



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19515.720434/2015-42
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101-006.787 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 6 de novembro de 2023
Recorrente BANCO BRADESCO BBI S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010

RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS COMPARADOS.

A ausência de similitude fático-jurídica entre as decisões comparadas (acórdão recorrido x *paradigmas*) impede a caracterização do dissídio, prejudicando o conhecimento recursal.

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

Ano-calendário: 2010

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

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

O uso de *holding* (ou *empresa veículo*) para adquirir a participação societária com ágio e, posteriormente, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio, não caracteriza *simulação* por *interposição fictícia*, de modo que é indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes, ainda que sob a motivação de ausência de *propósito negocial*, figura esta que, na verdade, não foi incorporada ou recepcionada pelo Direito Tributário Brasileiro.

TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS DA EMPRESA CONTROLADORA PARA A SOCIEDADE *HOLDING* ADQUIRIR O INVESTIMENTO. LEGITIMIDADE DA DEDUÇÃO DO ÁGIO. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DO *REAL ADQUIRENTE*.

A transferência dos recursos empregados na aquisição de participação societária, da empresa controladora operacional para uma *holding* constituída para adquirir o investimento com ágio, não impede a amortização fiscal do ágio após esta ser incorporada pela investida.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas em relação à matéria “(2) impossibilidade de se aplicar a Teoria do Propósito Negocial como fundamento para *manutenção do lançamento fiscal*”. Votou pelas conclusões a conselheira Edeli Pereira Bessa. No mérito, na parte conhecida, por maioria de votos, acordam em dar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que votaram por negar provimento. Votaram pelas conclusões os conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Luiz Tadeu Matosinho Machado.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli - Relator

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

Relatório

Trata-se de recurso especial (fls. 1.290/1.320) interposto por Banco Bradesco BBI S.A. em face do Acórdão nº **1402-003.858** (fls. 1.086/1.158), o qual negou provimento ao recurso voluntário com base na seguinte ementa:

(...)

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

Ano-calendário: 2010

ART. 24 DA LINDB. INAPLICABILIDADE. O art. 24 da LINDB, com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018, não é apto a regular a atividade de lançamento, bem como o processo administrativo fiscal dele decorrente.

PRELIMINAR. NULIDADE DO ACÓRDÃO DA DRJ. ALTERAÇÃO DO CRITÉRIO JURÍDICO. OMISSÃO. Válida a decisão se os “novos” fundamentos são apenas decorrência e explicitam os que já motivavam o auto, principalmente a ausência de propósito negocial, bem como se não há omissão na análise das provas ou fundamentos aduzidos, mas tão somente a desqualificação expressa da operação para fins fiscais.

PRELIMINAR. INAPLICABILIDADE DO INSTITUTO DA DECADÊNCIA. FATOS PASSADOS COM REPERCUSSÃO EM EXERCÍCIOS FUTUROS. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO NO EXAME DE SEUS EFEITOS TRIBUTÁRIOS.

O sujeito passivo da obrigação tributária está subordinado à fiscalização de fatos ocorridos em períodos passados quando eles repercutirem em lançamentos contábeis de exercícios futuros, devendo conservar os documentos de sua escrituração, até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios. Inexiste preclusão administrativa na realização da análise dos dados associados aos efeitos tributários incidentes sobre o período fiscalizado em decorrência de fatos pretéritos, operando-se a decadência no decurso de prazo de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), desde que observada a existência de pagamento antecipado do tributo correspondente, bem como inocorrência de dolo, fraude ou simulação praticado pelo sujeito passivo (art. 173 do CTN).

GLOSA DE DESPESAS. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE INVESTIDORA (EMPRESA VEÍCULO) POR SUA INVESTIDA. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. INDEDUTIBILIDADE.

É indedutível a amortização do ágio, quando uma sociedade controlada (autuada), sem demonstrar haver propósito negocial na operação, tendo como único objetivo a obtenção de benefício fiscal (amortização do ágio), incorpora a sociedade controladora (“empresa veículo”), em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura da própria controlada.

CSLL. IRPJ. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. LIMITES DE EQUIVALÊNCIA ENTRE AS BASES DE CÁLCULO

Como não há previsão legal de exclusão da despesa de amortização com ágio da base de cálculo da CSLL, ela deve ser mantida na referida base de cálculo, uma vez que a legislação em mais de uma oportunidade determina que para a apuração da base de cálculo da CSLL, deve ser observada a legislação aplicável ao IRPJ.

INTERPRETAÇÃO MAIS BENIGNA DA LEI TRIBUTÁRIA EM CASO DE DÚVIDAS, ART. 112 DO CTN.

Se, diante das provas contidas nos autos, inexistem dúvidas quanto à prática de infração tributária e à penalidade aplicável ao caso, não há que se falar em interpretação mais favorável, pois o lançamento é ato administrativo vinculado.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. LEGITIMIDADE.

Está consolidado no âmbito do CARF que 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.

Em resumo, trata-se de processo decorrente de Autos de Infração de IRPJ e CSLL, referentes ao ano calendário 2010, em razão da glosa das despesas com amortização de ágio, no valor de R\$ 52.205.791,69, decorrente da incorporação da Abaeté Holding Ltda pela Recorrente, *empresa veículo* esta até então controlada pelo Banco Bradesco S/A. e que foi considerada *interposta* na operação pois desprovida de *propósito negocial*, de modo a afastar o direito de deduzir este ágio.

Mais precisamente, de acordo com o relato constante da decisão de primeira instância:

(...)

A holding foi constituída em 26 de agosto de 2008, originalmente, com o capital social no valor de R\$ 1.000,00, integralizado pelos sócios Bradesplan Participações Ltda, CNPJ nº 61.782.769/000101 (controladora) e a União Participações Ltda, CNPJ nº 05.892.410/000108.

Por seu turno, em 4 de novembro de 2008, houve a primeira alteração do contrato social da entidade, deliberando-se:

a) a retirada da Bradesplan Participações Ltda e simultânea cessão e transferência das cotas de sua titularidade para o Banco Bradesco S/A (CNPJ nº 60.746.948/000112), doravante BRADESCO;

b) aprovação do aumento do capital social em R\$ 495.800.000,00, elevando-se o patamar para R\$ 495.801.000,00, com emissão do equivalente em cotas e imediata subscrição pelo sócio admitido.

Pronunciou-se que o aumento de capital social da holding ocorreu na mesma data, via transferência de recursos financeiros da instituição financeira ao patrimônio da entidade, resultando na novel composição do quadro societário:

Sócio	Quantidade de Cotas	Valor Total em Reais
Banco Bradesco S/A	495.800.999	495.800.999,00
União Participações Ltda	1	1,00
Total	495.801.000	495.801.000,00

Ainda na mesma data, a holding adquiriu 194.843.569 ações de emissão do Banco Bradesco BBI S/A, CNPJ nº 06.271.464/000119, doravante BBI, que, até então, estavam sob o domínio de 36 de seus acionistas. A recompra das ações demandou um pagamento total de R\$ 495.746.971,56. O preço de compra de cada ação correspondia a R\$ 2,544, enquanto que a avaliação patrimonial era de R\$ 1,2046.

O recebimento da participação acionária na BBI ocorreu em face da venda da totalidade de suas ações emitidas pela Ágora Holdings S/A, doravante ÁGORA. Na oportunidade, a ÁGORA era a controladora integral da corretora ÁGORA CTVM.

Por ocasião da transação, reconheceu-se contabilmente um ágio na aquisição de investimentos no valor de R\$ 261.028.958,46.

D - Investimentos	R\$ 234.718.013,13
D - Ágio	R\$ 261.028.958,46
C - Conta Corrente	R\$ 495.746.971,69

No ano subsequente, mais precisamente em 11 de dezembro de 2009, houve a segunda alteração contratual da ABAETÊ, oportunidade em que seus sócios cotistas deliberaram:

- a) o registro da cessão e transferência de capital da União Participações Ltda para o BRADESCO, à época, controladora da holding;
- b) a aprovação da incorporação da sociedade pelo BBI S/A. Neste contexto, o ágio contabilizado na ABAETÊ foi absorvido através de sua incorporação pelo BBI.

Finalizado este breve intróito, passa a pormenorizar as operações de aquisição que determinaram a apuração do sobrepreço negociado.

Exprime que as ações adquiridas pela ABAETÊ, originalmente, eram de propriedade de 36 acionistas do BBI, que as receberam em setembro do mesmo ano, como forma de pagamento da venda da totalidade das ações ÁGORA, até então controladora integral da ÁGORA CTVM.

(...)

No tocante aos principais ativos da ABAETÊ, a autoridade lançadora esclareceu que a destinação do patrimônio da holding após sua incorporação pelo BBI promoveu-se conforme segue: (i) 194.843.569 ações de emissão do BBI foram atribuídas ao BRADESCO, acionista controlador do BBI e da ABAETÊ; (2) o ágio na aquisição das ações, no montante de R\$ 261.028.958,46, bem assim a respectiva provisão de amortização, ficaram registrados na contabilidade do BBI.

Em suma, o efeito prático da incorporação relaciona da ABAETÊ pelo BBI consistiu-se no reconhecimento contábil do ágio no patrimônio da incorporadora e do crédito fiscal a ele relacionado.

Da Análise das Atividades desempenhadas pela ABAETÊ

Defronte a análise das informações cadastrais e econômico-financeiras da ABAETÊ desde a constituição até o encerramento das atividades em decorrência de sua incorporação pelo BBI, certificou que sua única atividade desempenhada foi a aquisição de ações de sua futura incorporadora, antes sob o domínio aos antigos sócios da ÁGORA, companhia adquirida pelo conglomerado mediante negociação concretizada com a oferta de ações de emissão da BBI.

Advertiu-se que holding teve uma existência de apenas 16 (meses) entre a data de sua instituição e a extinção.

Não auferiu receitas operacionais, exceto aquela derivada da única participação societária da entidade. Não dispunha de mínima estrutura empresarial circunstância que gerou questionamentos acerca de seus propósitos negociais efetivos sob a ótica do conglomerado.

A incorporação da ABAETÊ demonstrou que as ações do BBI que integravam seu patrimônio foram transferidas para o patrimônio do BRADESCO. Em contrapartida, o ágio contabilizado na ABAETÊ, resultante da aquisição das ações do BBI, foram transferidos para a emissora das ações.

A análise de tais aspectos, mostraram que o propósito da reestruturação societária visou a materializar a transferência do ágio no âmbito da própria BBI e viabilizar a amortização do sobrepreço na sua integralidade.

Asseverou-se, desta forma, que a criação e o funcionamento da ABAETÊ não pretendeu outro objetivo comercial, mas, apenas, introduzi-la como agente do enredo afeto à artificialidade da operação.

De acordo com a fiscalização a ABAETÊ fora utilizada unicamente no processo de re aquisição das ações da BBI, antes negociadas em transação que envolveu a compra da ÁGORA para o próprio BBI.

A reorganização societária gerou a apropriação de duas parcelas de ágio derivadas da mesma transação: (i) O primeiro originado da aquisição e incorporação da ÁGORA, via

emissão de ações do BBI; (ii) noutro momento, oriundo da incorporação da ABAETÊ que controlava o montante de ágio deriva da recompra das ações do BBI.

(...)

A aquisição das ações por meio da ABAETÊ permitiu o reconhecimento do ágio nos livros contábeis da empresa, todavia, não permitira por si só a dedutibilidade para fins tributários.

Segundo a fiscalização, a solução adotada conglomerado estabeleceu que a BBI incorporaria a ABAETÊ para viabilizar a dedutibilidade da despesa de ágio.

Concluiu-se que o Grupo Bradesco pretendeu, desde o início, a obtenção do incentivo fiscal disciplinado nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, e, para obter este intento, efetuou indevidamente a amortização do ágio apoiado nas aludida reorganização societária.

Esclarece que o incentivo fiscal permite que uma empresa "A" (incorporadora) ao incorporar a empresa "B" (incorporada) da qual detenha a propriedade de participação societária adquirida com ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, amortize o sobrepreço nos balanços levantados após a incorporação, à razão de 1/60 avos, no máximo, para cada mês do período de apuração. Admitiu-se ainda a incorporação da empresa "A" pela empresa "B".

No caso concreto a empresa "B" (incorporadora) é o BBI e a empresa "A" (incorporada) é a ABAETÊ.

O ágio, a princípio, não é amortizável na determinação do lucro real, ressalvado na hipótese de alienação ou liquidação do investimento (art. 426 do RIR/99). Nestas circunstâncias, o ágio deve ser computado na determinação do valor contábil para apuração do respectivo ganho ou perda de capital.

Afirma ser fácil perceber que a ABAETÊ exerceu papel de empresa veículo neste processo, atuando como uma sociedade que serviu tão somente para transito provisório da titularidade das participações societárias com posterior transferência do ágio ao BBI, possibilitando ao alcance dos propósitos do conglomerado.

Permanecendo registrado na ABAETÊ não obteria a eficácia da norma jurídica regulamentadora do incentivo fiscal. Para superar a barreira normativa, fez-se necessário que este ágio se transferisse para uma companhia geradora de lucros bastantes à amortização do ágio: a BBI.

Em suma, asseverou que a estrutura negocial montada inaugurou-se com a aquisição da ÁGORA mediante pagamento feito a emissão de ações do BBI, ao invés do pagamento com as disponibilidades financeiras do conglomerado em setembro de 2008.

O pagamento foi materializado em dinheiro após decorridos somente 48 dias, com a recompra das ações pelo grupo econômico, através de sua empresa ABAETÊ, assumindo-se um ágio no valor de R\$ 261.028.958,46.

O restante do pagamento em dinheiro ocorreu em dezembro de 2008, numa aquisição onde não houve o pagamento de preço superior ao valor contábil, inexistindo ágio na transação.

É cediço que o Grupo Bradesco teria contra si a vedação do reconhecimento fiscal do ágio oriundo da aquisição das ações do BBI, entretanto, formatou-se uma seqüência de transações empresariais para cumprimento formal da norma de contorno, qual seja a utilização da ABAETÊ como instrumento de efetivação das premissas de regulação.

Na visão da fiscalização, não há razão para aceitar a construção arquitetada pelo BBI, visto que pautada em operações estruturadas em seqüência, utilizando-se de uma empresa sem atividades operacionais, constituída com o único objetivo de permitir a amortização do ágio.

Assinala que as step transactions (operações realizadas em seqüência) mediante a utilização da empresa sem efetivo propósito negocial da ABAETÊ, teve como propósito singular a amortização do ágio pela BBI, proveniente da aquisição de suas próprias

ações; logo, segundo a autoridade lançadora, entende-se que este segundo ágio (R\$ 261.028.958,46) não preenche os requisitos normativos que autorizariam a dedutibilidade fiscal da despesa, porquanto fruto de manobra societária, diferentemente do primeiro ágio, originado da aquisição e incorporação da ÁGORA.

A autoridade tributária encerra suas arguições respaldando-se com precedentes das Delegacias de Julgamento e Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, bem assim com a discriminação da composição das autuações e da respectiva fundamentação normativa.

Ato contínuo, promoveu a lavratura do Termo de Ciência de Lançamento e Encerramento Total do Procedimento Fiscal em 08/06/2015, por meio do qual detalha os valores consolidados das respectivas autuações fiscais (fls. 442/441):

Processo	Documento	Tributo	Crédito Tributário
19515-720.434/2015-42	Auto de Infração	IRPJ	R\$ 28.375.152,92
19515-720.434/2015-42	Auto de Infração	CSLL	R\$ 17.025.091,75
Total do Crédito Tributário			R\$ 45.400.244,67

Realizada a ciência pessoal da autuação e de seus termos, por intermédio de seus representantes legais, em 09/06/2015, os advogados regularmente constituídos apresentaram impugnação em nome da pessoa jurídica em 10/07/2015 (fls. 453/532), através da qual submete suas alegações de fato e de direito em contraposição às autuações.

(...)

Reclama que a escorreita avaliação não se perfaz por uma investigação isolada dos eventos (análise de “fotografias”), mas sim baseado no conjunto de transações empresariais concretizadas (análise do “filme”) inseridas dentro de um contexto micro e macroeconômico.

Neste sentido, traz uma digressão das circunstâncias que induziram a expansão dos negócios dentro do conglomerado, particularmente no segmento de Banco de Investimentos e Corretagem de Valores Mobiliários.

Sob este enfoque, elenca de forma cronológica as causas da instauração de negociação da aquisição da ÁGORA e de sua corretora (ÁGORA CVTM) e as fases que se sucederam até o fechamento da operação entre com o BRADESCO, incluindo-se a intermediação de transações na ABAETÊ e no BBI.

Assegura que a composição das despesas de ágio provêm do somatório das transações a saber: (i) a incorporação das ações da ÁGORA pelo preço R\$ 907.873.718,82 com a entrega de 362.625.150 ações do BBI (impugnante). Na oportunidade, houve a apuração de um ágio no valor R\$ 694.661.179,78 (17/09/2008); (ii) a aquisição, via ABAETÊ, mediante pagamento em espécie de R\$ 495.746.971,69 e ações emitidas pelo BBI – 194.848.569 ações – ativo mobiliários que tiveram sua titularidade transferida aos ex-acionistas da ÁGORA. Apurou-se um ágio no valor de R\$ 261.028.958,46 em face do exercício de opção de compra em contrato celebrado com o BRADESCO.

(...)

Segundo a defesa, não há que se falar em ágio em si mesmo.

Transcorrido mais de um ano de gestão do investimento no âmbito da ABAETÊ, a administração do Grupo Bradesco deliberou pela condução de providências necessárias para a implementação da reorganização societária, eliminando a participação indireta no capital da BBI pelo BRADESCO, simplificando-se a estrutura organizacional para racionalização custos e despesas oriundos da manutenção do ABAETÊ.

Embora compreenda que o BRADESCO poderia optar pela realização da aquisição direta do investimento, fato é que esta decisão conduziria para obstáculos corporativos. Diante da estrutura societária da controladora do Grupo Econômico, a aquisição das ações da BBI dos ex-mandatários da ÁGORA dependeria de uma série de aprovação de

deliberações aprovações internas de acionistas e de órgãos reguladores, circunstância que repercutiria no compromisso derivado do exercício de opção de venda, inviabilizando sua resolução na forma pactuada em contrato.

(...)

Segundo a defesa, o inesperado exercício de opção de venda das ações da BBI pelos antigos acionistas da ÁGORA desencadeou várias providências corporativas, entre as quais a intermediação do negócio com a participação da ABAETÊ.

Noutra via, discorda da assertiva firmada pela autoridade lançadora que conferiu interpretação no sentido de que a operação de aquisição das ações da BBI (impugnante) datada de 23 dezembro de 2008 promoveu-se por intermédio do BRADESCO devido à ausência de ágio.

Sob este prisma, assevera que o Instrumento Particular de Compromisso de Incorporação de Ações (Doc. 10) o preço de aquisição da ÁGORA foi estabelecido em três parcelas. A “Parcela C” do preço estava referenciada no valor de mercado de 6.271.398 ações da Bovespa e das 9.605.466 ações da BM&F que a ÁGORA CTVM possuía em março de 2008.

A aquisição das ações da ÁGORA promoveu-se com a entrega de ações da BBI atrelado ao contrato de opções celebrado com o BRADESCO. Aliás, declara que o conglomerado não tinha a pretensão de adquirir as ações de titularidade da ÁGORA CTVM, no entanto, encontravam-se com sua negociação vedada em face da vigência de período de bloqueio (lockup) que alcançava as ações da Bovespa e da BM&F.

Decidiu-se que os antigos acionistas da ÁGORA receberiam do impugnante os valores correspondentes ao valor de mercado das ações da Bovespa e da BM&F e, após o término do período de lockup, poderiam exercer uma opção de venda das ações, cujo preço de exercício a ser pago corresponderia ao valor de liquidação de venda das aludidas ações no valor de mercado, nos termos da cláusula do “Contrato de Opções de Compra e de Venda de Ações Lockup).

Assevera que o BRADESCO estava ciente e preparado para o exercício da opção de venda deste lote de ações do impugnante, razão pela qual pode adquiri-las diretamente, sem necessidade de passagem pela ABAETÊ.

Encerrando este tópico da defesa, assevera que a intermediação da holding e seu caráter de empresa veículo não se qualifica como motivação que implique na invalidade da amortização fiscal do ágio, visto que teria atendido as premissas necessárias para legitimação da transação em sua integralidade. Respalda a tese mediante precedentes do CARF.

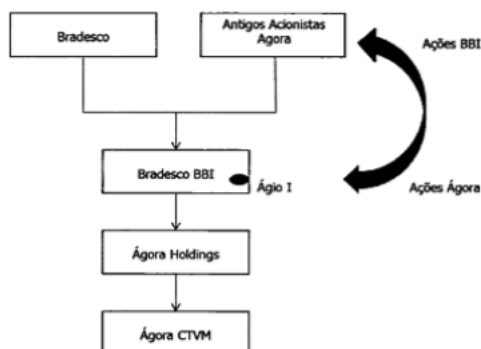
(...)

Sob outro aspecto, diverge frontalmente da assertiva da autoridade lançadora, segundo a qual se acusou pela artificialidade das operações societárias que implicariam na inexistência de direito de exercício da amortização fiscal do ágio apurado na ABAETÊ.

Neste sentido, repisa que houve duas operações com coisa, preço e consentimentos distintos:

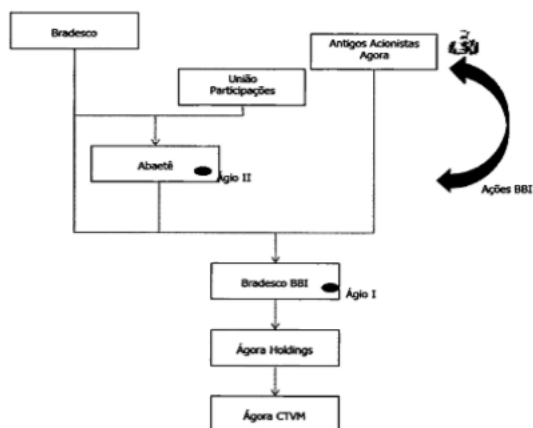
1) Incorporação das ações da ÁGORA pela BBI (impugnante):

Incorporação das ações da Ágora pelo Impugnante

Cóisa: ações da Ágora**Preço:** ações do Impugnante totalizando o montante de R\$ 907.873.718,82**Consenso:** Antigos acionistas da Ágora concordam em receber ações do Impugnante em substituição às ações detidas na Ágora, de modo a integrarem os quadros societários do Impugnante (Ágio objeto do Processo Administrativo nº 16327.720.528/2012-06).

2) Aquisição de ações da BBI (impugnante) pela Abaetê:

Aquisição de ações do Impugnante pela Abaetê

Cóisa: ações do Impugnante**Preço:** R\$495.746.971,69 pagos em dinheiro**Consenso:** Antigos acionistas da Ágora decidem exercer sua opção de Venda celebram negócio jurídico com a Abaetê, de modo a deter apenas ações com cláusula de lock-up.

Pautado nestas assertivas, compreende que resta claro que houve duas operações de compra e venda distintas e que, por força de disposição normativa expressa, garantem ao impugnante o exercício do direito de amortização fiscal de ambos os ágios apurados com fundamento em rentabilidade futura (ÁGORA e ABAETÊ).

Salienta que a distinção dos ágios se revela com base no teor dos laudos de avaliação econômico-financeira associados às respectivas operações.

Diante disto, certifica que descabido a afirmativa de que o sobrepreço tem origem em uma única aquisição de sociedade (ÁGORA), bem assim que o ágio origina-se de suposta engenharia societária inoponível ao Fisco.

Além disto, protesta que o conglomerado não teve qualquer responsabilidade pelo fato das ações serem negociadas em um curto espaço de tempo após o evento de incorporação de ações, razão pela qual entende infundada a presunção de que houve um encadeamento das step transactions sem nenhum propósito negocial.

Nesse sentido, infere descabida a glosa dos valores amortizados.

Sob outra ótica, reclama a inadmissibilidade de adição à base imponible da CSLL de valores concernentes à despesas com a amortização de ágio ante ausência de fundamentação normativa que respalde a providência. Respalda sua tese com precedentes do CARF.

A impugnação do contribuinte foi julgada improcedente, o que levou a Recorrente a apresentar recurso voluntário, cujo provimento foi negado com base no referido Acórdão nº **1402-003.858**.

Intimada dessa decisão, o contribuinte opôs embargos de declaração (fls. 1.167/1.184), sustentando a existência de vícios de omissões, contradições e obscuridades no julgado.

Despacho de fls. 1.266/1.281 rejeitou os embargos.

Em seguida houve apresentação do recurso especial, por meio do qual alega-se divergência em relação às seguintes matérias: *a) Nulidade da Decisão Recorrida - Ausência de Devida Fundamentação; b) Da Impossibilidade de se Aplicar a Teoria do Propósito Negocial; c) Da Existência do Propósito Negocial em Decorrente de Motivação Econômica das Operações; d) Da Existência do Propósito Negocial em Face De Estra Alternativa Para Aproveitamento Fiscal do Ágio; e) Da Validade das Supostas “Empresas Veículos”; f) Inexistência de Previsão Legal para a Adição, à Base de Cálculo da CSLL, da Despesa com a Da Impossibilidade do Fisco Desconsiderar os Negócios Jurídicos Praticados pelo Contribuinte – Inaplicabilidade do Art. 116, § Único, do CTN; g) Da Inexistência de Previsão Legal a Adição, à Base de Cálculo da CSLL, da Despesa com a Amortização de Ágio Considerada Indedutível pela Fiscalização.*

O Apelo foi admitido parcialmente, nos seguintes termos (fls. 1.843/1.869):

(...)

III.2. DA IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A TEORIA DO PROPÓSITO NEGOCIAL

Foram indicados para este subtema 2 (dois) paradigmas não reformados: Ac. nº 1302-003.290 e Ac. nº 1302-002.045.

Paradigma 1 - Ac. nº 1302-003.290:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. LICITUDE.

O legislador tributário não desconsidera o fato de o contribuinte buscar uma maneira menos onerosa de conduzir seus negócios, seja por motivos tributários, societários, econômicos ou quaisquer outros, desde que o faça lícitamente. A reestruturação societária perpetrada pelo contribuinte, por si só, não desfigura a operação, notadamente quando a fiscalização não demonstra a ocorrência dolo, fraude ou simulação.

LANÇAMENTOS CONEXOS. CSLL.

Na ausência de especificidades, aos lançamentos formalizados a partir da mesma base fática aplica-se o mesmo julgado

Paradigma 2 – Ac. nº 1302-002.045:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA

O registro contábil do ágio não afeta o resultado tributável antes de sua amortização fiscal, e assim não integra a atividade de apuração do crédito tributário. Logo, somente se cogitará de revisão da atividade de lançamento a partir do momento em que esta for praticada, ou seja, a partir do momento em que a amortização do ágio afetar a determinação do crédito tributário. Não resta configurada a hipótese de decadência no presente caso.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. EMPRESA VEÍCULO.

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

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.

CSLL. DECORRÊNCIA.

O decidido quanto ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica aplica-se, mutatis mutandis, à tributação decorrente dos mesmos fatos e elementos de prova.

(...)

Com efeito, em síntese, **o acórdão recorrido** fixou entendimento de que seria indedutível a amortização do ágio, quando uma sociedade controlada (autuada), sem demonstrar haver propósito comercial na operação, tendo como único objetivo a obtenção de benefício fiscal (amortização do ágio), incorpora a sociedade controladora (“empresa veículo”), em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura da própria controlada.

Ou seja, por esse raciocínio lógico, o recorrido deixou claro que não admitiria a existência de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas (empresas veículos), sem que houvesse a identificação de um propósito comercial que não fosse a mera economia tributária.

De outra banda, nos paradigmas não se vislumbra qualquer irregularidade nessas operações societárias em que resta configurada a utilização lícita (sem fraude ou simulação) de interposição de pessoa jurídica (empresa veículo), independente de haver propósito comercial, nas operações de alienação de investimentos, para fins exclusivos de permitir a fruição do benefício fiscal da dedutibilidade da amortização do ágio pago pela incorporadora.

Por outras palavras, em operação assemelhada, de planejamento tributário envolvendo a transferência de ágio através de empresas veículos, verifica-se que os respectivos votos paradigmáticos se pautaram **pela completa desconsideração da apontada ausência de propósito comercial da empresa veículo** – fundado na falta de respaldo legal no nosso ordenamento jurídico desse conceito jurídico - e que ultrapassado isso **não haveria óbices à amortização do ágio pela empresa que recebeu o ágio transferido**, “tendo os atos sido procedidos em conformidade com a lei; não havendo fraude, dolo ou simulação na execução dos mesmos” (**paradigma 1**).

Seguem trechos relevantes do **primeiro paradigma**:

[...]

Como exposto, o princípio da estrita legalidade aplicado à Administração, compreende a ideia de subordinação da Administração Pública às leis, sendo que esta somente poderá fazer aquilo determinado em lei, e não aquilo que a lei expressamente proibir.

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

[...]Logo, em face do exposto, tendo os atos sido procedidos em conformidade com a lei; não havendo fraude, dolo ou simulação na execução dos mesmos, e não sendo dada a análise quanto à existência, ou não, de propósito negocial, considero PROCEDENTE o pedido de cancelamento integral dos autos de infração recorridos.

[...]

Seguem trechos do **segundo paradigma**:

[...] Como visto, a autuação baseia-se na necessidade de existência de propósito negocial para realização de operações societárias. Aqui, a controvérsia se desdobra na possibilidade das Autoridades Administrativas, quando da análise das operações de reestruturação societária que originaram o ágio e/ou de sua transferência – mais especificamente na criação de empresa veículo em conformidade com a lei – possam entrar na motivação do contribuinte para proceder de tal forma. Assim, as Autoridades verificariam se as mesmas estariam providas de algum propósito negocial, podendo, conforme o caso, desconstituí-las, requalificá-las, glosar possíveis amortizações de ágio, etc.

(...)

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

(...)

As ementas acima são contundentes ao afirmarem que a existência de propósito negocial seria apenas um “plus” para demonstrar a validade e lisura das operações societárias; não havendo fundamento para a referida exigência no âmbito da legalidade, nem cabendo à Administração realizar exigências diversas das previstas em lei. (Destques da Recorrente)

Por todo o exposto, OPINO por **ADMITIR** este tema em face da comprovação do dissídio jurisprudencial.

(...)

III.7 - INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO DA CSSL DAS DESPESAS COM A AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

Para esta matéria a Recorrente apresentou os seguintes paradigmas: Ac. nº 9101-002.310 e Ac. nº 1103-00.63011, que foram assim ementadas:

Paradigma 1 – Ac nº 9101-002.310:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSSL

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

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

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

Paradigma 2 - Ac. nº 1103-00.630:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica IRPJ

Exercício: 2001

Ementa: ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÕES ACIONÁRIAS. AMORTIZAÇÃO. VINCULAÇÃO A FUNDAMENTO ECONÔMICO ESPECÍFICO – RENTABILIDADE FUTURA.

A legislação (§ 3º do art. 20 do Decreto-lei nº. 1.598/77) exige do contribuinte, na hipótese de pagamento de ágio em vista de rentabilidade futura, esteja o fundamento econômico indicado em demonstração específica, arquivada na escrituração.

– as pessoas jurídicas podem, sem qualquer restrição, procederem ao pagamento e ágio na aquisição de participações acionárias (procedimento corrente, inclusive), estando autorizadas a procederem à amortização do ágio com base na expectativa de rentabilidade futura, não se exigindo a concretização desta.

A Recorrente procura demonstrar a divergência, alegando, em apertada síntese, que não haveria na legislação fiscal, conforme decidido pelo ac. combatido, qualquer previsão no sentido de que as despesas de ágio consideradas indedutíveis na apuração do lucro real também o serão na apuração da base de cálculo da CSLL, que segue regras próprias. (...)

Análise do primeiro paradigma: Ac. nº 9101-002.310

(...)

Portanto, como as situações fáticas diversas é que levaram a conclusões também diversas, **REJEITA-SE** este primeiro paradigma para efeito de comprovação da admissibilidade.

Análise do segundo paradigma: Ac. nº 1103-00.630

Diferente do anterior, trata-se de situações deveras assemelhadas, dado que versou sobre caso em que se discutia sobre o ágio **incentivado** e seu reflexo na CSLL.

Dessa forma, **enquanto o recorrido** em face da conclusão que a amortização do ágio seria indedutível da base de cálculo do IRPJ, tratou a sua repercussão na base da CSLL como uma matéria reflexa, na medida em que constatou a existência de previsão legal que determinaria a aplicação das mesmas regras de apuração do IRPJ para a CSLL. **De outra banda**, em sentido oposto, **o segundo paradigma** tratou a repercussão do ágio na CSLL como um tema completamente **autônomo**, aduzindo que não haveria previsão legal específica para indedutibilidade da CSLL deixando subentendido que isso independeria da sorte do lançamento do IRPJ quanto à dedutibilidade do ágio.

Pelo exposto, OPINO por **ADMITIR** esta matéria, mas **apenas** através do **segundo paradigma (Ac. nº 1103-00.630)**.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, OPINO por **DAR SEGUIMENTO PARCIAL** ao Recurso Especial do Sujeito Passivo (art. 68, §2º, do Anexo II do RICARF) para que sejam rediscutidas apenas às seguintes matérias (e temas correlacionados):

1) Amortização do ágio – através do tema:

- “**III.2. DA IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A TEORIA DO PROPÓSITO NEGOCIAL COMO FUNDAMENTO/MANUTENÇÃO DO LANÇAMENTO FISCAL**”;

2) III.7 - INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO DA CSLL DAS DESPESAS COM A AMO

e NÃO ADMITIR os demais temas:

(...)

Em relação às matérias não admitidas, o contribuinte apresentou Agravo (fls. 1.877/1.900), tendo sido este rejeitado (fls. 1.936/1.954).

Chamada a se manifestar, a PGFN ofereceu contrarrazões (fls. 1.964/1.982). Não questiona o conhecimento recursal, pugnando apenas pela manutenção do acórdão recorrido.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, Relator.

Conhecimento

O recurso especial é tempestivo e atendeu os demais requisitos de admissibilidade, não havendo, inclusive, questionamento pela parte recorrida quanto ao seu seguimento.

Não obstante, entendo, em sentido oposto ao do juízo prévio de admissibilidade, que, em relação à *matéria* denominada “DA IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A TEORIA DO PROPÓSITO NEGOCIAL”, o *primeiro paradigma* (Acórdão nº 1302-003.290) não é hábil a demonstrar o alegado dissídio.

Isso porque, da análise desse julgado, constata-se que naquele caso discutiu-se a legitimidade ou não de “planejamento tributário” consistente na segregação de atividades, tendo prevalecido o entendimento de que o contribuinte *demonstrou em sua defesa a legitimidade das operações societárias produzidas* (página 54 do Acórdão). Foi nesse contexto específico, distinto da estrutura aqui analisada, que aquele Colegiado se pronunciou no sentido de que, *restando demonstrado o propósito negocial, não há como a fiscalização afastar os efeitos desta* (página 55).

Trata-se, contudo, de precedente que não guarda similitude fático-jurídica com a decisão ora recorrida, prejudicando a caracterização do necessário dissídio.

Por outro lado, do *segundo paradigma* (Acórdão nº 1302-002.045) extrai-se que:

Relatório

(...)

Do Termo de Verificação Fiscal (em Documentos Diversos - Outros Doc.21) extraem-se os detalhes da autuação, que a seguir se reproduz, de forma resumida, mas com as palavras dos autuantes, *litteris*.

[...]

10. O objeto principal da presente autuação corresponde à glosa de deduções da amortização de ágio das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL dos anos-calendário 2009 a 2012 de RAIA, sociedade sucedida pela fiscalizada RAIA-DROGASIL.

11. A ilicitude da amortização decorreu da intercalação da sociedade-veículo GRAPPA entre os investidores PRAGMA e GAVEA e a investida RAIA. Apesar de PRAGMA e GAVEA manifestarem claramente a intenção de adquirir participações em RAIA, realizaram tal operação por intermédio de GRAPPA, sociedade que havia sido criada poucos dias antes da aquisição e que foi incorporada por RAIA, quando então RAIA passou a amortizar ilicitamente o ágio gerado em decorrência da sua própria aquisição.

12. Conforme demonstraremos a seguir, a intercalação de GRAPPA teve o propósito exclusivo de possibilitar a amortização do ágio na aquisição do investimento em RAIA por PRAGMA e GAVEA.

13. Em razão da ação intencional para evadir-se do pagamento dos tributos, a multa foi qualificada ao patamar de 150%.

14. Em razão da incorporação de RAIA por RAIA-DROGASIL ocorrido em 2012, a autuação foi promovida contra RAIA-DROGASIL na condição de responsável por

sucessão. A responsabilidade se estendeu também às multas pela razões expostas no item específico deste termo de verificação.

(...)

40. A GRAPPA foi uma empresa de duração efêmera, que se caracterizou como uma empresa-veículo, ou seja, aquela que se intercala entre o real adquirente (no caso, PRAGMA e GAVEA) e a adquirida (especificamente, RAIA) com o único propósito de conduzir, ilicitamente, o ágio.

(...)

Voto

(...)

Desta feita, não há contestação quanto à legitimidade do ágio formado nas operações societárias em análise. A essência da autuação, então, repousa na utilização da suposta empresa-veículo GRAPPA que, além de ter operado em um curto espaço de tempo, não possuía qualquer substrato societário, segundo a fiscalização, sendo seu único propósito o de conduzir ilicitamente o ágio. Vejamos trecho do Acórdão de Impugnação:

(...)

Desta forma, o Acórdão recorrido referendou o lançamento tributário procedido pela Autoridade Fiscal sustentando, como visto, que a constituição da empresa GRAPPA, tinha a única finalidade de servir de canal de passagem do ágio anteriormente apurado, pois, a evidência de sua efêmera duração, da inexistência de atividades operacionais, além de ser um caminho mais longo e oneroso para realização da operação societária, não haveria outro motivo, que não o tributário, a motivar a constituição da mesma.

Como visto, a autuação baseia-se na necessidade de existência de propósito negocial para realização de operações societárias. Aqui, a controvérsia se desdobra na possibilidade das Autoridades Administrativas, quando da análise das operações de reestruturação societária que originaram o ágio e/ou de sua transferência - mais especificamente na criação de empresa-veículo em conformidade com a lei - possam entrar na motivação do contribuinte para proceder de tal forma. Assim, as Autoridades verificariam se as mesmas estariam providas de algum propósito negocial, podendo, conforme o caso, desconstituí-las, requalificá-las, glosar possíveis amortizações de ágio, etc.

(...)

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

Neste sentido, colaciono as seguintes ementas providas de Acórdãos deste Conselho:

(...)

À vista do exposto, tendo os atos sido procedidos em conformidade com a lei; não havendo fraude, dolo ou simulação na execução dos mesmos, e não sendo dada a análise quanto à existência, ou não, de propósito negocial, considero indevida a glosa procedida, bem como a qualificação da multa de ofício.

Como se percebe, trata-se de decisão que possui semelhança fático-jurídica com a presente, afinal lá, ao contrário daqui, a glosa de amortização fiscal de ágio pago por empresa-veículo que acabou sendo extinta por incorporação reversa foi afastada.

Aplicando, então, o racional desse paradigma, o presente Julgador consegue criar a convicção de que a decisão recorrida seria reformada caso submetida a julgamento pelo Colegiado que julgou o caso comparado. Daí a divergência.

Quanto à matéria “INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO DA CSLL DAS DESPESAS COM A AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO”, não conheço do Apelo por ora me curvar ao que restou decidido por essa E. 1ª Turma no Acórdão nº **9101-006.374**¹, julgado este que recebeu a seguinte ementa:

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

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

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

Quanto ao paradigma 1103-00.630, embora ali também se tratasse de amortização fiscal do ágio na forma da Lei 9.532/1997, e seu voto condutor traga argumentos contrários à indedutibilidade das amortizações no âmbito da CSLL, naqueles autos foi dado provimento integral ao recurso voluntário, afirmando-se o não cabimento da glosa não só na base da CSLL, como também do IRPJ. Assim, o outro Colegiado do CARF decidiu a questão sob circunstâncias distintas daquelas que a Contribuinte quer ver prevalecer nestes autos, qual seja, que a exigência de CSLL seja cancelada ainda que afirmada a indedutibilidade no âmbito do IRPJ.

Feitas essas considerações, o recurso especial da contribuinte deve ser conhecido parcialmente.

Mérito

Por questões de objetividade e clareza, passaremos inicialmente a abordar de forma genérica a polêmica que gira em torno de despesas com ágio, para apenas em seguida enfrentar diretamente o direito ou não de sua dedução nesse caso concreto.

Muito embora a Lei nº 9.532/1997 tenha sido publicada há mais de 20 (vinte) anos, a interpretação dos requisitos legais para os contribuintes fazerem jus à dedução fiscal lá prevista constitui ainda matéria cercada de tremenda *insegurança jurídica*, não só pela instabilidade da jurisprudência administrativa, mas também pela sucessão de teses, rótulos e preconceitos em torno da natureza jurídica e tratamento fiscal do ágio.

De acordo com Marcos Lisboa e Vanessa Canado²:

Existem três mitos sobre o ágio. O primeiro está relacionado à intenção do governo ao permitir a dedução fiscal com a publicação da Lei 9.532 em 1997. Muitos textos,

¹ Sessão de 09 de novembro de 2022. 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).

² Artigo “Três mitos sobre o ágio em aquisições”, publicado no Valor Econômico de 2 de Julho de 2018.

debates e até decisões do Carf parecem supor que o ágio foi estabelecido para estimular as privatizações dos anos 90, afinal representaria uma vantagem adicional de 34% para o comprador.

Apesar da coincidência entre o período da publicação da lei e as privatizações, a exposição de motivos do Ministério da Fazenda faz referência a outra razão: regular a utilização do ágio tendo em vista os planejamentos tributários decorrentes da aquisição de empresas deficitárias. É provável que a referência seja às operações feitas com base no art. 34 do Decreto-Lei 1.598/77, que permitiam dedução integral e imediata, como perda de capital, da diferença entre o valor de aquisição e o acervo líquido da empresa incorporada. Pela exposição de motivos, o ágio nunca esteve restrito às privatizações e foi criado para mitigar um planejamento tributário considerado “não ortodoxo”.

O segundo mito é o de que o ágio é um benefício fiscal. Essa afirmação surpreende, já que ele foi criado para mitigar planejamentos tributários, além de desconsiderar que o ágio compõe o preço de venda, e deveria ser tributado pelo ganho de capital.

Independente disso, a aquisição de participações em empresas pode ser vista e regulada como qualquer outro investimento. Comprar uma participação societária não deveria ser mais ou menos oneroso do que comprar uma máquina ou outro ativo não-circulante. Os valores pagos pelas máquinas são deduzidos pelo seu prazo de vida útil, via depreciação, e aqueles pagos pelos intangíveis, pelo prazo de utilização do direito.

O ágio, entretanto, possui uma particularidade, pois não se relaciona a um ativo com prazo de vida útil definido. Seu fundamento é a expectativa de rentabilidade futura da investida, decorrente, por exemplo, de ganhos de sinergia. Nesse caso, qual o prazo para amortizá-lo? Existem dois caminhos: amortização por um prazo prefixado ou impossibilidade de amortização.

Antes de 2009, a regra contábil utilizava o primeiro caminho. A amortização do ágio era feita no prazo, extensão e proporção dos resultados projetados, observado o máximo de 10 anos. As regras tributárias também seguiram esse caminho a partir de 1997, com a Lei 9.532 permitindo a dedução em 5 anos.

A partir de 2009, com a adoção do IFRS, esse caminho foi abandonado pela contabilidade e o ágio (goodwill) não pode mais ser amortizado. A legislação tributária não alterou a opção pela dedução em 5 anos na reforma preparada especificamente para tratar das diferenças entre o novo padrão contábil (IFRS) e as normas tributárias (Lei 12.973/14).

O terceiro mito é o de que o ágio beneficia o comprador, em razão da dedução de parte do preço pago na apuração do lucro tributável. Juridicamente, essa é a premissa que justifica as autuações. Esqueceram de combinar com a economia.

Em um mercado competitivo, qualquer vantagem previsível que decorre da compra está embutida no preço de venda, como o ativo fiscal de 34% do ágio. O benefício, portanto, é apropriado pelo vendedor, e não pelo comprador. O comprador pagou o preço acordado e realiza o investimento pelo prazo legalmente definido. No caso das privatizações, o beneficiário, a propósito, era o próprio Estado.

Pode-se alterar a norma legal do ágio e impedir a sua dedutibilidade. A conta não será paga pelo comprador, mas pelo vendedor, com o menor preço de venda.

Não somos um país pobre à toa. A incerteza sobre a regra para o aproveitamento do ágio decorrente do vai-e-vem da jurisprudência e as interpretações equivocadas sobre os seus beneficiários ilustram o imenso esforço que fazemos para prejudicar o ambiente de negócios e a geração de renda.

Com efeito, podemos dizer que a “novela ágio” começou com o Decreto-Lei nº 1.598/1977, publicado com a finalidade de adequar a legislação tributária ao então novo regramento contábil previsto na Lei nº 6.404/1976, notadamente no que diz respeito ao

tratamento da diferença entre o custo de aquisição e o valor do investimento avaliado pelo método de equivalência patrimonial – MEP.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

b) 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)*

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

Da leitura desses dispositivos, verifica-se que desde 1977 o ágio gerado na aquisição de participações societárias já possuía efeitos fiscais quando da liquidação do

investimento por fusão, incorporação ou cisão, afinal o contribuinte estava sujeito ao comando legal que determinava a apuração de um ganho tributável ou uma perda de capital dedutível nessas operações.

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

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

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

Como bem observou João Francisco Bianco⁶:

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

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

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

Dúvidas existiam, na verdade, sobre a aplicação do tratamento fiscal na hipótese de incorporação da empresa investidora pela investida, até mesmo porque a legislação, além de não tratar da *incorporação reversa* de forma expressa, se valia da expressão *extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra*, o que poderia, ao menos em uma leitura mais apressada, dar margem para uma interpretação no sentido de que a dedução estaria restrita à incorporação direta, afinal é a investidora quem possui ações ou quotas da investida, e não vice-versa.

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

Quanto ao fundamento econômico do ágio (razão econômica), este até então não tinha influência no seu tratamento fiscal, uma vez que a norma fiscal até então vigente, conforme visto, não criava distinções em razão disso ou de qualquer outro motivo. O que a lei determinava, repita-se, era que a perda de capital passível de dedução deveria corresponder à diferença entre o **valor contábil** das ações ou quotas e o **valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado**.

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

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

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;

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

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

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

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

(...)

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

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

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

⁸ Artigo 20 - (...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Como pontua Valter Lobato¹⁰:

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

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

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

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

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

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

Ocorre que esse regramento contábil acabou sendo regulamentado pela legislação tributária apenas com o advento da MP 627/2013, convertida na Lei n. 12.973/2014, lei esta que alterou a regra fiscal prevista no artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77, mas que, por ser posterior aos fatos geradores ora analisados, não será objeto de nossa análise.

Pois bem.

De acordo com o voto vencedor do acórdão ora recorrido:

(...)

O entendimento da Fiscalização a respeito das operações societárias foi de ausência de propósito negocial na criação e funcionamento da Abaeté, que teve como único objetivo permitir a amortização de ágio pelo Banco Bradesco BBI S/A, conforme excertos do Termo de Verificação:

(...)

Verifica-se que o presente processo trata de exigência de crédito tributário fundamentado em fato idêntico ao processo administrativo fiscal nº 16327.720735/2016-86, que tratou das operações em que o Banco Bradesco BBI amortizou e deduziu fiscalmente ágio, no valor de R\$ 156.617.375,07, nos **anos-calendário de 2011, 2012 e 2013**, decorrentes da incorporação da Abaeté Holdings Ltda empresa que pertencia ao Banco Bradesco S/A, CNPJ 60.746.948/000112.

Ressalta-se que no Acórdão nº 1401-003.080 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, relator Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano, sessão de 22 de janeiro de 2019, proferido no processo nº 16327.720735/2016-86, prevaleceram as seguintes conclusões:

- A única função da empresa ABAETÊ, no conjunto de operações realizadas, foi permitir a amortização de ágio pela BBI S/A, sem que sua existência tenha qualquer função econômica que não essa.
- Uma empresa funcionará como veículo em certa operação se receber e repassar algo, em geral um ativo, sem que exista um propósito extratributário suficiente para explicar essa circulação, independentemente de ter duração efêmera ou não, de ser uma sociedade operacional ou não, de em regra cumprir suas obrigações ou não. Vale dizer: até mesmo uma empresa longeva, operacional e que costuma cumprir suas obrigações, pode ser usada como veículo em certa operação se receber e repassar recursos sem propósito extratributário. Sendo assim, para refutar a acusação de uso de empresa-veículo é inócuo comprovar que a referida empresa teve uma certa duração, era operacional e em regra cumpria suas obrigações, se, por outro lado, não ficar demonstrado que, em determinada operação, havia um propósito extratributário para ela receber e repassar recursos.
- No caso dos autos, essa empresa veículo ou de passagem (ABAETÊ), por sua vez, sustentando-se nos recursos que nela foram aportados pelo Banco Bradesco S/A (seu controlador), adquiriu participação societária na BBI S/A com pagamento de ágio e, posteriormente, foi incorporada por sua investida, a qual considerou, indevidamente, a dedutibilidade da contrapartida da amortização do ágio das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, em uma interpretação totalmente equivocada do art. 386 do RIR/99.
- O Banco Bradesco S/A, controlador da ABAETÊ, se houvesse feito a aquisição diretamente, não poderia ter-se beneficiado da amortização do ágio para fins tributários, a menos que fosse objeto de incorporação ou alienasse o ativo

gerador do ágio. Assim, e apenas para poder valer-se da norma de dedutibilidade do ágio na aquisição de investimentos (no caso, nas ações da BBI), prevista no art. 8º da Lei nº 9.532/97, o Banco Bradesco S/A utilizou-se de uma empresa controlada, constituída e utilizada exclusivamente para este fim, o que não se pode aceitar como situação que pudesse se encaixar no disposto no art.386 do RIR/99, pois foge totalmente da finalidade daquela norma.

- Não se trata, conforme aventado pela Recorrente, de eventual ingerência pela autoridade fiscal em sua atividade, trata-se, isto sim, de desconsiderar, apenas para fins fiscais, a operação de incorporação efetivada pela Recorrente junto a ABAETÊ.

- Ao contrário do que entende a Recorrente, a utilização de empresa intermediária (ou veículo), sem qualquer função empresarial real distinta do investimento com ágio, está, sim, vedada pelo dispositivo do art.386 do RIR/99.

- Não se encontra na legislação autorização para aproveitamento do ágio quando, ao final da operação, o verdadeiro adquirente (Banco Bradesco S/A) e o adquirido (Recorrente) remanescem existindo, sem que haja união do patrimônio dessas sociedades.

- Ainda que outras formas de reorganização societária permitissem amortização de ágio, o fato é que adotou a Recorrente a criação de empresa intermediária (veículo) exclusivamente para possibilitar a antecipação dos efeitos fiscais da dedutibilidade do ágio, sem outros propósitos empresariais ou negociais, e isto caracteriza descumprimento das condições previstas em lei para o reconhecimento e amortização do ágio.

- os atos concretos da Recorrente demonstram que a verdadeira adquirente do investimento foi o Banco Bradesco S/A, o qual criou ou utilizou-se de empresa já constituída do Grupo, a empresa intermediária/veículo ABAETÊ, ocasião em que aportou os recursos necessários para a aquisição do investimento, mediante aumento de capital. Essa empresa veículo, em seguida, adquiriu o investimento com ágio e depois foi incorporada pela empresa investida (Recorrente), que passa a amortizar o ágio.

- O Banco Bradesco S/A, embora tenha cedido os recursos, procura se desvencilhar de sua condição de real adquirente das ações da BBI então detidas pelos acionistas da Ágora e esquivou-se de, depois, incorporá-la (ou ser por ela incorporada), para, somente a partir daí, poder amortizar o ágio. Ao invés disso, utilizou empresa intermediária, criada exclusivamente para possibilitar a antecipação dos efeitos fiscais da dedutibilidade do ágio, sem outros propósitos empresariais ou negociais, o que caracteriza descumprimento das condições previstas em lei para o reconhecimento e amortização do ágio.

- Além de não restar superada a constatação fiscal de que o ônus da aquisição das ações da Recorrente então detidas pelos acionistas da Ágora foi suportado efetivamente pelo Banco Bradesco S/A, apontou a Fiscalização que não há como prosperar a possibilidade de dedutibilidade por uma pessoa jurídica, de ágio originado na aquisição, de quotas dela mesma, por uma empresa criada somente para tal operação de aquisição (empresa intermediária ou empresa veículo).

No presente caso, por se tratar de processo de exigência de crédito tributário fundamentado em fato idêntico ao processo administrativo 16327.720735/2016-86, adota-se e **aplica-se as mesmas razões de decidir** do Acórdão nº 1401-003.080 em relação à amortização de ágio do ano-calendário de 2010, **nos termos do art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/99**, passando a reproduzir o mérito do voto condutor do referido Acórdão:

(...)

Com base nas razões de decidir do Acórdão nº 1401-003.080 - 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, é inequívoco que é indedutível a amortização do ágio, quando uma sociedade controlada (Banco Bradesco BBI S/A), sem demonstrar haver propósito negocial na

operação, tendo como único objetivo a obtenção de benefício fiscal (amortização do ágio), incorpora a sociedade controladora ("empresa veículo"), em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura da própria controlada.

Como se percebe, e seguindo a linha da acusação fiscal, a glosa do ágio restou mantida por dois fundamentos centrais: **(i)** em razão da *artificialidade* da *empresa veículo* (ABAETE), que na verdade acabou sendo *desqualificada* em face da sua participação na estrutura de aquisição de participação societária ter sido tomada como *ineficaz* ante a inexistência de *propósito negocial*; e **(ii)** pela ausência de *confusão patrimonial* entre o *real adquirente*, considerado o Banco Bradesco S/A. e a empresa *investida* (BBI), “confusão patrimonial” esta aferida com base na análise do fluxo financeiro dos recursos empregados na aquisição do investimento em tela e tida como pressuposto legal para a amortização fiscal do ágio.

Da artificialidade da operação

Acerca da *desqualificação* da dita *empresa veículo*, venho me posicionando no sentido de que a eficácia ou ineficácia de atos ou negócios jurídicos praticados em conformidades com as formas permitidas pelo Direito, mas com a finalidade de gerar economia fiscal, deve sempre ser aferida com base em critérios previstos exclusivamente na lei, notadamente em torno da interpretação de uma *norma geral antielisiva*, quando existente, ou da ocorrência ou não de **simulação**, e não por motivos pessoais, ideologias, preconceitos, crenças ou importação de teorias alienígenas, sob pena de violação à livre iniciativa e estrita legalidade, princípios estes que, além de nortear a tributação, constituem valores fundamentais consagrados no ordenamento jurídico.

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

Tanto é assim que o artigo 149, VII, combinado com o art. 142, ambos do CTN e abaixo transcritos, permitem a revisão do lançamento com base na *requalificação jurídica dos fatos* em casos que envolvem simulação. Confira-se:

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

(...)

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

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Além, então, da *fraude*, onde o dolo e a falsidade integram seu próprio conceito, o fisco, no exercício de sua atividade vinculada de busca pela verdade material, tem poderes para se opor aos *efeitos* de atos ou negócios jurídicos simulados. É a substância, pois, que deve prevalecer sobre a forma, e não o inverso.

A redação atual do referido artigo 116 do CTN¹¹, aliás, tal como foi positivada após sua alteração pela LC 104/2001, a nosso ver **(i)** reforçou a *simulação* (mais precisamente o seu viés, a *dissimulação*) como hipótese que permite a requalificação jurídica dos fatos; e **(ii)** permitiu que lei ordinária crie novos critérios jurídicos para desconsiderar atos ou negócios jurídicos específicos, de modo a instituir *normas antielisivas* propriamente ditas.

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

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

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

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

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

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

(...)

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

Tem-se no artigo 110:

“A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou

¹¹ Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos: I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios; II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

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

pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

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

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

(...)

Não se pode perder de vista, ademais, que o Governo buscou “incorporar” a *teoria do propósito negocial* e do *abuso de forma* no Direito Tributário Brasileiro por intermédio do artigo 14 da Medida Provisória nº 66/2002¹², **mas este dispositivo foi rejeitado pelo Congresso Nacional quando da conversão da referida MP na Lei nº 10.637/2002, o que significa dizer que tais figuras definitivamente são estranhas ao nosso sistema jurídico tributário.**

Feitas essas considerações, forçoso concluir que apenas na hipótese de estruturas que envolvam ato ou negócio simulado é que estaremos diante de caso de planejamento inoponível ao fisco, que tem o poder-dever de, nestas situações, recapitular os fatos em prol da verdade material e atingimento da efetiva capacidade contributiva. Afastada, porém, a ocorrência de simulação (além da fraude), e não havendo violação de norma antielisiva própria, estaremos diante de hipótese de elisão fiscal, ou seja, de planejamento fiscal legítimo e assegurado ante os princípios da livre iniciativa e legalidade, devendo ser garantida a eficácia dos atos e negócios tal como formalizados e de fato implementados no mundo fenomênico.

Nos dizeres de Paulo Ayres Barreto¹³, *provadas a simulação ou a dissimulação, perdem relevo a ausência de propósito negocial e a alegação de abuso. Contudo, se não restarem comprovadas, as ações do contribuinte deverão ser plenamente respaldadas pelo ordenamento jurídico nacional.*

Nesse contexto, e considerando que não existe nenhuma lei *antielisiva* que proíba o uso de empresas *holding* tanto para adquirir ou deter investimentos com ágio quanto para serem extintas pelas investidas de modo a “antecipar” os seus efeitos fiscais, a questão ora em controvérsia passa a girar exclusivamente em torno da existência ou não de simulação por ocasião do uso de *holdings* (*empresas veículos*) para aproveitamento fiscal *imediato* ou *antecipado* de despesas de ágio.

¹² Art. 14 - São passíveis de desconconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

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

I - falta de propósito negocial; ou

II - abuso de forma.

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

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

¹³ Planejamento tributário: perspectivas teóricas e práticas. Revista de Direito Tributário n. 105. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 60.

Ocorre que, como evidenciou Sérgio André Rocha¹⁴:

..., cada um tem uma simulação “para chamar de sua”, que só fica clara diante de casos concretos. O que um autor chama de simulação, para outro é abuso de formas jurídicas, ou fraude à lei. Somente a situação concreta é capaz de revelar se os autores concordam ou divergem e em que concordam ou divergem.

Nesse sentido, não é à toa que Marco Aurélio Greco¹⁵ chegou a afirmar “*que hoje, em matéria de planejamento tributário, “simulação” é um conceito à procura de um significado*”.

A simulação pode comparar-se a um fantasma, a dissimulação a uma máscara. É este o ponto de partida adotado na clássica obra de Francisco Ferrara¹⁶, civilista italiano que muito influenciou e ainda influencia a doutrina brasileira. Adepto da teoria voluntarista, leciona que o negócio simulado implica a ocorrência de uma aparência diferente da realidade. Assim, a característica marcante do negócio simulado seria a divergência intencional entre a vontade e a declaração, visando iludir terceiros.

A crítica que se costuma fazer dessa teoria diz respeito à ausência da aludida divergência. Precisamente porque os simuladores declaram espontaneamente o que querem, não seria pertinente falar na existência de conflito entre a vontade e a declaração. É certo que não querem os efeitos, mas querem a forma do negócio; a aparência desse negócio é indispensável por razões que as levam a simular¹⁷.

Esse questionamento deu origem à teoria declarativista – que possuiu menor influência que a teoria voluntarista – e que, também conferindo o aspecto subjetivo à simulação, passa a sustentar que a vontade interna não possuiria significado enquanto não seja declarada, razão pela qual a simulação deveria ser vista como um conflito entre declarações. Desse modo, as partes emitiriam uma *declaração* dirigida ao público e uma *contradeclaração* para conhecimento restrito delas (um “contrato de gaveta”, por exemplo), de modo que o efeito do negócio seria neutralizado. O negócio simulado, então, não seria um negócio inexistente, mas sim uma espécie de negócio sem resultado jurídico.

O principal argumento oposto à teoria declarativista consiste no fato de que o negócio simulado não seria neutralizado por um ato posterior, já que desde sua origem corresponderia a um ato doloso e aparente. Nesses termos a *contradeclaração* não teria como revelar caráter modificativo, mas meramente declaratório, além do que a prerrogativa da nulidade advém do ordenamento jurídico, e não da autonomia da vontade¹⁸.

Passou-se a simulação, então, não mais ser vista exclusivamente com esse viés subjetivo, tendo sido *desenvolvida* a dita teoria objetivista (ou teoria causalista).

Francesco Carnelutti¹⁹ foi um dos que inaugurou a vertente teórica objetivista no campo de estudo da simulação, a qual para o autor é um incidente relacionado à *inadequação da causa* do ato praticado com seus com os seus respectivos *efeitos jurídicos*.

¹⁴ Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2019. P. 50.

¹⁵ Planejamento tributário. São Paulo: Dialética. 2011. P. 395.

¹⁶ A simulação dos negócios jurídicos. Trad. Dr. A. Bossa. São Paulo: Saraiva. 1939. P. 50

¹⁷ Cf. Custódio da Piedade Ubaldino Miranda. A simulação no direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1980, P. 37.

¹⁸ Cf. Fábio Piovesan Bozza. Planejamento tributário e autonomia privada. São Paulo: Quartier Latin. P. 158

¹⁹ Sistema del Diritto Processuale Civile, vol II. Pádua: CEDAM. 1938.

Sob essa perspectiva, todo ato ou negócio jurídico tem uma *causa jurídica* – ou “função típica”, que correspondente aos efeitos jurídicos que o Direito espera do negócio celebrado. A *causa*, pois, equivale às *conseqüências jurídicas* inerentes a cada tipo negocial.

Na visão de Orlando Gomes²⁰, *não é a causa antecedente, mas causa final, isto é, o fim que atua sobre a vontade para lhe determinar a atuação no sentido de celebrar certo contrato.*

E segundo Emílio Betti²¹, também expoente da tese objetivista, e que não raramente costuma ser citado pela doutrina brasileira, a simulação é o resultado de um conflito insanável entre o escopo típico e a sua causa. Verificado, assim, um desvio da função instrumental do contrato, caracterizada a simulação, objetivamente considerada.

Para Heleno Tavares Torres²²:

Causa é a finalidade, a função, o fim que as partes pretendem alcançar com o ato que põem em execução, sob a forma de contrato, para adquirir relevância jurídica. Por isso, a causa é elemento essencial do negócio, como fim de realizar uma operação apreciável economicamente, devendo ser sempre lícita e passível de tutela pelo direito positivo. E para cada contrato ou ato jurídico, somente uma causa. No contrato de venda e compra, a causa é o intuito de entregar um bem recebendo um preço correspondente. Caso seja um bem por outro, a causa já individualiza um outro contrato, o de permuta; e se não há intuito de obter o pagamento de preço, mas apenas atribui um bem a outrem, aumentando o patrimônio deste, a causa já impõe outra qualificação, o de um contrato de doação.

A propósito, o ex. Ministro Moreira Alves preleciona que a causa diz respeito à “função prática” do ato ou negócio jurídico, não podendo ser confundida com o motivo que leva à formação dos negócios jurídicos. Em suas palavras²³:

Para uma compreensão mais clara dos problemas que se apresentam, é preciso, preliminarmente, fazer uma distinção fundamental para o entendimento desses meios jurídicos quem diretamente visam à obtenção de um fim, mas que indiretamente permitem que as partes que deles se utilizam alcancem um fim diverso com efeitos mais ou menos amplos. Para isso é preciso desde logo fazer a distinção, que é fundamental, entre a causa do negócio jurídico e o motivo dele. A causa do negócio jurídico nada mais é do que a finalidade econômico-prática a que visa à lei quando cria um determinado negócio jurídico. Assim, por exemplo, na compra e venda, a causa do negócio jurídico é a troca da coisa pelo dinheiro (preço); no contrato de locação, é a troca do uso da coisa pelo dinheiro (aluguel). Essa causa, nada mais é, em última análise, do que uma causa objetiva que traduz o esquema que a lei adota para cada figura típica, como é a compra e venda, como é a locação. Já o motivo, não. O motivo é de ordem subjetiva das partes que se utilizam de determinado negócio jurídico. Por exemplo, uma pessoa pode utilizar-se do contrato de compra e venda para adquirir alguma coisa com – e é o motivo – a finalidade subjetiva de desfazer-se dessa coisa. Enfim, o motivo, as finalidades subjetivas, que não se confundem com aquela coisa objetiva e que diz respeito ao esquema do próprio negócio jurídico...

²⁰ Contratos. Rio de Janeiro: Forense. 1987. P. 57.

²¹ Teoria Geral do Negócio Jurídico. Campinas: Servanda. 2008. P. 562 e 578.

²² Direito tributário e direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. P. 141/142.

²³ ALVES, José Carlos Moreira. "As Figuras Correlatas da Elisão Fiscal". Revista Fórum de Direito Tributário n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 11. Idem na palestra inaugural do XVIII Simpósio Nacional de Direito Tributário do Centro de Extensão Universitária. "Pesquisas Tributárias - Nova Série - 10". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 13.

Há, ainda, manifestações doutrinárias que pretendem dar autonomia (tipicidade) ao próprio negócio simulado. É o caso da interessante obra de Luiz Carlos de Andrade Júnior²⁴. Após criticar a ideia tradicional de que a simulação consiste em um defeito no negócio jurídico, o autor busca demonstrar, no negócio simulado, uma manifestação de autonomia privada típica pela qual as partes conjugam esforços para, através do engano, perseguirem um determinado resultado, e que é nula porque a lei assim estipula²⁵.

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

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

§1º - Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

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

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

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

Ao comentar esse dispositivo, Tercio Sampaio Ferraz Jr assim se manifestou²⁶:

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

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

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

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

Tal, então, como positivado e integrado com os demais dispositivos legais²⁷, notadamente aqueles que impõem o dever do Estado de verificar a efetiva ocorrência do fato

²⁴ A simulação no Direito Civil. São Paulo: Malheiros. 2016. P. 19.

²⁵ Ao definir o conceito de simulação, leciona o referido autor que a “simulação é um programa de autonomia privada pelo qual as partes articulam ações e omissões com o objetivo de criar a ilusão negocial, assim entendido o erro coletivo, objetivamente aferível, relativo à interpretação e/ou à qualificação do negócio jurídico”.

²⁶ Simulação e negócio jurídico indireto no direito tributário à Luz do novo código civil. Revista Fórum de Direito Tributário, v. 48. Belo Horizonte: Fórum, P. 10.

²⁷ Nesse sentido são as expressões “fim econômico ou social”, constante do artigo 187, “função social do contrato”, reportada no artigo 421 e, ainda, no signo “substância” que se valeu o artigo 173, todos do Código Civil:

“Art. 173. O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo”.

gerador e identificar a correta matéria tributável, o instituto da simulação no Brasil, enquanto limitadora de planejamentos fiscais, incorporou as duas referidas teorias (*voluntarista* e *causalista*), permitindo que o fisco negue eficácia aos atos e negócios jurídicos simulados, podendo, portanto, requalificar juridicamente os fatos declarados desde que prove a existência de uma *mentira consciente* ou desde que demonstre haver uma *desconformidade* do ato/negócio praticado com sua respectiva *finalidade jurídica*.

Embora o artigo 167 acima transcrito não tenha veiculado uma definição expressa do que seja *simulação*, chama atenção que o Legislador, após fazer referência à nulidade do *negócio jurídico simulado* – o que a nosso ver, dentro de uma relação Fisco x contribuinte, deve ocorrer mediante a requalificação jurídica dos atos/negócios - enunciou três diferentes *categorias* de simulação no seu parágrafo primeiro. Valendo-se da exposição de Luiz Carlos de Andrade Júnior²⁸:

Suas notas características não são apresentadas sob a forma de uma proposição descritiva, mas mediante uma formulação exemplificativa de subtipos, a saber:

- (i) a *simulação subjetiva* (negócio subjetivamente simulado - §1º, I);
- (ii) a *simulação objetiva* (negócio objetivamente simulado - §1º, II); e
- (iii) a *simulação de data* (negócio simulado quanto à data - §1º, III).

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

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

As questões, portanto, que se colocam para aferir a dita *artificialidade* (ou *simulação*) da estrutura ora analisada, ainda que indevidamente arguida também com apoio na estranha figura do *propósito negocial*, são as seguintes: uma empresa holding, como é o caso da ABAETE, pode, **aos olhos jurídicos**, receber recursos de sua controladora (Banco Bradesco) para adquirir um investimento com ágio e, em seguida (no caso, 16 meses após), ser extinta por incorporação reversa? Uma *empresa veículo* constituída e extinta exclusivamente para permitir o aproveitamento fiscal do ágio possui *causa jurídica*?

As respostas a meu ver são positivas, o que impede a tentativa do fisco de requalificá-las.

Senão, vejamos.

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”.

²⁸ A simulação no Direito Civil. São Paulo: Malheiros. 2016. P. 112.

Tratam-se as rotuladas *empresas veículos de holdings*, ou seja, sociedades que têm por objeto social justamente a participação em outras empresas, **em plena conformidade com o comando previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/76**. Confirma-se:

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

[...]

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

Grifamos

Sobre esse tipo de sociedade, Modesto Carvalhosa²⁹ esclarece que “*tem assim a sociedade holding como característica diferencial e objetivo principal a participação relevante em uma atividade econômica de terceiros, em vez de exercício de atividade produtiva ou comercial*”.

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

E para aqueles que entendem que mesmo uma *holding com propósito específico* deveria possuir um mínimo de *substância*, que mínimo seria esse? Um funcionário ou mais de 10 (dez)? Uma contabilidade com ao menos 2 (dois) ou 10 (dez) registros ou um balanço auditado? Ao menos três meses de vida ou tem que superar 1 (um) ano? A dúvida sempre pairaria no ar, constituindo típico critério traria uma tremenda insegurança jurídica, além de restringir indevidamente a lei.

O que precisa ficar claro, pois, é que ao contrário de uma empresa industrial, comercial ou uma prestadora de serviços que, como regra geral, demandam um mínimo de “tempo de vida”, estrutura física e de pessoal para operarem, a prova da existência e objeto de uma *holding* se dá justamente com seu ato constitutivo, inscrição perante o fisco e declarações dos sócios. O Direito assim tutela.

Alinhado ao que leciona Charles William McNaughton³⁰:

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

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

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

²⁹ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, V. 4. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 15.

³⁰ IR e planejamento fiscal: a questão das empresas-veículo. In: Novo RIR. Coordenação: Jimir Doniak Jr. São Paulo: Quartier Latin. 2019. P. 97/98.

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

(...)

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

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

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

Segundo Edmar Oliveira Andrade Filho³¹:

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

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

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

Não há, no plano jurídico, nenhum *vício* ou *aparência* sobre a existência, causa e finalidade da *empresa veículo* ABAETE. E qual foi a sua finalidade? Foi a de instrumentalizar a aquisição do referido investimento com ágio, de modo também a reunir as condições necessárias para o seu aproveitamento fiscal após sua extinção mediante *incorporação reversa*.

O § 3º, do artigo 2º, da Lei nº 6.404/76, repita-se, reconhece expressamente a possibilidade de uma sociedade ser constituída para beneficiar-se de incentivos fiscais, o que não é bem o caso, mas que a meu ver tem o condão de legitimar o uso de uma *holding* nesse tipo de

³¹ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Planejamento Tributário. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 300/304.

operação, ao passo que o referido artigo 8º da Lei nº 9.532/97 autorizou que a investida incorpore a detentora do ágio sem prejuízo ao aproveitamento fiscal do sobrepreço³².

Trata-se a ABAETE, pois, de uma *holding* com fins específicos, cuja *existência* restou provada a partir de seus atos constitutivos e cuja finalidade jurídica restou observada quando do desempenho de seu objeto social, qual seja, a aquisição e detenção de participação em outra sociedade, pouco importando, para o que se espera desse tipo jurídico e societário, a sua curta duração e inexistência de funcionários, registros contábeis ou outras operações.

Afastada, contudo, a existência de *simulação* ou *artificialidade* na operação,

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

O Colegiado *a quo*, considerando que como os recursos utilizados para pagamento do preço do negócio haviam sido transferidos do Banco Bradesco - sociedade operacional controladora -, para a *holding*, o *real adquirente* seria ele, o Banco, e não a ABAETE (*empresa veículo*). Em razão, então, do fluxo financeiro, e sob a premissa de que a norma fiscal vigente (artigo 7º e 8º já transcritos) condicionaria a dedução fiscal do ágio à confusão patrimonial entre *real adquirente* e *investida*, também concluiu que não haveria que se falar em direito à amortização fiscal do ágio por este motivo.

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

Nesse sentido já se posicionou essa E. 1ª Turma da CSRF, conforme atesta a ementa do seguinte julgado:

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

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

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

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

A requalificação dos negócios jurídicos sem vícios ou patologias, exclusivamente sob acusação de “planejamento abusivo”, baseada em ausência “razões não tributárias” para a escolha de uma estrutura em lugar de outra que resultaria em maior tributação, não encontra respaldo quer na base legal indicada no auto de infração em questão, quer no próprio ordenamento jurídico tributário brasileiro atualmente em vigor.

(Acórdão nº **9101-006.287**. Sessão de 13 de setembro de 2022. Rel. Cons. Livia De Carli Germano)

³² Sobrepreço este, diga-se, devidamente pago em dinheiro em operações entre partes independentes.

Não obstante a deficiência da própria terminologia *real adquirente*³³, realmente essa tese não se sustenta em face do princípio da legalidade. Isso porque o referido artigo 7º autorizava a dedução do ágio fundado na rentabilidade futura pela “*pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio*” (cf. caput do artigo 7º da Lei 9.532/1997), o que significa dizer que o destinatário da norma de dedução do ágio é aquele que detém o investimento adquirido com ágio (ou a adquirida quando da incorporação reversa), linguagem esta (verbo *deter*) que revela justamente algo que pode ser passageiro, desvinculando-se cabalmente da *fonte dos recursos* empregados no negócio.

Se a intenção do Legislador fosse a de limitar a dedução ao *supridor* dos recursos utilizados na aquisição do investimento, deveria a lei assim restringir, o que não foi feito, inclusive de forma intencional ante a previsão expressa da possibilidade de incorporação reversa (cf. artigo 8º).

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

Adotar a interpretação de que o adquirente, no caso, seria o controlador em razão da *origem da origem* (e aqui a redundância é proposital), com a devida vênia, permitiria colocar o intérprete na indevida posição de Legislador, autorizando-lhe alterar a literalidade e conteúdo do texto legal, o que não se sustenta. Daí a improcedência da tese do *real adquirente* ou da *ausência de confusão patrimonial entre o efetivo investidor e a investida*, devendo o acórdão recorrido ser reformado de modo a afastar a glosa da dedução do ágio em testilha, em consonância com a recente decisão da 1ª Turma do STJ, proferida por unanimidade de votos no **Resp 2.026.473/SC**, do qual transcrevo a seguinte passagem do voto condutor do Min. Gurgel de Faria:

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

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

(...)

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

³³ Nesse sentido, convém ressaltar a observação feita por Rosanova Galhardo e Pedro A. do A. Abujamra Asseis: “(...) não se pode perder de vista que, para se falar em “real”, é necessário que haja o “irreal”, o “falso”, o “ilegítimo”. Ou seja, “real adquirente”, para fins jurídicos, é uma expressão que apresenta um campo de aplicação muito restrito, limitado ao âmbito da anormalidade, dos vícios dos negócios jurídicos e da nulidade civil. Acaba justamente sendo, por outras palavras, o caso de simulação precisamente qualificado pelo Código Civil, em seu art. 167, § 1º, I – negócios que “aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem”.

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

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

Como diria Carlos Maximiliano³⁴:

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

(...)

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

Conclusão

Pelo exposto, conheço parcialmente do recurso especial da contribuinte e, no mérito, dou-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli

³⁴ Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense. 20ª edição. P. 103 e 226.

Declaração de Voto

Conselheira Edeli Pereira Bessa

O Colegiado *a quo*, no Acórdão n.º 1402-003.858, por unanimidade de votos, rejeitou arguições de nulidade e decadência e, por voto de qualidade, negou *provimento ao recurso voluntário relativamente à glosa de amortização de ágio*. Ainda, por maioria de votos foi negado provimento ao recurso voluntário *relativamente à exigência de CSLL*, bem como *relativamente à aplicação da multa de ofício em face da decisão por voto de qualidade*. Houve oposição de embargos de declaração pela Contribuinte, rejeitados em exame de admissibilidade mediante transcrição dos trechos do acórdão embargado que abordavam as omissões, obscuridades e contradições apontadas.

Registre-se que o voto vencedor do acórdão recorrido adotou as razões de decidir expressas no Acórdão n.º 1401-003.080, exarado no lançamento da mesma matéria formalizado nos autos do processo administrativo n.º 16327.720735/2016-86, assim como o Termo de Verificação Fiscal aqui lavrado apresenta os mesmos argumentos lá deduzidos.

O recurso especial da Contribuinte também foi estruturado de forma semelhante à apresentada naqueles autos, mas somente foi dado seguimento na matéria III.2. *Da Impossibilidade de se aplicar a teoria do propósito negocial*, equivalente à matéria (2) “*impossibilidade de se aplicar a Teoria do Propósito Negocial como fundamento para manutenção do lançamento fiscal*” admitida no processo administrativo n.º 16327.720735/2016-86, e também com base nos dois paradigmas, n.º 1302-003.290 e 1302-002.045.

A matéria III.4. Existência de Propósito Negocial em face de Estrutura Alternativa para o aproveitamento fiscal do ágio, equivalente à matéria (4) “*existência de propósito negocial em face de estrutura alternativa para aproveitamento fiscal do ágio*”, admitida no processo administrativo n.º 16327.720735/2016-86, não teve seguimento nestes autos, seja porque ultrapassou o limite máximo permitido por paradigmas por matéria, seja porque partiu-se de premissa equivocada ou mesmo se tratar de matéria de prova (III.3), ou tratou-se de situação fática desassemelhada (III.4 – paradigmas 1 e 2), bem assim por se tratar de um obiter dictum (III.4 - paradigma 1).

Por fim, na matéria III.7. Inexistência de previsão legal para adição à base de cálculo da CSLL das despesas com amortização de ágio, correspondente à matéria (7) “*inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela Fiscalização*”, admitida no processo administrativo n.º 16327.720735/2016-86, o seguimento aqui se deu, apenas, com base no paradigma n.º 1103-00.630.

Assim, considerando que o recorrido se pautou nas razões do decidir do Acórdão n.º 1401-003.080 e o seguimento do recurso especial, nestes autos, se deu em termos mais estreitos que o admitido no processo administrativo n.º 16327.720735/2016-86, valem aqui os argumentos correspondentes apresentados por esta Conselheira naqueles autos:

A matéria (2) “impossibilidade de se aplicar a Teoria do Propósito Negocial como fundamento para manutenção do lançamento fiscal”, o seguimento se deu com base nos paradigmas nº 1302-003.290 e 1302-002.045 sob a compreensão de que:

Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que é indedutível a amortização do ágio, quando uma sociedade controlada (autuada), sem demonstrar haver propósito negocial na operação, tendo como único objetivo a obtenção de benefício fiscal (amortização do ágio), incorpora a sociedade controladora (“empresa veículo”), em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura da própria controlada, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos nºs 1302-003.290, de 2018, e 1302-002.045, de 2017) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que a alegação de “inexistência de propósito negocial” advém de construção jurisprudencial estrangeira, que não encontra validade no nosso Ordenamento Jurídico.

Tais paradigmas foram recentemente rejeitados por este Colegiado em outros litígios envolvendo glosas de amortização de ágio, mas em razão de circunstâncias específicas dos acórdãos recorridos.

No Acórdão nº 9101-006.484³⁵, este Colegiado, à unanimidade, negou conhecimento a recurso especial em face de exigência decorrente de glosa de amortização de ágio sem apresentação de laudo comprobatório do fundamento em rentabilidade futura. O relator, Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, pontuou que:

Neste aspecto, importa registrar que o acórdão recorrido não trata diretamente da aplicação de teoria do propósito negocial, fundamentando-se exclusivamente na suposta ausência de comprovação do fundamento econômico do ágio:

Verificou a autoridade fiscal que a estratégia adotada pelo BSB, para o controle do Banco Noroeste, caracterizou-se como planejamento tributário, com vistas apenas à obtenção de benefícios fiscais, pois bastaria a compra direta das ações do BN de propriedade das empresas holding para que o BSB assumisse seu controle societário, sendo totalmente dispensável a compra das ações das holdings e sua posterior incorporação, para a consecução desse objetivo.

(...)

De fato, se o objetivo do BSB era adquirir o controle do Banco Noroeste, bastaria a compra direta das ações do BN de propriedade das empresas holding, para que o BSB assumisse seu controle societário. No entanto, ao comprar as ações das holding com posterior incorporação destas, formalizou um ágio, que após a incorporação seria passível de amortização, desde que atendidos os requisitos legais.

Caso a compra das ações do Banco Noroeste tivesse sido realizada diretamente, como aduziu o autuante, não haveria a formação do ágio das empresas holding e posterior amortização.

Portanto, verifica-se correto a conclusão de que não foi comprovada a fundamentação econômica do ágio pretendido pelo BSB.

Em meu entender, trata-se de mero *obiter dictum*, haja visto que não há maior vagar em relação ao planejamento, servindo tão exclusivamente para reforçar a conclusão em relação à fundamentação econômica do ágio. Assim, não tendo sido tratada a questão do propósito negocial, não conheço do Recurso Especial em relação aos temas 7) “impossibilidade de se aplicar a Teoria do Propósito Negocial como fundamento/manutenção do lançamento fiscal”, (8) “existência de propósito negocial em decorrência da motivação fiscal”, (9) “**existência de propósito negocial em face de**

³⁵ 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).

estrutura alternativa para aproveitamento fiscal do ágio”, com fulcro no 2º. paradigma apresentado.

Aqui, trata-se da glosa de amortização de ágio registrado em uma das fases da aquisição de participação societária de *36 acionistas do Banco Bradesco BBI S/A*, na parte em que promovido pagamento por Abaetê Holdings Ltda que, na mesma data (04/11/2008) recebe transferência de Banco Bradesco S/A em aumento de capital. As ações negociadas haviam sido atribuídas aos ex-proprietários da Ágora Holdings Ltda, em incorporação de ações desta, que resultou no registro de ágio, pelo Banco Bradesco BBI S/A, de R\$ 694.661.179,78, reduzido por R\$ 203.113.220,06 correspondente ao *valor de mercado das ações da BM&F Bovespa*, restando R\$ 491.547.959,72 a ser amortizado. Em 23/12/2008 o Banco Bradesco S/A ainda adquire diretamente outro lote de ações do Banco Bradesco BBI S/A, sem apuração de ágio. Em 11/12/2009 Abaetê Holdings Ltda é incorporada por Banco Bradesco BBI S/A e nestes autos estão glosadas as amortizações deduzidas no ano-calendário 2010.

No que importa à divergência jurisprudencial sob análise, o voto vencedor do acórdão recorrido assim transcreve a acusação fiscal:

A Constatação da falta de propósito negocial da Abaetê, além de uma aquisição de ações com ágio, fica reforçada com o fato de que em 23 de dezembro de 2008, o Banco Bradesco S/A, adquiriu dos antigos acionistas da Ágora 89.973.611 ações de emissão do Bradesco BBI, pelo valor total de R\$114.029.038,05. O valor de aquisição unitário foi R\$1,2674. Nesse caso, não houve ágio apurado pelas aquisições das ações pelo Banco Bradesco, pois o valor unitário de aquisição é bastante próximo do valor patrimonial da ação em 31/10/2008, que era R\$1,2046. Com a ausência de ágio a aquisição foi feita diretamente pelo Banco Bradesco e não através da Abaetê.

Com essa “engenharia societária” o Banco Bradesco BBI está amortizando dois ágios que tem como origem uma única aquisição de sociedade independente do Grupo Bradesco, a Ágora Holdings:

Primeiro ágio, no valor de R\$ 491.547.959,72, referente à aquisição e incorporação da Ágora, com emissão de ações do próprio Bradesco BBI;

Segundo ágio, no valor de R\$ 261.028.958,46, referente à incorporação da Abaetê que adquiriu ações do próprio Bradesco BBI de propriedade dos antigos acionistas da Ágora, recebidas como pagamento pela venda da sociedade.

O Banco Bradesco S/A poderia incorporar a Abaetê ou nem mesmo criar a empresa. Qual a razão do Banco Bradesco fazer um aporte de capital na Abaetê Holdings em 4 de novembro de 2008 e essa empresa com os recursos aportados no mesmo dia adquirir ações do Bradesco BBI? O Banco Bradesco poderia ele mesmo ter adquirido diretamente ações do Bradesco BBI, como assim o fez em 23 de dezembro de 2008.

A aquisição das ações por meio da Abaetê Holdings permitiu o reconhecimento do ágio nos livros contábeis da empresa. O simples pagamento de ágio não acarreta sua dedutibilidade para fins fiscais. Para que o ágio fosse dedutível para fins tributários seria necessária uma incorporação de sociedade. A solução foi o Bradesco BBI incorporar a Abaetê e o ágio ser registrado na sua contabilidade, conforme exposto no item 5. O Bradesco BBI está vivenciando uma curiosa situação de dedutibilidade de ágio de si mesmo.

No Termo de Verificação Fiscal está expresso que as glosas se referem apenas ao segundo ágio acima referido:

A despesa de amortização de ágio lançada pelo Banco Bradesco BBI em 31/12/2010, no valor de R\$52.205.791,69 correspondente a amortização, no período de janeiro de 2010 a dezembro de 2010, do valor total do ágio apurado de R\$261.028.958,56, afetou a apuração do Lucro Real no cômputo da Linha 22, da Ficha 05B, da DIPJ do ano-calendário 2010 – Encargos de Depreciação e Amortização,

Do voto condutor do acórdão recorrido vale a transcrição dos seguintes excertos:

Reitero: os atos concretos da Recorrente demonstram que a verdadeira adquirente do investimento foi o Banco Bradesco S/A, o qual criou ou utilizou-se de empresa já constituída do Grupo, a **empresa intermediária/veículo ABAETÊ**, ocasião em que aportou os recursos necessários para a aquisição do investimento, mediante aumento de capital. Essa empresa veículo, em seguida, adquiriu o investimento com ágio e depois foi incorporada pela empresa investida (Recorrente), que passa a amortizar o ágio.

Dessa forma, o investimento manteve-se na real adquirente (Banco Bradesco S/A, controlador da BBI), que permaneceu com sua participação na BBI detendo seu integral controle.

O procedimento realizado não extingue, na **real adquirente**, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que, ao final das operações realizadas, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da **investidora original**, diversamente do que se extrai da lei.

Por sua vez, o Banco Bradesco S/A, embora tenha cedido os recursos, procura se desvincular de sua condição de real adquirente das ações da BBI então detidas pelos acionistas da Ágora e esquivou-se de, depois, incorporá-la (ou ser por ela incorporada), para, somente a partir daí, poder amortizar o ágio. Ao invés disso, utilizou empresa intermediária, criada exclusivamente para possibilitar a antecipação dos efeitos fiscais da dedutibilidade do ágio, sem outros propósitos empresariais ou negociais, o que caracteriza descumprimento das condições previstas em lei para o reconhecimento e amortização do ágio.

Nesse contexto é que, além de não restar superada a constatação fiscal de que o ônus da aquisição das ações da Recorrente então detidas pelos acionistas da Ágora foi suportado efetivamente pelo Banco Bradesco S/A, apontou a Fiscalização que não há como prosperar a possibilidade de dedutibilidade por uma pessoa jurídica, de ágio originado na aquisição, de quotas dela mesma, por uma empresa criada somente para tal operação de aquisição (empresa intermediária ou empresa veículo).

[...]

Quando o Relator constata que os ex-acionistas manifestaram seu desejo de alienar as ações da BBI, seja porque motivo for, e a Recorrente alegou que isto seria uma motivação a mais para a utilização da ABAETE (agilidade na alienação), o fato é que o Relator está sinalizando, de maneira correta, que o Contrato celebrado entre as partes, prevê que a opção de venda das referidas ações do BBI poderia ser exercido a qualquer tempo pelos ex-acionistas da Ágora, o que, evidentemente, não ampara e nem dá o respaldo legal (propósito negocial) à operação societária em questão.

[...]

Ainda, não nos olvidemos que houve desconsideração por parte da fiscalização, por esta entender tratar-se de um planejamento tributário inoponível ao Fisco. Ora, se as despesas com amortização do ágio não podem ser deduzidas do lucro real pelo fato do Fisco entender ter havido a utilização da denominada “**empresa veículo**”, sem propósito negocial, com o fim de se obter economia tributária por meio de utilização indevida do benefício fiscal previsto no art.386 do RIR/99. Há um vício nas operações que levaram à dedutibilidade, o que não pode ser admitido nem para o IRPJ e nem para a CSLL, por decorrência lógica. Desta maneira, reputam-se perfeitos os lançamentos efetuados no que diz respeito a esta questão. (*destaques do original*)

Diante de tais circunstâncias, além da dessemelhança com o primeiro precedente citado, conclui-se que também não se verifica, no recorrido, a dessemelhança apontada em declaração de voto apresentada por esta Conselheira no segundo precedente que analisou

arguição semelhante à sob exame, Acórdão nº 9101-006.164³⁶, e resultou na rejeição dos mesmos paradigmas aqui admitidos, nº 1302-003.290 e 1302-002.045:

Quanto à primeira matéria do recurso especial da Contribuinte, esta Conselheira entende que a mencionada “falta de confusão patrimonial entre real investidor e investida” não subsistiria como fundamento autônomo para sustentar a decisão do Colegiado *a quo* caso admitida e solucionada, em favor da Contribuinte, a divergência acerca da “existência de uma empresa veículo sem propósito negocial com único intuito de economia tributária oriundo do aproveitamento do ágio”, vez que, assim, esta empresa veículo seria admitida como investidora e a confusão patrimonial se verificaria em face de sua incorporação pela investida.

Contudo, os paradigmas indicados não se prestam a caracterizar o dissídio jurisprudencial neste segundo ponto, porque editados em contextos fáticos distintos. Vale, neste sentido, observar inicialmente as referências contidas no voto condutor do recorrido acerca da estruturação das operações questionadas nestes autos:

49. A sociedade-veículo BAH foi criada, segundo alegou a Autuada, a fim de facilitar a aquisição da Quinsa; posteriormente a BAH foi incorporada pela Autuada, que passou a amortizar o ágio do investimento Quinsa, que passou então a ser detido pela Autuada.

50. A estrutura final resultante das operações societárias descritas foi que a Ambev se tornou a controladora da sociedade anônima fechada Quinsa. Não havia interesse por parte da Ambev em incorporar e extinguir a Quinsa.

51. Também, cabe observar que a aventada alternativa, citada no recurso voluntário de adquirir e incorporar a BAC (holding situada nas Ilhas Virgens, detentora dos 34% da Quinsa, que eram do interesse da Recorrente), resultaria no risco que a Recorrente apontou de que numa sociedade constituída há longo período há o risco de deter outros investimentos que não aqueles interessantes aos Compradores, bem como passivos desconhecidos, sendo necessária “due diligence” para apurar eventuais riscos e contingências, o que elevaria os custos e riscos da operação e impactaria no prazo, o que não ocorreria na opção de aquisição apenas das ações da Quinsa, diretamente da BAC.

No paradigma nº 1302-003.290 o debate não se limitou à possibilidade de se discutir, ou não, o propósito negocial da interposição da “empresa-veículo”, vez existir justificativa econômica específica para a segregação anterior de atividades em favor da “empresa veículo” que, posteriormente, foi incorporada para fins de amortização fiscal do ágio:

Dentre os pontos levantados pela defesa, entende-se importante destacar alguns, aptos a corroborar as operações perpetradas.

Inicialmente, cumpre citar a proposta de venda do grupo econômico em questão à empresa DIXIE/BEMIS. Alterações estruturais de empresas são comuns em momentos que precedem esse tipo de operação, em especial no tocante à divisão entre as atividades de administração e as de fabricação, como ocorreu no caso em comento, entre a VIDEPLAST EMBALAGENS e VIDEPLAST PLÁSTICOS.

Tal ponto, aliado à perspectiva de abertura de novas filiais, aumentar o número de empregados e aumento no investimento de imobilizados, demonstram que a motivação não foi unicamente tributária.

Esse argumento também vale para a posterior incorporação da VIDEPLAST PLÁSTICOS pela controladora, VIDEPLAST EMBALAGENS. Não há nos autos qualquer prova que demonstre que tal incorporação tinha como objetivo

³⁶ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Carlos Henrique de Oliveira (Presidente), e neste ponto votaram pelas conclusões do voto da relatora, conselheira Livia De Carli Germano, os conselheiros Edeli Pereir Bessa e Luis Henrique Marotti Toselli.

burlar o fisco. Em contrário, há demonstrações de que o grupo econômico legitimamente entendeu não haver mais razão para a divisão das empresas, e pelo tanto, procedeu a unificação destas.

[...]

Logo, em face do exposto, tendo os atos sido procedidos em conformidade com a lei; não havendo fraude, dolo ou simulação na execução dos mesmos, e não sendo dada a análise quanto à existência, ou não, de propósito negocial, considero PROCEDENTE o pedido de cancelamento integral dos autos de infração recorridos.

Já o segundo paradigma, nº 1302-002.045, apresentou a circunstância especial de duas serem as adquirentes, e a “empresa-veículo” ser constituída previamente à contratação da aquisição, e ali figurar como adquirente, aspectos que, na análise e negativa de conhecimento do recurso especial interposto pela PGFN para reverter a qualificação da penalidade lá afastada, foram ressaltados para afirmar a distinção daquele caso com os paradigmas indicados, nos termos do voto vencedor desta Conselheira no Acórdão nº 9101-006.037³⁷:

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

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

23. O desenvolver desses fatos nos conduzem claramente a uma só conclusão: GAVEA e PRAGMA, interessadas em adquirir participação societária em RAIA, arquitetaram previamente intercalar uma sociedade (GRAPPA) com o único propósito de promover a sua incorporação e, assim, aproveitar a amortização do ágio na operação para, ilicitamente, reduzir a tributação do IRPJ e da CSLL de RAIA.

24. Nos três documentos que serviram para formalizar a aquisição (o Contrato de Investimento, Doc 02, fls. 70 a 122; o Contrato de Opção de Compra e Venda de Ações” Doc 02, fls. 123 a 145; e o Acordo de Acionistas, Doc 02, fl. 147 a 218), GAVEA e PRAGMA manifestam o seu interesse original de investir em RAIA, e assumiram para si direitos e obrigações equivalentes àqueles assumidos por GRAPPA.

³⁷ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca (suplente convocado) e Andrea Duek Simantob (Presidente), e divergiu na matéria a Conselheira Andrea Duek Simantob.

25. Ademais, GRAPPA foi constituída poucos dias antes da celebração dos atos anteriormente descritos (conforme ficha cadastral completa da Junta Comercial do Estado de São Paulo, Doc 15, GRAPPA foi formalmente constituída apenas em 01/10/2008, com início das atividades em 22/09/2008) e veio a ser incorporada por RAIA um ano depois.

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

A circunstância de a aquisição ter sido promovida pela pessoa jurídica interposta tem sido determinante para a caracterização de dissídios jurisprudenciais nesta temática. No Acórdão nº 9101-005.790, o Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli foi acompanhado pela maioria deste Colegiado³⁸ para negar a caracterização da divergência em face do paradigma nº 9101-002.188, em razão daquela ocorrência específica estar presente no recorrido, mas não no paradigma:

[...]

No Acórdão nº 9101-005.869 este Colegiado, à unanimidade³⁹, acompanhou o entendimento assim manifestado pela Conselheira Livia De Carli Germano:

[...]

Esta Conselheira acompanhou tais entendimentos, e apenas se manifestou de forma diferenciada no voto vencido abaixo transcrito, proferido no Acórdão nº 9101-005.907⁴⁰, dado o caso ali sob análise, apesar de apresentar o mesmo diferencial aqui referido, contar com a excepcionalidade de a decisão de 1ª instância reformada no acórdão lá recorrido ter se fundamentado, justamente, nas razões de decidir do paradigma nº 9101-002.188:

[...]

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

[...]

Também aqui, pelas mesmas razões, deve ser rejeitado o paradigma nº 9101-002.188: a operação lá analisada teve em conta investimento adquirido com ágio por investidora que depois aportou esta participação societária em pessoa jurídica interposta, sendo esta, na sequência, extinta por incorporação da investida. No

³⁸ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob (Presidente em exercício), e divergiram na matéria os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob.

³⁹ Participaram do julgamento os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia deCarli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, LuizTadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella,Andrea Duek Simantob (Presidente), e votaram pelas conclusões os Conselheiros Edeli Pereira Bessa e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

⁴⁰ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Augusto de Souza Gonçalves (suplente convocado), Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício). Ausente a Conselheira Andréa Duek Simantob. Acompanharam o voto vencido os Conselheiros Luiz Augusto Souza Gonçalves e Caio Cesar Nader Quintella.

presente caso, as evidências são de que GRAPPA promoveu a aquisição da autuada e foi constituída antes da celebração dos atos de aquisição, ainda que neles tenha figurado com assunção de responsabilidade, também, por GAVEA e PRAGMA.

Quanto ao segundo paradigma, nº 9101-002.428, constata-se o mesmo diferencial, vez que a participação societária de Editora Ática S/A foi adquirida por três pessoas jurídicas (Editora Abril S/A, Havas S/A e Serra das Araras Participações Ltda), seguindo-se o posterior aporte das ações adquiridas por Editora Abril S/A e Havas S/A em Serra das Araras Participações Ltda, que assim foi cindida para que as quotas de capital de Editora Ática S/A fossem incorporadas ao seu patrimônio, com subsequente aproveitamento do ágio pago. No relatório desse julgado consta, ainda, que *também participou das operações a JVHA PARTICIPAÇÕES S/A, controladora da última adquirente citada*, e mais à frente está indicado que Editoria Abril S/A e Havas S/A já eram integrantes do quadro social da Editora Ática S/A antes da formação do ágio amortizado.

Este relato, em princípio, permite cogitar que Serra das Araras Participações Ltda poderia ter atuado de forma semelhante à pessoa jurídica interposta nestes autos, também adquirindo, ao menos em parte, o investimento que motivou o ágio amortizado. Contudo, o voto condutor do paradigma expõe premissas fáticas de decisão que deixam foram de dúvida que *a totalidade* do ágio, cujas amortizações eram ali debatidas, *foi originalmente registrado na contabilidade* de Editora Abril S/A e Havas S/A, e somente depois aportado em Serra das Araras Participações Ltda, que assim não *desembolsou o valor que deu origem ao ágio contábil*. Veja-se:

[...]

Do exposto conclui-se que, também aqui, a constatação de que a pessoa jurídica interposta nada desembolsou para deter, em seu patrimônio, o investimento e o ágio correspondente, decorre do fato de este ativo ser nela aportado, em aumento de capital, depois da aquisição e já contemplando o ágio antes pago. Assim, o mesmo óbice verificado à admissibilidade do primeiro paradigma está presente, também, no segundo.

Os acórdãos comparados, assim, se distinguem em ponto determinante para a decisão acerca de a confusão patrimonial exigida pela lei ter se dado entre a investida e os reais adquirentes. Em tais circunstâncias, o dissídio jurisprudencial não se estabelece.

Estas as razões, portanto, para afirmar a dessemelhança dos paradigmas nº 1302-003.290 e 1302-002.045, em face do acórdão recorrido, e acompanhar a I. Relatora no NÃO CONHECIMENTO do recurso especial da Contribuinte nesta primeira matéria.

Como se vê, no referido precedente havia a peculiaridade de a empresa-veículo ter substituído a adquirida, e não a adquirente, na incorporação que precedeu a amortização do ágio. Assim, importante confrontar tais paradigmas com o caso presente.

No paradigma nº 1302-003.290, importa inicialmente retificar que, distintamente do que consignado no precedente acima, sequer se tratava de amortização de ágio com interposição de “empresa-veículo”, mas sim de segregação de atividades para alocação de resultados em regime tributário menos oneroso (lucro presumido), e concomitante consolidação dos resultados na pessoa jurídica cindida mediante reconhecimento de resultado de equivalência patrimonial não tributado na sistemática do lucro real. De toda a sorte, a conclusão do outro Colegiado do CARF não foi no sentido de que, mesmo não havendo propósito negocial, o Fisco deveria aceitar a economia tributária como motivo suficiente para as operações. Ocorre que, como expresso a seguir, em transcrição mais alongada do voto condutor do paradigma, a

existência de causas extrafiscais, em especial o contexto de proposta de venda do grupo econômico a terceiros e de ampliação dos negócios, prestaram-se a invalidar a acusação fiscal:

Logo, não cabe à administração tributária desconsiderar atos acobertados pela legislação pátria, por total ausência de previsão legal.

Ad argumentandum, contudo, ainda que se adentrasse no mérito se houve propósito negocial ou não, assistiria razão ao recorrente.

A fiscalização não apresentou provas aptas a demonstrar qualquer abusividade na conduta do contribuinte.

Partiu de meras ilações e suposições para desconstituir operações acobertas pelo manto da legalidade.

O contribuinte, por sua vez, demonstrou em sua defesa a legitimidade das operações societárias produzidas.

Dentre os pontos levantados pela defesa, entende-se importante destacar alguns, aptos a corroborar as operações perpetradas.

Inicialmente, cumpre citar a proposta de venda do grupo econômico em questão à empresa DIXIE/BEMIS. Alterações estruturais de empresas são comuns em momentos que precedem esse tipo de operação, em especial no tocante à divisão entre as atividades de administração e as de fabricação, como ocorreu no caso em comento, entre a VIDEPLAST EMBALAGENS e VIDEPLAST PLÁSTICOS.

Tal ponto, aliado à perspectiva de abertura de novas filiais, aumentar o número de empregados e aumento no investimento de imobilizados, demonstram que a motivação não foi unicamente tributária.

Esse argumento também vale para a posterior incorporação da VIDEPLAST PLÁSTICOS pela controladora, VIDEPLAST EMBALAGENS. Não há nos autos qualquer prova que demonstre que tal incorporação tinha como objetivo burlar o fisco. Em contrário, há demonstrações de que o grupo econômico legitimamente entendeu não haver mais razão para a divisão das empresas, e pelo tanto, procedeu a unificação destas.

A ementa do paradigma, na mesma linha, expressa a amplitude dos motivos e a demanda de uma oposição fiscal mais específica em relação à operação realizada, ao ser assim vertida:

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. LICITUDE.

O legislador tributário não desconsidera o fato de o contribuinte buscar uma maneira menos onerosa de conduzir seus negócios, seja por motivos tributários, societários, econômicos ou quaisquer outros, desde que o faça lícitamente. A reestruturação societária perpetrada pelo contribuinte, por si só, não desfigura a operação, notadamente quando a fiscalização não demonstra a ocorrência dolo, fraude ou simulação.

No caso presente, como destacado do voto condutor do recorrido, a autoridade lançadora confronta especificamente circunstâncias da operação, e rejeita as motivações apresentadas para utilização da “empresa-veículo” (Abaetê) para concluir *que o Contrato celebrado entre as partes, prevê que a opção de venda das referidas ações do BBI poderia ser exercido a qualquer tempo pelos ex-acionistas da Ágora, o que, evidentemente, não ampara e nem dá o respaldo legal (propósito negocial) à operação societária em questão.*

Assim, não é possível inferir se o Colegiado que proferiu o paradigma, em face deste contexto fático diferenciado, validaria, também, as operações na forma aqui questionadas pela autoridade lançadora.

Já com respeito ao paradigma nº 1302-002.045, vê-se que a especificidade de duas serem as adquirentes, e a “empresa-veículo” ser constituída previamente à contratação da

aquisição, não representam elemento distintivo para a reversão das glosas de amortização do ágio pago.

O voto condutor do julgado principia por destacar o reconhecimento na instância anterior de que o caso seria de ágio legítimo porque formado *entre empresas sem ligação societária entre elas, vez que houve uma aquisição de investimento (participação societária) com dispêndio de recursos das controladoras de GRAPPA, tudo comprovado, onde o custo de aquisição foi superior ao valor patrimonial das ações da investida, a Raia S/A. E, na sequência, sob a ótica de que a essência da autuação, então, repousa na utilização da suposta empresa-veículo GRAPPA que, além de ter operado em um curto espaço de tempo, não possuía qualquer substrato societário, segundo a fiscalização, sendo seu único propósito o de conduzir ilicitamente o ágio*, o voto condutor do paradigma reproduz a decisão de 1ª instância e extrai sua conclusão de que *a constituição da empresa GRAPPA, tinha a única finalidade de servir de canal de passagem do ágio anteriormente apurado, pois, a evidência de sua efêmera duração, da inexistência de atividades operacionais, além de ser um caminho mais longo e oneroso para realização da operação societária, não haveria outro motivo, que não o tributário, a motivar a constituição da mesma.*

Este o contexto no qual se concluiu que o lançamento estava pautado na *necessidade de existência de propósito negocial para realização de operações societárias* e a decisão do outro Colegiado do CARF, assim, resta pautada apenas em argumentos jurídicos acerca do tema, concluindo que:

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

[...]

Por outro lado, é importante ressaltar que mesmo os atos procedidos pelo contribuinte em plena atenção às disposições legais podem ser desconsiderados uma vez constatada a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo, ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, isto é, quando se comprove que o sujeito passivo agiu com dolo, fraude ou simulação.

Porém, na própria decisão recorrida reconheceu-se a inexistência de conduta dolosa que impedisse, ou retardasse as características da obrigação tributária, (conforme fl. 29 do Acórdão de Impugnação), à seguir transcrito:

[...]

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

À vista do exposto, tendo os atos sido procedidos em conformidade com a lei; não havendo fraude, dolo ou simulação na execução dos mesmos, e não sendo dada a análise quanto à existência, ou não, de propósito negocial, considero indevida a glosa procedida, bem como a qualificação da multa de ofício.

No presente caso, sequer houve qualificação da penalidade no lançamento, restando os casos alinhados na falta de propósito negocial da “empresa-veículo” interposta para a aquisição. Na medida em que, no paradigma, o outro Colegiado do CARF não deu relevo ao fato

de duas serem as adquirentes na operação ali analisada, e reformou a decisão de 1ª instância no sentido de que *a criação, intercalação, e incorporação de GRAPPA foram, do ponto de vista negocial, fases totalmente desnecessárias para PRAGMA e GAVEA adquirirem participações em RAIA*, resta evidenciada a divergência jurisprudencial em face do recorrido que desqualifica a operação na qual a “real adquirente” *utilizou empresa intermediária, criada exclusivamente para possibilitar a antecipação dos efeitos fiscais da dedutibilidade do ágio, sem outros propósitos empresariais ou negociais*, entendendo caracterizado *descumprimento das condições previstas em lei para o reconhecimento e amortização do ágio*.

Vale historiar, por fim, que o paradigma n.º 1302-002.045 foi analisado em face de outros dissídios jurisprudenciais semelhantes ao presente, sendo que:

- No Acórdão n.º 9101-006.381, este Colegiado⁴¹ decidiu, à unanimidade, conhecer da matéria a ele vinculada, que confrontava a conclusão de ausência de *propósito negocial ou racionalidade econômica nas operações realizadas*, acerca das quais foi apontada a interposição “empresa-veículo” para aquisição de investimento, de modo que a real adquirente não participou na incorporação com a investida;
- No Acórdão n.º 9101-006.453, este Colegiado⁴² decidiu, à unanimidade, negar conhecimento à matéria a ele vinculada em razão de subsistir fundamento inatacado no acórdão recorrido, vez que não conhecida outra matéria deduzida no recurso especial do sujeito passivo;
- No Acórdão n.º 9101-006.504, este Colegiado, por maioria de votos⁴³, negou conhecimento à matéria a ele vinculada em razão de o acórdão recorrido tratar de ágio pago no exterior e internalizado para amortização fiscal no Brasil;

Assim, reafirmando o entendimento expresso no precedente n.º 9101-006.381, o recurso especial da Contribuinte deve ser CONHECIDO na matéria (2) “*impossibilidade de se aplicar a Teoria do Propósito Negocial como fundamento para manutenção do lançamento fiscal*”, mas apenas com base no paradigma n.º 1302-002.045.

Por fim, com respeito à matéria (7) “*inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela Fiscalização*”, seu seguimento foi assim motivado:

27. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu ser cabível a extensão da glosa das despesas com amortização de ágio à base de cálculo da CSLL por conta do disposto no artigo 57 da Lei 8.981/95, que tem por intento evitar a repetição desnecessária de comandos legais para disciplinar a metodologia de determinação das bases imponíveis das duas

⁴¹ Participaram do julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Livia De Carli Germano, Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Gustavo Guimarães Fonseca, Ana Cecília Lustosa da Cruz e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

⁴² Participaram do presente 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 Guimaraes da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

⁴³ Participaram do presente 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 Guimaraes da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente), e divergiram neste ponto do conhecimento os Conselheiros Livia De Carli Germano, Alexandre Evaristo Pinto e Gustavo Guimarães da Fonseca, votando pelas conclusões o conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli.

exações, naquilo em que as sistemáticas têm de comum; os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos n.ºs 9101-002.310, de 2016, e 1103-00.630, de 2012) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que inexistia previsão legal para que se exigia a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial (**primeiro acórdão paradigma**) e que não há previsão legal para a indedutibilidade dessas despesas, tal como é preceituada para o lucro real, pelo art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598/77 (**segundo acórdão paradigma**).

Como bem exposto pela Contribuinte em seu recurso especial, a arguição em tela é deduzida subsidiariamente, caso prevaleça o entendimento de que a amortização do ágio seria indedutível na apuração do lucro real:

Em seu Recurso Voluntário (tópico III.6), o Recorrente sustentou, por fim, que mesmo que pudesse prevalecer o entendimento defendido pela Autoridade Fiscal no TVF, no sentido de que a amortização do ágio no presente caso não estaria respaldada pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, deveria, ainda assim, ser cancelado o auto de infração relativo à CSLL.

Assim, a divergência jurisprudencial somente restaria caracterizada em face de paradigmas que, mantendo a glosa de amortização de ágio no âmbito do IRPJ, a afastasse para fins de apuração da CSLL. Contudo, tendo em conta o contexto no qual ambos paradigmas foram editados, valem aqui as razões apresentadas por esta Conselheira no voto vencedor do Acórdão nº 9101-006.049⁴⁴ para rejeitar ambos paradigmas nestes autos:

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.

⁴⁴ 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.

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 inexistente previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial (primeiro acórdão paradigma) e que não há previsão legal para a indedutibilidade dessas despesas, tal como é preceituada para o lucro real, pelo art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598/77 (segundo acórdão paradigma).

Como se vê, a premissa do acórdão recorrido é no sentido de que um ativo que surge sem substância econômica no patrimônio da investida, porque mantido sob a titularidade do real adquirente, não pode gerar amortização que afete o lucro contábil, ensejando a glosa reflexa na base de cálculo da CSLL. Já o primeiro paradigma analisou lançamento no qual a amortização do ágio foi adicionada na base de cálculo do IRPJ, porque o investimento permanecia no patrimônio do investidor, e a autoridade lançadora exigiu que a mesma adição fosse promovida na base de cálculo da CSLL.

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

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

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

Estas mesmas razões se prestam a infirmar o dissídio jurisprudencial em face do recorrido que manteve a glosa das amortizações de ágio na apuração do IRPJ, distintamente dos paradigmas que analisaram glosas: i) apenas no âmbito da CSLL, vez que as amortizações foram adicionadas ao lucro real; e ii) afastadas no âmbito do IRPJ.

Adicione-se, por oportuno, as considerações feitas em face de divergência semelhante deduzida no processo nº 16327.720954/2014-01, também em pauta:

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

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

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

Assim, deve ser NEGADO CONHECIMENTO ao recurso especial da Contribuinte na matéria (7) “inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela Fiscalização”.

Em conclusão: o recurso especial da Contribuinte deve ser CONHECIDO PARCIALMENTE, na matéria *III.2. Da Impossibilidade de se aplicar a Teoria do Propósito Negocial como fundamento/manutenção do lançamento fiscal*, mas apenas com base no paradigma nº 1302-002.045.

No mérito, em linha com o precedente nº 9101-006.381, no qual foi apreciada divergência semelhante à presente, esta Conselheira mantém entendimento contrário ao do I. Relator, expresso no voto vencido do ex-Conselheiro André Mendes de Moura no voto vencido do precedente nº 9101-006.381:

II.1 - Despesas de Amortização de Ágio.

O presente capítulo do voto compreende a apreciação dos tópicos recursais A.4.I, A.5.II, A.5.III, A.5.V e A.5.VII.

Sobre a matéria “despesas de amortização de ágio”, propõe-se, inicialmente, discorrer sobre uma análise histórica e sistêmica, para depois tratar do caso concreto.

II.1.1 - Conceito e Contexto Histórico ⁴⁵

⁴⁵ Vide artigo ESTABILIDADE JURÍDICA EM RISCO: JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO CARF SOBRE O TEMA DO ÁGIO NAS REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS EM FACE DE DECISÃO JUDICIAL. MOURA, A. M. ; VALADAO, M. A. RJB - REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA , v. Ano 4 (2018), p. 1329-1371, 2018.

Pode-se entender o ágio como um valor a maior que é pago por alguma coisa. O adquirente constata que determinado objeto vale mais do que o preço que sugere o senso comum. ELISEU MARTINS e SÉRGIO DE IUDÍCIBUS mencionam como exemplo histórico o momento vivido pela sociedade brasileira no Plano Cruzado, na década de 1980. O congelamento de preços provocou um aumento do consumo. Ocorre que, por considerarem os preços de revenda defasados, vários fornecedores represaram as vendas. E enquanto aguardavam o fim do congelamento, comercializavam os produtos (dentro os quais a carne bovina e veículos) apenas mediante o pagamento de um sobrepreço: o ágio.⁴⁶

Atendo-se ao âmbito empresarial, o ágio é um sobrepreço pago sobre o valor de um ativo (mercadoria, investimento, participação societária, dentre outros).

No escopo de uma transação envolvendo a aquisição de participação societária em uma empresa, pode-se dizer que o ágio é formado quando uma primeira pessoa jurídica adquire de uma segunda pessoa jurídica um investimento em valor superior ao seu valor patrimonial. Como exemplo, toma-se a empresa A que possui ações da empresa B, avaliadas patrimonialmente em 45 unidades. A empresa C resolve adquirir da empresa A as ações da empresa B, pagando o valor de 100 unidades.

No caso, considera-se o sobrepreço pago em razão da expectativa de resultados futuros a serem auferidos pelo investimento.⁴⁷

Ocorre que os ramos contábil e tributário não convergiram sobre o método para se apurar o valor do ágio.

Iniciando-se pela ciência, ou técnica, contábil, o conceito de ágio é conhecido como goodwill, cuja origem reflete a própria evolução do empreendimento comercial. Na realidade, de acordo com ELISEU MARTINS ET AL. o conceito referia-se inicialmente à vantagem da localização e fidelidade dos clientes, e evoluiu para incluir os intangíveis que digam respeito ao nome, marca, qualidade gerencial, qualificação do corpo funcional, tecnologia, conhecimento, capital intelectual, que em sinergia geram potencialidades que geram expectativas positivas para o negócio.⁴⁸

No mesmo artigo os autores discorrem sobre os erros conceituais na definição do goodwill, com base em extensa pesquisa em trabalhos científicos:

Um caso típico, na literatura contábil (...) (também chamado de *goodwill* ou ágio por expectativa de rentabilidade futura). O conceito de *goodwill*, referendado pela literatura contábil, é o montante de lucros futuros esperados acima da rentabilidade normal de uma empresa, mensurado pela diferença entre o valor da empresa e o seu patrimônio líquido avaliado a valores de mercado. Todavia, conceitos divergentes desse têm sido utilizados.

(...)

Para a operacionalização do estudo, foram analisados 138 trabalhos científicos nacionais e internacionais. Desse total, 47 apresentam, explicitamente, o conceito de *goodwill* e 18 deles mostram conceito divergente daquele referendado pela literatura contábil: *goodwill* é mensurado como sendo a diferença entre o valor total da empresa e

⁴⁶ MARTINS, Eliseu; IUDÍCIBUS, Sérgio de. Ágio interno - É um mito? In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES Alexandro Broedel. (Coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis: (Aproximações e Distanciamentos)*. v. 4, p. 83-103. São Paulo: Dialética, 2013, p. 83-85.

⁴⁷ Cabe a observação porque a Lei nº 9.532, de 1997 (que remete ao art. 20 do DL 1.598/77, quando distingue os fundamentos econômicos do ágio), diferenciou o tratamento dos três tipos de ágio: mais valia (decorrente da valorização do valor de mercado de bens do ativo da investida), expectativa de rentabilidade futura e fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

⁴⁸ MARTINS, Eliseu et al. *Goodwill: uma análise dos conceitos utilizados em trabalhos científicos*. Revista Contabilidade & Finanças, São Paulo, v. 21, n. 52, p. 0-25, jan. 2010.. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rcf/article/view/34310>>. Acesso em: 26 sep. 2017.

seu patrimônio líquido avaliado a valores de mercado. A maioria das imprecisões conceituais encontradas refere-se ao cálculo do *goodwill* como sendo a diferença entre o valor de mercado (pago ou não) e o valor contábil do patrimônio.⁴⁹

Observa-se que o goodwill é determinado pela diferença entre (1) o valor de mercado, ou seja, o valor pago, e (2) o valor do patrimônio líquido avaliado a preços de mercado - VPLm⁵⁰.

Na realidade, consiste o goodwill em valor residual, essencialmente derivado da expectativa de lucros futuros que a participação societária poderá viabilizar no futuro.

Assim, tomando-se o exemplo da transação apresentada no início do tópico, a empresa A detinha participação societária na empresa B com valor patrimonial de 45 unidades. Quando a empresa C se propôs a adquirir a empresa B, o valor de mercado da empresa B (que se mostrou lucrativa) era superior ao valor patrimonial de 45 unidades. Apura-se o valor de mercado considerando-se os ativos tangíveis (como investimentos em imobilizado e estoques) e intangíveis da empresa (fundo de comércio, marca, expectativas de receitas). Adotando-se como valor de ativos tangíveis 15 unidades, e de ativos intangíveis 20 unidades, verifica-se que a empresa B tem um VPLm de 80 unidades (45 + 15 + 20).

Nesse sentido, o valor do goodwill, ou ágio, é apurado mediante a diferença em que a empresa C (adquirente) se propôs a pagar, 100 unidades, e o VPLm mensurado de 80 unidades da empresa B. O ágio contábil seria no valor de 20 unidades.

Fato é que o legislador tributário, ao tratar sobre o assunto, por meio do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, resolveu adotar um conceito jurídico próprio, fiscal, para o ágio. ELISEU MARTINS ET AL. reconhecem a diferença, mas reputam a definição legal do Decreto-lei como uma “impropriedade conceitual”.⁵¹

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.

⁴⁹ Ibidem, p. 3-4 (itálicos no original).

⁵⁰ Vale transcrever equação dada pelo artigo referido:

Por sua vez, a definição operacional, referendada pela literatura contábil, a ser utilizada nesta pesquisa é: *goodwill* é mensurado como a diferença entre o valor total da empresa e seu patrimônio líquido avaliado a valores de mercado (Equação 1):

$$GO = VME - VPLm \text{ (1)}$$

Em que:

GO = *goodwill*;

VME = valor de mercado da entidade;

VPLm = valor do patrimônio líquido da entidade avaliado a preços de mercado, ou seja, com todos seus elementos constitutivos, ativos e passivos, já registrados contabilmente ou não, separáveis e viáveis individualmente, devidamente avaliados pelos seus valores individuais de mercado.

⁵¹ Ibidem, p. 9.

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.

E 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 escritural⁵². 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.

II.1.2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses⁵³.

A edição do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, veio em momento histórico, no qual se buscou a edição de leis visando atualizar o direito empresarial. No ano anterior, em 1976, foi editada a Lei nº 6.404 (Lei das Sociedades por Ações), e no posterior, em 1978, foi editada pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) a Instrução Normativa nº 01, dispondo sobre normas e procedimentos para contabilização e elaboração de demonstrações financeiras relativas a ajustes decorrentes da avaliação de investimento relevante de companhia aberta em sociedades coligadas e em sociedades controladas.

⁵² IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31.

⁵³ Vide artigo ESTABILIDADE JURÍDICA EM RISCO: JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO CARF SOBRE O TEMA DO ÁGIO NAS REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS EM FACE DE DECISÃO JUDICIAL. MOURA, A. M. ; VALADAO, M. A. RJLB - REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA , v. Ano 4 (2018), p. 1329-1371, 2018.

Determinou-se que os investimentos relevantes em sociedades coligadas, e em sociedades controladas, deveriam ser avaliados pelo método da equivalência patrimonial (MEP)⁵⁴. A principal característica da metodologia contábil consiste em permitir uma atualização dos valores dos investimentos em coligadas ou controladas com base na variação do patrimônio líquido. As variações no patrimônio líquido das empresas investidas (coligadas e controladas) passam a refletir na contabilidade da empresa investidora. Supõe-se uma controladora que detém 60% das ações da controlada. Assim, se uma controlada apurou lucros de 100 unidades na apuração do balanço anual, e esse resultado foi integralmente alocado no patrimônio líquido, a controladora deve contabilizar por meio do MEP a valorização do investimento no montante de 60 unidades.

O artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, determinou que a empresa que viesse a adquirir participação societária de investimento avaliado pelo valor de patrimônio líquido (ou seja, pelo MEP) deveria contabilizar o custo da aquisição (valor pago no investimento) em (1) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e (2) diferença entre o custo da aquisição e o valor do patrimônio líquido, denominado pela legislação fiscal de ágio. Predicava ainda que o ágio em debate, com previsão dos resultados de exercícios futuros, deveria estar fundamentado com base em demonstração a ser elaborada pela empresa.

Também previa no art. 25⁵⁵ do mesmo Decreto-lei que o ágio, se fosse amortizado contabilmente (crédito em conta de investimento e débito em conta de despesa, diminuindo o lucro da empresa), deveria ser adicionado para fins de apuração do lucro real. Ou seja, para fins fiscais, a despesa, em regra, não seria dedutível.

E, na sequência, tratou o Decreto-lei de dispor sobre as situações específicas em que o ágio poderia ser aproveitado pela empresa adquirente como despesa dedutível para fins fiscais. Na realidade, dispôs que tais situações seriam as previstas no artigo 33 (conforme redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.730, de 1979).

A hipótese tratava da alienação da empresa investida, no qual, na apuração do ganho da capital, a base de cálculo era o resultado da diferença entre o valor alienado e a somatória do valor do patrimônio líquido com o ágio pago na aquisição. Aproveitava-se, portanto, o valor do ágio, para reduzir a base de cálculo do ganho de capital.

Ocorre que várias empresas entenderam pela existência de uma outra hipótese, prevista no art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598/1977⁵⁶, aplicável quando a investida era objeto de

⁵⁴ Veja-se a redação do art. 248 da Lei nº 6.404, de 1.976:

Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos relevantes (artigo 247, parágrafo único) em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, e em sociedades controladas, serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido, de acordo com as seguintes normas:

[...]

⁵⁵ Confira-se a redação do art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977 ([Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979](#)) :

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

⁵⁶ É a seguinte a redação do 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:

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;

incorporação, fusão ou cisão. Tal interpretação foi alvo de controvérsias, tanto que foi o principal motivo para importante revisão na legislação sobre o assunto.

Isso porque supostamente autorizava a dedução, como perda de capital, na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital, do montante equivalente à diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado do investimento ⁵⁷. A amortização do valor poderia se processar no prazo máximo de dez anos, ou seja, não se falava em prazo mínimo.

Diante de tal normatização, várias empresas incorreram em operações bastante questionáveis, no qual eram adquiridas empresas deficitárias com pagamento de ágio. Logo em seguida, processava-se a incorporação da empresa investidora pela investida, ou mesmo a chamada incorporação reversa, quando a empresa deficitária incorpora a empresa superavitária, com ágio. As operações ocorriam quase simultaneamente.

A distorção era tão evidente que, conforme já dito, a legislação foi objeto de alteração, por meio da conversão da MP nº 1.602, de 1997 na Lei nº 9.532, de 1997, visando criar restrições ao aproveitamento indevido da despesa ⁵⁸, conforme contemplava os arts. 7º e 8º da Lei. A Exposição de Motivos da Medida Provisória trazia o seguinte esclarecimento:

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.

[...]

⁵⁷ Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CAREF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

⁵⁸ Cf. Luís Eduardo Schoueri:

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.

(...)

Como antigamente não havia qualquer coerência e consistência para a dedução do ágio, a falta de regulamentação específica estava sendo utilizada para distorcer a lógica do sistema, o que gerou motivação suficiente para que o legislador barrasse esses artifícios prejudiciais à completude do ordenamento jurídico.

(...)

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.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)*. São Paulo: Dialética, 2012, p. 66-68.

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.⁵⁹

O Relatório da Comissão Mista que trabalhou na edição da medida provisória, arremata o assunto com precisão:

O artigo 8º altera as regras para determinação do ganho ou perda de capital na liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido, quando agregado de ágio ou deságio. De acordo com as novas regras, os ágios existentes não mais serão computados como custo (amortizados pelo total), no ato de liquidação do investimento, como eram de acordo com as normas ora modificadas. (...) ⁶⁰

A edição desta Lei ocorreu na mesma época do Programa Nacional de Desestatização (PND), razão pela qual existe entendimento de que a nova legislação sobre o ágio teria sido apresentada como um incentivo às privatizações. Contudo, como visto, não há qualquer menção ao assunto na Exposição de Motivos, que deixou claro, com todas as letras, que a motivação para o dispositivo foi um maior controle sobre os planejamentos tributários abusivos que ocorriam pelo desvirtuamento do instituto do ágio.

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. Contudo, caso fosse benefício fiscal, caberia ao próprio legislador ter se manifestado, 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**.

Os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ao tratar do ágio criado em razão da expectativa de resultados futuros, predicaram que, em razão de evento de incorporação, fusão ou cisão, ocorrido entre investidor e investida, o ágio registrado nos termos do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977 poderia ser amortizado por um período mínimo de sessenta meses.

O que se observa é que a legislação tributária, naquele momento, não alterou a base de cálculo do ágio, mantendo-se a apuração com a diferença entre o custo de aquisição e o valor do patrimônio líquido à época da aquisição do investimento, mas, por outro lado, tratou de estabelecer que nos eventos de incorporação, fusão ou cisão o aproveitamento seria por meio de amortização mediante um prazo temporal mínimo, de sessenta meses, não deixando mais espaço para interpretações que resultassem em aproveitamento integral da despesa decorrente do ágio em um único momento, com ocorria anteriormente.

Em verdade, passou a valer, para fins fiscais, o aproveitamento do ágio mediante a ocorrência de duas hipóteses: (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).

Destaque-se que os eventos que autorizam o aproveitamento da despesa guardam correlação com a extinção da companhia (do investimento), previsto no art. 219 da Lei

⁵⁹ Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, p. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

⁶⁰ Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, p. 18024, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

das Sociedades Anônimas: (1) encerramento da liquidação e (2) incorporação, fusão e cisão com versão do patrimônio para outras sociedades:

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.

São precisamente 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 com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

II.1.3. 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**.

II.1.4. Aproveitamento do Ágio. Encontro (comunicação) 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.

Sobre o assunto, 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)

Os arts. 385 e 386 do RIR/99 constituem-se em norma tributária permissiva do aproveitamento do ágio nos casos de incorporação, fusão ou cisão envolvendo o investimento objeto da mais valia.

II.1.5. Amortização. Despesa.

Topologicamente, o conceito de amortização encontra-se no Subtítulo II (Lucro Real), Capítulo V (Lucro Operacional), Seção III (Custos, Despesas Operacionais e Encargos), do RIR/99 (Decreto-Lei nº 3.000, de 26/03/1999), legislação vigente à época dos fatos dos presentes autos.

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.

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/99⁶¹.

A amortização constitui-se em espécie de gênero despesa (em sentido amplo), e, por consequência, encontra-se submetida ao **regramento geral** das despesas disposto no art. 299 do RIR/99.

II.1.6. 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.

⁶¹ 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 um situação criada artificialmente. **As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica.** Impossível estender atributos de normalidade, ou usualidade, para **despesas**, independente de 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.

II.1.7. 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 ATALIBA⁶².

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 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

⁶² ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

societária da pessoa jurídica B com ágio. Em seguida, a pessoa jurídica C absorve patrimônio da pessoa jurídica B, ou vice versa, a passa a fazer a amortização do ágio.

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

São as situações mais elementares. Contudo, há reorganizações envolvendo inúmeras empresas (pessoa jurídica D, E, F, G, H e assim por diante).

Vale registrar que goza a pessoa jurídica de liberdade negocial, podendo dispor de suas operações buscando otimizar seu funcionamento, com desdobramentos econômicos, sociais e tributários.

Contudo, não necessariamente todos os fatos são recepcionados pela norma tributária.

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

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. SCHOUER⁶³, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

Por sua vez, a partir do momento em que se consuma a confusão patrimonial, os lucros auferidos pela então investida passam a integrar a mesma universalidade da investidora. Reside, precisamente nesse ponto, o permissivo para que o ágio, pago pela investidora exatamente em razão dos lucros a serem auferidos pela investida, possa ser aproveitado, vez que **passam a se comunicar, diretamente, a despesa de amortização do ágio e as receitas auferidas pela investida**.

Ou seja, compartilhando o mesmo patrimônio investidora e investida, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que adquiriu o investimento com mais valia (ágio) baseado na expectativa de rentabilidade futura, passa a ser tributada pelos lucros percebidos nesse investimento.

⁶³ SCHOUER, 2012, p. 62.

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**.

II.1.8. 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. **Houve de fato uma aquisição? 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.

II.1.9. Sobre o Caso Concreto

São duas situações devolvidas para apreciação do Colegiado no qual se contesta a formação do ágio: (1) ágio na ARCELOR BRASIL e (2) ágio da MJS.

Passo ao exame.

Sobre a formação do ágio na ARCELOR BRASIL, em breve síntese, decorreu de operação cuja origem remonta à fusão, no exterior, de dois conglomerados do setor mundial de aços, ARCELOR (Luxemburgo) e MITTAL STEEL (Holanda).

A ARCELOR detinha participação (67%) na ARCELOR BRASIL, que era a "holding" brasileira dos ativos operacionais.

Em "Oferta de Permuta", deu-se a união da ARCELOR e da MITTAL STEEL. No Brasil, a CVM, considerando ter havido uma alienação indireta do controle da ARCELOR BRASIL, determinou realização de OPA das ações da controlada brasileira para preservar o direito dos acionistas.

Foi criada a MSBP (subsidiária da MITTAL no Brasil), identificada pela autoridade autuante como "empresa-veículo".

A MITTAL STEEL integraliza o capital da MSBP via remessa de recursos. A MSBP efetua a aquisição de ações da ARCELOR BRASIL com sobrepreço (ágio).

Na sequência, a ARCELOR BRASIL incorpora a MSBP, e três dias depois, a Contribuinte incorpora a ARCELOR BRASIL, e passa a amortizar o ágio, por entender ter restado concretizada a hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Ocorre que não assiste razão à Contribuinte.

A transação **efetivamente concretizada** teve como **investidora** a MITTAL STEEL, na aquisição dos investimentos localizados no Brasil.

A empresa MSBP, serviu deliberadamente para transportar o ágio relativo à aquisição do investimento para a Contribuinte, razão pela qual é classificada como "**empresa-veículo**" **nos presentes autos**. Recepcionou os recursos para aquisição da ARCELOR BRASIL e, ato contínuo, foi incorporada pelo investimento.

Empresa de papel, artificial, criada especificamente para criar despesa tributária de amortização de ágio fictícia. Transcrevo constatações da autoridade autuante sobre a MSBP:

166.- O capital social da empresa que era de R\$500,00 passa para R\$1.000.000,00 em junho de 2007 e de acordo com a AGE de 01/06/20007 é aprovado um novo aumento do capital social.

(...)

171. Além disso, a MSBP tomou vultosos empréstimos (mais de R\$5 bilhões) de outra empresa do grupo Arcelor-Mittal, a Arcelor Investment S.A., a título de pagamentos antecipados de exportação em total dissonância com o objeto social da MSBP. Referidos valores foram também utilizados para a compra das ações da Arcelor Brasil S/A e, com a incorporação da veiculo MSBP pela Arcelor Brasil S/A, a obrigação de quitação dos vultosos empréstimos utilizados para a compra das ações da Arcelor Brasil S/A recaiu sobre a própria. Em suma, a Arcelor Brasil S/A ficou responsável por pagar os empréstimos utilizados na compra, de suas próprias ações.

172. No Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica consta a informação que a data da abertura da empresa MSBP foi 30/11/2006. E essa data não é casual, pois em 25 de setembro de 2006, a CVM emitiu uma decisão final segundo a qual, para fins do-Artigo 10 do Estatuto Social da Arcelor Brasil e, de acordo com o artigo 254-A da Lei 6.404/76, as operações contempladas no âmbito da Oferta de Permuta geraram uma obrigação para que a Mittal Steel Company N.V. apresentasse oferta pública decorrente de alienação de controle para a aquisição de todas as ações-detidas por acionistas minoritários-da Arcelor Brasil S/A, vale dizer, já sabendo em 25 de setembro de 2006 que seria compelida a realizar uma OPA, a MSCNV tratou de providenciar a criação de uma empresa no País para que a mesma fosse o veículo do ágio dedutível almejado.

173. A MSBP nasce em 30/11/2006, sob as condições citadas acima, apresentando DIPJ do ano-calendário de 2006 como inativa, tendo movimentações próximas a zero nos meses de janeiro a maio de 2007 (conforme DIPJ) antes de haver o vultoso aporte de capital externo de sua controladora: Mittal Steel Company N.V., realizado nos meses de junho e julho de 2007, para nesses mesmos meses de junho e julho, e complementarmente em agosto de 2007, efetuar a aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A e, depois de cumprido seu papel formal, ser incorporada logo em 28 de agosto de 2007, pela própria Arcelor Brasil S/A; no modelo conhecido como incorporação às avessas ou reversa. Três dias após, ou seja, no dia 31/08/2007 Arcelor Brasil S/A é incorporada pela Arcelor Mittal Brasil S/A (antiga Belgo Siderurgia).

(...)

163: Em 31/08/2007 a Arcelor Brasil S/A é incorporada pela Belgo Siderurgia S/A que, na mesma data, tem sua denominação social alterada para ArcelorMittal Brasil S/A (a fiscalizada).

(...)

179. Outro dado de extrema relevância para demonstrar que a MSBP era mero invólucro: os itens 13 e 14 da ficha 58-A da DIPJ do ano-calendário de 2007, ND-1450574, atestam que o número de empregados no início de 2007 e ao final do período (20/08/2007 em virtude da DIPJ ser referente ao evento especial de incorporação) é igual a zero! Exatamente isso "0" (zero), nenhum, ou seja, uma empresa na qual não há sequer um único funcionário para desempenhar qualquer tipo de função. Aceitar que tal ente seja considerada unia pessoa jurídica exercendo atividades empresariais é aceitar o absurdo. Mais adiante descrevermos a lição de Marco Aurélio Greco quando afirma que a criação de uma empresa tem sentido na medida em que corresponda "a vestimenta jurídica de um determinado empreendimento econômico ou profissional".

180. A comprovação de que a MSBP nunca teve nenhum funcionário pode também ser constatada pelo sistema da RFB GFIP-WEB.

(...)

206. A criação da MSBP (empresa veículo efêmera, desprovida de realidade fática e mero caixa da MSCNV) consistiu numa operação sem fins econômicos, mas montada

apenas para tentar reduzir a carga tributária via amortização de ágio contabilizado na veículo.

(...)

214. Além disso, considerar a MSBP, (empresa veículo) casca e mera extensão do caixa da MSCNV) como a real adquirente é dissociar o fato pretendido do fato formalizado.

215. No presente caso em relação às aquisições realizadas pela MSBP, via OPA, a desconformidade se apresenta a partir do momento em que não é a MSCNV quem formalmente adquire as ações da Arcelor Brasil S/A, apesar de ser ela a Ofertante da OPA, mas a empresa veículo meramente de papel MSBP.

216. O objetivo real da operação era que a MSCNV, e não a MSBP; adquirisse as ações da Arcelor Brasil S/A e assim cumprisse as determinações da CVM, bem como realizasse o desejo da MSCNV de fechar o capital da Arcelor Brasil S/A.

217. A interposição de uma empresa-veículo, casca e configurada como mero caixa da subsidiária integral revela os traços da dissociação entre o objeto perquerido (aquisição das ações da) Arcelor Brasil S/A pela MSCNV) e a forma externada.

Diante de todo o escrito no presente voto, a operação em análise não passa pela **primeira verificação** (vide item II.1.8 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 do investimento, mas sim da empresa MSBP, denominada como “empresa-veículo”. Não esteve presente a investidora, MITTAL STEEL, **aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição** (vide item II.1.7 do voto).

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

A utilização da empresa MSBP tornou impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, vez que afastou a empresa investidora do evento de incorporação.

Ainda, não se pode deixar de registrar a artificialidade da MSBP, empresa de fachada, sem funcionários, de existência efêmera, desvirtuando por completo o instituto da pessoa jurídica. Vale transcrever novamente constatações da autoridade fiscal:

179. Outro dado de extrema relevância para demonstrar que a MSBP era mero invólucro: os itens 13 e 14 da ficha 58-A da DIPJ do ano-calendário de 2007, ND-1450574, atestam que **o número de empregados no início de 2007 e ao final do período (20/08/2007 em virtude da DIPJ ser referente ao evento especial de incorporação) é igual a zero!** Exatamente isso "0" (zero), nenhum, ou seja, uma empresa na qual não há sequer um único funcionário para desempenhar qualquer tipo de função. Aceitar que tal ente seja considerada uma pessoa jurídica exercendo atividades empresariais é aceitar o absurdo. Mais adiante descrevermos a lição de Marco Aurélio Greco quando afirma que a criação de uma empresa tem sentido na medida em que corresponda "a vestimenta jurídica de um determinado empreendimento econômico ou profissional".

180. A comprovação de que a MSBP nunca teve nenhum funcionário pode também ser constatada pelo sistema da RFB GFIP-WEB. (Grifei)

Como se pode observar, houve uma tentativa de se empreender **a construção artificial do suporte fático**, para que se pudesse amoldar à hipótese de incidência de despesa de amortização do ágio (**tópico II.1.6** do presente voto). Não há norma de despesa que recepcione uma situação criada artificialmente. Independente da natureza do dispêndio, seja potencialmente dedutível, amortizado ou depreciado, deve decorrer de atividades operacionais da empresa, e ter origem em um esforço direcionado à geração de receitas. Impossível permitir o aproveitamento de dispêndios, independente de sua

espécie, **derivados de operações atípicas**, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

Admitindo-se uma **construção artificial** visando o aproveitamento do ágio concretizaria 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 e uma liberalidade não aplicável à grande maioria dos contribuintes.

Nesse sentido, cabe ser mantida a decisão recorrida e a glosa de despesa de amortização de ágio relativa à operação ARCELOR BRASIL.

[...]

Portanto, restam superadas, nesse contexto, as discussões trazidas nos tópicos recursais A.4.I - POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO FISCAL DO SALDO DO ÁGIO MJS: DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 386, INCISO III, DO RIR/99; A.5.II - IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR O INSTITUTO DO ABUSO DE DIREITO: DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 187 DO CÓDIGO CIVIL; A.5.III - IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A TEORIA DO PROPÓSITO NEGOCIAL: DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97 e - A.5.V - IMPROPRIEDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DAS OPERAÇÕES REALIZADAS E EXISTÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL E EFETIVA AQUISIÇÃO DA ARCELOR BRASIL PELA MITTAL BR: DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97.

Como se pode observar, mediante apreciação da hipótese de incidência dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 (art. 386 do RIR/99), não há que se falar, no caso concreto, em aproveitamento da despesa de amortização de ágio. A dedutibilidade de despesa tida como fictícia não preencheu os requisitos postos na norma tributária, superando qualquer questionamento a respeito do item A.4.1. Tampouco se fala em propósito negocial, quando se constata a utilização de empresa de prateleira, de fachada, de papel, sem atividade operacional e tampouco funcionários, superando questionamento do tópico recursal A.5.III. E, no presente voto, não se fala em desconconsideração de quaisquer operações societárias. Em nenhum momento foram desconstituídos os negócios jurídicos celebrados entre os investidores e as investidas. O que se apreciou foi a repercussão tributária dos eventos em discussão, e a conclusão foi de que não preencheram os requisitos legais, dispostos em legislação específica (tributária), para permitir o aproveitamento de despesa de amortização de ágio, superando-se, portanto, questionamento posto no item A.5.V.

Na mesma medida, o tópico recursal A.5.II não merece prosperar. Ao se pronunciar a respeito de abuso de direito, manifestou-se a autoridade autuante precisamente a respeito da criação de “empresa-veículo”, efêmera, de papel, sem substância, mera receptora de fluxo de caixa:

203. À luz da norma supra, comete abuso de direito o titular que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos, entre outros pelo seu fim econômico.-

204. A criação de empresa veículo efêmera, desprovida de realidade fática (que normalmente se verifica nas atividades empresariais) para funcionar deliberadamente como mero caixa de empresa do exterior contraria a finalidade econômica da atividade nos termos em que é descrita no artigo 966 do atual Código Civil. Logo, semelhante ato, por si só, caracteriza abuso de direito.

(...)

209. A criação de subsidiária integral (Mittal Steel Brasil Participações S/A) poucos meses antes da OPA somente para servir como veículo de aquisição de ações com ágio que, em verdade, foi suportado por empresa no exterior, não tem amparo legal e carregava em si o abuso da forma como meio de se obter benefício fiscal de maneira abusiva.

210. A posterior extinção da empresa veículo em momento subsequente à aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A somente corrobora o único intuito do abuso da forma como meio de obter benefício através da amortização fiscal do ágio.

Independente da qualificação conferida à situação, inevitável constatar a falta de materialidade da “empresa-veículo” na operação em debate.

Reforça-se que a autuação em nenhum momento retirou do mundo jurídico as operações societárias empreendidas.

Foi efetuada uma apreciação, sob a perspectiva jurídico-tributária, se os eventos ocorridos teriam repercussão em norma específica que autoriza o aproveitamento de despesa de amortização de ágio. E a presença de “empresa-veículo”, incontestavelmente, afastou a incidência prevista pela norma, sendo que a concepção de pessoa jurídica fictícia, desvirtuada, sem finalidade econômica caracterizou um abuso de direito na utilização do instituto.

Nesse sentido, deve-se negar provimento aos tópicos recursais A.4.I - POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO FISCAL DO SALDO DO ÁGIO MJS; DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 386, INCISO III, DO RIR/99; A.5.II - IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR O INSTITUTO DO ABUSO DE DIREITO: DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 187 DO CÓDIGO CIVIL; A.5.III - IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A TEORIA DO PROPÓSITO NEGOCIAL: DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97 e - A.5.V - IMPROPRIEDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DAS OPERAÇÕES REALIZADAS E EXISTÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL E EFETIVA AQUISIÇÃO DA ARCELOR BRASIL PELA MITTAL BR: DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. *(destaques do original)*

Em sua declaração de voto no referido precedente, esta Conselheira adicionou que:

No mérito, cabe ressalva ao que consignado inicialmente pelo I. Relator, porque o tópico A.4.I se refere, apenas, ao “Ágio MJS”, enquanto os tópicos A.5.II, A.5.III, A.5.V e A.5.VII se referem, apenas, ao “Ágio ARCELOR”, consoante subdividiu a Contribuinte em seu recurso especial, destinando o item A.4 ao “Ágio MJS” e o item A.5 ao “Ágio ARCELOR”.

De toda a sorte, concorda-se com a aplicação do item II.1 da exposição do I. Relator a ambas origens das amortizações glosadas, do que decorre a conclusão que, relativamente ao “Ágio ARCELOR”, Mittal Steel Company N.V. é a real adquirente dos investimentos, não se verificando a necessária confusão patrimonial que os art. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 demandam para autorizar a amortização fiscal do ágio pago, aspecto suficiente para justificar a exigência fiscal e evidenciar a irrelevância do debate acerca de abuso de direito e propósito negocial, na forma exposta no acórdão recorrido e contestado em divergências específicas pela Contribuinte.

Consigne-se, por oportuno, que esta Conselheira já se manifestou contrariamente à amortização do “Ágio ARCELOR” em face da exigência posteriormente realizada nos anos-calendário 2011 e 2012, acompanhando o voto do Conselheiro Paulo Mateus Ciccone no Acórdão nº 1402-003.905⁶⁴, do qual destaca-se:

Pois bem, excetuados casos pontuais, desde o julgamento do processo nº 16561.720026/201113 (“Caso Bunge”— acórdão nº 1402-001.460), com a redação do voto vencedor do Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, esta turma, com outra

⁶⁴ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Paulo Mateus Ciccone, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Mauritania Elvira de Sousa Mendonça (Suplente Convocada), Junia Roberta Gouveia Sampaio e Edeli Pereira Bessa (Presidente), e divergiram na matéria os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Mauritania Elvira de Sousa Mendonça (Suplente Convocada) e Junia Roberta Gouveia Sampaio.

composição e por voto de qualidade, passou a adotar o posicionamento de que, independentemente do desenho das operações e dos eventuais propósitos negociais, na utilização de empresas veículo, não havendo extinção do investimento adquirido com ágio mediante confusão patrimonial entre investida e investidora, não há que se falar em dedutibilidade do ágio.

Naquela situação, como nesta, houve indiscutível utilização de empresa veículo – nesse ponto não há contestação, restando ver, i) em que ela afetou a operação no que tange aos reflexos tributários e, ii) por quê foi criada e utilizada.

A resposta, muito mais que no formalismo dos contratos e convenções firmados entre as partes envolvidas ou seus registros nos órgãos pertinentes, deve ser buscada no contexto em que inserida a empresa veículo e sua participação, mesmo porque, nas discussões sobre planejamento tributário, o foco não se situa na compreensão da hipótese de incidência da norma tributária, mas, sobretudo, na qualificação dos fatos jurídicos, linha preconizada no Estatuto Civil (*"nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem"*).

Parece-me claro que os autos mostram que a empresa estrangeira Mittal Steel Company N.V., sediada na Holanda, foi quem EFETIVAMENTE SUPORTOU O ÁGIO, ou seja, quem acreditou no investimento, quem despendeu recursos, suportou o ônus, arcou com o encargo. Não a empresa constituída formalmente sob a legislação brasileira, Mittal Steel Brasil Participações S/A, com todas as características de “empresa veículo” (breve existência, ausência de atividade econômica, recebimento do exterior dos recursos utilizados na compra), neste caso, com todas as características de sociedade criada com o único intuito de permitir a transferência da mais valia patrimonial, no caso, o ágio, como bem mostra a sequência cronológica dos fatos estampada nos autos.

Cenário que se fecha quando se constata que, como a real empresa investidora (a Mittal Steel Company N.V., domiciliada no exterior, com sede na Holanda) e a investida (Arcelor Brasil) continuaram a existir após as operações, **a constituição da empresa veículo no país foi a única forma de internação do ágio, com o intuito de viabilizar sua dedutibilidade fiscal.**

Certo que a recorrente contrapõe-se ferozmente a estas conclusões, sustentando que não houve transferência de nenhum ágio pago no exterior, mas sim o registro de um ágio por uma empresa brasileira, e que cumpriu todos os requisitos legais para a sua amortização e dedução. Afirma também que, caso se entenda que houve transferência de ágio, não há vedação legal a essa possibilidade, e que todas as operações tiveram propósito negocial.

Ora, em que pese a escorreita dissertação e a elogiável concatenação lógica dos argumentos feita pela recorrente, penso que os fatos reais demonstram ao inverso do ocorrido em sua peça recursal.

De fato, a complexa operação engendrada não pode ser tomada esparsamente, mas como um todo e, neste contexto, os recursos aportados pela Mittal holandesa a favor da Mittal Brasil para consecução dos objetivos propostos – adquirir o controle da Arcelor – só podem levar à conclusão da indedutibilidade do ágio, mais não fosse, pelo simples fato de se tratar de ágio suportado REALMENTE por empresa localizado no exterior, ainda que, formalmente, o negócio tenha sido levado a efeito por empresa no Brasil (empresa veículo).

Há mais, porém, a levar a este desenlace: a não existência da exigida “confusão patrimonial” entre investida e investidora.

Para se atender a legislação de regência, mais que uma comprovada aquisição de uma empresa por outra, para que o ágio seja dedutível é necessária a confusão patrimonial e a perda do investimento adquirido.

Em outro dizer, “é imprescindível que a “mais valia” contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participa da confusão patrimonial. O real investidor, portanto, deve se confundir com o seu investimento. Em outras palavras, no caso de uma incorporação, para que o ágio registrado possa ter a sua amortização deduzida nos termos do artigo 386 do RIR/99, deve a pessoa jurídica que

efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento incorporar esse investimento, ou ser incorporada por ele. O ágio deve, portanto, ser de fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participam da incorporação, fusão ou cisão societária. Se assim não for, será impossível o ágio ir de encontro com o investimento que lhe deu causa” (cf. contrarrazões da PGFN – fls. 7015).

Em resumo, o ágio registrado pela MITTAL BR, na verdade, decorre da aquisição da ARCELOR BRASIL pela MITTAL NV. Tal “mais valia”, portanto, foi efetivamente paga pela MITTAL NV (Holanda), e não pela MITTAL BR. Dessa forma, em face do fato incontroverso que o ágio foi efetivamente suportado pela MITTAL NV, percebe-se que a real investidora é esta empresa, sendo a ARCELOR BRASIL a investida.

E aí cabe a pergunta: onde e em quê a presença da MITTAL BR (empresa veículo, constituída formalmente sob as leis brasileiras) se fez necessária neste conjunto de operações societárias?

A resposta, ainda que contra o entendimento da recorrente, é uma só: permitir que o ágio pudesse ser, fiscalmente, aproveitado pela Arcelor.

Só isso.

E nem se torna necessário realizar maiores digressões para se chegar a esta realidade, bastando ver que a Mittal Brasil não tinha qualquer atividade operacional, teve vidas efêmera, etc, etc, clássico exemplo de empresa veículo, e, mais que tudo, NÃO TINHA RECURSOS PRÓPRIOS para bancar a compra, socorrendo-se da Mittal Holanda, que lhe disponibilizou o dinheiro necessário para que pudesse adimplir o negócio.

Em outras palavras, se não tinha atividade, se sua existência era de curta duração e se não tinha recursos, por que sua presença dentro do perímetro das operações? A resposta, uníssona: só para que o ágio pudesse ser utilizado pela Arcelor o que, no fundo, certamente, se tornou um ponto bastante relevante nas negociações entre as partes, posto que o Estado Brasileiro acabaria por financiar, via redução de tributos, grande parte do negócio.

Concluindo, como o ágio não pode ser utilizado por empresa localizada fora do Brasil, criou-se todo um mecanismo – altamente complexo – que levou, por vias transversas, a que a recorrente, no final de toda a engenharia montada, viesse dele (ágio) a se aproveitar, beneficiando-se de expressivo ganho tributário o qual, inclusive e sem nenhuma sombra de dúvidas, como dito acima, deve ter sido levado em consideração quando dos estudos para aquisição e preço final do investimento.

No caso aqui tratado, a acusação fiscal foi incisiva: a real adquirente da Arcelor Brasil foi a empresa empresa a Mittal Steel Company N.V., domiciliada no exterior, com sede na Holanda. Todas as operações societárias, embora formalmente válidas, foram realizadas visando também a internação do ágio e viabilizar sua amortização.

Em face do ora exposto, restam claras as razões que atestam a ineditabilidade do ágio amortizado pela ARCELORMITTAL BRASIL. Em primeiro lugar, como tal “mais valia” foi assumida no exterior, não há como reconhecer a sua dedutibilidade de acordo com as leis brasileiras. Em segundo, ainda que fosse possível realizar essa análise, o ágio deduzido não observa requisito primeiro e fundamental à dedutibilidade, qual seja, não existe confusão patrimonial entre a real investidora e as investidas. *(destaques do original)*

Frise-se, ainda, que nos termos da acusação fiscal, Mittal Steel Company N.V foi a pessoa jurídica obrigada a realizar a oferta pública de aquisições de ações que resultou no pagamento do ágio cujas amortizações são aqui debatidas:

140. Para que se compreenda a forma como surgiu o ágio decorrente da aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A o qual foi deduzido fiscalmente nos anos-calendário objeto dessa ação fiscal é necessário descrever o histórico dos fatos relativos à fusão no exterior entre as empresas Arcelor e Mittal Steel com os correspondentes reflexos no Brasil. As repercussões do referido evento no exterior avaliadas pela CVM que considerou ter havido alienação indireta do controle da Arcelor Brasil S/A a qual,

anteriormente aquela fusão, era controlada pela Arcelor que detinha cerca de 67% de suas ações.

141. Assim, por decisão da CVM, a Mittal Steel Company N.V. foi obrigada a realizar uma OFERTA PÚBLICA DE AQUISIÇÃO DE AÇÕES DE EMISSÃO DA ARCELOR BRASIL S.A. para que o direito dos acionistas minoritários fosse preservado, tudo conforme Artigo 10 do Estatuto Social da Arcelor Brasil e artigo 254-A da Lei nº 6.404/76.

[...]

146. A aquisição de ações de emissão da Arcelor que deu origem a esta Oferta de permuta foi acordada por meio do Memorando de Entendimentos ("MOU") celebrado em 25 de junho de 2006 pela Arcelor, pela Ofertante Mittal Steel Company N.V., pelo Sr. Lakshmi Mittal e a Sra. Usha Mittal, por meio do qual as partes do MOU concordaram em alterar os termos da Oferta de Permuta apresentada pela Ofertante aos acionistas da Arcelor em 18 de maio de 2006.

[...]

164. A Mittal Steel Brasil Participações S/A (MSBP) CNPJ 08.489.812/0001-54 (subsidiária integral da Mittal Steel Company N.V.) foi a empresa veículo utilizada pelo grupo mundial ArcelorMittal para servir como elemento de passagem para que o ágio decorrente da aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A acabasse na própria Arcelor Brasil após a incorporação da efêmera veículo MSBP por aquela.

165. O papel desempenhado pela controladora Mittal Steel Company N.V. foi o de suportar o ônus decorrente da aquisição das ações via OPA através da integralização de capital da MSBP via transferência de recursos internacionais, combinado com novos aumentos de capital posteriores integralizados com ações da Arcelor Brasil S/A (estas adquiridas também via OPA), bem como através de contrato de compra e venda de ações da Arcelor Brasil S/A (adquiridas também via OPA) realizado entre a controladora Mittal Steel Company N.V. e sua subsidiária integral Mittal Steel Brasil Participações S/A.

[...]

Em seu recurso especial, a Contribuinte reitera as justificativas para interposição da Mittal Steel Brasil Participações S/A, das quais destaca-se:

42. A Recorrente também demonstrou de forma contundente que, à época dos fatos, duas ofertas públicas para a aquisição de ações ("OPA") de empresas distintas forma realizadas concomitante.

43. A primeira delas foi uma OPA hostil efetuada no exterior, tendo como proponente Mittal NV, com sede na Holanda. Referida empresa pretendia, por meio dessa oferta, adquirir o controle da empresa Arcelor S/A, empresa com sede em Luxemburgo que detinha o controle indireto da Arcelor Brasil, empresa brasileira.

44. Deve-se observar que a oferta foi inicialmente rejeitada, mas, após negociações, o Grupo Arcelor acabou por se associar ao Grupo Mittal Steel, celebrando Memorando de Entendimentos ("MOU") prevendo a fusão do grupos. Referido documento previa que a Mittal NV deveria ser incorporada pela Arcelor S.A, imediatamente após o término da oferta pública na Europa.

45. Por sua vez, a segunda OPA foi efetuada no Brasil por imposição da CVM à Mittal NV. A autarquia entendeu que a formação do Grupo ArcelorMittal teria implicado na alienação do controle indireto da Arcelor BR e, ao término de contencioso administrativo, determinou a realização de oferta pública para a aquisição de ações havidas no mercado dos acionistas da Arcelor Brasil, nas mesmas condições propostas pela Mittal NV aos acionistas da Arcelor S/A. Essa determinação fez com que o Edital da OPA previsse a possibilidade de os acionistas interessados optarem pelo recebimento do preço de alienação das ações da Arcelor BR integralmente em dinheiro ou pelo pagamento misto, isto é, parte em dinheiro e parte em ações de emissão da Mittal NV.

46. Dessa forma, caso a incorporação da Mittal NV ocorresse antes do término da OPA no Brasil, esta última seria oferta prejudicada (uma vez que não seria possível entregar ações da Mittal NV, empresa que estaria então extinta).

47. Por esse motivo foi criada a Mittal Steel Brasil Participações S/A (Mittal Brasil ou Mittal BR), empresa brasileira, a fim de realizar partes da oferta pública brasileira (conforme será mais adiante detalhado) e, mais importante, permitir a segregação e a segurança na condução das duas ofertas em andamento. Como resultado da segregação, a Mittal Brasil veio a registrar o ágio objeto de questionamento nesses autos (Ágio Arcelor).

Com as devidas vênias, não se vislumbra na necessária incorporação da *Mittal NV* por Arcelor S/A motivação para a constituição de outra pessoa jurídica no Brasil para execução dos procedimentos referentes à segunda oferta pública de ações. No histórico apresentado mais à frente no recurso especial, tem-se que em 20/08/2007 *foi iniciado o processo de consolidação do grupo e simplificação da estrutura, com a incorporação da Mittal BR pela Arcelor BR*, também objetivando *preencher o requisito legal para a dedução fiscal do ágio registrado na aquisição das ações da Arcelor BR*, e somente em 03/09/2007, *no exterior, os acionistas dos grupos Arcelor e Mittal aprovam a estrutura de combinação das empresas e, em 13 de novembro de 2007, foi definida a relação de troca para a fusão*. Ou seja, a incorporação de *Mittal NV* pode ser adiado até a conclusão da segunda OPA, a evidenciar a desnecessidade da interposição da pessoa jurídica constituída no Brasil para ser extinta, na sequência, por incorporação pela autuada.

Veja-se que, como dito pela Contribuinte, se a incorporação a incorporação da Mittal NV ocorresse antes do término da OPA no Brasil, esta última seria oferta prejudicada (uma vez que não seria possível entregar ações da Mittal NV, empresa que estaria então extinta. Neste contexto, o grupo empresarial necessariamente deveria adiar este evento para atender às exigências da CVM, não se prestando a cogitação de encargos decorrentes de eventual alteração do ofertante perante todos os órgãos envolvidos, além de outros procedimentos burocráticos, que poderia decorrer daquela incorporação se fosse realizada no curso da OPA no Brasil, como justificativa para a atuação de Mittal BR

Patente, assim, que Mittal Steel Company N.V. é a adquirente do investimento em tela e, não tendo ela participado da confusão patrimonial que antecedeu o aproveitamento fiscal do ágio, corretas foram as adições exigidas.

Estes fundamentos são suficientes para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte relativamente às matérias A.5.II, A.5.III, A.5.V. (*destaques do original*)

Aqui, com mais razão, sequer existe justificativa para interposição de Abaeté Holdings Ltda, exceto o fato de não interessar ao Banco Bradesco S/A se integrar à Contribuinte, para encontro de investimento e ágio, na forma exigida pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, para amortização fiscal do ágio pago. Transportando o caso presente para as premissas fixadas no precedente citado:

A transação **efetivamente concretizada** teve como **investidor** o BANCO BRADESCO, na aquisição dos investimentos localizados no Brasil.

A empresa ABAETÊ, serviu deliberadamente para transportar o ágio relativo à aquisição do investimento para a Contribuinte, razão pela qual é classificada como **"empresa-veículo" nos presentes autos**. Recepcionou os recursos para aquisição de ações do BRADESCO BBI e, ato contínuo, foi incorporada pelo investimento.

Empresa de papel, artificial, criada especificamente para criar despesa tributária de amortização de ágio fictícia. Transcrevo constatações da autoridade autuante sobre a ABAETÊ:

De acordo com informações prestadas pelo contribuinte e DIPJ's de 2008 e 2009 (incorporação) a única atividade desempenhada pela Abaeté foi a aquisição das ações do

Bradesco BBI, que eram de propriedade dos antigos sócios da Ágora, empresa que foi adquirida pelo Bradesco BBI com o pagamento feito com ações de emissão do próprio Bradesco BBI. A Abaeté foi uma empresa com somente dezesseis meses de vida, decorridos entre sua constituição e extinção, sem auferir receitas operacionais, exceto a resultante de uma única participação societária, sem quadro de funcionários, tampouco dirigentes exercendo atividade, visto que não houve remuneração de dirigentes e conselheiros.

Dessa forma, cumpre questionar o propósito negocial da Abaeté. Qual a finalidade de sua constituição?

Conforme exposto acima, a Abaeté Holdings foi constituída em 28/08/2008 e foi extinta, através de incorporação pelo Banco Bradesco BBI em 11/12/2009. Em seus dezesseis meses de vida a empresa desempenhou uma única atividade prevista no seu contrato social, a participação em outra sociedade como acionista, especificamente do Banco Bradesco BBI. A empresa não administrou, locou, comprou ou vendeu bens próprios, outros objetos da sociedade, conforme contrato social. Essa participação foi efetivada através da aquisição de ações do BBI de pessoas físicas que as receberam como pagamento pela venda da Ágora Holdings.

Ou seja, o único propósito da constituição e existência da Abaeté Holdings foi a aquisição das ações do Banco Bradesco BBI. Não houve mais nenhum outro propósito negocial nas atividades desempenhadas pela Abaeté.

Diante de todo o escrito no presente voto, a operação em análise não passa pela **primeira verificação** (vide item II.1.8 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 do investimento, mas sim da empresa ABAETÊ, denominada como “empresa-veículo”. Não esteve presente a investidora, BANCO BRADESCO, **aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição** (vide item II.1.7 do voto).

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

A utilização da empresa ABAETÊ tornou impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, vez que afastou a empresa investidora do evento de incorporação.

Ainda, não se pode deixar de registrar a artificialidade da ABAETÊ, empresa de fachada, sem funcionários, de existência efêmera, desvirtuando por completo o instituto da pessoa jurídica. Vale transcrever novamente constatações da autoridade fiscal:

Fica reforçado o fato de que a Abaeté Holdings foi constituída em agosto de 2008 com um capital somente de R\$1.000,00, e teve um significativo aumento de capital em novembro de 2008, no valor de R\$495.800.000,00, com o fim exclusivo de adquirir ações do Bradesco BBI que foram emitidas para a aquisição da Ágora Holdings.

O principal motivo alegado pela incorporação da Abaeté foi “promover a reorganização societária, eliminando a participação indireta no capital do BBI detida pelo Banco Bradesco S/A, controlador, da Abaeté, simplificando a estrutura societária, racionalizando e, conseqüentemente, reduzindo os custos operacionais, administrativos e legais advindos da manutenção da Abaeté”.

Simplificação de estrutura societária, racionalização, redução de custos operacionais, administrativos e legais advindos da manutenção de uma sociedade que, conforme exposto acima, foi uma empresa com somente dezesseis meses de vida decorridos entre sua constituição e extinção, sem receitas operacionais, exceto a resultante de uma única participação societária, sem quadro de funcionários, tampouco dirigentes exercendo atividade, visto que não houve remuneração de dirigentes e conselheiros. Em seus dezesseis meses de vida a empresa desempenhou uma única atividade prevista no seu

contrato social, a participação em outra sociedade como acionista, especificamente do Banco Bradesco BBI.

[...]

A Abaeté, na sua curta existência, de acordo com informações prestadas pelo contribuinte e DIPJ's de 2008 e 2009 (incorporação) exerceu a única atividade de aquisição das ações do Bradesco BBI, que eram de propriedade dos antigos sócios da Ágora, empresa que foi adquirida pelo Bradesco BBI com o pagamento feito com ações de emissão do próprio Bradesco BBI. A Abaeté foi uma empresa com somente dezesseis meses de vida, decorridos entre sua constituição e extinção, não auferiu receitas operacionais, exceto a resultante de uma única participação societária, sem quadro de funcionários, tampouco dirigentes exercendo atividade, visto que não houve remuneração de dirigentes e conselheiros. Sua existência se justifica apenas para ser usada como veículo na realização de um planejamento tributário, aqui mediante reorganizações societárias em seqüências preordenadas, desaparecendo em seguida por incorporação.

No jargão do planejamento tributário a Abaeté é conhecida como sociedade fictícia: **“a pessoa jurídica é apenas de papel, não materializa nenhum empreendimento que a lastreie; é mera sociedade de papel”**. É criada para participar de determinado negócio ou receber determinado patrimônio em trânsito para outra pessoa jurídica, eventualmente ligada à figura do ágio; feito isto pode desaparecer.

Como se pode observar, houve uma tentativa de se empreender **a construção artificial do suporte fático**, para que se pudesse amoldar à hipótese de incidência de despesa de amortização do ágio (**tópico II.1.6** do presente voto). Não há norma de despesa que recepcione uma situação criada artificialmente. Independente da natureza do dispêndio, seja potencialmente dedutível, amortizado ou depreciado, deve decorrer de atividades operacionais da empresa, e ter origem em um esforço direcionado à geração de receitas. Impossível permitir o aproveitamento de dispêndios, independente de sua espécie, **derivados de operações atípicas**, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

Admitindo-se uma **construção artificial** visando o aproveitamento do ágio concretizaria 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 e uma liberalidade não aplicável à grande maioria dos contribuintes.

O caso presente ainda conta com a comparação do procedimento adotado para aquisição de outra parte do mesmo investimento que, sem a formação de ágio, foi promovida diretamente pelo Banco Bradesco S/A, como descrito pela autoridade lançadora:

A Constatação da falta de propósito negocial da Abaeté, além de uma aquisição de ações com ágio, fica reforçada com o fato de que em 23 de dezembro de 2008, o Banco Bradesco S/A, adquiriu dos antigos acionistas da Ágora 89.973.611 ações de emissão do Bradesco BBI, pelo valor total de R\$114.029.038,05. O valor de aquisição unitário foi R\$1,2674. Nesse caso, não houve ágio apurado pelas aquisições das ações pelo Banco Bradesco, pois o valor unitário de aquisição é bastante próximo do valor patrimonial da ação em 31/10/2008, que era R\$1,2046. Com a ausência de ágio a aquisição foi feita diretamente pelo Banco Bradesco e não através da Abaeté.

Assim, em adição aos fundamentos aqui expostos para rejeitar a defesa da Contribuinte, vale a transcrição do voto condutor do acórdão nº 1401-003.080, adotado no recorrido:

Do Mérito

A questão a ser enfrentada é verificar se há embasamento legal para a Recorrente deduzir, na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, a amortização de ágio registrado em sua contabilidade, decorrente de determinadas operações societárias que culminaram com a

transferência ao Banco Bradesco BBI S/A (doravante citada como BBI S/A), por meio de **incorporação**, de ativo que continha o registro de **ágio**.

Do **Termo de Verificação Fiscal - TVF** em parte reproduzido no Relatório deste Voto, percebe-se que estamos diante de caso relativo à aquisição de participação societária (com ágio), seguido de incorporação entre as empresas envolvidas, tendo-se constatado, conforme entendimento da Fiscalização, neste cenário a figura da já conhecida **empresa veículo**.

De se mostrar, então, o que aconteceu.

Informa a autoridade autuante (**item 09 - Lançamento, TVF**) que nas DIPJ da empresa BBI S/A, encontra-se o registro, de despesas de amortização de ágio (nos anos calendário de 2011 a 2013) em contas de resultado, decorrente de ativo que constava na empresa Abaetê Holdings Ltda., então incorporada pela BBI S/A.

Tendo em vista que as amortizações deste ágio vingaram em, pelo menos, **três** anos-calendário (objeto do presente lançamento), a Recorrente reduziu as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL em **R\$ 156.617.375,07**, conforme consta no **TVF**.

Que transações foram estas que houveram com a Abaetê Holdings Ltda (incorporada pela **BBI S/A**, ora Recorrente) que lhe permitiram o registro de amortizações desta **natureza** e desta **magnitude**?

Já vimos, conforme relatoriado, que tratou-se de contabilização de **amortização** de ágio e que apareceu por força de uma **incorporação** em uma empresa, a Abaetê Holdings Ltda, que mantinha em seu ativo o investimento adquirido com ágio.

E como este ágio lá na empresa Abaetê Holdings Ltda foi originado?

De se reproduzir alguns fatos que constam no **TVF** e que ocorreram **anteriormente** à incorporação da Abaetê Holdings Ltda pela BBI S/A., e que contribuem para contextualizar o cenário do surgimento do ágio em questão.

De se ver.

Aquisição da empresa Ágora Holdings S/A

A Recorrente **BBI S/A**, controlada pelo Banco Bradesco S/A, adquiriu a empresa Ágora Holdings S/A, mediante o pagamento com ações de sua emissão, que totalizaram 362.625.150 ações, então entregues aos proprietários daquela empresa, operação que resultou em um ágio da ordem de R\$ 491.547.959,72, sendo posteriormente a empresa Ágora Holdings S/A incorporada pela Recorrente BBI/SA, ocasião em que a composição societária do BBI S/A passou a conter os seguintes acionistas: Banco Bradesco S/A com 92,2% do capital da BBI S/A e os ex-proprietários da Ágora Holdings S/A com 7,8%, conforme consta no **TVF**.

Estas operações, de aquisição do controle da Ágora Holdings S/A seguida de sua incorporação pela BBI S/A **não** tiveram repercussão tributária no presente lançamento. O ágio resultante (**Ágio I**, conforme assim denominado pela Recorrente) foi considerado legítimo, assim como sua posterior amortização (dedução) fiscal.

Voltemos, então, para a situação que originou a glosa da amortização do então denominado **Ágio II**, objeto do presente lançamento.

Constituição da empresa Abaetê Holdings Ltda.

A Abaetê Holdings Ltda foi constituída em 26/08/2008 com capital social de R\$ 1.000,00 (1000 cotas) sendo sócias a Bradesplan Participações Ltda. e a União Participações Ltda., com 999 cotas e uma cota, respectivamente, sendo que após **setenta** dias de sua constituição, em 04/11/2008, (i) Bradesplan retira-se da sociedade transferindo suas cotas para o Banco Bradesco S/A. e (ii) se decide por um aumento do capital social da ordem de **R\$ 495.800.000,00** totalmente subscrito pelo Banco Bradesco S/A. em dinheiro, que passa a deter 99,99% do capital da Abaetê Holdings Ltda.

E neste mesmo dia, a Abaetê Holdings Ltda. adquire 194.843.569 ações de emissão da BBI S/A, que pertenciam aos antigos proprietários da Ágora, e que representavam 53,73% das ações então entregues como pagamento pela aquisição da Ágora.

Nesta operação foi apurado um ágio, conforme segue:

Valor Pago na Aquisição R\$ 495.746.971,69

Valor Patrimonial das Ações Adquiridas (234.718.013,13)

Ágio Apurado (**Ágio II**) R\$ 261.028.958,46

Com esta aquisição, a Abaetê Holdings Ltda. (controlada pelo Banco Bradesco S/A) passou a deter 4,18% do capital da BBI S/A e os ex-proprietários da Ágora passaram a deter 3,61%.

Da alegação de inovação nos fundamentos da decisão da DRJ

Oportuno neste momento comentar a alegação da Recorrente de que a decisão da DRJ teria inovado em seus fundamentos de decidir, quando teria afirmado que aqui se estaria lidando com ágio *interno* ou ágio de *si mesmo*.

Conforme relatoriado, vimos que as ações (da BBI) adquiridas pela Abaetê eram dos ex-proprietários da Ágora, de forma que se deu entre partes independentes e com ágio, também legítimo.

A alusão feita pelo Relator da DRJ, a que se refere a Recorrente, deve-se, por certo, a comentários assumidos em face da **incorporação** havida (que transferiu o ágio), em função de algumas passagens do TVF, de onde o Relator da decisão recorrida, assim se manifestou na condução de seu voto (o destaque é meu):

Por sinal, consoante ilustrado no curso da fase investigatória, no interstício de tempo concernente à produção da seqüência de atos que determinaram a mensuração do suposto ágio, **não mais havia independência das partes envolvidas** nas respectivas avenças.

Neste contexto, agregou-se o sobrepreço derivado da recompra de ativos mobiliários de emissão do próprio impugnante, proporcionando-lhe a faculdade de amortização do ágio amparado em **atos societários** de natureza meramente formal idealizados **entre partes não independentes** à época da concretização dos fatos.

A transação implicou na ocorrência da figura do ágio de si mesmo a partir do reconhecimento contábil de sobrepreço na recompra das ações do próprio BBI (impugnante).

Os **atos societários** (incorporação) foram, sim, realizados entre partes não independentes, afinal ambas as empresas, a Recorrente BBI S/A e a Abaetê, possuem o mesmo controlador, no caso o Banco Bradesco S/A

Portanto, de se afastar qualquer afirmação contida na decisão recorrida acerca de eventual artificialidade do ágio surgido, até porque, não obstante o comentário feito, a decisão recorrida segue nos passos do que contém o TVF, naquilo que centraliza o litígio posto: a utilização de **empresa veículo**.

Neste sentido reproduzo excertos da decisão recorrida:

Demonstrou-se que a BBI não suportou qualquer ônus associado ao negócio jurídico, muito embora a incorporação determinou a transferência contábil da importância referente ao ágio reconhecido no patrimônio da **empresa-veículo (ABAETÊ)**.

[...]A ABAETÊ serviu de instrumento ao alcance de um propósito não negocial do grupo econômico, porquanto a finalidade de sua efêmera existência não se prestou aos fins da atividade empresarial inserta em seus atos societários, mas, tão somente, propiciar a execução de um planejamento tributário abusivo com repercussão na apuração da tributação do IRPJ e da CSLL.

O reconhecimento da operação com esta formatação evidencia a ocorrência de uma motivação convergente à obtenção de uma vantagem fiscal imprópria advinda de prática

empresarial lesiva ao erário público, ratificando a carência de propósito negocial não-tributário no engendramento dos métodos aplicados no curso da reorganização societária.

Portanto, de se **rejeitar** a alegação de nulidade da decisão recorrida, uma vez que o aludido comentário tinha uma outra conotação, que não a dada pela Recorrente.

Da Incorporação da Abaeté pela Recorrente (BBI S/A)

Relembrando, em 11/12/2009 a empresa Abaeté (controlada pelo Banco Bradesco S/A) foi incorporada pela investida, a BBI S/A S/A (controlada pelo Banco Bradesco S/A), tendo esta empresa (a Recorrente) passado a amortizar o ágio decorrente de valorização de suas próprias ações, quando da aquisição feita por Abaeté.

Oportuno reproduzir excertos do **TVF**:

7 Legislação

O Grupo Bradesco pretendeu desde o início, obter o incentivo fiscal presente nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, e, para alcançar este objetivo, promoveu indevidamente a amortização do ágio previsto na referida norma mediante reorganizações societárias.

[...]

Diante do exposto, é fácil perceber que a Abaeté foi usada como empresa veículo, assim chamada por ser uma sociedade que existiu apenas com finalidade de figurar na titularidade das participações societárias por curto período de tempo, servindo apenas para transferir o ágio para o Bradesco BBI e assim possibilitar a sua amortização. Caso o ágio permanecesse assim registrado na Abaeté (empresa veículo) não poderia alcançar a eficácia da norma jurídica instituidora do incentivo fiscal. Fez-se necessário que este ágio fosse transferido para a empresa geradora de lucros suficientes à amortização do ágio no caso para o Banco Bradesco BBI. Estando o ágio na incorporadora inicia-se a fruição do incentivo fiscal.

A Lei n. 9.532/97, art.7 e seus parágrafos, com transposição no artigo 386 do RIR/99, trata do registro contábil do ágio e permite sua amortização fiscal desde que o investidor justifique e fundamente o pagamento do ágio sobre a parte ou o total do capital da empresa investida, verbis:

[...]

[...]O Grupo Bradesco estaria proibido de amortizar, para fins tributários, o ágio oriundo da aquisição das ações do Banco Bradesco BBI, exceto no caso de alienação ou liquidação da participação societária, o que não ocorreu (norma contornada, art. 391, do RIR/99).

Para fugir a esta proibição o Grupo Bradesco montou uma estrutura negocial que se enquadrava à norma de contorno (artigo 386, III cc § 6º, II, do RIR/99), ou seja, usou a Abaeté, sua controlada, para servir de meio para o reconhecimento do ágio para, logo após, promover a sua incorporação pelo Banco Bradesco BBI.

Aqui reside o que entendo ser a parte mais contundente de toda a estória, que dá razão e credibilidade ao lançamento tributário (glosa de despesas com amortização de ágio).

A questão que ora se analisa requer algo mais que a simples constatação da licitude de cada uma das operações realizadas. Para além da legalidade de cada ato individualmente considerado, impõe-se a verificação do conjunto de operações, em face dos princípios que informam o ordenamento jurídico.

Uso de empresa-veículo

No presente caso, a única função da empresa ABAETÊ, no conjunto de operações realizadas, foi permitir a amortização de ágio pela BBI S/A S/A, sem que sua existência tenha qualquer função econômica que não essa.

De se mostrar.

A autoridade autuante destacou uma série de fatos/situações que a levou a concluir pela constatação de que a empresa ABAETÊ serviu apenas para possibilitar a amortização do ágio nos termos do art.386 do RIR/99, ou seja, que se estaria diante de uma empresa **veículo**, assim denominada pela jurisprudência/doutrina como aquelas empresas que são constituídas exclusivamente para permitir a utilização do benefício fiscal contido naquele artigo. Tais empresas nestas condições só serviriam para *conduzir* o investimento adquirido com ágio, por meio de uma incorporação (no caso), o que, segundo os mentores desta operação societária, daria o devido respaldo legal para a questionada amortização do ágio.

A autoridade autuante concluiu que a empresa ABAETÊ foi apenas uma empresa **veículo** e que, na realidade, o real adquirente das ações que pertenciam aos antigos proprietários da Recorrente foi seu controlador, o Banco Bradesco S/A.

A convicção da autoridade autuante está associada a um conjunto de situações e fatos, que a seguir destacamos, extraídos do TVF:

- ABAETÊ foi constituída em 26/08/2008, inicialmente com capital social de R\$ 1.000,00, sendo 99% integralizado pela BRADESPLAN e o restante pela União Participações Ltda; em 04/11/2008, BRADESPLAN transfere suas ações para o Banco Bradesco S/A, o qual injeta **R\$ 495.800.000,00** no capital social da ABAETÊ;
- neste mesmo dia a ABAETÊ adquiriu as ações da BBI que estavam de posse dos antigos acionistas da Ágora, ocasião em que gerou ágio na aquisição (**Ágio II**);
- em 11/12/2009, a ABAETÊ foi extinta por incorporação pelo BBI, empresa aquela que teve apenas uma **única** atividade em sua existência, a participação na BBI;
- com a incorporação de ABAETÊ pela BBI, esta passou a amortizar o ágio decorrente de sua própria valorização (rentabilidade futura);

A Recorrente alegou durante a fase de fiscalização que as justificativas são aquelas que constam no Protocolo de Justificação de Incorporação, tais como simplificação de estrutura societária, redução de custos administrativos e eliminação da participação indireta no BBI.

Disso não se trata.

Uma empresa funcionará como **veículo** em certa operação se receber e repassar algo, em geral um ativo, sem que exista um propósito extratributário suficiente para explicar essa circulação, independentemente de ter duração efêmera ou não, de ser uma sociedade operacional ou não, de em regra cumprir suas obrigações ou não. Vale dizer: até mesmo uma empresa longaeva, operacional e que costuma cumprir suas obrigações, pode ser usada como **veículo** em certa operação se receber e repassar recursos sem propósito extratributário. Sendo assim, para refutar a acusação de uso de empresa-veículo é inócuo comprovar que a referida empresa teve uma certa duração, era operacional e em regra cumpria suas obrigações, se, por outro lado, não ficar demonstrado que, em determinada operação, havia um propósito extratributário para ela receber e repassar recursos.

No caso dos autos, essa empresa **veículo** ou de **passagem** (ABAETÊ), por sua vez, sustentando-se nos recursos que nela foram aportados pelo Banco Bradesco S/A (seu controlador), adquiriu participação societária na BBI S/A com pagamento de ágio e, posteriormente, foi incorporada por sua investida, a qual considerou, indevidamente, a dedutibilidade da contrapartida da amortização do ágio das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, em uma interpretação totalmente equivocada do art.386 do RIR/99.

A Recorrente alegou que "a operação em comento não buscou nenhuma economia tributária que não ocorreria se a aquisição do Recorrente fosse realizada diretamente pelo Banco Bradesco, como inclusive chegou a sugerir o Sr. Agente Fiscal."

O Banco Bradesco S/A, controlador da ABAETÊ, se houvesse feito a aquisição **diretamente**, não poderia ter-se beneficiado da amortização do ágio para fins tributários, a menos que fosse objeto de incorporação ou alienasse o ativo gerador do ágio.

A Recorrente alega que tal aquisição demandaria uma "série de aprovações internas, de acionistas e de órgãos reguladores..." e que a posterior incorporação demandaria "uma complexa reorganização societária entre as duas sociedades" e outras situações, além de que, "também não era interessante ao Grupo Bradesco."

Até entendo que haveria um trabalho maior, mas não houve dificuldades para o Banco Bradesco S/A aprovar e despejar quase R\$ 500 milhões de reais em uma empresa com R\$ 1.000,00 de capital social, unicamente para adquirir as ações de sua controlada BBI, operação esta que, parece, não sofreu qualquer restrição ou impedimento/questionamento de seus acionistas.

Evidente que o Banco Bradesco S/A, controlador da Recorrente, não desejava alienar as ações que *indiretamente* foram adquiridas pela ABAETÊ (também controlada pelo banco), assim como, por óbvio, não era de seu interesse incorporar a Recorrente para **apenas** se aproveitar da dedução fiscal do ágio, daí a razão da criação da ABAETÊ, totalmente controlada pelo Banco Bradesco S/A.

Assim, e apenas para poder valer-se da norma de dedutibilidade do ágio na aquisição de investimentos (no caso, nas ações da BBI), prevista no art. 8º da Lei nº 9.532/97, o Banco Bradesco S/A utilizou-se de uma empresa controlada, constituída e utilizada exclusivamente para este fim, o que não se pode aceitar como situação que pudesse se *encaixar* no disposto no art. 386 do RIR/99, pois foge totalmente da finalidade daquela norma, como já mostramos.

Aqui não se trata, conforme aventado pela Recorrente, de eventual ingerência pela autoridade fiscal em sua atividade, trata-se, isto sim, de desconsiderar, apenas para **fins fiscais**, a operação de incorporação efetivada pela Recorrente junto a ABAETÊ.

Certamente, se o Banco Bradesco S/A tivesse adquirido diretamente as ações da Recorrente, como de fato afirmou a autoridade lançadora, estaria o banco apto legalmente a amortizar fiscalmente o debatido ágio em questão, nas situações previstas na legislação tributária, ocorre que assim **não** foi feito.

A questão não requer muitas divagações, deve-se ter em mente que o ágio representa um custo (se o investimento for alienado) ou despesa se for objeto de amortizações.

A legislação permite que o ágio possa ser amortizado, impedindo, entretanto, sua dedução fiscal, conforme consta no art. 391 do RIR/99, ressalvado o disposto no art. 426 do RIR/99 (alienação do investimento).

Ainda, a possibilidade (fiscal) de deduzir o ágio na apuração do lucro restringe-se ao caso previsto no art. 386, III, do RIR/99 (art. 7º, III, da Lei nº 9.532/97), qual seja: em que a pessoa jurídica absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio fundamentado em rentabilidade da coligada ou controlada com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, caso em que a amortização poderá ocorrer à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração.

Ao contrário do que entende a Recorrente, a utilização de empresa intermediária (ou veículo), sem qualquer função empresarial real distinta do investimento com ágio, está, sim, vedada pelo dispositivo do art. 386 do RIR/99.

Não há lógica em supor que a Lei Tributária admitiria ou até incentivaria a criação de empresa **intermediária**, sem função empresarial, como se depreende das teses da Recorrente. Se a pessoa jurídica ABAETÊ não praticou ato algum de forma autônoma, independente, mas foi criada/utilizada exclusivamente para figurar como "intermediária" em lugar da efetiva interessada, Banco Bradesco S/A, todos os atos dos quais a primeira participa se mostram artificiais.

A Lei não autorizou expressamente (e nem poderia) que o contribuinte se beneficie de amortização de despesas originadas em negócios desta natureza. Não é possível admitir, sob pena de aceitar incompatibilidade no ordenamento jurídico, que a lei tenha autorizado a dedução fiscal de ágio mediante operações que não refletem a realidade,

sem efetivo propósito, como no caso, a criação da empresa intermediária sem qualquer finalidade.

Por outro lado, não se encontra na legislação autorização para aproveitamento do ágio quando, ao final da operação, o verdadeiro adquirente (Banco Bradesco S/A) e o adquirido (Recorrente) **remanescem existindo**, sem que haja união do patrimônio dessas sociedades.

Reproduzo novamente o texto legal do caput do art.386 do RIR/99:

[...]

Então, o que se persegue é o que alguns chamam de *confusão patrimonial*, que nada mais é do que a **união** dos patrimônios das empresas envolvidas, a **real** investidora (que adquiriu a participação societária com ágio) e a investida, ocasião em que a amortização do ágio passa a ser autorizada com efeitos imediatos na base de cálculo do IRPJ.

Isto porque, aquele custo maior (ágio) desembolsado pela investidora, ao se fundir com os lucros gerados pela investida, por meio da incorporação, resulta na permissibilidade de aproveitamento fiscal do ágio, pois agora há uma comunicação direta entre a despesa de amortização deste ágio e as receitas auferidas pela investida.

Argumenta a Recorrente que mesmo que tivesse ocorrido a aquisição pelo Banco Bradesco S/A das suas ações, então detidas pelos antigos acionistas da Ágora, o ágio poderia ter sido amortizado, descrevendo as hipóteses que entende serem alternativas válidas e que apontariam o mesmo caminho, qual seja o direito à amortização do ágio.

Contudo, ainda que outras formas de reorganização societária permitissem amortização de ágio, o fato é que adotou a Recorrente a criação de empresa intermediária (veículo) **exclusivamente** para possibilitar a antecipação dos efeitos fiscais da dedutibilidade do ágio, **sem outros propósitos empresariais ou negociais**, e isto caracteriza descumprimento das condições previstas em lei para o reconhecimento e amortização do ágio.

Reitero: os atos concretos da Recorrente demonstram que a verdadeira adquirente do investimento foi o Banco Bradesco S/A, o qual criou ou utilizou-se de empresa já constituída do Grupo, a empresa **intermediária/veículo ABAETÊ**, ocasião em que aportou os recursos necessários para a aquisição do investimento, mediante aumento de capital. Essa empresa veículo, em seguida, adquiriu o investimento com ágio e depois foi incorporada pela empresa investida (Recorrente), que passa a amortizar o ágio.

Dessa forma, o investimento manteve-se na real adquirente (Banco Bradesco S/A, controlador da BBI), que permaneceu com sua participação na BBI detendo seu integral controle.

O procedimento realizado não extingue, **na real adquirente**, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que, ao final das operações realizadas, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da **investidora original**, diversamente do que se extrai da lei.

Por sua vez, o Banco Bradesco S/A, embora tenha cedido os recursos, procura se desvencilhar de sua condição de real adquirente das ações da BBI então detidas pelos acionistas da Ágora e esquivou-se de, depois, incorporá-la (ou ser por ela incorporada), para, somente a partir daí, poder amortizar o ágio. Ao invés disso, utilizou empresa intermediária, criada exclusivamente para possibilitar a antecipação dos efeitos fiscais da dedutibilidade do ágio, sem outros propósitos empresariais ou negociais, o que caracteriza descumprimento das condições previstas em lei para o reconhecimento e amortização do ágio.

Nesse contexto é que, além de não restar superada a constatação fiscal de que o ônus da aquisição das ações da Recorrente então detidas pelos acionistas da Ágora foi suportado efetivamente pelo Banco Bradesco S/A, apontou a Fiscalização que não há como prosperar a possibilidade de dedutibilidade por uma pessoa jurídica, de ágio originado

na aquisição, de quotas dela mesma, por uma empresa criada somente para tal operação de aquisição (empresa intermediária ou empresa veículo).

Alegações de Nulidade da Decisão Recorrida

Não obstante, a Recorrente ainda alegou que a decisão recorrida não se manifestou sobre "outras estruturas societárias que poderiam ter sido implementadas pelo Grupo Bradesco, as quais também resultariam no aproveitamento do Ágio", então descritas no tópico **III.4** de sua Impugnação e que esta ausência de manifestação seria uma **omissão** grave o suficiente a demandar a nulidade da decisão recorrida.

Ora, na decisão recorrida foram abordados os fatos que **efetivamente** aconteceram, qual seja, a utilização de empresa **veículo**, conforme assinalado no TVF.

Eventuais suposições do que poderia acontecer, se o controlador da Recorrente tivesse tomado outros caminhos (citados pela Recorrente) não cabe mesmo aqui discutir, sob pena de ficarmos debatendo situações outras que não a objeto do litígio posto.

Assim como não procede a alegação de que, na decisão recorrida, não constaria comentário acerca do art.981 do CC, citado na Impugnação, o que acarretaria uma outra omissão capaz de acarretar a nulidade da decisão da DRJ.

Ora, evidente que não se desconhece a legalidade de existência de empresas com uma única atividade ou com apenas um negócio específico, o que não se pode aceitar é esta utilização, nos termos visto nos autos, para fins de redução indevida de tributos.

Assim como não procede sua outra alegação de que, na decisão recorrida, não constaria comentário acerca do art.116 do CTN, citado na Impugnação, o que acarretaria também uma omissão capaz de acarretar a nulidade da decisão da DRJ.

Ora, este artigo sequer foi mencionado no TVF e, esclareça-se, o julgador não precisa ficar rebatendo tudo que é trazido na defesa, basta detectar e analisar os pontos que, diretamente, estão associados ao **LITÍGIO**, que é o que foi feito pela DRJ e que ora se faz no presente Voto.

Em outra alegação, agora requer a nulidade porque a decisão recorrida teria comentado o seguinte:

Manifestada a intenção de venda das ações da BBI, ante a perda da affectio societatis quanto à permanência na gestão dos

negócios da instituição financeira, caberia aos ex-acionistas da ÁGORA promover o exercício do direito de recesso (art. 109 da Lei das S/A) e oportuna deliberação da data de reembolso de equivalente importância dos ativos mobiliários (art. 45 da Lei das S/A) aos seus beneficiários.

A Recorrente tece suas explicações acerca de tal dispositivo da Lei das S/A, que se trataria de situações envolvendo os chamados acionistas **dissidentes** e comenta outros dispositivos desta mesma lei.

Evidentemente que a citação trazida na decisão recorrida não tem os efeitos que a Recorrente lhe atribui, pela simples razão de que tal sustentação do Relator da DRJ adequada ou não – não foi a razão de decidir conforme já fartamente demonstrada neste Voto.

Nas palavras do Relator da DRJ, o seu foco no litígio:

Além disto, admitido o fracionamento do pagamento da aquisição da ÁGORA mediante entrega de participação societária da BBI, patente a inexistência de qualquer motivação razoável para a passagem desta negociação pela ABAETÊ.

Quando o Relator constata que os ex-acionistas manifestaram seu desejo de alienar as ações da BBI, seja porque motivo for, e a Recorrente alegou que isto seria uma motivação a mais para a utilização da ABAETE (agilidade na alienação), o fato é que o Relator está sinalizando, de maneira correta, que o Contrato celebrado entre as partes, prevê que a opção de venda das referidas ações do BBI poderia ser exercido a qualquer

tempo pelos ex-acionistas da Ágora, o que, evidentemente, não ampara e nem dá o respaldo legal (propósito negocial) à operação societária em questão.

Nas palavras do Relator da DRJ:

Em suma, a opção pela passagem desta etapa da negociação pela ABAETÊ revelou-se totalmente dispensável.

Sob esta perspectiva, configurada a ocorrência de convenção entre particulares com evidente propósito de redução ilegítima da incidência tributária, circunstância esta inoponível ao Fisco.

De forma que não procede esta alegação da Recorrente de que seria uma **inovação** capaz de acarretar a nulidade da decisão da DRJ.

De outras alegações de Nulidade da Decisão Recorrida

Em outra alegação, agora requer a nulidade porque na decisão recorrida teria constado o seguinte:

A recompra das ações da BBI com a atribuição de um ágio na transação evidenciou que se trata de uma despesa não necessária, anormal e de mera liberalidade do Grupo Bradesco.

Aí, vem a Recorrente sustentar a nulidade porque *a dedução fiscal da amortização do ágio* não estaria sujeita aos critérios do art.299 do RIR/99.

Ora, convenhamos que não há nada de errado na citação da DRJ que pudesse ter o caráter que lhe atribuiu a Recorrente, de inovação em sua razão de decidir, até porque tal dispositivo legal consta no enquadramento legal do lançamento.

Quanto ao Laudo de Avaliação, em breve menção na decisão recorrida, de que seria *irrelevante* e fez um rápido comentário, de se dizer que isto não tem a menor importância, pois não houve nenhuma contestação ou restrição em seus valores, tanto por parte da autoridade lançadora como da parte do Relator da DRJ.

Quanto à alegação de que na decisão recorrida os comentários do Relator da decisão da DRJ, acerca de eventual evasão tributária e/ou prática de abuso de direito, seriam inovadores, estranhos à autuação, também não vejo como isto possa ser encarado de tal maneira que pudesse a decisão recorrida estar inquinada de nulidade.

Em várias passagens do **TVF**, percebem-se alusões semelhantes ao comentado na decisão recorrida, como por exemplo estas a seguir, extraídas do **TVF**:

Fica evidente que a criação e o funcionamento da Abaeté não almejou um amplo objetivo negocial, tendo em vista a artificialidade da operação que participou.

[...]

Desta forma, não há razão para se aceitar esta construção arquitetada pelo Bradesco BBI para possibilitar a amortização do ágio para fins tributários efetuada através da montagem de operações estruturadas em sequência, utilizando-se de uma empresa sem atividades operacionais, como uma estruturação societária com o único objetivo de permitir a amortização do ágio, uma empresa fictícia, pois se assim não procedêssemos, poderíamos abrir caminho para o uso da fraude à lei a todos àqueles que fossem adquirir uma participação societária com ágio e que não pretendessem absorver o patrimônio da investida, por incorporação, fusão ou cisão, conforme disposto no art. 386 do RIR/99.

Ao fazer um comentário às várias citações de obra de Marco Aurélio Greco, temos o seguinte no TVF:

Saliente-se que, como o Professor Greco, não negamos ao contribuinte a liberdade individual de organizar seus negócios de modo a pagar o menor tributo, mas questionamos os meios do seu exercício. O próprio ordenamento jurídico impõe limites ao exercício dessa liberdade, constituindo abuso de direito a extrapolação destes limites.

Portanto, de se rejeitar as preliminares (todas) invocadas pela Recorrente acerca de nulidade da decisão recorrida. (*destaques do original*)

Estas as razões para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa

Declaração de Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado

A questão central no presente caso reside na existência de fato (ou não) da empresa-veículo interposta no negócio para viabilizar a amortização do ágio que seria pago na aquisição do investimento que seria realizado pelo Banco Bradesco.

A autoridade fiscal centra sua acusação na ausência de propósito negocial da empresa Abaeté Holdings que teria sido criada pelo Banco Bradesco com o exclusivo propósito de propiciar o reconhecimento e aproveitamento do ágio na operação de recompra das ações do Banco Bradesco BBI que haviam sido transferidas aos ex-acionistas da empresa Agora DTVM, anteriormente adquirida pelo Bradesco BBI. Desta feita, o real adquirente das ações seria o Banco Bradesco, controlador da Abaeté.

Segundo entende a fiscalização, a recompra das ações do Bradesco BBI poderia ter sido realizada diretamente pelo Banco Bradesco sem a interveniência da empresa-veículo Abaeté, como, aliás, procedeu com relação à parte das ações readquiridas em dezembro, quando não houve a geração de ágio.

Noutra vertente, a autoridade fiscal, sustenta que a própria operação de aquisição do investimento na empresa Ágora Holdings pelo Banco Bradesco BBI poderia ter sido realizada pelo grupo Bradesco sem o pagamento em ações aos sócios daquela empresa, mas sim em dinheiro. Se assim tivesse procedido, não existiria a recompra das ações e, portanto, a figura do segundo ágio.

O excertos abaixo, colhidos do Termo de Verificação Fiscal – TVF, bem expressam o teor da acusação fiscal, *verbis*:

6) Análise das Atividades desempenhadas pela Abaeté Holdings Ltda

Intimado a apresentar todas as atividades desempenhadas pela Abaeté Holdings, considerando o seu objeto social, e respectivos resultados operacionais em 2008 e 2009, respondeu que conforme cláusula segunda do contrato social a empresa tinha por objeto social administração, locação, compra e venda de bens próprios e participação em outras sociedades como cotista ou acionista.

Os resultados operacionais da empresa foram compostos por resultados de equivalência patrimonial, R\$2.237.727,37 e R\$14.387.200,15 em 2008 e 2009 respectivamente, oriundos exclusivamente da participação acionária no Bradesco BBI, e rendimentos de aplicações financeiras, R\$ 418,57 e R\$1.424,58, em 2008 e 2009 respectivamente.

De acordo com informações prestadas pelo contribuinte e DIPJ's de 2008 e 2009 (incorporação) a única atividade desempenhada pela Abaeté foi a aquisição das ações do Bradesco BBI, que eram de propriedade dos antigos sócios da Ágora, empresa que foi adquirida pelo Bradesco BBI com o pagamento feito com ações de emissão do próprio Bradesco BBI. A Abaeté foi uma empresa com somente dezesseis meses de vida, decorridos entre sua constituição e extinção, sem auferir receitas operacionais, exceto a resultante de uma única participação societária,

sem quadro de funcionários, tampouco dirigentes exercendo atividade, visto que não houve remuneração de dirigentes e conselheiros.

Dessa forma, cumpre questionar o propósito negocial da Abaeté. Qual a finalidade de sua constituição?

Conforme exposto acima, a Abaeté Holdings foi constituída em 28/08/2008 e foi extinta, através de incorporação pelo Banco Bradesco BBI em 11/12/2009. Em seus dezesseis meses de vida a empresa desempenhou uma única atividade prevista no seu contrato social, a participação em outra sociedade como acionista, especificamente do Banco Bradesco BBI. A empresa não administrou, locou, comprou ou vendeu bens próprios, outros objetos da sociedade, conforme contrato social. Essa participação foi efetivada através da aquisição de ações do BBI de pessoas físicas que as receberam como pagamento pela venda da Ágora Holdings.

Ou seja, o único propósito da constituição e existência da Abaeté Holdings foi a aquisição das ações do Banco Bradesco BBI. Não houve mais nenhum outro propósito negocial nas atividades desempenhadas pela Abaeté.

Com a incorporação da Abaeté Holdings as ações do Bradesco BBI que eram de sua propriedade foram transferidas ao Banco Bradesco e o ágio que estava contabilizado na Abaeté, resultante da aquisição das ações do Bradesco BBI, foi transferido para o próprio Bradesco BBI. O objetivo da reestruturação societária foi possibilitar a transferência do ágio e sua amortização. O objetivo foi criar uma situação onde o Bradesco BBI pudesse amortizar um ágio.

Fica evidente que a criação e o funcionamento da Abaeté não almejou um amplo objetivo negocial, tendo em vista a artificialidade da operação que participou.

A constituição da Abaeté teve como objeto único o de se criar uma empresa para adquirir ações do Bradesco BBI de pessoas físicas que receberam essas ações como pagamento da venda da Ágora Holdings para o próprio Bradesco BBI. Sua única atividade foi a aquisição dessas ações e possibilitar o reconhecimento do ágio na sua escrituração contábil.

O Bradesco BBI está amortizando dois ágios que tem uma única origem, a aquisição da Ágora Holdings.

Uma única aquisição de sociedade ensejou o aparecimento de dois ágios:

Primeiro ágio: Tendo como origem a aquisição e a incorporação da Ágora Holdings, adquirida com a emissão de ações do Bradesco BBI,

Segundo ágio: Tendo como origem a incorporação da Abaeté Holdings que tinha ágio devido a aquisição de ações do Bradesco BBI dos antigos acionistas da Ágora.

O Banco Bradesco BBI poderia ter adquirido a Ágora Holdings com o pagamento em dinheiro, incorporado a sociedade e assim ter a possibilidade de amortizar o ágio de R\$491.547.959,72. Ao invés disso adquiriu a Ágora Holdings com a emissão de ações, e após quarenta e oito dias após essa aquisição uma empresa, 100% controlada pelo Banco Bradesco, adquiriu parte dessas ações com o pagamento de preço superior ao valor contábil, possibilitando assim o reconhecimento de ágio no valor de R\$261.028.958,46.

Fica reforçado o fato de que a Abaeté Holdings foi constituída em agosto de 2008 com um capital somente de R\$1.000,00, e teve um significativo aumento de capital em novembro de 2008, no valor de R\$495.800.000,00, com o fim exclusivo de adquirir ações do Bradesco BBI que foram emitidas para a aquisição da Ágora Holdings.

O principal motivo alegado pela incorporação da Abaeté foi “promover a reorganização societária, eliminando a participação indireta no capital do BBI detida pelo Banco Bradesco S/A, controlador, da Abaeté, simplificando a estrutura societária, racionalizando e, conseqüentemente, reduzindo os custos operacionais, administrativos e legais advindos da manutenção da Abaeté”.

Simplificação de estrutura societária, racionalização, redução de custos operacionais, administrativos e legais advindos da manutenção de uma sociedade que, conforme exposto acima, foi uma empresa com somente dezesseis meses de vida decorridos entre sua constituição e extinção, sem receitas operacionais, exceto a resultante de uma única participação societária, sem quadro de funcionários, tampouco dirigentes exercendo atividade, visto que não houve remuneração de dirigentes e conselheiros. Em seus dezesseis meses de vida a empresa desempenhou uma única atividade prevista no seu contrato social, a participação em outra sociedade como acionista, especificamente do Banco Bradesco BBI.

A participação indireta no Bradesco BBI foi criada pelo próprio Banco Bradesco, por ocasião do aumento de capital da Abaeté em 04/11/2008, e simultaneamente a aquisição de ações do Bradesco BBI pela Abaeté no mesmo dia 04/11/2008. **Toda essa estruturação societária poderia ter sido evitada se o Banco Bradesco adquirisse as ações do Bradesco BBI diretamente dos antigos acionistas da Ágora.** A aquisição das ações foi feita pela Abaeté para que o ágio nessa aquisição ficasse na adquirente. Posteriormente esse ágio foi registrado contabilmente no Bradesco BBI devido à incorporação da Abaeté.

Fica constatada a ausência de um propósito negocial na operação da Abaeté condizente com o objeto da sociedade, que era administração locação, compra e venda de bens próprios e participação em outras sociedades como sócia ou acionista. Não participou em outras sociedades. **Participou em uma única sociedade, Banco Bradesco BBI com um único propósito, possibilitar o reconhecimento de ágio** na aquisição de ações de emissão do Bradesco BBI e posteriormente possibilitar a amortização do ágio através da sua incorporação pelo próprio Bradesco BBI!

A Constatação da falta de propósito negocial da Abaeté, além de uma aquisição de ações com ágio, fica reforçada com o fato de que em 23 de dezembro de 2008, o Banco Bradesco S/A, adquiriu dos antigos acionistas da Ágora 89.973.611 ações de emissão do Bradesco BBI, pelo valor total de R\$114.029.038,05. O valor de aquisição unitário foi R\$1,2674. Nesse caso, não houve ágio apurado pelas aquisições das ações pelo Banco Bradesco, pois o valor unitário de aquisição é bastante próximo do valor patrimonial da ação em 31/10/2008, que era R\$1,2046. Com a ausência de ágio a aquisição foi feita diretamente pelo Banco Bradesco e não através da Abaeté.

Com essa “engenharia societária” o Banco Bradesco BBI está amortizando dois ágios que tem como origem uma única aquisição de sociedade independente do Grupo Bradesco, a Ágora Holdings:

[...] (destaquei)

Antes de adentrar ao mérito da discussão, importa fazer algumas considerações acerca da dedutibilidade do ágio decorrente da aquisição de participações societárias com a participação de uma (ou mais) empresa-veículo na operação.

Observo que não sou adepto da aplicação direta da tese do “real adquirente” pelo simples fato de o negócio ser estruturado com a utilização de uma empresa-veículo que receba aporte de capital (total ou parcial) de outra empresa para a aquisição do investimento.

Entendo que tal fato, por si só, não é suficiente para viciar as operações com vistas ao aproveitamento fiscal do ágio.

Com efeito, não se deve buscar um sentido à lei que a afaste dos institutos que ela pretende regular ou a eles se refira.

A lei prevê que o aproveitamento do ágio (uma vez que este tenha ocorrido e sido demonstrado legitimamente) decorre da absorção do patrimônio de um pessoa jurídica pela outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio apurado na forma do § 2º. Inc II do art. 385 do RIR/1999,

inclusive quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a participação.⁶⁵

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

A figura da companhia holding encontra-se prevista no art. 2º, § 3º da Lei nº 6.404/1976 (Lei das S/A).⁶⁶ Da mesma forma os institutos da incorporação, fusão e cisão, estão previstos em diversos dispositivos da Lei nº 6.404/1976.⁶⁷

⁶⁵ Assim dispõe o art. 386 do RIR/1999:

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

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

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

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

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

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 1º).

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 2º):

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

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

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

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

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

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

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 5º).

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

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

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

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

⁶⁶ Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

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

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

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

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

Estes institutos estão expressamente previstos na lei comercial, não cabendo que a sua definição, conteúdo e alcance sejam interpretados de forma diversa para definição de seus efeitos tributários, nos termos dos art. 109 e 110 do CTN .

Portanto, não há na norma um impedimento específico para a utilização da empresa-veículo na realização do negócio societário entabulado, mas impõe-se de examinar a sua real existência e utilidade no negócio, com vistas a aquilatar se não se caracteriza uma mera simulação, com único propósito de redução da carga tributária da empresa investida.

Os negócios jurídicos realizados devem respeitar os princípios da boa-fé e a função social da empresa. Assim, não se admitem, para efeitos fiscais, negócios puramente formais e sem qualquer substância, que visam unicamente a obtenção de benefícios fiscais.

Em síntese, a empresa-veículo deve ter existência de fato, não apenas formal.

Passo ao exame do caso concreto.

Como já mencionado a autoridade fiscal questionou não apenas o propósito negocial da empresa Abaeté como a própria estrutura de aquisição da participação societária da empresa Ágora Holdings pelo grupo Bradesco por meio da empresa Bradesco BBI, afirmando que, se aquela aquisição houvesse sido realizada apenas em dinheiro o único ágio que teria surgido e seria aproveitável seria o que decorreu desta primeira operação e que não foi questionado pelo Fisco.

Ocorre que não foi esta a estrutura do negócio realizada pelas partes, tendo envolvido a incorporação das ações da empresa Ágora Holdings pelo Bradesco BBI, com o recebimento pelos seus ex-sócios, em troca, de ações da companhia adquirente em substituição às da empresa incorporada, com opção de recompra.

Tal operação, ao que consta do próprio TVF, foi realizada entre partes não relacionadas que assim entabularam o negócio.

A acusação fiscal, no entanto, ao questionar a forma que se deu o negócio, uma vez que grande parte das ações foram recompradas pelo grupo Bradesco poucos meses após a primeira operação, parece sugerir alguma anormalidade na negociação, como se tais passos tivessem sido adremente preparados, unicamente com vistas à geração de um segundo ágio por ocasião da recompra das ações.

Para que tal ocorresse, inequivocamente, teria sido necessária a participação e concordância dos ex-sócios da Ágora Holdings para que a operação se concluísse em etapas, tal

⁶⁷ Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

[...]

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

[...]

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

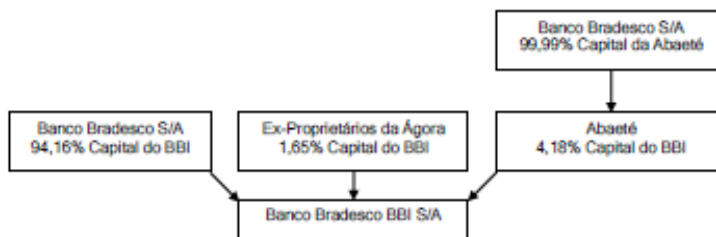
como se deu. Ou seja, teria de haver um conluio entre as partes, desde o início, com vistas a uma simulação de uma operação diversa da que efetivamente teria sido entabulada.

Não obstante, a autoridade fiscal não trouxe qualquer elemento aos autos ou acusação no sentido de demonstrar um conduta simulada entre as partes.

Observa-se também que os ex-sócios da Ágora Holdings ainda permaneceram com pequeno percentual (1,65%) de participação no Banco Bradesco BBI, após as duas operações de recompra e a subsequente incorporação da Abaeté pelo Banco Bradesco BBI.

É o que se extrai do TVF (fls. 466/467), ao concluir o item 4) Compra das ações - pelo Banco Bradesco S/A (Segunda Venda de Ações):

Após essa operação a estrutura de controle societário do Bradesco BBI ficou representada pelo quadro abaixo:



5) Incorporação da Abaeté Holdings pelo Banco Bradesco BBI S/A

Em 11 de dezembro de 2009 houve a segunda alteração do contrato social da Abaeté Holdings Ltda, onde seus sócios cotistas deliberaram:

- Registrar a cessão e transferência de 1 (uma) cota de propriedade da Sócia-Cotista União Participações Ltda para o Sócio-Cotista Banco Bradesco S/A;
- Aprovar a incorporação da Sociedade pelo Banco Bradesco BBI S/A.

Após a incorporação da Abaeté a estrutura de controle societário do Bradesco BBI ficou representada pelo quadro abaixo:



De fato, causa estranheza, ao menos em princípio, a diferença de preço nas duas operações de recompra das ações. As adquiridas pelo Banco Bradesco por um valor menor, sem geração de ágio, e a parte adquirida pela empresa Abaeté Holdings por um valor de mercado superior ao patrimonial, com apuração de ágio.

A autoridade fiscal não questionou tal diferença, mas apenas o fato de o Banco Bradesco, controlador do Banco Bradesco BBI, ter adquirido esta parcela sem geração de ágio, diretamente e não por intermédio de sua controlada Abaeté, o que seria mais um indício da desnecessidade desta no negócio.

A recorrente busca esclarecer o motivo da aquisição desta parcela pelo Banco Bradesco, sem geração de ágio. Informa que trata-se de parcela do preço na aquisição da empresa Ágora que estava referenciada no valor de mercado de ações da Bovespa e da BM&F que não interessava ao grupo Bradesco fazer a aquisição, mas que não podiam ser vendidas pela Ágora CTVM naquele momento, pois tais ações estavam sujeitas a período de bloqueio (Lock up). Assim, convencionou-se que os antigos acionistas da Ágora podiam exercer uma opção de venda das ações recebidas, cujo preço de exercício já pré-fixado, corresponderia ao valor de mercado das ações da Bovespa e da BM&F.

Assim consta de sua impugnação (fls. 37/38), *verbis*:

[...]

Por outro lado, não se justifica a afirmação da Autoridade Fiscal no sentido de que a aquisição de ações do Impugnante, realizada em 23 de dezembro de 2008, deu-se pelo Banco Bradesco devido à ausência de ágio.

Conforme se extrai do TVF, bem como se verifica do Instrumento Particular de Compromisso de Incorporação de Ações (fls. 11 e 12 - Doc. 11), o preço de aquisição da Agora foi estabelecido em três parcelas. A "Parcela C" do preço estava referenciada no valor de mercado das 6.271.398 ações Bovespa e das 9.605.466 ações BM&F que a Agora CTVM possuía em março de 2008.

Isso porque o Grupo Bradesco não almejava adquirir tais ações, entretanto, a Agora CTVM não poderia aliená-las em momento precedente à incorporação de ações, pois as ações Bovespa e BM&F estavam sujeitas a período de bloqueio ("lock-up")⁶⁸.

Então, decidiu-se que os antigos acionistas da Agora receberiam ações do Impugnante correspondentes ao valor de mercado das ações Bovespa e BM&F e, após o término do período de lock-up, poderiam exercer uma opção de venda de tais ações, cujo preço de exercício a ser pago corresponderia ao valor de liquidação da venda das ações Bovespa e/ou das ações BM&F no mercado, nos termos da cláusula 5 do "Contrato de Opções de Compra e de Venda de Ações Lock-Up"⁶⁹ (fls. 296 e 297 dos autos).

Como o Banco Bradesco já estava ciente e preparado para o exercício da opção de venda deste lote de ações do Impugnante, pôde adquirir as ações do Impugnante diretamente, sem a necessidade de uma outra sociedade.

Ante o exposto, torna-se evidente a total insubsistência dos argumentos levantados pelo Sr. Agente Fiscal, uma vez que demonstrado o efetivo propósito negocial da Abaeté e que a presente operação é totalmente legítima, válida e estava em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro vigente à época dos fatos, devendo, também por esse motivo, serem canceladas as autuações em questão por essa E. Turma Julgadora.

[...]

Com relação à outra parcela das ações objeto de recompra pelo grupo Bradesco, a recorrente sustentou, em sua impugnação que, em decorrência da grave crise do mercado financeira e de capitais que o país e o mundo atravessava, em novembro de 2008, os ex-acionistas da Ágora, que passaram a deter ações da recorrente, decidiram exercer a opção de venda de ações prevista no contrato, ensejando uma necessidade de aquisição rápida pelo grupo

⁶⁸ 21 "5.1 As Partes reconhecem e concordam que o preço de alienação das Ações BBI Lock-up está atrelado ao valor de alienação das Ações Bovespa e das Ações BM&F de propriedade indireta dos Vendedores em Bolsa de Valores. As Partes reconhecem ainda que, em função da recente abertura de capital tanto de Bovespa quanto de BM&F, as Ações Bovespa e Ações BM&F respectivas detidas indiretamente pelos Vendedores encontram-se sujeitas a período de bloqueio (o "Lock-up"), sendo, no caso de Bovespa, de 100% das Ações Bovespa até 22/04/2008 e 60% até 19/10/2008, e no caso de BM&F, de 100% das ações BM&F até 27/05/2008(...)"(fl. 11 - fl. 296 dos autos)

⁶⁹ 22 "5.1. (...)

(c) implementada a incorporação prevista no item (a) anterior, e uma vez alcançada a data de liberação do lock-up de ações, a Gestora deverá alienar ou fazer com que seja alienada a totalidade das ações Bovespa ou BM&F assim liberadas no prazo máximo de 6 (seis) meses a contar de tal data, sendo que quaisquer alienações deverão ser imediatamente comunicadas ao BRADESCO e ao BBI, com cópia para o Selmo; (...)

5.2 Uma vez completada a venda de qualquer lote das Ações Bovespa e/ou das Ações BM&F, o valor total arrecadado, atualizado conforme item "e" acima, e deduzido dos montantes previstos no mesmo item, corresponderá proporcionalmente ao preço de Aquisição das Ações BBI Lock-up, cujo valor deverá ser pago aos Vendedores no mesmo dia de liquidação da venda do respectivo lote."

Bradesco, que optou pela transferência da empresa Abaeté, detida por outra empresa do grupo (Bradesplan), para o Banco Bradesco que capitalizou-a para realizar o investimento, *verbis*:

[...]

A presente autuação fiscal é fundamentada, basicamente, na suposta ausência de propósito negocial da Abaeté, que teria sido constituída, na visão do Sr. Agente Fiscal, para "possibilitar o reconhecimento de ágio na aquisição de ações de emissão do Bradesco BBI e posteriormente possibilitar a amortização de ágio através da sua incorporação pelo próprio Bradesco BBI" (embora o próprio Sr. Agente Fiscal, contraditoriamente, reconheça que a aquisição da referida participação societária já constituiria um propósito negocial). Confira-se:

[...]

Contudo, em que pesem as alegações do Sr. Agente Fiscal (baseadas em premissas equivocada e contraditórias), o mencionado entendimento não poderá prevalecer, uma vez que todos os atos praticados pelo Grupo Bradesco para a aquisição das ações do Impugnante detidas por terceiros foram legítimos (praticados conforme legislação vigente à época dos fatos, devidamente registrados e aprovados pelos órgãos competentes) e possuem evidente propósito negocial. É o que se passará a demonstrar.

De fato, diante do exercício, em curto espaço de tempo, das opções de venda detidas pelos antigos acionistas da Agora, nos termos da já citada cláusula 2.2 do "Contrato de Opções de Compra e Venda de Ações Livres"⁷⁰ (Doc. 07), não houve outra alternativa ao Grupo Bradesco senão utilizar de uma sociedade que já pertencia ao Grupo para adquirir as ações de terceiros.

Com efeito, diferentemente do que afirmou o Sr. Agente Fiscal, o Banco Bradesco, instituição financeira de capital aberto, já envolvida em uma série de operações e negócios, não poderia simplesmente parar suas atividades para voltar suas atenções à obtenção de autorizações e aprovações necessárias para adquirir uma participação societária de quase R\$ 500 milhões, de 40 acionistas diferentes, terceiros independentes.

Sendo assim, o aporte de capital em uma sociedade do Grupo, administrada por determinados diretores do próprio Grupo Bradesco, que voltaria todos os seus esforços para esta operação, mostrou-se a opção mais viável para se honrar com a opção de venda outorgada e exercida pelos antigos acionistas da Agora, em sua maioria pessoas físicas. É importante reforçar este ponto, a aquisição das ações do Impugnante se deu por meio da Abaeté por uma questão operacional e em estrita conformidade com a cláusula 10.2 do citado "Contrato de Opções de Compra e Venda de Ações Livres" que autorizava a "cessão de direitos e obrigações" pelo comprador (Doc. 07).

Não obstante esse fato seja suficiente para o reconhecimento do propósito negocial da operação, deve-se salientar que a Abaeté foi constituída com o objetivo de **participar do capital social de outras sociedades, tendo cumprido sua finalidade econômica quando adquiriu um vultoso investimento de quase R\$ 500 milhões!** Destaque no original)

[...]

Ademais, a alegação feita pelo Sr. Agente Fiscal no sentido de que a Abaeté não possuía empregados e não incorreu em despesas administrativas pode ser facilmente explicada pela lição de Modesto Carvalhosa, ao explicar que a atividade de uma holding é apenas "a participação em uma atividade econômica de terceiros,- ao invés do exercício de atividade produtiva ou comercial própria".

Destarte, não existe nenhuma anormalidade em se esperar que as despesas administrativas e com folha de pagamento sejam incorridas pelas sociedades que

⁷⁰ 15 "2.2 A Opção de Compra poderá ser exercida a qualquer tempo, sobre todas e não menos do que todas as Ações do BBI Livres detidas pelos Vendedores, a partir da data do 3o (terceiro) aniversário da Data de Fechamento."

exercem efetivamente a atividade produtiva ou comercial própria e não pela sociedade holding.

[...]

Dessa forma, verifica-se que a Abaeté foi constituída com o objeto social de "participação em outras sociedades" e o exerceu legitimamente ao adquirir as ações do Impugnante, conforme corrobora a doutrina comercial citada. Além disso, o fato de ter sido constituída para a aquisição de uma única participação social está em total conformidade com o citado parágrafo único do artigo 981 do Código Civil. (destaque no original)

[...] (g.n.)

A recorrente reitera em seu recurso especial que haviam outros propósitos negociais, além dos ganhos tributários, na recompra das ações pela empresa Abaeté, *verbis*:

[...]

De fato, conforme demonstrado em detalhes na peça recursal, a constituição da sociedade Abaeté, bem como as demais etapas da operação que culminaram no aproveitamento do ágio pelo Recorrente, tiveram efetivas razões negociais (extrafiscais, portanto), nas quais se fundamentaram. Confira-se, resumidamente:

- Sendo o Banco Bradesco uma instituição financeira de capital aberto, a aquisição das ações de 40 acionistas da Ágora dependeria de uma série de aprovações internas de acionistas e de órgãos reguladores, de modo que o tempo e o repentino exercício de opção de venda não permitiriam a viabilidade dessa operação;
- O único meio viável para a realização do negócio, em virtude do tempo hábil, e, também, o menos oneroso para o Grupo Bradesco, se deu mediante as operações societárias praticadas pelo Recorrente;
- A incorporação direta pelo Recorrente demandaria uma complexa reorganização societária, transferência do quadro funcional, a realização de auditoria legal, obtenção de diversos documentos perante os órgãos reguladores (BACEN, CVM, BF&F Bovespa), o que tornaria ineficaz a realização do negócio; e
- Ineficiência das práticas operacionais desempenhadas pelo Recorrente no curso de seu fim social.

Destarte, não há dúvidas de que a análise da operação realizada revela a existência de uma variedade de motivos eminentemente negociais. Assim, fica claro não ser o intuito das partes obter uma redução da carga tributária, mas, sim, concretizar a aquisição de um dos maiores bancos de investimento do país, criando-se uma estrutura empresarial concentrada, aumentando-se sua eficiência e se reduzindo custos operacionais.

A fiscalização, também, questionou no TVF a alegada redução de custos e simplificação da estrutura operacional, apresentada pela recorrente para justificar a incorporação da empresa adquirente das ações (Abaeté) pela adquirida (Bradesco BBI), apontando que a empresa não possuía empregados, nem dirigentes remunerados e que suas únicas receitas derivaram do investimento nas ações do Banco Bradesco BBI, exceto pequenas receitas financeiras registradas em dois exercícios, conforme colhido na DIPJ e em balancetes, *verbis*:

[...]

Os resultados operacionais da empresa foram compostos por resultados de equivalência patrimonial, R\$2.237.727,37 e R\$14.387.200,15 em 2008 e 2009 respectivamente, oriundos exclusivamente da participação acionária no Bradesco BBI, e rendimentos de aplicações financeiras, R\$ 418,57 e R\$1.424,58, em 2008 e 2009 respectivamente.

De acordo com informações prestadas pelo contribuinte e DIPJ's de 2008 e 2009 (incorporação) a única atividade desempenhada pela Abaeté foi a aquisição das ações do

Bradesco BBI, que eram de propriedade dos antigos sócios da Ágora, empresa que foi adquirida pelo Bradesco BBI com o pagamento feito com ações de emissão do próprio Bradesco BBI. A Abaeté foi uma empresa com somente dezesseis meses de vida, decorridos entre sua constituição e extinção, sem auferir receitas operacionais, exceto a resultante de uma única participação societária, sem quadro de funcionários, tampouco dirigentes exercendo atividade, visto que não houve remuneração de dirigentes e conselheiros. [...]

De fato, o ganho em termos de custos advindos da incorporação, não parece significativo, embora, no mínimo, desonere o grupo de empresas das atividades de controles e burocráticas (contábeis e fiscais) atinentes ao reconhecimento dos resultados do investimento detido pela empresa holding.

De toda sorte, não vislumbro no caso concreto elementos que apontem a mera simulação na interposição da empresa Abaeté para a aquisição das ações. Ainda que esta empresa tenha realizado uma única aquisição de investimento, compatível com seu objeto, conforme aponta a autoridade fiscal no seu TVF, manteve-se ativa durante dois exercícios (ainda que incompletos), durante os quais manteve contas bancárias e reconheceu receitas financeiras, além daquelas decorrentes do investimento, conforme se extrai do TVF e das demonstrações financeiras apresentadas.

Não é possível afirmar, como cravou a autoridade fiscal, a ausência de propósito negocial da empresa Abaeté, neste caso. A própria estrutura do negócio, criticada pela autoridade fiscal, não me parece merecer reparos do ponto de vista fiscal, posto que estava dentro da exclusiva esfera de liberdade negocial de que gozam os contribuintes, que assim podem estruturá-los da forma mais conveniente e menos onerosa para ambas as partes, desde que não impliquem em violação à lei.

Assim, a aquisição inicial da empresa Ágora Holdings pelo grupo Bradesco mediante sua incorporação e substituição de suas ações por ações do Banco Bradesco BBI não pode ser objeto de nenhum questionamento sob o aspecto fiscal, assim como a previsão de opção de recompra das ações estabelecidas no pacto entre as partes e que restou exercido.

Inexistindo qualquer elemento e mesmo acusação direta de que tal pacto teria sido simulado, descabe ao Fisco questionar a estrutura negocial adotada para afastar seus efeitos fiscais.

De se observar, ainda, que se a aquisição das ações tivesse sido realizada pelo próprio Banco Bradesco e não pela sua controlada Abaeté, o mesmo ágio seria gerado e poderia vir a ser amortizado pelo adquirente, se houvesse interesse na incorporação do Banco Bradesco BBI, ou vice-versa, e não necessariamente na alienação ou extinção do investimento, como entendeu a autoridade fiscal.

Desta feita, não vislumbro neste caso elementos de fato e de direito que possam afastar a existência de fato da empresa Abaeté Holdings, de sorte que deve ser respeitada sua personalidade jurídica com vistas à produção dos efeitos, inclusive fiscais, que são próprios à incorporação reversa realizada, com a absorção do seu patrimônio e, conseqüentemente do ágio registrado, pela recorrente.

Por todo o exposto, acompanho o relator em suas conclusões e voto no sentido de dar provimento ao recurso especial da contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado