MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 16327.720818/2018-37

Processo nº	16327.720818/2018-37
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	**1402-004.515 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	10 de março de 2020
Recorrente	BANCO SOCIETE GENERALE BRASIL S.A.
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)
Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016, 2017

IRPJ. AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO. ÁGIO. REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. TRANSFERÊNCIA DO ÁGIO DENTRO DO GRUPO ECONÔMICO.
A legislação tributária autoriza a dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura quando a incorporação ocorrer entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)
Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016, 2017

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Marco Rogerio Borges, Luciano Bernart, Evandro Correa Dias, Leonardo Luis Pagano Goncalves, Murillo Lo Visco, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Paula Santos de Abreu e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo (SP).

Adoto, em sua integralidade, o relatório do Acórdão nº **16-87.577 - 8ª Turma da DRJ/SPO**, complementando-o, ao final, com as pertinentes atualizações processuais.

> Em consequência de procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias, foram lavrados, em 19/12/18, contra a instituição financeira contribuinte acima identificada, os Autos de Infração a seguir discriminados, para formalização e cobrança do crédito tributário neles estipulados, no valor total de R$ 30.525.635,53, incluindo a multa de ofício (75%) e os juros de mora (calculados até 12/2018).
>
> a) Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) - Lucro Real (fls. 546 a 566):
>
> Total do Crédito Tributário: R$ 18.656.757,31, sendo R$ 9.061.038,74, a título de IRPJ; R$ 2.799.939,52, a título de juros de mora calculados até 12/2018; e R$ 6.795.779,05, a título de multa proporcional (75% - Passível de Redução);
>
> Fatos Geradores: (001) 31/12/2013, 31/12/2014, 31/12/2015, 31/12/2015, 31/12/2016 e 31/12/2017;
>
> Enquadramento legal: (001) EXCLUSÕES/COMPENSAÇÕES NÃO AUTORIZADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL. INFRAÇÃO: EXCLUSÕES INDEVIDAS: art. 3° da Lei n° 9.249, de 1995, arts. 7° e 8° da Lei n° 9.532, de 1997, arts. 247 e 250 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99 - Decreto n° 3.000, de 26/03/1999), arts, 4°, 5°, 12 a 15, 16, § § 2° e 3°, 26, 64, caput, 67, caput e parágrafo único, 68 e 69 da Lei n° 12.973, de 2014.
>
> b) Contribuição Social (CSLL) (fls. 568 a 588)
>
> Total do Crédito Tributário: R$ 11.868.878,22, sendo R$ 5.767.466,23, a título de CSLL; R$ 1.775.812,32, a título de juros de mora calculados até 12/2018; e R$ 4.325.599,67, a título de multa proporcional (75%- Passível de Redução);
>
> Fato Gerador: (001) 31/12/2013, 31/12/2014, 31/12/2015, 31/12/2015, 31/12/2016

Documento nato-digital

e 31/12/2017;

Enquadramento legal: (001) EXCLUSÕES INDEVIDAS DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL. INFRAÇÃO: EXCLUSÕES INDEVIDAS: ARTS. 7° E 8° DA Lei n° 9.532, de 1997, art. 2° da Lei n° 7.689, de 15/12/1988, com as alterações introduzidas pelo art. 2° da Lei n° 8.034, de 1990; art. 57 da Lei n° 9.891, de 1995, com as alterações do art. 1° da Lei n° 9.065, de 1995, art. 2° da Lei n° 9.249, de 1995; art. 1° da Lei n° 9.316/1996; art. 28 da Lei n° 9.430, de 1996, art. 3° da Lei n° 7.689, de 1988, com redação dada pelo art. 17 da Lei n° 11.727, de 2008; art, 28 da Lei n° 9.430, de 1996, com redação dada pelo art. 49 da Lei n° 12.715, de 2012; art. 3° inciso I, da Lei n° 7.689, de 1988, com redação dada pelo art. 1° da Lei n° 13.169, de 2015.

1.1. A ciência da autuação ocorreu em 19/12/2018, conforme documentos de fls. 594/595 e 596/597.

2. No Termo de Verificação Fiscal - TVF às fls. 528 a 541, a autoridade fiscal consigna, em preâmbulo, que a auditoria procedida é referente às atividades do Banco Cacique, representado pelo seu incorporador Banco Société, no período de 01/01/2013 a 02/10/2017. Em introdução, registra que (i) a infração apurada decorre da exclusão indevida de parcelas de amortização de ágio na apuração do resultado tributável do incorporado Banco Cacique, referente aos ajustes anuais dos períodos 2013 a 2017; (ii) o ágio em foco fora constituído em 2007, quando da aquisição do Banco Cacique pelo Banco Société; e (iii**) Por meio de engenharia societária e procedimentos contábeis, o referido ágio resultou migrado do patrimônio do comprador para o patrimônio do adquirido, com trânsito intermediário por uma "empresa veículo", passando a ser amortizado e excluído na apuração de resultados do próprio Banco Cacique a partir de 2008**.

2.1. Quanto aos fatos verificados, a autoridade fiscal relata que, em 2007, o Banco Société e o Banco Cacique (Controlado por Cacipar Comércio e Participações Ltda -CACIPAR - CNPJ n° 53.009.049/0001-71) eram instituições financeiras independentes, bancos múltiplos, ambos com sede em São Paulo/SP. Em 22/02/2007, às 10h00, o Conselho de Administração do Banco Société se reuniu para deliberar e aprovar a aquisição de 100% das quotas representativas do capital social da CACIPAR (controladora integral do Banco Cacique), submetendo esta decisão à Assembléia Geral de Acionistas (AGE) que, no mesmo dia, às 11h00, aprovou a proposta de aquisição (Doc. de fls. 324/331).

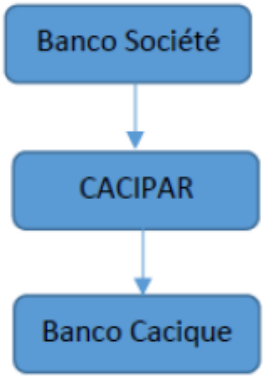
2.1.1. Em valores iniciais, atualizáveis, a operação implicaria na apuração do seguinte ágio sobre o patrimônio da adquirida (ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura do banco adquirido):

Custo de aquisição:	R$ 888.372.854,00
PL da CACIPAR:	R$ 317.809.235,16
ÁGIO:	**R$ 570.563.618,89**

Documento nato-digital

2.1.2. Em 25/02/2007, foi firmado o contrato de compra de quotas sob condições precedentes e outras avencas (doc. fls. 332 a 377) pelo qual a família Coimbra se comprometia a vender ao Banco Société 100% das quotas da CACIPAR. No dia seguinte, a assinatura do contrato foi comunicado ao mercado financeiro, conforme exemplo colado à fl. 530.

2.1.3. A partir desses fatos, percebe-se que, após a aprovação pelo Banco Central do Brasil - BACEN e a efetivação da transferência de titularidade das quotas da CACIPAR., a aquisição efetuada pelo Banco Société restaria assim representada:



2.2. No subtópico "2.2) MARIGANE, TRANCOSO e EFETIVAÇÃO DA COMPRA DO BANCO CACIQUE", a autoridade fiscal expõe que, 10 (dez) dias após a celebração do referido contrato, em 07/03/2007, os sócios da MARIGANE PARTICIPAÇÕES LTDA. - CNPJ n° 08.631.625/001-63 ("MARIGANE"), uma empresa recém-criada, com capital social de R$ 1.000,00, de propriedade de Diva Maria Batista Martins Ramalho e da pessoa jurídica SM Serviços Empresariais Ltda., alteraram seu contrato social cedendo 100% de suas quotas para o Banco Société. Nessa mesma ocasião, sua denominação social foi alterada para Trancoso Participações Ltda. — "TRANCOSO", e a sede da empresa passou a ser o endereço do Banco Société, cujo representante pessoa física foi nomeado administrador da sociedade (Doc. de fls. 378/385). E prossegue a relatar que:

Ato contínuo, por meio de Instrumento de Cessão igualmente datado de 07/03/2007, o Banco Société transferiu à então já renomeada TRANCOSO seu direito de suceder a família Coimbra no controle integral do Banco Cacique - Doc. 04. Ou seja, neste momento foi formalizado que haveria a participação de um intermediário entre o banco adquirente e o adquirido.

De fato, e na sequência, foram feitas alterações no contrato social da TRANCOSO, de modo a aparelhá-la para a aquisição das cotas da CACIPAR: (i) 22/08/2007 -alteração do objeto social da sociedade para "participação em instituições financeiras no Brasil" - Doc. 05 e (ii) 30/11/2007 - aumento do capital social para R$ 930.523.600,00 - Doc. 06.

Este aporte de capital do Banco Société na TRANCOSO, efetuado em 30/11/2007, possibilitou o pagamento de R$ 891.652.040,52, de modo a efetivar a

Documento nato-digital

aquisição de 100% das quotas da CACIPAR,, operação formalizada na mesma data por meio da 7a alteração do contrato social da vendedora (Doc. 07). Cabe comentar que, em 06/11/2007, o BACEN havia autorizado a transferência indireta do controle acionário do Banco Cacique ao Banco Société - Doc. 08.

Conforme dados constantes da "COMPOSIÇÃO DO ÁGIO APURADO SOBRE A AQUISIÇÃO DA CACIPAR COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA." (Doc. 12), a operação teve os seguintes valores atualizados para a data de 30/11/2007:

Valor de Patrimônio Líquido da CACIPAR	317.809.235,11
Valor de Aquisição	891.652.040,52
Valor de ágio contabilizado pela TRANCOSO e incorporado no Banco Cacique em 31/10/2008	**573.842.805,41**

A sequência de operações acima descritas deixa claro que a empresa com status de Real Investidora na compra, com ágio, do Banco Cacique havia sido o Banco Société.

No entanto, devido à interposição da TRANCOSO - empresa veículo -, o ágio apurado na aquisição restou contabilizado no patrimônio da TRANCOSO e não no patrimônio do Banco Société:



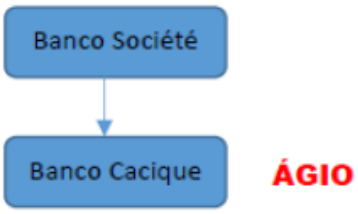
2.3. No subtópico "2.3. EXTINÇÃO DA TRANCOSO E DA CACIPAR", a autoridade fiscal expõe que, em 31/10/2008, a AGE do Banco Cacique aprovou conjuntamente o Protocolo e Justificação da incorporação reversa da CACIPAR, bem como o Protocolo e Justificação da incorporação reversa da TRANCOSO (doc. de fls. 421 a 446). Em decorrência do novo arranjo societário, as duas holdings (CACIPAR e TRANCOSO) tiveram seu patrimônio vertido para o Banco Cacique, sendo extintas na seqüência. Pontua a autoridade que, neste momento, o ágio que havia sido contabilizado pela TRANCOSO, quando da aquisição da CACIPAR, foi transferido para o patrimônio do Banco Cacique, que passou a excluir, nas suas apurações de resultado tributável de IRPJ e CSLL, já a partir da apuração do ajuste anual de 31/12/2008, parcelas de amortização do ágio de R$ 573.842.805,42, à razão de 10% ao ano.

Documento nato-digital

2.3.1. Registra ainda a autoridade fiscal que, a resposta à Intimação n° 03 esclarece sobre as amortizações, pelo Banco Cacique, do ágio originalmente decorrente de sua própria venda ao grupo do Banco Société, no ano anterior.

Período	Controle do Ágio a Amortizar	
	Saldo	Amortização
2.007	573.842.805,41	
2.008	516.458.524,87	(57.384.280,54)
2.009	459.074.244,33	(57.384.280,54)
2.010	401.689.963,79	(57.384.280,54)
2.011	344.305.683,25	(57.384.280,54)
2.012	286.921.402,63	(57.384.280,62)
2.013	229.537.122,07	(57.384.280,56)
2.014	172.152.841,51	(57.384.280,56)
2.015	114.768.560,95	(57.384.280,56)
2.016	57.384.280,39	(57.384.280,56)
01-jan a 02-out- 2.016	14.346.069,97	(43.038.210,42)

2.3.2. Concluiu, assim, a autoridade fiscal que, com a extinções da CACIPAR e da TRANCOSO em 31/10/2008, consolidou-se a estruturação societária de fato desejada pelo Banco Société por ocasião da compra do controle do Banco Cacique no ano anterior.



2.3.3. Apontou o auditor fiscal autuante que, ao final da citada sequência encadeada de operações, ambos os bancos restaram ativos, sendo que o ágio efetivamente bancado pelo Banco Société na aquisição do controle do Banco Cacique, por intermédio da empresa veículo TRANCOSO, restou migrado para o patrimônio do próprio adquirido, circunstância que tem efeitos tributários, conforme demonstra em tópico seguinte.

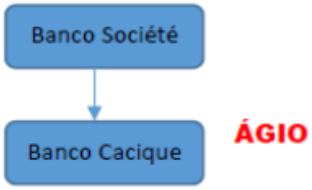
2.4. Quanto ao direito aplicável, a autoridade fiscal, apontando que a questão em foco diz respeito à dedutibilidade fiscal do ágio pago pelo Banco Société na aquisição do controle integral do Banco Cacique, reporta-se aos arts. 384 e 385 do RIR/99 (Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto n° 3000, de

Documento nato-digital

1999), que, respectivamente, estabelece a forma de avaliação de investimentos em sociedades controladas e define a figura do ágio sobre a forma de sua evidenciação na contabilidade, registra que, no caso presente, o ágio apurado na compra do Banco Cacique foi decorrente do valor da rentabilidade com base em previsão de resultados nos exercícios futuros - inc. II do § 2° do referido art. 385.

2.4.1. Com relação ao tratamento fiscal dispensado ao ágio, a autoridade fiscal explica que (i) a norma geral, anteriormente estabelecida pelos arts 25 e 33 do DL n° 1.598, de 1977, vedava a amortização deste ágio, sendo permitido apenas considerá-lo como parte do custo na determinação do ganho de capital por ocasião de eventual alienação do investimento, e que (ii) vinte anos depois, os arts. 7° e 8° da Lei n° 9.532, de 1997 introduziram novas exceções à regra de indedutibilidade fiscal do custo relativo à amortização do ágio apurado na aquisição de participações societárias, especificamente, nos casos de incorporação, fusão ou cisão entre o investidor e a investida. Com base na legislação mencionada, vigente nos períodos fiscalizados, concluiu o agente fiscal: para que o adquirente pudesse deduzir fiscalmente o valor do ágio pago em aquisição de investimento cujo fundamento econômico seja a expectativa de rentabilidade futura, ou aguardava o momento da sua alienação ou promovia a incorporação, fusão ou cisão - direta ou reversa - da empresa investida.

2.4.2. E consignou que, no caso concreto, em 2007, o Banco Cacique foi adquirido com ágio pelo Banco Société, com a intermediação da empresa veículo TRANCOSO. Em 2008, o Banco Cacique efetuou a incorporação reversa da TRANCOSO. Ou seja, ao final das operações societárias descritas, restaram ativos e operantes o real investidor - Banco Société - e o próprio investido - Banco Cacique:



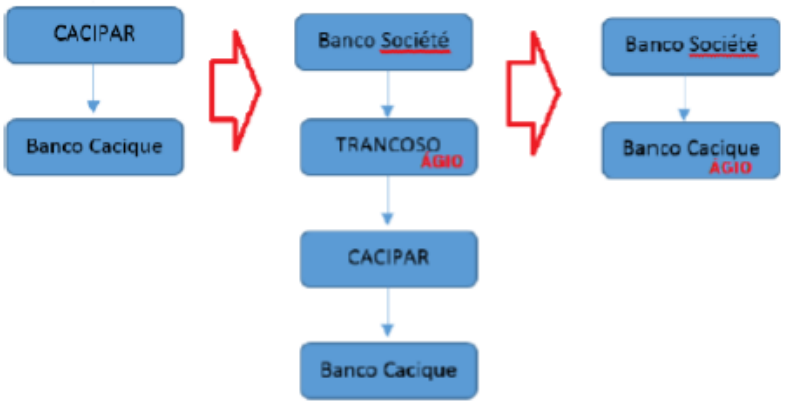
2.5. Sob o tópico, "4. DAS CIRCUNSTANCIAS VERIFICADAS", a autoridade fiscal, primeiramente analisa o histórico da MARIAGE PARTICIPAÇÕES LTDA, sociedade empresarial criada em 05/11/2016, com capital social subscrito de R$ 1.000,00 e registrada na JUCESP em 16/01/2007 (Doc. 13). Menos de dois meses depois, em 07/03/2007, foi cedida ao Banco Société e imediatamente renomeada para Trancoso Participações Ltda. e, na seqüência foi beneficiária da cessão de direito de aquisição das quotas da CACIPAR, ou seja, do controle do Banco Cacique. Emitida a autorização do BACEN, em 31/11/2007, a TRANCOSO recebeu do Banco Société o aporte de capital para a aquisição da CACIPAR, que se deu na mesma data. Em 31/10/2008 (menos de um ano depois) a empresa teve seu CNPJ baixado por motivo de incorporação reversa efetuada pelo Banco Cacique. O CNPJ n° 08.631.625/0001-63, conforme registros RFB, esteve ativo por 1 ano e 9 meses apenas e apresentou duas DIPJ.

Documento nato-digital

2.5.1. Verificou ainda a autoridade fiscal, a partir dos dados da DIPJ 2008 - AC 2007 (Doc. 10), que a TRANCOSO não apresentou atividade alguma desde a sua criação até a data da compra da CACIPAR e, em 28/10/2008, foi extinta por incorporação reversa pelo Banco Cacique, encerrando o papel específico que lhe fora determinado, ou seja, a intermediação e o transporte do ágio havido na aquisição do Banco Cacique pelo Banco Société. Concluiu, assim, que a TRANCOSO atuou como "empresa veículo" (empresa de prateleira que foi criada com o fim específico de transportar o ágio dentro do grupo empresarial.)

2.5.2. Quanto à sócia da MARIAGE, Sra. Diva Maria Batista Martins Ramalho, observou a autoridade fiscal que pesquisa efetuada, em 2010, nos sistemas da RFB mostra que ela era responsável por 21 empresas, todas com a expressão "Participações" no nome (Doc. 14).

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



2.5.4. Observando que o caput do art. 7° da Lei n° 9.532, de 1997, que dispõe sobre a antecipação do aproveitamento do benefício fiscal relativo à dedução do ágio, tem como pressuposto que partes (no caso de cisão) ou a integralidade (no caso de fusão ou incorporação) dos patrimônios das companhias investidora e investida se fundam, a autoridade fiscal advertiu que, ao contrário do ditame legal, após a sequência de eventos societários acima relatados, na data de 31/10/2008, tanto o Banco Société (investidor) como o Banco Cacique (investido) restaram ativos. Reporta-se a ementas de acórdãos do CARF que corroboram a necessidade de observância desse requisito de dedutibilidade do ágio.

2.6. Em consequência das verificações efetuadas, consigna a autoridade fiscal o lançamento de ofício em nome do incorporador, Banco Société, dos créditos de IRPJ e CSLL decorrentes da glosa das exclusões de amortização de ágio efetuadas na apuração dos resultados tributáveis do incorporado Banco Cacique, nos

Documento nato-digital

períodos de 2013 a 2017 (Doc. 11).

ano-calendário	Exclusão
2013	57.384.280,56
2014	57.384.280,56
2015	57.384.280,56
2016	57.384.280,56
2017	43.038.210,42

3. Irresignada com a autuação, a contribuinte interessada apresentou, em 16/01/2019 (fls. 599), a impugnação de fls. 601 a 662, acompanhada da documentação de fls. 663 a 770. Na peça de defesa, ao descrever dos fatos, a impugnante consigna que a amortização do ágio decorrente da aquisição do Banco Cacique pela Trancoso já foi reconhecida de forma definitiva pelo E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

3.1. Em preliminar, alega a interessada que a Autoridade Fiscal não se atentou para a regularidade dos ágios em questão em virtude das decisões reiteradas favoráveis proferidas pelo E. CARF, as quais analisaram casos análogos ao presente processo, e , assim, aplicar-se-ia ao caso a Lei 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica) que trouxe alterações basilares no Decreto-Lei n° 4.657, de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), e trouxe comando imperativo de observação imediata e obrigatória pela Administração Pública, conforme disposto em seu art. 24, que transcreve à fl. 605. Passa então a discorrer a respeito do instituto da segurança jurídica, citando artigos sobre o tema do Prof. Carlos Ari Sundfeld e do Prof. Floriano de Azevedo Marques. Concluindo que a autoridade fiscal não teria observado a legislação vigente, o que deveria acarretar no cancelamento da autuação fiscal, isto porque nos termos da jurisprudência administrativa então majoritária da época, o aproveitamento do ágio é legítimo e plenamente válido. À fls. 608/613, colaciona ementas de acórdãos que estariam a ilustrar o seu argumento. E cita ainda os acórdãos do Conselho de Contribuintes n°s 101-94.340; 107-07.596 e 106-14.486. que admitiam a validade de operações realizadas com o intuito de reduzir carga tributária, desde que praticadas de acordo com as normas legais, independentemente da comprovação da existência de propósito negocial.

3.2. Quanto ao mérito, a impugnante discorre, inicialmente, sobre as "operações efetivamente realizadas" e a "necessidade de aquisição por meio de uma holding e neutralidade fiscal". Consigna, de pronto, que todas as operações foram praticadas de forma legal e com conhecimento dos órgãos competentes. Defende que não se pode analisar a situação quadro a quadro, mas como um todo (o filme), pois todas as operações societárias realizadas são parte de um contexto maior de expansão das atividades do Grupo francês Société Générale no Brasil, devendo-se compreender o propósito negocial e econômico das operações societárias efetivamente realizadas e que deram origem à dedução do ágio ora em

Documento nato-digital

análise.

3.2.1. Consigna que o CARF, nos autos do processo administrativo n° 16327.001743/2010-34, se pronunciou de forma definitiva sobre o aproveitamento do ágio pela impugnante no sentido de que não representou um fim em si mesmo, mas decorrência da efetiva aquisição de importante participação societária em operação realizada entre partes independentes. Passa então a discorrer sobre os fatos desde a celebração de um contrato de compra pelo Banco Société e a Família Coimbra, seguindo a mesma seqüência do relato fiscal. Sobre a geração do ágio, consignou que tomou como base o estudo de avaliação realizado à época pelo Banco USB Pactual em inglês (fls. 187/270), posteriormente traduzido (fls. 271/319).

3.2.2. Verificou-se a geração do ágio na aquisição da Cacipar pela Trancoso, já que foi pago valor superior ao patrimônio líquido da adquirida (com base em expectativa de rentabilidade futura - valores não contestados pelo agente fiscal). Posteriormente, o Banco Cacique, então controlado pela CACIPAR incorporou a CACIPAR e a Trancoso, pelo que o ágio antes registrado na Trancoso passou aos seus registros contábeis. A Trancoso era uma verdadeira empresa de participações (holding), concebida antecipadamente para, dentre outras atividades e finalidades, deter a participação do Société na Cacipar, **dada a manifesta diferença entre os objetos sociais do Société (mais abrangente, com foco em banco de investimento) e do Banco Cacique (mais específico, focado em crédito consignado), e de forma a melhor segregar as atividades respectivas**.

3.2.3. Plenamente justificáveis as operações realizadas, sendo legítimo o direito à amortização do ágio, pois o Banco Société, por questões administrativas e empresariais, não pretendia, no primeiro momento, unir dois ramos distintos de atuação no mercado financeiro, o que não poderia ser questionado pelo Fisco.

3.3. Quanto aos "requisitos para a amortização fiscal do ágio", a impugnante discorre sobre a disciplina legal da matéria vigente à época da sua formação, assim como alguns aspectos polêmicos a ela relacionados. A Lei 6.404, de 1976, que não abordou expressamente a matéria , mas em seu art. 177, aponta que a sua contabilização deve estar de acordo com os princípios contábeis geralmente aceitos. Na seqüência, discorre sobre a Instrução CVM n° 247, de 1976 e os o arts. 20 e 25 do Decreto-lei n° 1.598, de 1977,

3.3.1. Sobre a "Operação de Incorporação e os Efeitos do Ágio", a impugnante, com base no conceito de incorporação dado pelo art. 227 da Lei das S/A e reportando-se aos arts. 8° e 7° do DL 1.598, de 1977, registra que as razões econômicas que justificam os valores de ágio relacionados a aquisições de investimento, devidamente fundamentadas nos termos descritos anteriormente, são essenciais para verificar qual o tratamento tributário a ser dado nas operações de incorporação, sendo os efeitos bastante diversos em cada caso (a- diferença entre os valores de mercado e contábil de bens do ativo permanente gera depreciação, amortização ou exaustão, conforme o caso; b- ágio baseado em fundo de comércio, intangíveis ou outras razões econômicas: não poderá ser amortizado para fins fiscais; c- ágio fundado nas perspectivas de rentabilidade futura, a pessoa jurídica incorporadora poderia amortizar o valor deste ágio à razão de 1/60, no máximo, para cada mês do período de apuração (amortização no

Documento nato-digital

prazo mínimo de 5 anos), nos termos do art. 7°, inciso III, da Lei n° 9.532, de 1997).

3.3.1.1. Explica que a dedutibilidade fiscal do ágio teve como objetivo incentivar a prática de fusões e aquisições, como as ocorridas em processos de privatização (o que induziu a uma oferta maior do preço pago ao Estado). Adverte que tal regra fiscal não se restringe às operações decorrentes de processos de privatizações, aplicando-se, pois, a qualquer aquisição, mesmo que entre particulares. Comentou que o PL n° 2.922, de 2000, recebeu veto ao seu art. 1° que suprimia o art. 7° da Lei n° 9.532, de 1997.

3.3.1.2. Conclui que não resta dúvida que o aproveitamento do ágio decorrente da aquisição de sociedades, como trata o presente caso, representa a mera fruição de um benefício fiscal previsto em lei, inclusive incentivado pelo próprio Governo, e não um planejamento tributário, sendo desarrazoada a pretensão do Fisco de impor óbices inexistentes ao gozo desse direito.

3.3.2. Sob o tópico "Rentabilidade Futura como Fundamento Econômico do Ágio - Cumprimento dos Requisitos Legais pelo Impugnante", a interessada alega que, embora não tenha sido questionada pelo agente fiscal, para que não pairem dúvidas quanto à dedutibilidade, defende que cumpriu os requisitos necessários à demonstração do fundamento econômico do ágio (expectativa de rentabilidade futura) e, nesse sentido, salienta que em estrita conformidade com o já citado parágrafo 3°, do artigo 385 do RIR/99 foi realizado estudo pelo Banco UBS Pactual, em fevereiro de 2007, que comprovava o fundamento do ágio na aquisição da empresa Cacipar, qual seja, a expectativa de rentabilidade futura (fls. 187/270 dos autos), documento este devidamente traduzido (fls. 271/319 dos autos). Apesar de que a legislação da época não fizesse qualquer exigência específica, a impugnante solicitou a elaboração de laudo pela KPMG, que ratifica o estudo elaborado pelo Banco UBS Pactual, em 2007, anteriormente à aquisição da Cacipar.

3.3.2.1. Também menciona parecer do Professor Eliseu Martins, que analisando os citados laudos, atestou a existência de demonstração que justifique a classificação do ágio como decorrente da expectativa de rentabilidade de futura (doc. de fls. 744 a 770). E, em conclusão pondera: em que pese o laudo de rentabilidade futura não tenha sido objeto da presente autuação fiscal, não restam dúvidas acerca do cumprimento do artigo 385, §3° do RIR/99 pelo Impugnante, como reconheceu, inclusive, o I. Professor Eliseu Martins, motivo pelo qual os autos de infração deverão ser cancelados por esta Turma Julgadora.

3.4. Sob o tópico "Da inexistência de "Sociedade Veículo" - Aproveitamento do Ágio Independente da Criação da Trancoso e Existência de Propósito Negocial", a impugnante defende que a Trancoso era uma verdadeira empresa de participação ("holding"), concebida antecipadamente para, dentre outras atividades e finalidades, deter a participação do Société na CACIPAR, dada a manifesta diferença entre os objetos sociais das duas instituições financeiras e de forma a segregar as atividades respectivas.

3.4.1. Nesse sentido, anotando ainda que houve o transcurso de aproximadamente 9 meses entre a aquisição da Trancoso e a posterior aquisição da Cacipar pela Trancoso, expôs:

Documento nato-digital

No caso em análise (i) o Société, anteriormente à celebração do contrato de compra e venda, antecipando a sua intenção original, de criar uma nova holding para adquirir a Cacipar, negociou com os vendedores a inclusão no contrato de compra e venda de uma autorização excepcional e expressa (cláusula 9.5) para que o Société pudesse ceder o contrato e seus direitos e obrigações decorrentes do contrato a uma controlada (já que não havia tempo hábil para constituir a holding antes da celebração do contrato, dado o cronograma da operação imposto pelos vendedores, em meio a um processo competitivo de venda da Cacipar -fato não questionado pela Fiscalização); fedias após a celebração do contrato, em março de 20(17, quando sua consumação ainda eia incerta e se achava sujeita à verificação de uma série de condições suspensivas (cláusula 4.1), o Société adquiriu a Trancoso e, ato contínuo, cedeu seus direitos e obrigações sob o contrato de compra e venda a ela (fato não questionado pela Fiscalização); (iii) oito meses depois, verificadas as condições suspensivas previstas no contrato, o Société aportou capital em dinheiro na Trancoso, e a Trancoso adquiriu a Cacipar, mediante o pagamento do preço aos vendedores; e (iv)depois de mais onze meses, portanto quase 2 (dois1) anos deuois da aquisição pela Trancoso dos direitos oriundos do contrato de com pia e venda, a Trancoso foi incorporada pelo Banco Cacique.

3.4.1.1. Entende, assim, ter demonstrado que a Trancoso era uma verdadeira empresa de participação (holding), concebida para, dentre outras atividades e finalidades, deter a participação do Société na Cacipar (considerando a diferença dos objetos sociais: banco de investimento x crédito consignado). Entre a aquisição da Trancoso e a posterior aquisição da Cacipar pela Trancoso decorreram aproximadamente 9 meses e entre a aquisição da Trancoso e sua extinção por incorporação passaram-se quase dois anos, período de tempo de atividade diferente de uma empresa veículo.

3.4.1.2. Alega não prosperar o argumento fiscal de que a real operação realizada foi a aquisição do Banco Cacique pelo Banco Société, explicando que a menção de "Société Generale" na matéria jornalística citada pelo autuante refere-se ao Grupo Société. A estrutura societária de aquisição do Banco Cacique não só era plenamente conveniente e justificada do ponto de vista empresarial e de mercado como seguia à risca prática desde muito tempo e até hoje verificada no mundo dos negócios, como demonstram as estruturas societárias de diversos grupos empresariais, inclusive do setor financeiro, existentes e conhecidas.

3.4.1.3. Menciona, ainda que não seria necessária a aquisição por meio da Trancoso para que fosse possível a amortização do ágio em questão, neste sentido argumenta que, ainda que não tivesse sido constituída a Trancoso, sendo a aquisição da Cacipar realizada diretamente pelo Société, a despesa referente à amortização do ágio gerado nessa aquisição poderia ser deduzida pelo Société, bastando para isso que fosse realizada a incorporação da Cacipar pelo Société, o que não seria um problema para as partes, já que a Cacipar foi, efetivamente, incorporada. Consigna que essa incorporação da Cacipar pelo Société não alteraria a estrutura que se acabou por verificar após a incorporação, no final de 2008, já que, (...), a estrutura societária pós-incorporação nessa hipótese seria a mesma que

Documento nato-digital

foi alcançada no caso concreto. Passando a esquematizar as etapas com a incorporação hipotética da Cacipar pelo Banco Société a demonstrar que seria possível o aproveitamento fiscal do ágio mesmo sem a Trancoso (com o aproveitamento da amortização do ágio pelo Banco Société e não pelo Banco Cacique).

3.4.1.4. Em resumo, conclui que fica claro que a Trancoso não foi condição necessária ao aproveitamento fiscal do ágio, vez que isso se daria também sem ela, pelo que não se pode dizer que essa empresa seria um mero "veículo", motivo pelo qual não poderão prevalecer as autuações em questão. Transcreve a conclusão do Prof. Eliseu Martins no parecer (doc. 4). E registra não ter havido qualquer prejuízo ao Fisco, uma vez que, ao final, o efeito fiscal da realização da operação por meio da Trancoso foi o mero deslocamento do aproveitamento fiscal do ágio do Société para o Banco Cacique.

3.4.1.5. Também esquematiza outra situação hipotética em que o Banco Société adquire a Cacipar, depois, a fim de segregar suas atividades, o Société poderia passar por uma reestruturação societária e realizar uma cisão parcial, com versão do investimento na Cacipar e respectivo ágio. Tal parcela cindida seria incorporada pela Cacipar. Em seguida o Banco Cacique incorporaria a Cacipar, passando a registrar o ágio verificado na aquisição da Cacipar, e assim, proceder à amortização nos termos do art. 386, III, do RIR/99. Destacando que a estrutura final desse caso hipotético é a mesma verificada no caso concreto, entende que a Trancoso, diferentemente do alegado pelo agente fiscal não era necessária ao surgimento e aproveitamento fiscal do ágio, pelo que não poderá ser considerada empresa veículo. Frisou que a utilização da Trancoso não trouxe qualquer prejuízo ao erário, vez que não foi um meio necessário ao aproveitamento fiscal do ágio - pelo contrário, gerou um ganho para o Fisco superior a R$3.000.000,00 (três milhões de reais), pela segunda incidência da CPMF. Ora, fosse economia fiscal a intenção, jamais se teria adquirido uma holding antes da consumação da aquisição. Passando, então a discorrer sobre holdings, a partir de lição do Prof. Modesto Carvalhosa, da disposição contida no art. 2°, § 3°, da Lei das S/A, do art. 31 da lei n° 11.727, de 2008. Conclui, assim, que:

Assim, a amortização fiscal do ágio reconhecido pela Trancoso é legítima pelo simples fato de que:

(i) representou operação de compra e venda de participação societária que teve como adquirente e vendedores entidades independentes e não relacionadas entre si;

(ii) realizada a valores justos de mercado, com o efetivo desembolso do preço pela adquirente (a Trancoso);

(iii) envolveu o pagamento em dinheiro de um ágio relevante, que teve como justificativa a expectativa de rentabilidade futura do investimento (Cacipar), justificativa essa baseada em Laudo de Avaliação que nem sequer foi questionado pela Autoridade Fiscal; e

Documento nato-digital

(iv) teve como passo final a incorporação da Trancoso ao patrimônio do Banco Cacique, preenchendo os requisitos estabelecidos pelos artigos 7° e 8" da Lei 9.632/97 (ou artigos 385 e 33í do RIR/99) para possibilitar a amortização fiscal do ágio.

3.4.2. Passa então a argumentar sobre o propósito negocial da Transcoso. Para tal fim, a impugnante inicialmente, com base na doutrina mais recente, conceitua "propósito negocial". De acordo com texto do Prof. Marco Aurélio Greco, argumenta que o motivo das partes de obter uma economia tributária não seria suficiente para a realização do negócio. Seria necessário demonstrar que existem outros motivos para sua realização, e ainda, a operação realizada deve estar inserida nas atividades praticadas pelo contribuinte, ou seja, deve estar em sintonia com o planejamento estratégico da empresa, em um determinado momento. E conclui: ainda que se admitisse essa posição adotada por Marco Aurélio Greco, que é contestada por diversos juristas, tais como Humberto Ávila, é certo que todos os "limites positivos" foram devidamente atendidos pelo Impugnante. Registra ainda que a aquisição de uma instituição financeira por outra já existente é muito mais complexa do ponto de vista da documentação necessária, do que a aquisição de uma empresa criada para tal fim;

3.4.2.1. Reportando-se a entendimentos de Hugo de Brito Machado e de Luís Eduardo Schoueri, a interessada aponta restar evidente a existência de propósito negocial, com relação aos atos praticados pelo Impugnante: evidente a existência de propósito negocial, com relação aos atos praticados pelo Impugnante: efetivamente existiu uma conformidade entre a intenção do Société (redução de complexidades, diminuição de custos, clara segregação dos segmentos entre outros) e a causa desse negócio jurídico (operações societárias como um todo). E conclui: pelo até aqui exposto, pode-se admitir que o "propósito negocial" (mencionado pela Sr. Agente Fiscal sem qualquer definição) foi efetivamente cumprido quer sob a óptica (i) dos "limites positivos" (motivo, finalidade, congruência e inserção); (ii) da relação com as atividades comerciais do Société; e (iii) da conformidade entre a causa do negócio jurídico e a sua intenção.

3.4.2.2. Defende assim ser incontestável a existência de propósito negocial nas operações efetivadas pelo Grupo Société, qual seja: a criação de uma empresa de participação para, dentre outras atividades e finalidades, praticar a aquisição desejada, de forma que se pudesse reduzir complexidades e evitar custos desnecessários e manter claramente segregadas duas atividades distintas (a do Société e outra a do Banco Cacique).

3.4.2.3. Ad argumentandum, destaca que o ordenamento jurídico vigente não traz o conceito ou a definição de "propósito negocial" e conclui que o evento infracional apontado na autuação (falta de propósito negocial) não se subsume a nenhuma hipótese de incidência tributária em vigor: a apuração do IRPJ e da CSLL pelo Impugnante foi realizada nos estritos termos da legislação, ou seja, apurou-se a base de cálculo considerando as deduções (com a amortização do ágio) legalmente previstas.

Documento nato-digital

3.4.2.4. Observa ainda que a única norma que poderia ter sido aventada para desconsiderar uma operação sem substância econômica (o que considera sequer pode ser debatido neste caso), o art. 116 do CTN, é de eficácia limitada, por depender de elaboração de lei ordinária.

2.4.3. Defende ainda, a impugnante, haver "Coerência com o Planejamento Estratégico do Empreendimento Econômico", reportando-se ao conceito de planejamento estratégico dado pelo economista Cláudio Porto. Apesar deste limite (que consiste na análise da operação no contexto empresarial e na verificação de sua coerência com as estratégias e os planos futuros do empreendimento como um todo) não ser aceito por Marco Aurélio Greco (por considerá-lo não "consolidado na experiência brasileira"), ressalta a impugnante que as operações ocorridas se encontram claramente inseridas no planejamento estratégico do Grupo Société Générale. O objetivo do Grupo era expandir suas atividades no Brasil, inserindo-se no mercado de crédito consignado.

3.5. Defende ainda a impugnante a "Impossibilidade de Ingerência do Fisco na Atividade do Contribuinte". Nesse sentido, salienta que o Fisco não pode adentrar à liberdade individual dos contribuintes, por não possuir poder de ingerência sobre os negócios particulares realizados na administração da sociedade empresária. Pautando-se no princípio da legalidade (art. 5°, II, da CF/88; art. 150, I, da CF/88); em lições de doutrinadores e em excerto do voto do acórdão 1301-001.515, conclui que não havendo norma que proíba a pessoa jurídica de realizar a operação de determinada maneira, não se pode pretender impedir o contribuinte de realizá-la, partindo-se de premissas baseadas exclusivamente em fins arrecadatórios, sob pena de se afrontar a liberdade contratual; a liberdade de exercício da atividade econômica e a autonomia da vontade das partes contratantes, que são verdadeiros princípios constitucionais.

3.5.1. Ainda com base em ensinamentos de Humberto Ávila e em excerto de voto proferido no acórdão CARF n° 1302-001.150, conclui que o E. CARF admite que, se o contribuinte pode encontrar na legislação mais do que um caminho, sendo um deles, inclusive, menos oneroso, mas perfeitamente legítimo, poderá escolhê-lo porquanto este representa uma opção (legal) que lhe é mais conveniente.

3.5.2. Em seguida, a impugnante reafirma que a existência das chamadas "empresas veículo" não é suficiente para que se infirme a validade de uma operação que culmine na amortização fiscal do ágio, nos termos da jurisprudência administrativa (acórdãos CARF) cujas ementas colaciona às fls. 654/656, e, assim, conclui que não merece prosperar a impossibilidade da amortização do ágio nas hipóteses em que a Fiscalização alega a existência de suposta empresa veículo. Também defende a aplicação da decisão CARF proferida no P.A. n° 16327.001743/2010-34, referente ao mesmo ágio amortizado nos anos-calendário de 2008 e 2009, sob pena de julgamentos distintos para uma mesma matéria, o que não pode ser admitido.

3.6. Também alega a inexistência de previsão legal para a adição à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio, considerada indedutível pela fiscalização. Nesse sentido alega que o legislador determinou a base de cálculo da CSLL de forma exaustiva (numerus clausus), fixando, taxativa e

Documento nato-digital

individualmente, cada um dos ajustes aplicáveis (artigo 2° e parágrafos, da Lei n° 7.689/88), não arrolando, como hipótese de adição ao lucro líquido, o valor correspondente à amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial. Também reporta-se a decisões do CARF no sentido de inexistência de previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL das despesas com amortização do ágio.

3.7. Também alega a impugnante que, uma vez cancelados os autos de infração de IRPJ e CSLL, não há que se falar em retificação do saldo de prejuízo fiscal e do saldo de base negativa da CSLL e, assim, os valores compensados de ofício (pela autuação) deverão ser restabelecidos.

3.8. Ao final, pede a impugnante o conhecimento e o provimento da presente impugnação, com o consequente cancelamento dos autos de infração de IRPJ e CSLL lavrados em decorrência da amortização do ágio pago por rentabilidade futura na aquisição da CACIPAR pela Trancoso, bem como o restabelecimento dos saldos de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativa de CSLL compensados de ofício pela Autoridade Fiscal.

É o relatório.

Do Acórdão de Impugnação

A 8a Turma da DRJ/SPO por meio do Acórdão nº **16-87.577**, julgou a Impugnação Improcedente, conforme a seguinte ementa:

> **ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**
>
> Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016, 2017
>
> IRPJ. AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO. ÁGIO. REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. TRANSFERÊNCIA DO ÁGIO DENTRO DO GRUPO ECONÔMICO.
>
> A legislação tributária autoriza a dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura quando a incorporação ocorrer entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.
>
> **ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL**
>
> Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016, 2017 CSLL.
>
> DECORRÊNCIA.
>
> O resultado do julgamento do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica -IRPJ espraia seus efeitos sobre a CSLL lançada em decorrência das mesmas infrações.

Documento nato-digital

Observa-se que a decisão do órgão julgador *a quo* teve como seguintes **fundamentos**:

> **DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA PERTINENTE À AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO**
>
> 1. Conforme estabelecido pelo art. 25 combinado com o art. 20 do Decreto-lei n° 1598, de 1977, que dão supedâneo aos artigos 385 e 391 do RIR/99, respectivamente , a regra geral é a indedutibilidade das contrapartidas da amortização de ágio.
>
> 2. Por outro lado, o inciso III do art. 7° da Lei n° 9.532, de 1997, que passou a produzir efeitos em 01/01/1998, autoriza o contribuinte que incorporou sociedade na qual detinha participação societária adquirida com ágio apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-lei 1.598/77, cujo fundamento econômico seja o da expectativa de rentabilidade futura da investida, a amortizar referido ágio nos balanços correspondentes à apuração do lucro real levantados posteriormente à incorporação.
>
> 3. As condições de dedutibilidade do ágio devem portanto ser observadas, quais sejam: absorção do patrimônio de pessoa jurídica na qual detenha participação societária adquirida com ágio, cujo fundamento seja expectativa de rentabilidade futura.
>
> **DA DESPESA DE AMORTIZAÇÃO DE AGIO CONSIDERADA INDEDUTÍVEL**
>
> 4. De uma maneira bastante objetiva, o primeiro ponto do litígio assenta-se em responder se a legislação tributária autoriza que o ágio originado na operação em que o real adquirente do investimento comprado por interposição de empresa criada especificamente para este objetivo possa ser objeto de amortização dedutível para fins de IRPJ e de CSLL, quando ocorrer a situação descrita no art. 7°, caput e inciso III, da Lei n° 9.532, de 1997 (absorção do patrimônio da empresa adquirida por incorporação/fusão/cisão - ágio cujo fundamento seja expectativa de rentabilidade futura) combinado com o art. 8°, alínea "b" do mesmo artigo (a empresa incorporada for a que detinha a propriedade da participação societária), base legal do art. 386, inciso III, § 6° , II, do RIR/99.
>
> 5. Entende-se que o ágio formado na operação de compra de uma pessoa jurídica adquirida com ágio por uma das empresas de um grupo econômico, para ser dedutível, não pode ser transportado para outra pessoa desse mesmo grupo econômico, ainda que criada para este fim específico. A amortização do ágio, para ser considerada dedutível, deveria se dar necessariamente entre a real adquirente da participação societária com ágio (no caso o Banco Société) e a investida adquirida.

Documento nato-digital

6. Pelo que se vê, resta corroborada a afirmação da autoridade fiscal de que, nos termos da legislação acima citada, vigente nos períodos ora fiscalizados, para que o adquirente pudesse deduzir fiscalmente o valor do ágio pago em aquisição de investimento cujo fundamento econômico seja a expectativa de rentabilidade futura, ou aguardava o momento da sua alienação ou promovia a incorporação, fusão ou cisão -direta ou reversa - da empresa investida.

DA EMPRESA CONSIDERADA VEÍCULO

7. Apesar de a impugnante alegar que a criação de uma empresa de participação para, dentre outras atividades e finalidades, praticar a aquisição desejada, de forma que se pudesse reduzir complexidades e evitar custos desnecessários e manter claramente segregadas duas atividades distintas (a do Société e outra a do Banco Cacique), não restou suficientemente clara a razão pela qual seria imprescindível a utilização da Trancoso nesse processo. Até porque, menos de um ano após a aquisição do Banco Cacique, as duas holdings, CACIPAR e Trancoso, foram incorporadas pelo Banco Cacique.

8. Frise-se que a participação da Trancoso no processo de reorganização societária, não foi, como afirma a impugnante, o fundamento principal do auto de Infração. Como dito acima, a utilização de uma empresa veículo (Trancoso) para receber o ágio formado na aquisição do Banco Cacique foi um dos elementos (um dos fatos) colhidos na sequência de fatos societários de que se concluiu pela improcedência da dedução da amortização do ágio gerado na aquisição 100% das Quotas de Cacipar (controladora integral do Banco Cacique), pelo próprio Banco Cacique.

9. Não é demais lembrar que a autoridade fiscal verificou que MARIAGE/Trancoso: (a) foi criada em 05/11/2016, com capital subscrito de R$ 1.000,00, foi registrada na JUCESP em 16/01/2007, menos de dos meses antes de ser cedida ao Banco Société; (b) em 07/03/2007, renomeada para Trancoso, foi beneficiária do direito de aquisição das quotas da CACIPAR (direito do controle integral do Banco Cacique); (c) ficou ativa por um ano e nove meses, apresentando duas DIPJ e não apresentou atividade alguma desde a sua criação até a data da compra da CACIPAR.

10. É inconteste que a Trancoso recebeu o ágio na operação de compra do Banco Cacique, transportando-o para a instituição financeira adquirida quando de sua incorporação reversa pelo próprio Banco Cacique.

11. Com efeito, os argumentos trazidos na peça de defesa não são suficientes para afastar as ponderações e conclusão da autoridade fiscal quanto à utilização da empresa Trancoso (caracterizada como veículo) num processo de planejamento tributário, o qual não pode produzir efeitos perante o Fisco.

DA POSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO DO ÁGIO POR OUTRAS CONFIGURAÇÕES DE NEGÓCIO

Documento nato-digital

12. De fato, o Fisco não pode proibir o contribuinte de realizar um "ato lícito" que o fará pagar menos imposto. Entretanto, quanto à exigência do tributo que deixar de ser recolhido em decorrência de tal procedimento, dependerá da análise da(s) circunstância(s) e efeito(s) do referido ato. Melhor explicando, quanto ao caso presente, se a realização de uma operação lícita não guardar coerência ou correspondência com a disposição prescrita em lei autorizadora da dedução da amortização do ágio nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, deve o Fisco proceder de ofício ao lançamento do tributo que deixou assim de ser recolhido, pela falta da adição da parcela amortizada.

DA EXISTÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO ANTERIOR SOBRE O MESMO ÁGIO COM RESULTADO, EM SEGUNDA INSTÂNCIA, FAVORÁVEL AO BANCO CACIQUE

13. . De fato, quanto aos anos calendário de 2008 e 2009 (exercícios de 2009 e 2010), foi proferido o acórdão 1301-001.505, de 06/05/2014, que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso em relação à amortização do ágio. Entretanto, tal decisão focalizou a dedutibilidade do ágio apenas sob a égide da utilização de empresa veículo, o que não ocorreu na autuação sob análise.

14. . Portanto, apesar de tratar do mesmo ágio originado na aquisição do Banco Cacique pelo Banco Société, os argumentos apresentados pela fiscalização na autuação em comento (ref. aos anos calendário de 2013 a 2017) encontram-se mais robustos e focalizam a falta de confusão patrimonial entre adquirida e adquirente, sendo que a menção à utilização da empresa veículo para transporte do ágio prestou-se apenas para mostrar as circunstâncias em que o ágio foi transferido para a instituição adquirida. Ademais aquela decisão do CARF não se deu de forma unânime de sorte que não há como afiançar que aquele entendimento encontra-se consolidado.

DA EXISTÊNCIA DE JURISPRUDÊNCIA À ÉPOCA DOS FATOS QUE AUTORIZARIAM A AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO PELO BANCO CACIQUE

15. Pela jurisprudência acolhedora das teses da fiscalização e da defesa, citadas por cada qual no TVF e Impugnação, respectivamente, fica claro que não havia, como de fato ainda não há, nem ato normativo administrativo e nem jurisprudência dominante que infirme o ato administrativo do lançamento de ofício feito pela autoridade fiscal, acerca da indedutibilidade fiscal da amortização do ágio nos planejamentos que envolvam transferência de ágio, com utilização de empresas veículo e sem confusão patrimonial entre adquirida e adquirente, de sorte que não considero aplicável o artigo 24 da LINDB ao caso concreto.

DA POSSIBILIDADE DE ADIÇÃO DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL

16. O IRPJ e a CSLL não têm a mesma base de cálculo, mas sim o mesmo ponto de partida: o lucro líquido do período-base.

Documento nato-digital

17. Por conseguinte, a base de cálculo do IRPJ - lucro real - e da CSLL – lucro líquido ajustado - têm o mesmo ponto de partida: o lucro líquido ajustado e este entendimento está contido no art. 57, da Lei n° 8.981/1995.

18. A corroborar o entendimento acima expresso encontra-se o art. 75 da Instrução Normativa SRF n° 390, de 2004.

19. Como se vê, a despesa com amortização de ágio reduziu indevidamente o lucro líquido, ou seja, distorceu o ponto de partida de ambos os tributos.

20. Logo, a infração de CSLL apurada é reflexa, sendo que, neste caso, a procedência do lançamento do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica impõe a manutenção da exigência fiscal dele decorrente (no caso da CSLL).

DOS JULGADOS ADMINISTRATIVOS CITADOS NA PEÇA DE DEFESA

21. Registre-se, por fim, que as ementas e trechos de julgados administrativos citados na impugnação são tomados como simples exemplificação das teses defendidas pela contribuinte, uma vez que não se constituem em normas complementares nos termos do artigo 100 do CTN e, portanto, não vinculam as decisões desta instância julgadora, restringindo-se aos casos julgados e às partes inseridas nos processos de que resultaram as decisões citadas, consoante já dispunha o Parecer Normativo CST n° 390/71; e, atualmente, dispõe o Parecer Normativo Cosit n° 23, de 06/09/2013.

Voto

Conselheiro Evandro Correa Dias, Relator.

1. DA ADMISSIBILIDADE:

O recurso voluntário é tempestivo e atende ao demais requisitos, motivo pelo qual dele conheço.

2. PRELIMINARMENTE

2.1 (IN)APLICAÇÃO DO ART. 24 DA LINDB

A Recorrente afirma que "não há dúvidas acerca da necessidade de aplicação imediata dos comandos da LINDB no presente caso, já que os procedimentos adotados pelo Recorrente se pautaram na jurisprudência majoritária deste E. CARF (ainda mais considerando que o Recorrente possui decisão favorável e definitiva proferida no Processo Administrativo n°

Documento nato-digital

16327.001743/2010-34, que trata do mesmo ágio em questão deduzido nos anos-base 2008 e 2009)".

Como já discutido anteriormente neste colegiado, entende-se não aplicável ao processo administrativo fiscal (PAF) o art. 24 da LINDB.

O art. 24 da LINDB não tem por objeto regulamentar o lançamento fiscal e as decisões proferidas no PAF, dados os seguintes pontos:

- O ato do lançamento não consubstancia "revisão" de ato da Administração, não sendo possível concluir, do art. 24 da LINDB, que o auditor-fiscal, ao efetuar o lançamento, esteja amarrado à jurisprudência administrativa ou judicial existente à época dos fatos geradores; ademais, apenas Lei Complementar poderia dispor sobre norma geral afeta à atividade do lançamento;

- Tampouco faz sentido, diante do texto normativo, concluir que os órgãos responsáveis pelo julgamento de recursos administrativos, ao "revisar o lançamento" estejam vinculados à jurisprudência majoritária existente à época dos fatos geradores;

- O artigo 24 simplesmente determina que, se a Administração pratica ato que gera uma situação consolidada (por exemplo, emite uma licença de funcionamento, assina um contrato, autoriza um pagamento), a mudança posterior de entendimento sobre a validade deste ato não pode afetar a situação consolidada que a própria Administração gerou;

- O Código Tributário Nacional (CTN) possui regramento próprio e particular sobre os atos e decisões dotados de caráter normativo (art. 100, I a IV), sobre as consequências de sua observância pelo administrado (art. 100, parágrafo único), bem como sobre o efeito intertemporal da introdução de novos critérios jurídicos – leia-se, nova interpretação – no processo de constituição do crédito tributário (art. 146). Trata-se de normatização específica quanto às questões que o art. 24 (norma geral) se propõe a regulamentar;

- A Lei 13.655/2018 não atribui eficácia normativa à jurisprudência majoritária vigente à época dos fatos geradores, não a enquadrando no conceito de decisão normativa, nos termos do art. 100, II, do CTN.

Assim, resta demonstrada a inaptidão do art. 24 da LINDB, com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018, para regular a atividade do lançamento, bem como o Processo Administrativo Fiscal dele decorrente, REJEITANDO-SE esta preliminar.

2.2 DA NULIDADE DO ACÓRDÃO DA DRJ: ALTERAÇÃO DO CRITÉRIO JURÍDICO

A Recorrente afirma que a DRJ não enfrentou argumentos relevantes apresentados na sua Impugnação, provocando, pois, a nulidade da sua decisão por preterição ao direito de defesa nos termos do art. 59, inciso II, do Decreto n° 70.23 5/1972 .

Documento nato-digital

Alega que no acórdão recorrido, há omissão quanto: aos elementos que comprovam a existência de propósito negocial no caso concreto; a aplicação do Art. 981 do Código Civil e do Art. 2o, Parágrafo 3°, da Lei das S/A; a impossibilidade de se Aplicar a Teoria do Propósito Negocial.

Deduz que a DRJ, ao não enfrentar todas as alegações levantadas pelo Recorrente em sua Impugnação capazes de, ao menos em tese, invalidar as suas conclusões, incorreu na ofensa ao direito de defesa em razão da falta de fundamentação da decisão prescrita no §1° do artigo 489 do CPC, bem como no artigo 31 do Decreto n° 70.235/72, motivo pelo qual deve-se reconhecer a nulidade do acórdão recorrido por preterição do direito de defesa.

Lendo o acórdão proferido pela DRJ, entretanto, não é possível afirmar que houve omissão. A meu ver não há omissão na análise das provas ou fundamentos aduzidos, mas tão somente a desqualificação expressa da operação para fins fiscais:

> 6.3. De uma maneira bastante objetiva, o primeiro ponto do litígio assenta-se em responder se a legislação tributária autoriza que o ágio originado na operação em que o real adquirente do investimento comprado por interposição de empresa criada especificamente para este objetivo possa ser objeto de amortização dedutível para fins de IRPJ e de CSLL, quando ocorrer a situação descrita no art. 7°, caput e inciso III, da Lei n° 9.532, de 1997 (absorção do patrimônio da empresa adquirida por incorporação/fusão/cisão - ágio cujo fundamento seja expectativa de rentabilidade futura) combinado com o art. 8°, alínea "b" do mesmo artigo (a empresa incorporada for a que detinha a propriedade da participação societária), base legal do art. 386, inciso III, § 6° , II, do RIR/99.
>
> 6.4. No caso cabem algumas considerações:
>
> 6.4.1. Conforme acima exposto, a regra geral é a indedutibilidade das contrapartidas da amortização de ágio. A regra geral é que o ágio faça parte do custo do investimento e seja computado na apuração do ganho de capital e, conseqüentemente do lucro do exercício em que se der a alienação ou baixa do investimento;
>
> 6.4.2. A norma excepcional que autoriza a dedução da amortização do ágio, diz textualmente: "A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação (...),na qual detenha participação societária adquirida com ágio (...) poderá amortizar o valor do ágio" cujo fundamento seja rentabilidade futura, à razão de 1/60, no máximo, para cada mês do período de apuração posteriores ao evento de incorporação;
>
> 6.4.3. É consenso, que o ágio teve origem em negócio firmado entre partes independentes (Banco Société e Família Coimbra);
>
> 6.4.4. O adquirente que de fato suportou o ônus do investimento (aquisição com ágio) foi o Banco Sócieté que negociou com os vendedores e aportou dinheiro na empresa intermediária "Trancoso";
>
> 6.4.5. Também não se contesta ter havido o efetivo pagamento do preço de aquisição (R$ 891.652.040,52) na aquisição da CACIPAR (controladora integral do Banco Cacique) pelo Société.
>
> 6.5. Feitas as considerações acima, entendo que o ágio formado na operação de compra de uma pessoa jurídica adquirida com ágio por uma das empresas de um grupo econômico, para ser dedutível, não pode ser transportado para outra pessoa desse mesmo grupo econômico, ainda que criada para este fim específico. A amortização do ágio, para ser considerada dedutível, deveria se dar necessariamente entre a real

Documento nato-digital

> adquirente da participação societária com ágio (no caso o Banco Société) e a investida adquirida.
>
> 6.6. A corroborar tal entendimento, cite-se o Acórdão do CARF n° 1101-000.899, Sessão de 11 de junho de 2013, cuja ementa (parte dela) e excerto do voto vencedor, da lavra da Conselheira Edeli Pereira Bessa, abaixo se transcreve:
>
> [...]
>
> 6.7. Pelo que se vê, resta corroborada a afirmação da autoridade fiscal de que, nos termos da legislação acima citada, vigente nos períodos ora fiscalizados, para que o adquirente pudesse deduzir fiscalmente o valor do ágio pago em aquisição de investimento cujo fundamento econômico seja a expectativa de rentabilidade futura, ou aguardava o momento da sua alienação ou promovia a incorporação, fusão ou cisão - direta ou reversa - da empresa investida.

Apesar de solucionado o mérito quanto à amortização do ágio, o colegiado a quo prosseguiu na análise do demais pontos de controvérsia: da empresa considerada veículo, da possibilidade de aproveitamento do ágio por outras configurações de negócio, da existência de processo administrativo anterior sobre o mesmo ágio com resultado favorável ao recorrente, da existência de jurisprudência à época dos fatos que autorizariam a amortização do ágio pelo Banco Cacique, da possibilidade de adição da amortização da base de cálculo da CSLL.

Pelo exposto, rejeito a preliminar de nulidade por preterição de defesa.

3. DO MÉRITO

Reproduz-se a seguir a síntese, trazida no acórdão impugnado, do processo de aquisição do Banco Cacique e de reorganização societária dentro do grupo econômico Société:

> O caso em pauta, relativo à amortização, nos anos-calendário de 2013 a 2017, pela contribuinte interessada, do ágio oriundo da aquisição (de 100% das quotas da Controladora) do Banco Cacique pelo Banco Société (por meio da Trancoso) - em 30/11/2007. O processo de aquisição do Banco Cacique e de reorganização societária dentro do grupo econômico Société que propiciou o "aproveitamento fiscal" do ágio pode ser visualizado no quadro abaixo:

DATA	EVENTO	DECORRÊNCIA/FORMA/VALOR
22/02/2007	Reunião do Conselho de Administração e AGE do Banco Société	Aprovação da proposta de aquisição de 100% das quotas representativas do Capital social da CACIPAR (controladora integral do Banco Cacique) – fls. 324/331
25/02/2007	Firmado o Contrato de compra sob condições precedentes e outras avenças	A Família Coimbra se comprometeu a vender 100% das quotas da CACIPAR (fl. 332 a 377)

Documento nato-digital

26/02/2007	Comunicado ao Mercado Financeiro feito pelo Société Generale	O diretor Serviços Financeiros Especializados do Société, Jean-François Gautier, *destacou que a compra representa uma etapa importante no desenvolvimento do banco no mercado brasileiro*. (fl. 530)
07/03/2007	Os sócios da MARIGANE (com capital social R$ 1.000,00), alteraram seu contrato social cedendo 100% de suas quotas para o Banco Société	Cessão feita a título Gratuito – R$ 0,00 (fls. 378/385). Formalizado que haveria a participação de um intermediário no processo de aquisição. Nota.: Denominação alterada de MARIGANE para "Trancoso Participações Ltda" (CNPJ 08.631.625-63 e a sede passou a ser o endereço do Banco Société.
07/03/2007	Pelo Instrumento de Cessão, o Société transferiu à Trancoso seu direito de suceder a Família Coimbra no controle integral do Banco Cacique.	O Banco Société Generale permanece como parte interveniente anuente ao Contrato para assegurar o cumprimento do Contrato por parte da Cessionária (Trancoso) – fls. 386/387
22/08/2007	Alteração no contrato social da Trancoso para "participação em instituições financeiras no Brasil"	Aparelhar a Trancoso para a aquisição das quotas da CACIPAR (fl. 388/394)
06/11/2007	Bacen autoriza a transferência indireta do controle acionário do Banco Cacique ao Banco Société	*"aprovou a transferência indireta do controle acionário dessa instituição, decorrente da aquisição da totalidade das quotas representativas do capital da Cacipar Comércio e Participação ltda pelo Banco Sócieté Générale Brasil S/a, consoante Contrato de Compra..."* Fls. 417/420
30/11/2007	Aumento de Capital da Trancoso Aquisição de 100% das Quotas de Cacipar	Aumento de capital de R$ 1.000,00 para R$ 930.523.600,00 (fls. 395 a 401) Ágio contabilizado pela Trancoso R$ 573.842.805,41 (fls. 502)
31/10/2008	AGE do Banco Cacique aprovou conjuntamente o Protocolo e Justificação da incorporação reversa da CACIPAR, bem como o Protocolo e Justificação a incorporação reversa da TRANCOSO	As duas holdingas CACIPAR e Trancoso tiveram seu patrimônio vertido para o Banco Cacique, sendo extintas na seqüência. (fls. 421/446) O ágio que havia sido contabilizado pela Trancoso foi transferido para o patrimônio do incorporador Banco Cacique que passou a exluir, nas bases tributárveis do IRPJ e da CSLL, a partir do ajuste anual em 31/12/2008, as parcelas de amortização do ágio à razão de 10% ao ano

Em apertada síntese, conforme relatado, a autoridade fiscal defende a impossibilidade do Banco Cacique amortizar o ágio gerado na aquisição da CACIPAR (sua controladora integral) pelo Banco Société porque não atenderia aos termos do art. 7°da Lei n° 9.532, de 1997 (art. 386 do RIR/99) pois o ágio foi pago de fato pelo Banco Sócieté; e não houve confusão patrimonial entre o Banco Cacique (adquirido) e o Banco Société (adquirente). Anotou ainda a utilização de uma empresa veículo (Trancoso -intermediária) para transportar o ágio e possibilitar a sua amortização pelo Banco Cacique, em 2009, quando da incorporação da Trancoso.

Documento nato-digital

3.1 DOS REQUISITOS PARA A AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO

A Recorrente sustenta que para a dedução das despesas com a amortização do ágio da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, o legislador ordinário estabeleceu, apenas e tão somente, (i)que ocorresse a aquisição, pela pessoa jurídica, de participação societária adquirida com ágio; (ii) que houvesse a absorção de referida participação societária em virtude de fusão, cisão ou incorporação (ou a absorção da investidora pela investida); e (iii) que a fundamentação econômica do ágio fosse lastreada em expectativa de rentabilidade futura:

> Considerando o exposto no descritivo das operações efetivamente realizadas, cumpre apresentar a seguir a disciplina legal da amortização fiscal do ágio, vigente à época dos fatos objeto dos presentes autos de infração, demonstrando, por consequência, o cumprimento das normas contábil, societária e fiscal pelo Recorrente, para fins de aproveitamento fiscal do ágio questionado.
>
> Em se tratando de aquisição de participação societária em sociedade que passa a ser controlada ou coligada da adquirente, na qual o preço pago é superior ao patrimônio líquido da sociedade adquirida, a operação gera apuração de um ágio para a empresa adquirente.
>
> A Lei das S/A não abordou expressamente a temática do ágio na aquisição de participação societária, mas a sua contabilização deve estar em conformidade com os princípios de contabilidade geralmente aceitos, nos termos do artigo 177 desta Lei. Neste sentido é o que dispunha a Instrução CVM n° 247/96 , vigente à época dos fatos.
>
> Na esfera tributária, o artigo 20 do Decreto-Lei n° 1.598/77, conforme redação vigente à época dos fatos em análise, estabelecia que os contribuintes obrigados à adoção do método da equivalência patrimonial para a contabilização e registro de seus investimentos em sociedades controladas ou coligadas, deviam, quando da aquisição de participação societária, desdobrar o custo de aquisição do investimento em f# valor de patrimônio líquido e (ii) ágio ou deságio.
>
> A obrigatoriedade de desmembramento do registro do investimento em valor patrimonial e ágio, nos termos do mencionado dispositivo legal, alcançava todo e qualquer ato ou negócio jurídico de aquisição, desde que envolvesse transferência de titularidade da participação.
>
> Quanto ao ágio apurado na aquisição, nos termos do § 2o do artigo 20 do Decreto-Lei n° 1.598/77 então vigente, havia que se indicar os fundamentos econômicos que o justificavam, com base em (i) diferença de valor de mercado e contábil dos bens do ativo da adquirida, (ii) expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida, e/ou (iii) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.
>
> Efetuada a apuração do ágio na forma acima mencionada, o artigo 25 do Decreto-Lei n° 1.598/77 determinava que as contrapartidas de amortização contábil de ágio, caso ocorresse, deviam ser neutras de efeitos fiscais enquanto mantido o investimento adquirido, por meio de adição ou exclusão, conforme o caso, dessa contrapartida ao lucro líquido do período-base, para efeitos de determinação do lucro real. Tais contrapartidas deviam ser controladas no Livro de Apuração do Lucro Real ("LALUR") para efeitos de determinação do ganho ou perda de capital quando da alienação ou liquidação do investimento.
>
> Contudo, caso houvesse a operação de incorporação, fusão ou cisão, entre a sociedade investidora e a sociedade investida, que tenha sido adquirida com ágio, referido ágio poderia gerar efeitos tributários, nos termos do artigo 386 do Regulamento do Imposto de Renda ("RIR/99" - Decreto n° 3.000/99), vigente à época dos fatos. Importa destacar que, pela legislação, o tratamento tributário a seguir analisado aplica-se mesmo nas

Documento nato-digital

> hipóteses de incorporação reversa, em que a controladora é incorporada na controlada, como ocorreu no presente caso, nos termos do artigo 8o da Lei n° 9.532/97.
>
> Para tanto, as razões econômicas que justificam os valores de ágio relacionados a aquisições de investimento, devidamente fundamentadas nos termos descritos anteriormente, são essenciais para verificar qual o tratamento tributário a ser dado nas operações de incorporação, sendo os efeitos bastante diversos em cada caso, em virtude das previsões constantes nos artigos 7o e 8o da Lei n° 9.532/97.
>
> Particularmente com relação ao ágio fundado nas perspectivas de rentabilidade futura do investimento adquirido, nos termos do artigo 7°, inciso III, da Lei n° 9.532/97, a pessoa jurídica incorporadora poderia amortizar o valor deste ágio à razão de 1/60 (amortização no prazo mínimo de 5 anos), para cada mês do período de apuração.

Afirma que, aplicando-se as aludidas normas fiscais ao caso concreto, tem-se que tanto o surgimento e o registro do ágio, quanto a sua amortização são legítimos:

> Isto porque cumpriu-se os termos da legislação tributária de regência: desdobrou-se o custo de aquisição do Banco Cacique em investimento e ágio; posteriormente a investidora/adquirente (Trancoso) foi incorporada pelo Banco Cacique (investida); e o ágio teve o seu fundamento econômico lastreado em laudo de avaliação de expectativa de rentabilidade futura.
>
> Desta feita, nota-se que, a partir do momento em que o Banco Cacique absorveu o patrimônio da Trancoso em virtude de sua incorporação, estabelecia a legislação fiscal vigente à época dos fatos que era possível amortizar o valor do ágio nos balanços correspondentes à apuração de lucro real e da base de cálculo da CSLL, levantados posteriormente à incorporação, à razão de um sessenta avos (período mínimo de 5 anos), para cada mês do período de apuração.
>
> Pelo exposto, verifica-se que os requisitos legais para a amortização fiscal do ágio foram cumpridos estritamente, ou seja, foram atendidos os termos preconizados na legislação de regência que permite a dedutibilidade do ágio, o que, por si só, valida o procedimento adotado pela Trancoso e pelo Recorrente.

Em seguida a recorrente se propõe a demonstrar o fundamento econômico do ágio (no caso, a expectativa de rentabilidade futura**), embora este fato não tenha sido questionado pela Autoridade Fiscal**.

Considerando que a autuação em litígio refere-se à amortização de ágio decorrente de participação societária adquirida por preço superior ao do Patrimônio Líquido da investida, cabe, primeiramente, uma análise da legislação que rege a matéria.

A respeito da evolução histórica das previsões legais que contemplaram a possibilidade de aproveitamento tributário do ágio em hipóteses de transformações societárias, remeto-me ao voto do Conselheiro Rafael Vidal de Araújo no Acórdão n° 9101-003.442:

> A respeito da figura do ágio, há que se dizer que seu conceito tributário foi introduzido no ordenamento brasileiro pelo Decreto-Lei n° 1.598, de 26 de

Documento nato-digital

dezembro de 1977. À época dos fatos discutidos nestes autos, dispunha o art. 20 do Decreto-Lei, antes de ter sua redação alterada pela Lei n° 12.973, de 13/05/2014:

> Art. 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 21; 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.
>
> § 1° - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.
>
> § 2° - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:
>
> 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;
>
> c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.
>
> § 3° - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2° deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

O art. 385 do RIR/1999 é basicamente uma cópia do art. 20 do Decreto-Lei n° 1.598/1977. Em ambos os dispositivos, encontra-se a determinação de que contribuintes que avaliam investimentos em sociedade controlada ou coligada pelo valor do patrimônio líquido registrem o ágio apurado na aquisição de participação societária em subconta separada daquela que registra o valor do patrimônio líquido da investida na época da aquisição.

Além disso, os dispositivos preveem que tal ágio deve ser fundamentado em pelo menos um dos três fatores: a) valor de mercado dos bens do ativo da investida superior ao registrado na contabilidade; b) expectativa de resultados positivos da investida nos exercícios futuros ou; c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Quando o art. 20 do Decreto-Lei n° 1.598/1977 e o art. 385 do RIR/1999 afirmam que o destinatário das regras ali expostas é o contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, estão se referindo ao método da equivalência patrimonial. Segundo tal método, as variações observadas nos patrimônios líquidos da sociedades coligadas ou controladas provocam reflexos nos valores dos investimentos registrados na investidora.

Documento nato-digital

Observe-se o que dispõem os arts. 387 a 389 do RIR/1999, a respeito do método de equivalência patrimonial:

> Art. 387. Em cada balanço, o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no art. 248 da Lei n° 6.404, de 1976, e as seguintes normas (Decreto-Lei n° 1.598, de 1977, art. 21, e Decreto-Lei n° 1.648, de 1978, art. 1°, inciso III):
>
> I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até dois meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda;
>
> (...)
>
> Art. 388. O valor do investimento na data do balanço (art. 387, I), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo anterior, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento (Decreto-Lei n° 1.598, de 1977, art. 22).
>
> (...)
>
> Art. 389. A contrapartida do ajuste de que trata o art. 388, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real (Decreto-Lei n° 1.598, de 1977, art. 23, e Decreto-Lei n° 1.648, de 1978, art. 1°, inciso IV).
>
> (...)

O art. 389 do RIR/1999 é explícito ao determinar que os resultados auferidos pelas empresas coligadas ou controladas não devem ser computados na determinação do resultado da investidora. Assim, lucros apurados em uma investida devem ser objeto de tributação somente no âmbito daquela empresa. Embora tenham o reflexo de majorar o valor do investimento registrado na investidora, os lucros da investida não devem integrar a base tributável da pessoa jurídica que nela detém participação societária, sob pena de configurar-se hipótese de dupla tributação.

Caso a investidora tenha registrado, em sua contabilidade, ágio decorrente da expectativa de rentabilidade futura da investida, conclui-se que a causa do pagamento a maior efetivamente se concretizou, mas foi tributada somente na coligada ou controlada. Sendo assim, não há que se cogitar de amortização do ágio na investidora, uma vez que não ocorre, nesta pessoa jurídica, tributação do resultado positivo da investida.

Somente seria lógico falar em amortização daquele ágio caso a concretização do motivo que lhe deu causa, qual seja, a lucratividade futura da investida, tivesse reflexos tributários na pessoa jurídica que pagou a "mais valia". Dessa forma, o dispêndio a maior poderia ser gradativamente recuperado sob a forma de despesas dedutíveis, se os lucros que o motivaram provocassem um maior recolhimento de tributos nos períodos posteriores à aquisição do investimento.

Documento nato-digital

Como, por determinação legal, não é esta a hipótese que se verifica no método de equivalência patrimonial, **pode-se concluir que a regra geral é a da impossibilidade de utilização fiscal do ágio registrado na investidora**. É o que reza expressamente o art. 391 do RIR/1999:

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

Existem, contudo, duas exceções a tal regra. A primeira delas é indicada pelo próprio art. 391, quando ressalva o disposto no art. 426 do mesmo RIR/1999:

Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei n° 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei n° 1.730, de 1979, art. 1°, 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.

A primeira exceção à regra da impossibilidade de aproveitamento tributário do ágio tratado pelo art. 385 do RIR/1999 diz respeito, portanto, à apuração de ganho ou perda de capital. Se o investimento que deu causa à "mais valia" for alienado ou liquidado, o ágio ou deságio registrados na contabilidade da controladora devem compor o custo de aquisição considerado no cálculo do resultado tributável da operação, sobre o qual incidirão IRPJ e CSLL.

Já **a segunda exceção refere-se a transformações societárias envolvendo investidoras, investidas e o ágio associado aos investimentos**.

A respeito da evolução histórica das previsões legais que contemplaram a possibilidade de aproveitamento tributário do ágio em hipóteses de transformações societárias, remeto-me ao irretocável apanhado feito pelo nobre Conselheiro André Mendes de Moura no Acórdão n° 9101-002.301:

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

Documento nato-digital

> Art. 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas: (Revogado pela Lei n° 12.973, de 2014) (Vigência)
>
> I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos; (Revogado pela Lei n° 12.973, de 2014) (Vigência)
>
> II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1° e 2°, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado. (Revogado pela Lei n° 12.973, de 2014) (Vigência)
>
> § 1° O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: (Revogado pela Lei n° 12.973, de 2014) (Vigência)
>
> a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e (Revogado pela Lei n° 12.973, de 2014) (Vigência)
>
> b) mantiver, no livro de que trata o item I do artigo 8°, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente. (Revogado pela Lei n° 12.973, de 2014) (Vigência)
>
> § 2° - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional. (Revogado pela Lei n° 12.973, de 2014) (Vigência)

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

Ocorre que tal previsão se consumou em operações um tanto quanto questionáveis por vários contribuintes, mediante aquisição de empresas deficitárias pagando-se ágio, para, em logo em seguida, promover a incorporação da investidora pela investida. As operações ocorriam quase simultaneamente.

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de

Documento nato-digital

Motivos da MP n° 1.602, de 1997 , que, posteriormente, foi convertida na Lei n° 9.532, de 1997.

> 11. O art. 8° estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.
>
> Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vem utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária, mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.
>
> Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

> Anteriormente à edição da Lei n° 9.532/1997, não havia na legislação tributária nacional regulamentação relativa ao tratamento que deveria ser conferido ao ágio em hipóteses de incorporação envolvendo a pessoa jurídica que o pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio.
>
> O que ocorria, na prática, era a consideração de que a incorporação era, per se, evento suficiente para a realização do ágio, independentemente de sua fundamentação econômica.
>
> (...)
>
> Sendo assim, a partir de 1998, ano em que entrou em vigor a Lei n° 9.532/1997, adveio um cenário diferente em matéria de dedução fiscal do ágio. Desde então, restringiram-se as hipóteses em que o ágio seria passível de ser deduzido no caso de incorporação entre pessoas jurídicas, com a imposição de limites máximos de dedução em determinadas situações.
>
> Ou seja, nem sempre o ágio contabilizado pela pessoa jurídica poderia ser deduzido de seu lucro real quando da ocorrência do evento de incorporação. Pelo contrário. Com a regulamentação ora em vigor, poucas são as hipóteses em que o ágio registrado poderá ser deduzido, a depender da fundamentação econômica que lhe seja conferida.

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista que trabalhou na edição da MP 1.609, de 1997 :

> O artigo 8° altera as regras para determinação do ganho ou perda de capital na liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido, quando agregado de ágio ou deságio. De acordo com as novas regras, os ágios existentes não mais serão computados como custo (amortizados pelo total), no ato de liquidação do investimento, como eram de acordo com as normas ora modificadas.
>
> O ágio ou deságio referente à diferença entre o valor de mercado dos bens absorvidos e o respectivo valor contábil, na empresa incorporada (inclusive a fusionada ou cindida), será registrado na própria conta de registro dos respectivos bens, a empresa incorporador (inclusive a resultante da fusão ou a que absorva o patrimônio da cindida), produzindo as repercussões próprias na depreciação normal. O ágio ou deságio decorrente de expectativa de resultado futuro poderá ser amortizado durante os cinco

Documento nato-digital

> anos-calendário subsequentes à incorporação, à razão de 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do período de apuração. (...)

Percebe-se que, em razão de um completo desvirtuamento do instituto, o legislador foi chamado a intervir, para normatizar, nos arts. 7° e 8° da Lei n° 9.532, de 1997, sobre situações específicas tratando de eventos de transformação societária envolvendo investidor e investida.

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

Em breves palavras, caso fosse benefício fiscal, o próprio legislador deveria ter tratado do assunto, como o fez na Exposição de Motivos de outros dispositivos da MP n° 1.607, de 1997 (convertida na Lei n° 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**."

Depreende-se da retrospectiva transcrita que os arts. 7° e 8° da Lei n° 9.532/1997 (produto da conversão da Medida Provisória n° 1.602/1997) foram erigidos pelo legislador com a específica finalidade de coibir a prática de planejamentos tributários abusivos em que empresas superavitárias adquiriam com ágio empresas deficitárias para serem em seguida incorporadas por elas. Tal incorporação reversa, também denominada de incorporação "às avessas", não tinha nenhum propósito negocial que não fosse a simples geração de ganhos de natureza tributária.

Os arts. 7° e 8° da Lei n° 9.532/1997 foram integralmente incorporados ao RIR/1999 por meio de seu art. 386. Como este artigo faz referência expressa a dispositivos do art. 385 (cópia do já reproduzido art. 20 do Decreto-Lei n° 1.598/1977), transcrevem-se ambos a seguir:

> Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei n° 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.
>
> § 1° O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei n° 1.598, de 1977, art. 20, § 1°).

Documento nato-digital

§ 2° O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei n° 1.598, de 1977, art. 20, § 2°):

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.

§ 3° 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 n° 1.598, de 1977, art. 20, § 3°).

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 n° 9.532, de 1997, art. 7°, e Lei n° 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 §2° 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 §2° 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 §2° 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 §2° do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§1° 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 n° 9.532, de 1997, art. 7°, §1°).

§2° 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 n° 9.532, de 1997, art. 7°, §2°):

1 - 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.

§3° O valor registrado na forma do inciso II (Lei n° 9.532, de 1997, art. 7°, §3°):

Documento nato-digital

> 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.
>
> §4° 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 n° 9.532, de 1997, art. 7°, §4°).
>
> §5° 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 n° 9.532, de 1997, art. 7°, §5°).
>
> §6° O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei n° 9.532, de 1997, art. 8°):
>
> 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.
>
> §7° Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no §2° deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei n° 9.718, de 1998, art. 11).

Verifica-se que os arts. 385 e 386 do RIR/1999 guardam uma relação indissociável entre si, uma vez que requisitos à aplicação do segundo artigo são extraídos diretamente da redação do primeiro.

O art. 385, conforme já mencionado, estabelece duas regras principais. A primeira determina que o ágio apurado em uma aquisição de participação societária em sociedade controlada ou coligada seja registrado em subconta separada daquela que registra o valor do patrimônio líquido da investida na época da aquisição. Já a segunda fixa os possíveis fundamentos econômicos do ágio pago na aquisição da participação societária (valor de mercado dos bens do ativo da investida superior ao registrado na contabilidade; expectativa de resultados positivos da investida nos exercícios futuros; fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas). Por fim, o artigo ainda prevê que o ágio fundamentado em valor de mercado dos bens do ativo da investida ou na expectativa de resultados futuros deve ser baseado em documentação comprobatória, devidamente arquivada.

Já o art. 386 trata, entre outras coisas, da possibilidade de aproveitamento tributário do ágio decorrente do fundamento econômico previsto no inciso II do §2° do artigo anterior (valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros).

O caput do art. 386 traz o primeiro requisito que deve ser cumprido para que seja possível o aproveitamento do ágio: uma pessoa jurídica deve absorver o

Documento nato-digital

patrimônio de uma segunda, em que detenha participação societária adquirida com ágio. A respeito deste primeiro requisito exigido pela norma, recorro novamente ao Acórdão n° 9101-002.301, pela assertividade da análise ali desenvolvida:

> "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 ATALIBA .
>
> 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, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição, e à pessoa jurídica investida.
>
> Ocorre que, em se tratando do ágio, as reorganizações societárias empreendidas apresentaram novas pessoas ao processo.
>
> **Como exemplo, podemos citar situação no qual a pessoa jurídica A adquire com ágio participação societária da pessoa jurídica B. Em seguida, utiliza-se de uma outra pessoa jurídica, C, e integraliza o capital social dessa pessoa jurídica C com a participação societária que adquiriu da pessoa jurídica B. Resta consolidada situação no qual a pessoa jurídica A controla a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C controla a pessoa jurídica B. Em seguida, sucede-se evento de transformação societária, no qual a pessoa jurídica B absorve patrimônio da pessoa jurídica C, ou vice versa.**
>
> **Ocorre que os sujeitos eleitos pela norma são precisamente a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) cuja participação societária foi adquirida com ágio.** Para fins fiscais, não há nenhuma previsão para que o ágio contabilizado na pessoa jurídica A (investidora), em razão de reorganizações societárias empreendidas por grupo empresarial, possa ser considerado "transferido" para a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C, ao absorver ou ser absorvida pela pessoa jurídica B, possa aproveitar o ágio cuja origem deu-se pela aquisição da pessoa jurídica A da pessoa jurídica B.
>
> **Da mesma maneira, encontram-se situações no qual a pessoa jurídica A realiza aportes financeiros na pessoa jurídica C e, de plano, a pessoa jurídica C adquire participação societária da pessoa jurídica B com ágio. Em seguida, a pessoa jurídica C absorve patrimônio da pessoa jurídica B, ou vice versa, a passa a fazer a amortização do ágio.**
>
> **Mais uma vez, não é o que prevê o aspecto pessoal da hipótese de incidência da norma em questão. A pessoa jurídica que adquiriu o investimento, que acreditou na mais valia e que desembolsou os recursos para a aquisição foi, de fato, a pessoa jurídica A (investidora). No outro pólo da relação, a pessoa jurídica adquirida com ágio foi a pessoa jurídica B. Ou seja, o aspecto pessoal da hipótese de incidência, no caso, autoriza o aproveitamento do ágio a partir do momento em que a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) passem a integrar a mesma universalidade.**

Documento nato-digital

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

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

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

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumar 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.

Documento nato-digital

> 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. Considerando-se o regime de tributação adotado pelo sujeito passivo, aperfeiçoa-se o lançamento fiscal e o termo inicial para contagem do prazo decadencial."

Conclui-se, portanto, que o art. 386 do RIR/1999, sob o aspecto pessoal, se dirige à investidora que vier a incorporar sua investida (ou por ela ser incorporada), após ter efetivamente acreditado na mais valia do investimento, feito os estudos de rentabilidade futura e desembolsado os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o do ágio). Ou seja, quando ocorre a incorporação é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobre preço, pago em momento anterior pela investidora em razão da confiança na rentabilidade futura da investida.

Destaque-se que a regra se aplica tanto à incorporação da investida pela investidora quanto, no sentido inverso, à hipótese em que a investidora é que é incorporada por sua investida. **Em ambos os casos, a lei exige que a investidora envolvida na incorporação seja a "original" ou stricto sensu (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada à pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco)**.

A situação em que a investida incorpora sua investidora é denominada de incorporação reversa ou ainda de incorporação "às avessas". A previsão da possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio nesta hipótese é trazida pelo §6°, inciso II, do art. 386 do RIR/1999. O dispositivo faz uso de uma técnica legislativa transitiva, indicando assim que o que vale para o caput do art. 386 do RIR/1999 vale também para o seu §6°. As premissas de exegese da norma não são afetadas, sendo necessárias apenas as devidas adaptações para contemplar a situação prevista.

De forma correlata ao que se analisou quanto ao aspecto pessoal, a confusão de patrimônios, principal item do aspecto material para fins de enquadramento no art. 386 do RIR/1999, consuma-se quando, na sociedade incorporadora, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobre avaliado) passam a se comunicar diretamente (os riscos se fundem: o risco do investimento - assim entendidos os recursos aportados - e o risco do empreendimento).

Compartilhando o mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual a pessoa jurídica detentora da "mais valia" (ágio) do investimento baseado na expectativa de rentabilidade futura passa a ser responsável também por honrar tal rentabilidade. Assim, a legislação permite que o contribuinte considere perdido o capital que foi investido com o ágio e deduza a despesa relativa à "mais valia".

Documento nato-digital

> Configuração semelhante ocorre na incorporação reversa, na medida em que a pessoa jurídica responsável por gerar a rentabilidade esperada para o futuro passa a ser a detentora do ágio baseado na expectativa de tal rentabilidade.
>
> Sendo assim, pressupõe-se que a "mais valia" porventura contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participam da "confusão patrimonial". **Para fins de acesso à dedutibilidade estabelecida pelo art. 386 do RIR/1999, a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento deve incorporar tal investimento (incorporação da investida pela investidora) ou ser incorporada pela empresa em que investiu (incorporação "às avessas")**.
>
> Em síntese, **a subsunção aos artigos 7° e 8° da Lei n° 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/1999, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material das hipóteses ali previstas**. Na atual redação destes dispositivos, exclusivamente no caso em que houver o efetivo desembolso de valores (ou sacrifício de outros ativos) a título de investimento da investidora (futura incorporadora ou, no caso da incorporação reversa, incorporada) na investida (futura incorporada ou, no caso da incorporação reversa, incorporadora), é que haverá o atendimento aos aspectos pessoal e material. Se o ágio não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial", não há sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio instituída pelo art. 386 do RIR/1999.

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

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

Como o ágio fora originalmente atribuído à expectativa de rentabilidade futura de suas próprias quotas, a contribuinte considerou que tinha reunido na mesma entidade o ágio e o investimento cuja expectativa de resultados lhe servira como fundamento. Assim, julgando-se amparada pelos arts. 7° e 8° da Lei n° 9.532/1997 (art. 386 do RIR/1999), passou a promover a

Documento nato-digital

redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL por meio da exclusão de valores atribuídos à dedução das despesas de amortização do referido ágio.

Ocorre que o entendimento defendido pela não tem amparo legal nos mencionados dispositivos legais ou em quaisquer outros.

Interpretando-se o conteúdo do art. 386 do RIR/1999 sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária, verifica-se que não restaram observados, no caso concreto, os aspectos pessoal e material necessários à subsunção da situação fática à previsão normativa.

A configuração do aspecto pessoal da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999 requer, como foi visto, que a pessoa jurídica que vier a absorver o patrimônio da outra em que detenha participação societária (ou a ser absorvida por ela, no caso da incorporação "às avessas") tenha acreditado na "mais valia", feito estudos de rentabilidade futura e efetivamente desembolsado os recursos para a aquisição do investimento.

Verifica-se que para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio, não sendo possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.

3.2 DA UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO

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

> É de se frisar, ainda, que, entre a aquisição da Trancoso pelo Recorrente e a posterior aquisição da Cacipar pela Trancoso, transcorreram-se, aproximadamente, nove meses. Além disso, entre a aquisição da Trancoso pelo Recorrente e sua extinção por incorporação pelo Banco Cacique, passaram-se quase dois anos.
>
> Esse longo período em atividade é uma diferença fundamental entre a Trancoso e uma "sociedade veículo".
>
> Nesse desiderato, não prosperam os argumentos no sentido de que a real operação realizada foi a aquisição do Banco Cacique pelo Recorrente, como fez crer a Autoridade Fiscal, inclusive citando matéria de cunho jornalístico da Agência Estado (Estadão) com a manchete: "Société Générale anuncia compra do Banco Cacique121.
>
> Cabe ressalvar que as informações veiculadas nos meios de comunicação não possuem o apego técnico necessário para sequer serem utilizados em uma autuação fiscal, que deverá pautar-se no princípio da legalidade. Sabe-se que os órgãos de imprensa não detêm todas as informações necessárias para formar um juízo verídico sobre as operações efetivamente realizadas, o que pode acarretar na veiculação de informações precipitadas ou imprecisas, como no caso dos autos.

Documento nato-digital

> De fato, deve-se observar que a menção à "Société Générale' claramente se refere ao Grupo Société e, de fato, foi o Grupo Société que realizou a operação de aquisição do Banco Cacique, contudo, tal aquisição foi concretizada por meio da Trancoso (real adquirente) da empresa alvo.
>
> A estrutura societária de aquisição, ao contemplar a holding para deter a participação societária a ser adquirida, não só era plenamente conveniente e justificada do ponto de vista empresarial e de mercado como seguia à risca prática desde muito tempo e até hoje verificada no mundo dos negócios.
>
> Não bastasse a existência de razões na aquisição por meio da Trancoso que não se relacionam à economia tributária, as quais serão mais bem abordadas em tópico subsequente do presente Recurso Voluntário, deve-se mencionar que, no presente caso, não era necessária a constituição da Trancoso para que fosse possível a amortização do ágio gerado na aquisição da Cacipar, o que corrobora o fato de que a utilização da Trancoso pelo Grupo Société teve um propósito específico.
>
> De fato, em sua Impugnação, o Recorrente demonstrou outras estruturas que poderiam ter sido utilizadas à época dos fatos, as quais, mesmo sem a constituição da Trancoso, gerariam os mesmos efeitos fiscais ao ágio questionados nestes autos.
>
> Ao examinar essas outras configurações de negócio, a Delegacia de Julgamento aduziu que, como tais formas não foram adotadas pelo Recorrente e se optou por uma estrutura em que teria ocorrido "afronta ao requisito legal para a amortização do ágio, que é a unificação patrimonial destas"', caberia à Fiscalização proceder ao lançamento de ofício dos tributos que deixaram de ser recolhidos (fl. 22 do acórdão recorrido).
>
> Ocorre que não observou a DRJ que, ao apontar as diversas estruturas que poderiam ter sido adotadas pelo Grupo Société, o Recorrente comprovou que a utilização da Trancoso possuía propósito negocial específico, de modo que não seria possível a sua caracterização como "empresa veículo" e, consequentemente, esta seria a real adquirente da Cacipar, restando cumprido o suposto requisito da "confusão patrimonial". É o que se passa a repisar no presente Recurso Voluntário.
>
> Uma outra configuração de negócio poderia ser a aquisição da Cacipar diretamente pelo Recorrente ("Evento Hipotético 01"), de modo que a despesa referente à amortização do ágio poderia ser deduzida pelo Recorrente, bastando para isso que fosse realizada a incorporação da Cacipar pelo Recorrente ("Evento Hipotético 02"), o que não seria um problema para as partes, já que a Cacipar foi, efetivamente, incorporada.
>
> Essa incorporação da Cacipar pelo Recorrente não alteraria a estrutura que se acabou por verificar após a incorporação, no final de 2008, já que a estrutura societária pós-incorporação nessa hipótese seria a mesma que foi alcançada no caso concreto.
>
> Nessa linha, seja pela hipotética incorporação da Cacipar pelo Recorrente, seja pela incorporação da Cacipar pelo Banco Cacique, ocorrida de fato, o resultado seria o mesmo, qual seja o Recorrente como controlador direto do Banco Cacique.

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

Documento nato-digital

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

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

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

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

A Recorrente não trouxe aos autos provas que pudessem infirmas as conclusões da Autoridade Fiscal sobre a utilização de empresa "veículo'.

3.3 DA COERÊNCIA COMO O PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO DO EMPREENDIMENTO ECONÔMICO

A Recorrente afirma que a presente operação é válida, uma vez que (i) está demonstrada claramente a congruência entre o motivo e a finalidade da operação pretendida pelo Grupo Société Générale, que não era predominantemente tributária (gerar economia fiscal); e (ii) as operações realizadas inserem-se evidentemente no contexto do planejamento estratégico do Grupo:

> Ademais, após a verificação da coerência entre o motivo e a finalidade (que não podem ser predominantemente tributários), poder-se-ia ainda questionar se determinada operação estaria inserida coerentemente no planejamento estratégico do empreendimento econômico.
>
> Neste sentido, vejamos o conceito de planejamento estratégico, como ensinado pelo economista Cláudio Porto :
>
> "Numa primeira aproximação, pode-se considerar um Plano Estratégico (esteia ele escrito ou não) como um conjunto coerente de grandes prioridades e de decisões que orientam o desenvolvimento e a construção do futuro de uma organização num horizonte de longo prazo. É uma ferramenta gerencial essencial para impor uma racionalidade central às decisões, estimular a convergência de esforços e focalizar a atenção dos decisores nos fatores-chave para o sucesso da organização. Conceitualmente, o significado de Plano Estratégico é muito simples. Ele representa o caminho que a instituição escolhe para evoluir desde uma situação presente, até uma situação desejada no futuro ("ano horizonte"), num horizonte de longo prazo e sob condições de incerteza.

Documento nato-digital

> Numa perspectiva mais abrangente, o Plano Estratégico é um conceito multidimensional que abrange todas as atividades críticas de uma instituição, dotando-os de senso de unidade, direção e propósito, assim como facilitando as mudanças necessárias induzidas por seu ambiente." (g.n.)
>
> Este último limite ao "planejamento tributário" consiste na análise da operação no contexto empresarial e na verificação de sua coerência com as estratégias e os planos futuros do empreendimento como um todo.
>
> Contudo, este último limite não é aceito sequer por Marco Aurélio Greco, pois entende que este modelo não está consolidado na experiência brasileira."2* De qualquer forma, apesar de sua inaplicabilidade no nosso ordenamento jurídico, ressalte-se que as operações ocorridas se encontram claramente inseridas no planejamento estratégico do Grupo Société.
>
> De fato, como demonstrado, o Grupo Société Générale possuía um planejamento estratégico para o Brasil claro e definido. Seu objetivo era expandir suas atividades no Brasil, inserindo-se no mercado de crédito consignado, o que foi plenamente atingido por meio da aquisição, pela Trancoso, da Cacipar, que detinha a integralidade de ações do Banco Cacique.

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

3.4 DA IMPOSSIBILIDADE DE INGERÊNCIA DO FISCO NA ATIVIDADE DO CONTRIBUINTE

A Recorrente salienta que não pode o Fisco pretender adentrar à liberdade individual dos contribuintes, por não possuir poder de ingerência sobre os negócios particulares realizados na administração da sociedade empresária.

Registra-se 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 imponível (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto pessoal.

Documento nato-digital

3.5 *ADARGUMENTANDUM*- POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO

Alega a Recorrente, a despeito dos mencionados questionamentos do Fisco, deve-se ter em conta que a existência das chamadas "empresas veículo" ou "sociedades veículo" não é suficiente para que se infirme a validade de uma operação que culmine na amortização fiscal do ágio, nos termos da recente jurisprudência administrativa.

Afirma que, ainda que a Trancoso fosse uma "empresa veículo", o que se admite apenas a título argumentativo, a jurisprudência administrativa atual (assim como a decisão proferida nos autos do Processo Administrativo n° 16327.001743/2010-34, de forma definitiva, acerca dos mesmos fatos ora tratados) tem reconhecido a validade de operações em que tais sociedades são utilizadas, motivo pelo qual deverá esse E. CARF reconhecer a necessidade de se reformar o acórdão recorrido, para que sejam cancelados os autos de infração originários deste processo.

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

3.6 EXISTÊNCIA DO REQUISITO LEGAL DE "CONFUSÃO PATRIMONIAL"

A Recorrente ressalta que é descabida a pretensão da Fiscalização e da DRJ de coibir o direito da Recorrente à amortização fiscal do ágio sob a justificativa de que não foi observada a alegada "confusão patrimonial' na operação, vez que este suposto requisito não se encontra positivado nas normas tributárias como condição para o aproveitamento do aludido benefício de amortização fiscal do ágio.

Deduz que, desta forma, a pretensão fiscal de ver aplicada ao presente caso uma nova condição para a amortização do ágio ("confusão patrimonial'), inexistente na legislação fiscal, corresponde a uma verdadeira inovação às previsões legais, o que não pode ser acatado por este E. CARF.

Discorda-se das alegações da recorrente, pois entende-se que a confusão patrimonial é requisito para a dedutibilidade do ágio, conforme previsto no *caput* do art. 386 do RIR:

> **Em relação ao aspecto material, há que se consumar 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 investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.**

Documento nato-digital

> **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**. SCHOUERI , com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.
>
> **Por sua vez, a partir do momento em que se consuma a confusão patrimonial, os lucros auferidos pela então investida passam a integrar a mesma universalidade da investidora. Reside, precisamente nesse ponto, o permissivo para que o ágio, pago pela investidora exatamente em razão dos lucros a serem auferidos pela investida, possa ser aproveitado, vez que passam a se comunicar, diretamente, a despesa de amortização do ágio e as receitas auferidas pela investida**.
>
> **Ou seja, compartilhando o mesmo patrimônio investidora e investida, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que adquiriu o investimento com mais valia (ágio) baseado na expectativa de rentabilidade futura, passa a ser tributada pelos lucros percebidos nesse investimento**.
>
> Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumar 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.

Portanto, demonstrado que existe, na legislação tributária, o conceito de "confusão patrimonial' adotado pela Fiscalização e pela DRJ como requisito necessário à dedutibilidade fiscal do ágio, e que nas operações societárias em discursão esse requisito não foi cumprido, rejeita-se todos os argumentos da recorrente em sentido contrário.

3.7 - DA EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A ADIÇÃO, À BASE DE CÁLCULO DA CSLL, DA DESPESA COM A AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

A Recorrente alega que não há que se falar na adição da referida despesa na base de cálculo da CSLL, por absoluta ausência de previsão legal.

Vejamos, inicialmente, o quanto disposto no caput do art. 57, da Lei 8.981/95, parte final, quanto à definição da base de cálculo da referida contribuição. Veja-se:

> Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. (grifei)

Documento nato-digital

A CSLL, instituída com a edição da Lei 7.689/88, tem como base de cálculo, nos termos do art. 2º da referida lei, "o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda", acrescentando-se, através da letra 'c', do § 1º, do mesmo art. 2º, que o resultado do período base será apurado com a observância da legislação comercial, ajustado por adições e exclusões.

A Lei nº 8.981/95 trouxe inovações na apuração da base de cálculo do IRPJ e, no já transcrito art. 57, estende, textualmente, a aplicação, para a CSLL, das mesmas normas de apuração do IRPJ, mantida a base de cálculo prevista na legislação em vigor, que é o resultado do período base apurado com a observância da legislação comercial ajustado ou, a teor do contido no § 3º, do citado art. 57, "o lucro líquido ajustado".

A Lei nº 9.430/96, por sua vez, especificamente em seu art. 28, na redação original, garante que "aplicam-se à apuração da base de cálculo e ao pagamento da contribuição social sobre o lucro líquido as normas da legislação vigente e as correspondentes aos arts. 1º a 3º, 5º a 14, 17 a 24, 26, 55 e 71 desta Lei."

Especificamente o art. 2º da Lei nº 9.430/96 reforça a observância das alterações introduzidas pela Lei nº 8.981/95 na apuração da base de cálculo do IRPJ, extensível para a CSLL.

Desta forma, a legislação fiscal aplicável na apuração da base de cálculo do IRPJ é, em mais de uma oportunidade, estendida por lei para a apuração da base de cálculo da CSLL, as quais partem do mesmo lucro líquido apurado na forma da legislação comercial e diferem, ao final, tão somente pelos expressas adições e exclusões a que estão legalmente sujeitas. Ou seja, se 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, como acima demonstrado, determina que para a apuração da base de cálculo da CSLL deve ser observada a legislação aplicável ao IRPJ.

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

3.8 - Das Compensações e Retificações de Prejuízo Fiscal do Período e Base Negativa da CSLL

Restou demonstrada, nos tópicos anteriores, a procedência do acórdão recorrido e, consequentemente, das autuações fiscais que originaram este processo. Assim sendo, uma vez mantidos os autos de infração de IRPJ e CSLL, resta prejudicado o pleito da impugnante para que sejam revertidos os saldos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL.

Documento nato-digital

Conclusão

Ante todo o exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares de nulidade, e no mérito negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias

Declaração de Voto

Conselheira Paula Santos de Abreu.

In casu, entendeu a fiscalização que o motivo pelo qual deveria ser efetuada a glosa das exclusões de amortização de ágio realizadas na apuração dos resultados tributáveis do incorporado Banco Cacique, períodos 2013 a 2017, foi o fato de o ágio ter sido gerado envolvendo uma empresa veículo.

Para a autoridade fiscal, empresas veículos constituem "*pessoas jurídicas que não apresentam nenhuma atividade empresarial, criadas e ativadas* ***com o fim exclusivo de transportar ágio dentro de um grupo empresarial no qual ocorreu aquisição de outras empresas***".

Continua também argumentando que, por ter sido utilizado empresa veículo, a operação não apresentou os requisitos necessários para aproveitamento do benefício fiscal relativo à dedução do ágio, previstos no art. 7º da Lei 9.532/97, qual seja a confusão patrimonial entre investidora e investida.

No entanto, é preciso observar que em diversas situações, a utilização de sociedades veículos possui um objetivo específico que justifica a sua existência em uma determinada operação, como por exemplo, a segregação de um investimento deixando-o livre de quaisquer embaraços ou mesmo para uma futura alienação. Assim, não é possível considerar que o simples fato de uma empresa utilizar-se de uma empresa veículo em uma transação, por si só já representaria uma artificialidade ou abuso.

Ademais, se entendermos que a necessária confusão patrimonial prevista no art. 7º da Lei 9.532/97 só ocorreria quando as empresas envolvidas na operação fossem o negócio alvo

Documento nato-digital

(no caso, o Banco Cacique) e a adquirente "primária" (a Recorrente), então, estar-se ia esvaziando o conteúdo do art. 2º, § 3º da Lei n. 6.404/76[1].

Ressalta-se que o próprio art. 386 do RIR/99 que regula o tratamento do ágio ou deságio, nos casos de incorporação, fusão ou cisão, não restringe a transferência de um investimento e, por conseguinte a migração do ágio para outra empresa. O que a norma determina, com efeito, é que o ágio deverá acompanhar o investimento que o gerou e, portanto, poderá ser aproveitado pela pessoa jurídica detentora do investimento.

O CARF, em decisões recentes, que aqui transcrevo, já teve a oportunidade de avaliar o aproveitamento do ágio gerado em operações envolvendo empresas veículo:

> **Acórdão 1302003.337 de Relatoria do Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo**
> Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ
> Ano-calendário: 2008, 2009,2010,2011,2012
>
> GLOSA DE DESPESA DE ÁGIO. REQUISITOS DE REGISTRO E AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. DEDUTBILIDADE
>
> O art. 20 do Decreto-Lei n° 1.598, de 1997, estabelece a definição de ágio e os requisitos do ágio, para fins fiscais. O ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Os requisitos são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do valor de aquisição. Atendidas as disposições contidas nos arts. 385 e 386 do RIR/99; além dos requisitos de ordem formal, como o arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, verifica-se a possibilidade de registro e amortização do ágio.
>
> **PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA-VEÍCULO. LEGALIDADE**
>
> **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. LANÇAMENTO DECORRENTE.
>
> O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se ao lançamento que com ele compartilha o mesmo fundamento factual e para o qual não há nenhuma razão de ordem jurídica que lhe recomende tratamento diverso.

> **Acórdão 302002.060 de Relatoria do Conselheiro Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa**
>
> ASSUNTO : Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ
> Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

[1] 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.

Documento nato-digital

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.

ÁGIO. REQUISITOS DO ÁGIO.

O art. 20 do Decreto-Lei no 1.598, de 1997, retratado no art. 385 do RIR/1999, estabelece a definição de ágio e os requisitos do ágio, para fins fiscais. O ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Os requisitos são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do valor de aquisição.

Fundamento econômico do ágio é a razão de ser da mais valia sobre o valor patrimonial. A legislação fiscal prevê as formas como este fundamento econômico pode ser expresso (valor de mercado, rentabilidade futura, e outras razões) e como deve ser determinado e documentado.

ÁGIO INTERNO.

A circunstância da operação ser praticada por empresas do mesmo grupo econômico não descaracteriza o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação fiscal. A distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de ágio interno) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo, não é relevante para fins fiscais.

ÁGIO INTERNO. INCORPORAÇÃO REVERSA. AMORTIZAÇÃO.

Para fins fiscais, o ágio decorrente de operações com empresas do mesmo grupo (dito ágio interno), não difere em nada do ágio que surge em operações entre empresas sem vínculo. Ocorrendo a incorporação reversa, o ágio poderá ser amortizado nos termos previstos nos arts. 7° e 8° da Lei n° 9.532, de 1997.

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

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

Ocorre que, neste caso, vislumbra-se um vício de causa no negócio jurídico realizado. Como se verifica pela análise do quadro demonstrativo dos atos realizados em decorrência da aquisição (fls. 17 e 18 do acórdão recorrido e, parcialmente transcrito abaixo) a verdadeira causa do negócio realizado foi acertada na AGE do Banco Societé em 22/02/2007, qual seja, a aquisição do Banco Cacique pela Recorrente:

Documento nato-digital

DATA	EVENTO	DECORRÊNCIA/FORMA/VALOR
22/02/2007	Reunião do Conselho de Administração e AGE do Banco Société	Aprovação da proposta de aquisição de 100% das quotas representativas do Capital social da CACIPAR (controladora integral do Banco Cacique) – fls. 324/331
25/02/2007	Firmado o Contrato de compra sob condições precedentes e outras avenças	A Família Coimbra se comprometeu a vender 100% das quotas da CACIPAR (fl. 332 a 377)

Importante lembrar que a causa de um negócio jurídico é o que lhe legitima. Tércio Sampaio Ferraz Junior, em palestra proferida no Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT), em 21.03.2013[2], explica:

> a causa é aquilo que legitima o negócio e não pode ser alterada. Essa ideia de que a causa do negócio não pode ser alterada vem desde os romanos. (...) Ninguém pode alterar a causa do negócio. É uma coisa bem antiga. E qual é aquela causa que você não pode alterar? A causa típica, isso não pode ser alterado.

Neste caso específico, restou clara a artificialidade da utilização da empresa TRANCOSO para aquisição da CACIPAR, vez que esta operação teve como única finalidade transferir o aproveitamento do ágio, que poderia ser feito pela real investidora (Recorrente) para que fosse realizado pelo Banco Cacique.

Por esta razões, voto por negar provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Paula Santos de Abreu

[2] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Simulação, Negócio Indireto e Inoponibilidade ao Fisco, de atos e negócio jurídicos válidos no âmbito do direito privado. Palestra proferida na Mesa de Debates do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT) em 21.03.2013. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=4EqPfHt3w7o. Acesso em 14 fev. 2019.

Documento nato-digital