, o curto espaço de tempo entre a passagem da KORCULA pelo Grupo Carrefour e a efetuação da aquisição do ATACADÃO, bem como a **inexistência de estrutura operativa nessa empresa**, consideradas a magnitude e a complexidade do negócio, que envolvia avaliação de ativos e ágio por rentabilidade futura. Veja-se:

[...]

E ainda a inconsistência e a incapacidade de a Fiscalizada **justificar a existência** da KORCULA:

[...] *(negrejou-se)*

A Contribuinte observou que neste paradigma não houve, como no recorrido, cogitação da outra investida do Grupo Carrefour no Brasil – que denomina Carrefour Brasil – promover a aquisição da participação societária em Atacadão S/A. De fato, a existência de outras investidas no Brasil está demonstrada no paradigma, em posição na qual uma delas – a citada Carrefour Brasil - detém pequena parcela de participação na empresa-veículo KORCULA, controlada por BREPA – outra investida do Grupo no Brasil -, que recebe e transfere a KORCULA parte dos recursos advindos do exterior, os quais, juntamente com o empréstimo recebido diretamente do exterior, são destinados à aquisição do investimento com ágio cujas amortizações são glosadas.

Contudo, para além de a omissão quanto àquela possibilidade não configurar necessariamente distinção em relação ao recorrido, há no voto condutor do paradigma referências à impropriedade desta argumentação sob a ótica da outra investida existente no Brasil (BREPA). Nos termos a seguir transcritos, constata-se que para minimizar os efeitos da escolha feita pelo grupo seria necessário avaliar se havia interesse/possibilidade de unificação do negócio adquirido com a outra investida brasileira:

Se a aquisição pelo Grupo Carrefour de ATACADÃO da maneira pretendida (mantendo a holding BREPA como controladora no país das empresas operacionais, inclusive ATACADÃO) não iria conformar situação que permitisse a dedução da amortização do ágio pago na aquisição, a interposição de empresa no processo não tem o condão de reconfigurar as regras para permitir os efeitos fiscais pretendidos. O acórdão recorrido, aliás, enfrentou com muita propriedade esse aspecto, não assistindo razão à ora Recorrente quando tenta contrapor tais argumentos. Confira-se:

Nesse sentido, compulsando os autos, percebe-se claramente que o investimento realizado (aquisição das ações da RECORRENTE), e adquirido com ágio, comporia o ativo da então adquirente, provavelmente, por tempo indeterminado, haja vista a continuidade das operações, em seu próprio nome, por parte da RECORRENTE.

Assim, caso a aquisição fosse realizada pela holding que efetivamente atuava (BREPA), ou qualquer outra empresa operacional do grupo Carrefour

no Brasil, não haveria qualquer extinção do investimento, haja vista a continuidade das operações da RECORRENTE.

A artificialidade da operação foi justamente buscar o contorno de tais normas imperativas, que impunham a ativação do ágio, buscando posicionar a RECORRENTE diante de normas de contorno, quais sejam, o art. 386, III, e seu § 6º, II, do RIR/99, transcritas a seguir, mediante operações societárias meramente com fins fiscais:

(...)

Isso porque o fato de a formação do ágio ter cumprido os requisitos legais estabelecidos, em especial aqueles em que essa turma firmou entendimento necessários (o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; a realização das operações originais entre partes não ligadas; seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura), não possui o condão de permitir que a regra geral seja desrespeitada, qual seja, o ágio deverá compor o custo do investimento para fins de apuração de ganho de capital em eventual alienação (inteligência do art. 391 c/c art. 426, II, ambos do RIR/99).

A meu ver, independentemente do desenho das operações e dos eventuais propósitos negociais na utilização de empresas veículo, não havendo extinção do investimento adquirido com ágio mediante confusão patrimonial entre investida e investidora, não há que se falar em dedutibilidade do ágio.

Assim, há similitude suficiente em face do paradigma nº 9101-002.962, razão pela qual o recurso especial da PGFN, na primeira matéria, deve ser CONHECIDO apenas em face dele.

O paradigma nº 9101-002.962, portanto, também trata de operação societária na qual o investidor estrangeiro tramita entre duas pessoas jurídicas nacionais os recursos para aquisição da investida. É BREPA, investida do Grupo Carrefour no Brasil, que recebe os recursos de CARREFOUR BV e os aporta em KORCULA, esta extinta por incorporação da investida adquirida (Atacadão S/A). E, como registrado em seu relatório, a exigência também havia sido formulada com multa qualificada, ao final reduzida a 75%, e ainda assim as glosas de amortização de ágio foram mantidas. Dessa forma, apesar da artificialidade apontada não autorizar a qualificação da penalidade, o outro Colegiado do CARF, distintamente do Colegiado *a quo*, entendeu que a pessoa jurídica interposta apenas para permitir a amortização fiscal do ágio impunha a glosa destes valores lançados contra o resultado da investida.

Como bem aponta a Contribuinte em contrarrazões, este paradigma foi rejeitado nos precedentes nº 9101-007.009, 9101-006.533 e 9101-006.944, mas assim se deu em razão de circunstâncias fáticas específicas dos acórdãos lá recorridos.

No precedente nº 9101-007.009, este Colegiado³⁰ concordou com esta Conselheira em rejeitar tal paradigma porque no recorrido não havia, sequer, apontamento de artificialidade na pessoa jurídica interposta para aquisição do investimento pelo investidor estrangeiro. Veja-se:

Já com respeito à necessária similitude fática para tanto, tem razão a Contribuinte quando observa inexistir na acusação fiscal *qualquer consideração sobre a suposta participação de “empresa veículo” ou mesmo acusação de “simulação, fraude ou dolo”, nem acusação de artificialidade ou falta de substância da Iberdrola Energia.* A autoridade julgadora de 1ª instância, de fato, adicionou referências a falta de propósito negocial e evidência de simulação, mas isto em face de vício de vontade identificado nas justificativas apresentadas pela Contribuinte para a segunda fase de operações societárias realizadas para aproveitamento final do ágio, dadas as inconsistências identificadas na alegada *política de governança corporativa mundial* que teria motivado a alteração da estrutura de controle dos investimentos no Brasil.

Não há menção de simulação, fraude ou dolo, nem mesmo de artificialidade, na aquisição do investimento pela empresa brasileira mediante aporte de recursos pela controladora estrangeira. Ao contrário, os relatos são de que Iberdrola Energia do Brasil S/A, antes de receber o aumento de capital de R\$ 3.768.960.000,00 em 31/10/2011, já apresentava capital social de R\$ 70.976.595,00, e figurou no contrato de compra e venda das ações em janeiro/2011, adicionando-se, apenas, que *IBEDROLA S/A teve papel fundamental, figurando como garantidora da operação, vinculando-se ao avençado como se fosse uma parte e reconhecendo que recebe benefícios diretos e indiretos substanciais das transações, inclusive porque evidenciado na análise das DIPJs da IBERDROLA ENERGIA, que esta não teria capacidade econômica para a aquisição, direta e indireta, da participação societária na ELEKTRO, vindo os recursos necessários a tanto da integralização, ocorrida em 31/10/2011, de capital social promovida pela IBERDROLA S/A.* Nada é dito sobre as atividades exercidas por IBERDROLA ENERGIA antes e depois da aquisição em questão.

No precedente nº 9101-006.533, de forma semelhante, este Colegiado³¹ também concordou com a condução desta Conselheira calcada em especificidades da operação societária analisada no acórdão lá recorrido, como se vê nos seguintes excertos:

Eis, portanto, o diferencial apontado pela Contribuinte acerca da participação de MIND nas operações questionadas: tratava-se de empresa operacional, adquirida no mesmo contexto da aquisição da Contribuinte, seguindo-se a unificação de ambas para constituição da hipótese legal de amortização fiscal do ágio pago.

³⁰ Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Helder Jorge dos Santos Pereira Júnior, Jandir José Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

³¹ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca, Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

O exame de admissibilidade, por sua vez, partiu da premissa que o Colegiado *a quo* concordou com a amortização do ágio apesar de o acórdão recorrido reconhecer *que os recursos empregados na aquisição de JPLSPE com ágio foram fornecidos pelo grupo estrangeiro UHC, por intermédio do FIP POLAR*, em favor de MIND. JPLSPE seria a controladora indireta da Contribuinte e o FIP POLAR teria como quotista o grupo UHC, detendo 100% da participação em MIND, adquirente de JPLSPE.

De fato, esta ocorrência está presente no acórdão recorrido, e pode, inclusive, ter determinado o voto divergente do Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo quanto ao provimento do recurso voluntário dado pelos demais membros do Colegiado *a quo*. Contudo, s circunstâncias diferenciadas da pessoa jurídica considerada empresa-veículo (MIND) também estão destacadas no voto condutor do acórdão recorrido e, assim, integram a razão de decidir do Colegiado *a quo*.

[...]

Aqui, também, a efemeridade da empresa-veículo referida no paradigma, para além de a operação lá analisada se destinar a ingresso e saída de recursos de e para o exterior, mantendo-se no Brasil apenas o ágio a ser amortizado com extinção da empresa-veículo, constituída apenas para estas finalidades, são diferenciais que impedem a caracterização do dissídio jurisprudencial, mormente frente aos destaques feitos no acórdão recorrido acerca do fato de a pessoa jurídica referida como empresa-veículo ter *vida econômica própria, autônoma, operacional*, desde 1997, além de ter sido objeto de aquisição pelo mesmo investidor estrangeiro, antes de sua unificação à Contribuinte atuada.

O segundo paradigma admitido, nº 9101-002.962, teve como destaque, no exame de admissibilidade, o fato de nele também se afirmar a *necessidade de a confusão patrimonial, ensejadora da dedutibilidade do ágio, envolver a figura do real investidor, ou seja, daquele que efetivamente suportou o ônus financeiro do ágio pago*. Verificou-se, no caso, que *a aquisição foi feita, de fato, por CARREFOUR BV, empresa sediada nos Países Baixos, tendo a KORCULA sido utilizada com o fim único de possibilitar a extinção do investimento adquirido com ágio e, assim, de forma artificial, possibilitar a dedução da amortização desse ágio como despesa das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL (KORCULA exerceu a função de "empresa veículo")*.

Contudo, o voto condutor deste paradigma também se apoia na artificialidade da empresa-veículo, quando assim refere:

[...]

Logo, também neste segundo paradigma estão presentes diferenciais na comparação entre a estrutura das empresas-veículo, aspecto que, como demonstrado, foi relevante para o Colegiado *a quo* decidir em favor da amortização fiscal do ágio.

Dessa forma, como os dois paradigmas apresentam dessemelhanças fáticas em ponto determinante para a decisão do Colegiado *a quo*, o dissídio jurisprudencial não se estabelece.

Por fim, no precedente nº 9101-006.944, este Colegiado³² concordou com o Conselheiro Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior, que também destaca as circunstâncias específicas da pessoa jurídica interposta na operação societária lá analisada para desassemelhar os casos:

O primeiro aspecto que chama a atenção deste Conselheiro é o fato de o Acórdão Recorrido concluir inexistir “empresa veículo”, conforme destacado no próprio Despacho de Admissibilidade, quando reproduziu a ementa (grifos nossos):

“ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. COMPRA ALAVANCADA. PROPÓSITO NEGOCIAL

Na hipótese de restar evidenciada a presença de outra finalidade além da economia tributária produzida que justifica a existência, ainda que efêmera, de sociedade investidora que venha a ser incorporada pela sociedade na qual possuía participação societária adquirida anteriormente com ágio, como no caso da chamada “compra alavancada”, é legítimo o aproveitamento das amortizações do referido ágio pela incorporadora, à luz do que dispõe o inciso III do art. 386 do RIR/99.”

Note-se, inclusive, que há menção expressa no voto condutor sobre a evidência das provas (grifos nossos):

“Deste modo, resta evidenciado que as provas e razões apresentadas pela Recorrente não deixam dúvida quanto aos propósitos empresariais envolvidos na incorporação da Mevamoga pela Recorrente. Seria absolutamente impossível realizar a denominada aquisição alavancada se a Mevamoga não tivesse contraído a dívida e constituída a garantia. E, como decorrência da incorporação, e pelo que se viu, não foi ficta, as despesas de amortização de ágio tornaram-se dedutíveis das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, conforme estabelecem os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Logo, a Mevamoga não pode ser considerada uma empresa-veículo, nos termos em que afirmado pela Autoridade lançadora. Sua utilização era necessária (como demonstrado) e se a operação societária (aquisição seguida de incorporação) implicou em uma redução da carga tributária, ela decorreu de transações comerciais/financeiras legítimas e válidas.”

Já no Acórdão Paradigma, por outro lado, a conclusão é que havia uma “empresa veículo”. Vejamos excerto do voto vencedor:

[...]

Ou seja, foi da análise das provas de cada um dos casos concretos que se chegou à conclusões diferentes. Assim, para que pudéssemos admitir o dissenso, entendo

³² Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior, Maria Angelica Echer Ferreira Feijo (substituta) e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente em exercício). Ausentes os conselheiros Jandir José Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

que este Colegiado deveria revisitar as provas do Acórdão Recorrido, para chegar à conclusão que mesmo na hipótese de verificação da existência de uma alegada “empresa veículo”, ainda sim, o resultado não seria diferente tal qual como originalmente decidido, o que poderia, talvez³³, resultar em um dissenso jurisprudencial.

[...]

Não fosse tal distinção suficiente, temos no caso concreto o fato de a aquisição ter ocorrido em uma estrutura denominada aquisição alavancada (*leveraged Buyout*), enquanto, no caso do Acórdão Paradigma, a aquisição se deu por recursos de empresas do próprio grupo adquirente (no caso, Grupo Carrefour). Nesse ponto, destaco ainda, que a compra alavancada foi igualmente utilizada como um dos elementos para se concluir pela inexistência da “empresa veículo”. Vejamos:

[...]

Esta Conselheira declarou voto para acompanhar o relator em suas conclusões quanto a este aspecto do conhecimento, ponderando que:

Esta Conselheira acompanhou o I. Relator em sua conclusão de negar conhecimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional quanto à primeira matéria (amortização do ágio), porque, em princípio, o fato de o paradigma concluir que na operação ali analisada havia uma “empresa veículo” poderia caracterizar o dissídio jurisprudencial em face do recorrido que afirmou inexistir uma “empresa veículo” no presente caso. Bastaria, apenas, que os casos apresentassem circunstâncias fáticas assemelhadas.

Contudo, como expresso no exame de admissibilidade, o paradigma, para concluir que *a confusão patrimonial entre investidora e investida é apenas aparente, considera que os recursos para aquisição de ATACADÃO por KORCULA vieram da controladora do Grupo sediada no exterior (CARREFOUR BV)*, mas isto sem identificar qualquer propósito negocial para “Korcula”, ao passo que, no recorrido, a interposição de “Megamova” foi justificada pelos investidores estrangeiros serem fundos de investimento e pelas vantagens financeiras na contratação da dívida pela holding brasileira.

Veja-se que no paradigma *os recursos para aquisição de ATACADÃO por KORCULA vieram da controladora do Grupo sediada no exterior (CARREFOUR BV). Parte através de integralização em aumento de capital em duas etapas (de CARREFOUR BV para BREPA e de BREPA para KORCULA, como mostra o descritivo ao início do voto) e parte em empréstimo de CARREFOUR BV diretamente para KORCULA, empréstimo para o qual não foram cobrados juros. Já no recorrido está consignado que os autos demonstram que a Megamova figurou em diversas relações jurídicas com terceiros, cumprindo o seu papel de centralizar o investimento de fundos de investimentos com quotistas diversos, e, nessa função,*

³³ Por necessária avaliação de existência de outros elementos para se concluir pela similitude.

tomou dívida e constituiu garantias junto ao Banco Bradesco. Adicione-se que a contratação da dívida por “Mevamoga” é admitida em razão de óbices à sua contratação pelos Fundos e também por se destinar a aquisição específica, cujos fluxos de caixa futuros resultariam em redução e extinção de garantias. Já no paradigma, é determinante para a caracterização de “Korcula” como empresa-veículo o fato de a dívida ter sido originalmente contratada pela adquirente estrangeira.

No presente caso, a emissão de debêntures para captação de recursos coube a BCBF Participações, e não a Bain Brazil, classificada como “empresa-veículo” interposta artificialmente apenas para permitir a amortização fiscal do ágio pago pelo investidor estrangeiro contra o resultado das investidas adquiridas. Assim, não há, aqui, diferencial semelhante ao que motivou a rejeição do paradigma nº 9101-002.962 no precedente nº 9101-006.944.

Anote-se, ainda, que nesta reunião de julgamento foi iniciado o exame de divergência jurisprudencial semelhante, suscitada pela PGFN em face de outra operação de “compra alavancada” que resultou em amortizações de ágio glosadas na apuração de Brinox Metalúrgica S/A, e naquele caso esta Conselheira concluiu que o paradigma nº 9101-002.962 não se prestaria a constituir dissídio jurisprudencial porque:

Quanto às especificidades da operação analisada no paradigma, mencionadas pela Contribuinte em contrarrazões - *“por exemplo, o curto espaço de tempo entre a passagem da KORCULA pelo Grupo Carrefour e a efetuação da aquisição do ATACADÃO, bem como a inexistência de estrutura operativa nessa empresa”* – não se prestariam a caracterizar dessemelhança, mas sim o próprio dissídio jurisprudencial, vez que circunstâncias semelhantes estão descritas no relatório do acórdão recorrido e não afetaram a decisão do Colegiado *a quo*:

- Do exame da contabilidade da CELLE, referente ao período compreendido entre as datas da sua constituição e da transação envolvendo a compra da BRINOX, evidenciamos que o seu Livro Diário apresenta apenas os registros contábeis referentes a subscrição do capital a integralizar pelos seus antigos sócios. Esses registros contábeis não materializam a cláusula 5ª do seu contrato social, reproduzida abaixo, a qual descreve que o seu capital social teria sido totalmente integralizado no momento da sua constituição em 28/01/2011;
- O registro dessa integralização somente ocorreu em 19/05/2011, data da aquisição da BRINOX, cujos recursos teriam ingressado na conta “CAIXA”;
- Em sua existência de pouco mais de 7 meses, a CELLE não apresenta em sua contabilidade nenhum registro referente a receitas, tampouco em relação a custos e ou despesas que evidenciem a existência de uma estrutura organizacional mínima para o desenvolvimento de sua atividade econômica de forma

organizada. Custos e ou despesas com equipamentos, empregados, encargos sociais, consumo de energia elétrica, água, telefone, pagamento de aluguel, para citar apenas alguns, são gastos mínimos relacionados a sociedades empresárias na consecução dos seus objetos sociais, os quais não incorreram para a CELLE;

- O cenário encontrado na análise da contabilidade da empresa RIO JARI não difere em nada daquele encontrado na sua subsidiária integral CELLE, apresentando as mesmas características em seus registros, os quais iniciaram em 19/05/2011, quando da aquisição da BRINOX, muito embora ela tenha sido constituída em 03/12/2010;
- Essas empresas não demonstram nenhuma capacidade econômica e financeira que viabilizasse a aquisição da BRINOX ou de qualquer outro investimento;

Contudo, é relevante a distinção apontada pela Contribuinte com respeito ao fato de no paradigma a origem dos valores utilizados na aquisição advirem de *empréstimo tomado por Korcula da sua controladora indireta no exterior*, ao passo que no presente caso houve captação mediante *emissão de debêntures no mercado*. Do voto condutor do paradigma consta que:

[...]

Tal aquisição fora acordada em contrato celebrado dez dias antes, figurando como vendedores as pessoas físicas sócias de PRIMART ("família Lima"), as pessoas físicas sócias de LOLY ("família Schmeil") e Farid Curi, e, como compradora, KORCULA. Apesar de KORCULA figurar como compradora, o contrato previa que as notificações decorrentes das obrigações aí assumidas deveriam ser enviadas à BREPA, como garantidora e principal pagadora das obrigações da compradora. O valor total de venda acordado foi de R\$ 2.233.440.000,00, sendo pago ágio no montante de R\$ 1.780.738.273,26.

Observando a Fiscalização que o montante faltante para o pagamento dos R\$ 2.233.440.000,00 acordados foi obtido mediante empréstimo direto de CARREFOUR BV a KORCULA, no valor de R\$ 1.095.629.201,83 (a KORCULA dispunha somente de R\$ 1.137.810.898,00 oriundos do aumento de capital integralizado pela BREPA), concluiu a autoridade fiscal que "*CARREFOUR BV foi a origem dos recursos para a compra do ATACADÃO, seja através de aumento de capital que passou por BREPA, seja através de empréstimo direto para KORCULA*". Elaborou a Fiscalização o seguinte quadro que resume as operações:

[...]

No presente caso não é preciso muito esforço para se verificar que a confusão patrimonial entre investidora e investida é apenas aparente. Isso porque a investidora (KORCULA) cujo patrimônio se encontrou com o da investida (ATACADÃO) por ocasião de sua incorporação reversa não foi quem, de fato, efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com ágio. **Não é ela (KORCULA) a investidora real (ou originária)**, mas sim empresa efêmera pela qual

recursos e ágio apenas transitaram ("empresa veículo", para se usar a expressão corrente na doutrina e na jurisprudência).

Diversos elementos fáticos destacados no TVF (item VII, "Análise das Operações Efetuadas pelo Grupo Carrefour") **apontam nesse sentido**, como se vê a seguir.

Em primeiro lugar, **os recursos para aquisição de ATACADÃO por KORCULA vieram da controladora do Grupo sediada no exterior (CARREFOUR BV)**. Parte através de integralização em aumento de capital em duas etapas (de CARREFOUR BV para BREPA e de BREPA para KORCULA, como mostra o descritivo ao início do voto) e **parte em empréstimo de CARREFOUR BV diretamente para KORCULA, empréstimo para o qual não foram cobrados juros**. Confira-se:

[...] (*destacou-se*)

O fato de os recursos empregados na aquisição terem vindo integralmente de CARREFOUR BV foi elemento determinante para a decisão do paradigma, e assim constitui dessemelhança que prejudica a formação do dissídio jurisprudencial.

[...]

No presente caso, ainda que também haja mais de uma pessoa jurídica interposta, como no paradigma, e para a maioria dos votos pelo cancelamento da presente exigência a presença de um FIP na parte adquirente não tenha sido determinante para a validação da estrutura adotada, como exposto na rejeição do paradigma nº 9101-002.962 no precedente nº 9101-006.944, subsiste como diferencial o fato de no paradigma nº 9101-002.962 os recursos aplicados na aquisição do investimento terem vindo integralmente do investidor estrangeiro.

Por tais razões, esta Conselheira concorda com as conclusões do I. Relator para CONHECER do recurso especial da PGFN apenas com base no paradigma nº 1302-003.474.

Aqui, como não foi BAIN BRAZIL quem emitiu as debêntures para captação de recursos, há similitude suficiente entre sua atuação e da "empresa-veículo" referenciada no paradigma nº 9101-002.962, ambas interpostas artificialmente apenas para permitir a amortização fiscal do ágio pago pelo investidor estrangeiro contra o resultado da investida adquirida.

Por tais razões, esta Conselheira acompanha o I. Relator em sua conclusão de CONHECER do recurso especial da PGFN, porque também admite caracterizada a divergência em face do paradigma nº 9101-002.962.

No mérito da matéria "aproveitamento fiscal do ágio na aquisição de participação societária com recursos oriundos do real investidor sediado no exterior", o cerne da discussão se situa na própria dicção do *caput* do art. 7º da Lei nº 9.532/97, segundo o qual a amortização fiscal do ágio é facultada *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*. Essencialmente questiona-se quem é o adquirente da participação societária quando há

interposição de pessoa jurídica que opera, apenas, para recebimento dos recursos e sua destinação aos alienantes do investimento adquirido.

O voto condutor do paradigma nº 9101-002.962 se pauta nos fundamentos expostos pelo ex-Conselheiro André Mendes de Moura originalmente no Acórdão nº 9101-002.304, e que foram consolidados como premissas de julgamento adotadas pela maioria qualificada desta Turma por largo tempo, destacando-se, neste sentido, o voto condutor do Acórdão nº 9101-004.498, nos seguintes termos:

Propõe-se, inicialmente, discorrer sobre uma análise histórica e sistêmica sobre o tema, para depois tratar do caso concreto.

1. Conceito e Contexto Histórico

Pode-se entender o ágio como um sobrepreço pago sobre o valor de um ativo (mercadoria, investimento, dentre outros).

Tratando-se de investimento decorrente de uma participação societária em uma empresa, em brevíssima síntese, o ágio é formado quando uma primeira pessoa jurídica adquire de uma segunda pessoa jurídica um investimento em valor superior ao seu valor patrimonial. O investimento em questão são ações de uma terceira pessoa jurídica, que são avaliadas pelo método contábil da equivalência patrimonial. Ou seja, a **empresa A** detém ações da **empresa B**, avaliadas patrimonialmente em 60 unidades. A **empresa C** adquire, junto à **empresa A**, as ações da empresa B, por 100 unidades. A **empresa C** é a investidora e a **empresa B** é a investida.

Fato é que emergem dois critérios para a apuração do ágio.

Adotando-se os padrões da ciência contábil, apesar das ações estarem avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, deveriam ainda ser objeto de majoração, ao ser considerar, **primeiro**, se o valor de mercado dos ativos tangíveis seria superior ao contabilizado. Assim, supondo-se que, apesar do patrimônio ter sido avaliado em 60 unidades, o valor de mercado seria de 70 unidades, considera-se para fins de apuração 70 unidades. **Segundo**, caso se constate a presença de ativos intangíveis sem reconhecimento contábil no valor de 12 unidades, tem-se, ao final, que o ágio, denominado *goodwill*, seria a diferença entre o valor pago (100 unidades) e o valor de mercado mais intangíveis (60 + 10 + 12 = 82 unidades). Ou seja, o ágio passível de aproveitamento pela empresa C, decorrente da aquisição da empresa B, mediante atendimento de condições legais, seria no valor de 18 unidades.

Ocorre que o legislador, ao editar o Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, resolveu adotar um conceito jurídico para o ágio próprio para fins tributários.

Isso porque positivou no art. 20 do mencionado decreto-lei que o denominado ágio poderia ter três fundamentos econômicos, baseados: (1) no sobrepreço dos ativos; e/ou (2) na expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido e/ou (3) no fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. E,

posteriormente, os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, autorizaram a amortização do ágio nos casos (1) e (2), mediante atendimento de determinadas condições.

Na medida em que a lei não determinou nenhum critério para a utilização dos fundamentos econômicos, consolidou-se a prática de se adotar, em praticamente todas as operações de transformação societária, o reconhecimento do ágio amparado exclusivamente no caso (2): expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. O ágio passou a ser simplesmente a diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento.

Assim, voltando ao exemplo, a empresa C, investidora, ao adquirir ações da empresa investida B avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, pelo valor de 100 unidades, poderia justificar o sobrepreço de 40 unidades integralmente com base no fundamento econômico de expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. Na realidade, a legislação tributária ampliou o conceito do *goodwill*.

E como dar-se-ia o aproveitamento do ágio?

Em duas situações.

Na primeira, quando a empresa C realizasse o investimento, por exemplo, ao alienar a empresa B para uma outra pessoa jurídica. Assim, se vendesse a empresa B para a empresa D por 150 unidades, apuraria um ganho de 50 unidades. Isso porque, ao patrimônio líquido da empresa alienada, de 60 unidades, seria adicionado o ágio de 40 unidades. Assim, a base de cálculo para apuração do ganho de capital seria a diferença entre 150 e 100 unidades, perfazendo 50 unidades.

Na segunda, no caso de a empresa C (investidora) e a empresa B (investida) promoverem uma transformação societária (incorporação, fusão ou cisão), de modo em que passem a integrar uma mesma universalidade. Por exemplo, a empresa B incorpora a empresa C, ou, a empresa C incorpora a empresa B. Nesse caso, o valor de ágio de 40 unidades poderia passar a ser **amortizado**, para fins fiscais, no prazo de sessenta meses, resultando em uma redução na base de cálculo do IRPJ e CSLL a pagar.

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural³⁴. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio

³⁴ IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31

contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

E recentemente, por meio da Lei nº 12.973, de 13/05/2014, o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei nº 11.638, de 2007, além de novas regras para o seu aproveitamento, que não são objeto de análise do presente voto.

Enfim, resta evidente que o conceito do ágio tratado para o caso concreto, disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, alinha-se a um **conceito jurídico determinado pela legislação tributária**.

Trata-se, portanto, de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

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

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

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

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

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

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

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

No **primeiro evento**, trata-se de situação no qual a investidora aliena o investimento para uma terceira empresa. Nesse caso, **o ágio passa a integrar o valor patrimonial** do investimento para fins de apuração do ganho de capital e,

assim, reduz a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. A situação é tratada pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, arts. 391 e 426 do RIR/99:

Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).

Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no LALUR, para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento (art. 426).

(...)

Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

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

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

III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior. (...) (grifei)

Assim, o aproveitamento do ágio ocorre no momento em que o investimento que lhe deu causa foi objeto **de alienação ou liquidação**.

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

Já o **segundo evento** aplica-se quando a investidora e a investida transformarem-se em uma só universalidade (em eventos de **cisão, transformação e fusão**). O ágio pode se tornar uma **despesa de amortização**, desde que preenchidos os requisitos da legislação e no contexto de uma transformação societária envolvendo a investidora e a investida.

Contudo, sobre o assunto, há evolução legislativa que merece ser apresentada.

Primeiro, o tratamento conferido à participação societária extinta em fusão, incorporação ou cisão, atendia o disposto no art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977:

Art 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas: (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

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

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

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

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

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão³⁵.

Ocorre que tal previsão se consumou em operações um tanto quanto questionáveis por vários contribuintes, mediante aquisição de empresas deficitárias pagando-se ágio, para, em logo em seguida, promover a incorporação da investidora pela investida. As operações ocorriam quase simultaneamente.

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997³⁶, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

³⁵ Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

³⁶ Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

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

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

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI³⁷ ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

Anteriormente à edição da Lei nº 9.532/1997, não havia na legislação tributária nacional regulamentação relativa ao tratamento que deveria ser conferido ao ágio em hipóteses de incorporação envolvendo a pessoa jurídica que o pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio.

O que ocorria, na prática, era a consideração de que a incorporação era, per se, evento suficiente para a realização do ágio, independentemente de sua fundamentação econômica.

(...)

Sendo assim, a partir de 1998, ano em que entrou em vigor a Lei nº 9.532/1997, adveio um cenário diferente em matéria de dedução fiscal do ágio. Desde então, restringiram-se as hipóteses em que o ágio seria passível de ser deduzido no caso de incorporação entre pessoas jurídicas, com a imposição de limites máximos de dedução em determinadas situações.

Ou seja, nem sempre o ágio contabilizado pela pessoa jurídica poderia ser deduzido de seu lucro real quando da ocorrência do evento de incorporação. Pelo contrário. Com a regulamentação ora em vigor, poucas são as hipóteses em que o ágio registrado poderá ser deduzido, a depender da fundamentação econômica que lhe seja conferida.

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista³⁸ que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

O artigo 8º altera as regras para determinação do ganho ou perda de capital na liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido, quando agregado de ágio ou deságio. De acordo com as novas regras, os ágios existentes não mais serão computados como custo (amortizados

³⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

³⁸ Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18024, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

pelo total), no ato de liquidação do investimento, como eram de acordo com as normas ora modificadas.

O ágio ou deságio referente à diferença entre o valor de mercado dos bens absorvidos e o respectivo valor contábil, na empresa incorporada (inclusive a fusionada ou cindida), será registrado na própria conta de registro dos respectivos bens, a empresa incorporador (inclusive a resultante da fusão ou a que absorva o patrimônio da cindida), produzindo as repercussões próprias na depreciação normal. O ágio ou deságio decorrente de expectativa de resultado futuro poderá ser amortizado durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, à razão de 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do período de apuração. (...)

Percebe-se que, em razão de um completo desvirtuamento do instituto, o legislador foi chamado a intervir, para normatizar, nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, sobre situações específicas tratando de eventos de transformação societária envolvendo investidor e investida.

Inclusive, no decorrer dos debates tratando do assunto, chegou-se a cogitar que o aproveitamento do ágio não seria uma despesa, mas um benefício fiscal.

Em breves palavras, caso fosse benefício fiscal, o próprio legislador deveria ter tratado do assunto, como o fez na Exposição de Motivos de outros dispositivos da MP nº 1.602, de 1997 (convertida na Lei nº 9.532, de 1997).

Na realidade, a Exposição de Motivos deixa claro que a motivação para o dispositivo foi um **maior controle sobre os planejamentos tributários abusivos**, que descaracterizavam o ágio por meio de analogias completamente desprovidas de sustentação jurídica. E deixou claro que se trata de uma **despesa de amortização**.

E qual foram as novidades trazidas pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997?

Primeiro, há que se contextualizar a disciplina do método de equivalência patrimonial (MEP).

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

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

Art. 387. Em cada balanço, o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no art.

248 da Lei nº 6.404, de 1976, e as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 21, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso III):

(...)

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

(...)

Art. 389. A contrapartida do ajuste de que trata o art. 388, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 23, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso IV).

(...)

Resta nítida a separação dos patrimônios entre investidora e investida, inclusive as repercussões sobre os resultados de cada um. A investida, pessoa jurídica independente, em razão de sua atividade econômica, apura rendimentos que, naturalmente, são por ela tributados. Por sua vez, na medida em que a investida aumenta seu patrimônio líquido em razão de resultados positivos, por meio do MEP há uma repercussão na contabilidade da investidora, para refletir o acréscimo patrimonial realizado. A conta de ativos em investimentos é debitada na investidora, e, por sua vez, a contrapartida, apesar de creditada como receita, é excluída na apuração do Lucro Real. Com certeza, não faria sentido tributar os lucros na investida, e em seguida tributar o aumento do patrimônio líquido na investidora, que ocorreu precisamente por conta dos lucros auferidos pela investida.

E esclarece o art. 385 do RIR/99 que se a pessoa jurídica adquirir um investimento avaliado pelo MEP por valor superior ou inferior ao contabilizado no patrimônio líquido, deverá desdobrar o custo da aquisição em (1) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e (2) **ágio** ou **deságio**. Para a devida transparência na mais valia (ou menor valia) do investimento, o registro contábil deve ocorrer em contas diferentes:

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

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

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

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

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º). (grifei)

Como se pode observar, a formação do ágio não ocorre espontaneamente. Pelo contrário, deve ser motivado, e indicado o seu fundamento econômico, que deve se amparar em pelo menos um dos três critérios estabelecidos no § 2º do art. 385 do RIR/99, (1) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, (2) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros (3) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

E, conforme já dito, por ser a motivação adotada pela quase totalidade das empresas, todos os holofotes dirigem-se ao fundamento econômico com base em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida.

Trata-se precisamente de lucros esperados a serem auferidos pela controlada ou coligada, em um futuro determinado. Por isso o adquirente (futuro controlador) se propõe a desembolsar pelo investimento um valor superior ao daquele contabilizado no patrimônio líquido da vendedora. Por sua vez, tal expectativa deve ser lastreada em demonstração devidamente arquivada como comprovante de escrituração, conforme previsto no § 3º do art. 385 do RIR/99.

E, finalmente, passamos a apreciar os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, consolidados no art. 386 do RIR/99. Como já dito, em eventos de transformação societária, quando investidora absorve o patrimônio da investida (ou vice versa), adquirido com ágio ou deságio, em razão de cisão, fusão ou incorporação, resolveu o legislador disciplinar a situação:

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.(...) (grifei)

Fica evidente que os arts. 385 e 386 do RIR/99 guardam conexão indissociável, constituindo-se em norma tributária permissiva do aproveitamento do ágio nos casos de incorporação, fusão ou cisão envolvendo o investimento objeto da mais valia.

5. Amortização. Despesa.

Definido que o aproveitamento do ágio pode dar-se por meio de **despesa de amortização**, mostra-se pertinente apreciar do que trata tal dispêndio.

No RIR/99 (Decreto-Lei nº 3.000, de 26/03/1999), o conceito de amortização encontra-se no Subtítulo II (Lucro Real), Capítulo V (Lucro Operacional), Seção III (Custos, Despesas Operacionais e Encargos).

O artigo 299 do diploma em análise trata, no art. 299, na Subseção I, das Disposições Gerais sobre as despesas:

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.

Para serem dedutíveis, devem as despesas serem **necessárias** à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, e serem **usuais** ou **normais** no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99³⁹.

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

6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

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

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

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

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

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

Ocorre que, em relação aos casos tratados relativos à amortização do ágio, proliferaram-se situações no qual se busca, especificamente, o enquadramento da norma permissiva de despesa.

Tratam-se de operações **especialmente** construídas, mediante inclusive utilização de empresas de papel, de curtíssima duração, sem funcionários ou quadro

³⁹ Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

§ 1º Em qualquer hipótese, o montante acumulado das quotas de amortização não poderá ultrapassar o custo de aquisição do bem ou direito, ou o valor das despesas (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 2º).

§ 2º Somente serão admitidas as amortizações de custos ou despesas que observem as condições estabelecidas neste Decreto (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 5º).

§ 3º Se a existência ou o exercício do direito, ou a utilização do bem, terminar antes da amortização integral de seu custo, o saldo não amortizado constituirá encargo no período de apuração em que se extinguir o direito ou terminar a utilização do bem (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 4º).

§ 4º Somente será permitida a amortização de bens e direitos intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços (Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, inciso III).

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.

Tais eventos podem receber qualificação jurídica e surtir efeitos nos ramos empresarial, cível, contábil, dentre outros.

Situação completamente diferente ocorre no ramo tributário. Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. **As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica.** Impossível estender atributos de normalidade, ou usualidade, para **despesas**, independente sua espécie, **derivadas de operações atípicas**, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

Admitindo-se uma **construção artificial** do suporte fático, consumir-se-ia um tratamento desigual, desarrazoado e desproporcional, que afronta o princípio da capacidade contributiva e da isonomia, vez que seria conferida a uma determinada categoria de despesa uma premissa completamente diferente, uma liberalidade não aplicável à grande maioria dos contribuintes.

7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

Realizada análise do ágio sob perspectiva do gênero despesa, cabe prosseguir com a apreciação da legislação específica que trata de sua amortização.

Vale recapitular os **dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida (investida) com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).** E repetir que estamos, agora, tratando da segunda situação.

Cenário que se encontra disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e nos arts. 385 e 386 do RIR/99, do qual transcrevo apenas os fragmentos de maior interesse para o debate:

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

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

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

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

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

(...)

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (...) (grifei)

Percebe-se claramente, no caso, que o suporte fático delineado pela norma predica, de fato, que investidora e investida tenham que integrar uma mesma universalidade: A **pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão**, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio.

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA⁴⁰.

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

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

E a norma em análise se dirige à pessoa jurídica **investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição**, e à pessoa jurídica **investida**.

Ocorre que, em se tratando do ágio, as reorganizações societárias empreendidas apresentaram novas pessoas ao processo.

⁴⁰ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

Como exemplo, podemos citar situação no qual a pessoa jurídica A adquire com ágio participação societária da pessoa jurídica B. Em seguida, utiliza-se de uma outra pessoa jurídica, C, e integraliza o capital social dessa pessoa jurídica C com a participação societária que adquiriu da pessoa jurídica B. Resta consolidada situação no qual a pessoa jurídica A controla a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C controla a pessoa jurídica B. Em seguida, sucede-se evento de transformação societária, no qual a pessoa jurídica B absorve patrimônio da pessoa jurídica C, ou vice versa.

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

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

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

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

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

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

A partir do momento em que, em razão das reorganizações societárias, passam a ser utilizadas novas pessoas jurídicas (C, D, E, F, G, e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora originária (pessoa jurídica A) e da investida (pessoa jurídica B), e **o evento de absorção não envolve mais a pessoa jurídica A e a pessoa jurídica B**, mas sim pessoa jurídica distinta (como, por

exemplo, pessoa jurídica F e pessoa jurídica B), a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato imponible (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto **pessoal**.

Em relação ao aspecto **material**, há que se consumir a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o *caput* do art. 386 do RIR (*A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio...*). Com a confusão patrimonial, aperfeiçoa-se o **encontro de contas** entre o real investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na **base de cálculo** do IRPJ e da CSLL.

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice-versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI⁴¹, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

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

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

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam **a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio**, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária,

⁴¹ SCHOUERI, 2012, p. 62.

que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.

Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável**.

Registre-se que a consumação do aspecto temporal não se confunde com o termo inicial do prazo decadencial.

Isso porque, partindo-se da construção da norma conforme operação no qual "Se A é, B deve-ser", onde a primeira parte é o antecedente, e a segunda é o conseqüente, a consumação da hipótese de incidência localiza-se no antecedente. Ou seja, "Se A é", indica que a hipótese de incidência, no caso concreto, mediante aperfeiçoamento dos aspectos pessoal, material e temporal, concretizou-se em sua plenitude. Assim, passa-se para a etapa seguinte, o conseqüente ("B deve-ser"), no qual se aplica o regime de tributação a que encontra submetido o contribuinte (lucro real trimestral ou anual), efetua-se o **lançamento fiscal** com base na repercussão que as glosas despesas de ágio indevidamente amortizadas tiveram na apuração da base de cálculo, e, por conseqüência, determina-se o **termo inicial para contagem do prazo decadencial**.

8. Consolidação

Considerando-se tudo o que já foi escrito, entendo que a cognição para a amortização do ágio passa por verificar, **primeiro**, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência, **segundo**, se requisitos de ordem formal estabelecidos pela norma encontram-se atendidos e, **terceiro**, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado.

A **primeira** verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente neste momento, situado **antes da subsunção do fato à norma**. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que buscam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é que, independente da genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. Quem **viabilizou a aquisição**? De **onde vieram os recursos** de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem **tomou a decisão** de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a **investidora originária**.

Ainda que a pessoa jurídica A, investidora originária, para viabilizar a aquisição da pessoa jurídica B, investida, tenha (1) "transferido" o ágio para a pessoa jurídica C, ou (2) efetuado aportes financeiros (dinheiro, mútuo) para a pessoa jurídica C, **a pessoa jurídica A não perderá a condição de investidora originária**.

Pode-se dizer que, de acordo com as regras contábeis, em decorrência de reorganizações societárias empreendidas, o ágio legitimamente passou a integrar o patrimônio da pessoa jurídica C, que por sua vez foi incorporada pela pessoa jurídica B (investida).

Ocorre que a absorção patrimonial envolvendo a pessoa jurídica C e a pessoa jurídica B não tem qualificação jurídica para fins tributários.

Isso porque se trata de operação que não se enquadra na hipótese de incidência da norma, que elege, quanto ao aspecto pessoal, a pessoa jurídica A (investidora originária) e a pessoa jurídica B (investida), e quanto ao aspecto material, o encontro de contas entre a despesa incorrida pela pessoa jurídica A (investidora originária que efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com sobrepreço) e as receitas auferidas pela pessoa jurídica B (investida).

Mostra-se insustentável, portanto, ignorar todo um contexto histórico e sistêmico da norma permissiva de aproveitamento do ágio, despesa operacional, para que se autorize "pinçar" os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, promover uma interpretação isolada, blindada em uma bolha contábil, e se construir uma tese no qual se permita que fatos construídos artificialmente possam alterar a hipótese de incidência de norma tributária.

Caso superada a primeira verificação, cabe prosseguir com a **segunda** verificação, relativa a aspectos de ordem formal, qual seja, se a demonstração que o contribuinte arquivar como comprovante de escrituração prevista no art. 20, § 3º do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 (1) existe e (2) se mostra apta a justificar o fundamento econômico do ágio. Há que se verificar também (3) se ocorreu, efetivamente, o pagamento pelo investimento.

Enfim, refere-se a **terceira** verificação a constatar se toda a operação ocorreu dentro de padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes, distante de situações que possam indicar ocorrência de negociações eivadas de ilicitude, que poderiam guardar repercussão, inclusive, na esfera penal, como nos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 1990. *(destaques do original)*

Nestes autos, o Colegiado *a quo* teve em conta a seguinte sequência de eventos societários reproduzida no voto condutor do recorrido:

DATA	EVENTO – ordem cronológica
MARÇO 2013	<ul style="list-style-type: none"> Constituição, no Brasil, do fundo de investimento em participações <u>Alkes II FIP</u>.
MARÇO 2014	<ul style="list-style-type: none"> Os fundos do exterior (Luxco 1, Luxco 2 e Luxco 3) subscvem as quotas do <u>Alkes II FIP</u>. O <u>Alkes II FIP</u> adquire a <u>ND Participações</u> (então <u>BCBH</u>), na época com capital social subscrito de R\$ 1.000,00 e integralizado de R\$ 100,00. A <u>ND Participações</u> adquire a <u>BCBF Participações</u>, também na época com capital subscrito de R\$ 1.000,00 e capital integralizado de R\$ 100,00. A <u>BCBF Participações</u> adquire a <u>Bain Brazil</u>. A <u>BCBF Participações</u> celebra contrato com o Bradesco para emitir debêntures, a fim de captar recursos complementares para a compra do grupo brasileiro GNDI. A <u>Bain Brazil</u> celebra contrato de compra das ações das holdings do grupo brasileiro GNDI (PSBB2 e PSBB3), com ágio.
MAIO 2014	<ul style="list-style-type: none"> Os fundos do exterior subscvem e integralizam quotas do <u>Alkes II FIP</u> no valor de R\$ 994.993.998,00. Esses recursos são a parte do investimento proveniente do exterior (aprox. 72%). O restante veio da emissão das debêntures pela <u>BCBF Participações</u>. O <u>Alkes II FIP</u> integraliza capital de R\$ 992.872.522,00 na <u>ND Participações</u>. A <u>ND Participações</u> integraliza capital de R\$ 992.872.522,00 na <u>BCBF Participações</u>. Captação, pela <u>BCBF Participações</u>, de R\$ 396.747.648,03 através das debêntures, que têm como garantia 100% do capital das três empresas operacionais. A <u>BCBF Participações</u> integraliza capital na <u>Bain Brazil</u>, valor de R\$ 1.385.744.824,00. A <u>Bain Brazil</u> adquire, por esse mesmo valor, 100% do capital das holdings do grupo brasileiro GNDI, a PSBB2 e a PSBB3 (aquisição com o ágio).
SETEMBRO 2014	<ul style="list-style-type: none"> A <u>Bain Brazil</u> incorpora as holdings PSBB2 e PSBB3 do grupo brasileiro, passando a ser a controladora direta das três empresas operacionais.
NOVEMBRO 2014	<ul style="list-style-type: none"> Cisão da <u>Bain Brazil</u> em três parcelas e incorporação pelas empresas operacionais <u>Intermédica</u> (a interessada), <u>Interodont</u> e <u>ND Seguradora</u>, com início do aproveitamento do ágio pelas operacionais.

Como bem exposto pelo relator do acórdão recorrido em seu entendimento particular acerca do caso:

Sob o mesmo prisma, é preciso observar que, isoladamente, (i) a execução de operações societárias estruturadas num curto espaço de tempo, (ii) o provimento do capital por terceiros para a aquisição da participação societária e (iii) a incorporação às avessas são eventos que não maculam a higidez tributária da dedução do ágio contábil eventualmente existente nesse contexto negocial. Mas a comunhão orquestrada desses eventos deixa claro que a recorrente se valeu de “empresa veículo” para a obtenção da dedução fiscal.

No curso do procedimento fiscal, quando indagada acerca das razões empresariais para que a Bain Brazil adquirisse as ações das controladoras do GNDI (PSBB2 e PSBB3), a recorrente respondeu que tal sociedade era pertencente ao Grupo Bain e havia sido constituída para viabilizar o investimento do grupo econômico no setor privado de saúde do mercado brasileiro.

Contudo, a generalidade da informação que se extrai da resposta ofertada pela recorrente não revela a minúcia dos fatos, senão vejamos.

A Bain Brazil não foi uma sociedade constituída no seio do Grupo Bain. Antes, surgiu em 12/07/2011, constituída por terceiros e com módicos R\$ 100,00 subscritos e nenhum montante integralizado, medida para a qual o contrato social conferia o compassivo prazo de 24 meses para que os sócios tomassem. O mesmo instrumento estabelecia um objeto societário bem mais ambicioso que o capital social que destinava à atividade empresária, qual seja *“a participação em outras sociedades, nacionais ou estrangeiras, na qualidade de sócia, acionista ou quotista”*.

Sem nada que houvesse perturbado seu *dolce far niente* até então – nenhum valor integralizado, nenhuma participação societária adquirida, nenhuma receita auferida ou despesa incorrida – a Bain Brazil foi adquirida, em 18/01/2013, pela Bain Capital Partners e pela BCTR, ambas empresas do Grupo Bain. Manteve-se, contudo, a falta de integralização do simbólico capital social, com a renovação do prazo de 24 meses para que isso fosse feito.

Em 20/07/2013, o Grupo Bain aumentou e integralizou o capital social da Bain Brazil, elevando-o a R\$ 1.301.275,00.

Em 21/03/2014, o Grupo Bain aliena a totalidade das quotas de capital da Bain Brazil para a BCBF Participações (1.301.274 quotas) e Marc Hencklel (1 quota), que, em 22/05/2014, alienou seu quinhão para a ND Participações (denominação atual de BCBH Participações). Antes, em 22/03/2014, a Bain Brazil, até então inativa, celebra contrato de aquisição das ações da PSBB2 e da PSBB3, com prazo de 60 dias para pagar R\$ 1.427.500.000,00 pelo negócio.

Em 21/05/2014, a BCBF Participações integraliza aumento de capital de R\$ 1.385.744.824,00 na Bain Brazil, dos quais R\$ 1.385.644.797,00 foram transferidos pela beneficiária, na mesma data, aos vendedores das ações das controladoras do GNDI. Passou, assim, a Bain Brazil, ao efetivo controle da Intermédica, da Interodonto e da ND Seguradora, sociedades componentes do GNDI. Impende frisar que a maior parte desse valor (R\$ 994.993.998,00) foi captada via FPE do exterior. O restante veio da emissão das debêntures pela BCBF Participações.

Em 19/11/2014 a BCBF Participações tornou-se a única sócia na Bain Brazil.

Em 30/11/2014, a Bain Brazil sofreu cisão total, seguida de incorporações em favor de suas controladas – Intermédica, da Interodonto e da ND Seguradora. Na ocasião, o ágio em discussão foi repartido entre as então incorporadoras. A parcela em discussão no p.p. é aquela que coube à recorrente.

Trata-se de inequívoco uso de uma empresa – Bain Brazil – que, sem qualquer histórico de atividade econômica, atuou despida de propósito negocial próprio, mas tão somente para gerar benefício fiscal a outrem. Uma sociedade de capital social (não integralizado) de meros R\$ 100,00 foi capitalizada em quase 1,5 bilhão de Reais, apenas para adquirir ações e, logo após, ser incorporada pelas controladas das companhias adquiridas. E tudo isso com as devidas cautelas para que, em nenhum momento, o investimento deixasse de ser dos efetivos titulares dos valores empregados.

Durante todo o tempo restou resguardado o investimento feito pelos FPE Luxco 1, 2 e 3, sem que houvesse qualquer confusão patrimonial entre a Bain Brazil e os reais adquirentes e, sobretudo, entre os FPE e a Intermédica, a Interodonto e a ND Seguradora.

Num quadro como esse, as regras específicas que autorizam a dedução do ágio, apostas nos artigos 385 e 386 do RIR/99 transcritas acima, não se mostram atendidas.

Nesse ponto, resta fora de dúvida a caracterização da Bain Brazil como “empresa veículo”, uma pessoa jurídica utilizada para servir como canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro. Trata-se de uma operação que serve apenas para transitar um patrimônio ou um determinado recurso pertencente ao real adquirente.

Não integra esse conceito, necessariamente, ser a empresa efêmera, sem capacidade operacional ou deficitária. Basta que se preste ao papel descrito, razão pela qual tornam-se inócuos os argumentos de defesa quanto à ausência de tais caracteres.

Ao final das operações societárias em análise, pode-se concluir – até mesmo com amparo de resposta da recorrente à autoridade autuante durante o procedimento fiscal – que os FPE investiram no Brasil pela real aquisição do GNDI. Mas, nesse contexto, resta uma questão:

Por que os FPE Luxco 1, 2 e 3 não adquiriram diretamente as holdings PSBB2 e PSBB3 (controladoras do GNDI), preferindo utilizar a Bain Brazil para fazer a compra da participação societária – seguida de uma incorporação desta pela recorrente – se podia ter feito a aquisição e a incorporação de forma direta?

A resposta é simples: porque se o fizesse de modo direto não aufeririam a vantagem econômica de dedutibilidade do ágio no Brasil, já que se trata de fundos estrangeiros com gestão estabelecida no exterior, mas que estavam adquirindo e incorporando empresa nacional. Com isso, a operação brasileira foi muito mais rentável, ante a substancial vantagem fiscal que assim obteve.

Diante da disponibilidade de capital para investir e da disposição em efetuar os negócios jurídicos com plena regularidade formal, a Bain Brazil foi um instrumento providencial para as finalidades econômicas dos FPE, com aparente possibilidade de potencializar os resultados dessa operação pela via de drástica redução da sua carga tributária.

Ante o exposto, fosse monocrática a presente decisão, seria, já neste ponto, declarada como correta a glosa do ágio. *(destaques do original)*

Evidente, está, que BAIN BRAZIL apenas foi interposta na operação para conduzir ao patrimônio das investidas o ágio pago pelo investidor estrangeiro, e assim pretender a permissão de amortização fiscal do ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Diante de todo o escrito pelo ex-Conselheiro André Mendes de Moura no voto antes transcrito, *a operação em análise não passa pela primeira verificação (vide item 8 do voto).*

Isso porque o evento de incorporação não ocorreu envolvendo a pessoa jurídica investidora e a pessoa jurídica investida.

O que se observa é que o evento de incorporação não contou com a participação da investidora, mas sim de BAIN BRAZIL, denominada como “empresa-veículo”, bem como da investida, ou seja, não estava presente a investidora estrangeira, e tampouco a outra pessoa

jurídica interposta para receber os recursos advindos do exterior e captar a parcela complementar mediante emissão de debêntures.

E, na mesma medida, não se consumou a confusão patrimonial entre o investidor e o investimento.

A utilização da empresa BAIN BRAZIL (denominada "empresa-veículo") tornou impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, pois afastou o investidor estrangeiro do evento de incorporação.

Vale a transcrição, também, das conclusões fiscais acerca da figuração de BAIN BRAZIL nas operações analisadas:

Como vimos, a negociação com os Vendedores teve início, no mínimo, em 26/04/2013, através do Acordo de Confidencialidade celebrado entre a **Bain Capital Europe** e a **PSBB3**. Durante todo o período, as negociações foram conduzidas pela consultora de investimentos em fundos de private equity **Bain Capital Partners** e suas afiliadas estrangeiras. À época, a **Bain Brazil** era controlada pelo **Bain Capital Partners** e sua afiliada **BCBTR**, entretanto não participava das negociações, estava inativa e com capital social de R\$ 100,00 apenas subscrito.

Ademais, a **Bain Brazil** tinha sua sede localizada em endereço pertencente a uma filial da prestadora de serviços **Full Service**, e lá permaneceu até 18/06/2014, quando se mudou para a Rua Augusta, 1.029, 10º andar, endereço então ocupado pela fiscalizada.

A efetiva entrada da **Bain Brazil** nas negociações, ocorreu apenas na data da assinatura do **Contrato**, em 22/03/2014, e só após a **BCBF Participações**, sociedade capitalizada pelos **Fundos de Private Equity**, assumir o controle da mesma (**Bain Brazil**) no dia anterior, 21/03/2014.

[...]

O emprego da **Bain Brazil** foi claramente um caminho mais longo, seguramente mais oneroso e, portanto, injustificável, do ponto de vista societário. Possivelmente, a fiscalizada continuará alegando o contrário, ou seja, que a utilização de mais uma "holding" (a **Bain Brazil**) era necessária pois envolvia quantias bastante vultosas, o processo era complexo e ela simplificou o modelo negocial, vinha de encontro aos interesses dos investidores, serviu para consolidar os recursos provenientes do exterior advindos de captação de diferentes investidores e também os recursos oriundos de dívida obtida junto a bancos locais, era a empresa do grupo que foi constituída para desempenhar diferentes funções, bem como viabilizar o investimento do grupo econômico no setor privado de saúde.

Ora, claramente tais afirmativas, caso sejam feitas novamente, serão inverídicas. Afinal, o conjunto de operações societárias já havia sido engendrado desde o primeiro acordo – por isso, a participação da **Bain Brazil** apenas no final. Ademais,

sem a interposição da Bain Brazil, o **Grupo Notre Dame Intermédica** poderia ter sido alienado para outro elo intermediário, a **ND Participações**, por exemplo, ao revés de se proceder a integralizações de capital na **Bain Brazil** para só então, ao final, se proceder a sua extinção.

Reforce-se que, em meados de 2015, a Administração da controladora **ND Participações**, em conjunto com seus assessores jurídicos, concluiu que seria ela a adquirente do **Grupo Notre Dame Intermédica** e não a **Bain Brazil**, conforme nota explicativa constante em suas Demonstrações Financeiras para o ano-calendário 2014.

Se não foi a **Bain Brazil** quem adquiriu as participações, sua extinção não justificaria a amortização fiscal dos ágios pelas **Operadoras**. (destaques do original)

As circunstâncias aqui presentes em muito se assemelham às analisadas no Acórdão nº 9101-006.250, no qual este Colegiado, por maioria de votos⁴², negou provimento a recurso especial do sujeito passivo que pretendia a dedutibilidade das amortizações de ágio escrituradas pela investida, depois de esta incorporar a empresa-veículo constituída para liquidação financeira de aquisição cujos contornos já estavam previamente definidos pelas partes:

Transpondo estas premissas para o caso concreto, à semelhança do que se fez no voto acima transcrito, tem-se que a glosa em debate diz respeito a amortizações de ágio pago por GLA Brasil e DIRECTV Group na aquisição das quotas da autuada, com a interposição de GLBBT. Os acordos realizados a partir de 01/06/2010 foram firmados entre as antigas sócias da autuada (GCP e Distel) e a sócia adquirente (GLA Brasil), com a intervenção de sua controladora DIRECTV Group, sendo que somente quando encerradas as tratativas em 16/12/2010, com a definição do preço a ser pago pelas quotas, GLBBT é interposta no Contrato de Compra e Venda de Quotas, como sociedade designada por DIRECTV Group, controlador de GLA Brasil. A autoridade lançadora assim sintetiza estas ocorrências:

Das informações acima, podemos extrair que (i) o **Acordo de Troca de 2004**, de 08/10/2004, disciplinava os requisitos para uma operação de compra e venda (ii) que o acerto do preço foi efetuado entre a **DirectTV Group** e a **GCP** (iii) que a **GLBBT** foi a empresa escolhida pela **DirectTV Group** para efetuar o pagamento de US\$ 604.767.294,00 (seiscentos e quatro milhões, setecentos e sessenta e sete mil, duzentos e noventa e quatro dólares norte-americanos) (iv) que a nota promissória entregue pela **GLBBT** seria garantida pela **DIRECTV**; (v) a conclusão da transação ocorreu em 16/12/2010, ocasião em que a **GLBBT** passou a integrar o quadro societário da **Sky Brasil** (vi) que a **Sky Brasil** pagaria na data do fechamento da transação R\$ 360.000.000,00 (trezentos e sessenta milhões de

⁴² Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente), e divergiram no mérito os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Alexandre Evaristo Pinto e Gustavo Guimarães Fonseca, votando pelas conclusões com fundamentos distintos os conselheiros Livia De Carli Germano e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

reais) em dividendos, proporcionais à participação resultante após a operação (vii) as vendedoras auxiliariam na concretização da incorporação da **GLBBT** pela fiscalizada.

Mister esclarecer que, os recursos advindos do exterior, no valor de R\$ 696.315.000,00 (seiscentos e noventa e seis milhões e trezentos e quinze mil reais), foram integralizados inicialmente no capital social²² da **GLA Brasil** pela sócia **DIRECTV LATIN AMERICA LLC (EUA)**, integrante dos **Controladores GLA**. Destes recursos, internalizados em 14/12/2010, R\$ 692.364.117,00 (seiscentos e noventa e dois milhões, trezentos e sessenta e quatro mil e cento e dezessete reais) foram integralizados pela **GLA Brasil** no aumento do capital social²³ da **GLBBT**.

Também na ocasião, a **GLA Brasil** integralizou outro aumento de capital na **GLBBT**, no valor dos dividendos de R\$ 266.764.461,00 (duzentos e sessenta e seis milhões, setecentos e sessenta e quatro mil, quatrocentos e sessenta e um reais) recebidos da **Sky Brasil**²⁴.

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

Constata-se, do exposto, que **GLA Brasil** era a sócia da autuada que tinha o direito de preferência na aquisição as quotas que **GCP** e **Distel** pretendia alienar. Em consequência, todas as tratativas para esta aquisição são realizadas entre as sócias da autuada, com interferência apenas da controladora da adquirente (**DIRECTV Group**), sendo que **GLBBT** somente ingressa na operação para promover a liquidação financeira, com os meios proporcionados, para tanto, por **GLA Brasil** e **DIRECTV Group**. Ao assim proceder, registrando o ágio pago por estas sociedades diretamente em seu patrimônio, **GLBBT** prestou-se como veículo do ágio para a adquirida, ao ser por ela incorporada, assim provocando a ocorrência de situação que, na concepção das sociedades do grupo econômico, se enquadraria na hipótese permissiva de amortização do ágio.

Diante de todo o escrito pelo Conselheiro André Mendes de Moura no voto acima transcrito, *a operação em análise não passa pela primeira verificação (vide item 8 do voto).*

Isso porque o evento de incorporação não ocorreu envolvendo a pessoa jurídica investidora e a pessoa jurídica investida.

O que se observa é que o evento de incorporação não contou com a participação da investidora, mas sim da empresa GLBBT, denominada como “empresa-veículo” e investida, posteriormente incorporada pela Contribuinte, ou seja, não estava presente a investidora (não participou do evento de incorporação a empresa GLA Brasil ou DIRECTV Group).

E, na mesma medida, não se consumou a confusão patrimonial entre o investidor e o investimento.

A utilização da empresa GLBBT (denominada "empresa-veículo") tornou impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, pois afastou a investidora (GLA Brasil ou DirectTV Group) do evento de incorporação.

O acórdão recorrido constatou com precisão:

[...]

Destaque-se que GLBBT não foi constituída como uma *holding* para aquisição de participação societária e não exerceu atividades ao longo do processo de negociação das quotas, inclusive porque o direito de preferência era de titularidade da sócia adquirente, GLA Brasil e de sua controladora DIRECTV Group. Somente quando definidos todos os parâmetros para a aquisição, especialmente o preço, GLBBT é interposta em 15/12/2010 e extinta poucas horas depois, mediante incorporação pela atuada.

Para além das evidências do fluxo econômico de recursos destinados à aquisição, a acusação fiscal teve em conta todos os parâmetros fáticos e jurídicos das operações realizadas, em especial o exercício do direito de preferência, e dessa forma aplicou, no âmbito tributário, os efeitos dos atos jurídicos efetivamente realizados, a partir dos quais resta evidente a ausência de confusão patrimonial entre investidora e investida. Por óbvio, não basta avaliar a entrega de recursos financeiros para identificação de quem experimentou o sacrifício patrimonial na aquisição do investimento. É essencial a análise dos demais aspectos da motivação e negociação para tal aquisição e são estas evidências, antes detalhadas, que autorizam concluir, sem qualquer dúvida, que GLBBT não é a real adquirente das ações alienadas pelas ex-sócias GCP e Distel à sócia remanescente, GLA Brasil, e sua controladora, DIRECTV Group.

Sob esta ótica, as referências à existência de abuso de direito, na forma do art. 187 do Código Civil, mostram-se totalmente desnecessárias. Se, como bem observa a PGFN em contrarrazões, a pretensão da Contribuinte é invalidar a interpretação dos fatos expressa pela autoridade fiscal por falta de um dispositivo legal que ampare este procedimento, não se pode olvidar que o art. 149, inciso IV e VII do CTN sempre autorizou o lançamento de ofício *quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória*, bem como *quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação*, a evidenciar, como bem expõe a PGFN, *a primazia da substância sobre a forma*, autorizando a autoridade fiscal a *não ficar circunscrita à forma como as partes documentaram determinado acontecimento se outros elementos a convencem que o documentado não reflete a realidade*.

[...]

No que se refere à validade das operações e presença de propósito negocial na medida em que outras operações societárias, se realizadas, permitiriam a amortização do ágio pago, não se pode acolher as alegações da Contribuinte. A legislação tributária é clara ao exigir a confusão patrimonial entre investidora e

investida. Assim, se não é interesse do grupo empresarial promover esta integração, a impossibilidade de amortização do ágio é inafastável, e representa mera decorrência da escolha feita de não integrar adquirente e adquirida. Irrelevante, assim, se a amortização do ágio seria possível caso GLA Brasil incorporasse ou fosse incorporada pela atuada. Fato é que esta incorporação não ocorreu, e o requisito legal para dedução fiscal do ágio não foi cumprido. *(destaques do original)*

Aqui, com mais razão, BAIN BRAZIL foi a segunda pessoa jurídica interposta entre os adquirentes e os alienantes, sendo que coube à primeira pessoa jurídica interposta – BCBF Participações S/A – receber a maior parte dos recursos do exterior, e captar o restante mediante emissão de debêntures – antes de transferir a totalidade dos valores à BAIN BRAZIL para que esta, apenas, os entregasse aos vendedores das ações.

Consoante adicionado naquele caso, o investimento com ágio é uma realidade presente no patrimônio que sofreu a insubsistência ativa para aquisição da investida, ainda que eventualmente replicada no patrimônio de pessoas jurídicas interpostas entre a real adquirente e a adquirida. Assim, esta ação acaba por viabilizar a dedução do custo de aquisição, mediante amortização do ágio, relativamente a um ativo que permanece integrado ao patrimônio da real adquirente.

Admitir que esta replicação do custo do investimento permita afirmar que a aquisição poderia ser feita por qualquer empresa ligada à adquirente original, significa que o grupo empresarial pode decidir onde realizar o custo incorrido na aquisição do investimento. Contrárias a este entendimento são as razões assim expostas por esta Conselheira no voto condutor do Acórdão nº 1101-000.961:

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

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

Não se exige, aqui, uma lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital. Se não há vedação legal e os atos societários são realizados com observância dos requisitos formais, e têm por objeto ágio efetivo e pago, seria necessário disposição legal específica para se negar validade aos atos societários no âmbito tributário. Contudo, é necessário verificar se a incorporação entre a investida e esta empresa para a qual foi transferido o ágio atende aos requisitos legais para que a amortização deste afete o lucro tributável.

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

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-calendário 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. Em que pese a lei não vede a transferência consoante antes demonstrado, este procedimento não extingue, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da investidora, diversamente do que cogita a lei.

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

Na medida em que tal não ocorreu, a dedutibilidade do ágio submete-se à regra geral exposta 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 referida⁴³. Nela, o autor Luís Eduardo

⁴³ SCHOUERI, Luís Eduardo Schoueri. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, São Paulo: Dialética, 2012

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.

Caso a investidora fosse empresa nacional, a provisão determinada pela Instrução Normativa CVM nº 349/2001 impediria que a equivalência patrimonial refletisse no seu patrimônio 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.

[...]

Acrescente-se, ainda, que o aporte do lance como capital de uma empresa veículo, para que esta participasse do leilão público – estratégia desconsiderada por prejudicar o sigilo do prego ofertado – não seria suficiente para caracterizar esta intermediária como adquirente e permitir-lhe a amortização do ágio com efeitos fiscais em caso de incorporação da ou pela investida, na medida em que a empresa assim criada representaria apenas uma extensão do caixa da real adquirente, de modo que a subsequente incorporação não ensejaria a união de patrimônios entre investidora e investida, exigida pela Lei nº 9.532/97. *(destaques do original)*

No mais, ainda que a economia fiscal possa ser considerada propósito comercial suficiente para fundamentar determinados atos praticados pelos sujeitos passivos, este direito não é ilimitado e não lhes permite simular situações jurídicas como as verificadas nestes autos.

Anote-se, por oportuno, que embora o relator do acórdão recorrido tenha admitido a exigência concomitante das multas isoladas com a multa de ofício, inclusive levando à ementa do recorrido o tema, na medida em que o Colegiado *a quo* deu provimento ao recurso voluntário, afastando integralmente a exigência, à evidência aquela matéria não foi votada pelos demais Conselheiros, razão pela qual a reversão da exigência principal impõe o retorno ao Colegiado *a quo* para apreciação dos argumentos de defesa da Contribuinte quanto às multas isoladas, ainda que a Contribuinte não tenha assim requerido em contrarrazões⁴⁴. Já com respeito ao cálculo dos juros de mora com base na taxa SELIC, trata-se de matéria sumulada⁴⁵ em desfavor do sujeito passivo, dispensando-se o retorno para sua apreciação, nos termos do art. 111, §5º do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634/2023.

Ainda, verifica-se no recurso voluntário que a Contribuinte deduz outros dois tópicos de mérito depois de se contrapor à *alegação de que não houve o encontro de patrimônios da sociedade investida: g) Aplicabilidade do artigo 24 da LINDB e artigos 100 e 146 do CTN e h) a confirmação do direito à dedução do ágio pela Recorrente: a tributação dos ganhos de capital auferidos pelos vendedores*. Os dois argumentos foram referidos na ementa do acórdão recorrido:

ARTIGO 24 DA LINDB. INAPLICABILIDADE AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO.

A situação tratada no artigo 24 da LINDB não se dirige ao regramento do contencioso extrajudicial tributário. Tanto por não ser o julgamento administrativo uma modalidade de revisão de ofício - mas de controle de legalidade estrito sobre o objeto da lide instaurada - quanto pelo dispositivo legal em questão alcançar apenas a revisão de atos administrativos específicos - aqueles dos quais decorra um benefício ao particular plenamente constituído.

[...]

GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO. ÁGIO. DEDUÇÃO. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO.

Não é pressuposto legal para a dedutibilidade do ágio pela pessoa jurídica que sua contraparte, pessoa física ou jurídica, tenha, relativamente à prévia compra e

⁴⁴ Neste sentido argumentou esta Conselheira na condução do Acórdão nº 9101-006.167, pois, *ainda que ausente qualquer provocação neste sentido, há omissão de ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma, vez que o Decreto nº 70.235/72 imputa, em seu art. 59, inciso II, nulidade às decisões proferidas com preterição do direito de defesa, ocorrência lá evidenciada mediante a demonstração de argumentos de impugnação não apreciados pela autoridade julgadora de 1ª instância.*

⁴⁵ Súmula CARF nº 5

Aprovada pelo Pleno em 2006

São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Acórdãos Precedentes:

Acórdão nº 101-94322, de 14/08/2003 Acórdão nº 103-19964, de 14/04/1999 Acórdão nº 103-21585, de 14/04/2004 Acórdão nº 104-18397, de 17/10/2001 Acórdão nº 107-05873, de 28/01/2000 Acórdão nº 201-76735, de 25/02/2003 Acórdão nº 203-09664, de 06/07/2004 Acórdão nº 202-15750, de 12/08/2004 Acórdão nº 203-09811, de 20/10/2004 Acórdão nº 204-00079, de 14/04/2005 Acórdão nº 301-29745, de 09/05/2001 Acórdão nº 301-30534, de 25/02/2003 Acórdão nº 301-30761, de 11/09/2003 Acórdão nº 301-31486, de 19/10/2004 Acórdão nº 303-32358, de 12/09/2005

venda da correspondente participação societária, apurado ganho de capital e/ou efetuado a respectiva tributação. Mesmo porque pode haver ganho de capital sem ágio e vice-versa, afinal enquanto este toma como referência o patrimônio líquido, aquele tem como base o custo de aquisição.

O primeiro ponto foi abordado em preliminar do voto do relator, e assim poderia ter motivado objeção do Colegiado *a quo* antes da votação de mérito. De toda a sorte, refere matéria já sumulada por este Conselho contrariamente à pretensão da Contribuinte:

Súmula CARF nº 169

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

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

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

Assim, também a ele se aplica a dispensa de retorno para sua apreciação pelo Colegiado *a quo*, nos termos do art. 111, §5º do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634/2023.

O segundo ponto está tratado no voto de mérito, na parte em que o relator expõe seu entendimento particular sobre o tema:

Nesse sentido, o fato de as operações societárias terem se iniciado entre partes não relacionadas não foi o cerne da acusação fiscal, sendo despidendo revolver tal tema. Quanto aos efetivos pagamentos dos preços que carregaram os ágios ora discutidos, a questão não corporifica as infrações imputadas pela acusação. Também não houve suspeição acerca do laudo de avaliação.

O mesmo se dá com relação à tributação do ganho de capital pelos vendedores, recolhimento que, tendo ou não ocorrido, em nada repercute na análise da dedutibilidade do ágio.

Razões incontestes há para tanto: (i) o ganho de capital pode ocorrer para o vendedor sem que o ágio possa ser deduzido pelo comprador – basta que este não realize a alienação ou a incorporação da sociedade adquirida; (ii) o ágio pode existir sem que, antes, tenha havido ganho de capital – afinal, (ii.a) nem sempre a participação societária é adquirida, podendo ocorrer pela via do aumento de capital na própria sociedade a qual a participação se refere; ou (ii.b) a participação societária pode ter sido vendida com perda de capital, pois enquanto o resultado da compra e venda (ganho ou perda de capital) é medido pelo custo de aquisição, o ágio é mensurado a partir do patrimônio líquido.

Ainda que assim não fosse, bastaria atentar que a lei impõe requisitos específicos para a dedutibilidade do ágio, dentre os quais não estão relacionados a apuração

de ganho de capital, e o correspondente recolhimento de tributo, pela parte vendedora da participação societária.

Nesse sentido lecionam Bruno Fazersztajn e Paulo Coviello Filho (in: Peixoto, Marcelo Magalhães; Faro, Maurício Pereira (coordenadores). Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL. São Paulo: MP, 2016. p. 110-111):

[...]

Sob o mesmo prisma, é preciso observar que, isoladamente, (i) a execução de operações societárias estruturadas num curto espaço de tempo, (ii) o provimento do capital por terceiros para a aquisição da participação societária e (iii) a incorporação às avessas são eventos que não maculam a higidez tributária da dedução do ágio contábil eventualmente existente nesse contexto negocial. Mas a comunhão orquestrada desses eventos deixa claro que a sucedida da recorrente valeu-se de “empresa veículo” para a obtenção da dedução fiscal. (*destaques do original*)

E, na sequência, o relator desconstitui seu entendimento particular apenas no que se refere à objeção ao uso de “empresa-veículo” quando não é demonstrada fraude na sua interposição. Assim, na medida em que não houve ressalvas à sua condução, impõe-se concluir que o argumento “h) a *confirmação do direito à dedução do ágio pela Recorrente: a tributação dos ganhos de capital auferidos pelos vendedores*”, integrante de matéria decidida no acórdão recorrido, foi afastado pelo Colegiado *a quo*.

Como a PGFN pede que o acórdão recorrido seja reformado nos quesitos objeto de insurgência, deve ser DADO PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN na matéria “aproveitamento fiscal do ágio na aquisição de participação societária com recursos oriundos do real investidor sediado no exterior”, com retorno ao Colegiado *a quo* para apreciação dos argumentos da Contribuinte contra a exigência de multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas.

A segunda matéria - “qualificação da multa de ofício em operação envolvendo amortização de ágio gerado em reorganização societária com utilização de empresa-veículo” -, restou prejudicada por ter prevalecido neste Colegiado o cancelamento da exigência em face da matéria precedente, razão pela qual descabe apreciá-la.

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa