MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

PROCESSO	**11080.729510/2016-10**
ACÓRDÃO	9101-007.651 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	6 de agosto de 2026
RECURSO	ESPECIAL DO PROCURADOR
RECORRENTE	FAZENDA NACIONAL
INTERESSADO	BRINOX METALURGICA SA E OUTROS

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009

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

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

O uso de *holding* para adquirir participação societária com ágio e, posteriormente, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o seu aproveitamento fiscal, não caracteriza, por si só, simulação, de modo que resta indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes.

A tese fazendária do *"real adquirente"*, que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir *confusão patrimonial* entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal.

COMPRA ALAVANCADA. JUROS PAGOS NA EMISSÃO DE DEBÊNTURES. DEDUTIBILIDADE.

As despesas com juros pagos na emissão de debêntures emitidas para a captação dos recursos a serem aplicados em aquisições de participações societárias, são dedutíveis da base de cálculo do imposto, inclusive pela incorporadora na qualidade de sucessora.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. No mérito, por maioria de votos, acordam em negar provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Guilherme Adolfo dos Santos Mendes (relator) e Edeli Pereira Bessa que davam provimento ao recurso com retorno ao colegiado *a quo*. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli. Votou pelas conclusões do relator, quanto ao conhecimento, a Conselheira Edeli Pereira Bessa, e, relativamente ao mérito, votaram pelas conclusões do voto vencedor, os Conselheiros Efigênio de Freitas Júnior e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

Assinado Digitalmente

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes – Relator

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli – Redator Designado

Assinado Digitalmente

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Maria Carolina Maldonado Mendonca Kraljevic, Efigenio de Freitas Junior (substituto integral), Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior, Jandir Jose Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

RELATÓRIO

A recorrente, inconformada com a decisão proferida, por meio do Acórdão nº 1201-006.186, de 17/10/2023, integrado pelo Acórdão de embargos nº 1201-007.061, de 18/11/2024, interpôs, tempestivamente, recurso especial de divergência com julgados de outros colegiados,

DOCUMENTO VALIDADO

relativamente aos temas: **(i) possibilidade de amortização do ágio – real adquirente; e (ii) dedução das despesas financeiras (compra alavancada)**.

As ementas dos acórdãos recorridos apresentam a seguinte redação:

> **Acórdão nº 1201-006.186**
>
> ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)
>
> Ano-calendário: 2011
>
> AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.
>
> A LEI 9.532/97 A Lei 9.532/97 permite ao contribuinte adquirir participações societárias mediante a interposição de empresas veículo, assegurando-lhe a amortização fiscal do ágio, inexistindo razões para demonizar sua utilização. A opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio. Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intenção, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si. O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito.
>
> JUROS PAGOS NA EMISSÃO DE DEBÊNTURES. DEDUTIBILIDADE.
>
> As despesas com juros pagos na emissão de debêntures emitidas para a captação dos recursos a serem aplicados em aquisições de participações societárias, são dedutíveis da base de cálculo do imposto (art. 374 do RIR/99 e art. 31 da Lei nº 11.727/2008).
>
> Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.
>
> Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Efigênio de Freitas Júnior, Fábio de Tarsis Gama Cordeiro e José Eduardo Genero Serra, que davam parcial provimento ao recurso, para exonerar a qualificação da multa de ofício e para exonerar a imputação de responsabilidade tributária. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os Conselheiros Fredy José Gomes de Albuquerque, Alexandre Evaristo Pinto e Neudson Cavalcante Albuquerque.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Acórdão de embargos nº 1201-007.061

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2011

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE. MULTIPLICIDADE DE RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Identificada a obscuridade quanto a quais Recursos Voluntários teriam sido providos, merecem ser acolhidos os embargos de declaração. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os embargos de declaração sem efeitos infringentes, nos termos do voto do relator.

Em relação à primeira divergência, foram apresentados os paradigmas nº 1302-003.474 e nº 9101-002.962.

O despacho que deu seguimento ao recurso em relação a ambos os paradigmas teceu as seguintes considerações:

> Vê-se que os paradigmas apresentados, Acórdãos nºs 1302-003.474 e 9101-002.962, constam do sítio do CARF, e que eles não foram reformados na matéria que poderia aproveitar à recorrente.
>
> Além disso, esses paradigmas servem para a demonstração da alegada divergência jurisprudencial em relação ao acórdão recorrido.
>
> Realmente, há similitude fática entre os casos cotejados, e as decisões foram divergentes.
>
> Tanto no recorrido quanto nos paradigmas, os julgadores se ocuparam em examinar questão sobre a possibilidade de dedução de despesas de amortização de ágio pago com dinheiro vindo do exterior, no contexto de discussões sobre a figura do real adquirente (real investidor), a utilização de empresa veículo, a ocorrência ou não da confusão patrimonial que autorizaria a dedução do ágio, etc.
>
> Diversamente do acórdão recorrido, os paradigmas defenderam entendimento no sentido de que não tendo havido a confusão patrimonial entre a real adquirente (real investidora) e a empresa investida, ainda que a operação envolvesse partes independentes, com efetivo pagamento do ágio, o ágio não poderia ser dedutível das bases de cálculo do IRPJ e CSLL:
>
> [...]
>
> A divergência, portanto, está caracterizada.

Em relação à segunda divergência, foram apresentados os paradigmas nº 1402-006.194 e nº 9101-004.500.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

O despacho que deu seguimento ao recurso em relação a ambos os paradigmas teceu as seguintes considerações:

> Vê-se que os paradigmas apresentados, Acórdãos nºs 1402-006.194 e 9101-004.500, constam do sítio do CARF, e que eles não foram reformados na matéria que poderia aproveitar à recorrente.
>
> Além disso, esses paradigmas servem para a demonstração da alegada divergência jurisprudencial em relação ao acórdão recorrido.
>
> Realmente, há similitude fática entre os casos cotejados, e as decisões foram divergentes.
>
> Tanto no recorrido quanto nos paradigmas, os julgadores se ocuparam em examinar questão sobre a possibilidade de dedução de despesas financeiras decorrentes de debêntures emitidas para a captação de recursos destinados a financiar a aquisição de participações societárias.
>
> Diversamente do acórdão recorrido, os paradigmas defenderam entendimento no sentido de que as referidas despesas financeiras guardavam relação com interesse de terceiros, e que elas não configuravam despesas necessárias e operacionais destinadas a custear a fonte produtiva da pessoa jurídica, de modo que não poderiam ser deduzidas da base de cálculo do IRPJ e da CSLL:
>
> [...]
>
> A divergência, portanto, está caracterizada.

Os sujeitos passivos (Brinox, a Southern Cross do Brasil Administradora de Recursos Ltda., a Rio Jari SP Participações S.A., Rodrigo Lowndes, Norberto Oscar Morita, Horácio Reyser Travers, Angel José Uribe e Diego Stark) ofereceram contrarrazões tempestivas, as quais são substancialmente similares.

Aduzem que o afastamento da multa qualificada e das responsabilidades teriam sido definitivas.

Questionam o seguimento do recurso quanto às duas matérias.

Em relação à amortização do ágio, aduzem que o acórdão nº 9101-002.962 tratou de estrutura considerada artificial, na qual a controladora estrangeira forneceu os recursos mediante aportes e empréstimo intragrupo sem juros. No caso presente, ao contrário, o acórdão recorrido reconheceu a validade da Celle como sociedade holding e a efetiva captação de parcela relevante dos recursos no mercado. Já no acórdão nº 1302-003.474, a proporção da aquisição financiada por terceiros e a configuração societária eram distintas. Naquele caso, aproximadamente 20% do investimento teria sido financiado por debêntures e o voto vencedor atribuiu relevância à reduzida proporção da alavancagem, enquanto, no caso da Brinox, quase 30% do preço foi obtido por financiamento de mercado.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

No que se refere às despesas financeiras, também se alega inexistir similitude fática. No acórdão nº 1402-006.194, teria havido sucessivas substituições de dívidas, incluindo a emissão de novas debêntures pela própria investida para quitar obrigação anteriormente assumida pela adquirente. Já no presente caso, a Brinox apenas sucedeu universalmente a Celle na dívida originalmente contraída no mercado. Em relação ao Acórdão nº 9101-004.500, o financiamento teria sido utilizado para restituir recursos anteriormente fornecidos pela controladora estrangeira, ao passo que no caso em julgamento, a Celle não tomou empréstimo de sua controladora, mas captou diretamente recursos de terceiros para pagar parte do preço de aquisição da Brinox.

No mérito, aduzem que a Celle foi a adquirente tanto jurídica, quanto economicamente, da participação e que todos os requisitos legais para a amortização do ágio teriam sido cumpridos. Ademais, a lei não prevê a figura do "real adquirente".

Quanto às despesas financeiras, defendem que a sua necessidade deve ser aferida no momento em que a dívida é assumida.

É o relatório do essencial.

VOTO VENCIDO

Conselheiro **Guilherme Adolfo dos Santos Mendes**, Relator

PRELIMINAR DE CONHECIMENTO

Amortização do ágio

No recorrido, a Celle adquiriu 90% da participação da empresa-alvo, em operação entre partes independentes. O financiamento da operação foi uma parte pelo grupo, outra parte capitado pelo mercado.

Foram duas pessoas jurídicas interpostas (Celle e Rio Jari), recém criadas, sendo a primeira extinta por incorporação e a segunda com previsão de incorporação. Os recursos provieram de SOUTHERN CROSS GROUP, fundo estrangeiro, intermediados por SOUTHERN CROSS BRASIL, domiciliado no Brasil. Celle e Rio Jari não possuíam substância econômica. Até o endereço das duas era o mesmo de SOUTHERN CROSS BRASIL.

Pouco tempo depois, a Celle foi incorporada pela empresa-alvo, que passou a amortizar o ágio.

O recorrido considerou que a utilização da holding, mesmo constituída para aquisição e aproveitamento do ágio, não macularia a licitude da operação.

Rejeitou, assim, a tese da "real investidora", ou seja, a de que essa investidora seria a pessoa jurídica que forneceu os recursos.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Podemos, assim, fixar o direito em discussão nos seguintes termos: a validade da interposição de uma empresa nacional para receber recursos do exterior, adquirir uma empresa-alvo com ágio, para ser posteriormente incorporada a fim de amortizar o ágio.

No paradigma nº 1302-003.474, situação jurídica similar, como resultado oposto, está caracterizada. Foi realizada a aquisição de sociedade-alvo e, após reorganizações societárias, o ágio passou a ser amortizado pelas sociedades resultantes. Tratou-se de aquisição de terceiro independente, mediante efetivo pagamento, com emprego de holdings nacionais, recursos originados de estrutura de investimento estrangeira, financiamento parcial no mercado e posterior incorporação reversa.

Considero caracterizada a divergência em relação a esse paradigma.

Já com relação ao paradigma nº 9101-002.962, os recursos tiveram origem integral do investidor estrangeiro. Inexistiu capitação de recursos de terceiros, muito menos realizado pela própria empresa que promoveu a aquisição do investimento (no caso do recorrido, a Celle).

Essa diferença fática é relevante para descaracterizar o direito aplicado. No recorrido, parte dos recursos vieram do investidor estrangeiro, mas parte vieram de capitação feita no mercado pela empresa efêmera. No paradigma, os valores foram integramente obtidos do investidor estrangeiro.

Desse modo, conheço do recurso quanto a essa divergência, mas apenas em relação ao paradigma nº 1302-003.474.

Dedução de despesas financeiras

A Celle contraiu dívida para financiar parte da aquisição da Brinox. Após a incorporação reversa, a Brinox sucedeu a Celle nas obrigações e passou a deduzir os encargos financeiros.

O acórdão recorrido considerou que a despesa era necessária à atividade da Celle, cujo objeto consistia na participação em outras sociedades, e que a sucessão decorrente da incorporação não modificaria sua natureza. Também atribuiu relevância ao fato de que a captação ocorreu junto a terceiros independentes, em condições de mercado, com intermediação de instituição financeira.

Quanto ao paradigma nº 1402-006.194, a Greentree contraiu dívida para financiar a aquisição das empresas do Grupo Anglo. Inicialmente, emitiu nota promissória; depois, substituiu-a por debêntures. Com a cisão total da Greentree, parte da dívida foi transferida à Gráfica e Editora Anglo, uma das sociedades adquiridas. Posteriormente, a Gráfica e Editora Anglo realizou nova emissão de debêntures para substituir a obrigação anterior.

Não considero que essa diferença fática (substituição da dívida posteriormente), não considero suficiente para diferenciar a divergência jurídica posta (assunção de despesas

DOCUMENTO VALIDADO

financeiras pela empresa alvo em decorrência de operação de financiamento para a sua própria aquisição).

Já em relação ao paradigma 9101-004.500, os recursos foram obtidos intragrupo. Só posteriormente recursos foram captados no mercado para devolver recursos à controladora estrangeira. Em síntese, no paradigma, a dívida serviu para devolver recursos à controladora, enquanto no recorrido a dívida fez parte da própria estrutura de financiamento para aquisição de participação com pagamento direto aos alienantes.

Assim, conheço do recurso, mas apenas em relação ao paradigma 1402-006.194.

MÉRITO

Ágio – real adquirente.

Discute-se se a incorporação da Celle SP Participações Ltda. pela Brinox autorizava a dedução fiscal da amortização do ágio registrado por ocasião da aquisição de 90% das quotas da sociedade incorporadora.

O acórdão recorrido concluiu pela legitimidade da amortização. Entendeu, em síntese, que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 exigiriam apenas a realização de incorporação, fusão ou cisão entre a pessoa jurídica formalmente detentora da participação adquirida com ágio e a sociedade investida. A utilização de uma holding constituída para realizar a aquisição não impediria o aproveitamento fiscal, salvo se demonstrada simulação ou outra mácula específica dos negócios jurídicos praticados.

Essa, contudo, não é a minha compreensão jurídica dos fatos, a qual já me posicionei em outras oportunidades, como abaixo descrevo.

Na sistemática vigente à época dos fatos, o ágio registrado por ocasião da aquisição de participação societária integrava o custo do investimento. Sua amortização contábil não produzia, em regra, efeitos na apuração do lucro real, sendo o custo recuperável por ocasião da alienação ou da baixa do investimento.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 instituíram hipótese excepcional, mediante a qual o ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura poderia ser deduzido após incorporação, fusão ou cisão envolvendo a pessoa jurídica investidora e a sociedade investida.

O fundamento dessa exceção reside na extinção do investimento em decorrência da reunião dos patrimônios. A participação societária adquirida deixa de existir, de modo que o custo representado pelo ágio passa a ser recuperado mediante sua amortização, observados os requisitos e limites estabelecidos pela legislação.

Por isso, não basta que uma sociedade figure formalmente como adquirente da participação e seja, logo depois, incorporada pela investida. É necessário que a sociedade envolvida na incorporação seja aquela que efetivamente realizou o investimento, assumiu seus

DOCUMENTO VALIDADO

riscos e exerceu as funções próprias da adquirente. Do contrário, a extinção alcança apenas a pessoa jurídica em que o ágio foi temporariamente registrado, sem que desapareça o investimento mantido pela estrutura econômica que efetivamente realizou a aquisição.

Essa interpretação não importa rejeição abstrata das sociedades holdings, das incorporações reversas ou das operações estruturadas com finalidade tributária. A legislação não exige um motivo extratributário para a prática de cada ato societário. Também não se pode negar o benefício apenas porque o contribuinte escolheu, entre alternativas lícitas, aquela que lhe proporcionava menor carga fiscal.

Todavia, uma coisa é reconhecer a legitimidade da escolha da forma jurídica; outra é admitir que a forma, isoladamente, substitua o acontecimento material pressuposto pela norma tributária.

A sociedade indicada como investidora deve possuir existência material e ter efetivamente desempenhado essa função. Mesmo uma holding pura deve constituir um centro real de direitos, obrigações, decisões e riscos, não podendo funcionar apenas como local transitório para o registro da participação e do ágio.

Foi essa a interpretação adotada no Acórdão nº 1302-003.474, apresentado como paradigma. Naquele caso, embora a aquisição tivesse ocorrido entre partes independentes, mediante pagamento efetivo do preço e com utilização parcial de financiamento de terceiros, concluiu-se que o efeito fiscal não poderia ser reconhecido quando a aquisição foi formalmente atribuída a sociedade interposta e a incorporação não envolveu o sujeito que efetivamente realizou o investimento.

A circunstância de a operação ter sido celebrada com terceiros independentes demonstra a existência do investimento e a regular formação do ágio. Não resolve, porém, questão distinta, consistente em saber se foram preenchidos os requisitos para a antecipação de seu aproveitamento fiscal mediante amortização. A existência do ágio não se confunde com o direito à sua dedução.

No Acórdão nº 9101-006.789, de minha relatoria, examinei situação na qual uma sociedade estrangeira transferiu recursos e concedeu empréstimo a uma holding brasileira, que formalmente adquiriu a sociedade operacional e foi pouco depois incorporada por ela.

Naquela oportunidade, afastei expressamente a utilização autônoma dos conceitos de propósito negocial e substância econômica como requisitos não previstos em lei. Registrei, contudo, que a sociedade formalmente apresentada como adquirente deve efetivamente existir e atuar como tal. Identificada empresa de existência efêmera, sem registros de atividade, sem participação comprovada nas negociações e utilizada apenas para receber os recursos, efetuar o pagamento e ser incorporada, concluí que não se verificara a efetiva extinção do investimento exigida pela legislação.

DOCUMENTO VALIDADO

A matéria também foi enfrentada no Acórdão nº 9101-006.991, relativo à ArcelorMittal. Naquele processo, a maioria distinguiu, de um lado, as participações previamente adquiridas pela controladora estrangeira e depois transferidas à holding brasileira e, de outro, as ações adquiridas diretamente pela sociedade brasileira mediante recursos recebidos da controladora. Quanto ao segundo conjunto, prevaleceu o entendimento de que a origem estrangeira dos recursos não impediria, por si só, a amortização fiscal do ágio, ausente demonstração de simulação.

Fiquei vencido quanto a essa parcela. Em meu voto, adotei a compreensão de que a análise não poderia restringir-se à identificação do nome constante dos contratos de aquisição ou da conta bancária por onde transitaram os recursos. A Mittal Steel Brasil Participações havia sido constituída após definida a necessidade de realização da oferta pública, recebeu os recursos do grupo, adquiriu as ações e foi incorporada logo após cumprir essa função. Além disso, não possuía empregados nem atividade empresarial autônoma, enquanto a decisão de investimento, a organização da operação e o suporte financeiro provinham da controladora estrangeira. Concluí, assim, que a holding brasileira funcionara como empresa veículo destinada a localizar o ágio no patrimônio da sociedade que seria incorporada pela investida, sem que houvesse efetiva extinção do investimento mantido pela controladora.

Esse precedente é relevante porque demonstra que a mera aquisição formal das participações pela holding brasileira não encerra o exame. Mesmo quando a sociedade nacional recebe recursos e efetua diretamente o pagamento aos vendedores, cabe verificar se atuou efetivamente como investidora ou se serviu apenas como extensão financeira e jurídica da estrutura que concebeu, decidiu e realizou economicamente o investimento.

No presente caso, a Celle foi constituída em 28 de janeiro de 2011. Em 18 de maio daquele ano, passou a ser subsidiária integral da Rio Jari e celebrou o contrato de aquisição de 90% das quotas da Brinox. Em 30 de agosto de 2011, pouco mais de três meses depois da aquisição, foi incorporada pela própria Brinox. Sua existência total foi de aproximadamente sete meses.

A Rio Jari, por sua vez, havia sido constituída em dezembro de 2010, em data próxima à constituição do SCG II Fundo de Investimento em Participações e da Celle. Rio Jari e Celle possuíam o mesmo objeto social, estavam estabelecidas no mesmo endereço e, no momento da aquisição, tiveram suas sedes transferidas para o endereço em que funcionava a Southern Cross do Brasil Administradora de Recursos Ltda., representante no País da estrutura de investimentos da Southern Cross.

A contabilidade da Celle continha essencialmente os registros da subscrição de capital e da aquisição da Brinox. Durante sua existência, não foram identificadas receitas, custos ou despesas que evidenciassem uma estrutura organizacional mínima destinada ao exercício autônomo da atividade de participação societária. A contabilidade da Rio Jari tampouco demonstrava capacidade econômica ou financeira própria para a realização do investimento.

DOCUMENTO VALIDADO

A maior parte dos recursos empregados na aquisição teve origem no SCG II FIP. Em 19 de maio de 2011, o fundo integralizou aproximadamente R$ 200 milhões no capital da Rio Jari, que, em seguida, integralizou também por volta de R$ 200 milhões no capital da Celle. Esta empregou os valores no pagamento do preço da aquisição da Brinox.

É certo que aproximadamente R$ 80 milhões, equivalentes a quase 30% do preço, foram obtidos mediante Cédula de Crédito Bancário emitida pela Celle, posteriormente substituída por debêntures. Esse elemento distingue o caso daqueles em que a integralidade dos recursos foi fornecida diretamente pelo controlador. Não é, entretanto, suficiente para atribuir à Celle a condição de efetiva investidora. Afinal, a própria proposta de financiamento foi negociada pelo Banco Itaú BBA com a Southern Cross do Brasil antes mesmo de a Celle formalizar a aquisição da Brinox. A correspondência relativa à operação foi dirigida aos representantes da Southern Cross, e as quotas da própria Brinox foram oferecidas em garantia da dívida. A operação de crédito já se inseria, portanto, na estrutura concebida e conduzida pela Southern Cross para a aquisição e para a posterior incorporação da Celle.

A contratação formal da dívida pela Celle demonstra que ela participou juridicamente da execução do financiamento. Não demonstra, contudo, que tenha atuado como centro autônomo de decisão ou assumido o investimento em nome próprio, desvinculado da estrutura do fundo e de sua gestora. Ao contrário, o financiamento foi organizado pela Southern Cross e concebido para ser transferido à Brinox mediante a incorporação da devedora.

Também não foram demonstradas tratativas conduzidas autonomamente pela Celle para a aquisição da Brinox. As próprias contrarrazões afirmam que o Grupo Southern Cross identificou a oportunidade, iniciou as negociações e definiu o modelo de aquisição, escolhendo a Celle e a Rio Jari como veículos jurídicos destinados à sua implementação.

A Celle recebeu os aportes e figurou nos documentos da compra, mas não há elementos que revelem atuação empresarial própria, distinta da função específica de adquirir a Brinox, registrar o ágio, concentrar parte do financiamento e ser incorporada.

O conjunto dos fatos apresenta, portanto, características semelhantes às examinadas em meus votos nos Acórdãos nº 9101-006.789 e nº 9101-006.991: constituição de sociedade em período próximo à aquisição; ausência de atividade empresarial autônoma; decisões e negociações conduzidas por outros integrantes da estrutura de investimento; recebimento de recursos destinados a uma operação previamente definida; aquisição formal da sociedade operacional; e incorporação em curto espaço de tempo.

Não se trata de afirmar que uma holding precisa manter empregados, estabelecimento operacional complexo ou exercer atividade industrial ou comercial. A holding pode ter estrutura reduzida e dedicar-se exclusivamente à participação em outras sociedades. É necessário, porém, que existam elementos mínimos que permitam reconhecê-la como efetivo sujeito da atividade de investimento, e não apenas como invólucro jurídico da participação societária mantida economicamente por outro agente.

DOCUMENTO VALIDADO

No presente caso, a Celle não se apresenta como investidora autônoma, mas como instrumento de execução do investimento realizado pelo SCG II FIP e conduzido pela Southern Cross do Brasil. Sua incorporação pela Brinox extinguiu a sociedade em que o ágio fora contabilmente localizado, mas não extinguiu o investimento da estrutura que permaneceu no controle da Brinox por intermédio da Rio Jari.

Houve, portanto, apenas a substituição da participação da Rio Jari na Celle pela participação na Brinox. O investimento econômico permaneceu no patrimônio da estrutura controladora, enquanto o ágio passou a ser amortizado contra os lucros da própria sociedade adquirida.

Não se verificou, nessas condições, a confusão patrimonial material pressuposta pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997. A incorporação reuniu formalmente os patrimônios da Celle e da Brinox, mas não extinguiu o investimento da efetiva estrutura investidora.

Não altera essa conclusão o fato de a aquisição ter sido realizada entre partes independentes, mediante pagamento efetivo e com ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura. Esses elementos confirmam a regular formação do ágio, mas não autorizam sua imediata amortização quando ausente a efetiva extinção do investimento.

Tampouco se está a negar validade civil ou societária aos aumentos de capital, à aquisição, ao financiamento ou à incorporação. A conclusão limita-se aos efeitos tributários pretendidos. Atos juridicamente válidos podem deixar de produzir determinado efeito fiscal quando o conjunto dos acontecimentos não corresponde à hipótese material prevista na legislação.

Essa compreensão é coerente com premissa que sustentei em estudo anterior sobre o planejamento tributário: "os planejamentos tributários oponíveis são aqueles que produzem resultados efetivos no domínio do fato jurídico e não apenas das formas".[1] A oponibilidade do planejamento não depende, portanto, da demonstração de um propósito extratributário, nem pode ser afastada pela simples constatação de que os atos foram praticados com o objetivo de reduzir a carga fiscal. Exige-se, contudo, que os negócios realizados produzam efetivamente o fato jurídico ao qual a legislação atribui o efeito tributário pretendido. Não basta que cada ato, isoladamente considerado, seja formalmente válido ou corresponda a uma figura admitida pelo direito privado. É necessário examinar se o conjunto dos atos concretizou, no plano jurídico-material, a hipótese prevista na norma tributária.

No caso, a constituição da Celle, os sucessivos aportes de capital, a aquisição da participação na Brinox e a posterior incorporação não podem ser examinados como acontecimentos independentes. Considerados conjuntamente, devem revelar que a Celle atuou efetivamente como investidora e que sua incorporação ocasionou a extinção do investimento

[1] MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Planejamento tributário: análise pela teoria comunicacional do direito. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos; RAMOS, Giulia (org.). *Tax Compliance e Injustiça Fiscal*. v. VI. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 105-127, especialmente p. 126.

DOCUMENTO VALIDADO

adquirido com ágio. Caso a sociedade tenha funcionado apenas como veículo temporário para receber os recursos, formalizar a aquisição, registrar o ágio e ser incorporada pela investida, sem assumir materialmente a posição de investidora, os atos praticados não terão produzido o fato jurídico pressuposto pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997. Terão produzido apenas a aparência formal de confusão patrimonial, mas permanece o investimento na estrutura que efetivamente concebeu, financiou e controlou a aquisição.

Por todas essas considerações, meu voto é para dar provimento ao recurso da Fazenda quanto a essa divergência.

Despesas financeiras – compra alavancada

Discute-se a dedutibilidade das despesas financeiras decorrentes do endividamento contraído pela Celle para financiar parte da aquisição da Brinox e posteriormente assumido por esta em razão da incorporação reversa.

O acórdão recorrido afastou a glosa. Entendeu que a necessidade da despesa deveria ser examinada em relação à atividade da Celle e no momento em que ela contraiu a dívida. Como a participação em outras sociedades integrava o objeto da holding, os recursos captados teriam sido empregados em sua atividade. A posterior incorporação não alteraria a natureza da despesa, pois a Brinox sucedeu a Celle em seus direitos e obrigações. Também foi considerada a circunstância de a operação de crédito ter ocorrido com terceiros independentes, em condições de mercado e com intermediação de instituição financeira.

Nos termos do art. 299 do RIR/1999, são operacionais as despesas necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora. O requisito da necessidade não se limita à existência formal de uma obrigação nem se satisfaz pela constatação de que os recursos foram efetivamente recebidos e aplicados. É preciso identificar o interesse empresarial atendido pela despesa e verificar se o encargo foi assumido para o desenvolvimento da atividade ou para a preservação da fonte produtora da pessoa jurídica que pretende deduzi-lo.

O art. 374 do RIR/1999, ao tratar dos juros pagos ou incorridos, não institui autorização irrestrita para a dedução de todo encargo derivado de empréstimos, financiamentos ou debêntures. O dispositivo disciplina a natureza de determinadas despesas financeiras, mas não dispensa a verificação de sua vinculação com a atividade empresarial do contribuinte. Sua aplicação deve ser harmonizada com as regras gerais de dedutibilidade, especialmente quando se discute se a dívida foi contraída no interesse da própria pessoa jurídica ou para atender à aquisição realizada em benefício de seus controladores.

Também não é suficiente invocar a sucessão universal decorrente da incorporação. O art. 227 da Lei nº 6.404/1976 determina a transferência dos direitos e obrigações da incorporada, mas não converte automaticamente em dedutível uma despesa que, desde sua origem, não preenchia os requisitos da legislação tributária. A sucessora recebe a obrigação com

DOCUMENTO VALIDADO

as características que ela possuía no patrimônio da sucedida. Se o encargo não era dedutível na incorporada, a incorporação não lhe confere natureza distinta.

O ponto decisivo consiste, portanto, em definir em benefício de quem a dívida foi contraída e se a Celle atuou efetivamente como investidora autônoma ou apenas como veículo da estrutura responsável pela aquisição.

Como exposto no tópico referente à amortização do ágio, a Celle foi constituída pouco antes da aquisição, recebeu da Rio Jari os recursos aportados originariamente pelo SCG II FIP, contraiu formalmente parte do financiamento, adquiriu a Brinox e, pouco mais de três meses depois, foi incorporada pela própria investida. Não foram demonstradas atividades autônomas, receitas, estrutura organizacional ou decisões empresariais próprias que permitissem reconhecê-la como centro independente de investimento.

A captação de aproximadamente R$ 80 milhões no mercado não deve ser ignorada. Ela diferencia o caso daqueles em que todos os recursos provêm diretamente dos controladores. Todavia, a origem externa da parcela financiada não resolve a questão da necessidade da despesa.

Os elementos constantes dos autos indicam que a operação de crédito foi concebida e negociada no âmbito da estrutura da Southern Cross, que conduziu a aquisição. A proposta de financiamento foi dirigida a seus representantes, as participações na própria Brinox serviram como garantia, e a incorporação da Celle fazia parte da estrutura destinada a transferir a dívida à sociedade adquirida. A Celle figurou formalmente como devedora durante o curto intervalo entre a aquisição e a incorporação, mas a obrigação foi constituída para financiar investimento decidido e conduzido pela estrutura controladora.

A efetividade do empréstimo e a independência dos credores não são controvertidas. Não se afirma que a dívida era fictícia, que os juros não foram incorridos ou que os debenturistas participaram de alguma simulação. A validade civil da operação financeira, porém, não se confunde com a dedutibilidade dos encargos.

Uma dívida pode ser real, contraída com terceiros e em condições de mercado e, ainda assim, não atender ao requisito de necessidade em relação à pessoa jurídica que pretende deduzir os juros. A análise deve recair sobre a finalidade concreta do endividamento e sobre o interesse empresarial por ele atendido.

A matéria foi recentemente apreciada pela 1ª Turma da Câmara Superior no Acórdão nº 9101-007.463, relativo à Atento Brasil. Naquele caso, a BC Brazilco emitiu debêntures para financiar a aquisição da Atento e, posteriormente, foi incorporada pela própria sociedade adquirida. A maioria reconheceu a dedutibilidade dos juros, sob o fundamento de que, sendo a despesa dedutível na holding, sua natureza permaneceria inalterada após a sucessão por incorporação.

Ficaram vencidos os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Carlos Higino Ribeiro de Alencar e este julgador, que votaram por negar provimento ao recurso da contribuinte quanto à

DOCUMENTO VALIDADO

dedutibilidade dos juros na compra alavancada. Naquela oportunidade, acompanhei a posição manifestada pela Conselheira Edeli Pereira Bessa em sua declaração de voto.

A Conselheira Edeli observou que a escritura de emissão das debêntures previa a incorporação obrigatória da emissora em prazo determinado e que as ações da futura incorporadora constituíam a principal garantia dos credores. A própria contribuinte reconhecia que a utilização da sociedade intermediária atendia ao modelo de financiamento definido pelos investidores e às exigências dos subscritores das debêntures. Concluiu, então, que os encargos eram necessários à estrutura investidora, o Grupo Bain Capital, para adquirir a Atento, e não à atividade empresarial da sociedade adquirida.

A declaração de voto também registrou uma distinção importante: não se questionava a efetividade dos empréstimos resultantes da emissão das debêntures, nem se havia demonstrado circulação interna de riqueza que conferisse caráter de liberalidade à operação. A indedutibilidade decorria da identificação do sujeito a cujo interesse a dívida atendia.

O mesmo raciocínio é aplicável ao presente caso.

Assim como na operação examinada no Acórdão nº 9101-007.463, uma sociedade intermediária contraiu dívida para adquirir a sociedade operacional e foi posteriormente incorporada pela própria investida, que passou a suportar os encargos de sua aquisição. Em ambos os casos, o financiamento integrou estrutura concebida pelos investidores para adquirir o controle da empresa-alvo e transferir à sociedade adquirida o passivo correspondente.

Reconhecida a Celle como empresa veículo, não se pode concluir que o endividamento atendia a uma atividade autônoma dessa sociedade. Sua função foi receber os aportes, figurar na aquisição, contrair formalmente parte da dívida e ser incorporada, transferindo à Brinox tanto o ágio quanto os encargos financeiros.

Não havia uma fonte produtora autônoma da Celle cuja preservação exigisse a dívida. A sociedade não pretendia conservar e administrar duradouramente o investimento, receber dividendos ou desenvolver atividade própria de holding. Sua extinção em curto prazo integrava a estrutura da operação, de maneira que o pagamento dos encargos seria suportado, desde a concepção do negócio, pelos resultados da própria sociedade adquirida.

Nessas condições, a dívida atendia à necessidade da estrutura investidora de financiar a aquisição da Brinox, e não à necessidade empresarial da Celle considerada como entidade autônoma. Menos ainda constituía despesa necessária à atividade da Brinox, que não recebeu os recursos para ampliar sua capacidade produtiva, financiar suas operações ou conservar sua fonte produtora.

Não procede a afirmação de que a sucessão universal obrigaria o reconhecimento da dedutibilidade. A Brinox sucedeu a Celle na dívida e estava juridicamente obrigada a pagá-la. A existência da obrigação, contudo, não determina sua qualificação tributária. A incorporação transmitiu o passivo, mas não modificou o interesse ao qual ele estava vinculado.

DOCUMENTO VALIDADO

A tese de preservação da natureza da despesa pressupõe que os juros fossem originariamente dedutíveis na Celle. Essa premissa não se verifica. Sendo a Celle veículo de investimento da estrutura da Southern Cross, a dívida foi contraída para atender ao interesse dos investidores na aquisição da Brinox. Não correspondia a uma necessidade empresarial própria da sociedade intermediária. Logo, não havia natureza dedutível a ser preservada pela sucessão.

Também, em relação a essa matéria, deve ser dado provimento ao recurso da Fazenda Nacional.

Das matérias não examinadas pelo acórdão recorrido

A Fazenda Nacional requer, caso restabelecidas as glosas, o retorno dos autos à Turma Ordinária para exame da qualificação da multa de ofício e das responsabilidades tributárias. Os sujeitos passivos se opõem ao pedido. Sustentam que essas matérias já teriam sido definitivamente decididas.

Embora o dispositivo do Acórdão nº 1201-006.186 registre que os conselheiros vencidos davam provimento parcial aos recursos para afastar a qualificação da penalidade e as imputações de responsabilidade, o voto condutor da corrente majoritária não contém exame específico desses temas. A maioria cancelou as próprias exigências de IRPJ e CSLL, por considerar dedutíveis a amortização do ágio e as despesas financeiras. Afastado o principal, ficaram prejudicadas a penalidade qualificada e as responsabilidades.

Os votos minoritários, por manterem as glosas, avançaram sobre essas matérias subsidiárias. Não é possível, contudo, reunir as conclusões da minoria sobre questões por ela efetivamente examinadas com o resultado mais amplo alcançado pela maioria para afirmar que houve decisão colegiada autônoma acerca da multa e das responsabilidades. A convergência quanto ao resultado não substitui o julgamento da matéria pela corrente vencedora.

O Acórdão nº 1201-007.061 limitou-se a esclarecer quais recursos voluntários haviam sido conhecidos e providos. A afirmação de que os recursos dos responsáveis foram providos integralmente significa que eles obtiveram a exoneração total decorrente do cancelamento das exigências principais, mas não demonstra que todas as razões subsidiárias de seus recursos tenham sido examinadas.

Restabelecidas as glosas em sede de Recurso Especial, desaparece a prejudicialidade que impediu o exame dessas questões. Impõe-se, portanto, o retorno dos autos ao colegiado de origem para que prossiga no julgamento dos recursos voluntários quanto à qualificação da multa de ofício e às imputações de responsabilidade tributária, evitando-se sua apreciação originária pela Câmara Superior.

Conclusão

DOCUMENTO VALIDADO

Por todo o exposto, voto por conhecer do recurso da Fazenda Nacional para, no mérito, dar-lhe provimento. Deve o feito retornar ao colegiado de piso para análise das questões prejudicadas.

Assinado Digitalmente

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes

VOTO VENCEDOR

Conselheiro **Luis Henrique Marotti Toselli**, redator designado

Considerando que os presentes autos tratam da mesma operação já apreciada nos Acórdãos nº **9101-007.435** e nº **9101-007.437**, que examinaram justamente a glosa das despesas deste mesmo ágio e juros, mas referentes aos anos-calendário de 2012 e 2014, reproduzo os fundamentos que levaram a maioria do Colegiado, sob minha relatoria, a negar provimento ao recurso especial fazendário:

> **Da possibilidade de amortização fiscal do ágio**
>
> Podemos dizer que a "novela ágio" começou com o Decreto-Lei nº 1.598/1977, publicado com a finalidade de adequar a legislação tributária ao então novo regramento contábil previsto na Lei nº 6.404/1976, notadamente no que diz respeito ao tratamento da diferença entre o custo de aquisição e o valor do investimento avaliado pelo método de equivalência patrimonial – MEP.
>
> Segundo o artigo 248 da Lei nº 6.404/1976 (LSA), os investimentos considerados relevantes nos termos desta lei estão sujeitos ao MEP, o que significa dizer que devem ser registrados no balanço da investidora pelo valor correspondente à sua participação no patrimônio líquido da investida, submetendo-se, assim, à apuração de diferenças, para mais ou para menos, em relação ao custo de aquisição[2].
>
> É importante notar que a legislação societária (LSA) não fez (e ainda não faz) nenhuma referência a ágio ou deságio, prescrevendo apenas quem está sujeito ao MEP.
>
> Já o Legislador tributário prescreveu, já na redação originária do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77[3], que os investimentos sujeitos ao MEP deveriam ser desdobrados em duas rubricas:

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

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

DOCUMENTO VALIDADO

Original

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

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

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

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

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

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

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

Não obstante as potenciais intersecções da origem do ágio, a legislação tributária daquela época, apesar de fazer menção às possíveis razões econômicas que poderiam levar a apuração do ágio ou deságio, não previa o tratamento fiscal da baixa do investimento (e, consequentemente, do *sobrepreço*) em função do seu fundamento econômico (*motivo do ágio*), conforme evidencia as disposições dos artigos 25, 31, 33[4] e 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77, *in verbis*:

> **Artigo 25** - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33.
>
> **Artigo 31** - Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4º), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente.
>
> **Artigo 33** - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e
II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.
§ 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

[4] Esse artigo foi alterado pela Lei nº 12.973, de 2014.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

DOCUMENTO VALIDADO

> I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;
>
> II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real.
>
> (...)
>
> **Artigo 34 -** Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital **de uma possuída por outra**, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas: (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*)
>
> I - somente será dedutível como **perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado**, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos; (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*)
>
> II - será computado como **ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas**, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado. (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*)
>
> § 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*)
>
> a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*)
>
> b) mantiver, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente. (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*)
>
> § 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional. (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*) (grifamos)

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

Assim dispunha o referido art. 34: nas hipóteses de fusão, incorporação ou cisão de empresas com investimento entre elas (ou, nas palavras do Legislador, da *extinção de ações ou quotas de capital* ***de uma possuída por outra***), o resultado

do confronto entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor do acervo líquido **avaliado a mercado** que as substituir: **se negativo**, poderia ser deduzido fiscalmente como *perda de capital*, inclusive com a opção, prevista na norma, deste saldo ser registrado no Ativo Diferido para amortização em até 10 (dez) anos; e **se positivo**, deveria ser tributado como *ganho de capital*.

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

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

Como bem observou João Francisco Bianco[5]:

> Sendo o ágio uma parcela do custo de aquisição do investimento, o art. 25 do Decreto-Lei n. 1.598/1977 está absolutamente correto ao estabelecer que a contrapartida da redução do valor do ágio não será computada na determinação do lucro real, enquanto não houver a baixa ou liquidação do investimento.
>
> O comando previsto no art. 25 do Decreto-Lei n. 1.598/1977 não decorre do fato de que o resultado de equivalência patrimonial é neutro para fins fiscais, mas, sim, da constatação de que o custo de aquisição do investimento permanece registrado no ativo da pessoa jurídica enquanto não houver nenhum evento de realização que justifique o seu trânsito em resultado. Trata-se, portanto, da mesma regra aplicável a qualquer outro bem de capital adquirido pela pessoa jurídica, que não esteja sujeito à depreciação, amortização ou exaustão, como ocorre, por exemplo, com um terreno.
>
> Em outras palavras, o ágio é neutro antes do evento de incorporação, fusão ou cisão, porque o investimento ainda não foi realizado, assim como o resultado de equivalência patrimonial é neutro porque os lucros ou dividendos da sociedade investida ainda não foram distribuídos, refletindo mero ajuste contábil de caráter provisório e aproximado, que tem o objetivo de ajustar o valor do investimento para refletir a situação econômica atual da sociedade investida.

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

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

DOCUMENTO VALIDADO

Original

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

Nesse contexto, e decorridos 20 (vinte) anos da vigência do Decreto-Lei nº 1.598/77, os Poderes Executivo e Legislativo resolveram estabelecer novo tratamento fiscal para a "baixa do ágio" por fusão, incorporação ou cisão, o que foi feito através das regras introduzidas pela Medida Provisória nº 1.602/1997[6], a qual, após sua conversão na Lei nº 9.532/1997, passou a regulamentar a matéria no bojo dos artigos 7º e 8º a seguir transcritos.

> **Artigo 7º** - A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, **na qual detenha** participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977[7]: *(grifamos)*
>
> I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;
>
> II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

[6] Da exposição de motivos da Medida Provisória (publicada no Diário do Congresso Nacional de 02.12.1997 (páginas 18.021/18.023) extrai-se que:
Tenho a honra de submeter a apreciação de Vossa Excelência o incluso Projeto de Medida Provisória, que altera a legislação tributária e dá outras providências.
2. O Projeto se insere no contexto de modernização e aperfeiçoamento da legislação tributária do País, que vem sendo perseguido ao longo do Governo de Vossa Excelência, com a finalidade de torna-la mais compatível com a realidade econômica atual.
3. O Projeto, ao mesmo tempo que estabelece formas para prevenir a evasão de receita tributária e reduzir a renuncia fiscal decorrente de todos os incentivos fiscais atualmente em vigor, cria mecanismos que estimulam a atividade produtora e viabilizam operações entre empresas nacionais e do exterior.
(...)
11. O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método de equivalência patrimonial.
Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos 'planejamentos tributários', vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.
Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo."

[7] Artigo 20 - (...)
§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:
I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;
III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.
§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

> **III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2° do art. 20 do Decreto-lei n° 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;**
>
> IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.
>
> § 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.
>
> § 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:
>
> a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;
>
> b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.
>
> § 3º O valor registrado na forma do inciso II do *caput*:
>
> a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;
>
> b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.
>
> § 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.
>
> § 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.
>
> **Artigo 8º** O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:
>
> **a)** o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido
>
> **b)** a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

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

(i) alterar a redação (*caput* do artigo 7º) quanto à pessoa jurídica que pode se valer da norma: o texto originário dispunha que o direito à dedução seria da

empresa *que possuía na outra* ações ou quotas extintas por incorporação, fusão ou cisão, **ao passo que a nova redação permitiu o aproveitamento fiscal do ágio *pela empresa que detenha participação societária adquirida com ágio***.

(ii) estabelecer a dedução fiscal como perda de capital apenas à baixa do ágio com fundamento na rentabilidade futura da investida, podendo esta perda ser aferida agora com base no valor contábil do acervo (e não mais necessariamente por valor a mercado[8]), mas com diferimento mínimo à razão de 1/60 para cada mês do período de apuração;

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

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

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

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

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

Como pontua Valter Lobato[9]:

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

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

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

DOCUMENTO VALIDADO

Original

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

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

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

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

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

Feitas essas considerações, e agora voltando à acusação fiscal propriamente dita, nota-se que a glosa das despesas do ágio ora tratado tem por base dois fundamentos centrais: (i) a impossibilidade do uso de *empresa veículo* (CELLE); e (ii) pela ausência *de confusão patrimonial* entre o *real adquirente,* considerado o grupo estrangeiro Grupo Southern Cross, e a empresa *investida* (*Brinox*).

Pois bem.

Do uso de empresa veículo

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

DOCUMENTO VALIDADO

alienígenas, sob pena de violação à livre iniciativa e estrita legalidade, princípios estes que, além de nortear a tributação, constituem valores fundamentais consagrados no ordenamento jurídico.

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

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

> Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:
>
> (...)
>
> VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;
>
> Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.
>
> Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

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

A redação atual do referido **artigo 116 do CTN**[10], aliás, tal como foi positivada após sua alteração pela LC 104/2001, a nosso ver **(i)** reforçou a *simulação* (mais precisamente o seu viés, a *dissimulação*) como circunstância ensejadora da requalificação jurídica dos fatos; e **(ii)** permitiu que lei ordinária crie novos critérios jurídicos para desconsiderar atos ou negócios jurídicos específicos, de modo a instituir *normas antielisivas* propriamente ditas.

[10] Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:
I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;
II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.
Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001).

DOCUMENTO VALIDADO

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

> ... a desconsideração autorizada pelo dispositivo está limitada aos atos ou negócios jurídicos praticados com intenção de dissimulação ou ocultação desse fato gerador.
>
> O parágrafo único do art. 116 do Código não autoriza, ao contrário do que argumenta a autora, "*a tributação com base na intenção do que poderia estar sendo supostamente encoberto por um forma jurídica, totalmente legal, mas que estaria ensejando pagamento de imposto menor, tributando mesmo que não haja lei para caracterizar tal fato gerador* " (fl. 3, e-doc. 2, grifos nossos).
>
> Autoridade fiscal estará autorizada apenas a aplicar base de cálculo e alíquota a uma hipótese de incidência estabelecida em lei e que tenha se realizado.
>
> Tem-se, pois, que a norma impugnada visa conferir máxima efetividade não apenas ao princípio da legalidade tributária mas também ao princípio da lealdade tributária.
>
> **Não se comprova também, como pretende a autora, retirar incentivo ou estabelecer proibição ao planejamento tributário das pessoas físicas ou jurídicas. A norma não proíbe o contribuinte de buscar, pelas vias legítimas e comportamentos coerentes com a ordem jurídica, economia fiscal, realizando suas atividades de forma menos onerosa, e, assim, deixando de pagar tributos quando não configurado fato gerador cuja ocorrência tenha sido licitamente evitada.**
>
> (...)
>
> **8.** A norma do parágrafo único do art. 116 não dispõe, ao contrário do pretendido pela autora, de espaço autorizado de interpretação econômica. Ali não se trata da interpretação da lei, o que se dá no Capítulo IV do Código Tributário Nacional intitulado "Interpretação e Integração da Legislação Tributária".
>
> Tem-se no artigo 110:
>
> > *"A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias."*
>
> Esse dispositivo não foi alterado pela Lei Complementar n. 104/2001.
>
> **9.** De se anotar que elisão fiscal difere da evasão fiscal. Enquanto na primeira há diminuição lícita dos valores tributários devidos pois o contribuinte evita relação jurídica que faria nascer obrigação tributária, na segunda, o contribuinte atua de forma a ocultar fato gerador materializado para omitir-se ao pagamento da obrigação tributária devida. Grifamos.
>
> (...)

Não se pode perder de vista, ademais, que o Governo buscou "incorporar" a *teoria do propósito negocial* e do *abuso de forma* no Direito Tributário Brasileiro

DOCUMENTO VALIDADO

Original

por intermédio do artigo 14 da Medida Provisória nº 66/2002[11], mas este dispositivo foi rejeitado pelo Congresso Nacional quando da conversão da referida MP na Lei nº 10.637/2002, o que significa dizer que tais figuras definitivamente são estranhas ao nosso sistema jurídico tributário.

Com efeito, apenas na hipótese de estruturas que envolvam ato ou negócio *simulado* é que estaremos diante de caso de planejamento inoponível ao fisco, que tem o poder-dever de, nestas situações, recapitular os fatos em prol da verdade material e atingimento da efetiva capacidade contributiva. Afastada, porém, a ocorrência de *simulação* (além da fraude), e não havendo violação de lei ou norma antielisiva própria, estaremos diante de hipótese de planejamento fiscal legítimo e assegurado ante os princípios da livre iniciativa e legalidade.

Nos dizeres de Paulo Ayres Barreto[12], provadas a simulação ou a dissimulação, perdem relevo a ausência de propósito negocial e a alegação de abuso. Contudo, se não restarem comprovadas, as ações do contribuinte deverão ser plenamente respaldadas pelo ordenamento jurídico nacional.

Nesse contexto, e considerando que não existe nenhuma lei antielisiva que proíba o uso de empresas holding tanto para adquirir ou deter investimentos com ágio quanto para serem extintas pelas investidas, de modo a "antecipar" os seus efeitos fiscais, a controvérsia passa a girar exclusivamente em torno da existência ou não de simulação por ocasião do uso da holding CELLE para adquirir o investimento e em seguida ser incorporada pela investida Brinox, passando esta a deduzir fiscalmente o ágio pago na operação entre partes não relacionadas.

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

> Artigo 167 - É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.
>
> §1º - Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:
>
> I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;
>
> II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

[11] Art. 14 - São passíveis de desconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.
§ 1º- Para a desconsideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:
I - falta de propósito negocial; ou
II - abuso de forma.
§ 2º - Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.
§ 3º- Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado.

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

DOCUMENTO VALIDADO

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

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

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

As questões, portanto, que se colocam para aferir a legitimidade da *requalificação jurídica* empregada em face da estrutura ora analisada são as seguintes: uma empresa holding, como é o caso da CELLE, pode, aos olhos jurídicos, receber e no caso captar recursos para adquirir um investimento com ágio e logo em seguida ser extinta por incorporação reversa? Há simulação nesta *interposição de pessoa*?

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

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

> Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.
>
> [...]
>
> § 3º **A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto**, **a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais**. *Grifamos*

Sobre esse tipo de sociedade, Modesto Carvalhosa[13] esclarece que "tem assim a sociedade holding como característica diferencial e objetivo principal a participação relevante em uma atividade econômica de terceiros, em vez de exercício de atividade produtiva ou comercial".

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

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

DOCUMENTO VALIDADO

Original

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

Alinhado ainda ao que leciona Charles William McNaughton[14]:

> (...) por causa finalística de uma sociedade, podemos entender como sua própria função social.
>
> Uma sociedade possui um objeto social que é justamente a atividade econômica efetivada para gerar resultados aos sócios. Nesse sentido, todo ato que uma sociedade pratica para contribuir na formação desse resultado há de ser tido como englobado na função social da sociedade.
>
> O que se opera no caso da empresa-veículo utilizada para aproveitamento do ágio? O investidor paga um sobrepreço para adquirir um ativo (uma sociedade) com a expectativa de ter um resultado (lucro) no futuro. A obtenção desse resultado é justamente o tipo de ato que se enquadra na função social daquela pessoa jurídica.
>
> O aproveitamento fiscal do ágio nada mais é do que o reconhecimento do ordenamento jurídico de que a renda auferida pelo investidor será o resultado futuro menos o valor pago por esse resultado.
>
> (...)
>
> A empresa veículo *holding* que participa de outra pessoa jurídica cumprindo seu objeto social, portanto, e incrementa, assim, o resultado dos sócios está sim cumprindo sua função social. A função social do contrato, previsto no artigo 421 do Código Civil, está sendo atingida.

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

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

De acordo com Edmar Oliveira Andrade Filho[15]:

> No Brasil, o problema do prazo de duração passou a ser secundário após o advento do parágrafo único do art. 981 do CC, segundo o qual 'a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados'. Portanto, a permanência ou duração de uma sociedade não é um requisito de validade para a constituição e

[14] IR e planejamento fiscal: a questão das empresas-veículo. In: Novo RIR. Coordenação: Jimir Doniak Jr. São Paulo: Quartier Latin. 2019. P. 97/98.
[15] ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Planejamento Tributário. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 300/304.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> utilização de uma pessoa jurídica, pois o próprio ordenamento jurídico já se encarregou de realizar as valorações pertinentes ao tempo de duração de uma sociedade.

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

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

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

Na linha do que constatou Guilherme Neves[16]:

> A doutrina especializada em fusões e aquisições, a partir do pressuposto de que a legislação oferece esta possibilidade, constatou que a utilização de *holdings* para implementar a alienação indireta de controle é modelo amplamente utilizado no país.
>
> Há diversas razões gerenciais e negociais para que sociedades *holdings* sejam utilizadas como meios de viabilizar a materialização de combinações de negócios complexas, as quais variarão em função das peculiaridades de cada caso concreto.

Nesta situação específica, chama atenção o fato de que a *empresa-veículo CELLE* foi a sociedade que assumiu o ônus econômico perante seus sócios e debenturistas, reuniu as condições financeiras necessárias para promover a aquisição do investimento e figurou como compradora em uma operação de "compra alavancada" (ou *leveraged buyout* - "LBO"), operação esta que consiste, em linhas gerais, em uma aquisição de participação societária mediante a utilização de recursos financeiros próprios (*equity*) e de terceiros (*debt*).

Sobre o tema, destaca Carlos Augusto Daniel Neto[17] que:

> Em se tratando de LBO, a operação traz alguns *riscos específicos*, em especial a própria dificuldade financeira relacionada à quitação da dívida, que pode ser

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

[17] "A Amortização Fiscal do Ágio Gerado em Operações de Compra Alavancada de Participações Societárias". In: Tributação sobre a Renda (IRPJ/CSLL). Editora Foco. 2022. Coord.: Fredy José Gomes de Albuquerque.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> agravada por futuros e incertos (como mudanças no mercado, crises econômicas, alterações regulatórias etc.), afetando o fluxo de pagamentos. Como na aquisição alavancada os próprios ativos da empresa-alvo são a garantia dos credores (tal qual a casa, no financiamento imobiliário, retomando o exemplo dado acima), há uma possibilidade de comprometimento do capital próprio dos investidores, para pagamento da dívida.
>
> Para segregar o capital empregado em uma *LBO* do restante sob gestão do fundo de PE, blindando-o do risco apontado acima, os gestores costumam criar uma empresa controlada, destacando o montante que será utilizado na aquisição, na forma de uma *sociedade de propósito específico (SPE)*. O capital próprio a ser colocado na SPE que irá realizar a aquisição é, em média, em torno de 10% a 40% do custo de aquisição das participações societárias da empresa alvo, sendo o restante pago com recursos oriundos de dívida.
>
> [...]
>
> Por outro lado, a doutrina reconhece diversas vantagens de realizar a operação dessa maneira, além de manter parte do *equity* disponível para outros investimentos, ao invés de concentrá-lo em uma empresa só.
>
> Uma delas é o benefício chamado de "*tax shield*", referindo-se à possibilidade de deduzir os juros pagos no financiamento na apuração dos impostos sobre a renda da empresa-alvo, diferentemente dos dividendos, que são indedutíveis. {...}
>
> [...]
>
> Todavia, em razão do "esgotamento" da utilidade da empresa utilizada para fazer a aquisição do alvo, outra técnica utilizada para promover um encontro entre receita operacional e despesas do financiamento é a incorporação de uma pela outra – normalmente a sociedade operacional adquirindo sua controladora, por meio de uma *incorporação reversa*.

Foi justamente sob este *modelo negocial* que materializou-se a aquisição da participação societária que gerou o ágio cuja glosa está sendo ora discutida, tendo sido demonstrado que o Grupo comprador estrangeiro (Southern Cross), cotista do SCG II Fundo de Investimento em Participações ("SCG II FIP"), domiciliado no Brasil, desde o início propôs o modelo que seria adotado na aquisição, optando pela aquisição por meio das sociedades holding Celle e, indiretamente, a Rio Jari, ambas residentes no Brasil e controladas pelo SCG II FIP.

Por envolver um Fundo de Investimento em Participações, cumpre observar que o SCG II FIP não poderia, em razão da restrição prevista no artigo 35, inciso II, Instrução CVM n° 391, emitir instrumentos de dívida. Daí a "necessidade" de constituição das ditas empresas veículos (a CELLE, controlada pela Rio Jari), que facilitaram tanto a *liberdade* de negociar como também a viabilidade de captar recursos no mercado para pagamento de parte do preço.

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

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

DOCUMENTO VALIDADO

Original

DOCUMENTO VALIDADO

> Ano-calendário: 2014, 2015, 2016
>
> ÁGIO. COMPRA ALAVANCADA. CONSTITUIÇÃO DE EMPRESA PARA CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO. POSSIBILIDADE.
>
> As operações de compra alavancada podem gerar diversas vantagens econômicas e gerenciais, tais como (i) a segregação do capital a ser investido e do correspondente risco em um veículo próprio, de forma que não comprometa os demais investimentos do grupo; (ii) desnecessidade de emprego de capital próprio para a aquisição da participação societária, possibilitando que o capital próprio seja utilizado em outros investimentos; (iii) possibilidade de utilização das receitas geradas pelo investimento adquirido para quitar o financiamento contraído; e (iv) dedutibilidade fiscal dos juros contraídos para a obtenção do financiamento necessário à aquisição da participação societária.
>
> Assim, tendo em vista a impossibilidade de o fundo de investimento em participações contrair dívidas, em razão do disposto na Instrução CVM nº 391/2003, a constituição de pessoa jurídica para tanto é indispensável para a realização da operação de aquisição de participação societária com recursos de terceiros (compra alavancada) e não afronta ao disposto no art. 7º da Lei nº 9.532/1997.
>
> Não interessa ao Fisco se a pessoa jurídica constituída para adquirir a participação societária com ágio tinha outras formas para arrecadar os valores necessários para fazer frente à aquisição ou se o empréstimo poderia ter sido contraído diretamente pelos cotistas do fundo de investimento em participações. A forma como as empresas se financiam é uma decisão estratégica, de natureza privada, que não pode ser desconsiderada pelo Fisco pelo simples fato de implicar, também, em vantagem tributária.

De fato, tratando-se de *operação alavancada*, as despesas financeiras oriundas do financiamento (via debêntures no caso) devem ser pagas com os fluxos de caixa da própria companhia adquirida, circunstância esta que, para aqueles que são adeptos à *teoria do propósito negocial*, é mais do que suficiente para justificar a concentração do investimento em uma ponta específica, no caso de *segundo nível* ante ao interesse de manutenção da Rio Jari como Holding principal do grupo no Brasil.

Não há, assim, em que se falar em ocorrência de simulação ou qualquer outo vício que possa contaminar a eficácia dos atos tais como eles foram praticados e declarados.

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

A fiscalização, considerando que a maior parte dos recursos utilizados para pagamento do preço do negócio (cerca de 70%) foram transferidos do controlador domiciliado no exterior (Southern Cross) para o SCG II FIP e, em seguida para as *empresas veículos*, afirma que o *real adquirente* seria o grupo estrangeiro, e não a *empresa veículo*. CELLE.

Em razão, então, do controle societário e do fluxo financeiro da maior parte do capital empregado na aquisição, que o Fisco afasta a CELLE como adquirente ou detentora do investimento, não permitindo a amortização fiscal do ágio sob alegação de inexistência de confusão patrimonial.

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

Não obstante a deficiência da própria terminologia *real adquirente*[18], tal *tese* definitivamente não se sustenta em face do princípio da legalidade. Isso porque o referido artigo 7º autorizou a dedução do ágio fundado na rentabilidade futura pela "*pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão,* ***na qual detenha*** *participação societária adquirida com ágio ou deságio"* (cf. caput do artigo 7º da Lei 9.532/1997), o que significa dizer que o destinatário da norma de dedução do ágio é aquele que **detém** o investimento adquirido com ágio (ou a adquirida quando da incorporação reversa), linguagem esta (verbo *deter*) que revela justamente algo que pode ser passageiro, desvinculando-se cabalmente da *fonte dos recursos* empregados no negócio.

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

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

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

[18] Nesse sentido, convém ressaltar a observação feita por Rosanova Galhardo e Pedro A. do A. Abujamra Asseis:
"(...) não se pode perder de vista que, para se falar em "real", é necessário que haja o "irreal", o "falso", o "ilegítimo". Ou seja, "real adquirente", para fins jurídicos, é uma expressão que apresenta um campo de aplicação muito restrito, limitado ao âmbito da anormalidade, dos vícios dos negócios jurídicos e da nulidade civil. Acaba justamente sendo, por outras palavras, o caso de simulação precisamente qualificado pelo Código Civil, em seu art. 167, § 1º, I – negócios que "aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem".
A utilização desse tipo de restrição ou a imposição como um "teste" de forma ampla, geral e irrestrita, especialmente para casos muitas vezes anteriores à própria regulamentação contábil, e que não digam respeito a simulação, fraude ou abuso, portanto, já seriam equivocadas, independentemente de quaisquer outras análises.". (Realidade do "real adquirente". In: Controvérsias jurídico-contábeis. São Paulo: Atlas. 2020. Organizadores: Alexandre Evaristo Pinto ... P. 225).

DOCUMENTO VALIDADO

Original

como também permitiria “fechar os olhos” para o fato de que a captação de 30% dos recursos ocorreu no mercado brasileiro.

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

> Pela narrativa do autuante, o que se depreende é que os investidores estrangeiros, ao invés de adquirirem diretamente as empresas brasileiras, resolveram aportar capital em subsidiárias brasileiras, para que estas adquirissem com ágio as empresas visadas e posteriormente, com as incorporações reversas, as adquiridas pudessem se valer da dedutibilidade da amortização do ágio. **Ora, qual o ilícito de tal conduta? Nenhum, pois são caminhos permitidos pela legislação tributária**.
>
> Todavia, o autuante entende que o verdadeiro adquirente (quem pagou pelo ágio) das empresas adquiridas foi o controlador estrangeiro, desconsiderando assim a personalidade jurídica da Technical e da Itajaí Investimento, para então, concluir que não se aplicaria a norma do art. 7° da Lei 9.532/97 (aqui ele se confunde, pois a norma aplicável na espécia é o art. 8° que trata de incorporações reversas), porque não teria havido a reunião do patrimônio de quem pagou pelo ágio e o patrimônio da sociedade que presumivelmente vai gerar os lucros justificadores desse pagamento.
>
> Com base em que norma legal, um Auditor-Fiscal desconsidera a personalidade jurídica de uma sociedade regularmente constituída? Certamente, não é com base no parágrafo único do art. 116 do CTN, pois esse além de inaplicável por falta de regulamentação, só admite a desconsideração de atos ou negócios jurídicos. Não me parece que se possa tomar personalidade jurídica como sinônimo de negócio jurídico, razão pela qual tal dispositivo não autoriza, por via oblíqua, a Autoridade Fiscal a desconsiderar contratos ou estatutos sociais de sociedades, ainda que regulamentado estivesse. O mais grave, porém, é que, talvez por falta de qualquer suporte legal, o autuante passa ao largo dessa questão.
>
> Por essas razões, voto por dar provimento ao recurso voluntário também neste ponto.

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

> Sobre o emprego da "empresa-veículo", a sua rejeição apriorística contraria o disposto no art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.404/1976 (o qual faculta a criação de holding “como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais”).
>
> Não há proibição legal para que uma sociedade empresária seja criada como "veículo" para facilitar a realização de um negócio jurídico; inclusive há razões reais ("propósito negocial") para tanto, pois é possível que as pessoas jurídicas originais queiram manter sua segregação por diversas razões (estratégicas, econômicas, operacionais...).

DOCUMENTO VALIDADO

> A propósito, quando a investidora é empresa estrangeira, é ainda mais justificável a constituição de uma "empresa-veículo", por algumas razões práticas: confere mais segurança quanto à possibilidade de se valer da norma interna de dedução do ágio (o que não aconteceria se a incorporação fosse internacional); permite a negociação com base na moeda local; pode facilitar a realização de operações locais (por exemplo, dispensar garantias que seriam exigidas do investidor internacional) etc.
>
> Assim, filio-me à orientação de que: *A Lei n° 9.532/1997 e a Lei nº 12.973/2014 apenas exigem a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que detém participação societária e a sociedade adquirida, não fazendo qualquer alusão, ainda que implícita, ao suposto "real adquirente", que segundo a tese do Fisco, teria fornecido os recursos financeiros ou ofertado garantia para aquisição do investimento*. (SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022)".

Mas, não é só. Em se tratando de recursos provenientes do exterior, a *tese do real adquirente* também encontra-se óbice em face do princípio da isonomia e da regra legal de *não discriminação de capital estrangeiro*, prevista no artigo 2º da Lei nº 4.131/62[19], *in verbis*:

> Art. 2º - Ao capital estrangeiro que se investir no País, será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei.

Isso significa dizer que, ainda que a maior parte do *capital* usado na aquisição tenha passado de uma pessoa jurídica estrangeira para uma *holding* no Brasil, tal fato de maneira nenhuma poderia ensejar a alegada perda do direito não só à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97[20], mas também em face da proibição de discriminação do capital estrangeiro.

O fluxo financeiro dentro do grupo adquirente, pois, constitui circunstância irrelevante, não interferindo no direito de amortização fiscal. Até mesmo porque seguir esse entendimento fiscal conduziria ao absurdo cenário de que tudo na economia seria sempre da controladora, que até mesmo deixaria de existir na figura de uma sociedade (que nada mais é do que uma *ficção jurídica*), afinal no topo de qualquer estrutura societária estão os sócios pessoas físicas, que passariam a ser taxados de adquirentes de tudo.

Como diria Carlos Maximiliano[21]:

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

[19] Sobre o tema, vide a obra já referida de NEVES, Guilherme. "O ágio e a não discriminação do capital estrangeiro". São Paulo: Dialética. 2021.

[20] A própria lógica da dedução do ágio não se altera com essa passagem, afinal, havendo absorção da empresa detentora do ágio ou da investida, não haveria mais como alienar o investimento e deduzir a respectiva perda de capital. Daí a lei ter autorizado o aproveitamento das despesas incorridas com a amortização do ágio pela empresa sucessora.

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

DOCUMENTO VALIDADO

Original

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

Essas são as razões, contudo, para manter a decisão recorrida, afastando a glosa das despesas com o ágio.

Da dedução das despesas financeiras

A opção pelo financiamento com capital de terceiros como meio de pagamento de parte do preço de aquisição do investimento (ou seja, a "compra alavancada"), conforme visto, possui fundamento jurídico e negocial, razão pela qual é oponível ao Fisco caso não caracterizada eventual *simulação.*

Tendo isso em vista, e considerando que restou demonstrado que realmente foi a CELLE a adquirente do investimento com o ágio e quem de fato emitiu as debêntures no mercado (para partes independentes, portanto), assumindo os respectivos encargos financeiros desta operação, as despesas daí decorrentes constituem elementos patrimoniais que impactaram negativamente o seu patrimônio, sem qualquer prejuízo ao direito de sua dedução fiscal ante à sucessão empresarial após a incorporação reversa.

Tratam-se tais despesas financeiras de juros passivos sem qualquer alegação de desproporcionalidade aos praticados no mercado ou outra *anomalia*, mostrando-se operacionais pois relativos a recursos empregados na atividade de holding, de modo que devem ser considerados dedutíveis não somente em face da regra geral de dedutibilidade[22], como também à luz de normas legais próprias, conforme bem fundamentou a decisão da DRJ proferida nos autos do processo 11080.744590/2019-78, que tratou de infração idêntica do mesmo contribuinte, para afastar a glosa neste particular. Confira-se:

> ... é legalmente admitida a dedução de encargos financeiros decorrentes de empréstimos para o financiamento da aquisição de bens do ativo permanente, no caso do art. 374 do RIR/99[23], e especificamente para o financiamento de investimentos em sociedades controladas, no caso do art. 31 da Lei nº

[22] Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).
§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).
§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.
[...]

[23] Art.374. Os juros pagos ou incorridos pelo contribuinte são dedutíveis, como custo ou despesa operacional, observadas as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 17, parágrafo único):
I- os juros pagos antecipadamente, os descontos de títulos de crédito, e o deságio concedido na colocação de debêntures ou títulos de crédito deverão ser apropriados, *pro rata temporis*, nos períodos de apuração a que competirem
II- os juros de empréstimos contraídos para financiar a aquisição ou construção de bens do ativo permanente, incorridos durante as fases de construção e pré-operacional, podem ser registrados no ativo diferido, para serem amortizados.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> 11.727/2008[24], havendo para este último, inclusive, a faculdade de diferimento no reconhecimento das despesas para o momento da alienação do investimento, devendo neste caso, integrar o custo de aquisição para os fins de apuração do ganho ou perda de capital.
>
> O que precisa ficar claro, pois, é que a captação da *segunda parte* dos recursos empregados na aquisição foi efetivamente realizada pela CELLE junto a instituições financeiras independentes, sob o abrigo do art. 31 da Lei nº 11.727/2008, dispositivo este que ratifica a dedutibilidade de juros incorridos para viabilizar a compra alavancada.
>
> [...]

Essas as razões, contudo, que levaram a maioria do Colegiado a NEGAR PROVIMENTO ao RECURSO ESPECIAL.

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto

Considerando que os presentes autos versam sobre a mesma operação já analisada nos Acórdãos nº 9101-007.435 e nº 9101-007.437, nos quais se examinou a glosa de amortização de ágio e de despesas financeiras referentes aos anos-calendário de 2012 e 2014, e tendo em conta que tanto a imputação fiscal quanto os argumentos defensivos reproduzem, em essência, aqueles apreciados nos referidos precedentes, adoto, para fundamentar este voto, as razões expostas na declaração de voto apresentada pelo Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado por ocasião do julgamento do recurso especial daquele processo, cujos fundamentos acompanhei expressamente naquela oportunidade e que igualmente amparam a solução da presente controvérsia, nos seguintes termos:

No presente caso a glosa da amortização de ágio pela autoridade fiscal está fundamentada na ausência de confusão patrimonial entre a empresas adquirida e o real adquirente da participação que ao

[24] Art. 31. A pessoa jurídica que tenha por objeto exclusivamente a gestão de participações societárias (holding) poderá diferir o reconhecimento das despesas com juros e encargos financeiros pagos ou incorridos relativos a empréstimos contraídos para financiamento de investimentos em sociedades controladas.
§ 1º A despesa de que trata o caput deste artigo constituirá adição ao lucro líquido para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido e será controlada em livro fiscal de apuração do lucro real.
§ 2º As despesas financeiras de que trata este artigo devem ser contabilizadas individualizadamente por controlada, de modo a permitir a identificação e verificação em separado dos valores diferidos por investimento. § 3 O valor registrado na forma do § 2 deste artigo integrará o custo do investimento para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

fim e ao cabo seria um fundo de investimentos da SOUTHERN CROSS, representada no Brasil pela SOUTHERN CROSS DO BRASIL, que teriam se utilizado da prática de simulação e conluio mediante a interposição das empresas CELLE e RIO JARI, com o intuito de obter vantagem tributária ilícita, como se colhe dos excertos do Termo de Verificação Fiscal transcritos no acórdão recorrido, *verbis*:

[...]

No caso concreto, conforme amplamente relatado, um dos aspectos da acusação fiscal guerreada é a dedutibilidade ou não do ágio gerado na aquisição direta do investimento na Brinox Metalúrgica Ltda. (antiga razão social da Brinox) pela Celle SP Participações Ltda. ("Celle"), conforme se depreende do relatório fiscal:

Salientamos que tanto o caput do artigo 7º como a alínea "b" do artigo 8º determinam que, para o possível aproveitamento fiscal de eventual ágio, necessariamente este tem de ter origem em sociedade efetivamente adquirente da participação societária em negociação.

Como se vê a lei exige que ocorra, necessariamente, a confusão patrimonial entre investida e investidora, com a migração do patrimônio para uma ou para outra. Ou seja, o investimento deve ser extinto para que se possa amortizar fiscalmente o ágio.

No caso concreto em tela, conforme fatos descritos neste relatório, criou-se um planejamento tributário abusivo através de empresas interpostas que simulam um fato gerador imponível que ainda não surgiu, pois a CELLE nunca foi a verdadeira adquirente da BRINOX, tampouco a RIO JARI, uma vez que ambas não dispunham de substância econômica para um investimento de tal envergadura.

Assim, o investimento continua existindo, com a real investidora permanecendo no controle da investida através da RIO JARI. O que ocorreu foi a extinção de uma das sociedades intermediárias, no caso a CELLE, que detinha apenas participação formal.

A aquisição da BRINOX, conforme provas acostadas aos autos, é um investimento da SOUTHERN CROSS através de um fundo de participações societárias. Quando houver o desinvestimento desse fundo, materializar-se-á o fato gerador imponível previsto na legislação, com o consequente tratamento adequado da confusão patrimonial que surgirá.

Dessa forma, as amortizações fiscais do ágio realizadas pelo CONTRIBUINTE estão sendo glosadas na sua totalidade pelos motivos descritos neste relatório fiscal, uma vez que elas foram efetuadas ao arrepio da legislação vigente à época dos fatos analisados, haja vista entendermos ter ocorrido uma simulação efetuada em conluio por ele e outras empresas, os quais objetivaram a evasão de tributos através de uma indevida antecipação da amortização do ágio.

(...)

Os fatos apurados demonstram que a BRINOX foi adquirida por um fundo de investimentos da SOUTHERN CROSS, representada no Brasil pela SOUTHERN CROSS DO BRASIL, com esta se utilizando de toda a sua estrutura para aquiescer as vazias coadjuvantes CELLE e RIO JARI, buscando elas dessa forma, todas reunidas em conluio, uma vantagem tributária ilícita definida como evasão.

Discorremos também, entre outros, que todas essas empresas são administradas pelas mesmas pessoas, que atendem aos interesses determinados pela SOUTHERN CROSS GROUP.

Assim, considerando a situação simulatória com a falta de propósito negocial de uma empresa definida como veículo, temos a caracterização de uma interposição fraudulenta.

[...]

Os principais eventos societários podem ser assim resumidos:

DOCUMENTO VALIDADO

A empresa BRINOX METALÚRGICA LTDA, antiga denominação social da BRINOX METALURGIA S/A iniciou as suas atividades em 08 de março 1988;

No ano de 2011, a empresa passou por uma reorganização societária;

A empresa BRINOX METALURGIA S/A, fez uma cisão parcial do seu patrimônio, vertendo parle dele para a BRINOX UTENSÍLIOS DOMÉSTICOS LTDA, ambas estabelecidas no mesmo local;

A justificativa da cisão foi descrita como uma reestruturação societária em curso, a qual, concretizou-se pela venda da BRINOX METALÚRGICA LTDA, em ato contínuo realizado na mesma data;

A cisão teve reflexo no valor do capital social das empresas, reduzindo o da cindida para R$ 54.230.442,00 e aumentando o da receptora para R$ 15.989.476,00;

A empresa receptora chamada de Brinox Utensílios Domésticos Ltda passou a se chamar VMR Participações Societárias Ltda, que por sua vez passou a ter o ingresso de receitas mensais oriundas da locação, efetuada aos antigos proprietários;

A empresa BRINOX METALÚRGICA LTDA vendeu 90% de suas quotas para a empresa CELLE SP PARTICIPAÇÕES LTDA, subsidiária integral da RIO JARI SP PARTICIPAÇÕES S/A (intervenientes anuentes), totalizando a compra de 48.806.853 quotas e Valdomiro, restou com 5.423.045 (10%);

O preço da cessão das quotas foi de R$ 279 milhões, com responsabilidade subsidiária pelo pagamento pela empresa RIO JARI (cláusula 1.3 do compromisso);

Dessa transação surgiu a figura do ágio, conforme registros efetuados na contabilidade da CELLE em 19/05/2011, sendo ele posteriormente complementado em 14/07/2011, em decorrência de ajuste de caixa líquido e de capital de giro (cláusula 1.2), apurando-se o valor total de R$ 234.439.704,36.

Segundo o laudo de avaliação apresentado pela BRINOX, o ágio teve origem preponderante em bens intangíveis, sendo amortizado com base no fundamento econômico de rentabilidade futura;

A empresa BRINOX METALÚRGICA LTDA adotou então a denominação social de BRINOX METALÚRGICA S/A, com eleição para o conselho de administração as seguintes pessoas físicas: Norberto Oscar Morita, Norberto Oscar Morita, Rodrigo Lowndes, Angel Jose Uribe e Valdomiro Valente Remussi;

Os recursos utilizados pela CELLE para a compra da BRINOX envolveram aportes financeiros da sua controladora RIO JARI e de empréstimo captado na forma de Cédula de Crédito Bancário nos valores de R$ 202.343.445,00 e R$ 80.000.000,00, respectivamente;

As quotas foram alienadas fiduciariamente em benefício do credor Banco Itaú BBA S/A, a fim de garantir a dívida oriunda da Cédula de Crédito Bancário;

A empresa CELLE SP PARTICIPAÇÕES LTDA foi transformada em CELLE SP PARTICIPAÇÕES S.A. e foram nomeados os diretores Diego Stark e Rodrigo Lowndes. O capital foi aumentado de R$500,00 (quinhentos reais) para R$ 202.343.945,00;

O SCG II Fundo de Investimento em participações FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES, ANGEL JOSE URIBE e GUSTAVO ANDO FURUTA, acionistas representando a totalidade do capital social da Rio Jari SP Participações S.A., aprovaram o aumento do capital social, atualmente de RS 800,00 (oitocentos reais), para RS 202.434.245,00;

Pois bem.

Examinando os elementos trazidos pela autoridade fiscal, não vislumbro a existência da simulação apontada na interposição das empresas constituídas pelo SCG II Fundo de Investimento em participações para a aquisição da ora recorrente.

DOCUMENTO VALIDADO

Entendo que as empresas utilizadas para a realização da aquisição da participação tiveram papel concreto na concretização do negócio, na medida em que a holding de primeiro nível (Rio Jari) adquirida para exercer o controle do investimento permaneceu hígida após a reestruturação e a empresa CELLE exerceu o papel de captar parte dos recursos necessário à aquisição inicialmente mediante a obtenção de crédito bancário de 80 milhões de reais junto ao Banco Itaú Unibanco (fls. 281 e segs) quitadas posteriormente com o lançamento de debêntures (cfe escritura às fls. 699 e segs) .

Tais operações foram todas realizadas em nome da empresa CELLE, não obstante as garantias oferecidas pela sua controladora Rio Jari mediante alienação fiduciária das ações da adquirida (Brinox) e de si própria, conforme devidamente contabilizados conforme listagem de lançamentos no livro diário (fls. 568 e sgs).

A autoridade fiscal aponta que a proposta de emissão de debêntures foi apresentada pelo Banco ITAU BBA foi endereçada à empresa SOUTHERN CROSS DO BRASIL que era a empresa gestora de recursos que constituiu o Fundo de Investimentos para a obtenção da maior parte dos recursos para a aquisição da BRINOX como evidência de que a empresa CELLE seria mera interposta, sem função social.

Ocorre que tal empresa serviu exatamente para a estruturação da alavancagem financeira por meio do lançamento de debêntures, utilizada como parte do pagamento da aquisição.

É evidente a participação de outras empresas e fundos no negócio, mas não é possível afastar a personalidade jurídica da empresa CELLE no negócio realizado, posto que exerceu o papel a ela destinado, sendo posteriormente absorvida por incorporação pela empresa adquirida (BRINOX). Apesar de sua curta duração, não se pode ocultar o propósito negocial por ela exercido na estrutura negocial.

Note-se que, no presente processo, contraditoriamente, a decisão de primeiro grau considerou válida a dedução das despesas financeiras relativa ao lançamento das debêntures pela empresa CELLE por entender que tal empresa se mostrou necessária à obtenção dos recursos, conforme se colhe do voto vencedor do Acórdão da DRJ, verbis:

[...]

Diferentemente do posicionamento defendido pela relatora, entendo que a CELLE mostrou-se necessária para a obtenção do empréstimo de R$ 80 milhões utilizado como parte da liquidação financeira da aquisição das quotas da BRINOX. Isto principalmente porque o FIP SCG II, por ocasião da aquisição da BRINOX, era controlador direto da Rio Jarí SP Participações S.A. (RIO JARÍ) e indireto da CELLE, e portanto não poderia ter assumido o empréstimo que financiou a parcela da compra do investimento, por força do impedimento contido no art. 35, inciso II da Instrução CVM nº 391/2003, *in verbis*: (g.n)

CAPÍTULO IX

DAS VEDAÇÕES

Art. 35. É vedado ao administrador, direta ou indiretamente, em nome do fundo:

I – receber depósito em conta corrente;

II – contrair ou efetuar empréstimos, salvo nas modalidades estabelecidas pela CVM;

III – prestar fiança, aval, aceite, ou coobrigar-se sob qualquer outra forma;

III – prestar fiança, aval, aceite, ou coobrigar-se sob qualquer outra forma, exceto mediante aprovação da maioria qualificada dos cotistas reunidos em assembleia geral, desde que o regulamento do fundo preveja essa possibilidade;

DOCUMENTO VALIDADO

Inciso III com redação dada pela Instrução CVM nº 535, de 28 de junho de 2013.

IV – negociar com duplicatas, notas promissórias, excetuadas aquelas de que trata a Instrução CVM no 134, de 1o de novembro de 1990, ou outros títulos não autorizados pela CVM;

V – prometer rendimento predeterminado aos cotistas;

VI – aplicar recursos:

a) no exterior;

b) na aquisição de bens imóveis; e

c) na subscrição ou aquisição de ações de sua própria emissão.

Parágrafo único. Caso existam garantias prestadas pelo fundo, conforme disposto no inciso III, o administrador do fundo deve zelar pela ampla disseminação das informações sobre todas as garantias existentes, por meio, no mínimo, de divulgação de fato relevante e permanente disponibilização, com destaque, das informações na página do administrador do fundo na rede mundial de computadores. (Parágrafo único incluído pela Instrução CVM nº 535, de 28 de junho de 2013).

Neste ponto específico também concordo com a defesa que a autoridade fiscal não poderia ter desconsiderado a opção adotada pelo financiamento com capital de terceiros da aquisição de parte das quotas da BRINOX feito pela CELLE e seu controlador de fato, o FIP SCG II. Entendo que se a opção adotada pelo sujeito passivo estava prevista no ordenamento jurídico e atendeu a um propósito negocial específico e válido, *in casu* a compra alavancada de uma empresa operacional (BRINOX), então não caberia ao Fisco exigir que outro caminho mais oneroso fiscalmente fosse percorrido, sob pena de assim ferir a liberdade de condução dos negócios do contribuinte protegido pela constituição.

A aparente consideração fiscal que o empréstimo foi assumido formalmente pela CELLE exclusivamente para proporcionar economia fiscal pela apropriação dos encargos financeiros não me parece ser uma verdade tão clara neste caso, pois tanto a "*Escritura Particular da 1ª Emissão de Debêntures Simples, Não Conversíveis em Ações, em Série Única, da Espécie Quirografária, com Garantias Real e Fidejussória Adicionais, para Distribuição Pública com Esforços Restritos de Distribuição, da Celle SP Participações S.A*." (fls. 699/759), quanto o "*Instrumento Particular de Alienação Fiduciária de Ações em Garantia da 1ª Emissão de Debêntures Simples, não Conversíveis em Ações, em Série Única, da Espécie Quirografária, com Garantias Real e Fidejussória Adicionais, da Celle SP Participações S.A" (fls. 1.126/1.217), bem como a "Proposta para Emissão de Debêntures no Mercado de Capital Local"* fls. 1.218/1.232), foram celebrados com instituições financeiras totalmente independentes, tais como a OLIVEIRA TRUST DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S.A, na qualidade de agente fiduciário, Itaú Unibanco S.A, na condição de banco mandatário, e Banco Itaú BBA S.A, como coordenador líder. Desta forma, os juros devidos foram pagos para estas instituições financeiras, e não para qualquer outra empresa do grupo econômico, o que poderia caracterizar, no jargão financeiro, como uma operação "Zé com Zé". Com isso, se é verdade que a BRINOX reduziu a sua carga fiscal em aproximadamente R$ 2.562.098,67, correspondente a 34% (IRPJ/CSLL) do valor das despesas financeiras de R$ 7.535.584,33 registradas no período correspondente ao AI, também é verdade que o caixa do sujeito passivo teve um desembolso líquido efetivo de R$ 4.973.485,66, correspondente à diferença entre ambos, e que foi parar no caixa de outras empresas não ligadas, de sorte que para economizar tributos na ordem de R$ 2,5 milhões houve um desembolso financeiro de R$ 7,5 milhões, fato que não revela nitidamente que a operação de empréstimo para aquisição de parte das quotas do capital da BRINOX foi necessariamente realizada visando apenas a economia fiscal proporcionada. *Ad argumentandum*, mantida a linha do interesse meramente fiscal pretendido com o empréstimo, caberia também pontuar que as despesas contabilizadas reduziram o lucro líquido do exercício, e conseqüentemente, repercutiram negativamente no patrimônio líquido contábil do contribuinte, o que certamente reduziu o potencial da apuração e pagamento futuro do JCP para o sócio controlador, no montante líquido entre despesa e economia fiscal.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Fazendo agora uma análise do ponto de vista legal, há de se reconhecer que não existe proibição de que o adquirente de uma participação societária recorra a um empréstimo para liquidar o preço de aquisição, ou parte dele, exceto no caso do FIP que, como vimos, tem uma vedação de ordem infra legal e regulatória prevista no inciso II do art. 35 da Instrução CVM nº 391/2003. Há normas legais, inclusive, que regulamentam a dedutibilidade dos juros incorridos em tais operações, como o art. 374 do RIR/99 e o art. 31 da Lei nº 11.727/2008 (citados pelo impugnante na peça de defesa), este último exclusivo para pessoa jurídica cujo objeto social seja o de holding, que era o caso da CELLE. A seguir reproduzo estes artigos:

Outros Resultados Operacionais

Subseção I

Receitas e Despesas Financeiras

Despesas

Art.374. Os juros pagos ou incorridos pelo contribuinte são dedutíveis, como custo ou despesa operacional, observadas as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 17, parágrafo único):

I- os juros pagos antecipadamente, os descontos de títulos de crédito, e o deságio concedido na colocação de debêntures ou títulos de crédito deverão ser apropriados, pro rata temporis, *nos períodos de apuração a que competirem;*

II- os juros de empréstimos contraídos para financiar a aquisição ou construção de bens do ativo permanente, incorridos durante as fases de construção e pré-operacional, podem ser registrados no ativo diferido, para serem amortizados.

Art. 31. A pessoa jurídica que tenha por objeto exclusivamente a gestão de participações societárias (holding) poderá diferir o reconhecimento das despesas com juros e encargos financeiros pagos ou incorridos relativos a empréstimos contraídos para financiamento de investimentos em sociedades controladas.

§ 1 A despesa de que trata o caput deste artigo constituirá adição ao lucro líquido para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido e será controlada em livro fiscal de apuração do lucro real.

§ 2 As despesas financeiras de que trata este artigo devem ser contabilizadas individualizadamente por controlada, de modo a permitir a identificação e verificação em separado dos valores diferidos por investimento.

§ 3 O valor registrado na forma do § 2 deste artigo integrará o custo do investimento para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento.

A leitura destes artigos deixa claro que é legalmente admitida a dedução de encargos financeiros decorrentes de empréstimos para o financiamento da aquisição de bens do ativo permanente, no caso do art. 374 do RIR/99, e especificamente para o financiamento de investimentos em sociedades controladas, no caso do art. 31 da Lei nº 11.727/2008, havendo para este último, inclusive, a faculdade de diferimento no reconhecimento das despesas para o momento da alienação do investimento, devendo neste caso, integrar o custo de aquisição para os fins de apuração do ganho ou perda de capital.

[...}

Desta forma, analisado todo o contexto fático envolvido, entendo que as despesas financeiras decorrentes do financiamento da parcela do preço de aquisição das quotas da BRINOX apresentam as características exigidas pelo art. 299 do RIR/99 para serem consideradas necessárias para a CELLE, pois estavam intrinsecamente relacionadas com a manutenção da sua fonte produtora dos rendimentos (BRINOX), e, portanto, devem ser dedutíveis na determinação do lucro real e da BC da CSLL da BRINOX, em face do fenômeno legal da sucessão universal que é próprio do instituto da incorporação.

DOCUMENTO VALIDADO

[...]

Não tenho reparos à análise acima transcrita no tocante às despesas financeiras glosadas.

Observo apenas que tais argumentos são igualmente suficientes para demonstrar que se não se pode negar o propósito negocial na utilização da empresa CELLE para lançar as debêntures que foram responsáveis pela alavancagem de parte dos recursos para a aquisição da empresa BRINOX, ora recorrente, tampouco se pode negar sua personalidade jurídica para a realização do negócio, posto que ambos estão completamente imbricados.

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

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

A meu ver, não resta caracterizada a simulação apontada pela autoridade fiscal, não podendo ser negada a validade dos negócios praticados e seus efeitos fiscais mediante o simples argumento de que não houve a confusão patrimonial entre a real adquirente e a empresa adquirida.

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

Não é o caso, como vimos.

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

[...]

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

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

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

No presente caso, entendo que as operações examinadas se amoldam à previsão legal que autoriza a amortização do ágio. Existe em cada uma delas um valor efetivamente pago a terceiros que supera o valor

DOCUMENTO VALIDADO

patrimonial, amparado na expectativa de rentabilidade futura. Por outro lado, as adquirentes foram absorvidas por incorporação pela adquirida, verificando-se a confusão patrimonial exigida por lei para viabilizar a amortização da despesa.

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

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

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

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

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

A possibilidade legal de aproveitamento do ágio (uma vez que este tenha ocorrido e sido demonstrado legitimamente) decorre da absorção do patrimônio de um pessoa jurídica pela outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio apurado na forma do § 2º. Inc II do art. 385 do RIR/1999, inclusive quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a participação.

Assim dispõe o art. 386 do RIR/1999:

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

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

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

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

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

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 1º).

DOCUMENTO VALIDADO

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 2º):

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

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

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

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

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

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

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 5º).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DOCUMENTO VALIDADO

Original

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

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

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

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

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

[...]

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

[...]

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

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

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

Dito de outro modo.

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

Ora, a lei tributária, nos casos os arts. 385 e 386 do RIR/1999 (amparados nos arts. 7ª e 8º da Lei nº 9.532/1997), simplesmente remete a estes institutos, previstos na lei comercial, para fins de definição do benefício fiscal de amortização antecipada do ágio, não existindo, a meu ver, espaço para interpretá-los de forma diversa.

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

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

[...]

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

DOCUMENTO VALIDADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DOCUMENTO VALIDADO

Original

9. O Código Tributário Nacional autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando "se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação" (art. 149, VII) e também contém norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), a qual poderia, em última análise, até mesmo justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a "plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos" (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

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

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

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

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

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

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

Transcrevo os excertos do voto[25] em que o relator analisa a questão da utilização da empresa-veículo cujos fundamentos, de certo modo, estão alinhados ao posicionamento que venho adotando neste tribunal administrativo, *verbis*:

[...]

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

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

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

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

DOCUMENTO VALIDADO

Original

[...]

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

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

[...]

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

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

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

A exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997 deixou hialino esse intuito de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que o justificassem. (SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias [aspectos tributários]. São Paulo: Dialética, 2012).

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

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

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

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

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

DOCUMENTO VALIDADO

Original

[...]

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

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

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

A “empresa-veículo” tem duração efêmera;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Não há proibição legal para que uma sociedade empresária seja criada como "veículo" para facilitar a realização de um negócio jurídico; inclusive há razões reais ("propósito negocial") para tanto, pois é possível que as

DOCUMENTO VALIDADO

Original

pessoas jurídicas originais queiram manter sua segregação por diversas razões (estratégicas, econômicas, operacionais...).

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

Assim, filio-me à orientação de que:

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

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

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

[...]

Há efetiva aquisição/alienação de participação societária?

(DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Assef. "Ágio interno" e "empresa-veículo" na jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária In: Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (coord). São Paulo: MP Editora, 2016)

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

[...]

No tocante às despesas financeiras, para além das razões transcritas do voto vencedor na DRJ, adoto como razões de decidir o voto que expo os fundamentos da decisão no Acórdão nº 9101-006.944[26], da lavra da d. conselheira Edeli Pereira Bessa, também, para negar provimento ao recurso especial fazendário, nos seguintes termos:

GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS. COMPRA ALAVANCADA. DEDUTIBILIDADE PELA INCORPORADORA DA ADQUIRENTE. EFEITOS DA SUCESSÃO. Firmada a premissa de que as despesas financeiras eram dedutíveis pela incorporada, não subsistem as glosas fundamentadas, apenas, na desnecessidade da despesa para manutenção da fonte produtiva da incorporadora. A incorporadora, em princípio, sucede a investida em todos seus direitos e obrigações.

[26] Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior, Maria Angelica Echer Ferreira Feijo (substituta) e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente em exercício) e votaram pelas conclusões para, no mérito, negar provimento ao recurso especial fazendário, os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes e Luiz Tadeu Matosinho Machado.

DOCUMENTO VALIDADO

[...]

No mérito, a maioria qualificada do Colegiado acompanhou o I. Relator apenas em sua conclusão de negar provimento ao recurso especial fazendário, discordando de seus fundamentos de mérito.

Como expresso na análise do conhecimento da matéria, o voto condutor do acórdão recorrido compreendeu suficiente a demonstração das razões de dedutibilidade das despesas financeiras em face da contratante das dívidas – "Mevamoga" – para afastar a glosa promovida, mas aqui releva adicionar, a estes argumentos, que evidenciada esta dedutibilidade em face da incorporada, a dedutibilidade das despesas pela incorporadora passa a ser justificada pela sucessão daí decorrente.

Ou seja, se a Contribuinte contratasse diretamente estas obrigações em benefício de seus sócios, válido seria o argumento do paradigma no sentido de que a dívida *foi contraída no exclusivo interesse dos acionistas controladores*, e não *para custear a fonte produtiva desta pessoa jurídica.* Este descompasso também autorizaria a glosa se apenas a dívida fosse transferida para a investida, sem a incorporação, e consequente sucessão, da investidora.

Contudo, na medida em que o Colegiado *a quo* fixou a premissa aqui não mais em discussão - dada a negativa de conhecimento ao recurso especial fazendário neste ponto – de que "Mevamoga" era a controladora e adquirente da Contribuinte, desconstituiu-se a primeira linha argumentativa contrária à dedutibilidade, por esta, dos encargos decorrentes das obrigações assumidas para exercício de seu objeto social como *holding*, adquirente de participações societárias. Em consequência, em segundo passo argumentativo, tem-se que a extinção de "Mevamoga" por incorporação[27] pela Contribuinte, atribui a esta os deveres e direitos decorrentes desta sucessão, nos termos do art. 1116 do Código Civil[28]. Logo, se não há outras objeções à dedutibilidade das despesas em questão, é sob a ótica da atividade da incorporada que ela deve ser avaliada.

[...]

Aqui, firmada a premissa de que "Mevamoga" era a adquirente, cabe adicionar aos fundamentos do acórdão recorrido que sua incorporação pela Contribuinte confere a esta, na condição de sucessora, os direitos e deveres antes detidos pela incorporada, de modo que a glosa das despesas financeiras não pode ser mantida, apenas, sob o argumento de que a dívida foi contraída no exclusivo interesse da incorporada, e não para custear a fonte produtiva da incorporadora.

[...]

Ante o exposto, voto por NEGAR provimento ao Recurso Especial Fazendário, mas por fundamentos distintos do voto vencedor.

Assinado Digitalmente

Fernando Brasil de Oliveira Pinto

[27] Art. 1.118. Aprovados os atos da incorporação, a incorporadora declarará extinta a incorporada, e promoverá a respectiva averbação no registro próprio.

[28] Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.

DOCUMENTO VALIDADO