



Ministério da Fazenda
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16682.721723/2017-19
Recurso Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº **9101-006.847 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 5 de março de 2024
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
BANCO BTG PACTUAL S.A.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2012

CONHECIMENTO - DESSEMELHANÇA FÁTICA

Quando o acórdão recorrido e os paradigmas dizem respeito a operações em que há substancial dessemelhança fática a suscitar questões jurídicas diferentes, inexistente divergência jurisprudencial a ser dirimida. Desse modo, não deve ser conhecido o recurso especial da Fazenda.

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

Ano-calendário: 2012

INOVAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO

Devem ser afastadas as razões da decisão de piso para manutenção da exigência (ágio interno e negócio jurídico condicional), quando não foram adotadas como fundamento da autuação fiscal.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA-VEÍCULO NA AQUISIÇÃO DO INVESTIMENTO. QUESTÕES REGULATÓRIAS DEMONSTRADAS. LEGITIMIDADE DA ESTRUTURA

Considerando que restou comprovada que a utilização de empresa-veículo para aquisição do investimento se deu por razões regulatórias, é ela que deve figurar como adquirente do investimento, reunindo, assim, as condições para a amortização fiscal do ágio, restabelecendo-se, assim, a dedução das respectivas despesas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e em conhecer parcialmente do Recurso Especial do Contribuinte, apenas em relação às matérias “*Do pagamento do preço de aquisição do banco pactual e de UBS/PACTUAL para fins de determinação e amortização fiscal do ágio UBS e do ágio BTG*” e “*improcedência das considerações secundárias do acórdão recorrido quanto ao ágio UBS e ao ágio BTG (obiter dictum)*”. No mérito, acordam em: (i) quanto à matéria “*Do*

pagamento do preço de aquisição do banco pactual e de UBS/PACTUAL para fins de determinação e amortização fiscal do ágio UBS e do ágio BTG”, por maioria de votos, dar provimento ao recurso do Contribuinte, vencidos a conselheira Edeli Pereira Bessa que votou por dar provimento parcial para considerar que os fundamentos do acórdão recorrido poderiam, no máximo, justificar a glosa do ÁGIO UBS e do ÁGIO BTG quanto à parcela de R\$ 375.856.328,07, e o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado que votou por negar provimento; e (ii) relativamente à segunda matéria conhecida: (a) quanto ao ÁGIO UBS, por maioria de votos, dar provimento, vencidos os conselheiros Guilherme Adolfo dos Santos Mendes (relator) e Edeli Pereira Bessa que votaram por negar provimento, e, (b) quanto ao ÁGIO BTG, por voto de qualidade, negar provimento, vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, José Eduardo Dornelas Souza (substituto), Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior e Jeferson Teodorovicz (substituto), que votaram por dar provimento. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Edeli Pereira Bessa. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli. Julgamento realizado após a vigência da Lei n.º 14.689/2023, a qual deverá ser observada quando do cumprimento da decisão.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Relator

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Jose Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado), Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Heldo dos Santos Pereira Júnior, Jeferson Teodorovicz (suplente convocado) e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente). Ausentes o conselheiro Luciano Bernart, substituído pelo conselheiro Jeferson Teodorovicz, e a conselheira Maria Carolina Maldonado Mendonca Kraljevic, substituída pelo conselheiro Jose Eduardo Dornelas.

Relatório

Trata-se de recursos especiais interpostos pelo contribuinte e pela Fazenda Nacional contra o Acórdão n.º 1302-004.007, de 16 de outubro de 2019, da 2ª Turma Ordinária, 3ª Câmara Primeira Seção (fls. 5.128-5.229), integrado pelo Acórdão de Embargos n.º 1302-004.409 (fls. 5.520-5.524).

No processo, foram formalizados créditos tributários relativos a três infrações (todas relevantes para o deslinde dos recursos especiais). Abaixo, transcrevemos trechos do acórdão recorrido que identificam cada uma das infrações:

Primeira infração (ágio UBS)

A primeira infração refere-se a suposto ágio originado na aquisição do BANCO PACTUAL S/A (antiga denominação do contribuinte) pelo Grupo UBS, já tendo sido formalizados, em auditorias anteriores, os respectivos lançamentos tributários, no processo administrativo 16682.720.614/2012-61, para os AC 2007, 2008 e 2009, e no processo 16682.722.995/2015-66, para os AC 2010 e 2011.

Segunda infração (ágio BTG)

f) A segunda infração refere-se ao aproveitamento indevido de um novo ágio, apurado na operação de recompra do contribuinte (então designado BANCO UBS PACTUAL S/A) pelo Grupo BTG, do qual participaram os antigos acionistas que haviam alienado o banco para o Grupo UBS. Para os AC 2010 e 2011, constituiu-se o respectivo crédito tributário no processo 16682.722.995/2015-66, com decisão de procedência pela DRJ (DOC 02).

g) Constatada a ocorrência dessas infrações também para o AC 2012, dá-se continuidade, em relação à primeira infração, aos lançamentos efetuados nos processos 16682.720.614/201261 e 16682.722.995/2015-66; e quanto à segunda infração, ao lançamento formalizado no processo 16682.722.995/2015-66.

Terceira infração (ágio COPA)

A terceira infração refere-se ao ágio advindo da incorporação pelo BANCO BTG PACTUAL S/A de COPACABANA PRINCE PARTICIPAÇÕES S/A (COPA), CNPJ 09.462.850/0001-86, em 31/12/2011. Assim, além dos dois ágios que já vinham sendo amortizados, o contribuinte passou a se aproveitar, a partir de janeiro de 2012, desse novo ágio.

O acórdão recorrido afastou a terceira infração (ágio COPA) e manteve as duas primeiras (ágios UBS e BTG). Ademais, tratou especificamente da CSLL com deslinde desfavorável à pretensão do contribuinte, conforme ementa que abaixo reproduzimos (deixamos de relatar o Acórdão de Embargos, pois irrelevante para a solução das controvérsias):

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

Ano-calendário: 2012

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIOS. REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS. PAGAMENTOS EFETIVOS. EMPRESAS VEÍCULOS. SEMELHANÇA COM O PND.

Com a exigência de interpretação literal das regras instituidoras de benefícios fiscais, conclui-se que não há espaço para o seu alargamento além das situações expressamente previstas nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Não é possível, portanto, interpretar esses comandos legais de modo que a amortização do ágio ocorra fora dos exatos parâmetros idealizados pelo legislador.

No presente caso, procedeu-se à glosa das amortizações de ágios contabilizados em três operações distintas. Nas duas primeiras, além de os ágios terem sido registrados sem que houvesse os efetivos pagamentos para a aquisição da empresa recorrente, constatou-se a intermediação de empresas veículos utilizadas com o propósito preponderante de possibilitar a futura amortização do ágio.

Na terceira, contudo, houve semelhança com as situações verificadas no cenário do PND, quando o real investidor estrangeiro resta convertido na empresa para onde são canalizados os investimentos, a qual recebe a incumbência de fazer a aquisição das participações societárias negociadas. Portanto, há que se confirmar a glosa somente das duas primeiras operações.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2012

CSLL. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ADIÇÃO Á BASE DE CÁLCULO. CABIMENTO.

As disposições legais sobre a amortização do ágio remetem à apuração do lucro real, seja para determinar a neutralidade dos seus efeitos, seja para autorizar a sua consideração na base de cálculo do IRPJ nos casos que especifica, de sorte que, ou bem se aplicam todas as disposições (sobre o ágio) para a apuração para a base de cálculo do IRPJ e da CSLL (seja para adicionar a amortização do ágio à base da CSLL, seja para sua consideração no resultado nas hipóteses legais cabíveis) ou se considera que, à míngua de qualquer menção da CSLL nos textos legais, a amortização do ágio não pode repercutir em nenhum momento em sua base de cálculo. Se o ágio compõe o valor contábil do investimento e o MEP é apenas um método de avaliação do investimento, conclui-se que a amortização que reduz o ágio/deságio deve compor o resultado da avaliação do investimento pelo MEP, e quer este seja positivo ou negativo não deve impactar a base da CSLL.

O recurso especial da Fazenda Nacional (5.231-5.279) é dirigido à terceira infração e tem por objeto 2 (duas) divergências jurisprudenciais: (i) a “**impossibilidade de amortização de ágio, tendo em vista a utilização, por investidores estrangeiros, de empresa veículo**”, bem como (ii) a “**impossibilidade de dedução da despesa com a amortização do ágio na base de cálculo da CSLL**”.

Em relação à primeira divergência, foram oferecidos os acórdãos paradigmas n.º 9101-002.188 e n.º 9101-002.213, assim ementados:

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE. A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas. Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio, por meio de interposta pessoa jurídica, da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida. (AC n.º 9101-002.188)

ÁGIO. INVESTIDA. REAIS INVESTIDAS. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. INDEDUTIBILIDADE. IRPJ. CSLL. Nos termos da legislação fiscal, é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidas. (AC 9101-002.213).

Já no tocante à segunda divergência, foi oferecido o acórdão paradigma n.º 9101-003.002 assim ementado:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. INDEDUTIBILIDADE. É vedada, para fins de apuração da base de cálculo da CSLL, a dedução de quotas de amortização de ágio pago na aquisição de investimentos.

Por meio do despacho específico para esse fim (fls. 6.099-6.102), foi dado seguimento ao recurso, em relação às duas divergências para todos os paradigmas apresentados, nos seguintes termos:

6. Com relação a essa matéria, ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

7. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que *há que se reconhecer a sua aplicação [benefício fiscal da amortização do ágio, esclareço] nos casos que se assemelham com a configuração do PND, isto é, quando o real investidor for estrangeiro e direciona os recursos para que uma empresa ou consórcio de empresas nacional faça o investimento, os acórdãos paradigmas apontados* (Acórdãos n.ºs 9101-002.188, de 2016, e 9101-002.213, de 2016) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que a *subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material e que, exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas (primeiro acórdão paradigma) e que, nos termos da legislação fiscal, é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras (segundo acórdão paradigma).*

(...)

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

9. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que *as regras da amortização do ágio se aplicam também para a CSLL, o acórdão paradigma apontado* (Acórdão n.º 9101-003.002, de 2017) decidiu, **de modo diametralmente oposto**, que *é vedada, para fins de apuração da base de cálculo da CSLL, a dedução de quotas de amortização de ágio pago na aquisição de investimentos.*

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

Foram apresentadas contrarrazões tempestivas pelo Contribuinte após o recurso especial da Fazenda Nacional, mas antes do despacho de admissibilidade (fls. 5.393-5.420), cujos fundamentos foram ratificados pelo contribuinte mediante a peça de fls. 5.112-5.113.

Nas contrarrazões, o contribuinte questiona o conhecimento e o mérito do recurso fazendário em relação às duas matérias.

Já, ao recurso especial do contribuinte (fls. 5.728-5.769), o despacho de fls. 6.231-6.253 deu seguimento em relação a três matérias: (i) **pagamento do preço de aquisição do banco pactual e de UBS/PACTUAL para fins de determinação e amortização fiscal do ágio UBS e do ágio BTG**; (ii) **argumento autônomo do recorrente para fins de CSL**; (iii) **improcedência das considerações secundárias do acórdão recorrido quanto ao ágio UBS e ao ágio BTG (*obiter dictum*)**.

Foi oferecido agravo quanto às matérias não conhecidas, ao qual, o despacho de fls. 6.349-6.358 não deu seguimento.

Para a primeira divergência (*pagamento do preço de aquisição do banco pactual e de UBS/PACTUAL para fins de determinação e amortização fiscal do ágio UBS e do ágio BTG*), foram oferecidos os acórdãos paradigmas n.º 1301-004.390 e n.º 1301-001.852, em relação aos quais o despacho deu seguimento pelas razões que se seguem:

O primeiro paradigma, Acórdão n.º 1301-004.390, examinou a mesma operação societária dos presentes autos, com diferença apenas em relação aos anos-calendários da autuação, e chegou à conclusão oposta sobre a dedutibilidade do ágio em questão.

O segundo paradigma, Acórdão n.º 1301-001.852, que foi citado como reforço de argumentação pelo primeiro paradigma, também serve para a caracterização da divergência jurisprudencial.

Para esse segundo paradigma, a entrega de ações pode sim representar um sacrifício patrimonial, muito embora diferente daquele a que estamos mais habituados, pela entrega de numerário; enquanto que para o recorrido, a dedução do ágio depende da existência de pagamento efetivo. Segundo o recorrido, “o argumento de que havia obrigações contratuais exigíveis e, por isso, a sua liquidação seria irrelevante para fins da apuração do custo de aquisição do investimento não se sustenta diante da imposição de interpretação literal da regra que instituiu o benefício fiscal da amortização do ágio. Há o requisito do efetivo pagamento.”

Em relação à segunda divergência (*argumento autônomo do recorrente para fins de CSL*), foi oferecido o acórdão paradigma n.º 9101-002.310, em relação ao qual o despacho deu seguimento ao recurso nos seguintes termos:

Realmente, o acórdão paradigma entende que “inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial”, interpretação que é o oposto da adotada pelo acórdão recorrido.

Por fim, no tocante à terceira divergência (*improcedência das considerações secundárias do acórdão recorrido quanto ao ágio UBS e ao ágio BTG [obiter dictum]*), foram oferecidos os acórdãos paradigmas n.º 1301-004.390 e n.º 1201-003.693, em relação aos quais também se deu seguimento, conforme trecho abaixo transcrito:

Embora o acórdão recorrido tenha dado ênfase à questão da inexistência de efetivo pagamento na aquisição do investimento (matéria tratada na primeira divergência examinada neste despacho), ele também fez considerações sobre a estrutura societária envolvida nas operações, conforme indicam os seguintes trechos do voto que orientou essa decisão:

[seguiu transcrição]

Conforme já mencionado anteriormente, o Acórdão paradigma n.º 1301-004.390 examinou a mesma operação societária dos presentes autos, com diferença apenas em relação aos anos-calendários da autuação, e chegou à conclusão oposta sobre a dedutibilidade do ágio em questão.

Realmente, no caso desse paradigma, em sede de embargos de declaração, consta a informação de que foi sanado um erro de fato, baseado na premissa equivocada de que a UBS INVESTIMENTOS tinha se tornado controladora da UBS PARTICIPAÇÕES, e a partir disso desenvolveu-se toda uma argumentação para o reconhecimento da dedutibilidade do ágio.

Já o segundo paradigma, Acórdão n.º 1201-003.693, também em posição contrária ao recorrido, rejeita a figura do “real adquirente” (ou “real investidor”) e entende que o aproveitamento fiscal de ágio pode ser regular ainda que tenha havido o uso de empresas veículo sem finalidade negocial, de modo que ele também serve à caracterização da divergência.

Desse modo, proponho que seja DADO SEGUIMENTO ao recurso especial em relação à divergência tratada no presente tópico.

A Procuradoria apresentou contrarrazões tempestivas às fls. 6.376-6.397, mediante as quais questiona o conhecimento e o mérito do recurso.

Na parte do mérito, dentre outras razões, aduz que o fato de o acórdão recorrido ter adotado, como razão de decidir, um único fundamento, não afasta os demais que estearam a autuação, para então formular o seguinte pedido subsidiário:

Desse modo, *ad argumentandum tantum*, caso este órgão julgador entenda pelo seguimento e/ou provimento do recurso especial interposto pelo sujeito passivo interessado, a Fazenda Nacional requer o retorno dos autos à Câmara Baixa para análise dos demais fundamentos que alicerçaram o lançamento.

É o relatório do essencial.

Voto Vencido

Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Relator.

PRELIMINAR DE CONHECIMENTO

Recurso especial da Fazenda Nacional

A primeira divergência diz respeito ao aproveitamento do ágio COPA, cuja infração foi afastada pelo acórdão recorrido, em razão de a situação fática comportar características similares àquelas encontradas no Plano Nacional de Desestatização (PND), isto é, quando o real investidor for estrangeiro.

A acusação fiscal foi assim descrita pelo acórdão recorrido:

(...) inexistente acusação de que não tenha havido o pagamento efetivo do preço negociado para a transação. Igualmente, não há nenhum questionamento quanto ao demonstrativo (ou laudo) que fundamentou a contabilização do ágio, nem se veiculou qualquer hipótese de que a operação tenha ocorrido no âmbito de empresas relacionadas. A única razão para o feito, como já ressaltado, foi a consideração de que a empresa COPA teria atuado como uma empresa veículo para o futuro aproveitamento do ágio.

A caracterização do chamado “real investidor” como estrangeiro foi elemento fático determinante para o deslinde do acórdão recorrido, como podemos constatar do trecho abaixo do voto condutor:

Desse modo, não há como não reconhecer que os reais adquirentes foram efetivamente os dez investidores estrangeiros.

Nada obstante, como já acentuado, o rigor do caráter literal da interpretação da regra que instituiu o benefício fiscal da amortização do ágio comporta uma exceção. É que não faria sentido o legislador ter criado um incentivo para que o investidor estrangeiro participasse dos leilões de privatização de empresas públicas na década de 90 e ter mantido esse mesmo benefício muito tempo depois de concluído o referido programa (o PND). Inclusive, conservou inabalada quando teve a oportunidade de extingui-la com as substantivas alterações promovidas sobre a matéria pela Lei nº 12.973/14. Por isso, há que se reconhecer a sua aplicação nos casos que se assemelham com a configuração do PND, isto é, quando o real investidor for estrangeiro e direciona os recursos para que uma empresa ou consórcio de empresas nacional faça o investimento.

Esta parece ser a exata situação do presente caso. Na impossibilidade de usufruírem do benefício, por serem entidades estrangeiras, aportaram o recurso para uma subsidiária nacional constituída para o devido fim. A existência ou não de outros propósitos para interposição da empresa COPA são irrelevantes neste cenário.

Já, no acórdão paradigma nº 9101-002.188, essa característica fática que levou o acórdão recorrido a afastar a autuação não está presente. A chamada “real investidora ou adquirente” é uma empresa nacional (Aché Laboratórios Farmacêutica S/A). Ademais, há uma questão no acórdão paradigma que o distancia, sobremaneira, da situação fática do recorrido. A

Aché adquiriu diretamente participações da investida, participações estas que posteriormente são transferidas para a intitulada “empresa-veículo”. Já no recorrido, a qualificada empresa-veículo é quem adquire as participações após receber recursos dos investidores estrangeiros.

Por essas razões rejeito o acórdão paradigma n.º 9101-002.188.

Já, com relação ao segundo paradigma, acórdão n.º 9101-002.213, há investidor estrangeiro que transfere recurso para uma empresa brasileira, qualificada como veículo, a fim de que esta adquira participações societárias para, logo a seguir, promover a incorporação e o aproveitamento do ágio.

Até essa parte, o acórdão paradigma, em muito, assemelha-se ao recorrido. No entanto, o recorrido, em diversas oportunidades, aduz que o aproveitamento legítimo do ágio deve se dar em contextos fáticos semelhantes ao do PND, no qual os recursos permanecem no Brasil. Já no paradigma, o alienante é também uma empresa estrangeira.

Essa circunstância fática possui relevância para a decisão paradigma, como podemos verificar, por exemplo, do seguinte trecho do voto condutor:

E tudo isso com o específico fim de permitir a criação de ágio no País, supostamente passível de amortização e, ainda, garantir a remessa, ao exterior, de valores decorrentes da integralização de aumento de capital e do mútuo efetuados com a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA.

Ou seja, em última análise, os recursos que permitiram a aquisição da recorrente foram oriundos exclusivamente do exterior — e não do País —, e foram pagos a outra empresa também fora do país, motivo pelo qual não se pode ter como válido, para fins de amortização, o ágio então formado.

Dessa forma, os dois acórdãos (recorrido e paradigma n.º 9101-002.213) também não são comparáveis e, portanto, esse segundo paradigma não merece ser acolhido, razão pela qual o recurso especial da Fazenda Nacional não deve ser conhecido quanto a essa questão.

Em relação à segunda divergência (amortização de ágio para fins de apuração da CSLL, ainda que dedutível para fins de IRPJ), a decisão recorrida se calcou na tese de que as regras para amortização do ágio para apuração da CSLL são as mesmas aplicáveis ao IRPJ, conforme reconhecido pelo próprio recorrente:

A Turma, por maioria, acompanhou o Relator pelas conclusões, para afastar a necessidade de adição à base de cálculo da CSLL das despesas com amortização do citado ágio. Contudo, a tese esposada pela maioria foi a de que as regras da amortização do ágio se aplicam também para a CSLL, conforme os seguintes fundamentos (...)

Pois bem, o que o acórdão paradigma fez foi justamente restabelecer a exigência da CSLL em relação a amortização de ágio, num contexto fático em que tal amortização não se permitia para o IRPJ.

Isso fica claro quando verificamos o acórdão de piso reformado (AC 1301-001.893) pelo paradigma, cujo trecho representativo da ementa reproduzimos abaixo:

CSLL. BASE DE CÁLCULO E LIMITES À DUDUTIBILIDADE. A amortização contábil do ágio impacta (reduz) o lucro líquido do exercício. Havendo determinação legal expressa para que ela não seja computada na determinação do lucro real, o respectivo valor deve ser adicionado no LALUR, aumentando, portanto, a base tributável. Não há, porém, previsão no mesmo sentido, no que se refere à base de cálculo da Contribuição Social, o que, a nosso sentir, torna insubsistente a adição feita de ofício pela autoridade lançadora.

Para reformar a decisão recorrida, era necessário um paradigma que mantivesse a autuação da CSLL, mesmo com a exoneração do IRPJ. No paradigma, a CSLL foi restabelecida em face de um contexto fático em que também se manteve a autuação do IRPJ.

Assim, também não conheço do recurso em relação a essa segunda divergência.

Recurso especial do contribuinte

A primeira divergência (*pagamento do preço de aquisição do banco pactual e de UBS/PACTUAL para fins de determinação e amortização fiscal do ágio UBS e do ágio BTG*), diz respeito aos dois ágios.

Em relação ao ágio UBS, a glosa foi promovida em razão de: (i) utilização de empresa veículo; (ii) falta de elaboração tempestiva de laudo de avaliação; e (iii) não pagamento do valor da aquisição.

Desses três fundamentos, foi determinante, no acórdão recorrido, apenas o último. Abaixo, transcrevo trecho representativo do voto condutor:

Do ágio UBS:

Segundo o que consta no item 2.5.4 do Termo de Verificação Fiscal, no tocante ao chamado “ágio UBS”, as razões para a sua glosa foram:

A falta de propósito negocial pela utilização de empresa veículo (item 2.5.1), a falta de elaboração tempestiva de demonstrativo do ágio (Item 2.5.2) e o não pagamento efetivo de parte do valor devido (item 2.5.3), levou o contribuinte a beneficiar-se indevidamente de amortização de ágio para fins de apuração do IRPJ e da CSLL, nos montantes exibidos nas Tabelas 7, 8 e 9 do item 2.2.1 do presente relatório.

O ágio que restou amortizado foi aquele contabilizado, em 01/12/2006, pela empresa UBS PARTICIPAÇÕES, no valor de R\$ 4.415.294.794,55. Além deste, na mesma data, foram também contabilizados R\$ 828.325.211,81 a título de “Valor do PL”, de modo que o total de R\$ 5.243.620.006,36 correspondeu ao valor que se atribuiu à aquisição da recorrente pelo Grupo UBS. Uma parte desse valor (R\$ 2.037.940.006,36) refere-se ao que foi imediatamente transferido para um fundo de investimentos (GCP BRASIL) constituído pelas pessoas físicas alienantes e a outra parte (R\$ 3.205.680.000,00) refletiu a dívida assumida para com essas mesmas pessoas físicas e que foi logo em seguida repassada para a sua nova controladora (a UBS INVESTIMENTOS). A incorporação que se sucedeu, em 05/02/2007, da UBS PARTICIPAÇÕES pelo BANCO UBS PACTUAL (a empresa contribuinte), foi quem propiciou a referida amortização com o pretenso amparo na disciplina contida nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Conforme o relato, consta que a empresa suíça UBS AG efetivamente aportou os recursos para o pagamento da parcela imediatamente transferida para o fundo de investimentos através de uma operação de aumento de capital na sua subsidiária no Brasil (a UBS PARTICIPAÇÕES). Com isso, a sua participação nessa empresa passou de R\$ 999,00 para R\$ 2.045.685.176,00. Relativamente à parcela diferida (no valor de R\$ 3.205.680.000,00), contudo, não houve aporte de recursos para o País. A dívida, prevista para ser liquidada somente em 2011, foi repassada para uma outra empresa do Grupo (a UBS INVESTIMENTOS). Em contrapartida, registrou-se um correspondente aumento de capital desta última naquela outra. Assim, a UBS INVESTIMENTOS assumiu a dívida da parcela diferida, mas se tornou a controladora da UBS PARTICIPAÇÕES.

Portanto, se houve algum pagamento no registro da aquisição, só se pode cogitar daquela parcela de R\$ 2.037.940.006,36 transferida para o fundo de investimentos constituído pelas pessoas físicas alienantes. Nada obstante, mesmo essa parcela, não

resiste a um exame mais minucioso. Com efeito, de acordo com o previsto no contrato, assim como a parcela diferida, o valor imediatamente transferido para o fundo de investimentos também estava sujeito a condições necessárias para que fossem liberados às pessoas físicas alienantes de forma definitiva. Nas palavras da fiscalização:

As disposições das cláusulas 1.2 (iii) e (iv), 1.3 (c), 1.5 (c) e 10.1 (y) do CCV/2006 (v. Imagens 5 a 10), previam uma série de situações sobre as quais o próprio contribuinte confirmou que, em tese, esses valores poderiam não ter sido recebidos pelos sócios.

Então, o negócio jurídico possuía condições de caráter suspensivo. Havia situações nas quais o próprio contribuinte reconheceu a natureza de eventos futuros e incertos na medida em que os valores acordados poderiam não ter sido recebidos pelos sócios. Nesse ponto, o art. 125 do Código Civil é categórico quanto à eficácia do direito adquirido:

Art. 125. Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.

Ao que tudo indica, inexistiu, por parte dos alienantes, uma efetiva disponibilidade econômica ou jurídica sobre os recursos da alienação. Tanto que, se é que houve alguma tributação sobre eventual ganho de capital observado pelas pessoas físicas na alienação, esta também teria sido diferida.

Malgrado todos esses condicionantes, como bem observado pela fiscalização, houve uma presunção de que os valores contratados na aquisição haviam sido pagos e, como tal, os R\$ 5.243.620.006,36 (incluindo os R\$ 4.415.294.794,55 a título de ágio) foram registrados na contabilidade da UBS PARTICIPAÇÕES.

Portanto, independentemente dos eventos que se sucederam no âmbito da operação de recompra ocorrida em 2009, importa notar que o ágio foi registrado sem que se completasse o efetivo pagamento para a aquisição da empresa recorrente. Nem mesmo na ocasião da incorporação da UBS PARTICIPAÇÕES, qualquer parcela do pagamento havia ingressado no patrimônio das pessoas físicas alienantes. O fato de estes terem constituído um fundo de investimento para onde foram transferidos os recursos atinentes à primeira parcela não desnatura o caráter condicionante que impedia a sua utilização enquanto não fossem cumpridos os requisitos estabelecidos no contrato. Tanto é que havia a previsão contratual de que esse fundo deveria ser administrado por uma empresa nomeada pelo Grupo UBS.

Essa constatação, de que não havia ocorrido um efetivo pagamento, fica ainda mais reforçada pelas supervenientes operações que envolveram a recompra da mesma empresa recorrente. Afora as particularidades dessas operações (que serão analisadas no tópico sobre o “ágio BTG”), cumpre observar que uma substantiva parte dos valores acordados na primeira compra acabou por não ingressar no patrimônio das pessoas físicas alienantes. Aliás, considerando o complexo fluxo de recursos que envolveu as citadas operações, é de se duvidar se ao final houve algum efetivo dispêndio por parte do Grupo UBS.

Assim, assiste razão à fiscalização quando aponta a inexistência de pagamento efetivo como um dos fundamentos da infração. O argumento de que havia obrigações contratuais exigíveis e, por isso, a sua liquidação seria irrelevante para fins da apuração do custo de aquisição do investimento não se sustenta diante da imposição de interpretação literal da regra que instituiu o benefício fiscal da amortização do ágio. Há o requisito do efetivo pagamento. O negócio jurídico envolvendo a aquisição de participação societária (que motivaria o registro do ágio), da forma como foi engendrado, não se revela oponível ao Fisco.

Em sua defesa, a contribuinte ainda alega que a interposição da UBS PARTICIPAÇÕES não propiciou economia fiscal diferente daquela que seria obtida se a aquisição tivesse sido feita diretamente pela sociedade através da qual o Grupo UBS atuava no Brasil desde 1983 (o Banco UBS). Ora, se a aquisição tivesse sido realizada por essa sociedade e se os recursos utilizados tivessem sido efetivamente direcionados

para as pessoas físicas alienantes, não há dúvidas de que a amortização realizada depois de ocorrido um dos eventos citados na lei (incorporação, cisão ou fusão) seria legítima. O problema é que não foi isso o que aconteceu.

Outra alegação, desta feita de caráter mais relevante, é a de que havia a necessidade de cumprir norma regulatória do Conselho Monetário Nacional (CMN). Como essa norma exige que as participações societárias diretas que impliquem controle nas instituições financeiras brasileiras somente podem ser detidas por pessoas físicas ou instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN, não haveria possibilidade de a aquisição ser feita por sociedades com as características da UBS AG. Junta, inclusive, pareceres de ilustres personalidades do setor financeiro no sentido de corroborar esse entendimento.

Nada obstante, essa argumentação, no máximo, atesta a existência de um propósito negocial para a intermediação da empresa UBS PARTICIPAÇÕES. Poderia até contribuir para afastar a acusação de que o Grupo UBS utilizou-se de uma empresa veículo para o posterior aproveitamento do ágio (um dos fundamentos utilizados pela fiscalização e chancelado pela instância a quo mesmo após a justificativa apresentada na impugnação). Porém, independente da existência de propósito negocial e mesmo que a intermediação da empresa UBS PARTICIPAÇÕES neste caso se assemelhe àquela exceção subentendida no âmbito do PND, isso não muda o fato de não ter havido o efetivo pagamento às pessoas físicas alienantes antes da constituição do ágio.

Por outro lado, não se pode concordar com a alegação de que os atos envolvendo a UBS INVESTIMENTOS são neutros porque a razão da sua existência estaria meramente ligada a problemas relacionados com o registro de investimento em moeda estrangeira. Pois, se o objetivo era evitar que as futuras transferências para a realização dos pagamentos diferidos fossem desqualificadas da condição de investimento no BACEN, a própria UBS PARTICIPAÇÕES poderia cumprir esse papel. Não haveria necessidade de se constituir uma outra holding no País nem lhe repassar a dívida. Nesse aspecto, a UBS INVESTIMENTOS revelou-se, sim, como uma empresa veículo utilizada com o propósito preponderante de possibilitar a futura amortização do ágio. Afinal, a UBS PARTICIPAÇÕES já tinha o seu destino traçado (ser incorporada pela recorrente) e pareceria ainda mais artificial a presença da dívida diferida no patrimônio da própria empresa investida.

A discussão sobre a exigência de um laudo ou mero demonstrativo, bem como a de ter que ser elaborado antes ou bastar se referir aos fatos pretéritos, com toda a vênias aos que pensam diferente, é secundária. Nesse ponto, até dou razão aos argumentos da recorrente. Não vejo na redação original do § 3º, do art. 20, do Decreto-Lei nº 1.598/77, a exigência de laudo, nem de que o documento apresentado ao Fisco para demonstrar o fundamento do ágio tenha que ter sido elaborado anteriormente ao momento da aquisição da participação societária. É verdade que a lei exige alguma demonstração do fundamento. A meu ver, porém, essa exigência pode ser suprida com quaisquer elementos que minimamente comprovem a presença do fundamento. Na essência, como bem observado pela recorrente, é o preço que determina o ágio e não o inverso. Se a transação tivesse ocorrido entre partes não independentes (o que não se acusou), aí, sim, poder-se-ia questionar o preço com base no fundamento.

(...)

No presente caso, a recorrente alega que apresentou um laudo elaborado por empresa especializada, a qual utilizou dados e fundamentos econômicos contemporâneos à operação de aquisição. Tal laudo teria confirmado o resultado dos estudos internos do Grupo UBS. Junta, inclusive, um documento que evidencia a existência de avaliação do BANCO PACTUAL pelo Grupo UBS com base no método do fluxo de caixa descontado contemporâneo à aquisição e outro que demonstra que a avaliação contemporânea das ações do BANCO PACTUAL era de aproximadamente US\$ 2,5 bilhões. Não vejo, portanto, razão para discordar da recorrente quanto à esta específica questão.

Noutro giro, a alegação da fiscalização de que não houve circulação de parte do valor diferido (os R\$ 375.856.328,07) acaba também se revelando descartável para o deslinde

questão. Tivesse havido ou não o pagamento da totalidade do valor diferido (os R\$ 3.205.680.000,00), o fato é que todo o ágio contabilizado não era passível da amortização perpetrada porque a sua geração se deu através de um negócio jurídico condicionado em que uma prestação essencial para a sua concretização (o pagamento) não havia sido efetivada por ocasião do evento da incorporação.

Enfim, diante de todo o exposto, mantenho a glosa das amortizações do “ágio UBS”.

No tocante ao ágio BTG, também foram as mesmas três razões para a glosa da amortização de ágio e, igualmente, o voto condutor se fiou na ausência de pagamento do preço.

O acórdão paradigma n.º 1301-004.390 refere-se ao mesmo contribuinte e às mesmas operações. Ademais, enfrenta a questão do pagamento (ou falta de), conforme trecho da sua ementa que abaixo transcrevo:

CUSTO DE AQUISIÇÃO. PARCELA COMPOSTA POR DÍVIDA.

A composição do custo do investimento deve ser aferida à data da aquisição, sendo que e, se o sacrifício patrimonial não se deu totalmente à vista, mas sim com a assunção de dívida em uma operação realizada entre partes independentes, não há porque não considerar tal parcela como compondo o custo de aquisição, inclusive sua parcela desdobrada em ágio.

Assim, entendo que o primeiro paradigma deve ser acolhido para fins de conhecimento do recurso.

Quanto ao segundo (AC 1301-001.852), trata de decisão que reconheceu a entrega de ações, por meio de incorporação de ações, representa o custo da participação adquirida. Abaixo, transcrevo trecho representativo do acórdão condutor:

Pode-se questionar que não se poderia chamar de “custo de aquisição” ao valor do aumento de capital da Perdigão. Afinal, não teria havido um “sacrifício de ativos” para a aquisição do investimento, expressão comumente empregada no sentido de que não houve pagamento nem em dinheiro nem mediante a entrega de qualquer outro bem ou direito registrado no ativo, nem assunção de dívida. A esse argumento, deve-se contrapor que houve a entrega à Família Shan de ações de emissão da própria incorporadora das ações da Eleva (a Perdigão).

(...)

Ou seja, aquele que recebe ações de uma companhia recebe fração de seu capital social e, em consequência, fração do patrimônio líquido (valor contábil pertencente aos sócios, por diferença entre ativos e passivos). Ademais, recebe também o direito de participar da vida ativa da companhia, seja pelo voto, seja pelo recebimento futuro e eventual de dividendos e juros sobre o capital próprio. Finalmente, as ações são negociáveis no mercado, podendo ser convertidas, com maior ou menor facilidade, em dinheiro. Do ponto de vista do emitente (Perdigão), ao emitir ações e entregá-las a terceiros (Família Shan), está reduzindo a participação dos demais acionistas no capital social, ou seja, as ações em poder dos demais acionistas são “diluídas”, passando a representar menor parcela do capital social. O mesmo ocorre com eventuais lucros a serem apurados no futuro, os quais terão que ser divididos entre maior número de acionistas. Com todo o exposto, concluo que a entrega de ações na situação analisada representa, sim, um sacrifício patrimonial, muito embora diferente daquele a que estamos mais habituados, pela entrega de numerário.

Assim, devo concluir que o instituto da incorporação de ações, no caso concreto, foi utilizado de acordo com a lei que o instituiu, e que o registro contábil, pela Perdigão, do ágio no investimento na Eleva, seguiu também os preceitos legais.

Já o recorrido, em relação a ambos os ágios, não trata de operação em que os alienantes receberam ações da investidora já por ocasião da aquisição do investimento. Esse

recebimento foi diferido no tempo para além da própria amortização do ágio e submetido a cláusulas suspensivas, o que diferencia em muito a materialidade das duas decisões.

Assim, conheço do recurso do contribuinte, em relação à primeira divergência, mas apenas em relação ao acórdão paradigma n.º 1301-004.390.

No tocante à segunda divergência (argumento específico, em relação à CSLL), deu-se seguimento com base no paradigma n.º 9101-002.310. No entanto, há relevante dessemelhança fática com o recorrido, em que a ausência de substância econômica do ativo enseja a impropriedade do ágio e, conseqüentemente, da sua amortização para afetar o lucro contábil, com reflexo na apuração da base de cálculo da CSLL. Já o paradigma trata de situação jurídica diversa, uma vez que o fundamento para a glosa não se esteou, não na ausência de substância econômica, mas sim na permanência do investimento no patrimônio do investidor.

Assim, diferentemente do despacho, entendo que não restou caracterizada a dissidência jurisprudencial acima tratada.

Por fim, em relação à terceira divergência (improcedência das considerações secundárias do acórdão recorrido quanto ao ágio UBS e ao ágio BTG [*obiter dictum*]), o primeiro acórdão paradigma (Ac 1301-004.390) é o mesmo indicado para a primeira divergência e trata do mesmo contribuinte e das mesmas operações.

De fato, o acórdão recorrido concluiu que a UBS INVESTIMENTOS caracteriza-se como uma empresa-veículo empregada para viabilizar a futura amortização do ágio. Transcrevo trecho representativo dessa posição:

Por outro lado, não se pode concordar com a alegação de que os atos envolvendo a UBS INVESTIMENTOS são neutros porque a razão da sua existência estaria meramente ligada a problemas relacionados com o registro de investimento em moeda estrangeira. Pois, se o objetivo era evitar que as futuras transferências para a realização dos pagamentos diferidos fossem desqualificadas da condição de investimento no BACEN, a própria UBS PARTICIPAÇÕES poderia cumprir esse papel. Não haveria necessidade de se constituir uma outra holding no País nem lhe repassar a dívida. Nesse aspecto, a UBS INVESTIMENTOS revelou-se, sim, como uma empresa veículo utilizada com o propósito preponderante de possibilitar a futura amortização do ágio. Afinal, a UBS PARTICIPAÇÕES já tinha o seu destino traçado (ser incorporada pela recorrente) e pareceria ainda mais artificial a presença da dívida diferida no patrimônio da própria empresa investida.

Por outro lado, o acórdão paradigma aduz posição diametralmente oposta:

Nesse cenário, de fato assiste razão à Embargante: o papel de UBS INVESTIMENTOS na amortização de ágio foi absolutamente nulo, restando comprovado que a utilização de UBS PARTICIPAÇÕES se deu por questões regulatórias, portanto, extrafiscais, não havendo que se falar em utilização de empresa veículo no caso concreto, não podendo ser esse o motivo para a não amortização do ágio.

Já o segundo paradigma (Ac 1201-003.693) teve por propósito de trazer a questão de que a amortização do ágio seria válida ainda que as empresas veículo não tivessem propósito negocial e, de fato, assim se posiciona o referido julgado:

238. E ainda que a incorporação de uma rotulada de empresa-veículo possa ser combatida aos olhos da ciência contábil, o fato é que, além de não existir previsão legal que proíba o uso desta espécie de sociedade, o Direito, conforme visto, acaba induzindo esse comportamento como instrumento de aproveitamento fiscal do ágio.

Por seu turno, o despacho de admissibilidade assim se posicionou:

Conforme já mencionado anteriormente, o Acórdão paradigma n.º 1301-004.390 examinou a mesma operação societária dos presentes autos, com diferença apenas em relação aos anos-calendários da autuação, e chegou à conclusão oposta sobre a dedutibilidade do ágio em questão.

Realmente, no caso desse paradigma, em sede de embargos de declaração, consta a informação de que foi sanado um erro de fato, baseado na premissa equivocada de que a UBS INVESTIMENTOS tinha se tornado controladora da UBS PARTICIPAÇÕES, e a partir disso desenvolveu-se toda uma argumentação para o reconhecimento da dedutibilidade do ágio.

Já o segundo paradigma, Acórdão n.º 1201-003.693, também em posição contrária ao recorrido, rejeita a figura do “real adquirente” (ou “real investidor”) e entende que o aproveitamento fiscal de ágio pode ser regular ainda que tenha havido o uso de empresas veículo sem finalidade negocial, de modo que ele também serve à caracterização da divergência.

Desse modo, proponho que seja DADO SEGUIMENTO ao recurso especial em relação à divergência tratada no presente tópico.

Com base nos mesmos fundamentos, conheço do recurso quanto a essa terceira divergência.

MÉRITO

Recurso especial do contribuinte

Como já destacamos na parte do conhecimento, a razão de decidir do acórdão recorrido diz respeito exclusivamente ao custo do investimento e, portanto, dos dois ágios amortizados.

Passamos à análise do ágio UBS pela reprodução do acórdão condutor exclusivamente em relação aos trechos que tratam desse específico tema:

O ágio que restou amortizado foi aquele contabilizado, em 01/12/2006, pela empresa UBS PARTICIPAÇÕES, no valor de R\$ 4.415.294.794,55. Além deste, na mesma data, foram também contabilizados R\$ 828.325.211,81 a título de “Valor do PL”, de modo que o total de R\$ 5.243.620.006,36 correspondeu ao valor que se atribuiu à aquisição da recorrente pelo Grupo UBS. Uma parte desse valor (R\$ 2.037.940.006,36) refere-se ao que foi imediatamente transferido para um fundo de investimentos (GCP BRASIL) constituído pelas pessoas físicas alienantes e a outra parte (R\$ 3.205.680.000,00) refletiu a dívida assumida para com essas mesmas pessoas físicas e que foi logo em seguida repassada para a sua nova controladora (a UBS INVESTIMENTOS). A incorporação que se sucedeu, em 05/02/2007, da UBS PARTICIPAÇÕES pelo BANCO UBS PACTUAL (a empresa contribuinte), foi quem propiciou a referida amortização com o pretenso amparo na disciplina contida nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Conforme o relato, consta que a empresa suíça UBS AG efetivamente aportou os recursos para o pagamento da parcela imediatamente transferida para o fundo de investimentos através de uma operação de aumento de capital na sua subsidiária no Brasil (a UBS PARTICIPAÇÕES). Com isso, a sua participação nessa empresa passou de R\$ 999,00 para R\$ 2.045.685.176,00. Relativamente à parcela diferida (no valor de R\$ 3.205.680.000,00), contudo, não houve aporte de recursos para o País. A dívida, prevista para ser liquidada somente em 2011, foi repassada para uma outra empresa do Grupo (a UBS INVESTIMENTOS). Em contrapartida, registrou-se um correspondente aumento de capital desta última naquela outra. Assim, a UBS INVESTIMENTOS assumiu a dívida da parcela diferida, mas se tornou a controladora da UBS PARTICIPAÇÕES.

Portanto, se houve algum pagamento no registro da aquisição, só se pode cogitar daquela parcela de R\$ 2.037.940.006,36 transferida para o fundo de investimentos constituído pelas pessoas físicas alienantes. Nada obstante, mesmo essa parcela, não resiste a um exame mais minucioso. Com efeito, de acordo com o previsto no contrato, assim como a parcela diferida, o valor imediatamente transferido para o fundo de investimentos também estava sujeito a condições necessárias para que fossem liberados às pessoas físicas alienantes de forma definitiva. Nas palavras da fiscalização:

As disposições das cláusulas 1.2 (iii) e (iv), 1.3 (c), 1.5 (c) e 10.1 (y) do CCV/2006 (v. Imagens 5 a 10), previam uma série de situações sobre as quais o próprio contribuinte confirmou que, em tese, esses valores poderiam não ter sido recebidos pelos sócios.

Então, o negócio jurídico possuía condições de caráter suspensivo. Haviam situações nas quais o próprio contribuinte reconheceu a natureza de eventos futuros e incertos na medida em que os valores acordados poderiam não ter sido recebidos pelos sócios. Nesse ponto, o art. 125 do Código Civil é categórico quanto à eficácia do direito adquirido:

Art. 125. Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.

Ao que tudo indica, inexistiu, por parte dos alienantes, uma efetiva disponibilidade econômica ou jurídica sobre os recursos da alienação. Tanto que, se é que houve alguma tributação sobre eventual ganho de capital observado pelas pessoas físicas na alienação, esta também teria sido diferida.

Malgrado todos esses condicionantes, como bem observado pela fiscalização, houve uma presunção de que os valores contratados na aquisição haviam sido pagos e, como tal, os R\$ 5.243.620.006,36 (incluindo os R\$ 4.415.294.794,55 a título de ágio) foram registrados na contabilidade da UBS PARTICIPAÇÕES.

Portanto, independentemente dos eventos que se sucederam no âmbito da operação de recompra ocorrida em 2009, importa notar que o ágio foi registrado sem que se completasse o efetivo pagamento para a aquisição da empresa recorrente. Nem mesmo na ocasião da incorporação da UBS PARTICIPAÇÕES, qualquer parcela do pagamento havia ingressado no patrimônio das pessoas físicas alienantes. O fato de estes terem constituído um fundo de investimento para onde foram transferidos os recursos atinentes à primeira parcela não desnatura o caráter condicionante que impedia a sua utilização enquanto não fossem cumpridos os requisitos estabelecidos no contrato. Tanto é que havia a previsão contratual de que esse fundo deveria ser administrado por uma empresa nomeada pelo Grupo UBS.

Essa constatação, de que não havia ocorrido um efetivo pagamento, fica ainda mais reforçada pelas supervenientes operações que envolveram a recompra da mesma empresa recorrente. Afora as particularidades dessas operações (que serão analisadas no tópico sobre o “ágio BTG”), cumpre observar que uma substantiva parte dos valores acordados na primeira compra acabou por não ingressar no patrimônio das pessoas físicas alienantes. Aliás, considerando o complexo fluxo de recursos que envolveu as citadas operações, é de se duvidar se ao final houve algum efetivo dispêndio por parte do Grupo UBS.

Assim, assiste razão à fiscalização quando aponta a inexistência de pagamento efetivo como um dos fundamentos da infração. O argumento de que havia obrigações contratuais exigíveis e, por isso, a sua liquidação seria irrelevante para fins da apuração do custo de aquisição do investimento não se sustenta diante da imposição de interpretação literal da regra que instituiu o benefício fiscal da amortização do ágio. Há o requisito do efetivo pagamento. O negócio jurídico envolvendo a aquisição de participação societária (que motivaria o registro do ágio), da forma como foi engendrado, não se revela oponível ao Fisco.

(...)

Noutro giro, a alegação da fiscalização de que não houve circulação de parte do valor diferido (os R\$ 375.856.328,07) acaba também se revelando descartável para o deslinde questão. Tivesse havido ou não o pagamento da totalidade do valor diferido (os R\$ 3.205.680.000,00), o fato é que todo o ágio contabilizado não era passível da amortização perpetrada porque a sua geração se deu através de um negócio jurídico condicionado em que uma prestação essencial para a sua concretização (o pagamento) não havia sido efetivada por ocasião do evento da incorporação. Enfim, diante de todo o exposto, mantenho a glosa das amortizações do “ágio UBS”.

Por outro lado, o voto condutor do paradigma adotou entendimento oposto, nos termos que se seguem:

O Termo de Verificação Fiscal questiona tão somente a existência de parcela do custo de aquisição, conforme se observa em seu item 3.4.3 (p. 37-38 do Termo de Verificação Fiscal - fls. 5527-5528), a seguir transcrito:

[seguiu a transcrição]

Conforme se observa, a autoridade fiscal autuante questionou somente essa parcela dos pagamentos, não havendo como se discutir, nessa fase processual, a totalidade dos pagamentos realizados, sob pena de inovação e alteração dos fundamentos legais do lançamento, o que somente pode ser realizado pela autoridade lançadora e em auto de infração complementar, conforme estabelece o § 3º do art. 18 do Decreto nº 70.235/72.

Retornando ao cerne do debate, por ocasião do fechamento do CCV/09, BTG INVESTIMENTOS comprometeu-se a pagar determinada quantia ao GRUPO UBS. De igual forma, assentou-se ainda que valor do pagamento diferido seria liquidado diretamente a seus respectivos credores (leia-se: "os sócios vendedores"). Também não há controvérsia no sentido de que de que a totalidade do valor do pagamento diferido desde o CCV/2006 compôs o custo das ações do contribuinte por UBS INVESTIMENTOS.

Pois bem, assim dispõe o CPC nº 27:

Custo é o montante de caixa ou equivalente de caixa pago ou o valor justo de qualquer outro recurso dado para adquirir um ativo na data da sua aquisição ou construção, ou ainda, se for o caso, o valor atribuído ao ativo quando inicialmente reconhecido de acordo com as disposições específicas de outros Pronunciamentos, como, por exemplo, o Pronunciamento Técnico CPC 10 - Pagamento Baseado em Ações. [...]

23. O custo de um item de ativo imobilizado é equivalente ao preço à vista na data do reconhecimento. Se o prazo de pagamento excede os prazos normais de crédito, a diferença entre o preço equivalente à vista e o total dos pagamentos deve ser reconhecida como despesa com juros durante o período (ver os Pronunciamentos Técnicos CPC 12 - Ajuste a Valor Presente, principalmente seu item 9, e CPC 08 - Custos de Transação e Prêmios na Emissão de Títulos e Valores Mobiliários), a menos que seja passível de capitalização de acordo com o Pronunciamento Técnico CPC 20 - Custos de Empréstimos.

Como bem asseverou a Recorrente, citando Bulhões Pedreira, se a compra e venda se deu a prazo no custo de aquisição se inclui o valor da obrigação contraída. Cabe ainda ressaltar o decidido pelo CARF no acórdão 1301-000.711, sobre o qual a Recorrente assim fez constar em sua peça recursal:

No Acórdão nº 1301-000.711 (referido no item 5.1.31.), por exemplo, foi analisada situação em que o preço da participação societária foi dividido entre "pagamento de 40% à vista e o restante em duas parcelas iguais, com vencimento em 04/08/1999 e 04/08/2000". Da mesma forma, no Acórdão nº 105-16.774, "a aquisição das quotas da CNM, (...) se fez através de um pagamento inicial de R\$7.742.219,00 e de uma nota promissória com vencimento em um ano no valor de R\$3.724.009,00". Nem por isso o CARF rejeitou a amortização do ágio.

Por fim, cumpre-se ainda destacar o contido no Parecer de lavra do Prof. Eliseu Martins anexado aos autos:

Ou seja, podemos depreender claramente, tanto da doutrina quanto do regramento contábil nacional, que o custo não deve ser visto como sinônimo de desembolso imediato de caixa. O custo deve incluir, além do desembolso efetuado, obrigações assumidas - como no caso da consulente, diferidos ao longo do tempo. Assim, para a aplicação no caso específico da consulente, podemos concluir que o custo do investimento, conseqüentemente base para a apuração do ágio no Banco Pactual, quando de sua aquisição pela UBS Participações, era de USD 2.400.000.000,00.

E esse tinha que ser o valor base para cálculo do ágio na aquisição.

Nenhum sentido faz em se considerar, para fins de amortização do ágio, em cada período, apenas a parcela até então paga; isso foge a qualquer lógica contábil e, por força dos regramentos fiscais da época, vinculados às regras contábeis vigentes, não há como se aceitar essa hipótese.

Importante ainda frisar que há precedentes do CARF que acatam como custo de aquisição do investimento a entrega de ações de emissão da empresa adquirente. Destaco excerto do Acórdão 1301-001.852 de lavra do i. Conselheiro Waldir Veiga da Rocha:

Pode-se questionar que não se poderia chamar de 'custo de aquisição' ao valor do aumento de capital da Perdigão. Afinal, não teria havido um 'sacrifício de ativos' para a aquisição do investimento, expressão comumente empregada no sentido de que não houve pagamento nem em dinheiro nem mediante a entrega de qualquer outro bem ou direito registrado no ativo, nem assunção de dívida. A esse argumento, deve-se contrapor que houve a entrega à Família Shan de ações de emissão da própria incorporadora das ações da Eleva (a Perdigão).

Segundo a doutrina, 'ação é a menor parcela em que se divide o capital social da companhia'. Por sua vez, o capital social é conceituado como segue:

O investimento efetuado na companhia pelos acionistas é representado pelo Capital Social. Este abrange não só as parcelas entregues pelos acionistas como também os valores obtidos pela sociedade e que, por decisões dos proprietários, se incorporam ao Capital Social, representando uma espécie de renúncia a sua distribuição na forma de dinheiro ou de outros bens.

Ou seja, aquele que recebe ações de uma companhia recebe fração de seu capital social e, em consequência, fração do patrimônio líquido (valor contábil pertencente aos sócios, por diferença entre ativos e passivos). Ademais, recebe também o direito de participar da vida ativa da companhia, seja pelo voto, seja pelo recebimento futuro e eventual de dividendos e juros sobre o capital próprio. Finalmente, as ações são negociáveis no mercado, podendo ser convertidas, com maior ou menor facilidade, em dinheiro. Do ponto de vista do emitente (Perdigão), ao emitir ações e entregá-las a terceiros (Família Shan), está reduzindo a participação dos demais acionistas no capital social, ou seja, as ações em poder dos demais acionistas são "diluídas", passando a representar menor parcela do capital social. O mesmo ocorre com eventuais lucros a serem apurados no futuro, os quais terão que ser divididos entre maior número de acionistas. Com todo o exposto, concluo que a entrega de ações na situação analisada representa, sim, um sacrifício patrimonial, muito embora diferente daquele a que estamos mais habituados, pela entrega de numerário.

Além disso, se a acusação pode-se valer de fatos futuros para justificar eventual glosa no valor do ágio, com efeitos pretéritos, haveria de se levar em consideração, no caso concreto, que dos R\$ 375.856.328,07 pagos em ações representativas de aumento de seu capital por BTG PARTICIPAÇÕES II a alguns dos sócios vendedores, R\$ 372.889.322,79 foram convertidos em dinheiro por ocasião do resgate das ações entregues aos sócios vendedores.

De qualquer maneira, há de observar a composição do custo do investimento à data da aquisição e, conforme já salientado, se o sacrifício patrimonial não se deu à vista, mas sim com a assunção de dívida em uma operação realizada entre partes independentes, não há porque não considerar tal parcela como compondo o custo de aquisição, inclusive no que atine à parte desdobrada em ágio.

Assim sendo, e considerando a comprovação do propósito negocial (questões regulatórias) na utilização de UBS PARTICIPAÇÕES na aquisição no investimento em BANCO PACTUAL, reformulo meu entendimento para dar provimento ao recurso voluntário para restabelecer a dedução de ágio decorrente da aquisição do BANCO PACTUAL pelo Grupo UBS (CCV/2006), tanto em relação ao IRPJ quanto no que diz respeito à base de cálculo da CSLL.

Os argumentos do recorrido acerca do negócio estabelecido com cláusula suspensiva impressionam, mas as razões de decidir do recorrido inovaram, sem amparo legal, o lançamento e, portanto, merecem ser afastadas.

Adotamos, assim, os fundamentos do acórdão paradigma como razão de decidir, mas apenas em relação ao preço de aquisição. Com relação ao tema da empresa veículo, enfrentaremos adiante.

Quanto ao ágio BTG, a situação se repetiu. Começamos novamente pela transcrição do voto condutor do recorrido na parte pertinente:

Quanto ao chamado “ágio BTG”, as razões para a sua glosa foram resumidas no item 2.6.4 do Termo de Verificação Fiscal:

A falta de propósito negocial pela utilização de empresa veículo (item 2.6.1), a falta de elaboração tempestiva de demonstrativo do ágio (Item 2.6.2) e o não pagamento efetivo de parte do valor devido (item 2.6.3), levou o contribuinte a beneficiar-se indevidamente de amortização de ágio para fins de apuração do IRPJ e da CSLL, nos montantes exibidos na Tabela 20 e parágrafos seguintes do item 2.2.2 do presente relatório, resumidos abaixo

Este ágio teria surgido na operação de recompra, pelo Grupo BTG, da mesma empresa recorrente. O ágio que restou amortizado foi aquele contabilizado, em 18/09/2009, pela empresa BTG INVESTIMENTOS, no valor de R\$ 217.957.323,05. Além deste, na mesma data, foram também contabilizados R\$ 4.216.151.688,16 a título de “Valor de PL”, de modo que o total de R\$ 4.434.109.011,21 correspondeu ao valor que se atribuiu à aquisição da recorrente pelo Grupo BTG. Compuseram esse valor as seguintes parcelas: R\$ 3.302.872.306,41; R\$ 4.226.251,33; R\$ 1.141.468.318,60; e R\$ 1.122.503,56. As três primeiras parcelas, segundo a fiscalização, foram formadas consoante indicam os demonstrativos abaixo:

[seguiram-se tabelas]

A parcela representada na “Tabela 13” teria sido paga pela controladora da BTG INVESTIMENTOS (a BTG PARTICIPAÇÕES II). Em contrapartida dessa dívida para com a sua controladora, registrou-se um aumento de capital correspondente em favor daquela.

A última parcela, no valor de R\$ 1.122.503,56, referiu-se a pagamentos efetuados a consultores jurídicos (também considerados parte do custo de aquisição).

A incorporação que se sucedeu, em 29/04/2010, da BTG INVESTIMENTOS pelo BANCO BTG PACTUAL (a empresa contribuinte), foi quem propiciou a referida amortização com o pretenso amparo na disciplina contida nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Como se vê, dentre os itens formadores das parcelas que compuseram o ágio, apenas quatro tiveram como beneficiário direto empresas do Grupo UBS (o “alienante”). Os demais, na parte mais relevante, foram destinados às pessoas físicas alienantes na primeira operação (tratada no tópico anterior). Além disso, houve uma transferência

para uma empresa do próprio Grupo BTG no exterior (a BTG INVESTMENTS LP, a mesma que fez o papel de parte adquirente no contrato da recompra) e a alocação de pagamentos a consultores jurídicos no âmbito do custo da aquisição.

Nesse contexto, foi considerada extinta a dívida referente à porção diferida na primeira compra (que estava prevista para ser quitada em 2011). Ademais, permitiu-se o resgate dos valores retidos no fundo de investimento (GCP BRASIL). Conforme apontado pela fiscalização, como consequência dessa operação de recompra, boa parte das pessoas físicas alienantes daquela primeira operação retornou à condição de sócio da empresa recorrente (segundo constatado pela DRJ, em 18/09/2009, as pessoas retornantes detinham participação na controladora BTG PARTICIPAÇÕES II, bem como, em conjunto, 68,77% do capital social da empresa BTG PARTICIPAÇÕES, ela própria também acionista da BTG PARTICIPAÇÕES II).

Aliás, os sócios alienantes nunca deixaram de conservar sua relação com a empresa negociada. Com efeito, havia até cláusulas no primeiro contrato que exigiam a manutenção de seu vínculo de trabalho com empresas do Grupo UBS. Caso não cumprissem essa exigência, seriam desqualificadas do direito de receber o pagamento diferido que lhes fosse devido.

Portanto, assim como não havia na aquisição anterior pagamentos efetivos capazes de sustentar a geração daquele ágio, o caso do presente tópico revela a mesma mácula. Os depósitos em contas correntes de pessoas físicas não se destinaram aos alienantes da segunda operação. Muitos, inclusive, foram destinados para pessoas que acabaram retornando à condição de sócios da empresa recorrente. A extinção da dívida diferida somada aos valores remetidos ao Grupo UBS (por meio de contratos de câmbio) mais parece um desfazimento do negócio jurídico anterior (que ainda não havia sido completado com efetivo pagamento acordado) do que um novo negócio envolvendo a aquisição da mesma empresa recorrente. Quando se percebe que as pessoas retornantes detinham substantiva parte do Grupo BTG, seria até o caso de se questionar se não teriam sido elas mesmas que aportaram os recursos utilizados para a extinção da dívida.

De resto, parte da dívida diferida do primeiro caso (R\$ 375.856.328,07) acabou sendo paga de forma inusitada. A BTG PARTICIPAÇÕES II assumiu a dívida na operação de recompra e quitou parte mediante emissão de ações com 90% de ágio em favor de pessoas físicas credoras (alienantes do caso anterior). Como esse mesmo valor também integrou o ágio tratado no presente tópico (vide o último item da Tabela 13 acima), houve uma contabilização de parte deste último no âmbito do próprio Grupo BTG (ágio interno).

Como já me manifestei em outras oportunidades, não considero que transações entre partes relacionadas devam ser vistas como algo abominável e que extirpa os direitos de quem as pratica. Desde que haja reais aquisições feitas em bases *arm's length*, não vejo porque recriminá-las. Tanto é a assim que as legislações sobre distribuição disfarçada de lucros (no âmbito interno) e de preços de transferência (no contexto externo) nada mais fazem do que corroborar os efeitos tributários dessas transações nos limites em que sejam praticadas dentro dos parâmetros *arm's length*. O fato de a Lei nº 12.973/14 ter vedado a contabilização do ágio interno para as operações futuras não muda o meu entendimento sobre o assunto. Diante dos abusos cometidos nessa seara, uma norma antielisiva específica, de certa forma radical, acabou por impedir que também as transações legítimas (em bases *arm's length*) pudessem desfrutar do benefício legal.

O problema aqui é que não houve um efetivo pagamento, mas, tão somente, a troca de dívida por participações societárias. O fato de essas participações terem depois sido convertidas em dinheiro mediante resgate das correspondentes ações é irrelevante (até porque isto se deu em 23/11/2010, data posterior ao evento da incorporação). Além disso, mesmo que houvesse o pagamento tempestivo, não foi o alienante (o Grupo UBS) quem recebeu o ativo que se pretende equiparar ao dinheiro pago (as ações emitidas pela BTG PARTICIPAÇÕES II). Quem o recebeu foram as pessoas físicas alienantes da primeira operação.

Assim, assiste razão à fiscalização quando aponta a inexistência de pagamento efetivo como um dos fundamentos da infração. Eventual argumentação no sentido de que, perante obrigações contratuais exigíveis, sua liquidação seria uma forma de pagamento para a parte credora também não prospera diante da imposição de interpretação literal da regra que instituiu o benefício fiscal da amortização do ágio. Há o requisito do efetivo pagamento. O negócio jurídico envolvendo a aquisição de participação societária (que motivaria o registro do ágio), da forma como foi engendrado, não se revela oponível ao Fisco.

Quanto à questão da utilização de empresa veículo, a recorrente faz referência à decisão de primeira instância proferida nos autos do processo nº 16682.722995/2015-66, que reconheceu a lógica e conveniência da estrutura adotada.

Com efeito, não constatei nos autos nenhuma acusação acerca da procedência dos recursos utilizados pela BTG INVESTIMENTOS para o pagamento das duas parcelas acima referidas (R\$ 3.302.872.306,41 e R\$ 4.226.251,33). No entanto, a própria recorrente admite que os reais adquirentes eram as pessoas físicas detentoras do Grupo BTG. Confirma-se, nesse sentido, o seguinte trecho da sua impugnação.

6.20) Os investimentos dos SÓCIOS VENDEDORES no antigo Banco Pactuai S.A. sempre foram estruturados por meio de holding, seja para viabilizar o exercício do controle do banco, seja para viabilizar a compra e venda de ativos variados pelo Grupo BTG, como é comum ocorrer em grupos do gênero.

6.21) Por isso, durante pelo menos os dez anos que precederam sua venda ao GRUPO UBS, o antigo Banco Pactuai S.A. era controlado por PACTUAL S.A. que, por sua vez, tinha como acionistas diretos duas holdings - a NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA. e PACTUAL HOLDINGS S.A. -, sociedades estas que agrupavam as diversas pessoas físicas que participavam de forma indireta do banco, quais sejam, os SÓCIOS VENDEDORES. Assim, nada mais lógico que, ao decidirem recomprar o IMPUGNANTE, o GRUPO BTG o fizesse através de estrutura semelhante à anteriormente existente.

6.22) A criação de holdings - pelo menos de uma - para figurar como adquirente do IMPUGNANTE se impunha, pois seria inviável, na prática, a participação individual de 32 pessoas físicas no seu capital, seja porque as regras de controle precisariam ser previamente definidas mediante a interposição de ao menos uma holding, seja porque as obrigações assumidas junto ao GRUPO UBS e aos SÓCIOS VENDEDORES precisariam estar concentradas em uma única entidade. Em outras palavras, mais do que por mera conveniência, a utilização de ao menos uma holding para readquirir o controle do IMPUGNANTE era essencial. (grifei)

Ora, se as pessoas físicas detentoras do Grupo BTG eram as reais adquirentes é bem provável terem sido elas que aportaram os citados recursos. De qualquer sorte, a BTG INVESTIMENTOS havia sido recém constituída e não dispunha de qualquer participação em outros negócios que pudessem auferir recursos próprios. Inexiste também evidências de que esses recursos tenham sido obtidos com terceiros. Além disso, se os reais adquirentes eram pessoas físicas residentes no País, o caso também não se assemelha com àquela exceção subentendida no âmbito do PND. Por isso, considero que houve, sim, a intermediação de uma empresa veículo com o propósito preponderante da economia tributária. A alegação de que seria inviável a participação de 32 pessoas físicas no capital da empresa investida não me convence. O negócio poderia ter sido concretizado e, depois, se necessário, constituída a holding.

Ademais, aqui também surge a figura de uma segunda holding (a BTG PARTICIPAÇÕES II). Essa empresa, constituída na mesma data que a BTG INVESTIMENTOS, logo tornou-se sua controladora e acabou por assumir parte das obrigações vinculadas ao preço de recompra da recorrente. Como já anunciado, sua atuação na recompra totalizou o valor de R\$ 1.141.468.318,60 (vide Tabela 13). Isto incluiu a supramencionada operação envolvendo a emissão de suas ações para pessoas

físicas alienantes da primeira compra, parte dos depósitos para as pessoas físicas e uma transferência para uma empresa do Grupo UBS no exterior.

Portanto, ainda que se considerasse a UBS INVESTIMENTOS como real investidora, nem todo o preço da recompra teria sido por ela suportado.

Com relação à questão do laudo, reporto-me às considerações externadas no tópico anterior. Neste caso, a recorrente também alegou (na impugnação) que juntava o estudo interno realizado pelo Grupo BTG antes da aquisição de suas ações, bem como tradução juramentada dos mesmos. Destarte, este, por si só, não seria o motivo para afastar a infração.

Nada obstante, pelas outras razões antes desvendadas, mantenho a glosa das amortizações do “ágio BTG”

A análise do recorrido traz mais complexidades. Como se trata de um ágio correlacionado ao primeiro, carrega todas as questões anteriores, mais a alegação de que corresponderia, ao mesmo em parte, a um ágio interno.

Aqui, novamente, constata-se que a decisão, mais uma vez, inovou o critério jurídico adotado pela autoridade fiscal.

Desse modo, o fundamento de decidir relativo a “ágio interno”, bem como os demais sobre os quais já explanamos por ocasião da análise do ágio UBS, também devem ser afastados.

Assim, tal como na análise do ágio UBS, entendemos que deve se dado provimento ao recurso do contribuinte para afastar o fundamento da autuação relativamente ao pagamento do preço de aquisição quanto ao ágio BTG.

Há, porém, a questão do uso de empresas-veículo, que diz respeito à segunda divergência conhecida.

Iniciamos pelos art. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, que abaixo reproduzimos:

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:

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

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

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

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

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

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

- a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;
- b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

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

- a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;
- b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

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

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

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.

Em diversos acórdãos da Câmara Superior, como no AC n.º 9101-004.383, de 10/09/2019, o ilustre Conselheiro André Mendes de Moura, teceu acalentadas lições acerca da interpretação dos dispositivos acima.

Dessas lições, colho o trecho em que analisa o critério subjetivo dessas regras:

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.

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 polo 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 impositivo (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto **pessoal**.

As razões acima aduzidas implicam a necessidade de que haja o encontro patrimonial do real adquirente com o real adquirido. Se a empresa veículo interposta tiver por finalidade fazer as vezes de um (real adquirente) ou outro (real adquirido), não se caracteriza, do ponto de vista subjetivo, a situação legal que autoriza a amortização do ágio com efeitos tributários.

É o que se caracterizou tanto em relação ao ágio UBS, quanto ao ágio BTG, em que holdings foram interpostas para viabilizar ilegalmente a amortização dos ágios, sem se caracterizar a confusão patrimonial entre investidor real e verdadeira investida.

Nego, assim, provimento ao recurso especial, relativamente à segunda divergência conhecida para os dois ágios (UBS e BTG).

Conclusão

Por todo o exposto, voto por não conhecer do recurso especial da Procuradoria, por conhecer em parte o recurso especial do contribuinte relativamente às divergências (i) “*ao pagamento do preço de aquisição do banco pactual e de UBS/PACTUAL para fins de determinação e amortização fiscal do ágio UBS e do ágio BTG*” e (ii) “*improcedência das considerações secundárias do acórdão recorrido quanto ao ágio UBS e ao ágio BTG (obiter dictum)*” e, no mérito da parte conhecida, para dar provimento parcial ao recurso com o fito de afastar a razão do acórdão recorrido relativamente à falta de pagamento na aquisição dos investimentos, mas manter as exigências relativamente aos dois ágios em face do emprego de empresa-veículo.

(documento assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes

Voto Vencedor

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, redator designado

Conforme relatado, fui designado para expor as razões que levaram a maioria do Colegiado *a quo* a divergir do voto do I. Relator no tocante à *questão do uso de empresas-veículo, que diz respeito à segunda divergência conhecida*.

Nesse ponto, e desvinculando-me da minha posição pessoal *mais flexível* quanto ao uso de holding (empresa-veículo) como meio de reunir as condições de dedutibilidade de ágio, prevaleceu o entendimento de que a UBS Participações deve ser considerada a *real adquirente*, tendo em vista que sua constituição se deu por questões regulatórias aptas a justificar seu papel na aquisição.

Dá a reunião das condições para aproveitamento fiscal do ágio, na linha do que restou decidido no Acórdão n.º **1301-004.390** (*primeiro paradigma*), do qual reproduz como razões de decidir prevalentes os seguintes excertos do voto condutor do Cons. Fernando Brasil de Oliveira Pinto:

Nesse cenário, de fato assiste razão à Embargante: o papel de UBS INVESTIMENTOS na amortização de ágio foi absolutamente nulo, restando comprovado que a utilização de UBS PARTICIPAÇÕES se deu por questões regulatórias, portanto, extrafiscais, não havendo que se falar em utilização de empresa veículo no caso concreto, não podendo ser esse o motivo para a não amortização do ágio.

Em respeito aos elogiáveis argumentos expedidos pelo D. Procurador da Fazenda Nacional em sede de sustentação oral, cumpre-me ainda ressaltar que:

- UBS AG detinha participação direta em Banco UBS (situado no Brasil), não havendo óbice para essa aquisição, uma vez que realizada antes da edição da Resolução n.º 3.040/02, e a confusão patrimonial entre UBS PARTICIPAÇÕES e BANCO PACTUAL envolveu também o Banco UBS;

- no que atine a questão regulatória que justificou a existência de UBS Participações, é inconteste que o Banco Central autorizou UBS Participações a incorporar o BANCO PACTUAL, o que implicou o direito de UBS AG a controlar diretamente uma instituição financeira no Brasil, tal qual já ocorria com Banco UBS que, conforme esclarecido no parágrafo anterior, passou a compor uma única empresa com sua incorporação por BANCO PACTUAL nessa mesma operação de confusão patrimonial entre aquele e UBS Participações.

- não se pode confundir a autorização inicial do Banco Central para aquisições de ações de BANCO PACTUAL por parte de UBS AG, com a autorização de controle que somente foi concedida na fase final da operação.

Por oportuno, reafirmo o entendimento de que a amortização do ágio pago com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, com fulcro no art. 7º, inciso III da Lei n.º 9.532/97, deveria atender, inicialmente, a quatro premissas básicas, quais sejam:

- 1) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio;
- 2) a realização das operações originais entre partes não ligadas;
- 3) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura;

4) a extinção do investimento em razão da absorção do patrimônio da investidora pela investida, ou vice-versa, conforme prevê o art. 386, e seu inciso III, do RIR/99, ou seja, confusão patrimonial entre a real investidora e investida.

No caso objeto dos presentes embargos (ágio decorrente da aquisição do Banco Pactual pelo Grupo UBS – CCV/2006), restou comprovado que a operação se deu entre partes não ligadas, houve lisura na avaliação da empresa adquirida com a comprovação da expectativa de rentabilidade futura e a extinção do investimento se deu entre a investidora (assim entendida a holding criada no Brasil para cumprimento de regras regulatórias, UBS PARTICIPAÇÕES) e a investida (BANCO PACTUAL).

[...]

Assim sendo, e considerando a comprovação do propósito comercial (questões regulatórias) na utilização de UBS PARTICIPAÇÕES na aquisição no investimento em BANCO PACTUAL, reformulo meu entendimento para dar provimento ao recurso voluntário para restabelecer a dedução de ágio decorrente da aquisição do BANCO PACTUAL pelo Grupo UBS (CCV/2006), tanto em relação ao IRPJ quanto no que diz respeito à base de cálculo da CSLL.

Nesse sentido, a maioria do Colegiado entendeu pelo afastamento da glosa das despesas com o ÁGIO UBS.

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli

Declaração de Voto

Conselheira Edeli Pereira Bessa

Na sessão de julgamento de novembro/2023, este Colegiado apreciou outra exigência formalizada em face da mesma Contribuinte, decorrente de glosas de amortização dos ágios aqui denominados UBS e BTG. Naquela ocasião, acordou-se sob nº 9101-006.790 que:

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial da Fazenda Nacional, apenas em relação à matéria “*da alegada falta de justificação material para o emprego da empresa de passagem UBS Participações*”, e por não conhecer do Recurso Especial do Contribuinte. Quanto ao recurso do contribuinte, todos os conselheiros acompanharam o voto do relator pelas conclusões. No mérito, na parte conhecida, por maioria de votos acordam em negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que votaram por dar provimento. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Luiz Tadeu Matosinho Machado. Não participou do julgamento, quanto ao conhecimento, o conselheiro Luciano Bernart, prevalecendo o voto proferido pelo relator original, conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca. Designado *redator ad hoc* o conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli.

Aqui, como bem demonstrado pelo I. Relator, as glosas de amortizações também alcançaram o ágio COPA, sendo que neste ponto a exigência foi afastada pelo Colegiado *a quo* e a PGFN pretende seu restabelecimento, inicialmente suscitando a matéria “impossibilidade de

amortização de ágio, tendo em vista a utilização, por investidores estrangeiros, de empresa veículo”, e que teve seguimento em exame de admissibilidade sob a compreensão de que:

7. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que *há que se reconhecer a sua aplicação [benefício fiscal da amortização do ágio, esclareço] nos casos que se assemelham com a configuração do PND, isto é, quando o real investidor for estrangeiro e direciona os recursos para que uma empresa ou consórcio de empresas nacional faça o investimento*, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos n.ºs 9101-002.188, de 2016, e 9101-002.213, de 2016) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que *a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material e que, exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas (primeiro acórdão paradigma) e que, nos termos da legislação fiscal, é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras (segundo acórdão paradigma).*

O I. Relator bem demonstra que o paradigma n.º 9101-002.188 se distancia do caso presente por tratar de aquisição de participação societária que não envolveu investidor estrangeiro, aspecto determinante para o Colegiado *a quo* concordar com a estrutura adotada na operação societária que resultou no ágio COPA, vez que semelhante à utilizada no Programa Nacional de Desestatização. E, nesta estrutura, os investidores estrangeiros aportaram em COPA os recursos para aquisição de 16,04% das participações societárias na investida, aspecto que tem sido determinante para afirmar dessemelhança em face do paradigma n.º 9101-002.188, no qual a participação societária adquirida com ágio é transferida para pessoa jurídica interposta, na sequência incorporada pela investida, com vistas à amortização fiscal do ágio. Neste sentido foi a consolidação expressa no voto desta Conselheira, acompanhado pela maioria deste Colegiado¹, no Acórdão n.º 9101-006.037:

A circunstância de a aquisição ter sido promovida pela pessoa jurídica interposta tem sido determinante para a caracterização de dissídios jurisprudenciais nesta temática. No Acórdão n.º 9101-005.790, o Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli foi acompanhado pela maioria deste Colegiado² para negar a caracterização da divergência em face do paradigma n.º 9101-002.188, em razão daquela ocorrência específica estar presente no recorrido, mas não no paradigma:

Nesse caso específico, cumpre observar que a discussão se restringiu a legitimidade ou não de uma *holding (empresa-veículo)* adquirir o investimento com ágio e, ato seguinte, ser incorporada pela empresa investida, de forma a reunir as condições para a dedução fiscal do ágio que foi por ela pago.

Aos olhos do voto vencedor do acórdão ora recorrido:

O fundamento único, diga-se, utilizado pela D. Auditoria para inquirir de ilegalidade as operações acima, e, consentaneamente, para glosar as despesas deduzidas pela recorrente a título de amortização de ágio, foi o

¹ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca (suplente convocado) e Andrea Duek Simantob (Presidente), e divergiu no conhecimento a Conselheira Andrea Duek Simantob (relatora).

² Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob (Presidente em exercício), e divergiram na matéria os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob.

uso de uma "empresa de passagem", de vida curta, para efetuar-se a aquisição do investimento mencionado alhures; ao ver da fiscalização, e da DRJ, a criação da aludida empresa veículo não teria, em si, um fundamento econômico suficiente para justificar os negócios pactuados, tal qual como concebidos, identificando-se, assim, um intuito exclusivamente fiscal.

Venia concessa, na minha opinião e com o devido respeito aos que dela divergem, a criação de uma empresa de passagem para a aquisição, por empresas estrangeiras, de investimento lotado em território nacional está adstrita à liberdade de reorganização empresarial, embasada, inclusive, na garantia constitucional posta no art. 170 da CF88. Dizer-se, neste particular, que determinadas companhias estrangeiras estão obrigadas à efetuar a compra de ativos instalados no Brasil de forma direta e sem interposição de qualquer outra entidade, revela, insisto, na minha visão, pretensão de pautar a estrutura societária e institucional de entes privados.

E da declaração de voto do I. Presidente da Turma a quo, Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado extrai-se que:

Com relação ao fundamento principal da autuação, concernente à utilização de empresa veículo como forma de viabilizar a posterior amortização do ágio pago, 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 tributário (maior vantagem tributária, em verdade).

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.

No presente caso, entendo que a operação se amolda à previsão legal que autoriza a amortização do ágio. Existe um valor efetivamente pago que supera o valor patrimonial, amparado na expectativa de rentabilidade futura. Por outro lado, a adquirente foi absorvida por incorporação pela adquirida, verificando-se a confusão patrimonial exigida por lei para viabilizar a amortização da despesa.

Neste passo, com a devida vênia do entendimento fiscal e do adotado pelo i. relator, o meu entendimento é o de que a utilização da empresa chamada "veículo" para a aquisição do investimento encontra respaldo no ordenamento societário e fiscal e, efetivamente, encontra-se dentro da esfera de liberdade que a empresa tem para conduzir os seus negócios, inclusive de modo a lhe propiciar o menor custo ou a maior vantagem tributária.

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.

(...)

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:

(...)

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, a pessoa jurídica que detinha a participação era, indubitavelmente, a empresa holding que foi a responsável pela aquisição da participação societária no Brasil, ainda que os recursos tenham vindo, confessadamente, de empresas situadas no exterior.

Portanto, os reais detentores do investimento no Brasil eram a empresa do grupo TNT situada no exterior, mas ao contrário do entendimento fiscal 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.

Como se nota, a circunstância fática da TNT-Two (a holding ou empresa veículo) ter efetuado o pagamento do preço do negócio, ou seja, ter sido a adquirente de direito, foi determinante para a decisão do Colegiado em sentido contrário à glosa da dedução do ágio.

Os *paradigmas* (Acórdãos n.ºs **9101-002.188** e **9101-002.186**), por sua vez, analisaram os requisitos de dedutibilidade do ágio à luz de situação fática diversa, qual seja, em aquisição de investimento com ágios que foram transferidos para empresas veículos.

Vale dizer, diferentemente daqui, naqueles casos o preço do negócio não foi pago pela empresa veículo que se envolveu no evento de incorporação, mas sim por terceiro.

Tratam-se, portanto, de situações fático-jurídica incomparáveis para a finalidade pretendida pela Recorrente, fato este que impede a caracterização do dissídio, conforme acima apontado. (*destaques do original*)

No Acórdão n.º 9101-005.869 este Colegiado, à unanimidade³, acompanhou o entendimento assim manifestado pela Conselheira Lívia De Carli Germano:

Quanto à matéria “**impossibilidade de dedução do ágio transferido**”, ressalta-se que o acórdão recorrido passa a analisar o assunto como o quarto e último argumento constante do relatório fiscal, após rejeitar os três primeiros fundamentos da autoridade autuante para aglossa das despesas com amortização fiscal do ágio.

Nesse ponto, o voto condutor do acórdão recorrido observa:

O quarto ponto levantado pelo autuante reside na alegação de que a Technical e a Itajaí Investimentos seria empresas veículos. Note-se inicialmente, que os autuantes não enquadraram a conduta como

³ Participaram do julgamento os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia deCarli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, LuizTadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella, Andrea Duek Simantob (Presidente), e votaram pelas conclusões os Conselheiros Edeli Pereira Bessa e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

simulação ou fraude, tanto que não houve qualificação da multa, assim fica a questão: qual a natureza jurídica do termo “empresa veículo”? Não há nos autos qualquer esclarecimento.

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 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.

Em síntese, o caso dos autos trata de situação em que investidores estrangeiros aportam capital em pessoa jurídica brasileira para que esta adquira com ágio o investimento visado. A acusação fiscal é de que, neste cenário, o “real adquirente” é o investidor estrangeiro e por isso o ágio não se tornaria dedutível quando da incorporação ocorrida entre a investidora brasileira, chamada de “veículo”, e a investida. E o acórdão recorrido entendeu que não haveria suporte legal para tal autuação.

No caso do paradigma 9101-002.188, a situação fática era diversa. Ali, primeiro houve uma aquisição de investimento com ágio e, depois, buscou-se transferir tal investimento para uma outra pessoa jurídica, para que esta passasse a registrar o ágio e então participasse da operação de incorporação que permitiria o início da amortização fiscal. Nesse contexto, o voto condutor de tal acórdão observa expressamente que a amortização do ágio seria devida apenas se a incorporação ocorresse entre a investida e a investidora original, veja-se (grifos do original):

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Na atual redação destes dispositivos e para o caso de incorporação “As avessas”, exclusivamente no caso em que a investida **adquire a investidora original** (ou **adquire diretamente a investidora**, nessa linha de raciocínio as intermediárias não seriam investidoras de fato, apenas de direito) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras

pessoas jurídicas. No caso dos autos, esses aspectos não foram satisfeitos, em especial dos aspectos pessoal e material, vejamos:

A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Delta Participações Farmacêuticas S.A.) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (Biosintética), mas que não foi investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.

A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (Biosintética) tivesse incorporado a investidora (Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A. - investidora stricto sensu), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material.

Neste sentido, assim como esta Turma decidiu no acórdão 9101-005.790, sessão de outubro de 2021, compreendo que as situações fáticas são diversas, não havendo comparabilidade entre os paradigmas para fins de demonstração e divergência jurisprudencial.

O mesmo se pode dizer do paradigma 9101-002.186, eis que este analisou cenário fático semelhante ao do acórdão 9101-002.188, tendo o seu voto condutor (que, por sinal, foi da lavra do mesmo conselheiro do acórdão 9101-002.186), observado:

6.1. A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Leicester Comercial S.A) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (CELPE), mas que não era a investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.

6.2. A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (CELPE) tivesse incorporado a investidora original (investidora stricto sensu), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material. Pouco importa terem havido motivos de ordem societária, técnica ou mercadológica que impedissem a CELPE de incorporar a real investidora: são as situações que devem se moldar à lei, para fins de aplicação da norma, e não a lei que tem que se moldar às situações, o que implicaria em substituir a coercitividade da regra pela conveniência dos regradados..

Assim, oriento meu voto para não conhecer do recurso especial quanto à matéria **“impossibilidade de dedução do ágio transferido”**. (*destaques do original*)

Esta Conselheira acompanhou tais entendimentos, e apenas se manifestou de forma diferenciada no voto vencido abaixo transcrito, proferido no Acórdão nº 9101-005.907⁴, dado o caso ali sob análise, apesar de apresentar o mesmo diferencial aqui referido, contar com a excepcionalidade de a decisão de 1ª instância reformada no acórdão lá recorrido ter se fundamentado, justamente, nas razões de decidir do paradigma nº 9101-002.188:

A Contribuinte contesta a admissibilidade do recurso especial da PGFN apontando que os paradigmas apresentariam circunstâncias diferenciadas em relação ao recorrido.

⁴ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Augusto de Souza Gonçalves (suplente convocado), Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício). Ausente a Conselheira Andréa Duek Simantob. Acompanharam o voto vencido os Conselheiros Luiz Augusto Souza Gonçalves e Caio Cesar Nader Quintella.

Destaca, quanto ao primeiro paradigma (Acórdão n.º 9101-002.188), que a sociedade veículo, além de ter efêmera duração, recebeu em aumento de capital a participação societária adquirida por sua controladora. Já no presente caso, a “suposta empresa veículo” adquiriu o controle societário da investida depois de quatro anos de existência, tendo inclusive contraído empréstimo para tal aquisição, ainda que com aval de sua controladora, e foi incorporada pela investida mais de um ano depois.

Ocorre que estes diferenciais não foram, sequer, citados na decisão divergente acerca da indedutibilidade das amortizações do ágio, ou seja, na parte em que decidiu sobre a exigibilidade do crédito tributário principal de IRPJ e CSLL ali em debate. A conclusão do voto condutor do paradigma é clara, neste sentido:

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material.

Na atual redação destes dispositivos e para o caso de incorporação “As avessas”, exclusivamente no caso em que a investida **adquire a investidora original** (ou **adquire diretamente a investidora**, nessa linha de raciocínio as intermediárias não seriam investidoras de fato, apenas de direito) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas. No caso dos autos, esses aspectos não foram satisfeitos, em especial dos aspectos pessoal e material, vejamos:

A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Delta Participações Farmacêuticas S.A.) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (Biosintética), mas que não foi investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio),

implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.

A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (Biosintética) tivesse incorporado a investidora (Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A. - investidora *strico sensu*), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material.

Nesse passo, devem ser restabelecidas as autuações fiscais a título de IRPJ e CSLL.

Para além disso, a decisão de 1ª instância, reformada no acórdão recorrido, pauta-se, precisamente, nos fundamentos do paradigma para manter o lançamento. Depois de sua citação expressa e reprodução dos parâmetros de decisão fixados no paradigma antes da conclusão antes transcrita, o voto condutor da decisão de 1ª instância assim arremata:

No presente caso, os aspectos acima delineados não foram satisfeitos, em especial o pessoal e o material.

Antes de se adentrar efetivamente na análise dessa não satisfação dos requisitos, cumpre salientar que a Nova 4 não era a investidora original, como quer a impugnante.

Como visto acima, ficou demonstrado no Termo de Verificação e Constatação Fiscal que “a Nova 4 não demonstrou ser empresa operacional, constituindo-se a aquisição da participação societária na Cia. Luz e Força Santa Cruz e o Ágio decorrente dessa aquisição como os únicos eventos de relevância durante o período em que existiu como

empresa". Também ficou caracterizado que a "... aquisição só ocorreu graças a um empréstimo tomado junto ao Banco do Brasil, com aval da CPFL Energia".

Portanto, a Nova 4 tem todas as características da assim denominada "empresa veículo", como visto no item próprio acima, e que a investidora era, de fato, a CPFL Energia.

Dessa forma, a utilização de uma pessoa jurídica interposta (Nova 4) exclusivamente para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (Santa Cruz), mas que não foi investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.

A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (Santa Cruz) tivesse incorporado a investidora (CPFL Energia - investidora *strico sensu*), ou vice-versa como aventou a própria impugnante, pois somente assim há o enquadramento nos aspectos pessoal e material.

Dessa forma, devem ser mantidos os lançamentos a título de IRPJ e CSLL.

E a reforma promovida pelo recorrido decorre, precisamente, da inexigibilidade de confusão patrimonial entre a investida (Cia. Santa Cruz) e a empresa entendida como investidora pelas autoridades lançadora e julgadora de 1ª instância (CPFL Energia), na forma exposta no voto condutor do acórdão recorrido:

O óbice apresentado pela fiscalização reside no fato, em sua ótica, da NOVA 4 PARTICIPAÇÕES ter se apresentado como uma "empresa veículo", sem substância ou propósito negocial, não arcando, efetivamente com os custos para a aquisição da participação societária da recorrente. Acaso viesse a ocorrer a incorporação da investida pela CPFL ENERGIA, a real investidora, não haveria impedimento ao aproveitamento fiscal do ágio.

[...]

Também inexistente vedação na Lei nº 9.532/97 (ou em qualquer outro instrumento legal), desautorizando sejam realizadas reorganizações societárias periféricas e intermediárias ao evento de absorção eleito para ensejar a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, a exemplo da constituição de empresa-veículo.

Assim, após a aquisição de um investimento em outra pessoa jurídica com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, a denominada empresa-veículo poderia executar a fórmula prescrita pelo legislador, que consiste na confusão patrimonial, mediante incorporação, cisão ou fusão, das despesas de ágio contra os lucros da empresa adquirida.

Ora, salvo hipótese de fraude, a utilização de "empresa-veículo" não gera qualquer efeito tributário, isto é, não altera o potencial de amortização deste em caso de posterior operação de fusão, incorporação ou cisão que ocasione o encontro patrimonial requerido pelo legislador. Por isso, correto afirmar que tais operações são neutras, não alterando a esfera de direitos dos contribuintes ou do fisco no que concerne a efetiva amortização do ágio.

Dessa forma, ausente manifestação clara e expressa do legislador no sentido de limitar a liberdade constitucional da empresa, de investimento, de organização e de contratação, me parece não ser razoável a interpretação adotada pelo acórdão recorrido, de que as reorganizações

societárias intermediárias ao encontro patrimonial da entidade investida com o investimento faz perecer o direito à amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura legitimamente apurado.

Assim, se o acórdão recorrido reforma decisão de 1ª instância no ponto em que ela se pauta no paradigma n.º 9101-002.188, o dissídio jurisprudencial está claramente evidenciado. (*destaques do original*)

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

No caso, o **acórdão recorrido 1301-002.836** inicia com a premissa de que ali não se discutirá (i) a formação inicial do ágio ou (ii) o laudo de avaliação ou o valor do ágio. Neste sentido, o precedente delimita a questão ao fato de a chamada “empresa veículo” ter sido “capitalizada pela controladora”, em vista da tomada de empréstimo bancário por ela avalizado. Veja-se respectivo trecho (grifamos):

[...]

Diante de tal racional, compreende-se que os seguintes aspectos, fáticos e teóricos, foram considerados relevantes pelo voto condutor do acórdão recorrido: (i) a inexistência de questionamento da autoridade fiscal quanto à formação do ágio, do envolvimento de terceiros na formação do preço, etc. (ii) a inexistência de questionamento da autoridade fiscal quanto ao laudo ou aos registros do ágio, (iii) seu entendimento sobre a (ir)relevância do lapso temporal, (iv) seu entendimento sobre a (in)existência de restrição legal a reorganizações societárias visando a aproveitar o ágio, (v) o fato de se tratar de um setor regulado, o que fez com que a participação da *holding* tanto possa ser vista como tendo sido *prevista na legislação de privatizações* como também possa ser entendida como a *única forma de se viabilizar a incorporação com a investida e assim o aproveitamento do ágio*.

Como já se afirmou, para que possa fazer frente ao acórdão recorrido e reformá-lo em todos os pontos por ele considerados relevantes para a solução do litígio, o precedente apontado como paradigma deverá tratar de contexto fático e jurídico semelhante, de forma que a aplicação do racional constante de tal decisão seja capaz de levar à alteração da conclusão a que chegou o acórdão recorrido.

Passamos à análise dos paradigmas apresentados pela Fazenda Nacional.

Paradigma 1: 9101-002.188 (Caso Biosintética CSRF)

A operação ali analisada era, no aspecto fático, diferente da dos autos, o que levou, ali, à discussão sobre a possibilidade de “transferência do ágio”: no caso desse paradigma, primeiro a ACHE adquiriu, com ágio, participação societária na BIOSINTÉTICA (investida), sendo que, pouco mais de um mês depois, a ACHÉ transferiu tal participação societária, por meio de integralização de capital social, para a DELTA (rotulada de “empresa veículo”), o que fez com que o ágio passasse a ser registrado por esta última, com base no mesmo relatório de rentabilidade futura que embasou o destaque do ágio pela ACHÉ.

No mérito, o voto do Cons. Rafael Vidal de Araújo cita trecho do acórdão 1103-001.170, de 2015, da relatoria do Cons. André Mendes de Moura, e em seguida afirma a importância da “investidora original”, que necessariamente deveria participar da incorporação para que o ágio pudesse ser amortizado. *In verbis*:

Portanto, o §6º do art. 386 do RIR/99, sob o significado pessoal, se dirige investida que incorporar a investidora que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o valor do ágio). Ou seja, quando ocorre a incorporação, pela investida, da investidora "original" ou investidora *stricto sensu* (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente

ligada a pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco) é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço.

Analizando as situações possíveis, sob a ótica dos dois tipos de incorporações, a partir do momento em que o ágio é transferido ou repassado para outras pessoas (de A para B, de B para C, de C para D e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora original (para, ao fim, incorporar a investida ou ser incorporada pela investida), a subsunção ao caput do art. 386 do RIR/99 ou ao §6º do mesmo artigo torna-se impossível, vez que o fato impondível (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto pessoal (seja no caso de a investidora que tiver incorporado a investida seja outra investidora que não a original, seja no caso de a investida estar incorporando uma investidora que não a original).”

Diante de tal premissa, o voto condutor do paradigma conclui:

A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Delta Participações Farmacêuticas S.A.) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (Biosintética), mas que não foi investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.

A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (Biosintética) tivesse incorporado a investidora (Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A. - investidora *stricto sensu*), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material.

A aplicação do racional desse paradigma ao caso dos autos não altera a conclusão a que chegou o recorrido, eis que, no caso dos autos, se buscarmos uma “investidora original” (no parâmetro utilizado pelo paradigma), concluiríamos que esta foi a empresa que acabou sendo, no caso dos autos, rotulada de “empresa veículo” (isto é, a Nova 4). No caso dos autos, não houve “transferência do ágio” entre partes ligadas como no caso deste paradigma.

A questão é que, no caso dos autos, a tal “veículo” (Nova 4) obteve recursos mediante empréstimo bancário com aval da sua controladora, mas nada me permite inferir que, em vista de tal circunstância, a Turma que prolatou o paradigma trataria a controladora, e não a Nova 4 como “investidora original”. Por mais que se possa, hipoteticamente, supor acerca do que a Turma do paradigma poderia dizer sobre o caso dos autos, fato é que tal conclusão seria por mera inferência, já que a Turma do paradigma, **efetivamente**, não tratou de tal matéria – é dizer, não tratou da acusação de que a investidora “original” seria aquela que avalizou o empréstimo bancário, e não a tomadora do empréstimo perante a instituição financeira.

Estas são, essencialmente, as razões pelas quais compreendo que não é possível conhecer do recurso com base no paradigma 9101-002.188. (*destaques do original*)

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

Com respeito ao paradigma n.º 9101-002.213, vale adicionar ponderações postas em julgamentos anteriores deste Colegiado, concordantes com a conclusão do I. Relator de que a operação nele analisada não se presta a caracterizar do dissídio aqui suscitado pela PGFN. Para além de a alienante também ser estrangeira, neste paradigma a pessoa jurídica interposta não tem qualquer função na estrutura adotada, o que é implicitamente negado no acórdão recorrido em relação ao ágio COPA, dada a equiparação feita às aquisições no âmbito do Programa Nacional de Desestatização, com vistas à efetivação de investimentos no Brasil por estrangeiros.

Com respeito à rejeição deste paradigma em outro confronto no qual a empresa-veículo *tinha função na estrutura negocial engendrada*, tem-se o voto da ex-Conselheira Livia De Carli Germano no Acórdão n.º 9101-004.816, vencedor apenas quanto ao não conhecimento do recurso fazendário acerca do “segundo ágio”, afetado pela interposição da empresa-veículo CSHG-I⁵:

No ponto que intitula “(i) legitimidade do aproveitamento fiscal da amortização dos ágios (I e II) - necessidade de haver confusão patrimonial”, sustenta que o acórdão recorrido “admite a amortização do ágio sem a “confusão patrimonial” necessária entre a empresa investida e a real investidora, baseado no propósito negocial exibido pela empresa veículo”.

De fato, o acórdão recorrido entendeu que a chamada “empresa veículo” teve função na reestruturação societária engendrada pelo contribuinte, justificando-se sua participação na operação. Neste sentido, afirmou que “a utilização de empresa veículo pelo Recorrente, neste caso, a empresa HGI-II, decorreu claramente de uma decisão de negócios, não somente do Recorrente, mas também dos vendedores da empresa HGI”, bem como que “o recorrente trouxe fundamento perfeitamente plausível para a reorganização societária concretizada, que não apenas o gozo do benefício fiscal, ao mesmo tempo em que se extinguiu qualquer possibilidade de utilização da empresa incorporada como meio de praticar ato simulado ou fraudulento.”

O mesmo não se pode dizer do acórdão 9101-002.213, já que este deixa transparecer que admitiria a amortização fiscal do ágio se a empresa que foi chamada de “veículo” fosse materialmente existente -- o que não foi o caso, eis que ela se revelou uma empresa constituída exclusivamente para fins de permitir a amortização fiscal do ágio. Veja-se:

Cumpra deixar claro que, se se tratasse a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA. de uma empresa preexistente no país, e que aqui exercesse atividade econômica, ainda se poderia admitir que recebesse, ela, recursos do exterior, visando à aquisição de outra empresa também existente no país, para uma futura incorporação, direta ou reversa, entre ambas. Neste caso poder-se-ia argumentar que os efeitos fiscais teriam sido verificados unicamente no país.

Não é o caso, porém, quando se constatou que aquela sociedade (CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA.) tratava-se de uma empresa efêmera, fugaz, que, no seu próprio nome (ACQUISITION) e em seu objeto social (“tem por objeto social exclusivo a participação no capital social da COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.”), deixa claro ter sido projetada, apenas, para possibilitar a aquisição de outra empresa, com a sua consequente e inexorável extinção.

⁵ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: André Mendes de Moura, Livia De Carli Germano, Edeli Pereira Bessa, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Viviane Vidal Wagner, Junia Roberta Gouveia Sampaio (suplente convocada), Caio Cesar Nader Quintella, Andréa Duek Simantob (Presidente em Exercício), e divergiram quanto ao conhecimento do recurso especial acerca do segundoário os conselheiros André Mendes de Moura, Viviane Vidal Wagner, Andréa Duek Simantob e Adriana Gomes Rêgo.

É dizer, ambos tais precedentes partem de premissas diversas: o paradigma, de que a chamada “veículo” era mera farsa, e o recorrido, de que a veículo tinha função na estrutura negocial engendrada. Disso se conclui que o fato de as conclusões serem diversas se deve não a uma genuína divergência jurisprudencial, mas exclusivamente em virtude da análise de contextos fáticos essencialmente diversos.

Ademais, tanto o acórdão 9101-002.213, quanto o outro precedente indicado como paradigma, o acórdão 1101-000.961, tratam da questão da “internalização do ágio” decorrente de pagamento feito por empresa estrangeira, o que simplesmente não ocorre no caso concreto, em que o ágio foi pago no Brasil por empresa brasileira (o Recorrido), em razão da aquisição de outras empresas brasileiras (HGI-II e HGI-I), ou de aquisição por empresa brasileira com recursos oriundos do exterior, do que não cogitou a fiscalização no caso concreto.

Nos dois paradigmas em questão, a fiscalização alegou que o ágio teria sido realmente pago ou suportado por pessoa diversa (a empresa estrangeira que, na opinião da fiscalização, era a “real investidora”) daquela que registrou o ágio pago e posteriormente incorporou a sociedade investida.

Diferentemente, no caso dos autos não se põe em dúvida que o Recorrido é o “real investidor”, tendo a acusação fiscal se limitado a questionar, na verdade, quem foram as “reais investidas” – nesse ponto, o acórdão recorrido entendeu que as investidas seriam a HGI-II (primeiro ágio) e CSHG-I (segundo ágio), enquanto que, para a fiscalização, seriam as empresas operacionais HG ASSET MANAGEMENT, HG SERVIÇOS INTERNACIONAIS e HG CORRETORA.

É dizer, os acórdãos indicados como paradigma trataram de hipóteses em que se questionava quem seria o real investidor, pautando-se no critério de saber quem efetivamente pagou ou arcou com o preço pago com ágio. No caso dos autos, por outro lado, a discussão limita-se a examinar quem seriam as “reais investidas”, se HGI-II e CSHG-I, como entendeu o acórdão recorrido, ou se HG ASSET MANAGEMENT, HG SERVIÇOS INTERNACIONAIS e HG CORRETORA, como pretende a Recorrente, questão fática absolutamente peculiar e específica do caso concreto.

Neste sentido, compreendo que o recurso não pode ser conhecido quanto à primeira matéria (“*i*) legitimidade do aproveitamento fiscal da amortização dos ágios (I e II) - necessidade de haver confusão patrimonial”).

Esta Conselheira concordou com o não conhecimento acerca do segundo ágio referido neste precedente justamente porque a empresa veículo CSHG-I teve finalidade reconhecida pela autoridade lançadora na primeira exigência formalizada contra o sujeito passivo, consoante voto declarado nos seguintes termos:

Ou seja, como a CSHG-I não foi classificada como empresa veículo na primeira autuação fiscal, a inadmissibilidade das amortizações promovidas após a sua incorporação pela adquirente não teria sido motivada pelo fato de CSHG-I ser uma empresa veículo, mas sim porque a confusão patrimonial exigida pela legislação deveria envolver a adquirente e as empresas operacionais, ao final, adquiridas. E esta circunstância específica, determinante para o cancelamento da exigência, em momento algum é tratada nos paradigmas indicados.

Por certo as discussões contrárias à amortização do ágio com a interposição de empresa veículo muitas vezes estão associadas ao fato de a incorporação não envolver a sociedade adquirida. Porém, a circunstância específica do presente caso é a acusação fiscal defender que a sociedade adquirida deve ser empresa operacional, e num contexto no qual a intermediária CSHG-I fora, antes, classificada como sociedade adquirida.

Aliás, a própria PGFN demonstra o contexto diferenciado das duas glosas em seu recurso especial, no qual, depois de limitar a descrição das operações aos eventos ocorridos até 28/07/2008, passa a ajustar sua argumentação, em várias passagens de seu recurso especial, para ampliar seu alcance em relação ao segundo ágio:

[...]

A PGFN, portanto, num primeiro momento defende que HG Investimentos (CSHG-I) era a sociedade adquirida, chegando a afirmar que a confusão patrimonial estabelecida entre as empresas HG INVESTIMENTOS, HG ASSET, HG CTVM e HG SERV INT e o BANCO CS autorizaria a dedução do ágio amortizado, mas depois passa a classificá-la como “ponte para a transferência” das sociedades operacionais, e a invocar excertos dos contratos firmados para defender que não havia interesse na aquisição de CSHG-I. Ao final, arremata que a incorporação da CSHG-I nunca teria ocorrido, contrariando sua argumentação intermediária.

Observe-se, inclusive, que a acusação fiscal chega ao CARF desmerecida no ponto em que se indicou a interposição de empresa veículo para amortização fiscal do segundo ágio, dada a decisão assim proferida pela 13ª Turma de Julgamento da DRJ/Ribeirão Preto (e-fls 1242/1355):

[...]

Concluo, diante de tais circunstâncias, que a abordagem do segundo ágio exposta na acusação fiscal, na decisão de 1ª instância, no acórdão recorrido e no recurso especial não permite que se estabeleça a necessária similitude fática para constituição do dissídio jurisprudencial.

Destaque-se, como observado pela ex-Conselheira Livia De Carli Germano no Acórdão n.º 9101-004.816, que o voto condutor do paradigma n.º 9101-002.213 *deixa transparecer que admitiria a amortização fiscal do ágio se a empresa que foi chamada de “veículo” fosse materialmente existente*, ao assim expressar:

Cumpra deixar claro que, se se tratasse a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA. de uma **empresa preexistente no país, e que aqui exercesse atividade econômica**, ainda se poderia admitir que recebesse, ela, recursos do exterior, visando à aquisição de outra empresa também existente no país, para uma futura incorporação, direta ou reversa, entre ambas. Neste caso poder-se-ia argumentar que os efeitos fiscais teriam sido verificados unicamente no país. (*negrejou-se*)

Este Colegiado também rejeitou o paradigma n.º 9101-002.213 com vistas à caracterização de divergência jurisprudencial em litígio que resultou no Acórdão n.º 9101-006.251, nos termos do voto condutor do Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado:

Embora haja alguma semelhança com o acórdão recorrido no tocante à utilização de uma empresa veículo para aporte de capital e aquisição da participação societária por parte de empresa estrangeira, aqui também se verificam importantes dessemelhanças fáticas que impedem a caracterização do dissídio.

Nota-se que no caso paradigma a aquisição da participação acionária da empresa no país (COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL), cuja proprietária era outra empresa situada no exterior (COLUMBIAN INTERNACIONAL CHEMICALS), pelas empresas CC HOLDCO CAYMAN e CC HOLDCO LUXEMBURGO foi feita por intermédio de uma empresa veículo criada no país com este único propósito.

Além do fato de que todas as operações foram realizadas em curtíssimo espaço de tempo, observa-se que os recursos necessários à aquisição ingressaram no país e na mesma data foram remetidos para a empresa vendedora situada no exterior.

Ou seja, o que se verifica naquele caso é uma transação entre duas empresas situadas no exterior acerca da participação de uma delas em empresa situada no país tendo sido identificado como único propósito da interposição da empresa veículo no país a possibilidade de internalização do ágio gerado no exterior e seu posterior aproveitamento fiscal.

A transcrição de excertos do acórdão paradigma permite visualizar melhor a operação realizada naquele caso, *verbis*:

Relatório

[...]

Reproduzo, a seguir, trecho do Termo de Verificação Fiscal de fls. 867 a 910, que contém uma síntese dos fatos que deram origem ao ágio, no caso concreto:

- A empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA. era uma subsidiária integral da sociedade COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION.

[...]

- Em 06/02/2006, foi constituída a empresa veículo CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA., tendo como seus 2 (dois) únicos sócios as sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.ÀR.L (99,90% de participação no capital social) e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD (0,10% de participação no capital social).

- Em 16/03/2006, as sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.ÀR.L e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD integralizaram, em dinheiro, o aumento do capital social da sociedade CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA., e ainda a sociedade CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.ÀR.L emprestou, a título de mútuo, recursos à sociedade CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA, tendo como objetivo o pagamento à sociedade COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION, através da empresa veículo CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA., do ágio no valor de R\$ 215.159.478,40, referente à aquisição da empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.

[...]

- Em 14/07/2006, a empresa CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA. é incorporada pela empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA. que passa, a partir dessa data, a amortizar o referido ágio.

De acordo com a autoridade fiscal, a real operação econômica ocorrida foi a de que, em 16/03/2006, as sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.ÀR.L e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD, sediadas no exterior, adquiriram a empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA. pagando à COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION, também no exterior, o ágio de R\$ 215.159.478,40, de acordo com a seguinte representação gráfica:

[...]

Assim, o que houve foi tão somente o pagamento efetuado por um não residente a outro não residente, pela aquisição de uma empresa domiciliada no Brasil. O ágio foi desembolsado no exterior e deveria ter sido lá contabilizado pela compradora estrangeira. O uso da empresa veículo teve como único objetivo carrear o ágio para o território nacional, com a consequente amortização pela própria empresa adquirida, reduzindo as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Uma operação de compra e venda entre não residentes foi travestida de investimento direto e empréstimo. Os recursos financeiros desta aquisição apenas transitaram pelo território nacional, e em um único dia (16/03/2006), pois tiveram como origem e destino empresas no exterior. A empresa veículo não produziu qualquer atividade econômica e foi extinta logo em seguida à operação realizada, de modo que os recursos que entraram no país não podem ser caracterizados como capitais estrangeiros, conforme a definição prescrita no art. 1º da Lei nº 4.131/62.

[...]

Voto

[...]

Sopesados os argumentos da recorrente, os argumentos contidos no ac. recorrido e nas contrarrazões, em relação ao mérito, no que diz respeito aproveitamento do ágio, entendendo não ter razão o contribuinte, devendo ser provido o recurso fazendário.

Não obstante tenha havido a efetiva transferência de recursos das sociedades CC HOLDCO S.ÀR.L (LUXEMBOURG) e CC HOLDCO (LTD CAYMAN) - HOLDCO para a sociedade CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA., na realidade essa última empresa apenas serviu de receptáculo de tais recursos que, no mesmo dia, foram transferidos, de imediato, para a sociedade COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION (USA), visando à aquisição da empresa recorrente, COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.

E tudo isso com o específico fim de permitir a criação de ágio no País, supostamente passível de amortização e, ainda, garantir a remessa, ao exterior, de valores decorrentes da integralização de aumento de capital e do mútuo efetuados com a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA.

Ou seja, em última análise, os recursos que permitiram a aquisição da recorrente foram oriundos exclusivamente do exterior — e não do País —, e foram pagos a outra empresa também fora do país, motivo pelo qual não se pode ter como válido, para fins de amortização, o ágio então formado.

É que, para que se possa processar essa amortização, é pressuposto inarredável a existência de confusão patrimonial, consistente em haver, no mesmo patrimônio da empresa resultante da incorporação, ágio e rentabilidade, ou ágio e valorização patrimonial, conforme o caso. O que não ocorreu no presente caso, já que o adquirente CC HOLDCO (CC HOLDCO LTD CAYMAN + CC HOLDCO LUXEMBOURG) a adquirida (COLUMBIAN CHEMICALS DO BRASIL) continuam entidades absolutamente distintas após as operações societárias objeto de discussão, mormente em virtude de que os recursos da aquisição apenas transitam pela economia brasileira, sendo originados no exterior e em seqüência retornados ao exterior.

Veja-se que é exatamente isto que preconiza a legislação de regência, quando diz “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”, 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” (inciso III e caput do art. 7º da Lei 9.532/1997). Mas veja-se que o permissivo legal não ocorre no caso, reitere-se, pois a empresa adquirente CC HOLDCO (CC HOLDCO LTD CAYMAN + CC HOLDCO LUXEMBOURG), que adquiriu a COLUMBIAN CHEMICALS DO BRASIL, pagando no exterior (via remessa a partir do Brasil, de recurso para cá enviados pro ela com este fim) à COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION (USA), não incorpora nem é incorporada pela adquirida (COLUMBIAN CHEMICALS DO BRASIL).

[...]

Como se vê, embora ambos os acórdãos cotejados tratem da utilização de empresa veículo para a aquisição e da ausência de confusão patrimonial entre a real investidora e a investida, notam-se significativas diferenças fáticas entre os casos, de sorte que não é possível afirmar como o colegiado que proferiu o acórdão paradigma analisaria o presente caso.

Destarte, entendendo que não ficou efetivamente caracterizada a divergência suscitada em face do segundo paradigma. (*destaques do original*)

Neste segundo precedente, a PGFN questionava a amortização de ágio decorrente de operação no qual a pessoa jurídica indicada como empresa-veículo *foi a responsável pelas transações no país, inclusive perante a CVM, e manteve-se ativa por 3 anos até que foram realizadas as operações societárias que permitiram a amortização do ágio pago na aquisição do controle acionário*. Diante da dessemelhança constatada quanto a este aspecto (operações da empresa-veículo), o recurso especial fazendário não foi conhecido.

Adicione-se, também, a rejeição deste paradigma no Acórdão n.º 9101-006.253, quando confrontado o entendimento expresso pelo Colegiado *a quo* na citada decisão assemelhada proferida no Acórdão n.º 1302-003.339, nos termos do voto condutor da ex-Conselheira Livia De Carli Germano:

No caso dos autos, empresas estrangeiras capitalizaram recursos em sociedade brasileira que se alega ter tido existência efêmera, e esta utilizou os recursos para adquirir participação societária de terceiros, apurando ágio em tal operação. Este foi o cenário analisado pelo acórdão recorrido, cujo voto vencedor cancela a autuação por entender que *“o simples fato de se verificar o uso de uma empresa veículo, não é, per se, suficiente para retirar dos negócios pactuados, sob a ótica fiscal, a necessária substância econômica dos negócios”*, do que conclui (grifamos):

Lado outro, como afirmado acima, ainda que os valores utilizados na aquisição da recorrente tenham advindo de empresas situadas no exterior, tais valores foram enviados ao Brasil pelo canais legais e obrigatórios e, uma vez empregados, geraram, ganho de capital oferecido à tributação. Este fato, na minha concepção, é suficiente inclusive para afastar eventual alegação de simulação (ou, de outra sorte, ter-se-ia que admitir, também, o direito da empresa adquirida pleitear a restituição do IR/recolhido sob o aludido ganho de capital dado que o imposto não pode incidir sobre fato ilícito, conforme definição do art. 3º do CTN).

A efemeridade da chamada “empresa veículo” é circunstância mencionada no acórdão paradigma 9101-002.213, sendo que, neste, o voto condutor do então Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão mantém a autuação, entendendo que não se atingiu a necessária confusão patrimonial, *in verbis*:

[...]

Não obstante, o paradigma 9101-002.213 contem situação fática específica que não ocorre nos presentes autos, e que foi mencionada naquele voto condutor como relevante para a manutenção da autuação. A análise desse paradigma foi feita nesta mesma reunião de 10 agosto de 2022, no julgamento do acórdão 9101-006.251, ocasião em que o ali Relator, Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, pontuou os aspectos relevantes de tal precedente:

[...]

Como se percebe, o acórdão 9101-002.213 tratou de acusação fiscal de venda entre empresas estrangeiras ocorrida no contexto em que os recursos financeiros são provenientes do exterior e retornam ao exterior em um único dia, e o voto condutor menciona essa circunstância como fator relevante para manter a glosa do ágio ali analisado.

Assim, compreendo que não resta demonstrada a divergência jurisprudencial com relação ao paradigma 9101-002.213.

Houve, ainda, a objeção assim manifestada pelo Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli no Acórdão n.º 9101-006.486:

Quanto ao *segundo paradigma* (Acórdão n.º **9101-002.213**), a Recorrente relata que (fls. 4.084):

(...)

No acórdão paradigma, o uso da empresa veículo, CC ACQUISITION BRASIL, teve **como único objetivo carrear o ágio para o território nacional**, com a consequente amortização pela própria empresa adquirida, COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL, reduzindo as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. **Uma operação de compra e venda entre não residentes foi travestida de investimento direto e empréstimo.** Os recursos financeiros desta aquisição apenas transitaram pelo território nacional, e em um único dia (16/03/2006), pois tiveram como origem e destino empresas no exterior. A empresa veículo não produziu qualquer atividade econômica e foi extinta logo em seguida à operação realizada.

E do voto condutor desse julgado extrai-se que:

Não obstante tenha havido a efetiva transferência de recursos das sociedades CC HOLDCO S.ÀR.L (LUXEMBOURG) e CC HOLDCO (LTD CAYMAN) - HOLDCO para a sociedade CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA., na realidade essa última empresa apenas serviu de receptáculo de tais recursos que, no mesmo dia, foram transferidos, de imediato, para a sociedade COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION (USA), visando à aquisição da empresa recorrente, COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.

E tudo isso com o específico fim de permitir a criação de ágio no País, supostamente passível de amortização e, ainda, garantir a remessa, ao exterior, de valores decorrentes da integralização de aumento de capital e do mútuo efetuados com a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA.

Ou seja, em última análise, os recursos que permitiram a aquisição da recorrente foram oriundos exclusivamente do exterior — e não do País —, e foram pagos a outra empresa também fora do país, motivo pelo qual não se pode ter como válido, para fins de amortização, o ágio então formado.

É que, para que se possa processar essa amortização, é pressuposto inarredável a existência de confusão patrimonial, consistente em haver, no mesmo patrimônio da empresa resultante da incorporação, ágio e rentabilidade, ou ágio e valorização patrimonial, conforme o caso. O que não ocorreu no presente caso, já que o adquirente CC HOLDCO (CC HOLDCO LTD CAYMAN + CC HOLDCO LUXEMBOURG) a adquirida (COLUMBIAN CHEMICALS DO BRASIL) continuam entidades absolutamente distintas após as operações societárias objeto de discussão, mormente em virtude de que os recursos da aquisição apenas transitam pela economia brasileira, sendo originados no exterior e em sequência retornados ao exterior.

Trata-se, a toda evidência, de circunstância fática incomparável. Aqui, repita-se, a decisão recorrida entendeu legítima a utilização de *holdings* sob a premissa de que elas de fato figuraram como empresas adquirentes dos investimentos com ágio, em operações que duraram um longo período (2000 a 2004) e com propósito negocial identificado em face de exigência da ANATEL e em cumprimento de cláusula contratual da concessão. Lá, ao contrário, o ágio foi considerado indedutível com base na origem e destino dos recursos, bem como do domicílio das partes envolvidas, fatos estes que influenciaram diretamente a convicção de que teria havido mera interposição simulada de empresa veículo de *curta duração e sem propósito negocial*.

Diante dessas diferenças fáticas apontadas - determinantes para as distintas soluções jurídicas -, não conheço da presente matéria. (*destaques do original*)

E esta Conselheira concordou com a conclusão de não conhecimento, declarando voto do qual destaca:

Contudo, o voto condutor do acórdão recorrido, para além de apontar as restrições do setor de telecomunicações, também destacou o fato de todas as operações serem complexas e durarem muitos anos, com vistas à efetivação da aquisição das investidas.

E, sob esta ótica, os casos comparados se distinguem substancialmente porque, como bem observado pelo I. Relator, no paradigma a aquisição foi promovida por múltiplos adquirentes, em leilão de privatização do setor energético, seguindo-se a transferência das ações para uma empresa veículo que, no mês seguinte, é incorporada pela investida para viabilizar a amortização do ágio.

Extrai-se do voto condutor do recorrido que as restrições da ANATEL impuseram às adquirentes estrangeiras, que necessitavam promover investimentos nas empresas operacionais no Brasil sem poder controlá-las, realizar operações tidas como *complexas e durante anos*, até que a aquisição fosse autorizada. Sob esta ótica, o Colegiado *a quo* vislumbra que as empresas-veículo tiveram alguma finalidade ao longo dos anos em que os investimentos foram feitos no Brasil, e a peculiaridade de o paradigma tratar de uma aquisição direta, posteriormente aportada de forma efêmera em uma empresa-veículo, impede cogitar se o Colegiado que proferiu o paradigma adotaria a mesma interpretação em face das circunstâncias aqui presentes.

O segundo paradigma, n.º 9101-002.213, por sua vez, traz circunstâncias específicas da operação lá analisada, que não se limitaram ao aporte de investidor estrangeiro em empresa veículo para aquisição de empresa nacional, e apresentou outras finalidades, para além da efemeridade das operações, em trecho destacado pela própria PGFN em seu recurso especial:

Cumprе deixar claro que, se se tratasse a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA. de uma empresa preexistente no país, e que aqui exercesse atividade econômica, ainda se poderia admitir que recebesse, ela, recursos do exterior, visando à aquisição de outra empresa também existente no país, para uma futura incorporação, direta ou reversa, entre ambas. Neste caso poder-se-ia argumentar que os efeitos fiscais teriam sido verificados unicamente no país.

Não é o caso, porém, quando se constatou que aquela sociedade (CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA.) **tratava-se de uma empresa efêmera, fugaz, que, no seu próprio nome (ACQUISITION) e em seu objeto social (“tem por objeto social exclusivo a participação no capital social da COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.”), deixa claro ter sido projetada, apenas, para possibilitar a aquisição de outra empresa, com a sua consequente e inexorável extinção.**

Assim, como bem evidenciado pela Fazenda Nacional, em seu recurso especial, o ágio deduzido pela recorrente (investida) é indedutível, nos termos da legislação fiscal, pela inexistência da necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras CC HOLDCO (CC HOLDCO LTD CAYMAN + CC HOLDCO LUXEMBURGO). O que se aplica à base de cálculo do IRPJ e da CSLL, mesmo porque não se vislumbra a possibilidade de tratamento diferenciado neste caso.

Do exposto, voto por dar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.
(*destaque do recurso especial*)

Evidente, assim, a dessemelhança entre os acórdãos comparados, e em tais circunstâncias o dissídio jurisprudencial não se estabelece. (*destaques do original*)

Por fim, o paradigma n.º 9101-002.213 também foi rejeitado no Acórdão n.º 9101-006.533, dada 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 autuada.

Embora a operação analisada no paradigma também refira adquirente estrangeiro, a estrutura se destinou 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 para tanto.

Por todo o exposto, esta Conselheira concorda com a conclusão do I. Relator em NEGAR CONHECIMENTO ao recurso especial da PGFN na matéria “*impossibilidade de amortização de ágio, tendo em vista a utilização, por investidores estrangeiros, de empresa veículo*”.

Na segunda matéria do recurso fazendário, a PGFN pretende ver aplicado o entendimento do paradigma no sentido de *que, em conformidade com o disposto no art. 7º (caput) e inciso III da Lei nº 9.532, de 1997, a faculdade de amortização de ágio, nas condições ali referidas, limita-se à apuração do lucro real, base de cálculo do imposto de renda pessoa jurídica. NÃO se deve estender o mesmo efeito fiscal para a apuração da CSLL. Deve prevalecer o entendimento que não há norma que autorize expressamente tal dedução. O exame de admissibilidade foi favorável ao seguimento da matéria porque:*

9. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que *as regras da amortização do ágio se aplicam também para a CSLL, o acórdão paradigma apontado* (Acórdão nº 9101-003.002, de 2017) decidiu, **de modo diametralmente oposto**, que *é vedada, para fins de apuração da base de cálculo da CSLL, a dedução de quotas de amortização de ágio pago na aquisição de investimentos.*

O I. Relator, porém, compreendeu que o paradigma restabeleceu *a exigência da CSLL em relação a amortização de ágio, num contexto fático em que tal amortização não se permitia para o IRPJ, e, para reformar a decisão recorrida, era necessário um paradigma que mantivesse a autuação da CSLL, mesmo com a exoneração do IRPJ.*

Na reunião de julgamento de fevereiro/2024, este Colegiado conheceu de dissídio jurisprudencial semelhante, suscitado em face de decisão que exonerou as exigências de IRPJ e CSLL diante da retirada dos óbices postos à amortização fiscal do ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Contudo, no precedente citado – Acórdão nº 9101-006.837 - o paradigma admitido consistia em decisão deste Colegiado na mesma operação analisada no acórdão lá recorrido, na qual não só foi validada a glosa de amortização do ágio no âmbito do IRPJ, como também da CSLL, mas esta sob fundamento adicional, de que mesmo se dedutível no âmbito do IRPJ, a amortização fiscal seria descabida no âmbito da CSLL. O então paradigma - nº 9101-002.758 -, foi assim ementado nesta parte:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Ano-calendário: 2008, 2009

ÁGIO NOS CASOS DE INCORPORAÇÃO, FUSÃO OU CISÃO. AMORTIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

Inexiste previsão legal que estabeleça poder ser dedutível, da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), o ágio deduzido pela investida adquirida, nos casos de incorporação, fusão ou cisão, como sucede propriamente com a base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) (art. 386 do RIR/1999).

Aqui, porém, a PGFN trouxe o paradigma nº 9101-003.002 exarado em face de glosas de amortização de ágio mantido no patrimônio do investidor, adicionada ao lucro real, mas não adicionada à base de cálculo da CSLL. Em consequência, este Colegiado analisou, apenas, a repercussão do art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598/77 na apuração da CSLL, sem nada dizer acerca dos efeitos da amortização fiscal do ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Em verdade, o paradigma acaba por se alinhar ao recorrido quando menciona *o fato de o fato de a Instrução Normativa SRF nº 390, de 2004, que dispõe sobre a apuração e o pagamento da CSLL, ter sido expressa ao estabelecer em seu art. 44 que "aplicam-se à CSLL as normas relativas à depreciação, amortização e exaustão previstas na legislação do IRPJ, exceto*

as referentes a depreciação acelerada incentivada, observado o disposto nos art. 104 a 106”, muito embora assim o faça para concluir que:

É de se concluir, por conseguinte, que a neutralidade da avaliação pelo método da equivalência patrimonial das participações societárias mantidas na investidora não se restringe ao IRPJ, tendo lugar também na determinação da base de cálculo da CSLL, razão pela qual o ágio amortizado contabilmente não pode ser deduzido da base de cálculo dessa contribuição.

Tais incongruências, em verdade, apenas confirmam que o paradigma analisou circunstâncias fáticas e jurídicas distintas do recorrido e, portanto, não se presta à caracterização do dissídio jurisprudencial aqui suscitado.

Com a adição destes fundamentos, esta Conselheiro também concorda com o I. Relator em NEGAR CONHECIMENTO ao recurso especial da PGFN na matéria “*impossibilidade de dedução da despesa com a amortização do ágio na base de cálculo da CSLL*”.

Com respeito à amortização dos ágios UBS e BTG, nestes autos os temas chegam a este Colegiado por interesse da Contribuinte. As glosas correspondentes também haviam sido questionadas no precedente nº 9101-006.790. Com respeito ao ágio UBS, admitido como pago e fundamentado em rentabilidade futura no acórdão lá recorrido, o questionamento em sede de recurso especial da PGFN se limitou à matéria “*da alegada falta de justificação material para o emprego da empresa de passagem UBS Participações*”. Já com respeito ao ágio BTG, para o qual não se reconheceu a fundamentação em rentabilidade futura, bem como se questionou a interposição da segunda *holding*, a discussão foi suscitada em face de recurso especial da Contribuinte.

Aqui, o primeiro ponto com seguimento diz respeito ao tópico *Das divergências jurisprudenciais quanto à razão de decidir do acórdão recorrido - do pagamento do preço de aquisição do Banco Pactual e de UBS/Pactual para fins de determinação e amortização fiscal do ágio UBS e do ágio BTG*, mediante confronto do acórdão aqui recorrido com o acórdão recorrido no precedente citado – nº 1301-004.390 -, bem como com o paradigma nº 1301-001.852. Registre-se que, com respeito ao pagamento do preço em questão, a PGFN não suscitou, nos autos do precedente citado, divergência jurisprudencial em face do aqui paradigma nº 1301-004.390.

Releva notar, ainda, que, como relatado pela Contribuinte em seu recurso especial, ela opôs embargos de declaração contra o acórdão recorrido no ponto em que, na sua visão, a abordagem dos fatos teria se distanciado da acusação fiscal, afirmando a falta de pagamento de outras parcelas não questionadas originalmente. Isto porque, o voto condutor assim se manifestou neste aspecto:

Segundo o que consta no item 2.5.4 do Termo de Verificação Fiscal, no tocante ao chamado “*ágio UBS*”, as razões para a sua glosa foram:

A falta de propósito comercial pela utilização de empresa veículo (item 2.5.1), a falta de elaboração tempestiva de demonstrativo do ágio (Item 2.5.2) e o não pagamento efetivo de parte do valor devido (item 2.5.3), levou o contribuinte a beneficiar-se indevidamente de amortização de ágio para fins de apuração do IRPJ e da CSLL, nos montantes exibidos nas Tabelas 7, 8 e 9 do item 2.2.1 do presente relatório.

O ágio que restou amortizado foi aquele contabilizado, em 01/12/2006, pela empresa UBS PARTICIPAÇÕES, no valor de R\$ 4.415.294.794,55. Além deste, na mesma data, foram também contabilizados R\$ 828.325.211,81 a título de “*Valor do PL*”, de modo

que o total de R\$ 5.243.620.006,36 correspondeu ao valor que se atribuiu à aquisição da recorrente pelo Grupo UBS. Uma parte desse valor (R\$ 2.037.940.006,36) refere-se ao que foi imediatamente transferido para um fundo de investimentos (GCP BRASIL) constituído pelas pessoas físicas alienantes e a outra parte (R\$ 3.205.680.000,00) refletiu a dívida assumida para com essas mesmas pessoas físicas e que foi logo em seguida repassada para a sua nova controladora (a UBS INVESTIMENTOS). A incorporação que se sucedeu, em 05/02/2007, da UBS PARTICIPAÇÕES pelo BANCO UBS PACTUAL (a empresa contribuinte), foi quem propiciou a referida amortização com o pretenso amparo na disciplina contida nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Conforme o relato, consta que a empresa suíça UBS AG efetivamente aportou os recursos para o pagamento da parcela imediatamente transferida para o fundo de investimentos através de uma operação de aumento de capital na sua subsidiária no Brasil (a UBS PARTICIPAÇÕES). Com isso, a sua participação nessa empresa passou de R\$ 999,00 para R\$ 2.045.685.176,00. Relativamente à parcela diferida (no valor de R\$ 3.205.680.000,00), contudo, não houve aporte de recursos para o País. A dívida, prevista para ser liquidada somente em 2011, foi repassada para uma outra empresa do Grupo (a UBS INVESTIMENTOS). Em contrapartida, registrou-se um correspondente aumento de capital desta última naquela outra. Assim, a UBS INVESTIMENTOS assumiu a dívida da parcela diferida, mas se tornou a controladora da UBS PARTICIPAÇÕES.

Portanto, se houve algum pagamento no registro da aquisição, só se pode cogitar daquela parcela de R\$ 2.037.940.006,36 transferida para o fundo de investimentos constituído pelas pessoas físicas alienantes. Nada obstante, mesmo essa parcela, não resiste a um exame mais minucioso. Com efeito, de acordo com o previsto no contrato, assim como a parcela diferida, o valor imediatamente transferido para o fundo de investimentos também estava sujeito a condições necessárias para que fossem liberados às pessoas físicas alienantes de forma definitiva. Nas palavras da fiscalização:

As disposições das cláusulas 1.2 (iii) e (iv), 1.3 (c), 1.5 (c) e 10.1 (y) do CCV/2006 (v. Imagens 5 a 10), previam uma série de situações sobre as quais o próprio contribuinte confirmou que, em tese, esses valores poderiam não ter sido recebidos pelos sócios.

Então, o negócio jurídico possuía condições de caráter suspensivo. Havia situações nas quais o próprio contribuinte reconheceu a natureza de eventos futuros e incertos na medida em que os valores acordados poderiam não ter sido recebidos pelos sócios. Nesse ponto, o art. 125 do Código Civil é categórico quanto à eficácia do direito adquirido:

Art. 125. Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.

Ao que tudo indica, inexistiu, por parte dos alienantes, uma efetiva disponibilidade econômica ou jurídica sobre os recursos da alienação. Tanto que, se é que houve alguma tributação sobre eventual ganho de capital observado pelas pessoas físicas na alienação, esta também teria sido diferida.

Malgrado todos esses condicionantes, como bem observado pela fiscalização, houve uma presunção de que os valores contratados na aquisição haviam sido pagos e, como tal, os R\$ 5.243.620.006,36 (incluindo os R\$ 4.415.294.794,55 a título de ágio) foram registrados na contabilidade da UBS PARTICIPAÇÕES.

Portanto, independentemente dos eventos que se sucederam no âmbito da operação de recompra ocorrida em 2009, importa notar que o ágio foi registrado sem que se completasse o efetivo pagamento para a aquisição da empresa recorrente. Nem mesmo na ocasião da incorporação da UBS PARTICIPAÇÕES, qualquer parcela do pagamento havia ingressado no patrimônio das pessoas físicas alienantes. O fato de estes terem constituído um fundo de investimento para onde foram transferidos os recursos atinentes à primeira parcela não desnatura o caráter condicionante que impedia a sua utilização enquanto não fossem cumpridos os requisitos estabelecidos no contrato.

Tanto é que havia a previsão contratual de que esse fundo deveria ser administrado por uma empresa nomeada pelo Grupo UBS.

Essa constatação, de que não havia ocorrido um efetivo pagamento, fica ainda mais reforçada pelas supervenientes operações que envolveram a recompra da mesma empresa recorrente. Afora as particularidades dessas operações (que serão analisadas no tópico sobre o “ágio BTG”), cumpre observar que uma substantiva parte dos valores acordados na primeira compra acabou por não ingressar no patrimônio das pessoas físicas alienantes. Aliás, considerando o complexo fluxo de recursos que envolveu as citadas operações, é de se duvidar se ao final houve algum efetivo dispêndio por parte do Grupo UBS.

Assim, assiste razão à fiscalização quando aponta a inexistência de pagamento efetivo como um dos fundamentos da infração. O argumento de que havia obrigações contratuais exigíveis e, por isso, a sua liquidação seria irrelevante para fins da apuração do custo de aquisição do investimento não se sustenta diante da imposição de interpretação literal da regra que instituiu o benefício fiscal da amortização do ágio. Há o requisito do efetivo pagamento. O negócio jurídico envolvendo a aquisição de participação societária (que motivaria o registro do ágio), da forma como foi engendrado, não se revela oponível ao Fisco.

Os embargos de declaração, contudo foram rejeitados neste tema. O Presidente da Turma, Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, ponderou que:

a) Erro e contradição acerca do pagamento efetuado no ágio UBS

Neste tópico, aduz a Embargante, depois de longa argumentação acerca das operações praticadas, que o acórdão teria incorrido em **erro** e **contradição**, decorrentes do fato de que a discussão acerca do pagamento do referido ágio seria apenas parcial, relativa ao montante de R\$ 375.856.238,07.

Alega que o voto condutor teria reconhecido esta parcela, mas afirmado que “todo o ágio contabilizado não era passível da amortização perpetrada” e isso demonstraria a ocorrência dos vícios apontados.

Adicionalmente, suscita que o acórdão teria adotado fundamentação diversa dos autos de infração e, subsidiariamente, que também teria incorrido em **omissão**, ao não apreciar o argumento de que houve erro na quantificação da infração, por entender que as ações da BTG PARTICIPAÇÕES II foram resgatadas pelos alienantes em 23.11.2010, tendo a maior parte do valor questionado pelos autos sido paga em moeda corrente (R\$ 372.889.222,79), o que comprovaria a efetiva circulação de recursos.

A fim de que se possa apreciar as alegações, faz-se necessário transcrever alguns excertos relevantes do voto condutor acerca dos pontos questionados.

De plano, resta evidente que o voto condutor entendeu que a discussão, em termos numéricos, é relativa apenas à parcela não paga do ágio UBS, conforme se pode facilmente depreender das primeiras linhas do tópico específico (dedicado a este ágio), em que expressamente foi delimitado, pelo Relator, o alcance da matéria questionada nos autos (*verbis*):

Do ágio UBS:

Segundo o que consta no item 2.5.4 do **Termo de Verificação Fiscal**, no tocante ao chamado “ágio UBS”, as razões para a sua glosa foram:

A falta de propósito negocial pela utilização de empresa veículo (item 2.5.1), a falta de elaboração tempestiva de demonstrativo do ágio (Item 2.5.2) e o não pagamento efetivo de parte do valor devido (item 2.5.3), levou o contribuinte a beneficiar-se indevidamente de amortização de ágio para fins de apuração do IRPJ e da CSLL, nos montantes exibidos nas Tabelas 7, 8 e 9 do item 2.2.1 do presente relatório.

Nota-se, inclusive, que os limites foram estabelecidos justamente a partir das informações **constantes do TVF**, o que fulmina o argumento da Embargante, no sentido de que haveria “contradição” e “erro” em relação ao conteúdo da autuação.

Ademais, é sempre importante frisar que a contradição que enseja embargos deve ocorrer *entre a decisão e os seus fundamentos*, e não entre o que restou decidido e a pretensão deduzida pelas partes.

[...]

Ao contrário do que alega a Embargante, o reconhecimento acerca do pagamento dos recursos permeia todo o voto condutor e **está em sintonia** com a posição adotada pela fiscalização, como também se pode perceber dos excertos a seguir reproduzidos (destacaremos):

Ao que tudo indica, **inexistiu**, por parte dos alienantes, uma efetiva disponibilidade econômica ou jurídica sobre os recursos da alienação. Tanto que, se é que houve alguma tributação sobre eventual ganho de capital observado pelas pessoas físicas na alienação, esta também teria sido diferida.

Malgrado todos esses condicionantes, como bem observado pela fiscalização, **houve uma presunção de que os valores contratados na aquisição haviam sido pagos** e, como tal, os R\$ 5.243.620.006,36 (incluindo os R\$ 4.415.294.794,55 a título de ágio) foram registrados na contabilidade da UBS PARTICIPAÇÕES.

Portanto, independentemente dos eventos que se sucederam no âmbito da operação de recompra ocorrida em 2009, importa notar que **o ágio foi registrado sem que se completasse o efetivo pagamento para a aquisição da empresa recorrente**. Nem mesmo na ocasião da incorporação da UBS PARTICIPAÇÕES, qualquer parcela do pagamento havia ingressado no patrimônio das pessoas físicas alienantes. O fato de estes terem constituído um fundo de investimento para onde foram transferidos os recursos atinentes à primeira parcela não desnatura o caráter condicionante que impedia a sua utilização enquanto não fossem cumpridos os requisitos estabelecidos no contrato. Tanto é que havia a previsão contratual de que esse fundo deveria ser administrado por uma empresa nomeada pelo Grupo UBS.

Essa constatação, de que não havia ocorrido um efetivo pagamento, fica ainda mais reforçada pelas supervenientes operações que envolveram a recompra da mesma empresa recorrente. Afora as particularidades dessas operações (que serão analisadas no tópico sobre o “ágio BTG”), cumpre observar que uma substantiva parte dos valores acordados na primeira compra **acabou por não ingressar no patrimônio das pessoas físicas alienantes. Aliás, considerando o complexo fluxo de recursos que envolveu as citadas operações, é de se duvidar se ao final houve algum efetivo dispêndio por parte do Grupo UBS.**

E foi a partir deste entendimento, manifestado pela dúvida acerca do **efetivo dispêndio** dos valores pelo Grupo UBS, que o voto condutor, a título de conclusão, manifestou-se no sentido de que o ágio, como um todo, não era passível da amortização realizada (justamente o trecho questionado pela Embargante):

Noutro giro, a alegação da fiscalização de que **não houve circulação de parte do valor diferido (os R\$ 375.856.328,07) acaba também se revelando descartável** para o deslinde questão. **Tivesse havido ou não o pagamento da totalidade do valor diferido** (os R\$ 3.205.680.000,00), o fato é que todo o ágio contabilizado **não era passível da amortização perpetrada porque a sua geração se deu através de um negócio jurídico condicionado em que uma prestação essencial para a sua concretização** (o pagamento) não havia sido efetivada por ocasião do evento da incorporação.

Com a devida vênia, não se vislumbra qualquer erro ou contradição na análise do ágio UBS, visto que as conclusões do voto condutor **são consistentes** com as premissas adotadas. De fato, o mero inconformismo com o que restou decidido não enseja a

oposição de embargos nem pode ser qualificado de “contradição”, razão pela qual não assiste razão à Embargante.

Também não prospera, à luz dos trechos já transcritos, a alegação suplementar de omissão, baseada no argumento de que parte significativa do montante em questão teria sido paga em moeda corrente (R\$ 372.889.222,79), dado que o acórdão se manifestou no sentido de que **não houve** a efetiva circulação de parte do valor diferido (R\$ 375.856.328,07), conforme acima reproduzido. (*destaques do original*)

Deduz-se, do exposto, que o Colegiado *a quo* se limitou a validar a acusação fiscal quanto ao seu item 2.5.3 - *não pagamento efetivo de parte do valor devido* – ainda que, para tanto, tenha se valido de considerações outras da acusação fiscal acerca da forma como se efetivou a aquisição que resultou no ágio amortizado. Referido item da acusação fiscal, por sua vez, está assim vertido nestes autos:

2.5.3. Da inexistência de pagamento no valor de R\$ 375.856.328,07

O CCV/2006 gerou uma dívida de pagamentos diferidos de R\$ 3.205.680.000,00, quitada somente na recompra do contribuinte pelo CCV/2009. Conforme já exposto no item 2.2.2 do presente Termo de Verificação Fiscal, da dívida desses pagamentos diferidos, R\$ 375.856.328,07 não circularam (v. Tabela 13), posto que essa parcela foi quitada pelos sócios retornantes, mediante emissão de ações de **BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S/A**, destinando-se 90% desse valor à Reserva de Capital – Ágio dessa empresa (DOC 58).

O valor utilizado para definir o ágio na recompra da fiscalizada pelo **Grupo BTG** compreendeu o total de US\$ 2.475.000.000,00 (v. item 1, DOC 40), do qual se descontou o valor diferido devido por **UBS AG** aos sócios pessoas físicas que lhe haviam vendido o banco. A Tabela 13 demonstra que na quitação estão incluídos R\$ 375.856.328,07.

Assim, essa dívida gerada no primeiro contrato (CCV/2006) em favor dos sócios vendedores pessoas físicas, acabou sendo quitada no CCV/2009 por esses mesmos sócios, os sócios retornantes, mediante a emissão de ações com 90% de ágio de uma empresa criada com o fim específico de servir à recompra do banco. Esse valor serviu tanto para justificar o ágio na aquisição do banco pelo **Grupo UBS** como na sua recompra pelo **Grupo BTG**.

Nesse aspecto, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), no Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP 01/2007, deixa claro, no item 20.1.7, que o preço ou custo de aquisição somente surge quando há dispêndio para se obter algo de terceiros:

E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.

Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como “arm’s length”. (grifou-se)

Destarte, diante do exposto, não há como se aceitar a incorporação desses R\$ 375.856.328,07 na composição do ágio de R\$ 4.415.294.794,55 apurado pelo contribuinte, conforme Tabelas 5, 6 e 7. (*destaques do original*)

O paradigma n.º 1301-004.390, de seu lado, reproduz acusação fiscal de mesmo teor, apenas que consignada no item 3.4.3 do Termo de Verificação Fiscal, e analisa a questão sob os seguintes parâmetros:

Conforme se observa, a autoridade fiscal autuante questionou somente essa parcela dos pagamentos, não havendo como se discutir, nessa fase processual, a totalidade dos pagamentos realizados, sob pena de inovação e alteração dos fundamentos legais do lançamento, o que somente pode ser realizado pela autoridade lançadora e em auto de infração complementar, conforme estabelece o § 3º do art. 18 do Decreto n.º 70.235/72⁶.

Retornando ao cerne do debate, por ocasião do fechamento do CCV/09, BTG INVESTIMENTOS comprometeu-se a pagar determinada quantia ao GRUPO UBS. De igual forma, assentou-se ainda que valor do pagamento diferido seria liquidado diretamente a seus respectivos credores (leia-se: "os sócios vendedores"). Também não há controvérsia no sentido de que de que a totalidade do valor do pagamento diferido desde o CCV/2006 compôs o custo das ações do contribuinte por UBS INVESTIMENTOS.

Pois bem, assim dispõe o CPC n.º 27:

Custo é o montante de caixa ou equivalente de caixa pago ou o valor justo de qualquer outro recurso dado para adquirir um ativo na data da sua aquisição ou construção, ou ainda, se for o caso, o valor atribuído ao ativo quando inicialmente reconhecido de acordo com as disposições específicas de outros Pronunciamentos, como, por exemplo, o Pronunciamento Técnico CPC 10 - Pagamento Baseado em Ações. [...]

23. O custo de um item de ativo imobilizado é equivalente ao preço à vista na data do reconhecimento. Se o prazo de pagamento excede os prazos normais de crédito, a diferença entre o preço equivalente à vista e o total dos pagamentos deve ser reconhecida como despesa com juros durante o período (ver os Pronunciamentos Técnicos CPC 12 - Ajuste a Valor Presente, principalmente seu item 9, e CPC 08 - Custos de Transação e Prêmios na Emissão de Títulos e Valores Mobiliários), a menos que seja passível de capitalização de acordo com o Pronunciamento Técnico CPC 20 - Custos de Empréstimos.

Como bem asseverou a Recorrente, citando Bulhões Pedreira, se a compra e venda se deu a prazo no custo de aquisição se inclui o valor da obrigação contraída. Cabe ainda ressaltar o decidido pelo CARF no acórdão 1301-000.711, sobre o qual a Recorrente assim fez constar em sua peça recursal:

No Acórdão n.º 1301-000.711 (referido no item 5.1.31.), por exemplo, foi analisada situação em que o preço da participação societária foi dividido entre "pagamento de 40% à vista e o restante em duas parcelas iguais, com vencimento em 04/08/1999 e 04/08/2000". Da mesma forma, no Acórdão n.º 105-16.774, "a aquisição das quotas da CNM, (...) se fez através de um pagamento inicial de R\$7.742.219,00 e de uma nota promissória com vencimento em um ano no valor de R\$3.724.009,00". Nem por isso o CARF rejeitou a amortização do ágio.

Por fim, cumpre-se ainda destacar o contido no Parecer de lavra do Prof. Eliseu Martins anexado aos autos:

Ou seja, podemos depreender claramente, tanto da doutrina quanto do regramento contábil nacional, que o custo não deve ser visto como sinônimo de

⁶ Art. 18. [...]

§ 3º Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias, realizados no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada. (Redação dada pela Lei n.º 8.748, de 1993) [grifos nossos]

desembolso imediato de caixa. O custo deve incluir, além do desembolso efetuado, obrigações assumidas - como no caso da consulente, diferidos ao longo do tempo. Assim, para a aplicação no caso específico da consulente, podemos concluir que o custo do investimento, conseqüentemente base para a apuração do ágio no Banco Pactual, quando de sua aquisição pela UBS Participações, era de USD 2.400.000.000,00.

E esse tinha que ser o valor base para cálculo do ágio na aquisição.

Nenhum sentido faz em se considerar, para fins de amortização do ágio, em cada período, apenas a parcela até então paga; isso foge a qualquer lógica contábil e, por força dos regramentos fiscais da época, vinculados às regras contábeis vigentes, não há como se aceitar essa hipótese.

Importante ainda frisar que há precedentes do CARF que acatam como custo de aquisição do investimento a entrega de ações de emissão da empresa adquirente. Destaco excerto do Acórdão 1301-001.852 de lavra do i. Conselheiro Waldir Veiga da Rocha:

[...]

Além disso, se a acusação pode-se valer de fatos futuros para justificar eventual glosa no valor do ágio, com efeitos pretéritos, haveria de se levar em consideração, no caso concreto, que dos R\$ 375.856.328,07 pagos em ações representativas de aumento de seu capital por BTG PARTICIPAÇÕES II a alguns dos sócios vendedores, R\$ 372.889.322,79 foram convertidos em dinheiro por ocasião do resgate das ações entregues aos sócios vendedores.

De qualquer maneira, há de observar a composição do custo do investimento à data da aquisição e, conforme já salientado, se o sacrifício patrimonial não se deu à vista, mas sim com a assunção de dívida em uma operação realizada *entre partes independentes*, não há porque não considerar tal parcela como compondo o custo de aquisição, inclusive no que atine à parte desdobrada em ágio.

Vê-se que embora partindo da mesma acusação fiscal, os acórdãos comparados trilham caminhos substancialmente distintos para chegarem a conclusões divergentes. Do relato da defesa apresentada nestes autos, nota-se no resumo da impugnação consignado nos itens 6.1 a 6.40 do relatório da decisão de 1ª instância reproduzido no acórdão recorrido, que os argumentos deduzidos nestes autos são, essencialmente, aqueles enfrentados no paradigma e acolhidos pelo Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto para afastar o óbice apontado na acusação fiscal. No recurso voluntário interposto nestes autos, relatou-se apenas o seguinte acréscimo feito, para confrontar as contrarrazões da PGFN apresentada nos autos do paradigma:

- ao contrário do que diz a DRJ no que concerne à acusação de não pagamento efetivo de parte do valor diferido (os R\$ 375.856.328,07), não há identidade entre a maioria dos credores e aqueles que se tornaram devedores; de um lado, os credores sempre foram os sócios vendedores, de outro, após a assunção da obrigação, a devedora passou a ser a pessoa jurídica de cujo capital participavam (de forma indireta) menos da metade dos sócios vendedores; seria inviável, portanto, a extinção da dívida por meio do instituto da confusão; ainda que assim fosse, haveria o sacrifício patrimonial e, por conseguinte, em nada prejudicaria o cômputo do montante em discussão no valor do ágio;

Em circunstâncias correlatas, esta Conselheira assim se posicionou em voto declarado no Acórdão n.º 9101-006.357:

A circunstância de os casos comparados tratarem da mesma operação realizada pelo mesmo sujeito passivo, com repercussão em vários anos calendários e, assim, objeto de lançamento em distintos autos, submetidos à apreciação de diferentes Colegiados do CARF, é um indicativo forte no sentido de as soluções distintas representarem diferentes interpretações da legislação de regência da matéria. Tal, porém, somente se confirmará se as decisões diferentes partirem de discussões sob premissas semelhantes.

E múltiplos fatores podem conduzir os Colegiados a decidir de forma diferente acerca da procedência do lançamento. Sem pretender exaurir as possibilidades, pode-se cogitar que: i) os lançamentos: i.i) sejam aperfeiçoados com o acréscimo de argumentos de reforço nas lavraturas posteriores à primeira; i.ii) sejam depreciados com exposições resumidas ou adaptações incorretas da primeira formalização; ou i.iii) refiram legislação distinta em razão da sua alteração ao longo do período no qual os efeitos tributários se verificaram; ii) as defesas também sejam aperfeiçoadas ou depreciadas ao tempo em que produzidas; iii) distintas autoridades julgadoras de 1ª instância confrontem as defesas com argumentos específicos ou até reconheçam de vícios de ofício, que motivem recursos voluntários com diferentes construções argumentativas; e iv) Colegiado de 2ª instância ignore argumentos de defesa que outro Colegiado tome como determinante para a solução distinta aplicada ao caso. Esta última circunstância, em regra, demandará atuação da parte interessada para desfazer a dessemelhança entre os cenários mediante oposição de embargos de declaração, isso se distinção não estiver consolidada por insuficiência do recurso voluntário.

Mas, um vez alinhados os cenários submetidos aos diferentes Colegiados do CARF, as distintas manifestações a partir das mesmas premissas necessariamente evidenciará divergência jurisprudencial na interpretação da legislação tributária porque a produção do ato decisório, como ato administrativo, não contempla espaço de liberdade no qual possa se situar a justificativa para diferentes respostas da Administração Tributária aos interessados. A resposta deverá, necessariamente, resultar de interpretação da legislação tributária, e isso inclusive no exercício da livre convicção prevista no art. 29 do Decreto nº 70.235/72⁷, dado tal dispositivo apenas impedir a imposição ao julgador de uma fórmula de apreciação de provas, sem representar um salvo-conduto para edição de atos decisórios imotivados.

Como visto, os casos comparados partem da mesma acusação fiscal e a abordagem diferenciada do tema no acórdão recorrido não decorreu de inovações da defesa. Em tais circunstâncias, quando os acórdãos comparados, embora partindo de acusação e defesa substancialmente semelhantes, são conduzidos por trilhas analíticas distintas, necessário se faz identificar se há aspectos materiais determinantes, em ambos os casos, para as soluções divergentes adotadas, ou se o dissídio reside na premissa processual que direcionou a análise.

O voto condutor do acórdão recorrido considera que a parcela diferida na aquisição da qual decorreu o ágio contabilizado em 01/12/2006, com pagamento previsto em 2011, não foi paga. É colocado em dúvida até mesmo o pagamento da parcela aportada pelo investidor estrangeiro para transferência às pessoas físicas alienantes, dada a existência de cláusulas suspensivas no contrato, mormente em face da recompra ocorrida em 2009, em razão da qual *substantiva parte dos valores acordados na primeira compra acabou por não ingressar no patrimônio das pessoas físicas alienantes*. Mais à frente, ao repercutir a falta de pagamento na formação do ágio BTG, o relator do acórdão recorrido adiciona que *eventual argumentação no sentido de que, perante obrigações contratuais exigíveis, sua liquidação seria uma forma de pagamento para a parte credora também não prospera diante da imposição de interpretação literal da regra que instituiu o benefício fiscal da amortização do ágio*.

As condições suspensivas acima referidas não constam, como visto, da acusação fiscal que afirma o não pagamento da parcela glosada no cálculo do ágio amortizado, possivelmente porque dizem respeito à parcela do valor de aquisição cujo pagamento não foi questionado pela autoridade fiscal. Mas é possível concluir, a partir dos elementos enunciados no voto condutor do acórdão recorrido, que o conceito de pagamento do preço ficou restrito à efetiva entrega aos alienantes e, neste ponto, o voto condutor do acórdão paradigma dele diverge

⁷ Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.

ao afirmar que *se a compra e venda se deu a prazo, no custo de aquisição se inclui o valor da obrigação contraída*, além de implicitamente negar a possibilidade de a acusação *se valer de fatos futuros para justificar eventual glosa no valor do ágio, com efeitos pretéritos*, quando enuncia a conversão de ações *em dinheiro por ocasião do resgate das ações entregues aos sócios vendedores* como aspecto desconsiderado na abordagem fiscal. Recorde-se, ainda, que o voto condutor do recorrido também pondera, em divergência com paradigma, que *eventual argumentação no sentido de que, perante obrigações contratuais exigíveis, sua liquidação seria uma forma de pagamento para a parte credora também não prospera diante da imposição de interpretação literal da regra que instituiu o benefício fiscal da amortização do ágio*.

Estes pontos, portanto, evidenciam interpretações da legislação tributária dissonantes entre os acórdãos comparados. Mas o dissídio não se resume a isso. Antes, há também divergência jurisprudencial quanto ao ponto de bifurcação que antecede a análise dos fatos entendidos como submetidos a julgamento, e que foi assim expresso como fundamento inicial do paradigma: *a impossibilidade de se discutir, nessa fase processual, a totalidade dos pagamentos realizados, sob pena de inovação e alteração dos fundamentos legais do lançamento, o que somente pode ser realizado pela autoridade lançadora e em auto de infração complementar, conforme estabelece o § 3º do art. 18 do Decreto nº 70.235/72*.

Observe-se que a Contribuinte dirige sua irresignação, em recurso especial, com esta mesma amplitude ao concluir a demonstração da divergência pontuando que:

3.8. Em suma, os precedentes ora trazidos à colação demonstram não só que **a razão de decidir, adotada pelo ACÓRDÃO RECORRIDO poderia, no máximo, justificar a glosa do ÁGIO UBS e do ÁGIO BTG quanto à parcela de R\$ 375.856.328,07**, como também a divergência jurisprudencial acerca do cômputo da integralidade do preço de aquisição para fins de determinação e amortização fiscal do ÁGIO UBS e do ÁGIO BTG, devendo ser aceito para fins de admissibilidade do presente RECURSO ESPECIAL, nos termos do art. 67 do Anexo II do Regimento Interno do CARF. *(destaque do original)*

Registre-se, por fim, que como bem exposto pelo I. Relator, o paradigma nº 1301-001.852 não tangencia diversas especificidades do caso presente e, assim, não se presta a caracterizar a divergência.

Assim, esta Conselheira concorda com a conclusão do I. Relator para CONHECER do recurso especial da Contribuinte, com base, apenas, no paradigma nº 1301-004.390, esclarecendo que a divergência se dá não só em relação à admissibilidade da parcela de R\$ 375.856.328,07 como pagamento da aquisição de 2006, como também em face do direcionamento adotado no acórdão recorrido que divergiu do paradigma acerca da possibilidade de *se discutir, nessa fase processual, a totalidade dos pagamentos realizados, sob pena de inovação e alteração dos fundamentos legais do lançamento, o que somente pode ser realizado pela autoridade lançadora e em auto de infração complementar, conforme estabelece o § 3º do art. 18 do Decreto nº 70.235/72*.

Na segunda matéria, esta Conselheira entende por NEGAR CONHECIMENTO ao recurso especial da Contribuinte porque o paradigma nº 9101-002.310 não se presta a caracterizar divergência em face da repercussão, no âmbito da CSLL, das glosas aqui discutidas.

Tal dissídio jurisprudencial somente teria utilidade se concebido sob a ótica de dedutibilidade das amortizações na base de cálculo da CSLL, ainda que firmada a indedutibilidade no âmbito do IRPJ. Isto porque, sem esta autonomia, subsistiriam os fundamentos aqui expressos, em razão da especificidade das operações analisadas, para

indedutibilidade no âmbito do IRPJ, como diferenciais para caracterização do dissídio apenas sob a ótica das regras de apuração da base de cálculo da CSLL.

Arguição semelhante já teve seu conhecimento negado por este Colegiado nos termos do voto vencedor desta Conselheira no Acórdão n.º 9101-006.049⁸:

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

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

Decisão recorrida:

REFLEXO NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL.

Deve ser anulada contabilmente a amortização de ágio que, após interposição de empresa veículo que dissimula o real adquirente, surge sem substância econômica no patrimônio da investida.

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

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

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

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

Não há ementa correspondente a essa matéria.

[...].

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

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

26. Enquanto a decisão recorrida entendeu que, para fins da CSLL, deve ser anulada contabilmente a amortização de ágio que, após interposição de empresa veículo que dissimula o real adquirente, surge sem substância econômica no patrimônio da investida, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos n.ºs 9101-002.310, de 2016, e 1103-00.630, de 2012) decidiram, de modo diametralmente oposto, que inexistente previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial (primeiro acórdão paradigma) e que não há previsão legal para a indedutibilidade dessas despesas, tal como é preceituada para o lucro real, pelo art. 25 do Decreto-Lei n.º 1.598/77 (segundo acórdão paradigma).

Como se vê, a premissa do acórdão recorrido é no sentido de que uma ativo que surge sem substância econômica no patrimônio da investida, porque mantido sob a titularidade do real adquirente, não pode gerar amortização que afete o lucro contábil,

⁸ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca (suplente convocado) e Andrea Duek Simantob (Presidente em exercício), e divergiram na matéria os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli e Alexandre Evaristo Pinto.

ensejando a glosa reflexa na base de cálculo da CSLL. Já o primeiro paradigma analisou lançamento no qual a amortização do ágio foi adicionada na base de cálculo do IRPJ, porque o investimento permanecia no patrimônio do investidor, e a autoridade lançadora exigiu que a mesma adição fosse promovida na base de cálculo da CSLL.

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

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

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

À semelhança do que apontado na negativa de conhecimento do recurso especial da PGFN, o paradigma apresentado pela Contribuinte foi editado em face de cenário jurídico distinto do presente, correspondente à exigência de adição, à base de cálculo da CSLL, de amortizações de ágio adicionadas ao lucro real em razão de determinação legal não analisada nestes autos.

Assim, não há dissídio jurisprudencial que demande manifestação deste Colegiado de forma autônoma acerca da exigência da CSLL, devendo subsistir os efeitos reflexos como afirmado no acórdão recorrido, no sentido de que *as regras da amortização do ágio se aplicam também para a CSLL*.

Por fim, retornando às glosas de amortização dos ágios UBS e BTG, o recurso especial da Contribuinte também teve seguimento no tópico *Da improcedência das considerações secundárias do acórdão recorrido quanto ao ágio UBS e ao ágio BTG (obiter dictum) e da caracterização de divergência jurisprudencial também quanto à matéria*, novamente em face do paradigma n.º 1301-004.390, e neste último ponto também com base no paradigma n.º 1201-003.693. Embora tendo obtido, em face dos embargos opostos, a resposta de que *a estrutura adotada na compra do BANCO PACTUAL foi considerada irrelevante para decisão*, a Contribuinte suscitou divergência jurisprudencial quanto à eventual inexistência de *propósitos extrafiscais legítimos* para utilização de UBS Participações na referida estrutura, com base no paradigma n.º 1301-004.390. Na mesma linha, defendeu ser regular a amortização do ágio BTG *ainda que tivesse havido o uso de empresas veículo*, assim invocando o paradigma n.º 1201-003.693.

Este segundo tópico guarda correspondência com o litígio apreciado no precedente antes citado, no qual foi conhecida divergência jurisprudencial suscitada pela PGFN acerca *Da ausência de propósito negocial da UBS Participações. Empresa Veículo*, com base no paradigma n.º 1103-001.102. No precedente também foi demonstrada divergência jurisprudencial suscitada pela Contribuinte, na matéria *amortização de ágio – empresa-veículo – ausência de “confusão patrimonial”*, igualmente com base o paradigma n.º 1201-003.693, mas que restou não conhecida porque, na ótica desta Conselheira⁹, subsistiria fundamento autônomo consistente na ausência de prova da fundamentação do ágio em rentabilidade futura.

Relevante atentar, porém, para a alegada resposta a embargos da Contribuinte, no sentido de que *a estrutura adotada na compra do BANCO PACTUAL foi considerada irrelevante para decisão*. O exame de admissibilidade compreendeu que haveria dissídio jurisprudencial neste ponto porque:

Embora o acórdão recorrido tenha dado ênfase à questão da inexistência de efetivo pagamento na aquisição do investimento (matéria tratada na primeira divergência examinada neste despacho), ele também fez considerações sobre a estrutura societária envolvida nas operações, conforme indicam os seguintes trechos do voto que orientou essa decisão:

[...]

A interpretação literal para a formação da norma conduz ao entendimento de que o ágio a ser amortizado é aquele surgido nos termos do que previu o artigo 20 do Decreto-Lei n.º 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.

Em termos econômicos, tal como era antes regulado no âmbito do artigo 34 daquele mesmo Decreto-Lei, trata-se de permitir, em razão da confusão patrimonial estabelecida, a dedução da perda de capital que era do investidor (só que, agora, garantindo-se sua expressão na totalidade do ágio contabilizado). Por isso, há que se exigir a presença do **real investidor** no evento da incorporação, melhor dizendo, quem efetivamente suportou a perda de capital através de um inequívoco sacrifício patrimonial. Requer-se, assim, a participação do real investidor e a existência do efetivo pagamento.

[...]

Conforme o relato, consta que a empresa suíça UBS AG efetivamente aportou os recursos para o pagamento da parcela imediatamente transferida para o fundo de investimentos através de uma operação de aumento de capital na sua subsidiária no Brasil (a UBS PARTICIPAÇÕES). Com isso, a sua participação nessa empresa passou de R\$ 999,00 para R\$ 2.045.685.176,00. Relativamente à parcela diferida (no valor de R\$ 3.205.680.000,00), contudo, não houve aporte de recursos para o País. A dívida, prevista para ser liquidada somente em 2011, foi repassada para uma outra empresa do Grupo (a UBS INVESTIMENTOS). Em contrapartida, registrou-se um correspondente aumento de capital desta última naquela outra. Assim, a UBS INVESTIMENTOS assumiu a dívida da parcela diferida, mas se tornou a controladora da UBS PARTICIPAÇÕES.

[...]

⁹ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luciano Bernart, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Viviani Aparecida Bacchmi e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício), mas todos Conselheiros acompanharam o relator Gustavo Guimarães da Fonseca pelas conclusões quanto ao conhecimento do recurso especial da Contribuinte.

Em sua defesa, a contribuinte ainda alega que a interposição da UBS PARTICIPAÇÕES não propiciou economia fiscal diferente daquela que seria obtida se a aquisição tivesse sido feita diretamente pela sociedade através da qual o Grupo UBS atuava no Brasil desde 1983 (o Banco UBS). Ora, se a aquisição tivesse sido realizada por essa sociedade e se os recursos utilizados tivessem sido efetivamente direcionados para as pessoas físicas alienantes, não há dúvidas de que a amortização realizada depois de ocorrido um dos eventos citados na lei (incorporação, cisão ou fusão) seria legítima. O problema é que não foi isso o que aconteceu.

[...]

Por outro lado, não se pode concordar com a alegação de que os atos envolvendo a UBS INVESTIMENTOS são neutros porque a razão da sua existência estaria meramente ligada a problemas relacionados com o registro de investimento em moeda estrangeira. Pois, se o objetivo era evitar que as futuras transferências para a realização dos pagamentos diferidos fossem desqualificadas da condição de investimento no BACEN, a própria UBS PARTICIPAÇÕES poderia cumprir esse papel. Não haveria necessidade de se constituir uma outra holding no País nem lhe repassar a dívida. Nesse aspecto, a UBS INVESTIMENTOS revelou-se, sim, como uma **empresa veículo** utilizada com o propósito preponderante de possibilitar a futura amortização do ágio. Afinal, a UBS PARTICIPAÇÕES já tinha o seu destino traçado (ser incorporada pela recorrente) e pareceria ainda mais artificial a presença da dívida diferida no patrimônio da própria empresa investida.

(destaques acrescidos)

Conforme já mencionado anteriormente, o Acórdão paradigma nº 1301-004.390 examinou a mesma operação societária dos presentes autos, com diferença apenas em relação aos anos-calendários da autuação, e chegou à conclusão oposta sobre a dedutibilidade do ágio em questão.

Realmente, no caso desse paradigma, em sede de embargos de declaração, consta a informação de que foi sanado um erro de fato, baseado na premissa equivocada de que a UBS INVESTIMENTOS tinha se tornado controladora da UBS PARTICIPAÇÕES, e a partir disso desenvolveu-se toda uma argumentação para o reconhecimento da dedutibilidade do ágio.

Já o segundo paradigma, Acórdão nº 1201-003.693, também em posição contrária ao recorrido, rejeita a figura do “real adquirente” (ou “real investidor”) e entende que o aproveitamento fiscal de ágio pode ser regular ainda que tenha havido o uso de empresas veículo sem finalidade negocial, de modo que ele também serve à caracterização da divergência.

Desse modo, proponho que seja DADO SEGUIMENTO ao recurso especial em relação à divergência tratada no presente tópico.

O último parágrafo mencionado na transcrição acima é o mesmo confrontado nos embargos rejeitados pelo Presidente do Colegiado *a quo*, nos seguintes termos:

b) Omissão quanto aos efeitos fiscais de UBS Participações

Neste tópico (denominado como “omissão” pela Embargante), o argumento trazido diz respeito, novamente, à suposta ocorrência de **erro** e **contradição** no acórdão, decorrentes da tese de que o TVF “jamais vinculou a existência de UBS INVESTIMENTOS ao aproveitamento fiscal do ÁGIO UBS, mas sim à economia fiscal que o GRUPO UBS poderia obter em eventual venda de PACTUAL (melhor dizendo, da venda de UBS/PACTUAL)”.

O trecho questionado é o seguinte:

Por outro lado, não se pode concordar com a alegação de que os atos envolvendo a UBS INVESTIMENTOS são neutros porque a razão da sua existência estaria

meramente ligada a problemas relacionados com o registro de investimento em moeda estrangeira. Pois, se o objetivo era evitar que as futuras transferências para a realização dos pagamentos diferidos fossem desqualificadas da condição de investimento no BACEN, a própria UBS PARTICIPAÇÕES poderia cumprir esse papel. Não haveria necessidade de se constituir uma outra holding no País nem lhe repassar a dívida. Nesse aspecto, a UBS INVESTIMENTOS revelou-se, sim, como uma empresa veículo utilizada com o propósito preponderante de possibilitar a futura amortização do ágio. Afinal, a UBS PARTICIPAÇÕES já tinha o seu destino traçado (ser incorporada pela recorrente) e pareceria ainda mais artificial a presença da dívida diferida no patrimônio da própria empresa investida.

Mais uma vez se constata que a interessada considera como “erro” ou “contradição” uma manifestação do voto condutor em sentido diverso de sua pretensão, sob o argumento de que tal posição discreparia entendimento da fiscalização.

Contudo, nos parágrafos **imediatamente anteriores** ao ora questionado pela Embargante (e por ela omitidos) o voto condutor contesta os argumentos relativos à UBS Participações, nos seguintes termos:

Outra alegação, desta feita de caráter mais relevante, **é a de que havia a necessidade de cumprir norma regulatória do Conselho Monetário Nacional (CMN)**. Como essa norma exige que as participações societárias diretas que impliquem controle nas instituições financeiras brasileiras somente podem ser detidas por pessoas físicas ou instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN, **não haveria possibilidade de a aquisição ser feita por sociedades com as características da UBS AG**. Junta, inclusive, pareceres de ilustres personalidades do setor financeiro no sentido de corroborar esse entendimento.

Nada obstante, essa argumentação, no máximo, atesta a existência de um propósito negocial para a intermediação da empresa UBS PARTICIPAÇÕES. Poderia até contribuir para afastar a acusação de que o Grupo UBS utilizou-se de uma empresa veículo para o posterior aproveitamento do ágio (um dos fundamentos utilizados pela fiscalização e chancelado pela instância *a quo* mesmo após a justificativa apresentada na impugnação).

Porém, **independente da existência de propósito negocial e mesmo que a intermediação da empresa UBS PARTICIPAÇÕES neste caso se assemelhe àquela exceção subentendida no âmbito do PND, isso não muda o fato de não ter havido o efetivo pagamento às pessoas físicas alienantes antes da constituição do ágio**.

Verifica-se que, para o voto condutor, o fundamento determinante para a questão foi a inexistência de efetivo pagamento às pessoas físicas alienantes, independentemente da estrutura societária utilizada, razão pela qual também não há como acolher os argumentos formulados pela Embargante. (*destaques do original*)

Recorde-se que como expresso na análise da primeira divergência suscitada pela Contribuinte, a premissa, a partir da resposta dada para rejeição dos embargos, era de que, apesar de discordar da existência de efetivo pagamento de outras parcelas da aquisição, a decisão do Colegiado *a quo* se prestaria a confirmar, apenas, a falta de pagamento da parcela apontada na acusação fiscal. Assim, embora este fosse um *fundamento determinante* para a decisão do Colegiado *a quo*, ele não seria suficiente para a manutenção da integralidade das glosas promovidas. Isto ao menos em relação ao ágio UBS, pois da acusação fiscal é possível inferir que a exclusão da parcela não paga infirmaria apenas o ágio adicional surgido na recompra em 2009 (ágio BTG).

De outro lado, nota-se que a arguição apreciada em sede de embargos dizia respeito a *ocorrência de erro e contradição no acórdão, decorrentes da tese de que o TVF “jamais vinculou a existência de UBS INVESTIMENTOS ao aproveitamento fiscal do ÁGIO*

UBS, mas sim à economia fiscal que o GRUPO UBS poderia obter em eventual venda de PACTUAL (melhor dizendo, da venda de UBS/PACTUAL)”. Ou seja, a pretensão da Contribuinte poderia ser desvincular a questão acerca da interposição de UBS Investimentos do debate quanto à inexistência de prova do pagamento em referência, e a resposta aos embargos foi destacar a conclusão do recorrido no sentido de que a interposição de UBS Participações não era suficiente para equivaler a operação àquelas realizadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização, porque não provado o pagamento, de onde se pode inferir que a indedutibilidade das amortizações se justificaria, inclusive, em face dos efeitos da interposição de UBS Investimentos.

Em verdade, do exposto constata-se que as duas questões estão imbricadas, e a abordagem acerca da interposição de empresas-veículo no recorrido não pode ser classificada, propriamente, como *obiter dictum*, mas sim como um argumento adicional que demandaria desconstituição para reversão do acórdão recorrido, caso a objeção ao pagamento do preço fosse superada. Por sua vez, o paradigma n.º 1301-004.390 enfrentou ambas questões, admitindo a amortização fiscal do ágio, e assim divergindo do recorrido.

Anote-se, ainda, que não se vislumbra, no recorrido, decisão convergente com o paradigma no acolhimento, pelo voto condutor do acórdão recorrido, de UBS Participações como interposta que assemelharia o presente caso às operações no âmbito do Programa Nacional de Desestatização, porque houve irresignação contra a interposição de UBS Investimentos, a indicar a inadmissibilidade da amortização do ágio em tais circunstâncias, mormente diante da resposta aos embargos que limitou os efeitos da abordagem acerca da falta de pagamento à parcela indicada como viciada neste ponto pela acusação fiscal.

Já com respeito ao ágio BTG, vê-se no voto condutor do acórdão recorrido que, para além da replicação dos efeitos de falta de prova de pagamento na formação deste ágio – aspecto que está contrastado na primeira divergência admitida -, houve discordância manifestada quanto à interposição de pessoa jurídica – agravada pela existência de uma segunda *holding* - para substituir adquirentes nacionais, distintamente do que admitido em relação ao ágio COPA, no qual os adquirentes eram estrangeiros. De outro lado, diversamente do verificado por esta Conselheira no precedente n.º 9101-006.790, aqui a fundamentação do ágio em rentabilidade futura foi validada pelo Colegiado *a quo* e, por esta razão, não representaria fundamento inatacado a impedir a caracterização do dissídio jurisprudencial. Veja-se o que consta no voto condutor do acórdão recorrido, depois de firmada a inexistência de pagamento:

Assim, assiste razão à fiscalização quando aponta a inexistência de pagamento efetivo como um dos fundamentos da infração. Eventual argumentação no sentido de que, perante obrigações contratuais exigíveis, sua liquidação seria uma forma de pagamento para a parte credora também não prospera diante da imposição de interpretação literal da regra que instituiu o benefício fiscal da amortização do ágio. Há o requisito do efetivo pagamento. O negócio jurídico envolvendo a aquisição de participação societária (que motivaria o registro do ágio), da forma como foi engendrado, não se revela oponível ao Fisco.

Quanto à questão da utilização de empresa veículo, a recorrente faz referência à decisão de primeira instância proferida nos autos do processo n.º 16682.722995/2015-66, que reconheceu a lógica e conveniência da estrutura adotada.

Com efeito, não constatei nos autos nenhuma acusação acerca da procedência dos recursos utilizados pela BTG INVESTIMENTOS para o pagamento das duas parcelas acima referidas (R\$ 3.302.872.306,41 e R\$ 4.226.251,33). No entanto, a própria recorrente admite que os reais adquirentes eram as pessoas físicas detentoras do Grupo BTG. Confirma-se, nesse sentido, o seguinte trecho da sua impugnação.

6.20) Os investimentos dos SÓCIOS VENDEDORES no antigo Banco Pactual S.A. sempre foram estruturados por meio de *holding*, seja para viabilizar o exercício do controle do banco, seja para viabilizar a compra e venda de ativos variados pelo Grupo BTG, como é comum ocorrer em grupos do gênero.

6.21) Por isso, durante pelo menos os dez anos que precederam sua venda ao GRUPO UBS, o antigo Banco Pactual S.A. era controlado por PACTUAL S.A. que, por sua vez, tinha como acionistas diretos duas *holdings* - a NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA. e PACTUAL HOLDINGS S.A. -, sociedades estas que agrupavam as diversas pessoas físicas que participavam de forma indireta do banco, quais sejam, os SÓCIOS VENDEDORES. Assim, nada mais lógico que, ao decidirem recomprar o IMPUGNANTE, o GRUPO BTG o fizesse através de estrutura semelhante à anteriormente existente.

6.22) A criação de *holdings* - pelo menos de uma - para figurar como adquirente do IMPUGNANTE se impunha, pois seria inviável, na prática, a participação individual de 32 pessoas físicas no seu capital, seja porque as regras de controle precisariam ser previamente definidas mediante a interposição de ao menos uma *holding*, seja porque as obrigações assumidas junto ao GRUPO UBS e aos SÓCIOS VENDEDORES precisariam estar concentradas em uma única entidade. Em outras palavras, mais do que por mera conveniência, a utilização de ao menos uma *holding* para readquirir o controle do IMPUGNANTE era essencial.

(grifei)

Ora, se as pessoas físicas detentoras do Grupo BTG eram as reais adquirentes é bem provável terem sido elas que aportaram os citados recursos. De qualquer sorte, a BTG INVESTIMENTOS havia sido recém constituída e não dispunha de qualquer participação em outros negócios que pudessem auferir recursos próprios. Inexiste também evidências de que esses recursos tenham sido obtidos com terceiros. Além disso, se os reais adquirentes eram pessoas físicas residentes no País, o caso também não se assemelha com àquela exceção subentendida no âmbito do PND. **Por isso, considero que houve, sim, a intermediação de uma empresa veículo com o propósito preponderante da economia tributária. A alegação de que seria inviável a participação de 32 pessoas físicas no capital da empresa investida não me convence. O negócio poderia ter sido concretizado e, depois, se necessário, constituída a holding.**

Ademais, **aqui também surge a figura de uma segunda holding** (a BTG PARTICIPAÇÕES II). Essa empresa, constituída na mesma data que a BTG INVESTIMENTOS, logo tornou-se sua controladora e acabou por assumir parte das obrigações vinculadas ao preço de recompra da recorrente. Como já anunciado, sua atuação na recompra totalizou o valor de R\$ 1.141.468.318,60 (vide Tabela 13). Isto incluiu a supramencionada operação envolvendo a emissão de suas ações para pessoas físicas alienantes da primeira compra, parte dos depósitos para as pessoas físicas e uma transferência para uma empresa do Grupo UBS no exterior.

Portanto, ainda que se considerasse a UBS INVESTIMENTOS como real investidora, nem todo o preço da recompra teria sido por ela suportado.

Com relação à questão do laudo, reporto-me às considerações externadas no tópico anterior. Neste caso, a recorrente também alegou (na impugnação) que juntava o estudo interno realizado pelo Grupo BTG antes da aquisição de suas ações, bem como tradução juramentada dos mesmos. Destarte, este, por si só, não seria o motivo para afastar a infração.

Nada obstante, pelas outras razões antes desvendadas, mantenho a glosa das amortizações do “ágio BTG”. (negrejou-se)

Assim, valem aqui os fundamentos expressos por esta Conselheira em voto declarado no precedente n.º 9101-006.790 para admitir caracterizada a divergência em face do paradigma n.º 1201-003.693:

Na matéria *amortização de ágio – empresa-veículo – ausência de “confusão patrimonial”*, a Contribuinte questiona a condução do acórdão recorrido sob o entendimento de que *BTG INVESTIMENTOS seria um mero veículo, interposto entre BTG PARTICIPAÇÕES e UBS/PACTUAL com o fim exclusivo de propiciar o aproveitamento fiscal do ÁGIO BTG mediante uma “artificial ‘confusão patrimonial’ entre investida e investidora”*.

No paradigma n.º 1201-003.693 vê-se no relatório, de partida, a referência a uma operação com circunstâncias ausentes neste caso. Veja-se:

7. Nesta verificação fiscal foi constatado que, em vez da simples aquisição direta da Medley 50 pela Sanofi-Aventis Participations, controladora do grupo situada na França, houve a utilização por parte do grupo Sanofi-Aventis de uma complexa reorganização societária para essa aquisição, envolvendo empresas de passagem, custo de aquisição inflado por aumento de capital e a divisão da Medley 50 entre essas empresas de passagem. Tudo para dar uma aparência legítima ao aproveitamento da amortização do ágio, já inchado, como despesa dedutível.

[...]

4. Antes da transação objeto do presente processo administrativo, o capital social da Medley 50 era integralmente detido pela Lotpar.

5. Em 14/03/2009 a holding operacional do Grupo Sanofi no Brasil (Sanofi-Aventis Comercial e Logística Ltda. - SACL) constituiu: (i) a Recorrente (à época SACP); e (ii) a Sanofi 10 Ind ou SAIP. Segundo a Recorrente, as empresas foram constituídas com o objetivo de permitir a segregação das atividades desenvolvidas pela Medley em duas empresas distintas: uma com foco comercial e outra com foco industrial.

[...]

7. Em 07/04/2009 foi assinado o Contrato de Compra e Venda de Ações (doc. n.º 2 da Impugnação – fls. 5.351/5.389), pelo qual a Recorrente (à época SACP) e a SAIP se comprometeram a adquirir da Lotpar 100% das ações existentes e de novas ações de emissão da Medley pelo valor total de R\$1.499.999.999,46, sendo R\$ 955.330.721,46 pagos à Lotpar e R\$ 544.669.278,00 pagos para a própria Medley para aquisição de ações de sua própria emissão.

8. Na data do fechamento, 27/04/2009, a parcela do preço de aquisição pago à Lotpar foi dividida da seguinte forma: (i) a Recorrente (à época SACP) pagou R\$ 859.797.649,31 para aquisição de 90% das ações; e (ii) a SAIP pagou R\$ 95.533.072,15 para aquisição de 10% das ações.

9. Já a parcela do preço de aquisição paga para a Medley pela emissão de suas ações foi segregada da seguinte forma: (i) a Recorrente (à época SACP) pagou R\$ 490.202.350,00 (90%); e (ii) a SAIP pagou R\$ 54.466.928,00 (10%). Tal pagamento também ocorreu na data do referido fechamento, por meio de aumento do capital social da Medley no valor total de R\$ 544.669.278,00.

10. Após a aquisição, a SACP e a SAIP apuram ágio no valor de R\$ 1.464.045.705,80, valor este que sofreu ajustes em razão de obrigações (chamados de ajustes earn-outs) firmadas no Contrato de Compra e Venda para o pagamento de preço de aquisição adicional em benefício da Lotpar, totalizando R\$1.488.368.841,02. A estrutura após a aquisição pode ser assim demonstrada:

[...]

11. Em 30/11/2009 a Medley foi objeto de cisão, tendo havido a incorporação do acervo líquido cindido (ativos e passivos relativos à área comercial da Medley - 90% do total) na Recorrente (à época SACP), conforme resume o seguinte quadro:

[...]

12. Em 30/12/2009, a Medley (que então apenas detinha os ativos e passivos relacionados à atividade industrial dos negócios Medley - 10% do total) incorporou a SAIP, passando a estrutura a ser assim representada:

[...]

13. Posteriormente (em julho de 2014), a Recorrente (antiga SACP/MCL) incorporou a empresa Medley Indústria Farmacêutica (MIF), concentrando a dedução das duas parcelas do ágio para fins fiscais.

14. A fiscalização, contudo, considerou a amortização do ágio indedutível, o que ensejou a glosa dessas despesas, uma vez que:

(i) o demonstrativo acerca do fundamento econômico do ágio teria sido feito em momento posterior à aquisição, descumprindo, assim, o requisito previsto no artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/1977 (cf. fls. 5.192 e seguintes) :

[...]

(ii) houve indevida incorporação de parcela de mais valia de ativo no cálculo do ágio (cf. fls. 5.194/5.195):

[...]

(iii) houve improbidade de se contabilizar ágio na operação de aumento de capital (R\$ 544.669.278,00),:

[...]

(iv) houve utilização indevida de empresa-veículo para o surgimento do ágio, sendo a real adquirente a controladora do grupo domiciliada na França (cf. fls. 5.207 e seguintes):

[...]

O outro Colegiado do CARF manteve a glosa das despesas com a amortização do ágio referente às parcelas do aumento de capital (R\$ 544.669.278,00) e do valor total da mais valia atribuído a determinados ativos (R\$ 35.040.000,00). A decisão invocada pela Contribuinte diz respeito à outra parcela admitida, razão pela qual o aprofundado estudo do voto do relator no paradigma, Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, deve ser analisado no que concerne, especificamente, à parcela do ágio cuja dedução fiscal foi admitida no paradigma. Neste sentido são os seguintes trechos de seu voto:

179. E apenas para melhor elucidar os fatos, a glosa da amortização do ágio na aquisição da Medley pela Sanofi foi levada a cabo em razão dos seguintes argumentos: (i) intempestividade do demonstrativo do fundamento econômico do ágio, pois feito em momento posterior ao da aquisição; (ii) uso indevido (ou simulado) de empresas veículos, sem propósito econômico, para permitir a dedução do ágio; e (iii) ausência de confusão patrimonial entre real investidor (Sanofi França) e empresa investida.

180. Subsidiariamente, a fiscalização ainda questiona o valor do ágio propriamente dito, sob a alegação de que o contribuinte (iv) não poderia ter computado os valores referentes às operações de aumento de capital; e (v) deveria ter excluído o valor da mais valia indicado no laudo que foi apresentado como parâmetro para definir o preço ajustado e pago.

[...]

198. A licitude ou ilicitude de atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de gerar economia fiscal deve ser aferida com base em critérios

previstos exclusivamente na lei e não por motivos pessoais, ideologias, crenças ou importação de teorias alienígenas, sob pena de violação à livre iniciativa e estrita legalidade, princípios estes que, não custa repetir, além de nortear a tributação, constituem valores que foram garantidos no nosso ordenamento.

[...]

202. Nesse caso concreto, a fiscalização acabou entendendo, a passos tortos, que o aproveitamento fiscal do ágio na verdade restaria prejudicado em função de uma simulação pela “interposição” de empresas veículos, que teriam figurados apenas na aparência, pois carentes de propósito ou substância.

203. E no contexto dos planejamentos tributários, a figura da simulação cada vez mais merece destaque, afinal ela está inserida como principal limite do que pode ou não pode ser considerado eficaz aos olhos do Direito.

[...]

224. Feitas essas considerações, fato é que a existência ou não de adoção de estrutura simulada depende dos elementos probatórios existentes em cada situação fática. Apenas com a reunião de indícios precisos e que se convergem para uma convicção segura de que houve simulação é que o ônus da prova em favor do fisco resta cumprido.

225. Nessa situação particular, a simulação da SAIP e SACP, tida por sociedades veículo, foi motivada essencialmente pelo fato delas servirem como mera passagem para permitir a dedução fiscal do ágio.

226. Considerando esse cenário, a questão que se coloca é a seguinte: a SAIP e SACP, ainda que constituídas para serem logo depois incorporadas, têm causa jurídica? Ou seja, o Direito permite que uma empresa não operacional tenha pouca duração e/ou uma única finalidade?

227. Ora, tratam-se de holdings, isto é, sociedades que possuem por objeto social justamente a participação em outras empresas, em conformidade com o comando previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/76 a seguir transcrito:

[...]

232. De fato, a SACP e SAIP atuaram em plena conformidade com as regras societárias positivadas. Não há, ao contrário do que quer fazer crer a autoridade autuante, ilusão negocial ou mera aparência sobre a existência e finalidade destas empresas. E qual foi a finalidade? Ora, foi a de permitir a aquisição e a alocação do investimento com ágio em uma duas pontas, uma de cunho industrial e a outra de cunho comercial, de forma a reunir as condições necessárias para o aproveitamento fiscal posterior do ágio.

233. O § 3º, do artigo 2º, da Lei nº 6.404/76 acima transcrito, aliás, reconhece o direito, inclusive, de uma sociedade ser constituída para beneficiar-se de incentivos fiscais, o que a meu ver ratifica a regularidade das empresas ora em análise, ainda que taxadas vulgarmente de empresas de gaveta ou de prateleira.

[...]

235. **Ademais, cumpre observar que pela impossibilidade do controlador do grupo Sanofi (empresa domiciliada na França) e pela falta de interesse da holding operacional (SACL) fazerem uma incorporação direta, optaram, dentro do direito de livre iniciativa, por se valer de duas holdings para instrumentalizar toda a operação, como admitido pela lei societária e não proibido pela lei fiscal.**

236. Nesse estado de coisas, não vejo nenhuma divergência ou contradição entre a vontade das partes e os negócios por ela firmados. Não há declaração enganosa. Não há negócio vazio de conteúdo. Não há negócio aparente ou dissimulado. Pelo contrário, aquilo que foi declarado pelas partes foi de fato realizado.

237. Também não houve incompatibilidade entre os instrumentos jurídicos utilizados e seus respectivos tipos. **A SACP e SAIP cumpriram sua finalidade jurídica (causa) de participar em uma outra sociedade, ainda que por pouco tempo e com uma finalidade determinada pelos sócios**, razão pela qual descarto definitivamente a ocorrência de simulação.

[...]

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

241. Sustenta ainda a fiscalização, com amparo da DRJ, e inclusive na mesma linha das decisões mais recentes da CSRF (por voto de qualidade), que **a ausência de confusão patrimonial entre o real adquirente (ou seja, a empresa que assumiu o ônus econômico do pagamento do ágio) e a investida** impediria a dedução fiscal, afinal esta confusão constitui um requisito legal que não foi observado pelo contribuinte.

242. Com a devida vênia, a tese do “real adquirente” ou “ausência de confusão patrimonial **entre a pessoa jurídica que fornece os recursos para a aquisição e a investida**”, não tem amparo na lei. Trata-se de interpretação que fere o mais basilar princípio de direito, que é a legalidade, fazendo com que o Executivo indevidamente negue o que o Legislador autorizou, o que é inadmissível no ordenamento jurídico vigente.

[...]

244. Não obstante a deficiência da própria terminologia da tese fazendária (real adquirente), reitero que o intérprete deve (ou deveria) abandonar crenças e rótulos e construir o comando legal a partir da linguagem da lei fiscal e o respectivo arquétipo do tributo.

245. E o que diz o texto legal? Conforme visto, a lei prescreve 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)

[...]

248. Relativamente ao destinatário da norma de dedução do ágio, **o Legislador conferiu este direito à pessoa jurídica que detém o investimento adquirido com ágio**, linguagem esta que revela justamente algo que pode ser passageiro. Se a intenção fosse limitar o tratamento fiscal a um sujeito determinado, a lei teria que ter restringido.

249. Ora, a utilização da expressão “na qual detenha participação societária adquirida” pela lei, a bem da verdade, conferiu ao contribuinte a liberdade de transferir o ágio por todos os meios admitidos, de forma que a sua dedução possa ser feita por quem o detinha no evento de incorporação ou pela investida na incorporação reversa, e não somente por quem pagou ou assumiu o ônus financeiro do preço.

[...]

255. Posto isso, a minha opinião é a de a tese do “real adquirente” ou “confusão patrimonial entre real investidor e investida” não encontra amparo na lei e não tem o condão de afastar o direito da Recorrente de aproveitar fiscalmente o ágio. *(destacou-se)*

Os trechos em destaque evidenciam que este segundo paradigma interpreta a legislação tributária para superar a objeção fiscal à caracterização, como adquirente, daquele que detém o investimento na condição de sociedade *holding* constituída para assim figurar e superar o desinteresse dos ditos reais adquirentes em incorporar a adquirida. Distintamente do vislumbrado pelo I. Relator, esta Conselheira compreende que, à

semelhança do presente caso, no paradigma há um adquirente estrangeiro (lá SANOFI, aqui BTG INVESTMENTS LP), impossibilitado de promover a incorporação que permitiria o posterior aproveitamento do ágio, bem como uma segunda *holding* interposta, com razões extratributárias, no caso do paradigma para ser a *holding* operacional (SACL), e que se aproxima da *holding* BTG Participações, necessária por ser *inviável, na prática, a participação individual das pessoas físicas no capital do Banco*. Assim, embora distintas as razões tributárias para constituição de duas *holdings*, a falta de propósito específico para SACP e SAIP no paradigma, e para BTG Participações no recorrido apresenta similitude suficiente no que importa às distintas interpretações da mesma legislação tributária, concernente ao conceito de adquirente da participação societária e titular para amortização do ágio pago.

[...]

Assim, na primeira matéria o dissídio jurisprudencial restaria demonstrado em face do paradigma nº 1201-003.693. (*destaques do original*)

Conclui-se, do exposto, que, mesmo se validado o pagamento não reconhecido no acórdão recorrido, a amortização fiscal do ágio permaneceria inadmitida pela interposição de empresas-veículo com finalidade exclusivamente tributária, em contexto distinto do admitido no âmbito do Programa Nacional de Desestatização, nas duas fases da operação questionada. Na medida em que os paradigmas nº 1301-004.390 e 1201-003.693 indicam posições divergentes proferidas por outros Colegiados do CARF acerca de interposições de pessoas jurídicas em circunstâncias semelhantes, esta Conselheira entende por CONHECER do recurso especial da Contribuinte na matéria *Da improcedência das considerações secundárias do acórdão recorrido quanto ao ágio UBS e ao ágio BTG (obiter dictum)*.

Por todo o exposto, o recurso especial da Contribuinte deve ser CONHECIDO PARCIALMENTE, excluída a matéria *Da divergência jurisprudencial quanto ao argumento autônomo do recorrente para fins de CSL* e admitidas as matérias *Do pagamento do preço de aquisição do banco pactual e de UBS/PACTUAL para fins de determinação e amortização fiscal do ágio UBS e do ágio BTG e Improcedência das considerações secundárias do acórdão recorrido quanto ao ágio UBS e ao ágio BTG (obiter dictum)*.

No mérito da primeira divergência suscitada pela Contribuinte - *Do pagamento do preço de aquisição do banco pactual e de UBS/PACTUAL para fins de determinação e amortização fiscal do ágio UBS e do ágio BTG*, esta Conselheira compreende que houve inovação nas razões de decidir expressas no recorrido, devendo ser afastadas as ocorrências que, não citadas na acusação fiscal especificamente neste ponto, prestaram-se a colocar em dúvida o pagamento da parcela questionada e de outras parcelas da aquisição promovida em 2006.

A acusação fiscal menciona a existência, na aquisição de 2006, de uma *dívida de pagamentos diferidos de R\$ 3.205.680.000,00, quitada somente na recompra do contribuinte pelo CCV/2009*, mas circunscreve a glosa à parcela de R\$ 375.856.328,07 que, subsistente até a recompra em 2009, *foi quitada pelos sócios retornantes, mediante emissão de ações de BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S/A, destinando-se 90% desse valor à Reserva de Capital – Ágio dessa empresa*.

Assim, não foram apenas as cláusulas suspensivas vinculadas à parcela diferida que motivaram a glosa, mas sim a reversão desta parcela de R\$ 375.856.358,07 por ocasião da recompra das ações em 2009.

Para melhor compreender o litígio acerca deste aspecto, vale observar que no primeiro lançamento, objeto do Acórdão nº 1103-001.102, constou no final do relatório da acusação fiscal que:

[...]

- o montante denominado “Valor do Pagamento Diferido” no Contrato de Compra e Venda (Cláusulas 1.3 e 1.4) representava um compromisso assumido pelo UBS AG (Suíça), que dependia de eventos futuros, de forma que não poderia ser determinado na data de aquisição (1/12/06);

[...]

- da interpretação das cláusulas do Contrato de Compra e Venda de Ações, conclui-se que “...os compromissos futuros assumidos (‘Valor do Pagamento Diferido’) no contrato de compra e venda inicial datado de 09 de maio de 2006 foram renegociados, e, portanto, o ágio registrado na data de aquisição, ou seja, 01/12/2006, que à época teve como contrapartida um contas a pagar de R\$3.205.680.000,00 (US\$1,480 bilhão) não foi pago, conforme comprovado na fórmula acordada entre as partes, prevista na cláusula 1.2 – Pagamento no Fechamento.”.

A respeito de tal infração, conclui-se:

[...]

Enfatizamos, novamente, que a parcela do ágio efetivamente pago, após o seu registro contábil inicial na UBS Brasil Participações foi reconhecido contabilmente de forma definitiva na conta do ativo Investimentos Permanentes da UBS Brasil Investimentos. O objetivo final do acionista controlador era manter uma participação societária minoritária no Banco UBS Pactual S.A., via uma ‘holding’ no país, e que incluísse em seus ativos, para futura amortização, a parcela destacada do ágio inteiramente reconhecido na UBS Brasil Investimentos, até a data da sua extinção ocorrida em 2009.

Quanto ao ágio apurado a partir de um compromisso assumido, inicialmente registrado contabilmente por três dias na UBS Brasil Participações, e a seguir assumido integralmente pelo UBS AG (Suíça), destacamos, mais uma vez, tratar-se de um compromisso assumido diretamente pelo acionista controlador junto aos antigos acionistas do Banco Pactual S.A., sujeito a diversas restrições contratuais, pois o pagamento final dependia que determinadas metas fossem alcançadas em bases trimestrais encerradas em 30 de junho de 2011 e, portanto, o seu registro contábil nos livros contábeis da UBS Brasil Participações pelo prazo de três dias, levado a cabo pelo UBS AG (Suíça), teve como exclusivo propósito suportar contabilmente o registro de um ágio e seu imediato aproveitamento fiscal, através de uma operação societária denominada ‘incorporação às avessas’.

Deduz-se, do exposto, que neste primeiro lançamento a autoridade fiscal se opôs ao cômputo, no custo de aquisição, de todo o valor diferido na operação de 2006. E, neste contexto, a Contribuinte defendeu, como aqui, que *o custo de aquisição de um ativo pode ser formado pelos valores a serem pagos ou pelo valor justo dos recursos que são entregues para adquiri-los na data da aquisição, devendo “...incluir, além do desembolso efetuado, obrigações assumidas diferidas ao longo do tempo, inclusive nos casos em que a probabilidade de pagamento seja maior do que a do não pagamento”*. O voto condutor do Acórdão nº 1103-001.102, por sua vez, refere as cláusulas suspensivas do contrato de 2006 e concorda com a objeção fiscal, enunciando diversos argumentos que não teriam lugar aqui porque a glosa se limitou à parcela de R\$ 375.856.328,07, mas dos quais merece transcrição apenas o seguinte:

Não se pode concordar com a tese do Recorrente, de que “...não é relevante se houve ou não inadimplemento da obrigação a pagar, já que essa é superveniente à formação do custo de aquisição”. Se assim fosse, estaria escancarada a possibilidade de amortização a título de ágio de qualquer valor, a gosto dos contratantes, mesmo sem o efetivo cumprimento da contraprestação, como no caso concreto, ou, em termos outros, sem a antecipação dos benefícios econômicos a serem gerados com o investimento e que justificaria a amortização (Pronunciamento Técnico CPC nº 15).

O Recorrente ainda sustenta que a diferença teria sido paga mediante compensação quando da venda do Banco Pactual S/A ao Grupo BTG, o que, no seu entender, teria extinguido a obrigação relativa à segunda parcela do custo de aquisição do Banco Pactual S/A em 2006. Tal fato confirma que tal parcela apenas teria sido, quando muito, adimplida em maio de 2009. Tal operação assemelha-se a uma verdadeira “devolução”/“aquisição” do investimento anteriormente adquirido/vendido, com identidade de objeto.

Assim, caso vingue a tese de defesa, a amortização a título de ágio, proporcionalmente a tal parcela, apenas poderia se dar após 11/5/09. O Recorrente subsidiariamente aponta inconsistência da autuação ao não considerar tal possibilidade, in verbis:

“Ora, se a Autoridade Fiscal sustenta que o ágio somente pode ser amortizado depois de ter havido o pagamento total em favor dos vendedores, não lhe restaria alternativa senão reconhecer que, a partir de maio de 2009, a parcela do ágio relativa ao US\$1,480 milhões poderia ser validamente amortizada para fins fiscais.

Vale dizer, a partir de maio de 2009, a parcela do ágio acima referida poderia ser computada no lucro real do referido período-base, bem como no dos períodos-bases subsequentes, à razão de 1/60 avos por mês.

Assim, os autos de infração seriam improcedentes no que se refere à rejeição dos efeitos fiscais da amortização do ágio a partir de maio de 2009”

Acontece que nem tal pretensão pode ser acolhida no caso concreto, conforme análises seguintes, o que dispensa neste voto qualquer discussão sobre a natureza de pagamento do adimplemento da parcela diferida por meio do mencionado encontro de contas.

A confirmar a abordagem diferenciada do primeiro lançamento, vale o destaque da declaração de voto juntada ao Acórdão n.º 1103-001.102, na qual o ex-Conselheiro Breno Ferreira Martins Vasconcelos assim ponderou:

Entendo, contudo, que, até a realização de tal compensação, em 11/05/2009, a recorrente não poderia ter amortizado a parcela do ágio correspondente ao pagamento de US\$740 milhões, que corresponde à diferença entre US\$1,48 bilhão (valor máximo do pagamento diferido) e US\$740 milhões (valor mínimo do pagamento diferido), pelos seguintes motivos.

De acordo com o CPC 25, aprovado pela Deliberação CVM 594/09, “passivo é uma obrigação presente da entidade, derivada de eventos já ocorridos, cuja liquidação se espera que resulte em saída de recursos da entidade capazes de gerar benefícios econômicos.”

Esse conceito engloba as provisões e as contas a pagar, as quais decorrem da existência de uma obrigação presente, que será (a) legal, quando decorrente de previsão em contrato ou na legislação ou (b) não formalizada, quando a entidade cria expectativas válidas de que cumprirá determinadas obrigações.

Ou seja: a existência de uma determinada obrigação legal, como é o caso das obrigações decorrentes do Contrato de Compra e Venda celebrado em 2006, poderá gerar tanto o registro de provisão como o registro de contas a pagar¹⁰.

¹⁰ Nesse sentido, confira-se as críticas tecidas por Sérgio de Iudícibus, Eliseu Martins, Ernesto Rubens Gelbcke e Arioaldo dos Santos ao exemplo 4a do anexo II da NPC 22 do IBRACON, aprovada pela Deliberação CVM n.º 489/05: “Ao afirmar que se trata o caso de uma obrigação legal e não de uma provisão, foi criada, no nosso entender, uma ideia inexistente na norma: a de que uma obrigação de natureza legal não pode ser reconhecida como provisão, ou então não pode ser considerada de natureza possível ou remota, e sim tem que, obrigatoriamente, ser registrada como passivo líquido e certo, a pagar, independentemente da característica de probabilidade de desembolso futuro. E isso contraria frontalmente o texto da própria norma, como já visto.” (Manual de Contabilidade Societária. Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras, FEA/USP. São Paulo: Atlas, 2010, p. 342).

O fato de o pagamento no valor de US\$1,48 bilhão ter sido condicionado à verificação, após cinco anos, de lucro líquido cumulativo antes do IRPJ, maior ou igual a zero e de aumento das receitas cumulativas, ao meu ver, impedia a classificação de tal valor, em 1º/12/2006, como contas a pagar, que, nos termos do CPC 25, “são passivos a pagar por conta de bens ou serviços fornecidos ou recebidos e que tenham sido faturados ou formalmente acordados com o fornecedor”.

A leitura desse conceito indica que as contas a pagar têm a incondicionalidade como característica, isto é, não estão condicionadas à ocorrência de evento futuro e, ou, incerto. Pelo contrário, o adimplemento das obrigações lançadas em tal conta pode ser exigido imediatamente pelo credor, o que não poderia ocorrer em 1º/12/2006 em relação ao valor de US\$1,48 bilhão.

Diante dessa situação de indefinição, entendo que o pagamento desse valor amoldava-se, em 1º/12/2006, ao conceito de provisão, sendo indedutível por força do art. 13, I da Lei nº 9.249/9529. Dessa forma, a parcela do ágio decorrente de tal pagamento apenas poderia ter sido deduzida após 11/05/2009, quando foi efetivamente paga mediante encontro de contas.

Das considerações acima extrai-se também a conclusão de que foi correta a amortização, a partir de 1º/12/2006, do ágio correspondente ao valor mínimo de US\$740 milhões, pois esse pagamento não foi condicionado à performance do Banco Pactual, devendo obrigatoriamente ser pago após o prazo de cinco anos. Entendo possível, assim, afirmar que tal valor correspondia, já em 2006, a contas a pagar da recorrente.

Sobre tais fundamentos, entendo que deve ser afastada a glosa da despesa correspondente à amortização do ágio até o limite que decorre dos pagamentos da primeira parcela e ao valor mínimo do pagamento diferido.

Nestes autos, a autoridade lançadora glosou integralmente a amortização correspondente ao ágio UBS que afetou o lucro tributável do ano-calendário 2012, no valor de R\$ 73.588.246,58, mas isto invocando *a falta de propósito comercial pela utilização de empresa veículo (item 2.5.1), a falta de elaboração tempestiva de demonstrativo do ágio (Item 2.5.2) e o não pagamento efetivo de parte do valor devido (item 2.5.3)*, referindo as Tabelas 7, 8 e 9 do item 2.2.1 do Termo de Verificação fiscal, sendo que especificamente a Tabela 9 indica a origem do valor glosado no ágio subsistente na incorporação ocorrida em 05/02/2007:

Conta 562.002 Provisão para perdas em controladas/coligadas					
Data	Histórico	Débito	Crédito	Saldo	OBS
05/02/2007	Transferido do livro 2 página 5 oriundo de incorporação			4.415.294.794,55	
31/12/2007	Reversão provisão	809.470.712,33		3.605.824.082,22	LALUR 15 (DOC 83, fl. 15)
31/12/2008	Reversão Prov. Ágio UBS Participações em Dezembro de 2008	883.058.958,94		2.722.765.123,28	LALUR 16 (DOC 84, fl. 50)
31/12/2009	Reversão Prov. Ágio UBS Participações em Dezembro de 2009	883.058.958,89		1.839.706.164,39	LALUR 17 (DOC 85, fl. 55)
31/12/2010	Provisão para perdas em controladas/coligadas de Dezembro de 2010	883.058.958,91		956.647.205,48	LALUR 18 (DOC 35, fl. 43)
31/12/2011	Provisão para perdas em controladas/coligadas de Dezembro de 2011	883.058.958,91		73.588.246,57	LALUR 19 (DOC 37, fl. 42)
31/12/2012	Provisão para perdas em controladas/coligadas de Dezembro de 2012	- 0,01		73.588.246,58	
31/12/2012	Provisão para perdas em controladas/coligadas de Dezembro de 2012	73.588.246,58		0,00	LALUR 20 (RESP TIP 1, fl. 24)

Tabela 9 - Conta 562.002 Provisão para perdas em controladas/coligadas

Importante observar, porém, que a conclusão pela *inexistência de pagamento no valor de R\$ 375.856.328,07*, no item 2.5.3 do Termo de Verificação Fiscal, está vinculada ao que *exposto no item 2.2.2 do presente Termo de Verificação Fiscal*, no qual consignou-se que:

2.2.2. Da recompra do BANCO UBS PACTUAL S/A pelo Grupo BTG

Pouco tempo após a aquisição do contribuinte pelo Grupo UBS, ora sob a denominação de BANCO UBS PACTUAL S/A, houve sua recompra pelo Grupo BTG, passando a

BANCO BTG PACTUAL S/A, sua atual denominação. A formalização da operação de recompra ocorreu em 11/05/2009, com o respectivo contrato de compra e venda (CCV/2009) assinado por UBS AG, UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA, UBS INTERNATIONAL HOLDINGS BV, WARBURGO NOMINEES LTDA e BTG INVESTMENTS LP (DOC 22).

Os valores envolvidos foram definidos nas cláusulas do “ARTIGO I” do citado contrato (fls. 8 a 11, DOC 22), e foram detalhadamente explicados pelo contribuinte (v. item 6, DOC 11; e demonstrativo de valores, DOC 39 e DOC 40).

O fechamento da operação de compra e venda ocorreu em 18/09/2009, assumindo o Grupo BTG controle acionário total (fl. 18, DOC 41; e cláusula 3.2, fl. 13, DOC 22) por intermédio de uma holding denominada BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A, constituída em 12/06/2009 (DOC 42).

A sociedade BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A era subsidiária da BTG PARTICIPAÇÕES II S/A, também recentemente criada, em 12/06/2009 (DOC 43). Assim, à época do fechamento do CCV/2009 (DOC 22), era essa a estrutura societária nos dois primeiros níveis de participação no BANCO BTG PACTUAL S/A: BTG PARTICIPAÇÕES II S/A

[...]

O contrato de compra e venda havia sido assinado por BTG INVESTMENTS LP. A holding BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A recebeu os direitos do CCV/2009 (DOC 22) mediante contrato de cessão e assunção assinado com BTG INVESTMENTS LP, em 18/09/2006 (DOC 46), pagando a esta empresa estrangeira o valor de US\$ 120.000.000,00, referente a uma dívida de UBS AG que a BTG INVESTMENTS LP havia assumido em idêntico valor, nos termos da cláusula 1.2 e 9.1 (f) do CCV/2009 (DOC 22).

Esta quantia foi paga a BTG INVESTMENTS LP, em 18/09/2009 (v. Tabela 10), sendo considerada como custo de aquisição do BANCO UBS PACTUAL S/A (v. Tabela 11).

[...]

De acordo com o contribuinte, parte do pagamento à vista por sua aquisição, no valor de R\$ 3.302.872.306,32, foi efetivado em 18/09/2009, por BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A, conforme demonstra-se a seguir (v. itens 2.10.5 e 2.10.6, DOC 08; itens 2.11 e 2.13 (g), DOC 18; DOC 47 e DOC 48):

[...]

O restante foi pago, parte por BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A (Tabela 12), e parte por sua controladora, BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S/A (Tabela 13), que assumiu uma parcela da dívida no valor de R\$ 1.125.887.950,00 (v. itens 2.11 (c) e 2.12, DOC 18; e DOC 50):

Data	Doc.	Descrição	US\$	Taxa	R\$	Beneficiário
04/11/2009	DOC 52	Contr. Câmbio	2.425.260,59	1,736	4.210.252,38	UBS AG
04/11/2009	*****	IOF sobre C. Câmbio	*****	*****	15.998,95	*****
					TOTAL	4.226.251,33

Tabela 12 – Parcela a prazo paga por BTG PACTUAL INVESTIMENTOS para a recompra do Banco pelo Grupo BTG

Data	Doc.	Descrição	US\$	Taxa	R\$	Beneficiário
18/03/2010	DOC 53 DOC 27	Dep. C. Corrente	*****	****	100.035.025,37	Vendedores PF CCV/2006 – ex partners
20/09/2010	DOC 54 DOC 27	Dep. C. Corrente	*****	****	103.766.337,80	Vendedores PF CCV/2006 – ex partners
18/03/2011	DOC 55 DOC 27	Dep. C. Corrente	*****	****	107.885.198,77	Vendedores PF CCV/2006 – ex partners
01/07/2011	DOC 56 DOC 27	Dep. C. Corrente	*****	****	110.577.789,11	Vendedores PF CCV/2006 – ex partners
16/09/2010	DOC 57	Contrato de Câmbio	199.620.720,63	1,72	343.347.639,48	UBG AG
18/09/2009	DOC 58	Ações da BTG Pactual Part II S/A	*****	****	375.856.328,07	Vendedores PF CCV/2006 - retornantes
					TOTAL	1.141.468.318,60

Tabela 13 – Composição dos pagamentos efetuados por intermédio de BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S/A para a recompra do Banco pelo Grupo BTG

Nas Tabelas 11 e 13, os valores que possuem como beneficiários a descrição “vendedores PF” tratam daquele pagamento diferido do CCV/2006, que era devido pelo Grupo UBS e foi assumido pelo Grupo BTG.

Observe-se, ainda, que a assunção de parte da dívida por BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S/A ocorreu mediante aumento de capital de BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A, em R\$ 1.125.887.950,00, destinando-se as novas ações à sua controladora (DOC 59).

Somando-se a estes valores, foram pagos ainda R\$ 1.122.503,65 a consultores jurídicos, considerados também como parte do custo de aquisição (v. item 14, DOC 11).

A diferença entre o total pago por BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S/A, indicado na Tabela 13, no montante de R\$ 1.141.468.318,60, e o valor da cessão da dívida, de R\$ 1.125.887.950,00, deve-se ao fato de que a dívida era reajustável. Assim, em 18/09/2015, o valor devido por BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A era menor que o que foi pago por sua controladora. Nesse aspecto, como se verá nas Tabelas 14 e 15, o total ativado foi efetuado com base no valor original da dívida cedida:

Tabela 10	3.302.872.306,41
Tabela 11	4.226.251,33
Dívida cedida	1.125.887.950,00
Consultores	1.122.503,56
Total ativado	4.434.109.011,30

Tabela 14 – Demonstração dos valores ativados pela BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A na aquisição do BANCO UBS PACTUAL S/A

Na contabilização da aquisição do contribuinte por BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A, esta registrou, em 18/09/2009, os valores da participação societária em seu ativo permanente/investimentos sem a constituição de provisão, da seguinte forma, de acordo com os lançamentos informados pelo contribuinte (v. item 2.11.1, DOC 08), confirmados na contabilidade (DOC 60 e DOC 61):

Conta	Valor	D/C	Histórico
2.1.2.10.05.001-8 (ativo)	4.216.151.688,16	D	Compra do Banco UBS Pactual
TOTAL	4.216.151.688,16		
2.1.2.10.05.001-7 (ativo)	216.834.819,49	D	Ágio na compra do Banco UBS Pactual
2.1.2.10.05.001-7 (ativo)	855.309,91	D	PAGTO A BARBOSA, MUSSNICH E ARAGAO - RJ NF 11096173 - REF. HONORÁRIOS (AQUISIÇÃO PACTUAL)
2.1.2.10.05.001-7 (ativo)	260.532,75	D	PAGTO A BARBOSA, MUSSNICH E ARAGAO - RJ NF 11096173 - REF. HONORÁRIOS (AQUISIÇÃO PACTUAL)
2.1.2.10.05.001-7 (ativo)	1.200,00	D	PAGTO A BMA TAX - CONSULTORIA E ASS. TRIBUTARIA LTDA NF 16091408 - REF. HONORÁRIOS (AQUISIÇÃO PACTUAL)
2.1.2.10.05.001-7 (ativo)	5.460,90	D	PAGTO A BMA TAX - CONSULTORIA E ASS. TRIBUTARIA LTDA NF 17091321 - REF. HONORÁRIOS (AQUISIÇÃO PACTUAL)
TOTAL	217.957.323,05		

[...]

Para justificar a contabilização registrada na Tabela 15, o contribuinte apresentou os seguintes valores:

Demonstrativo de valores		Observações
+	Valor de PL	4.216.151.688,16 v. item 2.10.4, DOC 08; v. fl. 4, DOC 62
+	Ágio por Valor de Mercado	ZERO v. itens 2.10.1 a 2.10.4, DOC 08
+	Ágio por rentabilidade Futura	217.957.323,05 v. item 2.10.4, DOC 08; DOC 63
=	Valor Pago	4.434.109.011,21 v. itens 2.10.5 e 2.10.6, DOC 08; v. item 14, DOC 11

Tabela 17 – Justificativa de valores da Tabela 13

Desse ágio, não houve nenhuma amortização contábil em BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A durante sua existência (DOC 60 e DOC 61).

Fechada em 18/09/2009 a operação de compra e venda do banco por BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S/A, esta foi, logo em seguida, em 29/04/2010, incorporada pelo BANCO BTG PACTUAL S/A, passando o banco a considerar dedutíveis as amortizações do ágio, conforme descrito a seguir.

Vê-se na Tabela 13 que o incremento da parcela de R\$ 375.856.328,07 ao montante de R\$ 1.141.468.318,60, correspondente aos *pagamentos efetuados por intermédio de BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S/A para recompra do Banco pelo Grupo BTG* é determinante para formação do ágio de R\$ 217.957.323,05 na operação de recompra. Daí a conclusão fiscal mais à frente:

Nesse aspecto é que surge a questão mais relevante. O CCV/2006 gerou uma dívida de pagamentos diferidos que recebeu quitação na recompra do banco pelo CCV/2009 e, sem esses pagamentos diferidos, no valor de R\$ 3.205.680.000,00 (v. itens 1.5.5 e 1.5.6, DOC 08; item 1.5, DOC 18; e DOC 10), parte do ágio de R\$ 4.415.294.794,55 (v. Tabelas 5, 6 e 7) apurado na primeira operação de compra do contribuinte pelo Grupo UBS não existiria, assim como o ágio de R\$ 217.957.323,05, apurado na recompra (v. Tabelas 15, 16 e 17). Ocorre que, da dívida total de R\$ 3.205.680.000,00, não houve nenhuma circulação do valor de R\$ 375.856.328,07. Conforme demonstrado na Tabela 13, essa parcela teve quitação pelos sócios retornantes, mediante emissão de ações de BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S/A, sendo 90% desse valor destinado a Reserva de Capital – Ágio dessa empresa (DOC 58).

Assim, a dívida surgida no primeiro contrato (CCV/2006) em favor dos sócios vendedores pessoas físicas acabou sendo quitada por esses mesmos sócios (CCV/2009), os sócios retornantes, mediante emissão de ações com 90% de ágio de uma empresa criada com o fim específico de servir à recompra da fiscalizada.

Esse valor de R\$ 375.856.328,07 serviu tanto para justificar o ágio na compra do contribuinte pelo Grupo UBS como na sua recompra pelo Grupo BTG.

Evidente, assim, que a glosa desta parcela na formação do custo de aquisição em 2006 foi influenciada, especialmente, pela natureza do desfecho do diferimento originalmente acordado entre as partes contratantes. Daí a compreensão, bem fundamentada, do Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, expressa no paradigma, no sentido de que *se o sacrifício patrimonial não se deu à vista, mas sim com a assunção de dívida em uma operação realizada entre partes independentes, não há porque não considerar tal parcela como compondo o custo de aquisição, inclusive no que atine à parte desdobrada em ágio*, assim como a irresignação no sentido de que *se a acusação pode-se valer de fatos futuros para justificar eventual glosa no valor do ágio, com efeitos pretéritos, haveria de se levar em consideração, no caso concreto, que dos R\$ 375.856.328,07 pagos em ações representativas de aumento de seu capital por BTG PARTICIPAÇÕES II a alguns dos sócios vendedores, R\$ 372.889.322,79 foram convertidos em dinheiro por ocasião do resgate das ações entregues aos sócios vendedores*.

Apesar de concordar com a primeira premissa acima exposta, e mesmo limitando a análise da acusação fiscal aos fundamentos invocados pela autoridade lançadora para a glosa da parcela de R\$ 375.856.328,07, embora cogitando que, como expresso no voto condutor do acórdão recorrido, a autoridade lançadora teria motivos para, ao menos, expurgar do cálculo do ágio amortizado a parcela de R\$ 3.205.680.000,00 (equivalente a US\$ 1.480.000.000,00) estimada como *pagamentos diferidos, devidos em cinco anos contados da data de fechamento da operação*, esta Conselheira compreende que a acusação fiscal é suficiente ao menos para expurgo da parcela de R\$ 375.856.328,07, que sequer necessitaria da confirmação de sua reversão na recompra em 2009, por ser fruto de uma estimativa de pagamento que permitiu a antecipação, em 5 (cinco) anos, da escrituração de um custo de aquisição e, em consequência, sua realização mediante amortização contra o lucro tributável da investida.

Como bem expresso no Acórdão n.º 1103-001.102, no voto declarado pelo ex-Conselheiro Breno Ferreira Martins Vasconcelos, *o fato de o pagamento no valor de US\$1,48 bilhão ter sido condicionado à verificação, após cinco anos, de lucro líquido cumulativo antes do IRPJ, maior ou igual a zero e de aumento das receitas cumulativas* não permitia o registro da obrigação como *contas a pagar* e sim como mera provisão, dependente de evento futuro para se converter em custo de aquisição. Como a recompra ocorreu em 2009, antes da verificação deste evento futuro, é válida a conclusão fiscal de que ao menos a parcela de R\$ 375.856.328,07, revertida na recompra, deve ser expurgada do custo de aquisição de 2006. Por esta razão, também, são irrelevantes as ocorrências posteriores à incorporação, em 23/11/2010, quando alguns dos ditos *sócios vendedores* resgataram ações de BTG Participações II, convertidas em dinheiro. Evidenciado está que aquela parcela da dívida foi entregue como ativo, direito dos sócios retornantes, na recompra de 2009, não sendo possível transmudar sua natureza em razão de eventos posteriores.

Esta Conselheira, assim, se opõe às inovações promovidas no voto condutor do acórdão recorrido, mas identifica nesta argumentação os elementos acima expressos que encontram amparo na acusação fiscal e se prestam a sustentar a glosa da parcela de R\$ 375.856.328,07 na apuração do ágio UBS, bem como a infirmar integralmente o acréscimo correspondente ao ágio BTG.

O presente voto, por estas razões, é por DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso especial da Contribuinte na primeira matéria – *Do pagamento do preço de aquisição do Banco Pactual e de UBS/Pactual para fins de determinação e amortização fiscal do ágio UBS e do ágio BTG* – para concordar que *a razão de decidir adotada pelo ACÓRDÃO RECORRIDO poderia, no máximo, justificar a glosa do ÁGIO UBS e do ÁGIO BTG quanto à parcela de R\$ 375.856.328,07, mas validar a glosa desta parcela no preço de aquisição para fins de determinação e amortização fiscal do ÁGIO UBS e do ÁGIO BTG.*

Por fim, quanto ao mérito da matéria *Da improcedência das considerações secundárias do acórdão recorrido quanto ao ágio UBS e ao ágio BTG (obiter dictum)*, esta Conselheira já se manifestou contra a pretensão da Contribuinte acerca do ágio UBS em face do recurso especial interposto pela PGFN contra o paradigma n.º 1301-004.390. No voto declarado no Acórdão n.º 9101-006.790, esta Conselheira divergiu da maioria¹¹ deste Colegiado, nos seguintes termos:

Com respeito à interposição de empresas-veículo, o Colegiado *a quo*, considerando a infringência reconhecida aos embargos acolhidos no Acórdão n.º 1301-004.390, concordou com o entendimento de que: i) no primeiro ágio, o art. 14 da Resolução CMN n.º 3.040/2002 impedia a UBS AG, situada no exterior, de adquirir diretamente instituição financeira no Brasil, justificando a constituição de *holding* no Brasil com objeto social exclusivo de *participação societária em instituições financeiras autorizadas a funcionar a pelo Banco Central* – UBS Participações - e autorizando a amortização fiscal do ágio a partir de sua incorporação pela atuada, sendo que nesta operação a atuação da segunda *holding* foi nula, vez que o controle das pessoas jurídicas envolvidas na incorporação permaneceu com a adquirente do investimento, UBS AG, mas isto depois de o Banco Central autorizar UBS Participações incorporar Banco Pactual; e ii) no segundo ágio, havia necessidade de interposição de uma *holding* porque *seria inviável, na prática, a participação individual das pessoas físicas no capital do Banco*, mas não de duas *holdings*, sendo inadmissível a *justificativa apresentada pela*

¹¹ Participaram do julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luciano Bernart, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Viviani Aparecida Bacchmi e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício), e restaram vencidos no mérito os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes.

Recorrente de manter uma nova estrutura nos mesmos moldes das anteriores em razão de questões societárias.

As amortizações do segundo ágio, assim, restaram inadmitidas por vício em sua fundamentação e por indevida interposição da segunda empresa-veículo. Já as amortizações do primeiro ágio foram admitidas, e isto inclusive em relação à parcela que não teria sido objeto de pagamento, no valor de R\$ 375.856.328,07, como exposto ao final do voto condutor do Acórdão de Embargos n.º 1301-004.390.

O recurso especial da PGFN teve seguimento nas matérias: i) *Da indedutibilidade do ágio amortizado. Impossibilidade da exigência legal de confusão patrimonial envolver empresas-veículo*, com base nos paradigmas n.º 9101-002.213 e 9101-002.187; e ii) *Da ausência de propósito negocial da UBS Participações. Empresa Veículo*, com base no paradigma n.º 1103-001.102.

[...]

Com respeito à segunda matéria - *Da ausência de propósito negocial da UBS Participações. Empresa Veículo* – o paradigma n.º 1103-001.102, como já mencionado, analisou a mesma operação aqui em debate, sendo que o outro Colegiado do CARF, por voto de qualidade, negou provimento ao recurso voluntário, e o Presidente do Colegiado, ex-Conselheiro Aloysio José Percínio da Silva, acompanhou o relator, ex-Conselheiro Eduardo Martins Neiva Monteiro, *unicamente pelo fundamento de inexistência de obrigatoriedade de aquisição indireta do controle acionário da recorrente.*

O voto do relator principia analisando a questão das parcelas que não teriam sido pagas, e conclui ser *improcedente o que a fiscalização denominou de “glosa” da importância de R\$ 324.900.000,00*, mas afirma não realizado o pagamento de R\$ 884.714.794,55 até as amortizações lá glosadas, no ano-calendário 2008, cogitando da admissibilidade de sua amortização apenas a partir de 11/05/2009, antes, portanto, das glosas promovidas nestes autos, pertinentes aos anos-calendário 2010 e 2011. De toda a sorte, na exposição acerca do *propósito negocial*, concluiu-se que *no caso concreto, as operações societárias buscaram afinal abusivamente construir, moldar, materializar a hipótese de incidência da regra de aproveitamento fiscal do ágio*, para então ser examinada a *demonstração arquivada como comprovante da escrituração do ágio* e observar-se que não foram apresentados estudos internos que validassem o laudo elaborado depois da operação.

Infere-se, daí, que a ressalva do Presidente do Colegiado expressou sua concordância apenas com a abordagem sob o tópico “Do propósito negocial”, de modo que a objeção à fundamentação do ágio não alcançou maioria para ser confrontada com a decisão, em sentido contrário, manifestada pelo Colegiado *a quo*.

De toda a sorte, vê-se no recurso especial da PGFN, que a divergência jurisprudencial está arguida com base, apenas, no entendimento do paradigma de que *a aquisição do Banco Pactual por meio da holding UBS PARTICIPAÇÕES, e não diretamente pelo UBS AG, não decorreu de um imperativo normativo, afastando o alegado propósito extrafiscal regulatório, reconhecido no acórdão recorrido*. E, no mérito, a discussão também se circunscreve a este aspecto, especialmente no que se extrai das normas regulatórias, sem qualquer pedido adicional em razão da fundamentação do ágio, ou mesmo das parcelas cujo pagamento teria sido contestado.

No mais, como bem demonstrado pelo I. Relator, o *“Parecer Econômico sobre os Aspectos Regulatórios vigentes quando da Aquisição do Banco Pactual S.A. pelo UBS AG”*, elaborado por Gustavo Loyola apresentando nestes autos não representa circunstância que diferencie o contexto analisado pelos julgados comparados, porque apenas exterioriza interpretação de terceiro sobre a legislação que foi analisada pelos diferentes Colegiados do CARF. As distintas soluções entre os casos comparados decorrem da interpretação das normas que regulam a participação no capital de instituições financeiras: enquanto o voto condutor do acórdão recorrido conclui *que, no mínimo, haveria dúvida absolutamente fundada se a UBS AG poderia adquirir*

diretamente o Banco Pactual, o voto condutor do acórdão paradigma deduz que haveria apenas risco de não aprovação do negócio caso a aquisição houvesse sido direta, o que indicaria uma probabilidade, não uma certeza, de insucesso na aprovação pelo Bacen, caso a opção fosse pela aquisição do Banco Pactual S/A diretamente pela UBS AG.

Sob estas diferentes óticas, o Colegiado *a quo* conclui que não foi abusiva a interposição de UBS Participações e que seria ela a adquirente do investimento, verificando-se a extinção do investimento entre ela e a adquirida, ao passo que o outro Colegiado do CARF afirma que *as operações societárias buscaram afinal abusivamente construir, moldar, materializar a hipótese de incidência da regra de aproveitamento fiscal do ágio.*

É certo que no paradigma há uma descrição mais detalhada dos atos praticados para aquisição do investimento e para solicitação da autorização junto ao Banco Central, questionando a necessidade de interposição de UBS Participações e se a autorização dada estava, de fato, condicionada a esta participação. Contudo, todas estas circunstâncias eram de conhecimento do Colegiado *a quo*, dado o paradigma ter sido trazido em recurso voluntário, como relatado no acórdão recorrido, e as contrarrazões da PGFN ao recurso voluntário destacar as mesmas ocorrências para concluir que inexistiria o *empecilho regulatório alegado*.

Em circunstâncias correlatas, esta Conselheira assim se posicionou em voto declarado no Acórdão n.º 9101-006.357:

A circunstância de os casos comparados tratarem da mesma operação realizada pelo mesmo sujeito passivo, com repercussão em vários anos calendários e, assim, objeto de lançamento em distintos autos, submetidos à apreciação de diferentes Colegiados do CARF, é um indicativo forte no sentido de as soluções distintas representarem diferentes interpretações da legislação de regência da matéria. Tal, porém, somente se confirmará se as decisões diferentes partirem de discussões sob premissas semelhantes.

E múltiplos fatores podem conduzir os Colegiados a decidir de forma diferente acerca da procedência do lançamento. Sem pretender exaurir as possibilidades, pode-se cogitar que: i) os lançamentos: i.i) sejam aperfeiçoados com o acréscimo de argumentos de reforço nas lavraturas posteriores à primeira; i.ii) sejam depreciados com exposições resumidas ou adaptações incorretas da primeira formalização; ou i.iii) refiram legislação distinta em razão da sua alteração ao longo do período no qual os efeitos tributários se verificaram; ii) as defesas também sejam aperfeiçoadas ou depreciadas ao tempo em que produzidas; iii) distintas autoridades julgadoras de 1ª instância confrontem as defesas com argumentos específicos ou até reconheçam de vícios de ofício, que motivem recursos voluntários com diferentes construções argumentativas; e iv) Colegiado de 2ª instância ignore argumentos de defesa que outro Colegiado tome como determinante para a solução distinta aplicada ao caso. Esta última circunstância, em regra, demandará atuação da parte interessada para desfazer a dessemelhança entre os cenários mediante oposição de embargos de declaração, isso se distinção não estiver consolidada por insuficiência do recurso voluntário.

Mas, um vez alinhados os cenários submetidos aos diferentes Colegiados do CARF, as distintas manifestações a partir das mesmas premissas necessariamente evidenciará divergência jurisprudencial na interpretação da legislação tributária porque a produção do ato decisório, como ato administrativo, não contempla espaço de liberdade no qual possa se situar a justificativa para diferentes respostas da Administração Tributária aos interessados. A resposta deverá, necessariamente, resultar de interpretação da legislação tributária, e isso inclusive no exercício da livre convicção prevista no art. 29 do Decreto n.º 70.235/72¹², dado tal dispositivo apenas impedir a imposição ao julgador de uma

¹² Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.

fórmula de apreciação de provas, sem representar um salvo-conduto para edição de atos decisórios imotivados.

No presente caso há completo alinhamento fático entre os cenários analisados pelos diferentes Colegiados do CARF. Confirma-se, daí, que *as distintas manifestações a partir das mesmas premissas necessariamente evidenciará divergência jurisprudencial na interpretação da legislação tributária porque a produção do ato decisório, como ato administrativo, não contempla espaço de liberdade no qual possa se situar a justificativa para diferentes respostas da Administração Tributária aos interessados.*

O recurso especial da PGFN, portanto, deve ser CONHECIDO PARCIALMENTE, apenas na segunda matéria - *Da ausência de propósito negocial da UBS Participações. Empresa Veículo*

[...]

No mérito do recurso especial da PGFN na matéria *Da ausência de propósito negocial da UBS Participações. Empresa Veículo*, mostra-se desnecessário, a esta Conselheira, avaliar se havia, ou não, óbice à UBS AG adquirir diretamente a participação societária em Banco Pactual. Ainda que prevalecesse este entendimento, a impossibilidade de amortização do ágio pago, por não se verificar a extinção do investimento mediante confusão patrimonial entre a real adquirente e adquirida, seria uma desvantagem a ser considerada desde antes na decisão empresarial. Ou seja, irrelevante se era necessária a interposição de uma sociedade *holding*, para que a sociedade estrangeira adquirente não exercesse o controle direto da investida nacional, porque a impossibilidade de amortização do ágio já era anterior à aquisição, por se tratar de investidor estrangeiro.

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, ou se tal integração não é possível em razão de o adquirente ser estrangeiro, a impossibilidade de amortização do ágio é inafastável, e representa mera decorrência da escolha de adquirir um investimento nacional.

Isto porque o investimento com ágio é uma realidade presente no patrimônio que sofreu a insubsistência ativa para aquisição da investida, ainda que tal realidade seja eventualmente replicada no patrimônio de pessoas jurídicas interpostas entre a real adquirente e a adquirida. Tais réplicas, em verdade, buscam apenas viabilizar a dedução do custo de aquisição, mediante amortização do ágio, relativamente a um ativo que permanece integrado ao patrimônio da real adquirente. Contrárias a este aproveitamento pelas interpostas são as razões assim expressas por esta Conselheira desde o voto condutor do Acórdão n.º 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 n.º 349/2001, que alterou a redação da Instrução CVM n.º 319/99:

A Instrução CVM n.º 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 referida¹³. Nela, o autor Luís Eduardo Schoueri preliminarmente expõe o entendimento de que o ágio, para o investidor, é custo que deve ser considerado em caso de alienação do investimento. Os resultados auferidos com este investimento são reconhecidos, no patrimônio do investidor, como resultados da equivalência patrimonial, não sujeitos a tributação nesta ótica. Seguindo a mesma lógica, a amortização contábil do ágio por rentabilidade futura, por parte do investidor, também não deve afetar o lucro tributável.

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

Entende o referido autor que a partir da incorporação, *os lucros passam a ser tributados na investidora, pois antes disso no máximo haverá receita de equivalência patrimonial, não tributável* (Op. cit. p. 79). Aqui, porém, os lucros

¹³ SCHOUERI, Luís Eduardo Schoueri. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, São Paulo: Dialética, 2012

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.

Compreende-se, portanto, que o presente caso deve ser solucionado em linha com o anterior entendimento da maioria qualificada desta Turma, pautada em premissas fundamentadamente fixadas pelo ex-Conselheiro André Mendes de Moura em diversos votos condutores de acórdãos deste Colegiado. Dentre as manifestações mais recentes, destaca-se 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 escritural¹⁴. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio 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

¹⁴ IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31

conceito contábil da Lei n.º 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 n.º 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei n.º 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 n.º 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 cisão¹⁵.

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 n.º 1.602, de 1997¹⁶, que, posteriormente, foi convertida na Lei n.º 9.532, de 1997.

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 SCHOUERI¹⁷ ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

Anteriormente à edição da Lei n.º 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 n.º 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

¹⁵ Ver Acórdão n.º 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

¹⁶ Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional n.º 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.

¹⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

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 Mista¹⁸ 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 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 incorporadora (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

¹⁸ 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.

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 n.º 6.404, de 1976, e as seguintes normas (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 21, e Decreto-Lei n.º 1.648, de 1978, art. 1.º, 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 n.º 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 n.º 1.598, de 1977, art. 23, e Decreto-Lei n.º 1.648, de 1978, art. 1.º, 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 n.º 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 n.º 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 subsequentes 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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/99¹⁹.

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

¹⁹ 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 n.º 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 9.249, de 1995, art. 13, inciso III).

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 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 ATALIBA²⁰.

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**

²⁰ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

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.

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 impositivo (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. SCHOUERI²¹, 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, 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 consequente, 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 consequente ("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 consequência, determina-se o **termo inicial para contagem do prazo decadencial.**

8. Consolidação

²¹ SCHOUERI, 2012, p. 62.

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.

Nestes autos, a real investidora, que suportou o ônus da aquisição da participação societária de Banco Pactual, formadora do ágio amortizado, foi UBS AG.

Diante de todo o escrito pelo ex-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 UBS Participações, denominada como "empresa-veículo" e investidora, posteriormente incorporadora da investida, Banco Pactual, ou seja, não estava presente a investidora (não participou do evento de incorporação a empresa UBS AG).

E, na mesma medida, não se consumou a confusão patrimonial entre o investidor e o investimento.

A utilização da empresa UBS Participações (denominada "empresa-veículo") tornou impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, pois afastou a investidora (UBS AG) do evento de incorporação.

Adicione-se, por fim, a interpretação das circunstâncias nas quais se verificou a aquisição em tela, expressas no paradigma nº 1103-001.102, a partir das quais esta Conselheira concorda que o risco de não aprovação do negócio em aquisição direta era insuficiente para justificar a interposição de UBS Participações:

Da assinatura do Contrato de Compra e Venda, em 9/5/06, celebrado entre UBS AG, Pactual S/A e os Sócios, e a incorporação da UBS Brasil Participações Ltda pelo Banco Pactual S/A, em 5/2/07, decorreram apenas nove meses. Como sustenta o Recorrente, seria tempo suficiente para que as reorganizações societárias pudessem ter sido engendradas em um contexto de natural efetivação de ganhos operacionais.

Porém, uma análise mais detida revela outra situação.

Em 31/7/06, o Adquirente UBS AG constituiu não uma, mas duas subsidiárias integrais, as *holding* UBS Brasil Participações Ltda e UBS Brasil Investimentos Ltda, sendo que o primeiro registro contábil em ambas ocorreu apenas em 27/11/06 (fls. **808 e 1.011**).

A análise das operações que levaram à economia tributária inicia-se com a celebração do Contrato de Compra e Venda, quando se previu que *"...antes do Fechamento, a Adquirente pretende constituir uma Subsidiária integral sob as leis do Brasil e ceder a tal Subsidiária, no todo ou em parte, os direitos e as obrigações da Adquirente"* (preâmbulo). Anote-se que a criação de subsidiária(s) não consistiu em condição para o fechamento do negócio. Ao contrário, a Cláusula 10.4 estabelece, ao tratar dos sucessores e cessionários, uma mera possibilidade de transmissão de direitos e obrigações para subsidiárias doravante existentes, o que, inclusive, não tinha efeito liberatório da Adquirente quanto às obrigações acordadas:

"[...] a Adquirente poderá ceder todo e qualquer um de seus direitos e obrigações previstos neste Contrato a uma ou mais de uma de suas agências ou Subsidiárias (quer sejam ora ou doravante existentes) sem o consentimento prévio da Controladora ou dos Representantes do Sócio, mas nenhuma de tal cessão liberará a Adquirente de suas obrigações previstas neste Contrato."

Chama à atenção o desenrolar de importantes acontecimentos em **dois dias úteis**, precisamente em 1º/12/06 (sexta-feira) e 4/12/06 (segunda-feira). Vejamos:

1º/12/06

- incorporação da holding Pactual S/A pelo Banco Pactual S/A, com transferência da totalidade das ações aos acionistas pessoas físicas;

- aumento do capital social da UBS Brasil Participações Ltda para R\$ 2.045.684.177,00, totalmente subscrito e integralizado por UBS AG;
- conclusão (fechamento) da operação de compra e venda do Banco Pactual S/A através da UBS Brasil Participações Ltda;
- transferência da totalidade das quotas da UBS Brasil Participações Ltda, pertencentes à UBS AG, para a UBS Brasil Investimentos Ltda;

4/12/06 (primeiro dia útil seguinte)

- cessão do passivo da UBS Brasil Participações Ltda, referente à parcela do valor de aquisição do Banco Pactual S/A, para UBS Brasil Investimentos Ltda;
- aumento de capital da UBS Brasil Participações Ltda no valor de R\$3.205.680.000,00, integralizado pela UBS Brasil Investimentos Ltda exatamente mediante créditos detidos pela subscritora contra aquela sociedade, relativos à dívida cedida;
- transferência da dívida da UBS Brasil Investimentos Ltda, relativa à aquisição do Banco Pactual S/A e decorrente da cessão pela UBS Brasil Participações Ltda, para a controladora suíça UBS AG.

Um dos motivos alegados pelo Recorrente, no bojo dessa reorganização societária, de afastar riscos cambiais atrelados ao pagamento da parcela futura do preço, não subsiste a uma análise temporal. Tal risco, como bem apontou a fiscalização, já era do conhecimento da adquirente, mesmo antes da celebração do Contrato de Compra e Venda, haja vista as cláusulas afinal pactuadas apenas 7 (sete) meses antes. Ademais, do fechamento à cessão do passivo para a UBS Brasil Investimentos Ltda e transferência da dívida para a controladora estrangeira transcorreu 1(um) dia útil.

Finalmente, em 5/2/07, houve a incorporação da UBS Brasil Participações Ltda pela adquirida Banco Pactual S/A, **sociedades sujeitas ao mesmo controle final**, com o registro do ágio nesta companhia e consequente início da amortização de suas parcelas do total contabilizado.

A parte do roteiro que efetivamente interessa aos apreciadores do “filme completo” **restringiu-se a um curto período de pouco mais de dois meses: de 1º/12/06, quando do “fechamento” do Contrato de Compra e Venda, a 5/2/07, data da incorporação da UBS Brasil Participações Ltda pelo Banco Pactual S/A.** Em que pese inexistir lapso temporal definido legalmente para se averiguar a eficácia dos efeitos tributários perante o Fisco, decorrentes de operações societárias como as ora analisadas, consiste em dado relevante posto à disposição do intérprete, que não pode ser desprezado, mormente quando os fatos demonstram que **em sua breve vida a sociedade não cuidou de qualquer outro propósito a que se prestava** (“participação societária em instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil”).

Até então, pelo que se expôs, não se vislumbra motivo extratributário a afastar a acusação de abuso de direito, compreendido na dimensão de se buscar preponderantemente economia tributária.

A possibilidade de aquisição do Banco Pactual S/A por outro caminho, por exemplo por meio do Banco UBS S/A, trata-se de mera hipótese e, como tal, não serve como motivo para o que realmente aconteceu. Quanto à justificativa para a criação da UBS Brasil Investimentos Ltda, de servir como holding company dos investimentos do Grupo UBS no Brasil, não justifica a criação da UBS Brasil Participações Ltda, tampouco a necessidade da incorporação reversa.

Quanto à aquisição diretamente por UBS Brasil Participações Ltda ter como motivo uma suposta redução do risco de o Banco Central do Brasil negar o pleito de controle direto pela instituição financeira estrangeira, não passa de mera especulação. Como visto, em que pese a constituição da UBS Brasil

Participações Ltda em 31/7/06, o primeiro registro contábil ocorreu apenas em 27/11/06, posteriormente à aprovação do voto BCB nº 277/2006, referente à aquisição do controle acionário do Banco Pactual S/A, pela Diretoria Colegiada do Banco Central do Brasil em sessão realizada em 19/9/06 (fl.4.269) e à publicação, em 27/10/06, do Decreto presidencial reconhecendo o interesse do Governo brasileiro no aumento da participação estrangeira no capital do Banco Pactual S/A (fl.4.311). Além do mais, se era considerado o risco de que a aquisição direta pelo UBS AG fosse indeferida, porque não a realizou, como sustenta o próprio Recorrente, por meio de sociedade do grupo já existente?

No mencionado voto proferido pelo Diretor de Normas e Organização do Sistema Financeiro, Sr. Alexandre Antonio Tombini, não obstante o pleito de autorização para aquisição de forma indireta, em momento algum se adentrou no papel desempenhado pela subsidiária [ou na necessidade de sua existência] que viria a ser criada, no caso a UBS Brasil Participações Ltda. Vê-se, também, que quando da aprovação da incorporação da UBS Brasil Participações Ltda, o Bacen, por meio da Gerência Técnica no Rio de Janeiro, do Departamento de Organização do Sistema Financeiro, ressaltou que “...*este Banco Central, ao aprovar a operação, não entrou no mérito de questões de competência de outros órgãos da Administração Tributária Federal*” (fl.4.379).

Outro dado que igualmente não pode passar despercebido consiste na própria justificativa para a incorporação às avessas, constante do “*Protocolo e Justificação da Incorporação da UBS Brasil Participações Ltda pelo Banco Pactual S.A*” (fls.500/510), celebrado em 5/2/07. Será que quando do fechamento da aquisição do Banco Pactual S/A, dois meses e quatro dias antes, as partes não teriam condições de minimamente projetar que uma estrutura simplificada do Grupo UBS no Brasil já resultaria na aludida “*redução de custos financeiros, operacionais e a racionalização das atividades*”? Pouco provável! Principalmente, quando considerados os sócios pessoas físicas, as sociedades e os valores envolvidos.

A ausência de comprovação pelo contribuinte de motivo extratributário, que, nas palavras de Marco Aurélio Grego (op.cit., p.237), fosse “...*pertinente ao que fez e suficiente no sentido de existirem razões reais em dimensão relevante para levar a agir daquela forma e que sua conduta concreta manteve-se dentro dos parâmetros de proporcionalidade e congruência*”, não leva a outra consequência, senão a de neutralização do excesso do exercício do direito legalmente previsto, tendo em conta o motivo preponderante de economia tributária na aquisição do Banco Pactual S/A, considerando-se a forma como efetivou-se. Por outro viés, na ausência de motivo extratributário.

Nesse contexto, note-se, ainda, que a UBS Brasil Investimentos Ltda passou a deter ações do Banco Pactual S/A em substituição às quotas que detinha da UBS Participações Ltda, o que gerou outro ágio na UBS Brasil Investimentos Ltda superior a R\$1bilhão, ágio este que, como bem alerta o Recorrente, não foi objeto da autuação, mas cuja criação e efeitos tributários não podem igualmente ser simplesmente desprezados na apreciação do caso como um todo.

Reitere-se que a constituição de uma subsidiária integral no Brasil, antes do fechamento, estava prevista no contrato, para quem o Adquirente poderia ceder, no todo ou em parte, os direitos e as obrigações relacionadas à aquisição e ao pagamento das ações do Pactual.

Das disposições contratuais, vê-se que não se tratava de uma condição para o fechamento do negócio e, mais, caso a cessão ocorresse, **o Adquirente (UBS AG) não estaria liberado de suas obrigações**. Vejamos:

“*CONSIDERANDO QUE, antes do Fechamento, a Adquirente pretende constituir uma Subsidiária integral sob as leis do Brasil e ceder a tal Subsidiária, no todo ou em parte, os direitos e as obrigações da Adquirente aqui*

previstas relacionadas à aquisição e ao pagamento das Ações do Pactual, de acordo com a Cláusula 10.4;

.....

*CLÁUSULA 10.4. Sucessores e Cessionários; Terceiros Beneficiários. Este Contrato e qualquer um dos direitos, participações e obrigações de qualquer parte previstos neste Contrato não deverão ser cedidos, no todo ou em parte (por força da lei ou de qualquer outro modo), por qualquer parte sem o consentimento prévio da Adquirente, no caso de qualquer tal cessão pela Controladora ou por qualquer Sócio, ou da Controladora (ou, após o Fechamento, dos Representantes do Sócio), no caso de qualquer tal cessão pela Adquirente; ressalvado, no entanto, que a Adquirente poderá ceder todo e qualquer um de seus direitos e obrigações previstos neste Contrato a uma ou mais de uma de suas agências ou Subsidiárias (quer sejam ora ou doravante existentes) sem o consentimento prévio da Controladora ou dos Representantes do Sócio, **mas nenhuma de tal cessão liberará a Adquirente de suas obrigações previstas neste Contrato.** Observadas as disposições acima, este Contrato obrigará e vigorará em benefício de e será executável pelas partes deste instrumento e por seus respectivos sucessores e cessionários autorizados. Qualquer cessão não permitida de acordo com esta Cláusula 10.4 será nula de pleno direito. Nenhuma disposição deste Contrato, expressa ou implícita, pretende conferir a qualquer Pessoa, que não as Partes deste instrumento ou seus respectivos sucessores e cessionários autorizados, quaisquer direitos, remédios, obrigações ou responsabilidades de acordo com ou em virtude deste Contrato.” (negritei)*

Tais disposições, em conjunto com aquelas cláusulas iniciais transcritas alhures, corroboram a conclusão da fiscalização, de que o UBS AG foi o real adquirente do Banco Pactual S/A (novamente a preponderância do aspecto substancial sobre o formal), considerando-se que no primeiro dia útil seguinte ao “fechamento” da compra e venda a dívida supostamente assumida pela UBS Brasil Participações Ltda foi transferida àquela sociedade. O Adquirente suíço pagou inicialmente US\$ 920 milhões e assumiu como dívida o restante, sendo incontroverso que no dia útil seguinte à aquisição do Banco Pactual S/A por intermédio da UBS Brasil Participações Ltda, o UBS AG passou a deter diretamente 61,04% e, indiretamente, por meio da UBS Brasil Investimentos Ltda, 38,96% do controle acionário.

Ressalte-se que os principais arranjos que conduziram à amortização do ágio em debate foram travados entre partes **interdependentes**, que envolveram decisões societárias relevantes (capitalizações, cessão de dívida, transferência de dívida ao exterior), sem outro dispêndio além daquela parcela inicial.

As duas subsidiárias integrais da UBS AG, tomando-se as operações aqui analisadas, serviram ao propósito de máximo aproveitamento fiscal inerente à aquisição do Banco Pactual S/A, não tendo desenvolvido, em especial a UBS Brasil Participações Ltda, o seu objeto social em outros negócios.

Além do mais, **não houve comprovação pela defesa de que a engenharia societária tenha tido justificativa na otimização de resultados operacionais, tendo ainda deixado de devidamente comprovar tal relação de causa e efeito**, o que confirma, conforme observou a autoridade fazendária, que a economia tributária proporcionada, no contexto da compra e venda firmada e da incorporação às avessas, preponderou, ou, conforme Termo de Verificação Fiscal, consistiu em item relevante, como consignado no Termo de Verificação Fiscal:

“[...] Alegar, também, reestruturação das atividades do Grupo UBS no Brasil carece de razões sólidas, pois o que estamos questionando, especificamente, foi a forma utilizada no processo de aquisição do Banco que levou a constituição de uma holding e a sua extinção em curtíssimo prazo, não produzindo neste exíguo

período da sua existência, os resultados inerentes do exercício de atividades empresariais, exceto a relevante economia tributária alcançada, cujo início deu-se após dois meses da aquisição do controle acionário do Banco, em decorrência da incorporação às avessas.

Com base nos elementos fornecidos pelo contribuinte, afirmamos que a criação das duas sociedades de participações utilizadas no processo de aquisição do antigo banco Pactual S.A e os sucessivos atos societários realizados em três dias, finalizado com o processo de incorporação às avessas tiveram basicamente um interesse fiscal, ou seja, reduzir as bases de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido no período de fevereiro de 2007 a janeiro de 2012.

Não existem razões de caráter econômico, comercial, societário ou financeiro que efetivamente justifiquem os sucessivos atos ou negócios jurídicos praticados no intervalo de três dias pelo UBS AG (Suíça), que estão amplamente descritos nos parágrafos anteriores, exceto a economia fiscal (IRPJ e CSLL) superior a R\$ 1,5 bilhão no prazo de 60 meses.

Com exceção do primeiro negócio jurídico representado pelo Contrato de Compra e Venda, os demais evidenciam a interdependência entre as partes envolvidas, ou seja, as operações ocorreram entre sociedades ligadas, todas controladas pelo UBS AG.

A utilização das duas sociedades de participações e os atos societários subseqüentes possibilitou que o contribuinte se beneficiasse de uma dedução prevista na legislação fiscal – o art.386, inciso III, do RIR/99, principalmente por não ter havido o correspondente e efetivo pagamento do ágio no valor de R\$ 3.205.680.000,00, resultando em dano efetivo ao Erário.”

Da forma como a operação foi executada, a constituição da UBS Brasil Participações Ltda teve como propósito possibilitar, após a incorporação reversa, a amortização do valor do ágio apurado quando da aquisição do Banco Pactual S/A, efetivamente pelo UBS AG (Suíça), podendo aquela subsidiária ser identificada como empresa efêmera de passagem, de breve existência. Em casos como este já se decidiu administrativamente que não subsiste o efeito tributário almejado. Vejamos:

“[...] INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL UTILIZAÇÃO DE "EMPRESA VEÍCULO". Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade comercial ou societária, especialmente quando a incorporada teve o seu capital integralizado com o investimento originário de aquisição de participação societária da incorporadora (ágio) e, ato contínuo, o evento da incorporação ocorreu no dia seguinte. Nestes casos, resta caracterizada a utilização da incorporada como mera "empresa veículo" para transferência do ágio à incorporadora [...]"

(1ªCC, Acórdão nº 103-23.290, de 5/12/07, Rel. Cons. Aloysio José Percínio da Silva)

Todas as questões até então levantadas inserem-se no contexto do que leciona a doutrina especializada de Marco Aurélio Grego (op. cit., pp. 466-479), quando trata das denominadas “Operações Preocupantes”. Peço vênha para transcrever as esclarecedoras passagens abaixo:

[...]

Tal base doutrinária, é relevante observar, não impõe uma sentença de morte aos planejamentos tributários com o envolvimento de sociedades-veículo ou sociedades-efêmeras. Como bem pontua o autor, constituem-se em operações preocupantes responsáveis por ligar o alerta que demanda uma apurada análise

do contexto. Não se tratam de operações normais, que podem simplesmente ser justificadas, escudadas em mera formalidade documental.

A conclusão final, porém, cabe naturalmente ao julgador quando da valoração dos elementos de prova, à luz do particularizado contexto fático.

Analisaremos agora se teria sido necessária a constituição, em especial da UBS Brasil Participações Ltda, à luz da legislação regulatória do setor financeiro, que trata da aquisição do controle acionário de instituição nacional por instituição estrangeira.

De acordo com a PGFN, em contrarrazões, a Circular Bacen nº 3.317, de 29/3/06, editada com base no artigo 3º da Resolução nº 3.040/2002, anterior à celebração do Contrato de Compra e Venda, previa a possibilidade de aquisição de participação societária em instituições financeiras com o ingresso de participação estrangeira, “...independentemente do percentual, direto ou indireto”:

“Art 1º Estabelecer que os pleitos para constituição de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil em que haja participação estrangeira, direta ou indireta, devem ser formalizados nos termos do art. 5º do Regulamento anexo à Resolução 3.040, de 28 de novembro de 2002, e da Circular 3.179, de 26 de fevereiro de 2003, com as alterações introduzidas pela Circular 3.218, de 8 de janeiro de 2004, acrescidos das seguintes informações:

.....

§2º As disposições deste artigo aplicam-se aos pleitos de:

I - aquisição de participação societária em instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, com ingresso de participação estrangeira, independentemente do percentual, direto ou indireto;

II - aumento de participação estrangeira, direta ou indireta;

III - instalação, no País, de agências de instituições financeiras domiciliadas no exterior.” (destaquei)

Sustenta que, em 19/9/06, a Diretoria do Bacen emitiu parecer favorável quanto à transferência do controle acionário do Banco Pactual S/A diretamente para o UBS AG. De igual maneira, o Conselho Monetário Nacional, em sessão realizada em 27/9/06, teria aprovado também a aquisição nos moldes do Contrato de Compra e Venda, confirmada por Decreto do Exmo. Sr. Presidente da República, publicado no Diário Oficial da União de 27/10/06 (nº 207, Seção 1, p.12):

“Reconhece como de interesse do Governo brasileiro o aumento da participação estrangeira no capital do Banco Pactual S.A., com o conseqüente reflexo em suas controladas, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 52, parágrafo único, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, D E C R E T A :

Art.1º É de interesse do Governo brasileiro o aumento da participação estrangeira, até cem por cento, no capital do Banco Pactual S.A., sediado no Rio de Janeiro RJ, com o conseqüente reflexo nos capitais da Pactual Corretora de Títulos e Valores Mobiliários S.A., Pactual Asset Management S.A. Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários e Pactual Serviços Financeiros S.A. Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários.

Art.2º O Banco Central do Brasil adotará as providências necessárias à execução do disposto neste Decreto.

Art.3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art.4º Fica revogado o Decreto de 25 de março de 2003, que reconhece como de interesse do Governo brasileiro o aumento da participação estrangeira no capital social do Banco Pactual

S.A.” (destaquei)

À vista destas autorizações, concedidas, diga-se, antes do “fechamento” da compra e venda, no entender da PGFN, “*não havia qualquer impedimento legal ou regulatório à aquisição direta do BANCO PACTUAL pelo UBS AG*”:

“[...] antes do fechamento do contrato de compra e venda já havia três documentos oficiais que autorizavam a operação: uma decisão da Diretoria Colegiada do Banco Central de 19/09/2006, um voto do Conselho Monetário Nacional de 27/09/2006 e um Decreto Presidencial de 26/10/2006.”

Com base em tais documentos e argumentos, restaria a seguinte indagação: como poderia a Diretoria do Banco Central ter emitido parecer favorável à aquisição, o Conselho Monetário Nacional aprovado-a e o chefe do Executivo federal ter decretado o interesse do Governo brasileiro no “*aumento da participação estrangeira, até cem por cento*”, à luz de uma legislação restritiva? A constatação de autoridades governamentais agindo sem autorização normativa não parece ser crível, de sorte que, à primeira vista, não mereceria guarida a tese do Recorrente de “*...a despeito da existência da referida regra proibitiva, o Banco Central acabou por aprovar a operação [...] ainda que em princípio esta fosse contrária à norma*”.

Tendo sido a PGFN a última parte a se pronunciar nos autos com as contrarrazões, não restou outra solução à defesa senão, em memoriais, devidamente anexados ao processo e cientificados àquele órgão, tentar refutar as conclusões da Fazenda Nacional com farta documentação específica sobre o procedimento no âmbito do Bacen.

Em homenagem ao princípio da verdade material, inerente ao processo administrativo tributário federal, conheço dos documentos, ainda que disponibilizados após o prazo recursal. É inegável que agregam luzes sobre o caso, sendo digna de aplausos, registre-se, a diligente atuação do patrono do sujeito passivo, a exemplo da postura adotada pela PGFN, buscando proporcionar aos Conselheiros a adequada compreensão dos fatos.

Em síntese, foram acostados aos autos os seguintes documentos (fls.4.226/4.410):

1. Requerimento dirigido ao Bacen pelo UBS AG e Banco Pactual S/A, protocolizado em 2/6/06, em que, com base no referido Contrato de Compra e Venda, submete à apreciação a pretensão de “*...alienação da totalidade do controle social do Banco Pactual à sociedade holding que o UBS AG pretende constituir no Brasil, com objeto social exclusivo, nos termos da Resolução nº 3.040/2002, daí resultando a transferência do controle do Banco Pactual, e a elevação da participação estrangeira indireta em seu capital social para 100% (cem por cento)*.”;
2. Exigência do Bacen ao Banco Pactual S.A, de 10/7/06, por meio da Correspondência Deorf/Conif2006/06696, em que são feitas várias exigências, dentre as quais a “*remessa do organograma de ambos os conglomerados econômico-financeiros, no Brasil, antes e após o ato de concentração*”;
3. Carta de esclarecimentos do UBS AG e Banco Pactual S/A ao Departamento de Organização do Sistema Financeiro do Bacen, datada de 19/7/06, com referência ao encaminhamento do organograma requerido;
4. Despacho da Deorf/GTRJA, de 19/9/06, acerca da transferência do controle acionário do Banco Pactual S.A e de suas controladas para o UBS AG (Suíça), com proposta de deferimento do pleito à autoridade superior e registro de que o

assunto deveria ser submetido à Diretoria Colegiada, nos termos do Regimento Interno, “...com vistas ao seu encaminhamento ao Conselho Monetário Nacional, em face do aumento da participação estrangeira no capital de instituições financeiras com sede no País como prévia condição para submissão ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República”, sendo a proposta aprovada pelo Diretor de Normas e Organização do Sistema Financeiro, Sr. Alexandre Antonio Tombini, na mesma data;

5. Voto BCB nº 277/2006, proferido pelo mencionado Diretor, também de 19/9/06, referente à “...aquisição, pelo UBS AG, do controle acionário do Banco Pactual S.A e de suas controladas”, aprovado pela Diretoria Colegiada do Bacen em sessão de 27/9/06. A publicação no DOU, do Extrato da Ata da 821ª Sessão do CMN, ocorreu em 28/12/06 (nº 248, Seção 1, p.60);

6. Decreto do Exmo. Sr. Presidente da República, de 26/10/06 (DOU nº 207, de 27/10/06, Seção 1, p.12), conferindo-se a devida publicidade de que era do “...interesse do Governo brasileiro o aumento da participação estrangeira, até cem por cento, no capital do Banco Pactual S.A.”;

7. Comunicação do Bacen (Deorf/Cofin II – 2006/09485), de 27/10/06, ao Banco Pactual S/A em que o informa sobre a publicação do Decreto presidencial, bem como requer o encaminhamento da “...documentação comprobatória do fechamento da operação referente à aquisição, por parte do UBS AG, do controle acionário [...], conforme Contrato de Compra e Venda firmado em 9.5.2006”;

8. Correspondência do Banco UBS Pactual S/A, protocolizada no Bacen em 12/12/06, por meio da qual encaminhou a seguinte documentação: mapas de composição acionária do Banco Pactual S/A e da Pactual S/A; ata da Assembleia Geral Extraordinária do Banco Pactual S/A, realizada em 1/12/06, em que se deliberou a incorporação da Pactual S/A; Protocolo de Justificação da Incorporação; Declaração da UBS Brasil Participações Ltda, autorizando o pagamento aos sócios do Banco Pactual S/A pela alienação das ações representativas do capital social desta instituição financeira; e Contrato de Câmbio celebrado em 1/12/06 entre o Banco Pactual S/A e UBS Brasil Participações Ltda;

9. Protocolo e Justificação da Incorporação da UBS Brasil Participações Ltda pelo Banco UBS Pactual S/A, celebrado em 5/2/07;

10. Ata de Reunião de Sócios da UBS Brasil Participações Ltda, realizada em 5/2/07, em que se aprovou o Protocolo e Justificação de Incorporação da sociedade pelo Banco UBS Pactual S/A;

11. Comunicação do Banco UBS Pactual S/A ao Departamento de Organização do Sistema Financeiro do Bacen, protocolizada em 8/2/07, por meio da qual encaminha os documentos relativos à “...primeira etapa do projeto de reestruturação do grupo econômico UBS Pactual” (Protocolo e Justificação da Incorporação da UBS Brasil pelo Banco UBS Pactual S/A, Ata da Assembleia Geral Extraordinária dos Acionistas do Banco UBS Pactual S/A e Ata da Reunião de Sócios da UBS Brasil Participações Ltda);

12. Publicação no DOU (nº 40, de 28/2/07, Seção 3, p.42), pela Diretoria de Normas e Organização do Sistema Financeiro Nacional do Bacen, da aprovação da incorporação, “...transferência de controle acionário para UBS AG do Banco UBS Pactual S/A e de suas subsidiárias [...], nos termos do Contrato de Compra e Venda de 09.05.2006, operação que recebeu manifestação favorável da Diretoria Colegiada em sessão de 19.9.2006”, e reforma estatutária;

13. Comunicação do Bacen (Deorf/GTRJA2007/01063) ao Banco UBS Pactual S/A, de 1/3/07, cientificando-lhe sobre as aprovações acima;

14. Comunicação do Bacen (Deorf/GTRJA2007/06642) ao Banco UBS Pactual S/A, de 19/7/07, nos seguintes termos:

“Comunicamos que este Banco Central, por despacho do Sr. Chefe do Departamento de Organização do Sistema Financeiro, de 6.7.2007, publicado no Diário Oficial da União de 10.7.2007, aprovou a incorporação da UBS Brasil Participações Ltda (CNPJ 08.245.975), mediante versão da totalidade de seu patrimônio e conseqüente extinção, sucedendo-lhe a incorporadora em todos os direitos e obrigações, conforme deliberado na AGE de 5.2.2007.

2. Informamos que este Banco Central, ao aprovar a operação, não entrou no mérito de questões de competência de outros órgãos da Administração Pública Federal.

3. Anexamos documentação autenticada, para fins de arquivamento no Registro do Comércio.”

15. Parecer assinado por Sérgio Darcy da Silva Alves, Ex-Diretor de Normas e Organização do Sistema Financeiro do Bacen, datado de 6/5/14, *“...a respeito dos procedimentos adotados para o exercício do controle de instituição financeira nacional e/ou adquirida à luz do arcabouço regulatório nacional, em especial o disposto no parágrafo único do art.52 do Ato das Disposições Transitórias, do artigo 14 da Resolução do Conselho Monetário Nacional n. 3.040, de 28 de novembro de 2002 e da Circular do Banco Central do Brasil n. 3.317, de 29 de março de 2006”.*

Da análise de tal documentação, vê-se que o Recorrente têm razão quando sustenta que a intenção de aquisição do Banco Pactual S/A pelo UBS AG submetida ao crivo do Bacen, em 2/6/06, já previa que se daria de forma indireta, por meio de sociedade holding que viria a ser constituída.

Por outro lado, não permite concluir que a aquisição do Banco Pactual S/A por meio da holding UBS Brasil Participações Ltda, e não diretamente pelo UBS AG, decorreu de um imperativo normativo. As aprovações do Bacen reportaram-se às operações que lhe foram submetidas para fins de aquisição do controle acionário da instituição financeira nacional, que, de acordo com o Contrato de Compra e Venda, previa, é verdade, a possibilidade de participação de *holdings*.

Em que pese no Parecer elaborado por Sérgio Darcy Consultores Associados Ltda haver a concordância de que a constituição de uma *holding* para exercer o controle do Banco Pactual S/A seguiu os preceitos determinados em especial no art.14 da Resolução CMN 3.040/02 e que decorreria de adequada interpretação do dispositivo à luz do caso concreto, nele não se concluiu taxativamente que o único caminho possível, à vista das normas de regulação, seria aquele. Aponta, de igual forma que o Recorrente, para o risco de não aprovação do negócio caso a aquisição houvesse sido direta. Vejamos:

“[...] Ao longo do texto procuramos demonstrar as razões que levaram a expedição da Circular Bacen n. 3.317/2006, claramente vinculada à busca de fundamentação para ingresso no nosso País de uma instituição financeira estrangeira, sendo esse o foco principal do normativo, em atendimento ao disposto no art.52, parágrafo único da ADCT.

Em seguida, conforme mencionado, o caso concreto passou a ser regido pelo regime previsto na Resolução CMN 3.040/2002, em especial do art.14. E com base no referido normativo, entendemos que a proposta da UBS AG de constituir uma holding para exercer o controle do Banco Pactual S.A segue os preceitos determinados no referido dispositivo normativo, visto o não enquadramento dos pretendentes em relação aos demais itens deste dispositivo legal.

De fato, conforme já destacamos, a UBS AG realizou o pleito perante o BACEN de aquisição do controle do Banco Pactual S.A de forma indireta, por meio da holding UBS Brasil Participações Ltda, pois esta era a correta interpretação, para o seu caso, do artigo 14 da Resolução CMN 3.040/2002.

Reafirmamos que a prévia análise do Bacen para encaminhamento à Presidência da República, na etapa de admissibilidade prevista no art.52 da ADCT, cingiu-se aos pontos previstos na Circular Bacen n 3.317/2006.

Sendo de destacar que, como demonstramos ao longo do parecer, em nenhum momento a Presidência da República, por meio de decreto, entra na forma de como o controle societário estrangeiro é exercido.

Ou seja, concordamos com o procedimento do UBS AG à época da operação, pois do ponto de vista legal a situação estava prevista no art.14 da Resolução CMN n. 3.040/2002, e esta optou exatamente no que se enquadrava.

Não tenho dúvida em afirmar que a opção pela criação de uma holding pura, no âmbito do Sistema Financeiro do Brasil, atendeu totalmente aos objetivos do ato normativo em pauta, por dar melhores condições ao Banco Central de acompanhamento das diretrizes firmadas pelas instituições via sociedade holding.

Ressaltamos que a estrutura societária para o fechamento da operação determinada no Anexo I do Voto BCB n.º 277/2006 (aprovado pelo Voto CMN n.º 093/2006) correspondeu à aquisição do Banco Pactual S/A nos exatos termos em que pleiteado pelo UBS AG: por meio da holding UBS Brasil Participações Ltda.

Após a aprovação expressa da estrutura societária proposta, em atendimento ao artigo 14 da Resolução CMN 3.040/2002, também houve a aprovação dos atos concretos de fechamento da aquisição pela UBS Brasil Participações Ltda, conforme Comunicação do BACEN de 01/03/2007 (estrutura societária esta que era condizente com os termos do Voto BCB aprovado pelo CMN).

*Inclusive, assinalo que participações paralelas via holdings internacionais, cujo objetivo não era limitado, não foram aprovadas. Dessa forma, **caso não fosse feito o pleito de aquisição do controle do Banco Pactual S.A de forma indireta, por meio da holding UBS Brasil Participações Ltda, existia o risco concreto e significativo de que a operação não fosse aprovada.***

Por fim, uma vez aprovada aquisição do controle do Banco Pactual S.A, não havendo mais o risco de que o pleito fosse negado pelo BACEN, o UBS AG pleiteou uma reestruturação societária que contemplava a incorporação de UBS Brasil Participações Ltda, tendo o BACEN aprovado tal reestruturação.” (destaquei)

Observe-se que o douto parecerista, ao interpretar a legislação de regência, empregou o termo “risco”, a indicar uma probabilidade, não uma certeza, de insucesso na aprovação, pelo Bacen, caso a opção fosse pela aquisição do Banco Pactual S/A diretamente pelo UBS AG.

Tais órgãos governamentais não decidiram que a aquisição do controle acionário do Banco Pactual S/A necessariamente deveria efetivar-se por meio de uma holding nacional. Aqueles apreciaram o pleito, repita-se, a partir deste cenário posto pelos requerentes.

Além do mais, considerando que a constituição da *holding* não consistiu em condição para o fechamento do negócio, a aquisição direta poderia ter sido submetida ao Bacen. Caso fosse indeferida, aí sim, por eventual imperativo normativo do setor financeiro, também com lastro no Contrato de Compra e Venda, a aquisição indireta seria levada ao crivo de tal autarquia federal. Da forma como a autorização foi pleiteada desde o início, é inescapável concluir pelo motivo preponderante da redução tributária futura, ou melhor, em um um brevíssimo futuro.

Se o intuito da defesa, ao refutar os argumentos da PGFN, era demonstrar que a criação da UBS Brasil Participações Ltda não objetivou unicamente a economia

tributária em debate, mas decorreu da necessária observância de norma regulatória, a documentação apresentada não confirma esta justificativa.

Assim, os elementos carreados aos autos após o recurso voluntário não são capazes de afastar a conclusão anterior, de que, no caso concreto, as operações societárias buscaram afinal abusivamente construir, moldar, materializar a hipótese de incidência da regra de aproveitamento fiscal do ágio.

Em suma, ao contratar a aquisição, UBS AG não condicionou o negócio à aprovação regulatória, e apenas registrou contratualmente que *antes do Fechamento, a Adquirente pretende constituir uma Subsidiária integral sob as leis do Brasil, e ceder a tal Subsidiária, no todo ou em parte, os direitos e as obrigações da Adquirente*, mas sem efeito liberatório de UBS AG. O contrato foi celebrado em 09/05/2006, e em 02/06/2006 UBS AG submeteu a operação à apreciação do BACEN. Em 31/07/2006 foi constituída UBS Participações e em 19/09/2006 a Diretoria do BACEN já havia emitido parecer favorável à transferência do controle acionário do Banco Pactual diretamente para UBS AG, assim como o Conselho Monetário Nacional aprovou esta operação em 27/09/2006, com a publicação do decreto presidencial favorável em 27/10/2006. Apesar disso, em 01/12/2006 UBS AG aumenta o capital social de UBS Participações para fechamento da aquisição com interposição de UBS Participações. Em 12/12/2006 o Banco UBS Pactual S/A submete ao BACEN a operação que resultaria na incorporação de 05/02/2007 e restauraria o controle direto de UBS AG na investida.

Logo, o alegado risco justificaria, apenas, a cogitação de interposição de uma subsidiária integral, como feito contratualmente. Os eventos no processo regulatório permitem concluir que não era necessária a interposição de UBS Participações. Sua função, portanto, se circunscreveu a viabilizar a incorporação a ser invocada para dedutibilidade da amortização do ágio pago por UBS AG.

Correta, assim, a glosa promovida.

Por tais razões, deve ser DADO PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN.

E, por não conceber a amortização fiscal do ágio pago na aquisição de investimentos como um benefício fiscal concedido aos investidores, esta Conselheira diverge dos fundamentos adotados pelo Colegiado *a quo*, mas também conclui que, no presente caso, não restou atendido o requisito legal de unificação da investidora e da investida, razão pela qual deve ser NEGADO PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte com respeito ao ágio UBS.

Com respeito ao ágio BTG, para além de infirmada sua existência em razão da glosa da parcela de R\$ 375.856.328,07, embora sob outros fundamentos, esta Conselheira, como sequer perquire de semelhança da estrutura de aquisição *com aquela exceção subentendida no âmbito do PND*, concorda que as *holdings* interpostas se prestaram a viabilizar a amortização fiscal do ágio sem a unificação de investidor e investida, como exposto no mérito da matéria precedente, mormente tendo em conta o alinhamento neste ponto, do voto condutor do acórdão recorrido, com o entendimento do julgado anterior da matéria (Acórdão n.º 1301-003.655, complementado e retificado, em razão de embargos, pelo Acórdão n.º 1301-004.390):

Ademais, aqui também surge a figura de uma segunda *holding* (a BTG PARTICIPAÇÕES II). Essa empresa, constituída na mesma data que a BTG INVESTIMENTOS, logo tornou-se sua controladora e acabou por assumir parte das obrigações vinculadas ao preço de recompra da recorrente. Como já anunciado, sua atuação na recompra totalizou o valor de R\$ 1.141.468.318,60 (vide Tabela 13). Isto incluiu a supramencionada operação envolvendo a emissão de suas ações para pessoas físicas alienantes da primeira compra, parte dos depósitos para as pessoas físicas e uma transferência para uma empresa do Grupo UBS no exterior.

De fato, no referido Acórdão n.º 1301-003.655, o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, embora referindo a falta de comprovação do fundamento do ágio em questão,

aqui superada no acórdão recorrido, assim se manifestou acerca da interposição das *holdings* na operação societária de recompra das participações societárias na Contribuinte:

**SEGUNDA OPERAÇÃO QUE DEU ENSEJO AO ÁGIO AMORTIZÁVEL –
RECOMPRA DO PACTUAL PELO GRUPO BTG**

Conforme já abordado anteriormente, o ágio registrado na recompra do Pactual pelo Grupo BTG não poderia ser amortizado em razão da ausência de comprovação de estudos internos contemporâneos à operação que demonstrassem que o ágio, no momento de seu registro, tinha origem em rentabilidade futura do investimento adquirido.

Mas há razão adicional para manter-se essa parcela da exigência, qual seja, a utilização de duas holdings a fim de que uma delas pudesse ser utilizada como empresa veículo e o ágio passasse, artificialmente, a ser amortizado, tal qual ocorrido na primeira operação analisada.

Os ex-acionistas do BANCO PACTUAL resolveram recompra-lo do UBS AG. O contrato firmado em 11/05/2009 foi subscrito por UBS AG, UBS BRASIL INVESTIMENTOS LTDA., UBS INTERNATIONAL HOLDINGS BV, WARBURGO NOMINEES LTDA. e BTG INVESTMENTS LP.

Com o fechamento da operação (18/09/2009), o grupo BTG voltou a deter a totalidade do controle acionário do Banco por intermédio de dois níveis de holdings, a saber: BTG PARTICIPAÇÕES II S.A., que por sua vez era subsidiária integral de BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S.A. (BTG INVESTIMENTOS). Salienta-se que as duas holdings foram constituídas em 12/06/2009, ou seja, praticamente um mês após a assinatura do contrato de compra e venda.

É importante ressaltar que embora o contrato de compra e venda tenha sido firmado por BTG INVESTMENTS LP, os pagamentos foram realizados BTG INVESTIMENTOS e BTG PARTICIPAÇÕES II S.A., e em maior parte destinados às pessoas físicas vendedoras da participação societária na primeira negociação do Banco. Tais pagamentos se referem à parcela diferida relativa ao contrato de compra e venda firmado em 2006, a título daquele montante que era devido pelo Grupo UBS e foi assumido pelo Grupo BTG – sendo que R\$ 375.856.328,07 foi liquidado mediante emissão de ações da BTG PARTICIPAÇÕES II. Por fim, em 29/04/2010, BTG INVESTIMENTOS foi incorporada pelo BANCO PACTUAL, momento a partir do qual se deu início a novas amortizações do ágio por parte da Recorrente.

A esse respeito, assim consta na decisão recorrida:

Nesse caso, a interposição de empresa-veículo, isoladamente, não pode sustentar a glosa da amortização do ágio pago na aquisição do Banco pelo Grupo BTG, porque cumpre reconhecer que se impunha a criação de ao menos uma holding, para figurar como adquirente do Banco, pois, conforme argumentado pela defesa, seria inviável, na prática, a participação individual das pessoas físicas no seu capital, seja porque as regras de controle precisariam ser previamente definidas, seja porque as obrigações assumidas junto ao GRUPO UBS (alienante) e aos SÓCIOS VENDEDORES do CCV 2006 precisariam estar concentradas em uma única entidade.

De fato, haveria sim a necessidade da constituição de ao menos uma holding para que o negócio pudesse ser realizado, nos termos descritos pelo voto condutor do aresto recorrido. Contudo, a turma julgadora *a quo* não levou em consideração que a operação não se deu somente com a utilização de uma holding, mas sim duas. Para que restasse demonstrada razões extratributárias para a realização da operação, bastaria a utilização de BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES.

Contudo, se assim procedesse, o ágio não poderia ser amortizado, e, somente por essa razão é que foi constituída e interposta a segunda holding BTG PACTUAL INVESTIMENTOS S.A., possibilitando que houvesse uma artificial “confusão patrimonial” entre investida e investidora a fim de que, aos olhos da Recorrente, esse

segundo ágio pudesse passar a ser amortizado e deduzido na apuração do lucro real e da CSLL.

A justificativa apresentada pela Recorrente de manter uma nova estrutura nos mesmos moldes das anteriores em razão de questões societárias, a meu ver, não restou suficientemente comprovada e tampouco me parece suficiente a demonstrar razão extrafiscal que pudesse dar ensejo à amortização do ágio.

Desse modo, pelas mesmas razões de direito já expostas em relação à primeira operação de ágio, voto por negar provimento também ao recurso em relação à amortização de ágio da 2ª operação.

No voto condutor do acórdão recorrido subsistem não só o fundamento acima transcrito, que se alinha ao fundamento do Acórdão n.º 1301-003.655, como também, o fundamento abaixo reproduzido, que se opõe, inclusive, à necessidade de interposição da primeira *holding*:

Quanto à questão da utilização de empresa veículo, a recorrente faz referência à decisão de primeira instância proferida nos autos do processo n.º 16682.722995/2015-66, que reconheceu a lógica e conveniência da estrutura adotada.

Com efeito, não constatei nos autos nenhuma acusação acerca da procedência dos recursos utilizados pela BTG INVESTIMENTOS para o pagamento das duas parcelas acima referidas (R\$ 3.302.872.306,41 e R\$ 4.226.251,33). No entanto, a própria recorrente admite que os reais adquirentes eram as pessoas físicas detentoras do Grupo BTG. Confira-se, nesse sentido, o seguinte trecho da sua impugnação.

6.20) Os investimentos dos SÓCIOS VENDEDORES no antigo Banco Pactuai S.A. sempre foram estruturados por meio de holding, seja para viabilizar o exercício do controle do banco, seja para viabilizar a compra e venda de ativos variados pelo Grupo BTG, como é comum ocorrer em grupos do gênero.

6.21) Por isso, durante pelo menos os dez anos que precederam sua venda ao GRUPO UBS, o antigo Banco Pactuai S.A. era controlado por PACTUAL S.A. que, por sua vez, tinha como acionistas diretos duas holdings - a NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA. e PACTUAL HOLDINGS S.A. -, sociedades estas que agrupavam as diversas pessoas físicas que participavam de forma indireta do banco, quais sejam, os SÓCIOS VENDEDORES. Assim, nada mais lógico que, ao decidirem recomprar o IMPUGNANTE, o GRUPO BTG o fizesse através de estrutura semelhante à anteriormente existente.

6.22) A criação de holdings - pelo menos de uma - para figurar como adquirente do IMPUGNANTE se impunha, pois seria inviável, na prática, a participação individual de 32 pessoas físicas no seu capital, seja porque as regras de controle precisariam ser previamente definidas mediante a interposição de ao menos uma holding, seja porque as obrigações assumidas junto ao GRUPO UBS e aos SÓCIOS VENDEDORES precisariam estar concentradas em uma única entidade. Em outras palavras, mais do que por mera conveniência, a utilização de ao menos uma holding para readquirir o controle do IMPUGNANTE era essencial. (grifei)

Ora, se as pessoas físicas detentoras do Grupo BTG eram as reais adquirentes é bem provável terem sido elas que aportaram os citados recursos. De qualquer sorte, a BTG INVESTIMENTOS havia sido recém constituída e não dispunha de qualquer participação em outros negócios que pudessem auferir recursos próprios. Inexiste também evidências de que esses recursos tenham sido obtidos com terceiros. Além disso, se os reais adquirentes eram pessoas físicas residentes no País, o caso também não se assemelha com àquela exceção subentendida no âmbito do PND. Por isso, considero que houve, sim, a intermediação de uma empresa veículo com o propósito preponderante da economia tributária. A alegação de que seria inviável a participação de 32 pessoas físicas no capital da empresa investida não me convence. O negócio poderia ter sido concretizado e, depois, se necessário, constituída a holding.

Novamente esta Conselheira concorda parcialmente com tais fundamentos, vez que não exige semelhança da operação com a estrutura admitida no Programa Nacional de Desestatização. Contudo, também aqui, se a compra direta pelas pessoas físicas do capital da investida não permitiria a amortização fiscal do ágio pago, este é um encargo a ser considerado na definição do preço da operação e que não autoriza a interposição de pessoas jurídicas apenas para constituir formalmente o cenário que a lei cogitou para permitir este aproveitamento.

Por tais razões, esta Conselheira compreende que nesta segunda parte da segunda matéria, também deve ser NEGADO PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte, vez que sob os fundamentos antes expressos por esta Conselheira, nem mesmo a interposição da primeira *holding* se prestaria a viabilizar a integração entre investidor e investida para fins de amortização fiscal do ágio.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa