



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16682.722995/2015-66
Recurso Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº 9101-006.790 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 6 de novembro de 2023
Recorrentes BANCO BTG PACTUAL S.A.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010, 2011

RECURSO ESPECIAL. PRESSUPOSTO MATERIAL DE CABIMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.

Não se admite o recurso especial quando os acórdãos paradigmas colacionados repousam as suas conclusões no exercício silogístico que pressupõe contexto fático distinto daquele observado no acórdão recorrido.

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

Ano-calendário: 2010, 2011

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

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli – Redator *ad hoc*

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

Relatório

Cuida o feito de Recursos Especiais de Divergência interpostos por Banco BTG Pactual S.A. e pela Fazenda Pública Nacional em face do acórdão de nº 1301-003.655, o qual foi complementado pelo acórdão de embargos de nº 1301-004.390. A primeira decisão recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano- calendário: 2010, 2011

NULIDADE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DAS BASES TRIBUTÁVEIS. DESCONSIDERAÇÃO DE PREJUÍZO FISCAL E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DO PERÍODO.

Diante da confirmação da apuração de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa do período, se impõe a correção do erro na determinação das bases de cálculo a serem lançadas de ofício, mas esse fato não enseja nulidade formal ou material das autuações, porque os atos administrativos foram lavrados por autoridade competente, na forma prevista em lei, com abertura de prazo para impugnação, e sem cerceamento ao direito de defesa.

REGISTRO DO ÁGIO. FATOS GERADORES OCORRIDOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 12973/14. LAUDO ELABORADO APÓS O REGISTRO DO ÁGIO. AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE DO LAUDO. ESTUDO INTERNO. POSSIBILIDADE DE AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO DESDE QUE HAJA COMPROVAÇÃO DE SER CONTEMPORÂNEO AO SEU REGISTRO.

Antes da vigência da Lei nº 12.973/14, um dos requisitos para que o ágio possa ser amortizado é que haja ao menos estudo prévio contemporâneo ao seu registro, não sendo admitida a apresentação de laudo elaborado meses após a sua contabilização. Para que os estudos internos possam avaliar o registro e a amortização do ágio é necessária comprovação de que foram elaborados à época de sua contabilização.

ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE. UTILIZAÇÃO DE EMPRESAS VEÍCULO.

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se, além da utilização de uma holding necessária para a concretização da operação, é criada uma segunda holding, com todas as características de "empresa veículo", com a específica finalidade de viabilizar uma artificial confusão patrimonial entre investida e investidora.

CSLL. ADIÇÃO DE DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA.

A adição, à base de cálculo da CSLL, de despesas com amortização de ágio deduzidas indevidamente pela contribuinte encontra amparo nas normas que regem a exigência da referida contribuição.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa SELIC. Precedentes das três turmas da Câmara Superior Acórdãos 9101001.863, 9202003.150 e 9303002.400. Precedentes do STJ AgRg no REsp 1.335.688PR, REsp 1.492.246RS e REsp 1.510.603CE. Súmula CARF nº 108.

Inicialmente, o Colegiado *a quo*, havia negado provimento ao apelo voluntário apresentado pela contribuinte. Contudo, após a oposição de declaratórios, o D. Relator daquele primeiro *decisum* reviu, em parte, o seu entendimento e acolheu parcialmente o pedido da interessada, cancelando um dos itens da autuação. Os fundamentos desta nova decisão foram sumarizados na ementa a seguir reproduzida:

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

Ano-calendário: 2010, 2011

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. PROLAÇÃO DE NOVA DECISÃO. EFEITOS INFRINGENTES.

Constatada omissão no acórdão embargado, prolata-se nova decisão, podendo essa ter efeitos infringentes se em decorrência das correções dos vícios apontados chegar-se à conclusão contrária ao do aresto recorrido.

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ARTIGO 24 DA LINDB. APLICABILIDADE.

A LINDB é norma válida, vigente e eficaz, cuja aplicação depende, sobremaneira, da adequação do caso concreto às suas previsões normativas, cabendo ao CARF aplicá-la nos casos cabíveis. Entretanto, o art. 24 da LINDB não se aplica no caso de revisão de ato de particular, constitutivo do crédito tributário, no contexto do lançamento por homologação, por ser cabível apenas nas hipóteses em que o ato revisado tem natureza administrativa.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA NA AQUISIÇÃO DO INVESTIMENTO EM RAZÃO DE QUESTÕES REGULATÓRIAS. PROPÓSITO NEGOCIAL EXTRAFISCAL. POSSIBILIDADE.

Comprovada que a utilização de empresa para aquisição do investimento se deu por razões regulatórias e que, portanto, denotou à operação propósito comercial extrafiscal, e cumpridas as demais premissas para amortização do ágio, restabelece-se a dedução das respectivas despesas.

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.

Os autos revolvem o lançamento de IRPJ e CSLL nos idos de 2010 e 2011 como decorrência de glosas intentadas quanto a despesas decorrentes da amortização de dois ágios pagos e apropriados pelo Banco BTG Pactual:

- a) ágio UBS, em que o grupo internacional adquiriu a participação na empresa autuada por intermédio de duas empresas de passagem;
- b) ágio BTG, oriundo da recompra do aludido banco, junto ao Grupo UBS AG, pelos vendedores originários.

Tentando tornar mais simples a querela, tem-se, *in casu*, dois grupos de operações que resultaram nos sobrepreços objetos das críticas fiscais. Um primeiro, que adotou estrutura um tanto quanto mais comum, em que o precitado conglomerado estrangeiro, buscando adquirir investimento havido na interessada BTG (brasileira), constituiu uma primeira empresa veículo (UBS Brasil Participações Ltda.), na qual foram aportados recursos mediante integralização de capital. Depois disso, constituiu outra empresa de passagem, denominada UBS Brasil Investimentos para a qual foram transmitidas, dívidas havidas pela compradora em relação aos vendedores (sobre o que se reportará mais adiante).

De seu turno, os acionistas da autuada criaram uma segunda empresa de passagem (Pactual S/A), sob a forma de uma *holding*, para a qual foram vertidas as participações originariamente detidas pelas pessoas físicas donas do banco alvo deste primeiro negócio. Num momento imediatamente subsequente, a *holding* retro, foi incorporada pelo Banco Pactual.

Em seguida, UBS Brasil adquire, em espécie, o Banco Pactual que, em operação reversa, incorpora aquela primeira, passando a se chamar Banco UBS Pactual S.A. e a amortizar o ágio, tratado neste feito.

Aqui, vale o destaque, a D. Autoridade Fiscal dá conta de que parte dos valores destinados às pessoas físicas, que foram pagos a vista, foram retidos e, assim, diferidos para fazer as vezes de garantia pelo cumprimento de diversas obrigações impostas aos vendedores e que somente lhes seriam concretamente repassados após o adimplemento de tais condições.

Outrossim, as próprias importâncias devidas à prazo (cinco anos), somente seriam pagas na eventualidade da observância de outras condições contratualmente previstas.

Com o fechamento desta operação, os valores acima foram resgatados e, aqui, deu-se início o segundo grupo de operações que resultou, como já afirmado, na recompra do Banco UBS Pactual S.A. pelas mesmas pessoas físicas que haviam vendido o Banco BTG Pactual ao Grupo UBS. Isto porque, parte do valor avençado para este novo negócio, seria quitado, precisamente, pela parcela dos pagamentos retidos/diferidos (R\$ 375.856.328,07).

Assim como ocorrido na primeira operação, também aqui houve a criação/utilização de empresas *holding*, a saber, a BTG Participações II S.A. e a BTG Pactual Investimentos S.A., sendo esta última, subsidiária integral da primeira e detentora da participação do Banco UBS Pactual S.A. Ao fim, o Banco UBS, agora já sob a alcunha de Banco BTG Pactual S.A., incorpora a BTG Pactual Investimentos e também passa amortizar as parcelas deste segundo sobrepreço.

Ao concluir a ação fiscal, a D. Autoridade Lançadora entendeu indedutíveis ambos ágios formados. Consignando, outrossim, em relação ao primeiro ágio, que a par de suas considerações acerca da simulação divisada no emprego de empresas veículo (que justificou as suas conclusões gerais sobre as glosas intentadas em relação às duas operações), aquela parcela de R\$ 375.856.328,07 já não seria apropriável porque, a seu sentir, “*da dívida total de R\$ 3.205.680.000,00, não houve circulação nenhuma*” daquela importância, mormente porque, “*conforme demonstrado*” esta parcela “*teve quitação pelos sócios retornantes mediante emissão de ações da BTG PACTUAL PARTICIPAÇÕES II S.A., sendo 90% desse valor destinado a Reserva de Capital - Ágio dessa empresa*”.

Demais disso, fundamentou, ainda, a autuação no fato de que os laudos utilizados para ambas pactuações seriam intempestivos e, assim, impróprios para a comprovação das importâncias despendidas em cada grupo de operações.

A contribuinte se socorreu da competente impugnação a qual foi parcialmente acolhida pela Delegacia da Receita de Julgamentos apenas para que fossem aproveitados os saldos de prejuízo e base de cálculo observados dentro dos próprios anos-calendário fiscalizados.

Com a interposição de recurso voluntário, o Colegiado *a quo*, tal como já destacado, inicialmente lhe negou provimento, encampando, na íntegra, as críticas fiscais, tendo, nesta oportunidade, apenas, deixado de se pronunciar sobre o problema dos pagamentos diferidos e alertados alhures.

Entretanto, o D. Relator deste aresto, também consoante já adiantado, acolheu a pretensão externada pela contribuinte em recurso de embargos a fim de reconhecer a dedutibilidade das parcelas do primeiro ágio (ágio UBS). Em síntese, considerou que havia justificativa inclusive regulatória para a interposição da primeira empresa veículo (UBS Brasil Participações Ltda.), dado que um estrangeiro não poderia participar, diretamente, do capital de instituição financeira brasileira. E, em relação à segunda empresa de passagem (UBS Investimentos), considerou neutra a sua participação no negócio.

Noutro giro, afirmou que a troca de dívidas por participações societárias conformaria, sim, circulação financeira e, assim, comprovaria o pagamento efetivo do aludido sobrepreço.

Intimada do resultado do julgamento dos declaratórios em 19/03/2020 (e-fl. 7.367), a D. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional interpôs recurso especial de divergência em 29/06/2020 (e-fls. 7.368/7.431), aventando a ocorrência de dissídio jurisprudencial quanto a duas matérias, a saber:

a) “*da indedutibilidade do ágio amortizado [...] impossibilidade da exigência legal de confusão patrimonial envolver empresas-veículo*”, invocando, como paradigmas os acórdãos de n.ºs 9101-002.213 e 9101-002.187; e

b) “*da ausência de propósito negocial da UBS Participações. empresa veículo*”, cuja a ser comparada foi a de n.º 1103-001.102.

Este recurso foi admitido sem ressalvas.

A contribuinte, de seu turno, também apresentou o seu recurso especial (em 24/07/2020 - e-fl. 7.579), acusando a ocorrência de divergência acerca da 3 (três) temas, sendo eles:

a) “*quanto à alegada utilização de empresa veículo sem propósito negocial*” - paradigmas indicados: acórdãos n.º 1201-003.693 e n.º 1401-003.308;

b) “*quanto à alegada falta de elaboração tempestiva de demonstrativo do fundamento econômico do ágio*” - paradigmas indicados: acórdãos n.º 1201-002.247 e n.º 1201-003.693; e

c) “*quanto ao argumento autônomo do recorrente para fins de CSL*” - paradigma indicado: acórdão n.º 9101-002.310.

O apelo da contribuinte também foi admitido sem quaisquer considerações adicionais.

Tanto a interessada Banco Patcual, como a D. PGFN, opuseram contrarrazões.

A contribuinte, à e-fls. 7.447/7.488, sustentou, de sua sorte, e num primeiro momento, a inoccorrência de divergência jurisprudencial a viabilizar o seu conhecimento.

Especificamente quanto ao tema “real investidor”, mormente por entender, que o próprio acórdão recorrido, teria afirmado não haver semelhante questionamento no TVF. Demais disso, sustentou que a decisão contra a qual foi interposto o apelo não teria afirmado a validade do emprego de empresas veículo, mas, objetivamente, a inoccorrência da interposição deste tipo societário.

Em relação à matéria atinente ao “*propósito negocial para o uso da UBS Participações*” afirmou que, ainda que o paradigma tenha tratado da mesma operação, as conclusões ali expostas teriam restado calcadas no exame de fatos e não na interpretação da lei, o que, sob sua ótica, também impediria a admissão do aludido recurso. Isto, defende, sem o prejuízo de que este acórdão a ser comparado não ter analisado o mesmo conjunto probatório, notadamente porque, no caso concreto, teria sido apresentado um documento novo (um parecer de autoria de Gustavo Loyola e Ernesto Moreira).

No mérito, premeu pela manutenção da decisão recorrida na parte que lhe foi desfavorável.

Já a D. Procuradoria se manifestou apenas quanto a mérito da querela, nada se reportando quanto a admissibilidade do remédio manejado pela interessada.

Este é o relatório.

Voto

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, Redator *ad hoc*

Como Redator *ad hoc*, sirvo-me da minuta de voto inserida pelo relator original, Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, no diretório corporativo do CARF, a seguir reproduzida na íntegra, cujo posicionamento ora é por mim acompanhado, com exceção ao conhecimento do recurso especial da contribuinte, o qual foi acompanhado pelo restante do Colegiado pelas conclusões, com fundamento nas razões expostas na declaração de voto constante no final desse acórdão.

I ADMISSIBILIDADE.

I.1 Requisitos objetivos e extrínsecos.

A contribuinte só foi cientificada do acórdão dos embargos em 14/09/2020 – e-fl. 7.968. Nada obstante, apresentou, espontaneamente, o seu apelo muito antes do próprio início do prazo de que dispunha. Como o Código Processo Civil considera saneados quaisquer problemas afeitos à intimação quando o contribuinte parece *sponte própria* ao feito, não há, de fato, maiores digressões a se fazer. O recurso é, portanto, tempestivo.

Da mesma forma, também o apelo fazendário deve ser conhecido quanto a este pressuposto, sendo desnecessários quaisquer apontamentos adicionais aos já realizados pelo r. despacho de admissibilidade.

Outrossim, até a data da interposição dos recursos em exame, nenhum dos paradigmas indicados, e admitidos, teriam sido objeto de reforma, atendendo-se, destarte, também ao requisito preconizado pelo art. 67, § 15, do anexo II, do RICARF.

Ainda, as insurgentes apontaram, com exatidão os dispositivos sobre os quais as alegadas divergência teriam ocorrido, declinando, noutro giro, de forma satisfatória (ao menos do ponto de vista formal), e analiticamente, a antinomia entre as teses então apresentadas, satisfazendo-se, pois, também, os pressupostos preconizados pelo § 1º, 6 e 8º do precitado art. 67.

Os recursos, sob o viés destes requisitos, devem ser conhecidos.

I.2 Da divergência jurisprudencial. Premissas deste Conselheiro.

O art. 67 do RICARF estabelece como requisito intrínseco do recurso especial, a efetiva ocorrência de divergência interpretativa entre decisões de turmas deste Órgão Colegiado acerca da “*legislação tributária*”. Mas, verdade seja dita, estivéssemos, de fato, diante de visões antinômicas apenas quanto ao substrato legal, a exigência de paridade circunstancial seria, a toda evidência, despicienda. Isto porque, e não se pode negar, a interpretação da prescrição pode ser feita *in abstracto*, objetivando, todavia, apenas, compreender o sentido das expressões ali empregadas.

Todavia, o Manual de Admissibilidade do REsp é substancialmente claro ao predispor que a divergência a que a alude o predito art. 67 se estabelece quando as Turmas deste CARF, “*em face de situações fáticas similares, conferem interpretações divergentes à legislação tributária*”¹. E ao assim se propor, o recurso especial de divergência não atinge apenas a interpretação do texto legal mas, objetivamente, a própria construção da norma jurídica concreta. Isto porque o *procedimento* de edificação da norma se dá, precisamente, pela aplicação das prescrições normativas ao caso concreto, aplicação que, por sua vez, pressupõe o emprego das “*conexões axiológicas que são construídas (ou, no mínimo, coerentemente intensificadas) pelo intérprete*”², e, ainda, a dialética jurídica (pela apresentação e contra-apresentação de argumentos técnico-jurídicos).

Trazendo para esta seara, destarte, a clássica equação kelseniana, pensada para viabilizar a construção da norma, tem-se que “se A, deve ser B”³. Se, entretanto, um dado aplicador do direito, partindo das suas “*conexões axiológicas*” (preconceitos jurídicos que ele coerentemente intensifica, nas palavras de Ávila), se socorre de uma leitura própria da prescrição “A”, quando sobreposta às circunstâncias de fato, concluirá pela implementação da consequência “B” de forma distinta daquele que considera “A” sob outras concepções. Objetivamente, uma Turma pode considerar que se “A+”, deve ser “B”, ao passo que outro Colegiado poderá edificar a norma, que compreende um mesmo conjunto fático (ou, quando menos similar), a partir da equação clássica “se “A”, deve ser “B”. E é, precisamente aí, que se estabelece a divergência interpretativa que desafia o remédio excepcional em testilha.

Daí a necessidade de:

- a) a construção normativa se dar sobre uma mesma prescrição (substrato) legal (ou legislativa, inclusive na acepção do art. 100 do Código Tributário Nacional);

¹ Manual de Admissibilidade do Recurso Especial, Orientações Gerais para Formalização de Despachos, v. 3.1. Brasília, dezembro 2018, p. 54, disponível em http://idg.carf.fazenda.gov.br/publicacoes/arquivos-e-imagens-pasta/manual-admissibilidade-recurso-especial-v-3_1-ed_14-12-2018.pdf. Acessado em 23 de junho de 2022.

² ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2018, p. 65.

³ Lembrando, aqui, que para Kelsen, esta equação ainda depende do ato do aplicador da lei, não se concretizando automaticamente pela simples implementação do fato hipotético “A” (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, versão condensada pelo próprio Autor. 4ª ed., tradução de J. Cretellajr. e Agnes Cretella, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 47.

- b) o exercício silogístico se implementar quanto a circunstâncias fáticas iguais ou, quando menos, similares, ou, de outra sorte, estaremos potencialmente, tratando de uma mesma prescrição normativa e cuja consequência se implementa de forma distinta, apenas, por conta da aludida dissimilitude fática;
- c) as turmas responsáveis pela prolação da decisão que positiva a norma serem distintas, dado que, em sendo o mesmo colegiado, não se poderá considerar que estes aplicadores colijam “*conexões axiológicas*” distintas (ao menos em tese).

Em razão da premissa descrita em “a”, os interessados devem deixar claro qual a prescrição legislativa está sendo examinada; porque só há interpretação antinômica em relação a um mesmo antecedente e consequente abstratamente previsto na lei. Daí porque, inclusive, não se estabelecer a divergência em relação a decisões que se debruçam acerca de preceitos legislativos que, não obstante tratem de uma mesma matéria, sejam, cronologicamente, distintos (os próprios contextos destas regras não serão os mesmos e o exercício silogístico subsequente, necessariamente, se implementará de forma distinta – paradigmas anacrônicos, como descrito pelo Manual de Admissibilidade⁴).

Outrossim, e ainda no que tange ao fundamento tratado em “a”, supra, a proposição normativa tem que ter sido objeto de decisão, ainda que implícita, pelos acórdãos a serem comparados. Sem o seu prequestionamento, não há positivação da norma e, ato contínuo, não há, propriamente, matéria a ser comparada.

Noutro giro, o pressuposto declinado em “b” impõe a identidade fática e afasta a possibilidade de se estabelecer a divergência quando a questão torna relevante a prova produzida ou não produzida (os fatos devem estar postos, já que a equação Kelseniana, sempre, será diferente para cada conjunto fático-probatório, independentemente da leitura que se faça acerca das prescrições normativas). Aliás, este mesmo entendimento se encontra divisível no Manual de Exame de Admissibilidade, citado alhures. Veja-se:

Assim, a divergência jurisprudencial não se estabelece em matéria de prova, e sim na interpretação da legislação. Com efeito, tratando-se de situações fáticas diversas, cada qual com seu conjunto probatório específico, as soluções diferentes não têm como fundamento a interpretação diversa da legislação, mas sim as diferentes situações fáticas retratadas em cada um dos julgados.

E, por fim, só se estabelece divergência quando a norma é edificada por aplicadores distintos.

Esclareço, por oportuno, que as premissas agora postas são próprias deste Relator e não representam, necessariamente, o entendimento do Colegiado acerca deste pressuposto de cabimento. Se prestam, valem a insistência, apenas para nortear o exame a ser realizado por este Conselheiro, não vinculando, em absoluto, os demais membros deste Colegiado que, por certo, adotam, ou adotarão, outros critérios que não, e necessariamente, os até aqui expostos.

Assentadas, assim, as premissas a serem assumidas por este Relator, e somente por ele, passo ao exame do cabimento do apelo ora analisado.

⁴ Op. cit. p. 57.

I.2.1 Do recurso especial fazendário.

1.2.1.a Do primeiro tema admitido. Da sustentada falta de confusão patrimonial.

No que tange ao acórdão de nº 9101-002.187, esse paradigma não serve para demonstrar o dissídio em relação a esta primeira matéria.

Com efeito, tal decisão trata, exclusivamente, do problema da confusão patrimonial tema que, diga-se, não foi, em momento algum, considerado pela decisão recorrida enquanto premissa jurídica (prescrição normativa – antecedente) para a construção da norma jurídica concreta e individual.

Lá, a ausência de confusão entre aquele que despende recursos na aquisição do investimento seria ponto nodal e suficiente à glosa das parcelas do ágio então formado. Aqui, por sua vez, a mera interposição de uma empresa de passagem, quando existentes motivos regulatórios para tal desiderato, torna premente a admissão da dedutibilidade das despesas ora examinadas, havendo, então, uma inadvertida diferença quanto, insista-se, ao próprio antecedente normativo tal qual considerado.

A prescrição se “A”, tomada por um colegiado, não é a mesma adotada pelo outro colegiado.

Noutro giro, e mesmo que quanto ao primeiro paradigma, de nº 9101-002.213 se verifique uma similitude fática entre os casos comparados, sendo de se ver, até mesmo, a invocação de motivos regulatórios a justificar a interposição de empresas de passagem em ambos acórdãos, o fato é que este primeiro *decisum* foi trazido pela D. PGFN para questionar o problema, exclusivo, da confusão patrimonial. I.e., ainda que este paradigma pudesse servir, quiçá, para comprovar a divergência em relação ao segundo tema admitido, ele não se presta para tal mister quanto a primeira matéria porque, vale a insistência, esta premissa jurídica nunca foi aventada pela decisão recorrida (nem mesmo para o primeiro ágio, cuja não amortização restou decidida e acatada pela Turma *a quo*).

Dito assim, o recurso fazendário não deve ser conhecido quanto a este primeiro tema.

1.2.1.b Da segunda matéria admitida. Da alegada falta justificação material para o emprego da empresa de passagem UBS Participações. Paradigma de nº 1103-001.102.

Frise-se, desde logo, que o acórdão ser comparado (1103-001.102) trata, precisamente, da mesma operação analisada pela Turma *a quo*, e que gerou o ágio considerado hígido por aquele Colegiado. Em linhas gerais, estamos diante de uma mesma premissa de fato, e, quanto ao quê, foram considerados os mesmos pressupostos jurídicos aos quais as ditas circunstâncias foram subsumidas.

Vejam que, com base nos mesmíssimos elementos de fato, a 3ª Turma da 1ª Câmara considerou inexistirem provas acerca dos motivos extratributários para a interposição da UBS Participações (mesmo considerando o regramento proposto pelo Banco Central – cujo óbice à aquisição de investimento lotado no Brasil diretamente por empresa estrangeira seria, meramente, hipotético). E estendeu tais críticas também ao uso da UBS Investimentos.

De seu turno, o Colegiado *a quo*, especificamente após a oposição de embargos de declaração da parte da contribuinte, defendeu que a mera existência de um obstáculo regulatório já configuraria justificativa econômica suficiente ao emprego da empresa veículo em testilha.

Notem que o D. Relator do acórdão recorrido (complementado pelo acórdão recorrido), inclusive apontou para a neutralidade, do ponto de visto econômico e fiscal, da UBS Investimentos. Só que este problema, especificamente, não foi, de qualquer forma, questionado pela Fazenda Nacional em seu recurso, não se encontrando, portanto, em litígio.

A priori, portanto, a semelhança fática e jurídica entre os dois casos é patente.

A interessada, que admite a aludida identidade entre as duas demandas, ainda sustenta que o exame intentado pela Turma responsável pela elaboração do paradigma teria assentado as suas conclusões, exclusivamente, em elementos de prova, cuja revisitação seria descabida nesta instância “extraordinária”.

Nada obstante, é preciso destacar que, o que nos é vedado, é refazer a instrução probatória... como já pude me manifesta no passado, é papel da Câmara Superior qualificar ou requalificar os fatos tal como postos, não sendo possível, tão só, lançar mão de outros elementos que não aqueles considerados pela decisão de 2º grau para então alcançar conclusões distintas daquelas adotadas pelo acórdão recorrido. Aqui, o que se tem é a mesmíssima equação normativa em que se “A”, deve ser “B”, havendo, tão só, uma requalificação dos fatos a luz de um intepretação distinta dada pelo *decisum* comparado acerca da extensão e compreensão, precisamente, de “A”.

Demais disso, a contribuinte alega, ainda, que a 3ª Turma não teria se debruçado sobre elementos de prova novos, trazidos, tão só, para o caso dos presentes autos. Especificamente, alerta para o fato de que, neste feito, foi apresentado um parecer da lavra dos Drs. Gustavo Loyola e Ernesto Moreira, elaborado, especificamente, para o presente processo (juntado por ocasião da oposição da impugnação – e-fls. 5.823/5855). Todavia, este parecer não foi, em qualquer ponto do acórdão de embargos, utilizado como fundamento das conclusões ali adotadas... e, vejam bem, mesmo que o tivesse sido, o aludido parecer nada mais faz que “opinar” sobre as operações engendradas a luz dos elementos verificados nos autos. Trata-se, pois, de uma opinião “jurídica” sobre as operações, não conformando, assim, uma prova nova, mas, vale a insistência, apenas um reforço argumentativo.

Feitas tais considerações, o conhecimento do Recurso Fazendário, quanto a este tema, é medida que se impõe.

I.2.2 Do recurso especial da contribuinte.

I.2.2.a Da primeira matéria admitida: “quanto à alegada utilização de empresa veículo sem propósito negocial” - paradigmas indicados: acórdãos nº 1201-003.693 e nº 1401-003.308;

O ponto nodal aqui está centrado no argumento contido na decisão recorrida em que o D. Relator admite, explicitamente, a interposição de uma *holding* no negócio, mormente para viabilização da concentração do investimento que seria adquirido por pessoas físicas em uma única empresa. Veja-se:

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.

Verdade seja dita, este ponto do voto condutor do acórdão *a quo* seria, com devido respeito aos entendimentos dissonantes, suficiente para afastar a aptidão, principalmente, do segundo paradigma – 1401-003.308 – de demonstrar o dissídio suscitado. Isto porque, neste *decisum* comparado, o que se tem é a criação de uma empresa-veículo a fim de viabilizar a participação da dita adquirente de fato em certame licitatório... Houve, aí, a criação de uma, e apenas uma entidade, e não de duas empresas, situação que, como exposto acima, se tornou premente para a o acórdão de 2º grau ao fim de considerar injustificável, para os fins dos arts. 7º e 8º, da Lei 9.532/97, a estrutura aqui exposta.

E vejam que o D. Relator do acórdão recorrido deixou claro que a segunda *holding* criada, BTG Investimentos, não teve participação neutra, considerando-a, nesta esteira, essencial para que a própria confusão patrimonial a que a alude o precitado art. 7º, pudesse ocorrer. E isto também se torna fator distintivo inegável, suficiente para afastar a similitude entre os dois casos, mormente a partir das considerações lançadas no voto condutor do paradigma em testilha - 1401-003.308 -, para afastar as glosas lá analisadas:

Por todo o exposto, com relação à formação e utilização do ágio na aquisição da participação da ENERGISA SERGIPE em leilão de privatização, entendo que o negócio jurídico realizado, apesar de não ter sido realizado de forma direta, não se valeu da utilização da CATLEO como empresa veículo de modo a obter os benefícios fiscais de dedutibilidade do ágio e, assim, autoriza a hipótese de apuração, escrituração e dedução do ágio como realizado pela empresa após a incorporação da CATLEO pela ENERGISA SERGIPE.

Em síntese, o D. Relator da decisão acima partiu de uma premissa de fato relevante, aferível exclusivamente a partir do contexto aí divisado, de que o uso de uma empresa veículo não teria finalidades fiscais imediatamente aferíveis; o ágio, e a sua consequente amortização, ocorreria independentemente da interposição daquela entidade considerada de passagem, notadamente caso a aquisição, lá, tivesse se dado de forma direta. E esta realidade, ao menos a luz das premissas de fato adotadas pelo acórdão recorrido, não seria ali verificada.

Quanto a este paradigma, o recurso não pode ser conhecido.

No que tange ao primeiro acórdão comparado invocado - 1201-003.693 (caso Medley), observou-se, ali, também a criação de duas empresas de passagem, cuja utilidade extratributária também foi questionada. Só que neste caso há, inadvertidamente, outras distinções que tornam incomparáveis a aludidas decisões.

Vejam a partir do próprio voto condutor do acórdão comparado, que existiam, efetiva e concretamente, razões extratributárias para justificar o uso de duas *holdings*:

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 atuante, ilusão comercial 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 (página 63).

E esta realidade não é, nem de longe, observada no caso vertente já que a criação de duas empresas veículo, aqui, não objetivava segregar qualquer atividade que seja.

Mas, mais que isso, naquela demanda agora comparada, a criação das empresas de passagem tinha razão de ser, ainda, no fato de a sua controladora ser uma empresa estrangeira! E não raro, semelhante circunstância vem sendo considerada motivo suficiente para a validação de operações tais, com emprego de entidades interpostas, e poderia, inclusive, justificar uma outra conclusão caso esta realidade também fosse, aqui, divisada.

E mesmo que o D Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli tenha apresentado argumentos mais gerais sobre a figura das *holding* nas reestruturações societárias, é inegável que aquelas condições específicas tiveram contribuição efetiva para o resultado do julgamento.

Enfim, está mais que claro que os acórdãos trazidos pela insurgente não se prestam à comprovação da divergência aqui examinada, sendo de se inadmitir, pois, o apelo também quanto ao presente tema.

1.2.2.b Da segunda matéria admitida: “quanto à alegada falta de elaboração tempestiva de demonstrativo do fundamento econômico do ágio” - paradigmas indicados: acórdãos nº 1201-002.247 e nº 1201-003.693.

Vale destacar que o acórdão recorrido assentou as suas conclusões em dois argumentos autônomos sendo que, pelo que decidi no subtópico anterior, o apelo do contribuinte já não foi admitido quanto ao primeiro deles. Desta forma, o não conhecimento do tema atinente ao uso de empresas veículo prejudica a admissão do recurso quanto a este segundo. I.e., na hipótese deste Colegiado acompanhar este Relator quanto ao primeiro assunto, as razões de insurgência relativas ao ágio, em si, não terão seguimento.

1.2.2.c Da terceira matéria admitida: “quanto ao argumento autônomo do recorrente para fins de CSL” - paradigma indicado: acórdão nº 9101-002.310

Sobre este tema, a Turma *a quo*, com base em precedente desta Câmara Superior, convalidou a exigência sobre a CSLL a luz, principalmente, dos preceitos dos artigos 2º, da Lei 7.689/88 (com a redação dada pela Lei 8/034/90) e, ainda, 13 da Lei 9.248/95. Mais que isso, a decisão agora combatida, deixou explicitamente claro que o art. 57 da Lei 8.981/95 não teria equiparado as bases de cálculo daquela contribuição à do IRPJ.

E aqui, o precedente de nº 9101-002.310, ainda que se debruce de forma mais detida sobre o regramento contido no art. 57 da Lei 8.981/95, explicitamente afasta a suficiência positiva do art. 2º da Lei 7.689/88 como fundamento para autorizar a glosa das parcelas amortizadas do ágio. Só que este paradigma nada diz acerca das disposições do art. 13 da Lei 9.248/95, explicitamente invocado, como fundamento autônomo, pelo acórdão recorrido para justificar a suas conclusões, apontando-o, inclusive, como o preceptivo explícito, voltado à CSLL, para fundar a glosa das preditas despesas também quanto a este tributo:

Além disso, o art. 13 da Lei nº 9.249/9519, quando trata das despesas indedutíveis das bases de cálculo de IRPJ e de CSLL, é taxativo ao dispor que tais vedações de

dedutibilidade se aplicam independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.502/64, justamente a base legal do art. 299 do RIR/99, ou seja, a questão da necessidade da despesa para fins de dedução também se aplica à CSLL.

Vejam que um dos argumentos contidos no paradigma é de que as glosas atinentes à contribuição em testilha pressuporia “*a existência de legislação especificamente a ela relacionada, sem a qual, estar-se-ia admitindo a possibilidade de interpretação ampliativa de normas restritivas de direito*”.

Certo ou errado, o aludido art. 13, aos olhos do Colegiado *a quo*, faria as vezes, precisamente, desta “*legislação especificamente*” relacionada à CSLL e, assim, fundamentaria o entendimento ali externado.

Dito desta forma, se o paradigma de nº 9101-002.310 se opõe ao entendimento concernente aos preceitos do art. 2º da Lei 7689/88, ele nada diz acerca da regra encartada no art. 13, o que, não só afasta a ocorrência de uma divergência jurisprudencial, como torna insuficientes as razões recursais (insuficiência recursal).

II CONCLUSÕES PARCIAIS.

Tendo em conta tudo o que foi exposto até aqui, impende conhecer parcialmente do recurso manejado pela D. PGFN (apenas quanto ao segundo tema) e não admitir, *in totum*, o apelo interposto pelo contribuinte.

III O RECURSO FAZENDÁRIO. MÉRITO.

III.1 Algumas considerações iniciais.

É importante destacar desde logo que as premissas jurídicas que serão, a seguir, propostas são comuns tanto ao recurso fazendário como ao próprio recurso da contribuinte. E, neste diapasão, caso este Colegiado dissinta deste Relator quanto ao conhecimento do apelo da empresa, tais premissas serão, a ele, aplicadas (ao menos na parte que trata do uso de empresas-veículo).

Outrossim, é importante destacar que, mesmo que a primeira matéria deduzida pela Fazenda não tenha sido conhecida, a questão da confusão patrimonial e do uso de empresas veículo terminam, ao fim, por se misturar. E, assim, mesmo que este tema não seja objeto específico desta decisão, ao fim das contas serão postas considerações sobre, mesmo que como reforço argumentativo quanto ao problema que, de fato, será apreciado por este Colegiado.

Feitas tais advertências, passo ao exame do mérito do recurso interposto pela D. PGFN.

III.2. Do uso de empresas veículo e de sua validade a luz do ordenamento jurídico pátrio.

Tal como exposto no relatório supra, ainda que o TVF traga notícias de uma série de operações societárias que antecederam aquela que culminou, realmente, com o ágio cujas despesas com amortização foram objeto da glosa fiscal, o cerne, e fundamento, da imposição tributária *sub examine* está calcado, exclusivamente, no uso de empresas veículo para operacionalizar a aquisição da, neste ponto, recorrida.

Todas as críticas feitas pela D. Auditoria Fiscal, vejam bem, repousam sobre o curto espaço de tempo entre a aquisição do Banco PTG Pactual pelo Grupo UBS, o aumento de seu capital da UBS Brasil Participações, a integralização deste (em espécie), a aquisição do Banco pela veículo, denominada, Pactual S.A. e finalmente a incorporação desta pela própria sociedade investida. Em outras palavras, o problema é, tão só, o uso das ditas empresas veículo. Para que não restem dúvidas, peço especial atenção para o seguinte trecho do TVF já transcrito anteriormente mas que, *venia concessa*, tomo a liberdade de reproduzir:

Da análise da contabilidade da UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA. (DOC AINF 227 documento extraído das fls. 807 a 836 do e-Processo nº16682.720.614/201261), verifica-se que o primeiro lançamento contábil nesta empresa somente foi realizado em 27/11/2006 e que não houve nenhum registro relativo a gastos com empregados, aluguéis, ou outras despesas e receitas relativas a operações próprias que não fosse o de servir como empresa VEÍCULO na aquisição da fiscalizada.

Note-se que a empresa teve seu primeiro movimento em 27/11/2006 e já em 05/02/2007 foi incorporada de forma reversa pela fiscalizada (DOC AINF 42). Ou seja, sua vida ativa se restringiu um curtíssimo espaço temporal pouco maior que dois meses.

Assim, se a empresa já ‘nasceu’ para ‘morrer’ em tão pouco tempo e não teve nenhuma atividade própria, essa é a maior prova de que sua existência era inútil, servindo apenas para propiciar as condições puramente formais para a dedutibilidade do ágio, em total falta de propósito negocial. Não houve tempo hábil para que se tomassem decisões empresarias, mas sim mero formalismo para a contabilização e utilização do ágio.

Ou seja, se o grupo estrangeiro tivesse se valido v.g., apenas da UBS Investimentos, pelo que se deduz do apontamento acima, não haveria qualquer tipo de questionamento fiscal.

E cumpre registrar que outros aspectos da acusação fiscal foram explicitamente afastados, principalmente, pela decisão relativa aos embargos de declaração opostos pela contribuinte. Aí, e como já destacado alhures, o D. Relator cravou a efetiva ocorrência do pagamento do ágio (a par do desconforto fiscal quanto aos ditos pagamentos diferidos) e, ainda, considerou neutra a participação da UBS Investimentos. E tais apontamentos não foram objeto de qualquer irresignação por parte da Fazenda, tendo a discussão terminado e transitado em julgado ainda em segunda instância.

Enfim, está mais que claro que a artificialidade sustentada pela D. Auditoria está representada apenas pelo UBS Brasil Participações, isto é, pelo uso de empresa veículo. Guardadas algumas poucas particularidades, diga-se, o caso vertente se assemelha, em quase tudo, à outro feito recentemente apreciado por este Colegiado, e cuja elaboração do voto vencedor recaiu sobre os ombros deste Relator. Com efeito, esta Turma validou operações substancialmente iguais às aqui examinadas quando da análise do PA de nº 16561.720143/2016-91, cujo acórdão de nº 1302-002.634 (publicado em 17/04/2018) restara assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2010

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

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

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Ano-calendário: 2010

TRIBUTAÇÃO REFLEXA

Sendo a tributação decorrente dos mesmos fatos e inexistindo razões que ensejem tratamento diverso, aplica-se à CSLL o quanto decidido em relação ao IRPJ.

E, como o disse por ocasião do julgado acima, é despidendo discorrer, de forma mais profunda, e novamente, sobre os preconceitos que permeiam o meu entendimento, seja quanto a regra encartada nos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/96, seja sobre a extensão dos preceitos do art. 116, parágrafo único, do CTN. Isto porque, diferentemente dos casos em que este Colegiado vem, hodiernamente, se debruçando, o processo *sub examine* não revela a existência de operações complexas, recheadas de etapas sem fim, como troca de ativos ou pagamentos em dação de quotas ou ações. O caso, vejam bem, comporta poucas operações relevantes (já que as demais particularidades do caso foram superadas, insista-se, pela decisão afeita aos declaratórios manejados pela empresa):

a) a constituição, por empresa sediada no exterior, de uma *holding* no Brasil (UBS Brasil Participações), de vida efêmera, é verdade;

b) a aquisição pela citada *holding* da empresa Banco Pactual, cujo investimento foi avaliado por expectativa de rentabilidade futura e adquirido mediante emprego de recursos em espécie;

c) a incorporação reversa da *holding* pela UBS Brasil Participações, concretizando-se, neste particular, a confusão patrimonial exigida pelo art. 386 do Decreto 3.000/99 que, ao fim e ao cabo, permitiu a amortização do ágio, objeto desta demanda.

O fundamento único, diga-se, utilizado pela D. Auditoria para inquirir de ilegalidade as operações acima, e, consentaneamente, para glosar as despesas deduzidas pela recorrida a título de amortização de ágio, foi o uso de uma "empresa de passagem", de vida curta, para efetuar-se a aquisição do investimento mencionado alhures. Ao ver da fiscalização, e da D. PGFN, 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.

Com o devido respeito às eventuais entendimentos dissonantes, mas 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

Isto sem prejuízo do fato que foi determinante para as conclusões adotadas pela decisão recorrida, qual seja, de que havia um óbice regulatório para que a compra do Banco BTG Pactual se desse diretamente pelo Grupo UBS..

E este óbice, diga-se, foi sumariamente ignorado pelo Agente Fiscal. Ou seja, mesmo assumindo a possibilidade de análise econômica dos fatos tributários, o que admito apenas para argumentar, é fato que os contribuintes podem bradar a plenos pulmões todas as razões empresariais possíveis imagináveis para justificar a concatenação das operações societárias engendradas, que seus protestos cairão em ouvidos moucos. Havendo ou não ganhos operacionais e negociais efetivos, para Fiscalização, em se verificando qualquer tipo de proveito tributário, as operações serão inquinadas de ilegais, simuladas, desprovidas de substância econômica... e isso, *venia concessa, per se*, já seria até mesmo suficiente para cancelar-se a exigência por vício de fundamentação.

Vale o destaque, o simples fato de se atestar o uso de uma empresa veículo, não é, por si só, suficiente para retirar dos negócios pactuados, sob a ótica fiscal, a necessária substância econômica dos negócios, mormente quando, as próprias "normas" (entenda-se "orientações") contábeis usualmente invocadas para considerar inválidas determinadas operações societárias, admitem, de forma explícita, o uso de empresas veículos na combinação de negócios. É o que se infere do item 27 do CPC 15, cujo teor reproduzo a seguir:

Nos casos em que há incorporações da controlada na controladora e que a controladora é somente uma empresa "veículo" sem operações, o saldo do ágio deve ser baixado, por meio de provisão, em contrapartida ao patrimônio líquido, no momento da incorporação. Quando aplicável e houver evidência de recuperação devem ser registrados o imposto de renda e a contribuição social diferidos ativos, de acordo com as práticas contábeis sobre esse tipo de ativo.

Daí, também, se verificar a existência de decisões deste mesmo Conselho afirmando que, o simples uso de empresas-veículo, não afasta, de per si, o propósito comercial inerente às operações societárias idealizadas para, além da própria reorganização institucional, aproveitar determinados ganhos do ponto de vista tributário:

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. EMPRESA-VEÍCULO.

Os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio. Bem como, nota-se que tal regra não está presente em nenhum outro dispositivo legal de nosso sistema jurídico, seja nacional ou federal. Neste tom, registra-se, nenhuma norma pátria veda que a realização de negócios tenha por finalidade a redução da carga tributária de forma lícita. É o que se observa no §3º, art. 2º da Lei das SA, o qual dispõe que a companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades (empresa veículo), também, como forma de beneficiar-se de incentivos fiscais.

Some-se a tal assertiva o fato de que a contribuinte possuía motivação comercial, clara, posto que encontrava-se impedida, por regras da ANEEL, de realizar a incorporação

diretamente. Motivo pelo qual se valeu de uma empresa veículo. (Acórdão nº 1302001.978; Relatora: Talita Pimenta Felix; Data da Sessão: 14/09/2016)

REQUISITOS PARA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO. EXISTÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

Ausente conduta tida como simulada, fraudulenta ou dolosa, a busca de eficiência fiscal em si não configura hipótese de perda do direito de dedução do ágio, ainda que tenha sido a única razão aparente da operação.

A existência de outras razões de negócio que vão além do benefício fiscal, apenas ratifica a validade e eficácia da operação.

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

A utilização de empresa veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude. (Acórdão nº 1201001.507; Relator: Luis Fabiano Alves Penteado; Data da Sessão: 14/09/2016).

Insisto e repriso que, se estivéssemos diante de uma sucessão de operações criadas de sorte a tentar ocultar fatos ou dissimular atos (na acepção estritamente objetiva e técnica do art. 167 do Código Civil), sem o emprego de recursos em espécie e sem se observar efeitos concretos tanto sob o plano econômico-societário, como no plano fiscal, o uso da empresa veículo poderia ser considerado como prova adicional da ausência de substância econômica dos negócios (ou ausência do alardeado "intento negocial"); não é, contudo, o que se observa no caso em exame.

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, sublinhe-se, ganho de capital oferecido à tributação (mesmo que reduzido, como alertou a D. Fiscalização). 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).

Em resumo, não há nas operações aqui tratadas qualquer mácula que possa, a luz dos preceitos dos artigos 116, parágrafo único, e 167 do Código Civil, autorizar a desconsideração dos negócios avançados, dotados que foram de efeitos econômicos e tributários efetivamente concretizados. As despesas com amortização de ágio lícitamente formado, o foram com a estrita observância das regras encartadas nos artigos 7º e 8º da Lei 9.532, pelo que, entendendo, descabível a sua glosa, com o devido respeito.

Assim considerado, o não provimento do recurso fazendário, quanto a matéria em testilha, é medida que se impõe.

V CONCLUSÕES FINAIS.

A luz do exposto, voto por:

- a) CONHECER EM PARTE do recurso fazendário e, na parte conhecida, por lhe NEGAR PROVIMENTO.
- b) NÃO CONHECER do recurso do contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli – Redator *ad hoc*

Declaração de Voto

Conselheira Edeli Pereira Bessa

O relator do acórdão recorrido, Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, bem sintetiza no seu voto no Acórdão nº 1301-003.655 a origem do presente litígio:

Segundo o Termo de Verificação Fiscal, a Recorrente foi autuada em razão de dedução indevida de despesa referente à amortização de dois ágios, a saber:

- o primeiro, registrado em 2006 e já objeto de autuação no processo 16682.720614/2012-61 relativo aos anos-calendário de 2007 a 2009. A operação que deu ensejo a formação de tal ágio diz respeito à aquisição Banco Pacutal pelo Grupo UBS;
- o segundo, registrado em 2009, com origem da recompra do mesmo Banco Pacutal pelo grupo BTG (o mesmo que, em 2006, havia o alienado ao Grupo UBS).

Para a autoridade fiscal autuante, os ágios teriam sido registrados em pessoas jurídicas sem qualquer propósito comercial (“empresas-veículo”), cuja finalidade fora apenas ter sua extinção subsequentemente decretada, com o único intuito de reduzir a carga tributária em arripio à legislação tributária.

Aponta ainda a autoridade fiscal que os laudos apresentados para justificar o ágio, bem como fundamentar sua existência com base em rentabilidade futura dos investimentos adquiridos, seriam intempestivos, infringindo o disposto no § 3º do art. 385 do RIR/99. Em relação ao primeiro ágio, embora a aquisição do investimento tenha ocorrido em dezembro de 2006, o laudo apresentado fora elaborado somente um ano após (dezembro de 2007). No que atine à operação de recompra do Banco Bactual pelo grupo BTG, a aquisição se deu em setembro de 2009, e o laudo apresentado é datado de maio de 2010.

Consta ainda no Termo de Verificação Fiscal a ausência de pagamento efetivo de uma parcela do ágio (R\$ 375.856.328,07). Tal montante teria servido “tanto para justificar ágio na compra da fiscalizada pelo Grupo UBS como na recompra pelo Grupo BTG”,

não sendo objeto de efetiva movimentação de recursos, tendo sido utilizado, ao final, tão somente para liquidar débito dos sócios em favor deles mesmos.

[...]

Em relação ao primeiro ágio, a acusação do Fisco é que o investimento foi realizado pela empresa estrangeira (UBS AG), não havendo real confusão entre a real investidora e a investida (Banco Pactual). Para tanto, teria havido utilização de “empresas veículo” (UBS INVESTIMENTOS e UBS PARTICIPAÇÕES).

A Recorrente, por sua vez, aduz que não há previsão legal de necessidade de confusão patrimonial entre investidora e investida, sendo suficiente tão somente a ocorrência incorporação de patrimônio na qual a incorporadora detenha participação. Nesse contexto, entende ser o ágio pago em aquisição desse quilate um ativo, podendo ser transferido sem restrições.

Não refuta o fato de a aquisição do investimento em Banco Pactual pela UBS PARTICIPAÇÕES foi realizada por meio de ativos que foram integralizados na UBS PARTICIPAÇÕES pela UBS AG, contudo, argumenta que, sob a ótica jurídica, teria sido UBS PARTICIPAÇÕES a adquirente de BANCO PACTUAL. Salienta que qualquer sociedade, para ser constituída, necessita do capital de terceiros.

Por fim, aduz que a norma do art. 386 do RIR/99 possui caráter nitidamente indutor, não havendo que se falar em propósito negocial para as alterações societárias que levam ao aproveitamento do ágio, pois “o propósito negocial encontra-se na própria finalidade da norma indutora”. Alega que o contribuinte não pode ser penalizado por ter agido conforme tal norma. A possibilidade de amortização do ágio seria um incentivo na aquisição de pessoas jurídicas, ainda mais se tratando de investidor estrangeiro que internalizam recursos tão importantes para o país.

Além disso, argumenta que houve propósito negocial na utilização das empresas veículo, pois UBS AG não poderia ter adquirido o investimento no BANCO PACTUAL de forma direta. Aduz ainda que a razão de UBS PARTICIPAÇÕES ter tomado parte do negócio está ligada a dois fatos: (i) irrelevância, em termos fiscais, de a compra do Banco Pactual S.A. ser feita diretamente por UBS PARTICIPAÇÕES ou pelo BANCO UBS, na medida em que sempre haveria junção, por incorporação, das sociedades envolvidas no negócio, o que de pronto afasta a acusação das autoridades fiscais de que tal empresa teria participado da aquisição do RECORRENTE apenas para propiciar uma vantagem fiscal indevida; e (ii) existência de norma de natureza regulatória que impediria que o adquirente do controle do Banco Pactual S.A. fosse UBS AG.

O voto condutor do acórdão recorrido principia a análise a partir da questão atinente aos laudos das duas operações de ágio em discussão, vez que para a autoridade fiscal, os laudos deveriam ser contemporâneos ao registro do ágio, nos termos do § 3º do artigo 385 do RIR/99, contudo, na primeira operação, a aquisição se deu em dezembro de 2006 e o elaborado em dezembro de 2007, e, na segunda operação, a aquisição ocorreu em setembro de 2009 e o laudo foi elaborado somente em maio de 2010. E, sob as premissas de que: i) não há que se falar em exigência de laudo antes da vigência da Lei nº 12.973/2014; e ii) admite-se laudo não contemporâneo à operação desde que estudos prévios sejam aptos a comprovar que o fundamento econômico do ágio seria a rentabilidade futura do investimento adquirido; conclui-se que: i) o primeiro ágio está suportado por avaliação prévia de PACTUAL pelo Grupo UBS com base no método de fluxo de caixa descontado; e ii) para o segundo ágio não há qualquer documento que demonstre que os estudos internos apresentados sejam contemporâneos à operação.

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 autuada, 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 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 ao paradigma n.º 9101-002.213, a PGFN o invoca por afastar a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas (adquirentes de direito), ainda que com propósito negocial, por ausência de normatização. Contudo, esta última afirmação decorre do fato de o paradigma não fazer análise de propósito, e isto num contexto em que se afirma a existência efêmera da empresa veículo, sendo que ao fim das operações as adquirentes estrangeiras figuram como controladora da adquirida. Já no presente caso, o voto condutor do recorrido é expresso no sentido de que a adquirente estrangeira somente passou a controlar a autuada depois de o Banco Central autorizar UBS Participações incorporar Banco Pactual, dada a vedação inicial de UBS AG manter este controle.

Adicione-se que este Colegiado já rejeitou referido paradigma em outro confronto no qual a empresa-veículo *tinha função na estrutura negocial engendrada*. Neste sentido foi o voto da Conselheira Lívia 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:

⁵ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: André Mendes de Moura, Lívia 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.

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:

Cumprir 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.

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 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 sequência 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, entendo 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 nº 9101-006.253 (Serasa), quando confrontado o entendimento expresso pelo Colegiado *a quo* na citada decisão assemelhada proferida no Acórdão nº 1302-003.339, nos termos do voto condutor da Conselheira Lívia 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 nº 9101-006.486:

Quanto ao *segundo paradigma* (Acórdão nº **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.

Extraí-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, nº 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:

Cumpre 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 nº 9101-002.213 também foi rejeitado no Acórdão nº 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, aqui a operação se dá no contexto regulado do Sistema Financeiro Nacional, o que também se soma à efemeridade da empresa-veículo referida no paradigma como diferenciais que impedem a caracterização do dissídio jurisprudencial.

Quanto ao paradigma nº 9101-002.187, vale destacar sua rejeição recente em dois precedentes desta Colegiado.

No Acórdão nº 9101-006.373⁶, acompanhada à unanimidade, a Conselheira Livia De Carli Germano bem ponderou o contexto fático diferenciado submetido, naquela ocasião, à apreciação deste Colegiado:

O **acórdão 9101-002.187** (caso CELPE, 2016) traz circunstâncias fáticas diferentes e tratou, essencialmente, da possibilidade de se amortizar ágio registrado por ocasião da transferência, para empresa do grupo, de investimento já adquirido de terceiros com o registro de ágio.

Naquele caso, o ágio decorreu da aquisição da Companhia Energética de Pernambuco – CELPE por um consórcio de empresas (formado por ADL Energy S/A, PREVI – Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil, BB – Banco de Investimentos S/A), tendo sido assegurada à empresa 521 Participações S.A., representante dos empregados da CELPE, a reserva da aquisição de parte das ações. Posteriormente, as adquirentes transferiram o investimento à empresa Guaraniana S/A, sociedade da qual eram sócias e por meio da qual concentravam a participação societária em outras empresas concessionárias de energia elétrica, e esta, por sua vez, transferiu o investimento para outra empresa, a Leicester, também com ágio, sendo o patrimônio desta formado apenas por essas ações. A amortização do ágio foi viabilizada com a incorporação da Leicester pela CELPE.

Foi nesse contexto que o voto condutor desse paradigma trata da necessidade de “confusão patrimonial” entre investidora e investida, valendo transcrever o seguinte trecho do voto:

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 “às 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 (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.

Como se percebe, a aplicação do racional desse paradigma ao caso dos autos não é capaz de levar a alteração da conclusão a que chegou o acórdão recorrido, seja em virtude de os precedentes tratados terem se debruçado sobre aspectos fáticos diferentes, seja porque o caso do paradigma não permite a reforma de aspecto considerado essencial pelo voto condutor do recorrido, relativamente ao papel da compra alavancada.

⁶ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Ana Cecilia Lustosa da Cruz, Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

Assim, não conheço do recurso especial com relação ao paradigma 9101-002.187.
(destaques do original)

No mesmo sentido foi o entendimento do Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, com a concordância total deste Colegiado, no Acórdão nº 9101-006.468⁷:

Quanto à caracterização ou não da necessária similitude fática entre os Arestos comparados - que também foi objeto de questionamento em sede de contrarrazões -, destaco do voto condutor do *primeiro paradigma* (Acórdão nº **9101-002.187**) o quanto segue:

(...)

CONHECIMENTO

Conforme relatado, a recorrida levantou duas preliminares de não conhecimento do recurso. Fl. 19 do Acórdão n.º 9101-006.486 - CSRF/1ª Turma Processo nº 16561.720180/2014-38

Em relação à primeira preliminar, qual seja, a ausência de similitude em despesas de amortização de ágio e seus reflexos tributários, não assiste razão à recorrida. A meu ver, pretende-se atribuir a questões de conhecimento o que na realidade são discussões de mérito.

Tanto o acórdão recorrido quanto os dois acórdãos paradigmas trazidos, acórdãos nºs 103-23.290 e 101-00.120, tratam da transferência de ágio no âmbito dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, ou dos arts. 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR - Decreto nº 3.000, de 26/03/1999.

(...)

MÉRITO:

(...)

2) Despesa de amortização de ágio e seus reflexos tributários

(...)

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 "às 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 (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

⁷ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

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 (CELPE) tivesse incorporado a investidora original (investidora strico 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.

(...)

Verifica-se, contudo, que a *transferência do ágio* da adquirente para a empresa veículo foi determinante para a manutenção da glosa do ágio no caso ora comparado, caso este que, aliás, não envolveu a apreciação da necessidade ou não de constituição da holding veículo em face de normas regulatórias.

Considerando, então, essa parte do caso concreto não diz respeito a *transferência de ágio* para as *holdings*, *holdings* estas cujo propósito negocial inclusive restou “validado” pela Turma Julgadora a quo, a comparação do julgado trazido como *primeiro paradigma* a meu ver revela-se insuficiente para os fins pretendidos pela recorrente.

Tanto é assim que, em relação à glosa dos ágios objeto de divergência de votos, esta acabou sendo mantida pela maioria da Turma Julgadora com base nos fundamentos constantes do voto vencedor, do qual merece atenção a invocação do próprio Acórdão nº **9101-002.187** como razão de decidir. Ora, se o dito paradigma serviu para fundamentar apenas a divergência, me parece até lógico desconsiderá-lo como hábil a reformar a parte mantida à unanimidade. (*destaques do original*)

Esta Conselheira concordou com a rejeição deste paradigma conforme voto declarado em referido precedente:

O Conselheiro relator diz que a fiscalização apenas descreve o histórico das operações societárias e explica como o ágio surgiu, mas não imputa nenhuma infração à legislação tributária, e assim analisa a questão sob a acusação genérica de criação de empresas veículo sem propósito negocial e a de que o real adquirente é a empresa estrangeira, inexistindo a confusão patrimonial.

Na reprodução da descrição geral acerca dos investimentos em TESS, a Telecom Americas Brasil (TAB) figura no recebimento de aportes do Grupo América Movil destinados a AFAC em TESS entre 27/03/2002 e 30/03/2004. Em 28/10/2004 TAB é cindida e parte de seu patrimônio é incorporado pela Fiscalizada.

Neste caso, porém, o Conselheiro Relator menciona o apontamento da PGFN no sentido de que o ágio teria sido gerado internamente, e observa que *não foi esta a acusação apontada no TVF. Na realidade, para este item, o TVF sequer indica a infração*, razão pela qual analisa a questão sob a ótica da acusação geral posta em relação à aquisição de TESS e, assim, novamente refere que as operações foram *complexas, duraram anos, e tinham objetivos comerciais e empresariais claros, pautados na melhor forma de aquisição da empresa TESS*, tendo ocorrido a confusão patrimonial *após a liberação do controle direto da Telecom pela ANATEL em 2004*. Conclui, na sequência, pelo cancelamento da glosa porque:

O ágio jamais poderia ser utilizado pela empresa estrangeira, sendo certo que sua amortização só é prevista em território nacional; e foi o que ocorreu, sendo que a empresa adquirente apenas exerceu seu direito de gozar o benefício de amortização do ágio previsto na legislação nacional.

Desta forma, a simples acusação de que ao ágio não poderia ser amortizado devido à utilização de empresas veículo sem propósito negocial e extrafiscal não me parece suficiente para manter a autuação.

No mesmo sentido, entendo que a confusão patrimonial ocorreu, conforme prevista na legislação. A fiscalização desconsiderou as empresas veículo e por isso entendeu que não teria ocorrido a confusão patrimonial.

Entretanto, como entendo que as acusações em relação às empresas veículo não devem prosperar, pois para o presente caso sua criação tinha propósito negocial, a argumentação da fiscalização de que não ocorreu confusão patrimonial também deve ser desprovida, eis que restou caracterizada nos autos a confusão patrimonial entre as empresas nacionais.

Partindo destas premissas do voto condutor do acórdão recorrido, a PGFN afirma o dissídio jurisprudencial em face de paradigmas que *reconheceram que a dedutibilidade do ágio só pode ser reconhecida quando houver a confusão patrimonial entre a investida e a real investidora*. Importa observar que, relativamente a paradigma nº 9101-002.187, a PGFN destaca a argumentação no sentido de que *pouco importa se havia limitações para as reestruturações societárias. Se a lei não prevê a excepcionalidade da dedução daquele ágio, não há que se contorcer a lei para que a dedução seja possível*. Neste sentido, de fato, o paradigma traz consignado que:

A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (CELPE) tivesse incorporado a investidora original (investidora strico 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 regrados.

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.

Extraí-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.

Também aqui, o voto condutor do acórdão recorrido reconhece a impossibilidade da investidora estrangeira adquirir diretamente o investimento, e ainda ressalta que a incorporação da empresa-veículo pela adquirida somente ocorreu depois de autorização do Banco Central neste sentido.

Assim, deve ser NEGADO CONHECIMENTO ao recurso especial da PGFN na primeira matéria - *Da indedutibilidade do ágio amortizado. Impossibilidade da exigência legal*

de confusão patrimonial envolver empresas-veículo, com base nos paradigmas nº 9101-002.213 e 9101-002.187.

Com respeito à segunda matéria - *Da ausência de propósito negocial da UBS Participações. Empresa Veículo* – o paradigma nº 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 nº 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 70.235/72⁸, 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.

⁸ Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.

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*

O recurso especial da Contribuinte teve seguimento quanto às matérias: i) *amortização de ágio – empresa-veículo – ausência de “confusão patrimonial”*, com base nos paradigmas nº 1201-003.693 e 1401-003.308; ii) *elaboração tempestiva de demonstrativo do fundamento econômico do ágio*, com base nos paradigmas nº 1201-002.247 e 1201-003.693; e iii) *extensão da glosa das despesas de amortização de ágio para a CSLL*, com base no paradigma nº 9101-002.310.

Analisando as divergências, cabe concordar com a conclusão do I. Relator, no sentido de que uma das duas primeiras matérias não teve o dissídio jurisprudencial demonstrado e que, assim, subsiste fundamento autônomo suficiente para manutenção da glosa.

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 nº 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. nº 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 sentindo 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 adquirida 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.

Já com respeito ao paradigma nº 1401-003.308, embora pretenda ver reconhecido que a utilização da segunda holding não propiciou qualquer economia fiscal diversa daquela que seria igualmente obtida na incorporação direta entre o RECORRENTE e a holding cuja necessidade foi expressamente reconhecida, qual seja, a primeira holding, a Contribuinte destaca do paradigma o fato de ENERGISA MINAS GERAIS (adquirente nacional) poder participar diretamente do leilão de ENERGISA SERGIPE (adquirida nacional), e assim amortizar o ágio ao incorporá-la, para invocar o entendimento de que CATLEO não ter sido utilizada como empresa veículo para viabilizar a formação do ágio, porque este seria gerado de uma forma ou de outra.

Contudo, no presente caso a adquirente era estrangeira, de modo que uma das premissas do paradigma não seria aplicável e, para além disso, houve apenas uma empresa veículo interposta naquele caso, cuja efetiva participação na aquisição está afirmada nos trechos seguintes aos que a Contribuinte transcreve em seu recurso especial:

Poderia o leitor, neste ponto, questionar quais seriam os motivos não tributários que levaram a ENERGISA MINAS GERAIS a utilizar a CATLEO no processo de aquisição. Entretanto não é necessário adentrar em descobrir quais seriam os motivos. Se por questões societárias, práticas, etc. O que interessa neste ponto é avaliar se a utilização de terceira empresa no processo de aquisição visou a driblar impedimentos legais à utilização do ágio, realizando negócios sem conteúdo econômico apenas para burlar as normas e obter o benefício de dedução do ágio.

Demonstra-se ao final, que o benefício fiscal não foi o único a ser visado pela empresa ao utilizar a CATLEO no processo de aquisição da participação. Não havendo impedimentos a justificar a utilização da CATLEO como forma de viabilizar a dedutibilidade do ágio, não há como se caracterizar a mesma como simples empresa veículo para a formação do ágio e, assim, desconfigura-se a análise da fiscalização no que tange a considerar a CATLEO como tal, impedindo, como consequência, a escrituração e dedutibilidade do ágio no negócio realizado.

Como consequência das conclusões acima, acerca do entendimento pela regularidade na utilização da CATLEO como empresa interveniente de modo a facilitar apenas a realização do negócio, participação em leilão e aquisição da ENERGISA SERGIPE entendendo que não ocorreu simulação na espécie, haja vista que, desde sempre ficou demonstrado que o intuito final era o da aquisição da ENERGISA SERGIPE pela ENERGISA MINAS GERAIS.

Assim, na primeira matéria o dissídio jurisprudencial restaria demonstrado em face do paradigma nº 1201-003.693.

Já no âmbito da segunda matéria - *elaboração tempestiva de demonstrativo do fundamento econômico do ágio*, com respeito ao paradigma nº 1201-002.247, a Contribuinte se prende inicialmente à ementa no sentido de que o *“fundamento de intempestividade do laudo de avaliação” seria insuficiente para justificar a glosa do ágio*, e não atenta que, ao concluir que referido paradigma expressa inexistir à época da formação do ágio, qualquer dispositivo no pátrio ordenamento jurídico que determinasse algum prazo para apresentação deste demonstrativo, acaba por convergir com o recorrido, que se orientou no mesmo sentido e perquiriu, mas não encontrou nos autos, *qualquer documento que demonstre que os estudos internos apresentados sejam contemporâneos à operação*.

O paradigma não se limitou a decidir pela comprovação do fundamento do ágio com base em documentos elaborados posteriormente à aquisição, mas sim em face de laudos que corroboravam demonstrações anteriores, como recentemente demonstrado por esta Conselheira ao expor os fundamentos da maioria deste Colegiado para rejeitar este e outro paradigma em face de dissídio jurisprudencial semelhante, no Acórdão nº 9101-006.473⁹:

⁹ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente) e divergiram na matéria os Conselheiros Gustavo Guimarães Fonseca (relator) e a Alexandre Evaristo Pinto.

O I. Relator restou vencido em seu entendimento favorável ao conhecimento do recurso especial da Contribuinte na matéria “amortização do ágio/laudo extemporâneo”. A maioria Colegiado compreendeu que o dissídio jurisprudencial não restou demonstrado.

A Contribuinte argumenta que:

8. Com relação ao primeiro tema (dedutibilidade de despesas de amortização de ágio), a r. decisão recorrida acertadamente ponderou que a legislação fiscal aplicável neste caso não exigia qualquer forma ou metodologia para elaboração da demonstração quanto ao fundamento econômico do ágio baseado na mais-valia de ativos ou na expectativa de rentabilidade futura.

9. Do mesmo modo, a D. Turma Julgadora considerou inaplicáveis os termos da Lei 12.973/14 ao presente caso, já que à época dos fatos não vigia a referida lei e seu artigo 119 claramente delimitou sua vigência de forma prospectiva somente a partir de 1º.1.2015.

10. Contudo, acabou-se negando provimento ao Recurso Voluntário da ora Recorrente sob um único fundamento, qual seja, de que supostamente não teriam sido apresentados elementos que demonstrassem a contemporaneidade do fundamento econômico do ágio.

E, sob esta ótica, confronta a percepção do Colegiado a quo, inclusive observando que chegou a opor Embargos de Declaração demonstrando o equívoco dessa alegação – juntando, inclusive, um parecer técnico produzido por empresa independente e especializada (Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda.) confirmando que estaria correta fundamentação econômica do ágio reconhecido em 2004 pelo grupo Cimpor, quando da contribuição das ações da Atol e da Cimepar em aumento de capital da sociedade holding Luso-Brasileira, e que o fundamento econômico era o mesmo em todas as avaliações realizadas.

Contudo, no exame de admissibilidade dos embargos de declaração consignou-se que:

O segundo vício apontado relaciona-se a suposta contradição, decorrente, na visão da interessada, de divergência entre a afirmação do voto condutor, no sentido de que não haveria na legislação formalidade para a fundamentação econômica do ágio, e a indicação de decisões que tratam da extemporaneidade da documentação apresentada.

Pois bem.

A questão é bastante simples e exige, apenas, a leitura integral dos fundamentos apresentados pelo voto condutor.

Com efeito, constata-se que a Relatora, ao analisar a questão probatória, descreve a interpretação conferida pelo Colegiado à legislação, nos seguintes termos (destacaremos):

[...]

A simples leitura dos excertos acima transcritos revela, sem margem para dúvidas, que inexistente qualquer contradição na decisão. Nota-se que a relatora, após analisar a legislação pertinente, apresentou e fundamentou o entendimento adotado pelo Colegiado.

E mais: ao verificar os documentos trazidos aos autos pela interessada o acórdão concluiu, expressamente, que estes sequer faziam menção à operação realizada, nem serviam para a identificação dos valores com expectativa de rentabilidade futura.

Portanto, não se trata, à evidência, de problema relativo à extemporaneidade, mas sim à absoluta ineficácia probatória dos documentos juntados.

A análise integral dos fundamentos veiculados pela relatora demonstra que inexistente qualquer contradição com o resultado do julgamento, de sorte que não há como acolher a pretensão deduzida.

Também não inócuos, neste instante processual, os documentos ora juntados pela interessada, visto que os embargos não se prestam, como é cediço, ao reexame de questões fáticas e de mérito, sobretudo em razão de documentos que poderiam ter sido trazidos aos autos no momento previsto pela legislação de regência.

Assim, o acórdão recorrido, integrado pelo despacho de rejeição dos embargos, evidencia que o Colegiado *a quo* se pautou na inexistência de provas de que os elementos apresentados evidenciariam o fundamento do ágio em rentabilidade futura, e não houve apreciação dos documentos juntados apenas em embargos porque não *trazidos aos autos no momento previsto pela legislação de regência*.

Em recurso especial, sem confrontar a interpretação da legislação tributária que resultou na negativa de apreciação dos documentos trazidos em embargos, a Contribuinte erigiu dissídio jurisprudencial em face da decisão exteriorizada no Acórdão nº 1402-004.203, na qual o Colegiado *a quo* não vislumbrou evidências, nos documentos até então existentes nos autos, de que o ágio teria fundamento em rentabilidade futura.

Contudo, o contexto fático aqui presente é distinto daquele que motivou as decisões dos paradigmas nº 1201-002.247 e 1201-001.507.

O exame de admissibilidade assim circunstancia as razões de decidir do acórdão recorrido:

A ementa do acórdão recorrido, já transcrita supra, sugere que o Colegiado *teria* decidido a questão do ágio com base em dois fundamentos independentes: a) o fato de o laudo ter sido “*elaborado mais de um ano depois da aquisição do investimento*”; e b) o fato de que o laudo “*atribui à investida valor de mercado, considerando a rentabilidade futura, inferior ao seu valor patrimonial*”. Contudo, análise do aresto revela que o item “b” é estranho ao julgamento, ou seja, não guarda relação com a decisão do Colegiado *a quo*. Ocorre que, nesse particular, a ementa do recorrido reproduz literalmente a ementa de precedente citado no voto da Relatora, condutor na matéria (precedente citado: acórdão nº 1402-003.605), e a ementa daquele precedente referia-se a aspecto daquele outro caso, ausente neste feito (o item “b”, acima).

Cumprando, portanto, identificar os fundamentos da decisão recorrida. No que tange ao ágio, a Turma adotou, por unanimidade, o entendimento expresso no voto da Relatora. Extraem-se os trechos pertinentes para exame da divergência especificamente suscitada:

“A decisão recorrida [da DRJ], por sua vez, limitou-se a negar a amortização do ágio em razão da ausência de comprovação do fundamento econômico do ágio como sendo a rentabilidade futura do investimento, conforme se verifica pelo trecho abaixo transcrito:

Assim, temos que para a regular amortização de ágio pago na aquisição de investimentos, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, quatro premissas devem ser obedecidas: **(a) a realização das operações originais entre partes independentes; (b) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, patrimônio líquido mais ágio; (c) a comprovação do fundamento econômico do pagamento do ágio, como sendo a rentabilidade futura do investimento; e (d) a extinção do investimento, por confusão patrimonial mediante operações de incorporação, fusão ou cisão entre investidora e investida.**

As duas primeiras premissas não foram objeto de litígio, porém a fiscalização informa sobre a inexistência de laudo que ateste a expectativa de rentabilidade futura na

aquisição da ATOL e CIMEPAR pela empresa espanhola NOROESTE. A contribuinte alega que apresentou os laudos junto com a impugnação (docs. 20 e 21).

Analisando os documentos mencionados pela contribuinte, fls. 1.109 a 1.322, tem-se que os mesmos não fazem prova a favor da impugnante vez que foram elaborados em 2.004 e a aquisição dos investimentos ocorreu em 1.999, ou seja, quase cinco anos após a operação e não fazem referência à operação original de aquisição das ações, quando o ágio foi efetivamente pago. Portanto, a terceira premissa não foi obedecida, sendo tal fato inclusive reconhecido pela própria contribuinte em sua impugnação conforme trecho transcrito abaixo:

(...)Como se observa do trecho transcrito acima, a contribuinte confessa que, na época da aquisição das empresas brasileiras pelo grupo Cimpor, a adquirente possuía uma estimativa interna (ao invés de um estudo que demonstrasse sem sombras de dúvidas qual seria o fundamento econômico do investimento) que nem sequer foi apresentado. Como já informado pela autoridade fiscal, a dedutibilidade dos encargos de amortização está condicionada ao estrito cumprimento das condições impostas pela legislação de regência. Caso estas sejam descumpridas, tem-se que estas despesas com ágio são indedutíveis.

Destarte, entendo correta a glosa da amortização do ágio devido a falta de demonstração do fundamento econômico do ágio efetivamente pago pelo grupo Cimpor na aquisição das empresas ATOL e CIMEPAR.

Verifica-se, assim, que, ao contrário do trabalho fiscal, a decisão recorrida [a DRJ] não questiona a razão empresarial que justificaria a aquisição de sociedades então detidas pela família Brennand, nem a reorganização societária conduzida no ano-calendário de 2004. Além disso, a decisão recorrida entendeu suficiente a ausência de laudo contemporâneo ao lançamento não adentrando, portanto, nas questões relativas à "internalização" do ágio por meio de utilização de empresa veículo.

Delimitadas as razões utilizadas pela decisão recorrida, passa-se à análise das questões suscitadas no Recurso Voluntário.

(...)

O art. 20, § 3º, do Decreto-lei 1.598/77 (redação anterior à Lei 12.973/2014), prescreve que o ágio desdobrado por ocasião da aquisição de participação, com justificativa no valor de mercado dos bens do ativo ou na expectativa de rentabilidade futura da investida, "deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração".

Quando se investiga o Decreto lei 1.598/77, a Lei 6.404, a Lei 9.532/97 e o Decreto 3.000/99 (antes das alterações introduzidas pela Lei n. 12.973), há uma constatação comum: nenhuma dessas normas requer qualquer forma específica de demonstração do ágio apurado pela pessoa jurídica investidora, no momento da aquisição, por expectativa de rentabilidade futura da pessoa jurídica investida.

Essa conclusão é reforçada pela análise sistemática legislação.

Isso porque, em outras ocasiões, quando a legislação circunscreveu a comprovação a um laudo, ela o fez expressamente. (...)

(...)

Sendo assim, entendo não ser aplicável ao caso em análise a inovação trazida pela MP 627/2014, convertida na Lei nº 12.973/2014, no que alterou o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598 e o art. 22 da Lei 12.973/2014:

(...)

Como se verifica, à época dos fatos, não vigia a referida lei, de sorte que não se pode estender seus efeitos.

No entanto, como visto, a decisão recorrida negou provimento à impugnação em face da extemporaneidade da documentação apresentada pela Recorrente como se verifica pelo trecho abaixo transcrito:

Analisando os documentos mencionados pela contribuinte, fls. 1.109 a 1.322, tem-se que os mesmos não fazem prova a favor da impugnante vez que foram elaborados em 2.004 e a aquisição dos investimentos ocorreu em 1.999, ou seja, quase cinco anos após a operação e não fazem referência à operação original de aquisição das ações, quando o ágio foi efetivamente pago. Portanto, a terceira premissa não foi obedecida, sendo tal fato inclusive reconhecido pela própria contribuinte em sua impugnação conforme trecho transcrito abaixo:

A Recorrente refuta o referido argumento com base na alegação de que "a amortização e respectiva dedução do ágio discutido nestes autos somente se aperfeiçoaram com a cisão total da Luso-Brasileira, ocorrida na data de **30/07/2004**. Como os laudos da Planconsult Planejamento e Consultoria S/C Ltda ("Planconsult") foram concluídos na data de **29.6.2004** (docs. 20 e 21 da Impugnação), antes, portanto, que quaisquer eventuais efeitos fiscais pudessem ter sido verificados em relação a esse ágio, não haveria qualquer intempestividade ou ausência de fundamentação contemporânea aos fatos.

No entanto, esta Turma, ao interpretar o disposto nos arts. 385 e 386 do RIR/99, firmou seu entendimento no sentido de que o laudo deve ser anterior operação, conforme se verifica pela decisão do Acórdão nº 1402-003.605, de relatoria da Conselheira Edeli Pereira Bessa:

TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL.

Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original. LAUDO EXTEMPORÂNEO. Não se admite como demonstração de fundamento do ágio pago laudo elaborado mais de um ano depois da aquisição do investimento, bem como rejeita-se laudo trazido em impugnação que atribui à investida valor de mercado, considerando a rentabilidade futura, inferior ao seu valor patrimonial. (...)

(...)

Procurando solucionar a questão da extemporaneidade do laudo a Recorrente juntou o laudo de fls. 2006/2013 que, segundo ela, seria apto a fundamentar o ágio objeto do presente lançamento.

No entanto, como bem observado pela PGFN, entendo que o referido documento não é apto a produzir o efeito pretendido pela Recorrente, pois em nenhum momento faz menção à operação realizada: aquisição das empresas Companhia de Cimento Goiás, Companhia de Cimento Atol e Companhia Paraíba de Cimento Portland pelo valor de US\$ 594 milhões. O documento faz menção a uma série de informações financeiras relativas a um projeto denominado BRAZIL 500, em determinado trecho menciona a "estimativa de Calico";

Além disso, não é possível retirar do documento o valor dos investimentos com base em sua expectativa de rentabilidade futura, bem como identificar qual a parcela do preço

pago, e da correspondente rentabilidade, se refere às empresas CIMPOR e CIMEPAR, cujos ágios estão sendo ora deduzidos.”

Primeiramente, vale esclarecer que a decisão refere-se a documentos que foram apresentados pela defesa em duas oportunidades: os documentos de efls. 1109 a 1322, elaborados em 2004, os quais foram apresentados juntamente com a impugnação e apreciados pela decisão de piso; e os documentos de efls. 2006 a 2013, apresentados após o recurso voluntário.

Vê-se que a decisão recorrida foi desfavorável ao contribuinte pelos seguintes fundamentos:

- com relação aos documentos de efls. 1109 a 1322, o recorrido manteve a decisão de piso, ao fundamento de que a interpretação dos arts. 385 e 386 do RIR/99, adotada no âmbito da 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara, era “*no sentido de que o laudo deve ser anterior [à] operação*” (citado como exemplo o precedente nº 1402-003.605, de relatoria da Conselheira Edeli Pereira Bessa); e

- com relação ao documento de efls. 2006/2013, apresentado após o recurso voluntário, o Colegiado manifestou que “*não é apto a produzir o efeito pretendido pela Recorrente*”, porque “*em nenhum momento faz menção à operação realizada*” (origem do ágio), e “*não é possível retirar do documento o valor dos investimentos com base em sua expectativa de rentabilidade futura, bem como identificar qual a parcela do preço pago, e da correspondente rentabilidade, se refere às empresas CIMPOR e CIMEPAR, cujos ágios estão sendo ora deduzidos*”

Percebe-se que a “extemporaneidade”, foi o único óbice erigido pelo recorrido contra os documentos de efls. 1109 a 1322, com os quais o contribuinte pretendia demonstrar a fundamentação econômica do ágio desde a impugnação. (*destaques do original*)

Sob esta ótica, o exame de admissibilidade bem demonstra a dessemelhança em face do paradigma nº 1201-001.507, observando que demonstrativo do fundamento do ágio deve *respaldar-se em elementos de prova contemporâneos à operação*, e lá existiria esta demonstração, distintamente do presente caso. Contudo, foi dado seguimento ao recurso especial com base no primeiro paradigma (nº 1201-002.247) *porque o recorrido pronuncia que o demonstrativo do fundamento econômico do ágio deve ser anterior à operação, ao passo que o paradigma entende que o fato de o demonstrativo de rentabilidade futura (Relatório de Avaliação) ter sido apresentado cerca de seis meses após a aquisição da participação não obstava o aproveitamento do ágio, pois “inexistia à época da formação do ágio, qualquer dispositivo no pátrio ordenamento jurídico que determinasse algum prazo para apresentação deste demonstrativo”*.

Ocorre que em face de divergência semelhante à presente, analisada por este Colegiado no Acórdão nº 9101-005.793¹⁰, concluiu-se por unanimidade de votos que acórdão aqui analisado como primeiro paradigma também apresentava dessemelhanças que impediam a caracterização do dissídio jurisprudencial, nos termos do voto desta Conselheira, a seguir reproduzido:

O primeiro paradigma (Acórdão nº 1201-002.247) foi objeto de recurso especial recentemente apreciado no Acórdão nº 9101-004.816 (Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S/A). A PGFN pretendeu questionar, também, a fundamentação do ágio amortizado, mas este Colegiado¹¹, à unanimidade, negou conhecimento a este ponto do

¹⁰ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Andrea Duek Simantob (Presidente em exercício).

¹¹ 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).

recurso especial fazendário, acompanhando a relatora, Conselheira Livia De Carli Germano que, além de constatar que o entendimento defendido pela PGFN não integrava o voto condutor do paradigma indicado, assim reportou os fundamentos do acórdão ali recorrido:

Ademais, é de se considerar que o acórdão recorrido conclui pela validade do documento apresentado, considerando que (i) a legislação não determinava prazo para a apresentação do demonstrativo; (ii) o suposto atraso se resume a um mês; (iii) as premissas para a definição do preço já constavam de documento anterior à operação (acordo de acionistas); (iv) o laudo técnico apenas corroborou o preço das ações definido conforme regras já acordadas anteriormente. *In verbis*:

A Fiscalização entende ser intempestivo o laudo apresentado. Apesar da completa ausência de previsão legal na época acerca do prazo em que o laudo deveria ser apresentado ou mesmo da própria obrigatoriedade de apresentação de um laudo, vemos que o suposto atraso se resume a um mês.

Entendo que tal discussão sobre este atraso é totalmente inócuo. Primeiro, porque as premissas para definição do preço das ações já estava na Cláusula 7.1.b do Acordo de Acionistas que fora celebrado em novembro de 2007.

O laudo técnico elaborado pela E&Y serviu apenas para corroborar o preço das ações conforme regras já definidas anteriormente. Não obstante, a fiscalização apontou supostas impropriedades técnicas do laudo, o que gerou a apresentação de um Parecer Técnico Extrajudicial que demonstra a inexistência de tais impropriedades.

Ressalte-se que esta é a conclusão relativa ao “segundo ágio” lá apreciado, mas também houve apreciação dos requisitos para comprovação da rentabilidade futura relativamente ao “primeiro ágio” e neste ponto, o voto condutor do referido paradigma se estende mais longamente na análise do tema, mas sem validar laudo posterior à aquisição em razão do novo prazo estipulado na Lei nº 12.973/2014. Ao contrário, expressamente afirmou que *a lei presente não abrange e nem norteia especificamente o caso concreto que ocorreu no passado*. Mas também anotou que não havia prazo para tal apresentação ou exigência de laudo formal, bastando demonstrativo de rentabilidade futura que, no caso em tela, foi apresentado *cerca de seis meses após a aquisição da participação* e acerca do qual a Fiscalização não *questionou o conteúdo* nem apontou *falha técnica*. Afirmou, assim, que *o trabalho apresentado pela Ernst & Young se mostrou apto em termos técnicos, ou seja capaz de demonstrar a expectativa de rentabilidade futuro, restou devidamente comprovada a existência do elemento econômico que fundamentou o pagamento o ágio*. Apesar disso, prosseguiu analisando as cogitações da Fiscalização acerca dos efeitos da extemporaneidade do laudo, e fazendo prevalecer a boa-fé do recorrente em razão das provas apresentadas e da natureza da atividade exercida pelo sujeito passivo, bem como da ausência de provas de má-fé. Depois de extensa análise do conteúdo do laudo, o voto é assim finalizado na primeira parte em que analisou o tema:

Desta forma, temos que o conjunto probatório apresentado pelo recorrente é capaz de fundamentar devidamente o ágio, através da expectativa de rentabilidade futura.

Todos os documentos trazidos apresentam validade técnica e formal a ponto de conferirem fundamentação robusta e completamente apta a ensejar o gozo do benefício fiscal, qual seja, a amortização do ágio.

Constata-se, assim, que referido paradigma está expressamente condicionado às circunstâncias fáticas específicas que ali evidenciaram a correspondência do ágio pago com a expectativa de rentabilidade futura. E, no mesmo sentido se conduziu o Colegiado *a quo*, no sentido de examinar os documentos anteriores à aquisição para tentar estabelecer sua correspondência com o laudo posterior à aquisição, mas sem identificar naqueles elementos a mesma confiabilidade identificada no paradigma.

Assim, na medida em que o Colegiado *a quo*, para além de rejeitar a avaliação posterior à aquisição para atribuição de fundamento ao ágio pago, analisou os estudos anteriores e identificou vícios em sua elaboração, a divergência jurisprudencial somente se estabeleceria validamente – ou seja, sem demandar o exame de provas e revolvimento fático – se a Contribuinte apresentasse paradigma no qual o laudo posterior à aquisição, em temporalidade semelhante à verificada nestes autos, fosse declarado suficiente para atribuir ao ágio fundamento em rentabilidade futura. Ao apresentar paradigmas nos quais os estudos anteriores à aquisição foram analisados em seu mérito, agregando-se como razão para validação do fundamento do ágio em rentabilidade futura, resta patente a dessemelhança fática que impede a caracterização do dissídio jurisprudencial.

Nos termos do art. 67 do Anexo II do RICARF, o recurso especial somente tem cabimento se a *decisão der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado* outro Colegiado deste Conselho. Por sua vez, para comparação de interpretações e constatação de divergência é indispensável que situações fáticas semelhantes tenham sido decididas nos acórdãos confrontados. Se inexistente tal semelhança, a pretendida decisão se prestaria, apenas, a definir, no caso concreto, o alcance das normas tributárias, extrapolando a competência da CSRF, que não representa terceira instância administrativa, mas apenas órgão destinado a solucionar divergências jurisprudenciais. Neste sentido, aliás, é o entendimento firmado por todas as Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, como são exemplos os recentes Acórdãos nº 9101-002.239, 9202-003.903 e 9303-004.148, reproduzindo entendimento há muito consolidado administrativamente, consoante Acórdão CSRF nº 01-0.956, de 27/11/1989:

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

Por tais razões, o presente voto é no sentido de NÃO CONHECER do recurso especial da Contribuinte na matéria “amortização de ágio/laudo extemporâneo”. (*destaques do original*)

E, no âmbito do segundo paradigma – nº 1201-003.693 – a Contribuinte novamente parte de sua ementa no sentido de que a legislação vigente à época dos fatos geradores objeto dos Autos de Infração não regulamentava a forma, conteúdo e apresentação do demonstrativo do fundamento econômico do ágio pago na aquisição de participação societária permitindo ao sujeito passivo se valer de todos os meios de prova hábeis, inclusive de laudo elaborado dois meses após a operação de aquisição, mas se prende aos trechos do voto condutor do paradigma no qual o Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli admite o laudo elaborado 61 (sessenta e um) dias depois da aquisição, novamente deixando de considerar as ponderações iniciais de seu voto nos seguintes termos:

185. O ágio de que ora estamos tratando, diga-se, foi apurado pelo grupo Sanofi na aquisição das ações da Medley. Nesta operação entre partes não relacionadas, houve sacrifício econômico dos compradores da ordem de R\$1,5 bilhões, posteriormente ajustados em mais cerca de R\$ 47 milhões (earnout), valores estes cujo desembolso foi confirmado pela fiscalização, conforme exposto no TVF.

186. Nesse contexto, a Recorrente comprovou que a aquisição societária em questão foi realizada com base não só em estudo interno, mas por meio de laudo técnico contratado especificamente para a finalidade de avaliar o preço do negócio.

187. Apesar do referido estudo (fls. 5.391/5.419) aparentar não ser conclusivo e não identificar o autor, o laudo feito por auditores independentes (fls. 5.421/5.473) atende a praxe de mercado, especifica a metodologia adotada e justifica o preço da operação. Basta ler a conclusão, transcrita a seguir (grifos nossos):

[...]

No presente caso, o segundo ágio decorre de aquisição ocorrida em setembro de 2009 e o laudo apresentado foi elaborado em maio de 2010. Ou seja, a distância temporal é muito superior a 61 (sessenta e um) dias. Para além disso, o estudo anterior existente nos autos do paradigma foi analisado apenas considerado inconclusivo e sem indicação de autoria, ao passo que no presente caso, além de não indicada a autoria, não havia indicação de data de sua elaboração, ou seja, não era possível aferir se era contemporâneo, ou não, à operação. Frise-se que, no paradigma, o curto espaço temporal entre a operação e o laudo foi enfatizado sob distintas óticas para admitir a fundamentação nele expressa:

191. Também a possibilidade de um laudo elaborado logo após a aquisição (61 dias) para “convalidar” o acordo celebrado entre as partes não deveria causar estranheza. Entendo, aqui, que isso é razoável, até mesmo como meio de consolidar os dados estimados, muitas vezes dispersos e que lastrearam as discussões prévias à assinatura do instrumento de compra e venda de ações.

192. O demonstrativo, pois, não é ato constitutivo de direito, possuindo nítida natureza declaratória, pois é perfeitamente factível que ele se reporte aos dados utilizados para fins de guiar uma proposta (inicial e final) pelos compradores.

193. No caso, então, entendo que o lapso temporal do laudo, além de irrisório e plenamente justificável aos olhos da lei de regência e de toda a lógica do ágio em operações entre partes não relacionadas, jamais poderia servir de fundamento contra a demonstração do fundamento econômico, na linha das seguintes decisões proferidas por esta própria TO:

[...]

194. Nesse sentido, entendo que o laudo elaborado pouco tempo depois da operação, mas a ela fazendo referência, é suficiente para demonstrar e comprovar que o ágio é decorrente da expectativa de resultados futuros.

Os dois paradigmas apresentados, portanto, estão pautados em circunstâncias fáticas distintas da presente, e não se prestam a caracterizar o dissídio jurisprudencial suscitado na segunda matéria.

Assim, na medida em que o dissídio jurisprudencial acerca da fundamentação do ágio pago não resta demonstrado, subsiste fundamento autônomo suficiente para NEGAR CONHECIMENTO ao recurso especial nesta e na primeira matéria na qual se pretende a dedutibilidade das amortizações daquele ágio.

Por fim, com respeito à extensão dos efeitos da glosa na base de cálculo da CSLL, a Contribuinte pretende contestar a conclusão de que *as disposições sobre os efeitos fiscais da amortização de ágio previstas na legislação tributária do IRPJ também seria aplicáveis à CSLL*,

e assim disto decorre a pretensão de que esta exigência reflexa seja cancelada ainda que mantida a glosa no âmbito do IRPJ.

Em tal contexto confirma-se, em relação ao paradigma aqui indicado – 9101-002.310 - dessemelhança equivalente à demonstrada no voto vencedor expresso por esta Conselheira no Acórdão nº 9101-006.049¹²:

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 nº 9101-002.310, de 2016:

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

Inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial. Inaplicabilidade, ao caso, do art. 57 da Lei nº 8.981/1995, posto que tal dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ.

Acórdão paradigma nº 1103-00.630, de 2012:

Não há ementa correspondente a essa matéria.

[...].

Com relação à dedução das despesas de amortização do ágio, para fins da CSLL, registro que não há previsão legal para a indedutibilidade dessas despesas, tal como é preceituada para o lucro real, pelo art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598/77.

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

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

¹² Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca (suplente convocado) e Andrea Duek Simantob (Presidente em exercício), e divergiram na matéria os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli e Alexandre Evaristo Pinto.

despesas, tal como é preceituada para o lucro real, pelo art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598/77 (segundo acórdão paradigma).

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

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

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

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

Aqui, deve ser NEGADO CONHECIMENTO também a esta matéria, do que resulta o NÃO CONHECIMENTO integral do recurso especial da Contribuinte.

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 nº 1101-000.961:

Contudo, é fundamental que a incorporação se verifique entre investida e investidora, com conseqüente confusão patrimonial e extinção do investimento, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável. Aqui, porém, ao término das operações, nada mudou, pois o Santander Hispano permaneceu com a mesma quantidade de ações e na mesma condição de controlador do Banespa.

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

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

Significa dizer que embora transferido o ágio para empresa veículo, e na seqüência para a incorporadora desta, os efeitos econômicos do ágio originalmente contabilizado na controladora subsistem. Assim, a definição acerca do atendimento à finalidade dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 passa, primeiramente, pelo exame da validade da transferência do ágio originalmente contabilizado pela investidora para a Santander Holding, mediante subscrição de seu capital com o investimento por ela detido no Banespa.

Não se exige, aqui, uma lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital. Se não há vedação legal e os atos societários são realizados com observância dos requisitos formais, e têm por objeto ágio efetivo e pago, seria necessário disposição legal específica para se negar validade aos atos societários no âmbito tributário. Contudo, é necessário verificar se a incorporação entre a investida e esta empresa para a qual foi transferido o ágio atende aos requisitos legais para que a amortização deste afete o lucro tributável.

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

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

Art. 23. [...]

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

[...]

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

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

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

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

[...]

Pertinente citar, novamente, abordagem contida na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, antes 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 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

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

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 conceito contábil da Lei nº 11.638, de 2007, além de novas regras para o seu aproveitamento, que não são objeto de análise do presente voto.

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

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

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

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

Há que se observar, inicialmente, como o art. 219 da Lei nº 6.404, de 1976 trata das hipóteses de extinção da pessoa jurídica:

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

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

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

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

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

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

No primeiro evento, trata-se de situação no qual a investidora aliena o investimento para uma terceira empresa. Nesse caso, **o ágio passa a integrar o valor patrimonial** do investimento para fins de apuração do ganho de capital e, assim, reduz a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. A situação é tratada pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, arts. 391 e 426 do RIR/99:

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

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

(...)

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

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

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

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

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

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou 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,

¹⁵ Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CAREF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

em logo em seguida, promover a incorporação da investidora pela investida. As operações ocorriam quase simultaneamente.

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997¹⁶, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 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 nº 9.532/1997, não havia na legislação tributária nacional regulamentação relativa ao tratamento que deveria ser conferido ao ágio em hipóteses de incorporação envolvendo a pessoa jurídica que o pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio.

O que ocorria, na prática, era a consideração de que a incorporação era, per se, evento suficiente para a realização do ágio, independentemente de sua fundamentação econômica.

(...)

Sendo assim, a partir de 1998, ano em que entrou em vigor a Lei nº 9.532/1997, adveio um cenário diferente em matéria de dedução fiscal do ágio. Desde então, restringiram-se as hipóteses em que o ágio seria passível de ser deduzido no caso de incorporação entre pessoas jurídicas, com a imposição de limites máximos de dedução em determinadas situações.

Ou seja, nem sempre o ágio contabilizado pela pessoa jurídica poderia ser deduzido de seu lucro real quando da ocorrência do evento de incorporação. Pelo contrário. Com a regulamentação ora em vigor, poucas são as hipóteses em que o ágio registrado poderá ser deduzido, a depender da fundamentação econômica que lhe seja conferida.

Merece transcrição o Relatório da Comissão 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

¹⁶ Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

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

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.

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 incorporador (inclusive a resultante da fusão ou a que absorva o patrimônio da cindida), produzindo as repercussões próprias na depreciação normal. O ágio ou deságio decorrente de expectativa de resultado futuro poderá ser amortizado durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, à razão de 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do período de apuração. (...)

Percebe-se que, em razão de um completo desvirtuamento do instituto, o legislador foi chamado a intervir, para normatizar, nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, sobre situações específicas tratando de eventos de transformação societária envolvendo investidor e investida.

Inclusive, no decorrer dos debates tratando do assunto, chegou-se a cogitar que o aproveitamento do ágio não seria uma despesa, mas um benefício fiscal.

Em breves palavras, caso fosse benefício fiscal, o próprio legislador deveria ter tratado do assunto, como o fez na Exposição de Motivos de outros dispositivos da MP nº 1.602, de 1997 (convertida na Lei nº 9.532, de 1997).

Na realidade, a Exposição de Motivos deixa claro que a motivação para o dispositivo foi um **maior controle sobre os planejamentos tributários abusivos**, que descaracterizavam o ágio por meio de analogias completamente desprovidas de sustentação jurídica. E deixou claro que se trata de uma **despesa de amortização**.

E qual foram as novidades trazidas pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997?

Primeiro, há que se contextualizar a disciplina do método de equivalência patrimonial (MEP).

Isso porque o ágio aplica-se apenas em investimentos sociedades coligadas e controladas avaliado pelo MEP, conforme previsto no art. 384 do RIR/99. O método tem como principal característica permitir uma atualização dos valores dos investimentos em coligadas ou controladas com base na variação do patrimônio líquido das investidas.

As variações no patrimônio líquido da pessoa jurídica investida passam a ser refletidas na investidora pelo MEP. Contudo, os aumentos no valor do patrimônio líquido da sociedade investida não são computados na determinação do lucro real da investidora. Vale transcrever os dispositivos dos arts. 387, 388 e 389 do RIR/99 que discorrem sobre o procedimento de contabilização a ser adotado pela investidora.

Art. 387. Em cada balanço, o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976, e as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 21, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso III):

(...)

Art. 388. O valor do investimento na data do balanço (art. 387, I), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo anterior, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 22).

(...)

Art. 389. A contrapartida do ajuste de que trata o art. 388, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 23, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso IV).

(...)

Resta nítida a separação dos patrimônios entre investidora e investida, inclusive as repercussões sobre os resultados de cada um. A investida, pessoa jurídica independente, em razão de sua atividade econômica, apura rendimentos que, naturalmente, são por ela tributados. Por sua vez, na medida em que a investida aumenta seu patrimônio líquido em razão de resultados positivos, por meio do MEP há uma repercussão na contabilidade da investidora, para refletir o acréscimo patrimonial realizado. A conta de ativos em investimentos é debitada na investidora, e, por sua vez, a contrapartida, apesar de creditada como receita, é excluída na apuração do Lucro Real. Com certeza, não faria sentido tributar os lucros na investida, e em seguida tributar o aumento do patrimônio líquido na investidora, que ocorreu precisamente por conta dos lucros auferidos pela investida.

E esclarece o art. 385 do RIR/99 que se a pessoa jurídica adquirir um investimento avaliado pelo MEP por valor superior ou inferior ao contabilizado no patrimônio líquido, deverá desdobrar o custo da aquisição em (1) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e (2) **ágio** ou **deságio**. Para a devida transparência na mais valia (ou menor valia) do investimento, o registro contábil deve ocorrer em contas diferentes:

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

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

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

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

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

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

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

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º). (grifei)

Como se pode observar, a formação do ágio não ocorre espontaneamente. Pelo contrário, deve ser motivado, e indicado o seu fundamento econômico, que deve se amparar em pelo menos um dos três critérios estabelecidos no § 2º do art. 385 do RIR/99, (1) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, (2) valor de rentabilidade da coligada

ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros (3) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

E, conforme já dito, por ser a motivação adotada pela quase totalidade das empresas, todos os holofotes dirigem-se ao fundamento econômico com base em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida.

Trata-se precisamente de lucros esperados a serem auferidos pela controlada ou coligada, em um futuro determinado. Por isso o adquirente (futuro controlador) se propõe a desembolsar pelo investimento um valor superior ao daquele contabilizado no patrimônio líquido da vendedora. Por sua vez, tal expectativa deve ser lastreada em demonstração devidamente arquivada como comprovante de escrituração, conforme previsto no § 3º do art. 385 do RIR/99.

E, finalmente, passamos a apreciar os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, consolidados no art. 386 do RIR/99. Como já dito, em eventos de transformação societária, quando investidora absorve o patrimônio da investida (ou vice versa), adquirido com ágio ou deságio, em razão de cisão, fusão ou incorporação, resolveu o legislador disciplinar a situação:

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

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

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

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

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário 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 nº 3.000, de 26/03/1999), o conceito de amortização encontra-se no Subtítulo II (Lucro Real), Capítulo V (Lucro Operacional), Seção III (Custos, Despesas Operacionais e Encargos).

O artigo 299 do diploma em análise trata, no art. 299, na Subseção I, das Disposições Gerais sobre as despesas:

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.

Para serem dedutíveis, devem as despesas serem **necessárias** à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, e serem **usuais** ou **normais** no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/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

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.

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 nº 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

§ 1º Em qualquer hipótese, o montante acumulado das quotas de amortização não poderá ultrapassar o custo de aquisição do bem ou direito, ou o valor das despesas (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 2º).

§ 2º Somente serão admitidas as amortizações de custos ou despesas que observem as condições estabelecidas neste Decreto (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 5º).

§ 3º Se a existência ou o exercício do direito, ou a utilização do bem, terminar antes da amortização integral de seu custo, o saldo não amortizado constituirá encargo no período de apuração em que se extinguir o direito ou terminar a utilização do bem (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 4º).

§ 4º Somente será permitida a amortização de bens e direitos intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços (Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, inciso III).

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 uma 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 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

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

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.

²¹ SCHOUERI, 2012, p. 62.

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

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 exequível 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 subsequentes 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 vênia 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 Deort/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 consequente 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 nº 277/2006 (aprovado pelo Voto CMN nº 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.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa

Declaração de Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado

Acompanhei o voto do relator com relação à existência de propósito negocial na operação examinada, única matéria admitida no presente caso, em que pese ao exame da mesma operação, cujo ágio foi amortizado no ano-calendário 2012, este conselheiro acompanhou, pelas conclusões, o relator do Acórdão nº 1302-004.007, proferido em 16 de outubro de 2019, para negar provimento ao recurso voluntário da contribuinte, assentado na premissa de “*os ágios terem sido registrados sem que houvesse os efetivos pagamentos para a aquisição da empresa recorrente*”, trazida pelo d. relator conselheiro Ricardo Marozzi Gregório.

Ocorre que tal matéria havia sido expressamente afastada pelo colegiado *a quo*, no exame do presente caso, e não foi objeto de recurso por parte da PFN.

Assim, apenas a discussão acerca da existência ou não de propósito negocial da empresa veículo utilizada na operação foi trazida ao debate do colegiado da 1ª Turma da CSRF.

Nesse sentido, os fundamentos trazido pelo relator dos acórdãos recorridos, d. conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, que no Acórdão nº1301-003.655, entendeu existirem razões regulatórias para a interposição da empresa UBS Participações que demonstrariam o propósito negocial para sua interposição no negócio, embora tenha refutado a

criação de uma segunda empresa-veículo (UBS Investimentos) para viabilizar a amortização do ágio, como se colhe dos excertos do voto condutor daquele julgado, *verbis*:

[...]

Contudo, argumenta a Recorrente que, por questões de ordem regulatória, UBS AG não poderia adquirir o investimento em Banco Pactual de forma direta. Nesse cenário, por obrigatoriedade de normas regulatórias haveria a necessidade da utilização de uma holding nacional. Nesse sentido, anexou às fls. 58235855 “Parecer Econômico sobre os Aspectos Regulatórios vigentes quando da Aquisição do Banco Pactual S.A. pelo UBS AG”, elaborado por Gustavo Loyola, por duas vezes Presidente do Banco Central, em que se atesta a necessidade, no contexto regulatório vigente em 2006, de constituição de holding pura no Brasil para que uma sociedade estrangeira pudesse adquirir instituição financeira no Brasil. O Parecer estaria a reforçar o Parecer apresentado juntamente com a impugnação de Sérgio Darcy da Silva Alves “Participação Estrangeira e Controle Societário”.

Segundo a Recorrente, UBS AG não poderia figurar como adquirente direta das referidas ações em razão de norma regulatória do setor financeiro, mais especificamente a Resolução do CMN nº 3.040, de 28.11.2002, cujo art. 14 assim dispõe:

Art. 14. As participações societárias diretas que impliquem controle das instituições referidas no art. 1º, constituídas a partir da data de publicação desta resolução, somente podem ser detidas por:

I – Pessoas físicas;

II – Instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil;

III - Outras pessoas jurídicas, que tenham por objeto social exclusivo a participação societária em instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. [grifos nossos]

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às agências de fomento e às instituições financeiras públicas que estejam ou que venham a ser submetidas a processo de privatização."

Pois bem, compulsando os autos, concluo assistir razão à Recorrente. De fato, o inciso III do art. 14 da Resolução do CMN nº 3.040/2002 determinava que somente poderiam adquirir o controle de instituições financeiras situadas no Brasil pessoas físicas, instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central e outras pessoas jurídicas, que tenham por objeto social exclusivo a participação societária em instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil (inciso III). Ocorre que UBS AG possuía outros objetos sociais em seus estatutos, o que a levou a constituir uma holding no Brasil a fim de que essa, com objeto social exclusivo a participação societária em instituições financeiras autorizadas a funcionar a pelo Banco Central, pudesse ser utilizada para viabilizar a operação.

Tal conclusão é corroborada pelo Parecer de fls. 58235855, sendo possível afirmar que, no mínimo, haveria dúvida absolutamente fundada se a UBS AG poderia adquirir diretamente o Banco Pactual. Vejase sua conclusão firmada à fl. 5.850:

[...]

Ora, o fato de posteriormente o Banco Central ter permitido que UBS AG detivesse o controle direto de outras instituições financeiras não desnatura o justo receio que a adquirente da operação se cercasse de garantias, à época do fechamento do negócio, que

não haveria óbices de natureza regulatória que inviabilizasse a operação pretendida, mormente em razão de posteriores alterações dessas normas regulatórias.

Portanto, entendo restar justificada a constituição de uma holding por UBS AG que fosse a responsável pela aquisição formal do controle de Banco Pactual (poderia ser tanto UBS PARTICIPAÇÕES ou UBS INVESTIMENTOS).

Contudo, se por obrigatoriedade de normas regulatórias havia a necessidade da criação de uma holding nacional, a não ser por questões meramente tributárias, nada justificaria a interposição de uma segunda holding, a qual serviu tão somente para permitir a incorporação entre a holding nacional que transferiu os recursos para a aquisição de investimento no Banco Pactual e a própria investida, mantendo-se, assim, o controle indireto da empresa situada no exterior (UBS AG) a fim de que não houvesse impedimento na realização da operação em razão das normas regulatórias expedidas pelo Banco Central do Brasil e pelo Conselho Monetário Nacional.

Embora, de acordo com o Parecer elaborado pelo ex-presidente do Banco Central se impusesse, à época, a constituição de uma holding no Brasil para que o investidor estrangeiro pudesse adquirir o investimento em questão, nada justifica a criação de uma segunda holding, no caso, a UBS INVESTIMENTOS. Ora, se o objetivo fosse somente viabilizar a aquisição do investimento, entendo que se justificaria a criação da UBS PARTICIPAÇÕES, sua capitalização e, caso viesse a ser incorporada pela Recorrente, a amortização do ágio. Mas não foi isso o que ocorreu: após a capitalização de UBS PARTICIPAÇÕES e aquisição do investimento no Banco Pactual, utilizou-se de uma segunda holding (UBS INVESTIMENTOS, controlada direta de UBS AG), que passou a controlar UBS PARTICIPAÇÕES (e essa passou a ser controlada indireta de UBS AG).

Somente a partir desse último passo é que se viabilizou a confusão patrimonial em questão, ou seja, demonstra-se que o objetivo da Recorrente foi efetivar a confusão patrimonial a todo modo, ainda que se fizesse necessária a constituição de duas holdings a fim de fazer valer seu intento de amortização do ágio.

Se a intenção fosse meramente a criação de uma empresa no Brasil a fim de transpor os óbices regulatórios para aquisição do investimento, UBS INVESTIMENTOS não precisaria ser criada e interposta na operação, bastando a utilização de UBS PARTICIPAÇÕES. Mas se assim tivesse agido a Recorrente, não haveria como se colocar em prática a “confusão patrimonial” exigida por lei, razão pela qual a Recorrente lançou mão da interposição de uma segunda holding (UBS INVESTIMENTOS), a fim de que, aparentemente, pudesse ocorrer a extinção do investimento por meio da incorporação reversa entre investida (Banco Pactual), e sua investidora (UBS PARTICIPAÇÕES).

Nos moldes realizados, não há dúvidas de que houve a utilização de mera empresa veículo na operação.

Por meio da petição de fls. 65516529 procurou esclarecer o porquê da utilização de uma segunda holding na operação:

- a criação da UBS INVESTIMENTOS em nada se relacionaria com o aproveitamento do ágio, estando tão somente ligada ao registro de investimento em moeda estrangeira no BACEN;

- (i) a adquirente dos investimentos em PACTUAL, como visto, teria que ser a UBS PARTICIPAÇÕES ou sociedade com as mesmas características; (ii) ao proceder d aquisição de PACTUAL, UBS PARTICIPAÇÕES pagou parte do prego de aquisição à vista ficando responsável pelo pagamento do saldo devedor do preço; (iii) os vendedores, ou seja os antigos acionistas de PACTUAL, desejavam ser credores de UBS AG, e não de UBS PARTICIPAÇÕES ou UBS INVESTIMENTOS, mesmo que

UBS AG se apresentasse como garantidora da dívida; (iv) em vista disto, UBS AG assumiu diretamente a obrigação de pagar o saldo devedor do prego de aquisição de PACTUAL; mas (v) havia dúvidas quanto à possibilidade de a remessa de recursos ao Brasil, destinados ao pagamento de dívida proveniente de terceiros (UBS PARTICIPAÇÕES), ser registrada como investimento estrangeiro no BACEN; por essa razão, teria havido a criação de UBS INVESTIMENTOS;

- Argumenta que caso o BACEN entendesse que a transferência de recursos para o Brasil destinada ao pagamento de obrigação assumida de terceiros não fosse apta a gerar registro de investimento estrangeiro, como estava sendo sustentado pelos advogados que patrocinavam os interesses de UBS AG à época, UBS AG remeteria recursos a UBS INVESTIMENTOS, a título de aumento de capital, para que ela pagasse a dívida para com os vendedores de PACTUAL, sem o risco de que essa remessa deixasse de ser registrada como capital estrangeiro. UBS INVESTIMENTOS teria sido extinta somente quando houve a venda da participação para PACTUAL, uma vez que a dívida existente foi por esta empresa assumida;

- finaliza aduzindo que UBS INVESTIMENTOS foi absolutamente irrelevante para a operação e que esse mero detalhe não poderia surtir efeitos quanto à legítima possibilidade de amortização do ágio.

Tais argumentos não me convencem. Como bem salientou a PGFN (fls. 69416942) se a holding (UBS AG) necessitava de um “plano B” para canalizar os pagamentos aos vendedores do investimento, registrando-os como investimento estrangeiro, UBS PARTICIPAÇÕES poderia cumprir tal papel, uma vez que a dívida em questão foi feita por ela própria, sendo absolutamente mais corente que essa mesma sociedade fosse utilizada para canalizar os recursos provenientes do exterior com origem em sua holding controladora (UBS AG).

Ao contrário do alegado pela Recorrente, o papel de UBS INVESTIMENTOS foi essencial para o início da amortização do ágio, uma vez que, somente com a utilização de uma holding no Brasil controlando diretamente o investimento realizado no em PACTUAL conforme a própria tese da Recorrente, jamais viabilizaria a confusão patrimonial exigida pela legislação para que o ágio, ainda que legitimamente surgido, pudesse vir a ser amortizado.

E não há que se falar em inovação do lançamento, pois a acusação da autoridade fiscal, qual seja, a utilização de empresa veículo na operação, resta evidente na operação, podendo ser considerado que quaisquer das duas holdings (UBS PARTICIPAÇÕES e UBS INVESTIMENTOS) poderia ser necessária para a aquisição do investimento sem a utilização da segunda, ao passo que, ao utilizar-se das duas empresas em etapas distintas da operação, qualquer uma delas pode ser considerada empresa veículo na operação como um todo.

Ou seja, no caso concreto, ainda que se considere válida a utilização da UBS PARTICIPAÇÕES na aquisição do investimento a fim de dar ares de legalidade à operação de modo a indicar que a formação do ágio teria cumprido os requisitos legais estabelecidos (em especial o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; a realização das operações originais entre partes não ligadas; seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura) – a Recorrente teria se utilizado de uma segunda sociedade criada no Brasil, no caso, UBS INVESTIMENTOS.

Para que o ágio com fundamento em rentabilidade futura possa compor o resultado do período, o regulamento do imposto de renda impõe, em regra, a alienação do investimento – nesse caso, na forma de custo de aquisição, ou, em situação de exceção, mediante amortização, desde que haja incorporação, fusão ou cisão entre investidora e investida (art. 386, caput e inciso III), ainda que de forma reversa (art. 386, § 6º, II).

[...]

A contribuinte opôs embargos ao acórdão de recurso voluntário, alegando que houve erro de fato no que “diz respeito ao à conclusão do aresto embargado de que UBS INVESTIMENTOS teria sido interposta na operação porque UBS AG não poderia deter o controle direto de uma instituição financeira no Brasil”, o que foi acolhido pela maioria do colegiado a quo, com efeitos infringentes, por meio do Acórdão nº 1301-004.390, verbis:

3 ERRO DE FATO

O erro de fato apontado pela Embargante diz respeito ao à conclusão do aresto embargado de que UBS INVESTIMENTOS teria sido interposta na operação porque UBS AG não poderia deter o controle direto de uma instituição financeira no Brasil.

Ressalto o ponto fulcral do acórdão:

[...]

Veja-se que o raciocínio levado a efeito para se negar direito à amortização do ágio foi a de que UBS INVESTIMENTOS teria sido interposta no negócio, na condição de controladora de UBS PARTICIPAÇÕES, a fim de que pudesse ser viabilizada a confusão patrimonial entre UBS PARTICIPAÇÕES E BANCO PACTUAL sem que se corresse o risco de ordem regulatória (inciso III do art. 14 da Resolução do CMN nº 3.040/2002), pois, assim, o controle da instituição financeira ficaria a cargo de UBS PARTICIPAÇÕES, e não de UBS AG.

Contudo, a Embargante tem razão quando afirma que UBS INVESTIMENTOS não detinha o controle de UBS PARTICIPAÇÕES à época da incorporação reversa entre BANCO PACTUAL e UBS PARTICIPAÇÕES.

Tanto a PGFN, quanto este relator, concluíram que UBS INVESTIMENTOS detinha o controle de UBS PARTICIPAÇÕES por analisarem o ocorrido no dia 01/12/2006, quando UBS AG transferiu a sua participação em UBS PARTICIPAÇÕES para UBS BRASIL. Veja-se excerto da p. 33 do Termo de Verificação Fiscal (fl. 5523):



Contudo, outros passos foram realizados nos dias seguintes, e antes da confusão patrimonial entre UBS PARTICIPAÇÕES e BANCO PACTUAL. Veja-se.

Naquela mesma data (01/12/2006), o capital social de UBS INVESTIMENTOS era de R\$ 2.045.686.176,00 (controlada por UBS AG), cujo único ativo era justamente o investimento em UBS PARTICIPAÇÕES (naquele íterim, sua subsidiária integral).

Contudo, três dias após (04/12/2006), UBS INVESTIMENTO aumentou o capital de UBS PARTICIPAÇÕES (que passou para R\$ 5.251.365.176,00) mediante assunção da dívida que essa possuía por ocasião da aquisição do investimento em BANCO PACTUAL (CCV/2006), conforme demonstrado à p. 33 do Termo de Verificação Fiscal (fl. 5523), e reproduzido a seguir:



Nessa mesma data, UBS INVESTIMENTOS cedeu essa obrigação assumida à UBS AG, em troca de parte de sua participação em UBS PARTICIPAÇÕES, no exato valor dessa dívida (p. 34 do Termo de Verificação Fiscal - fl. 5524):



Veja-se que, a partir dessa nova alteração, UBS INVESTIMENTOS passou a deter R\$ 2.045.686.176,00 do capital de R\$ 5.251.365.177,00 de UBS PARTICIPAÇÕES (38,96%), não havendo, realmente, que se falar em controle de UBS PARTICIPAÇÕES por parte de UBS INVESTIMENTOS.

Importante ressaltar que a confusão patrimonial entre UBS PARTICIPAÇÕES e BANCO PACTUAL, e o consequente início da amortização do ágio, se deu em fevereiro de 2007, mantendo-se o cenário de que a controladora de UBS PARTICIPAÇÕES no momento imediatamente anterior à incorporação, e, após essa operação, de BANCO PACTUAL, era e continuou a ser UBS AG.

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 nº 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 incontestado 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 nº 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 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. [...]

Com efeito, no presente caso, considero que restou justificado o propósito negocial para a utilização da empresa-veículo UBS participação na estrutura negocial, por questões regulatórias, nos termos examinados nos acórdãos de recurso voluntário e de embargos proferidos pelo colegiado a quo, tendo este último concluído no sentido de que *“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)”*.

Ante ao exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso especial da contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado