



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



<b>PROCESSO</b>	<b>16327.720815/2018-01</b>
<b>ACÓRDÃO</b>	1301-007.742 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
<b>SESSÃO DE</b>	19 de fevereiro de 2025
<b>RECURSO</b>	VOLUNTÁRIO
<b>RECORRENTE</b>	BTG PACTUAL GESTORA DE RECURSOS LTDA
<b>INTERESSADO</b>	FAZENDA NACIONAL

**Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ**

Ano-calendário: 2013, 2014

ADMINISTRADOR EMPREGADO. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. DESPESA INDEDUTÍVEL.

Devem ser adicionados ao lucro líquido do período de apuração, para fins de determinação do lucro real, as participações nos lucros da pessoa jurídica atribuídas a seus administradores, inclusive àqueles que tenham vínculo de emprego com a pessoa jurídica.

PESSOA JURÍDICA PASSÍVEL DE SE APROVEITAR DO BENEFÍCIO FISCAL DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO ORIGINADO DE AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. OPERAÇÃO DE CISÃO COM VERSÃO DO PATRIMÔNIO A PESSOA JURÍDICA PREEXISTENTE. TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. INOCORRÊNCIA.

A operação de cisão com versão de parcela do patrimônio da pessoa jurídica cindida para pessoa jurídica preexistente implica o aumento de capital na pessoa jurídica preexistente, com a entrega de instrumentos patrimoniais aos acionistas da pessoa jurídica cindida. No caso, o acervo recebido continha participação societária avaliada pelo método da equivalência patrimonial que, em comparação com o valor dos instrumentos patrimoniais entregues resultou na constituição de ágio próprio.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. LAUDO. PRAZO. INEXIGIBILIDADE.

À época da operação, não havia previsão legal definido prazo para apresentação de laudo de expectativa de rentabilidade futura. Hipótese em que foi provada a existência do laudo.

**ACÓRDÃO**

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade. Quanto ao mérito, acordam os membros do colegiado em dar parcial provimento ao recurso, (i) por unanimidade de votos, para cancelar as infrações de amortização dos ágios de aquisição da participação acionária na BFRE pela Ourinvest (“Ágio I”) e de aquisição da participação acionária na BPMB III (“Ágio II”), tendo sido o Relator acompanhado pelas conclusões pelos Conselheiros Iágaro Jung Martins, Luiz Eduardo de Oliveira Santos e Rafael Taranto Malheiros quanto ao “Ágio I”; e (ii) por voto de qualidade, para manter a infração relativa à dedução de despesas de “participação nos lucros”, vencidos os Conselheiros José Eduardo Dornelas Souza (Relator), Eduardo Monteiro Cardoso e Eduarda Lacerda Kanieski, que lhe davam provimento no ponto. Foi designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos.

*Assinado Digitalmente*

**JOSE EDUARDO DORNELAS SOUZA** – Relator

*Assinado Digitalmente*

**LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS** – Redator designado

*Assinado Digitalmente*

**RAFAEL TARANTO MALHEIROS** – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Iágaro Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Eduardo Monteiro Cardoso, Eduarda Lacerda Kanieski, Rafael Taranto Malheiros (Presidente).

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra o acórdão nº 12-109.853, proferido pela 9ª Turma da DRJ/RJO, que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a Impugnação do Contribuinte, mantendo o crédito tributário exigido (R\$ 25.973.857,62 de IRPJ e de R\$ 14.867.162,22 de CSLL).

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento do processo em primeira instância, a seguir transcrito, complementando-o ao final:

Trata-se dos Autos de Infração do IRPJ (fls. 1.667 a 1.677) e, do dele decorrente, da CSLL (fls. 1.679 a 1.686), cientificados em 22/11/2018 (fl. 1.726), nos quais foram constituídos os seguintes créditos tributários (juros de mora calculados até

11/2018) em consequência das infrações abaixo descritas aos dispositivos legais mencionados:

	IRPJ	CSLL	Total
<b>Principal</b>	25.973.857,62	14.867.162,22	40.841.019,84
<b>Juros de Mora</b>	11.908.395,75	6.814.363,80	18.722.759,55
<b>Multa de 75%</b>	19.480.393,20	11.150.371,66	30.630.764,86
<b>Total</b>	<b>57.362.646,57</b>	<b>32.831.897,68</b>	<b>90.194.544,25</b>

#### IRPJ

#### ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL

##### INFRAÇÃO: CUSTO/DESPESA INDEDUTÍVEL

Valor não adicionado ao Lucro Líquido do período, para a determinação do Lucro Real, conforme consta do Termo de Verificação Fiscal 01, parte integrante e indissociável deste auto de infração.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2013	2.515.507,88	75,00
31/12/2014	2.265.507,88	75,00

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2013 e 31/12/2014:

art. 3º da Lei nº 9.249/95.

Arts. 249, inciso I, 303, 357, parágrafo único, inciso I e 463 do RIR/99

#### EXCLUSÕES/COMPENSAÇÕES NÃO AUTORIZADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL

##### INFRAÇÃO: EXCLUSÕES INDEVIDAS

Valor excluído indevidamente do Lucro Líquido do período, na determinação do Lucro Real, conforme consta do Termo de Verificação Fiscal 02, parte integrante e indissociável deste auto de infração.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2013	49.557.207,40	75,00
31/12/2014	49.557.207,40	75,00

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2013 e 31/12/2013:

art. 3º da Lei nº 9.249/95.

Arts. 247 e 250 do RIR/99

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2014 e 31/12/2014:

art. 3º da Lei nº 9.249/95.

Arts. 247 e 250 do RIR/99

Arts. 4º, 5º, 12 a 15, 16, §§ 2º e 3º, 26, 64, caput, 67, caput e parágrafo único, 68 e 69 da Lei nº 12.973/2014.

**CSLL****EXCLUSÕES INDEVIDAS DA BASE DE CÁLCULO AJUSTADA DA CSLL  
INFRAÇÃO: EXCLUSÕES INDEVIDAS**

**Valor excluído indevidamente do Lucro Líquido do período, na determinação do Lucro Real (sic), conforme consta do Termo de Verificação Fiscal 02, parte integrante e indissociável deste auto de infração.**

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2013	49.557.207,40	75,00
31/12/2014	49.557.207,40	75,00

**Enquadramento Legal**

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2013 e 31/12/2014:

Art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90

Art. 57 da Lei nº 8.981/95, com as alterações do art. 1º da Lei nº 9.065/95

Art. 2º da Lei nº 9.249/95

Art. 1º da Lei nº 9.316/96; art. 28 da Lei nº 9.430/96

Art. 3º da Lei nº 7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08.

Art. 28 da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo art. 49 da Lei nº 12.715/12.

2. O Termo de Verificação Fiscal nº 01 (fls. 1.688 a 1.694) trata da análise da dedutibilidade da participação no lucro (PLR) dos administradores da empresa na apuração do lucro real nos anos-calendário de 2013 e 2014. Dele extrai o seguinte:

**1. DESCRIÇÃO DOS FATOS****1.1 IDENTIFICAÇÃO DOS ADMINISTRADORES DA EMPRESA**

(...)

A cláusula 6ª especificava nominalmente os administradores e não houve nenhuma alteração dos mesmos nos anos de 2013 e 2014, abaixo listamos os administradores da empresa neste período:

NOME	CPF
Carlos Daniel Rizzo Da Fonseca	257.157.868-51
Marcelo Pechinho Hallack	085.753.937-07
Antonio Carlos Canto Porto Filho	468.306.778-15
João Marcello Dantas Leite	013.849.777-08
Jonathan David Bisgaier	060.562.687-13
Marcelo Kalim	185.178.498-50
Roberto Balls Sallouti	135.962.478-37

**1.2 CONTABILIZAÇÃO DOS VALORES DE PLR - DESPESAS**

O contribuinte contabilizava nas seguintes contas do razão os valores de despesas de provisão de PLR: (i) 8971020206 – Bônus; e (ii) 8971020208 Bônus - Ajuste de Provisão.

CÓDIGO	CONTA	VALOR	
		AC 2013	AC 2014
8971020206	Bônus	20.273.380,35	29.932.794,80
8971020208	Bônus - Ajuste de Provisão	-861.068,78	2.273.000,00
<b>TOTAL</b>		<b>19.412.311,57</b>	<b>32.205.794,80</b>

(...)

### 1.3 IDENTIFICAÇÃO DOS ADMINISTRADORES BENEFICIÁRIOS DA PLR

O contribuinte apresentou as planilhas contendo os beneficiários dos pagamentos da PLR provisionada em 2013 e 2014.

Dentre os beneficiários destacamos dois administradores que receberam os seguintes valores de PLR, que foram provisionados como despesas em 2013 e 2014:

NOME	CPF	DESPESA DE PROVISÃO DE PLR	
		AC 2013	AC 2014
CARLOS DANIEL RIZZO DA FONSECA	257.157.868-51	1.007.753,94	7.753,94
MARCELO PECHINHO HALLACK	085.753.937-07	1.507.753,94	2.257.753,94
<b>TOTAL</b>		<b>2.515.507,88</b>	<b>2.265.507,88</b>

## 2. DA ANÁLISE DOS FATOS E DO DIREITO

O Contrato Social é a certidão de nascimento da pessoa jurídica, pelas cláusulas do seu conteúdo se disciplina o relacionamento interno e externo da sociedade.

Da leitura do Contrato Social da BTG Pactual Gestora de Recursos LTDA, verifica-se na cláusula 6ª quem são os administradores da sociedade.

Fica evidente a partir da leitura do capítulo referente à administração da sociedade que a Diretoria possui plenos poderes sem nenhuma interferência em suas decisões para o cumprimento do objeto social. Portanto a Diretoria não está subordinada a outro órgão hierarquicamente superior.

Se não ocorre uma relação de subordinação então seus Diretores não são empregados enquanto exercerem cargos de diretoria e sim administradores. Nesse caso devem ser considerados diretores administradores, independente do contrato de trabalho, que neste momento é considerado suspenso.

Mesmo o contribuinte declarando seus Diretores na GFIP – Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações a Previdência Social na categoria 1 – Empregado, e na DIRF – Declaração do Imposto de Renda Retido na Fonte - com o Código de retenção 0561 – Rendimentos do Trabalho assalariado, tal situação não pode ser aceita já que não representa a verdade fática.

Acontece que esses diretores que são considerados empregados são na realidade administradores e, portanto, recebem um tratamento tributário diferente, e analisando a cláusula 6ª do Contrato Social não resta dúvida que tais diretores são administradores da Sociedade.

Além de estar nítido no Contrato Social, a Lei nº 10.406/02 de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, que rege as empresas em Sociedade Limitada define em seu Capítulo IV – Da Sociedade Limitada, Seção III – Da Administração, quem são os Administradores deste tipo de sociedade e os devidos procedimentos:

*“Seção III Da Administração Art. 1.060. A sociedade limitada é administrada por uma ou mais pessoas designadas no contrato social ou em ato separado.*

*Parágrafo único. A administração atribuída no contrato a todos os sócios não se estende de pleno direito aos que posteriormente adquiram essa qualidade.*

*Art. 1.061. A designação de administradores não sócios dependerá de aprovação da unanimidade dos sócios, enquanto o capital não estiver integralizado, e de 2/3 (dois terços), no mínimo, após a integralização*

*Art. 1.062. O administrador designado em ato separado investirá no cargo mediante termo de posse no livro de atas da administração.*

*§ 1º Se o termo não for assinado nos trinta dias seguintes à designação, esta se tornará sem efeito.*

*§ 2º Nos dez dias seguintes ao da investidura, deve o administrador requerer seja averbada sua nomeação no registro competente, mencionando o seu nome, nacionalidade, estado civil, residência, com exibição de documento de identidade, o ato e a data da nomeação e o prazo de gestão.*

*Art. 1.063. O exercício do cargo de administrador cessa pela destituição, em qualquer tempo, do titular, ou pelo término do prazo se, fixado no contrato ou em ato separado, não houver recondução.*

*§ 1º Tratando-se de sócio nomeado administrador no contrato, sua destituição somente se opera pela aprovação de titulares de quotas correspondentes, no mínimo, a dois terços do capital social, salvo disposição contratual diversa.*

*§ 2º A cessação do exercício do cargo de administrador deve ser averbada no registro competente, mediante requerimento apresentado nos dez dias seguintes ao da ocorrência.*

*§ 3º A renúncia de administrador torna-se eficaz, em relação à sociedade, desde o momento em que esta toma conhecimento da comunicação escrita do renunciante; e, em relação a terceiros, após a averbação e publicação.*

*Art. 1.064. O uso da firma ou denominação social é privativo dos administradores que tenham os necessários poderes.*

*Art. 1.065. Ao término de cada exercício social, proceder-se-á à elaboração do inventário, do balanço patrimonial e do balanço de resultado econômico. (Grifo AFRFB)*

Por fim, ao verificar nos sistemas internos da Receita Federal do Brasil, alimentados pelas informações cadastrais prestadas pelo contribuinte através de seu cadastro e declarações constam como administradores os nomes de Marcelo Pechinho Hallack incluído em 01/07/2010 e Carlos Daniel Rizzo da Fonseca, incluído em 05/03/2010.

Se do ponto de vista trabalhista não haveria relevância para esta fiscalização questionar à empresa do motivo de considerar estes administradores como empregados, o mesmo não ocorre do ponto de vista fiscal, uma vez que os pagamentos das participações atribuídas aos administradores não foram adicionados à base de cálculo do IRPJ e da CSLL, sendo consideradas, pelo contribuinte, como despesas dedutíveis para fins de apuração do Lucro Real.

No caso de empregados a legislação permite estas deduções conforme disposto no artigo 359 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99:

*“Art. 359. Para efeito de apuração do lucro real, a pessoa jurídica poderá deduzir como despesa operacional as participações atribuídas aos empregados nos lucros ou resultados, dentro do próprio exercício de sua constituição (Medida Provisória n.º 1.769-55, de 1999, art. 3.º, § 1.º).”*

No entanto, o Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99 em seus artigos 249, inciso I, 303, 357, parágrafo único, inciso I, e 463, vedam as deduções relacionadas a participações nos lucros atribuídas aos administradores conforme abaixo:

*“Art. 249. Na determinação do lucro real, serão adicionados ao lucro líquido do período de apuração (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 6.º, § 2.º):*

*I – os custos, despesas, encargos, perdas, provisões, participações e quaisquer outros valores deduzidos na apuração do lucro líquido que, de acordo com este Decreto, não sejam dedutíveis na determinação do lucro real;*

*(...) “Art. 303. Não serão dedutíveis, como custos ou despesas operacionais, as gratificações ou participações no resultado, atribuídas aos dirigentes ou administradores da pessoa jurídica (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 45, § 3.º, e Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 58, parágrafo único).*

*(...) “Art. 357. Serão dedutíveis na determinação do lucro real as remunerações dos sócios, diretores ou administradores, titular de empresa individual e conselheiros fiscais e consultivos (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 47).*

*Parágrafo único. Não serão dedutíveis na determinação do lucro real (Decreto-Lei n.º 5.844, de 1943, art. 43, § 1.º, alíneas "b" e "d"):*

*I - as retiradas não debitadas em custos ou despesas operacionais, ou contas subsidiárias, e as que, mesmo escrituradas nessas contas, não correspondam à remuneração mensal fixa por prestação de serviços (Decreto-Lei n.º 5.844, de 1943, art. 43, § 1.º, alíneas "b" e "d");*

*II - as percentagens e ordenados pagos a membros das diretorias das sociedades por ações, que não residam no País." "Art. 463. Serão adicionadas ao lucro líquido do período de apuração, para efeito de determinar o lucro real, as participações nos lucros da pessoa jurídica atribuídas a partes beneficiárias de sua emissão e a seus administradores.*

*(Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 58, parágrafo único)".*

Dentro deste contexto, a Instrução Normativa SRF n.º 2/69 e o Parecer Normativo CST n.º 48/72 definem o critério da legislação fiscal para conceituar a figura de administrador e diretor da pessoa jurídica, conforme abaixo:

*"I - Diretor – a pessoa que dirige ou administra um negócio ou uma soma determinada de serviços. Pessoa que exerce a direção mais elevada de uma instituição ou associação civil, ou de uma companhia ou sociedade comercial, podendo ser ou não acionista ou associado. Os diretores são, em princípio, escolhidos por eleição de assembleia, nos períodos assinalados nos seus estatutos ou contratos sociais;*

*II – Administrador – a pessoa que pratica, com habitualidade, atos privativos de gerência ou administração de negócios da empresa, e o faz por delegação ou designação de assembleia, de diretoria ou de diretor;*

*III - Conselho de Administração – o órgão instituído pela Lei das Sociedades por Ações, cujos membros recebem, para os efeitos fiscais, o mesmo tratamento de diretores ou administradores.*

*São excluídos do conceito de administrador os empregados que trabalham com exclusividade para uma empresa, subordinados hierárquica e juridicamente e, como meros prepostos ou procuradores, mediante outorga de instrumento de mandato, exercem essa função cumulativamente com as de seus cargos efetivos, percebendo remuneração ou salário constante do respectivo contrato de trabalho, provado por carteira profissional, bem como o assessor, que é a pessoa que tenha subordinação direta e imediata ao administrador, dirigente ou diretor, e atividade funcional ligada à própria atividade da pessoa jurídica. Base legal: (Instrução Normativa SRF n.º 2/69 e Parecer Normativo CST n.º 48/72)."*

Os dispositivos supratranscritos constituem regras específicas acerca da dedutibilidade ou indedutibilidade de despesas relacionadas a remunerações fixas e variáveis de diretores/administradores de pessoas jurídicas. Dessa forma, a importância da análise sobre o vínculo real que os diretores estatutários/administradores mantêm com a empresa ora fiscalizada. Se estatutário aplicam-se os artigos 303, 357 e 463 do RIR/99. Se empregatício, o § 3º do artigo 299 do RIR/99, artigo 359 do RIR/99 e o § 1º do artigo 3º da Lei nº 10.101, de 2000.

Deve ser salientado que não é incomum que a legislação tributária evite a redução da base de cálculo tributável quando a despesa envolver partes relacionadas, como sócios, acionistas, administradores e parentes.

Porém, independentemente da classificação atribuída pela BTG Pactual Gestora de Recursos a esses Diretores, eles são de fato Administradores da Sociedade, mantendo um vínculo estatutário.

A existência ou não de contratos de trabalho na modalidade emprego, celebrados entre a Sociedade e os Diretores, não os afasta da condição de Administradores visto que, caso assim fosse entendido, haveria clara agressão quanto ao seu próprio Contrato Social.

Ressalte-se que a relação trabalhista é uma relação privada entre a pessoa física contratada e empregador. Já a relação tributária entre o contribuinte e o Fisco é pública, regida por normas federais cogentes, contra as quais não podem os particulares dispor.

Os Diretores eleitos ou nomeados na forma do Contrato Social são considerados como Administradores da Sociedade, não importando, para esse fim, a qualificação a eles atribuída pelo contribuinte.

Corroborando esse entendimento, a Solução de Consulta nº 89 da Coordenação Geral de Tributação da Receita Federal – COSIT, de 24 de março de 2015, em seus itens 8 e 9, dispõe que com relação à participação nos lucros atribuída aos administradores, o artigo 463 do RIR99 veda expressamente a possibilidade de dedução, determinando que essa despesa seja adicionada ao lucro líquido do período para fins de determinação do lucro real. A vedação em comento alcança as participações pagas a administradores de forma ampla, sem qualquer ressalva quanto ao vínculo por meio do qual esses se relacionam com a pessoa jurídica, seja ele de natureza trabalhista, estatutária, etc. A Solução segue parcialmente transcrita:

*“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ ADMINISTRADOR EMPREGADO. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS.” “DESPESA INDEDUTÍVEL. Devem ser adicionados ao lucro líquido do período de apuração, para fins de determinação do lucro real, as participações nos lucros da pessoa jurídica atribuídas a seus administradores, inclusive àqueles que tenham vínculo de emprego com a pessoa jurídica.*

*Dispositivos Legais: Decreto nº 3.000, de 1999, art. 463.”*

*(...)“*

*8. O RIR/1999 dispõe da seguinte forma sobre as participações nos lucros da pessoa jurídica:”*

*Art. 359. Para efeito de apuração do lucro real, a pessoa jurídica poderá deduzir como despesa operacional as participações atribuídas aos empregados nos lucros ou resultados, dentro do próprio exercício de sua constituição (Medida Provisória nº 1.769-55, de 1999, art. 3º, § 1º).*

*(...)“*

*Art. 463. Serão adicionadas ao lucro líquido do período de apuração, para efeito de determinar o lucro real, as participações nos lucros da pessoa jurídica atribuídas a partes beneficiárias de sua emissão e a seus administradores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 58, parágrafo único).”*

*“8.1 Percebe-se que a legislação confere um tratamento de despesa dedutível em relação às participações atribuídas aos empregados cuja disciplina encontrase atualmente estabelecida pela Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, fruto da Medida Provisória nº 1.769-55, de 1999, base legal do art. 359 do RIR/1999.”*

*“8.2 Já no que se refere às participações atribuídas aos administradores, o art. 463 do RIR/1999, com fundamento no parágrafo único do art. 58 do DL nº 1.598, de 1977, veda expressamente a possibilidade de dedução, determinando que essa despesa seja adicionada ao lucro líquido do período pra fins de determinação do lucro real.”*

*“9. Vê-se que, a despeito da qualidade de empregados de que são revestidos os administradores da consultante, a norma tributária mais específica, regulamentada pelo art. 463 do RIR/1999, impede a dedução das participações nos lucros a eles atribuídas. Note-se que a vedação em comento alcança às participações pagas a administradores de forma ampla, sem qualquer ressalva quanto ao vínculo por meio do qual esses se relacionam com a pessoa jurídica, seja ele de natureza trabalhista, estatutária etc. Sendo assim, as participações nos lucros atribuídas aos administradores empregados da consultante devem ser adicionadas ao lucro líquido, para efeito de determinação do lucro real do período.”*

Dessa forma, uma vez que, para efeitos fiscais, os diretores estatutários registrados como empregados foram identificados como administradores do contribuinte por esta Fiscalização, mantendo vínculos estatutários com a empresa, os valores a eles pagos a título de participações nos lucros não podem ser considerados dedutíveis na apuração do lucro real, conforme artigos 249, inciso I, 303, 357, parágrafo único, inciso I, e 463, do RIR/99.

A Solução de Consulta nº 16 – Cosit de 14/03/2018 também abordou o tema e corroborou o entendimento de que o vínculo empregatício do administrador não transforma a participação nos lucros, paga ao mesmo, dedutível da apuração do lucro real. A ementa segue transcrita abaixo:

*“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ ADMINISTRADORES. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. DESPESA INDEDUTÍVEL.*

*Devem ser adicionados ao lucro líquido do período de apuração, para fins de determinação do lucro real, as participações nos lucros da pessoa jurídica atribuídas a seus administradores, inclusive àqueles que tenham vínculo de emprego com a pessoa jurídica.”*

Na mesma direção é a decisão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, conforme ementa de acórdão a seguir:

*“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ Anocalendário: 2007*

*[...]*

*PARTICIPAÇÃO NOS RESULTADOS ATRIBUÍDA A DIRETORES. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE EMPREGO. INDEDUTIBILIDADE.*

*Por expressa disposição legal, são indedutíveis do lucro tributável os valores distribuídos a administradores a título de participação nos resultados. A eleição para cargo de diretor estatutário suspende o contrato de trabalho do empregado. O pagamento de verbas trabalhistas torna-se mera liberalidade, que não possui o condão de transformar a relação estatutária numa relação de emprego, não podendo acarretar qualquer influência para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL (1a. Seção de Julgamento, 3ª Câmara, Acórdão 1301- 00.319, de 06/11/2013, relator: Paulo Jakson da Silva Lucas).”*

### 3. VALORES TRIBUTÁVEIS

Os valores com despesas de PLR provisionados, referentes aos administradores CARLOS DANIEL RIZZO DA FONSECA e MARCELO PECHINHO HALLACK, que não foram adicionados na apuração do lucro real nos anos-calendário de 2013 e 2014.

DESPESA DE PROVISÃO DE PLR DE ADMINISTRADORES	
AC 2013	AC 2014
1.007.753,94	7.753,94
1.507.753,94	2.257.753,94
2.515.507,88	2.265.507,88

3. O Termo de Verificação Fiscal nº 02 (fls. 1.695 a 1.721) trata da análise da dedutibilidade, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, da amortização de ágio, nos anos-calendário de 2013 e 2014, proveniente da

aquisição de ações da empresa BPMB III Participações S/A, CNPJ nº 15.483.361/0001-03, doravante denominada BPMB III. Dele extraí o seguinte:

## 1. DESCRIÇÃO DOS FATOS

### 1.1 BREVE RESUMO

Nos anos-calendário de 2013 e 2014, o contribuinte excluiu, em cada ano, o valor de R\$ 49.557.207,40 da apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, esta exclusão era descrita como “Amortização de Ágio”.

A exclusão era controlada na parte B do Lalur, e o saldo inicial, em 01/01/2013, era de R\$ 247.786.036,99, e o saldo final, em 31/12/2014, era de R\$ 148.671.622,19.

O contribuinte informou que este ágio era proveniente da aquisição da empresa Brazilian Capital Companhia de Gestão e Investimentos Imobiliários, doravante denominada Brazilian Capital.

Segundo o contribuinte, esta aquisição foi acordada através do Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças celebrado, em 31/01/2012, entre o Banco Panamericano S/A, Banco BTG Pactual S/A, os sócios da empresa Brazilian Finance & Real Estate S/A e os sócios da empresa Ourinvest Real Estate Holding S/A, doravante denominados Banco Panamericano, Banco BTG, BFRE e Ourinvest, respectivamente. Esta fiscalização ressalta que o contribuinte não foi signatário deste contrato

*Segundo informações prestadas pelo contribuinte em 27/07/2017:*

*“... a compra da Brazilian Capital, empresa que desenvolvia atividades de gestão e consultoria de fundos imobiliários, se deu em razão da intenção do Grupo BTG Pactual em expandir suas atividades no ramo de gestão de fundos de investimento imobiliário. Com a compra da referida empresa no ano de 2012, o BTG Pactual se tornou o maior gestor de fundos imobiliários do país...”*

*“Abaixo, a Intimada demonstra os passos da transação que levaram ao cálculo do valor de ágio de R\$ 247.786.036,99 e contas contábeis que compõem o referido montante:*

*1. O valor final pactuado para a compra da Brazilian Capital foi de R\$ 249.714.370,14.*

*2. Como passo preparatório para a transação final, a Ourinvest comprou a participação de aproximadamente 66% dos investidores TPG e EI na BFRE, de forma que a Ourinvest passou a ser titular de 100% de participação na BFRE, que, a seu turno, era titular de 100% da participação na Brazilian Capital.*

*3. Nessa compra, a Ourinvest registrou ágio em relação à BFRE no valor de R\$ 156.842.800,05, que, via cisão da Ourinvest (conforme laudo de*

ção), foi incorporado na BPMB III, junto com o correspondente investimento na BFRE.

4. Como passo final da transação, a BTG Pactual Gestora de Recursos comprou as ações da BPMB III, que era detentora do investimento na BFRE e, indiretamente, na Brazilian Capital, por R\$ 249.714.370,14, registrando ágio adicional de R\$ 90.943.236,94.”

Adquirente	Evento	Valor	Conta Contábil
BPMB III	Compra de participação detida por TPG e EI na BFRE	R\$ 1.928.332,15	2121015057 - Investimento
BPMB III	Compra de participação detida por TPG e EI na BFRE	R\$ 156.842.800,05	2121015059 - Ágio
<b>TOTAL</b>		<b>RS 158.771.132,20</b>	

GESTORA	Compra de ações na BPMB III	R\$ 158.771.132,20	2121015056 – Investimento
GESTORA	Compra de ações na BPMB III	R\$ 90.943.236,94	2121015060 - Ágio
<b>TOTAL</b>		<b>RS 249.714.370,14</b>	

PREÇO	PATRIMÔNIO LÍQUIDO DA BRAZILIAN CAPITAL	ÁGIO
R\$ 249.714.340,14	R\$ 1.928.332,15	R\$ 156.842.800,05
		R\$ 90.943.236,94
		<b>R\$ 247.786.036,99</b>

Esta fiscalização irá elaborar, no item 1.2 deste Termo, a ordem cronológica dos eventos, detalhando cada um deles, onde ficará demonstrado que o contribuinte não poderia deduzir da apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL o ágio de R\$ 247.786.036,99, pelos seguintes motivos:

- 1) O contribuinte não tomou parte do contrato que definiu o preço de compra da Brazilian Capital;
- 2) O preço de compra da Brazilian Capital foi estabelecido antes da existência de qualquer laudo de avaliação;
- 3) O preço de compra foi calculado tendo como base fatores que não tinham correspondência com a rentabilidade futura da Brazilian Capital;
- 4) Uma parte do ágio, no valor de R\$ 156.842.800,05, foi suportado pela Ourinvest e foi transferido indevidamente para a empresa BPMB III através de uma operação de “casasepara”;
- 5) A outra parte do ágio, no valor de R\$ 90.943.236,94, foi pago sem a elaboração de qualquer laudo de avaliação das ações da empresa BPMB III e sem a existência de um contrato de compra e venda destas ações. O contribuinte cita apenas a existência de um contrato do qual ele não era sequer signatário.

## 1.2 EVENTOS EM ORDEM CRONOLÓGICA

DATA - 31/01/2012 1.2.1

CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE AÇÕES E OUTRAS AVENÇAS

A seguir apresentamos um resumo das principais informações do interesse desta fiscalização neste contrato complexo e bastante extenso.

Este contrato foi celebrado entre as seguintes empresas e pessoas:

Banco Panamericano S/A, CNPJ nº 59.285.411/0001-13 (Panamericano);

Banco BTG Pactual S/A, CNPJ nº 30.306.294/0001-45 (BTG Pactual);

Ourinvest Real Estate Holding S/A, CNPJ nº 07.951.440/0001-73 (Ourinvest);

TPG- Axon BFRE Holding, LLC, CNPJ nº 09.384.002/0001-04 (TPGAxon);

Coyote Trail LLC, CNPJ nº 11.254.788/0001-89 (EI);

George Meisel, CPF nº 637.834.608-91 (George);

David Assine, CPF nº 769.483.078-68 (David);

Rodolfo Schwarz, CPF nº 668.912.488-68 (Rodolfo);

Fábio de Araujo Nogueira, CPF nº 010.403.038-03 (Fábio);

Bruce Thomas Philips, CPF nº 668.912.488-68 (Bruce);

Brazilian Finance & Real Estate S/A, CNPJ nº 02.762.113/0001-50 (BFRE)

Participaram como intervenientes anuentes:

BM Sua Casa Promotora de Vendas Ltda, CNPJ nº 08.795.322/0001-86 (BM Sua Casa);

BMSR II Participações S/A, CNPJ nº 07.268.534/0001-42 (BMSR II);

Brazilian Mortgages Companhia Hipotecária, CNPJ nº 62.237.367/0001-80 (Brazilian Mortgages);

Brazilian Securities Companhia de Securitização, CNPJ nº 03.767.538/0001-14 (Brazilian Securities);

Brazilian Capital Companhia de Gestão e Investimentos Imobiliários, CNPJ nº 04.924.582/0001-53 (Brazilian Capital);

Moise Politi, CPF nº 043.054.868-06 (Moise);

Sibilla Horn Assine, CPF nº 218.411.808-74;

Rosana Maria Cesar Del Picchia de Araujo Nogueira, CPF nº 171.488.658-16;

Teresa Cristina Espirito Santo Moreira Philips, CPF nº 941.141.618-72;

**Denominações:**

Acionistas Ourinvest – Bruce, George, David, Rodolfo, Moise e Fábio;

Vendedores – Acionistas Ourinvest, TPG- Axon e EI;

Compradores – Panamericano e BTG Pactual;

Ativos de Originação, Financiamento e Securitização – BFRE, BM Sua Casa, BMSR II, Brazilian Mortgages e Brazilian Securities;

Partes – Panamericano, BTG Pactual, Ourinvest, TPG-Axon, EI, Acionistas Ourinvest e BFRE

#### Considerações:

Moise transferiu para George a totalidade de suas ações da Ourinvest;

O capital social da Ourinvest ficou assim dividido

AÇÕES OURINVEST						
ACIONISTAS	ORDINÁRIAS	% ORD	PREFERENCIAIS	% PREF	TOTAL	%
George	22.335.418	62,53%	17.828.683	51,95%	40.164.101	57,34%
David	8.925.105	24,99%	1.897.674	5,53%	10.822.779	15,45%
Rodolfo	4.460.420	12,49%		0,00%	4.460.420	6,37%
Fábio		0,00%	14.008.213	40,82%	14.008.213	20,00%
Bruce		0,00%	585.552	1,71%	585.552	0,84%
<b>Total</b>	<b>35.720.943</b>	<b>100,00%</b>	<b>34.320.122</b>	<b>100,00%</b>	<b>70.041.065</b>	<b>100,00%</b>

O capital social da BFRE estava assim dividido:

AÇÕES BFRE							
ACIONISTAS	ORDINÁRIAS	% ORD	PREFERENCIAIS	% PREF	TOTAL	% CIRC	% TOTAL
Ourinvest	73.069.398	70,56%	5.510.187	4,32%	78.579.585	34,02%	33,83%
TPG-Axon	20.920.399	20,20%	83.681.594	65,66%	104.601.993	45,28%	45,03%
EI	9.563.325	9,24%	38.253.300	30,02%	47.816.625	20,70%	20,58%
George	1	0,00%		0,00%	1	0,00%	0,00%
Moise	1	0,00%		0,00%	1	0,00%	0,00%
Fábio	1	0,00%		0,00%	1	0,00%	0,00%
Bruce	1	0,00%		0,00%	1	0,00%	0,00%
Roberto Politi		0,00%	1	0,00%	1	0,00%	0,00%
Adam Jiwan	1	0,00%		0,00%	1	0,00%	0,00%
Dinakar Singh	1	0,00%		0,00%	1	0,00%	0,00%
David Marc Weil		0,00%	1	0,00%	1	0,00%	0,00%
Gary Garrabrant		0,00%	1	0,00%	1	0,00%	0,00%
Gilson Schwartz		0,00%	1	0,00%	1	0,00%	0,00%
João M Freitas		0,00%	1	0,00%	1	0,00%	0,00%
<b>Total Circulação</b>	<b>103.553.128</b>	<b>100,00%</b>	<b>127.445.086</b>	<b>100,00%</b>	<b>230.998.214</b>	<b>100,00%</b>	<b>99,44%</b>
Tesouraria		0,00%	1.295.661	1,01%	1.295.661	0,56%	0,56%
<b>Total</b>	<b>103.553.128</b>		<b>128.740.747</b>		<b>232.293.875</b>		<b>100,00%</b>

A BFRE detinha 100% (menos duas quotas) da BM Sua Casa;

A BFRE detinha 100% (menos uma ação) da BMSR II, e esta detinha 100% da Brazilian Mortgages;

A BFRE detinha 100% (menos três ações) da Brazilian Securities;

A BFRE detinha 100% (menos uma ação) da Brazilian Capital.

A Brazilian Capital era uma sociedade envolvida na gestão de investimentos em ativos imobiliários, atuava também como gestora e/ou consultora de

investimentos para fundos de investimentos imobiliários ou em participação e não possuía investimento em quotas de fundo, nem investimento em outra sociedade.

Para a realização do negócio era condição a venda simultânea tanto das Atividades de Gestão como das atividades desenvolvidas pela BM Sua Casa, Brazilian Mortgages e Brazilian Securities.

Não era interesse do Panamericano a aquisição de: (i) Atividades de Gestão; (ii) Atividades de Administração; e (iii) Ativos Proprietários. Por isso, os compradores exigiram, como condição, que todos os itens anteriores elencados fossem segregados da estrutura societária da BFRE e/ou alienados, inclusive a participação da BFRE na Brazilian Capital. Como consequência os vendedores iriam deliberar a reorganização societária.

A BFRE e suas controladas alienariam pelo valor de R\$ 335.554.000,00, que correspondia ao valor global da totalidade dos Ativos Proprietários, registrado em 30/09/2011, de forma a segregá-los da estrutura societária da BRFE.

O Panamericano desejava adquirir, por si ou por meio de suas Afiliadas, a integralidade das atividades de originação, financiamento e securitização exercidas por BM Sua Casa, Brazilian Mortgages e Brazilian Securities, que seria realizado mediante a aquisição do total das ações da Ourinvest, após a realização da Aquisição de EI e TPG-Axon e a posterior cisão de BFRE e Ourinvest, com a conclusão da Reorganização Societária.

Após a conclusão da Aquisição de EI e TPG-Axon, da Reorganização Societária e da segregação da Atividades de Gestão, o BTG Pactual, por si ou por suas afiliadas, dispunha-se a adquirir 100% do capital da Ourinvest 2 (BPMB III) detidas pelos Acionistas Ourinvest.

#### **Aquisição BTG Pactual (cláusula 2.3):**

O BTG Pactual adquiriria, no Fechamento, 100% das ações da Ourinvest 2 (BPMB III), após a verificação das Condições Precedentes, a implementação da Reorganização Societária e a conclusão da Aquisição de EI e TPG-Axon.

Esta aquisição representaria a aquisição indireta de 100% da BFRE, e consequentemente de 100% da Brazilian Capital.

O preço de compra devido pelo BTG Pactual a ser quitado na Data de Fechamento seria computado da seguinte forma:

(i) R\$ 275 milhões, como valor base;

(ii) menos R\$ 23 milhões, considerando que as Atividades de Administração seriam transferidas ao BTG Pactual pela Brazilian Mortgages, apenas após o fechamento, mediante pagamento pelo BTG Pactual ao Panamericano na forma da cláusula 6.1.4, a subtração de (i) e (ii) resulta na Base de Preço BTG Pactual;

(iii) Base BTG Pactual Pós Interferência era a Base de Preço BTG Pactual multiplicada pelo resultado da seguinte soma:

a) Percentual de Referência da Ourinvest; mais

b) O produto da multiplicação (I) do Percentual da Referência da TPGAxon, pelo (II) Percentual Adquirido da TPG-Axon; mais

c) O produto da multiplicação multiplicação (I) do Percentual da Referência da EI, pelo (II) Percentual Adquirido da EI.

(iv) menos o Desconto BC Fund da EI multiplicado pelo Percentual Adquirido da EI;

(v) Deduzindo-se do resultado obtido com as operações precedentes, a título de ajuste no preço, a parcela dos Dividendos BFRE e dos Dividendos Ourinvest alocados ao BTG Pactual na forma da cláusula 3.9.1.2.

#### **Reorganização Societária (cláusula 3.4):**

Providências para a Cisão da BFRE – Os Acionistas Ourinvest e a Ourinvest promoveriam a cisão parcial da BFRE, a valor contábil, de modo que a parcela remanescente fosse formada apenas por ações de emissão da Brazilian Capital e outros ativos acordados com os compradores, a parcela cindida seria composta por todos os demais elementos patrimoniais da BFRE e vertida à BFRE 2 (Cisão da BFRE).

Estariam incluídas a preparação de protocolo de justificação, laudo de avaliação, edital de convocação, publicação de fato relevante, demonstrações financeiras e demais providências previstas no Anexo 3.1.2;

Providências para a Cisão da Ourinvest - Os Acionistas Ourinvest e a Ourinvest tomariam todas providências, inclusive a preparação de protocolo de justificação, laudo de avaliação, edital de convocação, demais providências previstas no Anexo 3.1.2, para que fosse aprovada, na Data do Fechamento e imediatamente após a Cisão da BFRE, uma cisão parcial da Ourinvest, a valor contábil, com a divisão de seu patrimônio em 3 (três) parcelas:

(i) A Ourinvest deveria deter (a) a totalidade do Capital Fully Diluted da BFRE 2 detida pela Ourinvest e do bônus de subscrição emitido e previsto na cláusula 3.1.2(iv), (b) caixa e aplicações financeiras em montante suficiente para fazer frente a eventuais obrigações da Ourinvest após a cisão, (c) a obrigação relativa ao mútuo de que trata a cláusula 5.3.3.2, e (d) eventuais créditos fiscais a compensar;

(ii) uma das parcelas cindidas, que deveria ser composta pela totalidade do Capital Fully Diluted da BFRE detida pela Ourinvest, deveria ser vertida à Ourinvest 2 (BPMB III);

(iii) a outra parcela cindida, que deveria englobar os demais ativos e obrigações da Ourinvest que não foram mencionados em (i) e (ii), incluindo todos os ativos e

passivos decorrentes das Euronotes emitidas, deveria ser vertida à Ourinvest 3 (BPMB IV Participações S/A);

As Cisões da BFRE e da Ourinvest deveriam ocorrer após a liquidação financeira da Aquisição de EI e TPG-Axon, na Data de Fechamento.

#### **Fechamento (cláusula 5.1)**

Ocorreria até o 30º dia após a verificação ou renúncia das Condições Precedentes, esta seria a Data de Fechamento.

No fechamento seriam praticados os atos previstos no Anexo 5.2.

**Pelo que apuramos do contrato, podemos elencar as seguintes observações:**

**1) O contribuinte não foi signatário do mesmo e, portanto, não estava obrigado a cumprir nenhuma cláusula e tampouco estava sujeito a qualquer sanção nele prevista;**

**2) O preço de compra da Brazilian Capital já estava definido no contrato em R\$ 275 milhões antes da elaboração de qualquer laudo de avaliação, conforme consta da cláusula 2.3;**

**3) A mesma cláusula 2.3 estipulava ajustes no preço de compra que não tinham relação alguma com a rentabilidade futura da Brazilian Capital;**

**4) O contribuinte respondeu em 13/09/2017 que a data do fechamento ocorreu em 19/07/2012 e que o preço de compra previsto na cláusula 2.3 resultou em R\$ 249.637.852,62, calculado da seguinte forma:**

**Preço de compra = Valor Base – Valor da Atividades de Administração – Desconto Bc Fund**

**R\$ 249.637.852,62 = R\$ 275.000.000,00 – R\$ 23.000,00 – R\$ 2.362.147,38**

**DATA - 24/05/2012**

#### **1.2.2 1º ADITAMENTO AO CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE AÇÕES E OUTRAS AVENÇAS**

A seguir reportamos as informações de interesse desta fiscalização que foram alteradas no contrato original:

1) Os termos e condições da cisão da BFRE, de modo que a parcela cindida e vertida à BFRE 2 seria formada apenas por ações de emissão da Brazilian Capital e por outros ativos e provisões acordados pelos Compradores com a administração da BFRE;

2) Os termos e condições da cisão da Ourinvest, de modo que seu patrimônio seria dividido em 02 (duas) parcelas, sendo que a parcela cindida seria composta apenas pelo Capital Fully Diluted da BFRE 2 detida pela Ourinvest, a qual seria vertida à Ourinvest 2 (BPMB III);

3) Não seria necessária a implementação da cisão da Ourinvest prevista na cláusula 3.4.2(iii) do Contrato;

4) No fechamento, a aquisição, pelo BTG Pactual ou qualquer de suas afiliadas, de 100% das ações de emissão da Ourinvest 2 (BPMB III) detidas pelos Acionistas Ourinvest representaria a aquisição indireta de 100% do Capital Fully Diluted da BFRE 2, a qual por sua vez seria detentora de 100% do Capital Fully Diluted da Brazilian Capital, permanecendo inalterado o Preço de Compra BTG Pactual.

**Mais uma vez o aditamento comprova que o valor do Preço de Compra BTG Pactual não guarda nenhuma relação com qualquer laudo de avaliação, ou seja, o mesmo não foi respaldado em expectativa de rentabilidade futura.**

**DATA - 12/06/2012**

### **1.2.3 PROTOCOLO E JUSTIFICAÇÃO DE CISÃO PARCIAL DA BFRE E VERSÃO DA PARCELA CINDIDA PARA A BPMB IV**

Celebrado entre a BFRE e a BPMB IV, com o objetivo de promover a cisão parcial da BFRE, com a versão da parcela cindida de seu patrimônio para a BPMB IV.

Os elementos ativos e passivos vertidos para a BPMB IV seriam representados pela participação da BFRE na Brazilian Capital.

### **1.2.4 LAUDO DE AVALIAÇÃO DA PARCELA CINDIDA DA BFRE QUE FOI VERTIDA PARA A BPMB IV**

O laudo foi elaborado pela empresa Veneziani Auditores Independentes, a pedido dos administradores da BFRE e BPMB IV, tendo como base o balanço patrimonial da BFRE levantado em 31/05/2012.

O laudo mostra que a parcela cindida era composta pela participação da BFRE na Brazilian Capital no valor total de R\$ 1.928.332,15, que representava exatamente o valor do patrimônio líquido da Brazilian Capital.

**DATA - 19/06/2012**

### **1.2.5 PROTOCOLO E JUSTIFICAÇÃO DE CISÃO PARCIAL DA OURINVEST E VERSÃO DA PARCELA CINDIDA PARA A BPMB III**

Celebrado entre a Ourinvest e a BPMB III, com o objetivo de promover a cisão parcial da Ourinvest, com a versão da parcela cindida de seu patrimônio para a BPMB III.

Na data da cisão e anteriormente à sua efetivação seria deliberada a cisão parcial da BFRE, com versão da parcela cindida para a BPMB IV.

Os elementos ativos e passivos vertidos para a BPMB III seriam representados pela participação da Ourinvest na BPMB IV que seria recebida em razão da cisão parcial da BFRE

**DATA - 19/07/2012**

### **1.2.6 LAUDO DE AVALIAÇÃO DA BFRE**

O laudo foi elaborado pela empresa Apsis, a pedido da Ourinvest, tendo como objetivo determinar o valor econômico da BFRE pela abordagem da renda (fluxo de caixa descontado), na data base de 30/06/2012, considerando a cisão da empresa em duas unidades, a primeira referente à Brazilian Capital e a segunda referente às demais empresas pertencentes à BFRE, para fins de informação aos quotistas.

O laudo apurou que o valor econômico da Brazilian Capital era de R\$ 316.042.791,58.

Este foi o único laudo de avaliação da Brazilian Capital apresentado pelo contribuinte, porém o mesmo não foi solicitado por ele e as informações por ele apuradas eram direcionadas aos quotistas da BFRE, que não incluíam o contribuinte.

Este laudo foi na verdade utilizado pela Ourinvest, a qual era o solicitante do mesmo, para comprar a participação de aproximadamente 66% dos demais quotistas da BFRE, TPG e EI, de forma que a Ourinvest passou a ser titular de 100% de participação na BFRE, que, a seu turno, era titular de 100% da participação na Brazilian Capital.

Foi esta operação de compra e venda que originou o ágio de R\$ 156.842.800,05 registrado na Ourinvest na sua participação na BFRE, conforme visto no item 1.1 deste Termo de Verificação.

**Restou demonstrado que o laudo apresentado pelo contribuinte não foi solicitado por ele e sim por terceiros, e também não corresponde a nenhuma operação realizada pelo contribuinte, e que a sua tentativa de ligar este laudo ao Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças não pode prosperar, visto que o laudo foi elaborado praticamente 06 (seis) meses após a celebração do Contrato, cabe ressaltar que o preço de R\$ 275 milhões estipulado na cláusula 2.3 do Contrato não guarda nenhum vínculo com os valores apurados no laudo.**

#### **1.2.7 ATA DA AGE DA BPMB IV – VERSÃO DA PARCELA CINDIDA DA BFRE**

O único sócio da BPMB IV nesta data era a BPMB III.

O item 4.6 da ata estabeleceu que em consequência da cisão parcial da BFRE e a versão do seu acervo cindido ao capital da empresa foi aprovado o aumento do capital social no montante de R\$ 1.928.332,15, passando de R\$ 50.500,00 para R\$ 1.978.832,15.

Foram emitidas 923.000 ações, sendo 314.000 ordinárias, 418.000 preferenciais classe A e 191.000 preferenciais classe B que foram totalmente subscritas pela Ourinvest, única acionista da BFRE.

A nova composição do capital social da BPMB IV ficou assim distribuída:

a) Ourinvest com 314.000 ações ordinárias, 418.000 preferenciais classe A e 191.000 preferenciais classe B; e

b) BPMB III com 50 ações ordinárias.

Anexo I - Protocolo e Justificação de Cisão Parcial da BFRE e Versão da Parcela Cindida para a BPMB IV

Este documento foi tratado no item 1.2.3 deste Termo

Anexo II – Laudo de Avaliação

Este documento foi tratado no item 1.2.4 deste Termo

**Restou provado que o único ativo transferido da BFRE para a BPMB IV foi a Brazilian Capital.**

### 1.2.8 ATA DA AGE DA BPMB III - VERSÃO DA PARCELA CINDIDA DA OURINVEST

Nesta data o único sócio da BPMB III era o contribuinte.

O item 4.8 da ata estabeleceu que em consequência da cisão parcial da Ourinvest e a versão do seu acervo cindido ao capital da empresa foi aprovado o aumento do capital social no montante de R\$ 158.771.132,20, passando de R\$ 70.500,00 para R\$ 158.841.632,20.

Foram emitidas 30.330.485 ações ordinárias que foram totalmente subscritas pelos Acionistas Ourinvest.

A nova composição do capital social da BPMB III ficou assim distribuída

ACIONISTAS	AÇÕES	% PARTICIPAÇÃO
Geroge Meisel	25.797.638	85,0550%
David Assine	1.642.001	5,4137%
Rodolfo Schwarz	676.722	2,2312%
Fábio Nogueira	2.125.286	7,0071%
Bruce Philips	88.838	0,2929%
BTG Pactual Gestora	50	0,0002%
	30.330.535	

Anexo I - Protocolo e Justificação de Cisão Parcial da Ourinvest e Versão da Parcela Cindida para a BPMB III

Este documento foi tratado no item 1.2.5 deste Termo

Anexo II – Laudo de Avaliação da Parcela Cindida da Ourinvest Vertida para a BPMB III O laudo foi elaborado pela empresa Veneziani Auditores Independentes, a pedido dos administradores da Ourinvest e BPMB III, tendo como base o balanço patrimonial da Ourinvest levantado no dia 19/07/2012.

O laudo mostra que a parcela cindida era composta pela participação da Ourinvest na BPMB IV no valor total de R\$ 158.771.132,20, que era composto pela soma de um Patrimônio Líquido de R\$ 1.928.332,15 e um ágio de R\$ 156.842.800,05.

**Restou provado que esta operação serviu apenas para tentar transferir para a BPMB III o ágio de R\$ 156.842.800,05 que foi pago por terceiros, neste caso foi pago pela Ourinvest na aquisição de aproximadamente 66% da participação na BFRE, conforme visto nos itens 1.1 e 1.2.6 deste Termo de Verificação.**

### **1.2.9 COMPRA DA PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA NA BPMB III PERTENCENTE AOS ACIONISTAS OURINVEST**

O contribuinte devidamente intimado a apresentar os contratos compra e venda, o laudo de avaliação e as atas de assembleias, todos relativos à aquisição supracitada, apresentou a seguinte documentação:

#### **1) Resposta datada de 18/09/2018:**

**a) Instrumento Particular de Compra e Venda de Ações** – Celebrado em 18/07/2012 entre o contribuinte e a empresa BTG Pactual WM Gestão de Recursos Ltda para aquisição de uma ação ordinária da BPMB III pelo valor de R\$ 1,00;

**b) Ata de assembleia realizada em 31/12/2012** – Esta ata, da empresa BPMB III, tratava da incorporação da própria BPMB III pelo contribuinte, vide item 1.2.13 deste Termo;

**c) Laudo de Avaliação de patrimônio líquido da BPMB III** – Este laudo foi elaborado pela empresa RSM Acal em 31/12/2012, tendo como 30/11/2012 a data base da avaliação do patrimônio líquido da BPMB III. Este laudo foi utilizado para subsidiar a incorporação da BPMB III pelo contribuinte, vide item 1.2.13 deste Termo.

Como as documentações apresentadas não faziam qualquer referência à aquisição da participação acionária da BPMB III detida pelos Acionistas Ourinvest, esta fiscalização entrou em contato com o contribuinte, o qual apresentou nova resposta.

**2) Resposta datada de 28/09/2018:** O contribuinte informou que "... a aquisição das ações da empresa BPMB III Participações S/A, no valor de R\$ 249.714.370,14, estava prevista originariamente no contrato de compra e venda datado de 31/01/2012, na cláusula 3.10.1, anteriormente apresentado à esta fiscalização no item 2 da resposta protocolada em 10/05/2017, bem como no 1º aditamento ao contrato de compra e venda de ações e outras avenças de 24/05/2012, na cláusula 1.3", grifos nossos. O contribuinte apresentou o seguinte documento:

**a) 1º Aditamento ao Contrato de Compra e Venda de Ações e outras Avenças** – Este documento foi tratado no item 1.2.2 deste Termo;

Finalmente em 18/10/2018 o contribuinte apresentou o Livro de Registro de Transferência de Ações Nominativas, onde constam os registros das transferências das ações pertencentes aos Acionistas Ourinvest para o contribuinte, no dia 19/07/2012, registrados sob nº 04 a 08.

A documentação apresentada em 18/09/2018 é imprestável para a análise do ágio, aqui discutido, porém a documentação apresentada em 28/09/2018 requer uma análise mais detalhada.

Inicialmente, chama a atenção o contribuinte não ter elaborado qualquer ata sobre esta mudança de controle acionário que envolvia a soma de R\$ 249.714.369,14, enquanto houve a elaboração de uma ata na aquisição de uma ação pelo valor de R\$ 1,00.

O contrato de compra e venda e o aditamento citados pelo contribuinte já foram descritos neste Termo nos itens 1.2.1 e 1.2.2. O contribuinte não foi signatário de nenhum dos dois documentos e legalmente não se sujeitaria a nenhuma sanção e tampouco a nenhum direito neles pactuados.

O contribuinte citou as cláusulas 3.10.1 do contrato e 1.3 do 1º aditivo, afirmando que nelas se encontrava especificado o valor de R\$ 249.714.370,14 referente à aquisição das ações da empresa BPMB III, a seguir reproduzimos o conteúdo destas cláusulas.

3.10. **Opções de Compra e Venda.** Nos termos dos contratos de opção de compra de ações de emissão da Ourinvest celebrados entre os Acionistas Ourinvest, cujas cópias foram encaminhadas aos Compradores em separado, não tendo sido revelado o preço de exercício, (i) George tem o direito de exigir dos demais Acionistas Ourinvest (exceto com relação a Moise, o qual não é detentor de Ações da Ourinvest na presente data) que estes lhe vendam a totalidade de suas respectivas Ações da Ourinvest, detidas a qualquer tempo, e (ii) Rodolfo tem o direito de exigir de George que este lhe venda a totalidade de suas Ações da Ourinvest, detidas a qualquer tempo (em conjunto, as "Opções").

3.10.1. **Modificação e extinção.** Cada um dos Acionistas Ourinvest obriga-se, a partir da presente data até o primeiro que ocorrer dentre (i) a Data de Fechamento ou (ii) a data em que este Contrato for extinto a qualquer título, a não modificar ou extinguir as Opções ou quaisquer de seus termos e condições, tampouco exercer quaisquer direitos lá previstos, exceto com o consentimento dos Compradores. Por outro lado, na Data de Fechamento todas as Opções serão extintas, sendo as Ações da Ourinvest e as Ações da Ourinvest 2 transferidas aos Compradores livres e desembaraçadas de quaisquer Ônus, inclusive Ônus decorrentes das Opções.

1.3. Para fins de esclarecimento, no Fechamento, a aquisição, pelo BTG Pactual ou qualquer de suas Afiliadas, de 100% das ações de emissão da Ourinvest 2 detidas pelos Acionistas Ourinvest representará, caso não tenha ocorrido interferência compradora por terceiros na Aquisição de EI e TPG-Axon, a aquisição indireta de 100% do Capital *Fully Diluted* da BFRE 2, a qual por sua vez será detentora de 100% do Capital *Fully Diluted* da Brazilian Capital, permanecendo inalterado o Preço de Compra BTG Pactual.

A cláusula 3.10.1 não tem nenhuma referência ao valor de aquisição. A cláusula 1.3 do 1º aditivo cita o Preço de Compra BTG Pactual, o qual foi descrito na cláusula 2.3.3 do contrato que segue abaixo reproduzida:

2.3.3. O preço de compra devido pelo BTG Pactual, ou qualquer de suas Afiliadas, aos Acionistas Ourinvest, a ser pago e quitado na Data de Fechamento, como contraprestação pela Aquisição BTG Pactual, será computado da seguinte forma ("Preço de Compra BTG Pactual"):

- (i) R\$ 275.000.000,00 como valor base,
- (ii) *menos* R\$23.000.000,00, considerando que as Atividades de Administração serão transferidas ao BTG Pactual pela Brazilian Mortgages apenas após o Fechamento, mediante pagamento pelo BTG Pactual ao Panamericano na forma da cláusula 6.1.4 (o resultado de tal subtração, a "Base de Preço BTG Pactual"),
- (iii) *multiplicada* a Base de Preço BTG Pactual pelo resultado da seguinte soma (tal resultado, a "Base BTG Pactual Pós Interferência"):
  - (a) o Percentual de Referência da Ourinvest, *mais*
  - (b) o produto da multiplicação (I) do Percentual de Referência da TPG-Axon, pelo (II) Percentual Adquirido da TPG-Axon, *mais*
  - (c) o produto da multiplicação (I) do Percentual de Referência da EI, pelo (II) Percentual Adquirido da EI,
- (iv) *menos* o Desconto BC Fund da EI multiplicado pelo Percentual de Aquisição da EI,
- (v) *deduzindo-se* do resultado obtido conforme o item "iv" acima, a título de ajuste no preço, a parcela dos Dividendos BFRE e dos Dividendos Ourinvest alocados ao BTG Pactual na forma da cláusula 3.9.1.2.

O contribuinte respondeu em 13/09/2017 que o preço de compra previsto na cláusula 2.3 resultou em R\$ 249.637.852,62, calculado da seguinte forma:

**Preço de compra = Valor Base – Valor da Atividades de Administração – Desconto Bc Fund**

**R\$ 249.637.852,62 = R\$ 275.000.000,00 – R\$ 23.000,00 – R\$ 2.362.147,38**

Torna-se evidente que o Preço de compra especificado no contrato foi definido antes da elaboração de qualquer laudo de avaliação e não tem relação alguma com qualquer aspecto de rentabilidade futura da BPMB III ou da Brazilian Capital.

**Restou provado que:**

- a) O contribuinte não apresentou nenhuma ata, contrato de compra e venda, laudo de avaliação, ou qualquer outro documento do qual fosse signatário, relativo à aquisição das ações da BPMB III que pertenciam aos Acionistas Ourinvest, a transferência das ações ocorreu apenas com o registro em livro próprio;
- b) O contribuinte apresentou um contrato de compra e venda do qual não era signatário;
- c) Mesmo que seja aceito o contrato apresentado como válido para respaldar a aquisição das ações da BPMB III, o valor de aquisição foi definido antes da elaboração de qualquer laudo de avaliação, e a sua composição não guarda

**correspondência com a rentabilidade futura da BPMB III ou tampouco da Brazilian Capital.**

**DATA – 31/12/2012**

#### **1.2.10 ATA DA AGE DA BPMB IV – INCORPORAÇÃO DA BRAZILIAN CAPITAL**

Esta Ata refere-se à incorporação da empresa Brazilian Capital pela BPMB IV.

Nela foi aprovado o Protocolo e Justificação de Incorporação da Brazilian Capital, firmado em 31/12/2012, o qual estabeleceu que o valor do patrimônio líquido da mesma seria apurado a valor contábil na data de 30/11/2012.

Também foi aprovado o laudo de avaliação do patrimônio líquido da Brazilian Capital, elaborado pela empresa Acal Auditores Independentes S/A, em 31/12/2012, que fixou o valor contábil do mesmo em R\$ 84.451.570,61 na data de 30/11/2012.

O laudo levou em consideração que a Brazilian Capital recebeu, em dezembro de 2012, uma receita de “performance fee” no valor bruto de R\$ 91.556.752,86.

<b>PL CONTÁBIL EM 30/11/2012</b>	
<b>DESCRIÇÃO</b>	<b>VALOR</b>
Capital social	1.519.200,00
Reserva de lucros	303.840,00
Lucros acumulados	119.662,61
Resultado apurado no período	5.491.327,49
<b>TOTAL DO PL</b>	<b>7.434.030,10</b>
Ajustes dezembro de 2012 – Performance fee	91.556.752,86
Provisão para ISS	-4.577.837,64
Provisão para IRPJ	-7.324.540,23
Provisão para CSLL	-2.636.834,48
<b>VALOR DO PL AJUSTADO</b>	<b>84.451.570,61</b>

Como a BPMB IV detinha 100% da Brazilian Capital, a incorporação da mesma não impactou o patrimônio líquido da BPMB IV.

#### **1.2.11 ATA DA AGE DA BPMB III – INCORPORAÇÃO DA BPMB IV**

Esta Ata refere-se à incorporação da empresa BPMB IV pela BPMB III.

Nela foi aprovado o Protocolo e Justificação de Incorporação da BPMB IV, firmado em 31/12/2012, o qual estabeleceu que o valor do patrimônio líquido da mesma seria apurado a valor contábil na data de 30/11/2012.

Também foi aprovado o laudo de avaliação do patrimônio líquido da BPMB IV, elaborado pela empresa Acal Auditores Independentes S/A, em 31/12/2012, que fixou o valor contábil do mesmo em R\$ 84.484.214,61 na data de 30/11/2012.

O laudo levou em consideração que a BPMB IV reconheceu a equivalência patrimonial sobre evento subsequente reconhecido em sua subsidiária integral, Brazilian Capital, no valor de R\$ 77.017.540,51, bem como os efeitos da incorporação da mesma ocorrida em 31/12/2012

PL CONTÁBIL EM 30/11/2012	
DESCRIÇÃO	VALOR
Capital social	1.978.832,15
Reservas de capital	1.000,00
Prejuízos acumulados	-3.336,76
Resultado apurado no período	5.490.178,71
<b>TOTAL DO PL</b>	<b>7.466.674,10</b>
Eventos subsequentes em dezembro de 2012	77.017.540,51
<b>VALOR DO PL AJUSTADO</b>	<b>84.484.214,61</b>

Como a BPMB III detinha 100% da BPMB IV, a incorporação da mesma não impactou o patrimônio líquido da BPMB III.

### 1.2.12 ATA DA AGE DA BPMB III – INCORPORAÇÃO DA BPMB III

Esta Ata refere-se à incorporação da empresa BPMB III pelo contribuinte.

Nela foi aprovado o Protocolo e Justificação de Incorporação da BPMB III, firmado em 31/12/2012, o qual estabeleceu que o valor do patrimônio líquido da mesma seria apurado a valor contábil na data de 30/11/2012.

Também foi aprovado o laudo de avaliação do patrimônio líquido da BPMB III, elaborado pela empresa Acal Auditores Independentes S/A, em 31/12/2012, que fixou o valor contábil do mesmo em R\$ 88.052.760,07 na data de 30/11/2012.

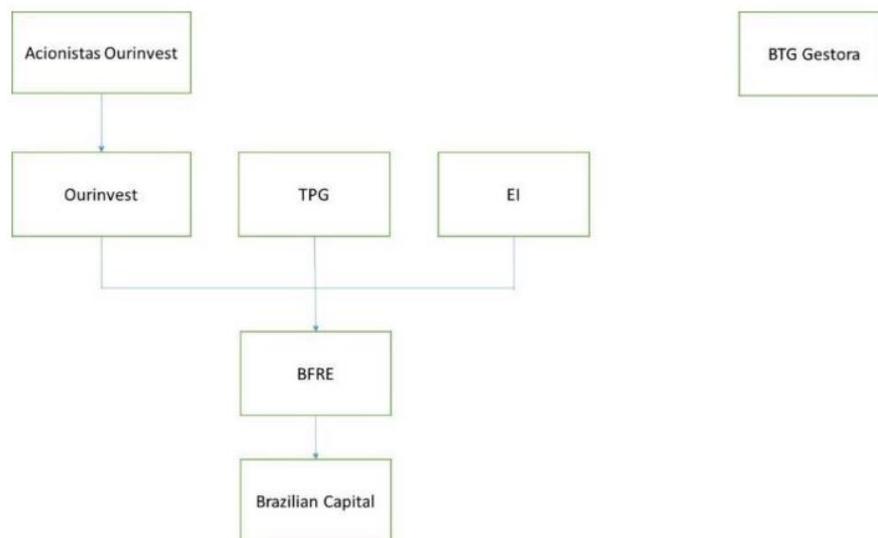
O laudo levou em consideração que a BPMB III reconheceu a equivalência patrimonial sobre evento subsequente reconhecido na Brazilian Capital, no valor de R\$ 77.017.540,51, bem como os efeitos da incorporação da BPMB IV pela BPMB III, que foram: a provisão do ágio, a baixa do investimento e o registro dos saldos incorporados da BPMB IV.

PL CONTÁBIL EM 30/11/2012	
DESCRIÇÃO	VALOR
Capital social	158.841.632,20
Prejuízos acumulados	-5.673,52
Resultado apurado no período	-1.414.125,75
<b>TOTAL DO PL</b>	<b>157.421.832,93</b>
Eventos subsequentes em dezembro de 2012	
Efeito de equivalência na BPMB IV	77.017.540,51
Efeitos da incorporação da BPMB IV pela BPMB III	-146.386.613,37
<b>VALOR DO PL AJUSTADO</b>	<b>88.052.760,07</b>

Como o contribuinte detinha 100% da BPMB III, a incorporação da mesma não impactou o patrimônio líquido do contribuinte.

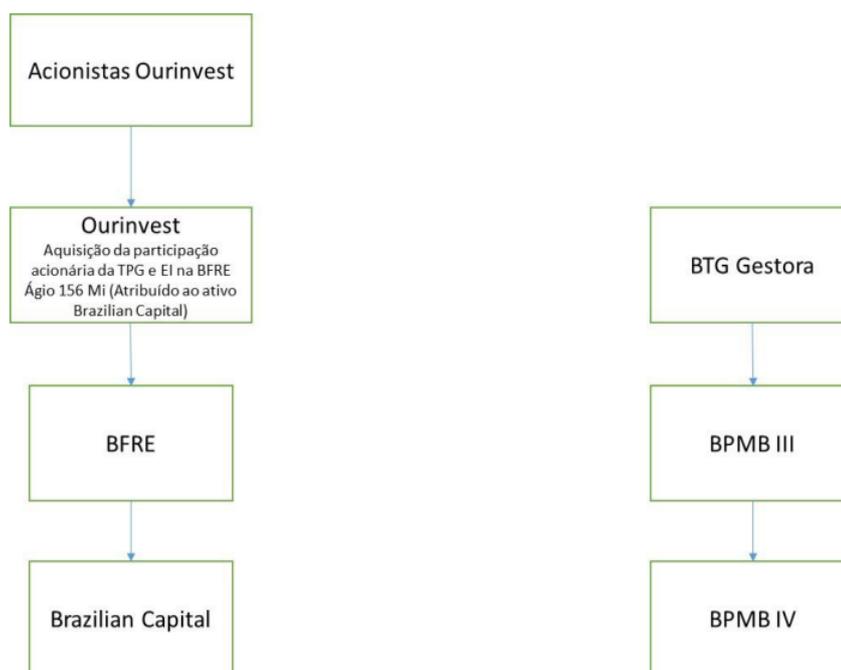
### 1.2.13 ANÁLISE GRÁFICA DA OPERAÇÃO – ANTES E DEPOIS

O gráfico a seguir mostra, de forma simplificada, onde estava localizada a empresa Brazilian Capital. Podemos observar que o contribuinte, BTG Gestora, poderia adquiri-la diretamente da BFRE. Se esta aquisição fosse assim efetuada, a BFRE recolheria o ganho de capital pertinente e a BTG Gestora poderia amortizar o ágio, por ela pago, após proceder a incorporação da Brazilian Capital. Como foi visto este não foi o procedimento adotado na transação.



Inicialmente a Ourinvest adquiriu a participação acionária da TPG e EI na BFRE com ágio, uma parte deste ágio no valor de R\$ 156.842.800,05 foi atribuído ao ativo Brazilian Capital.

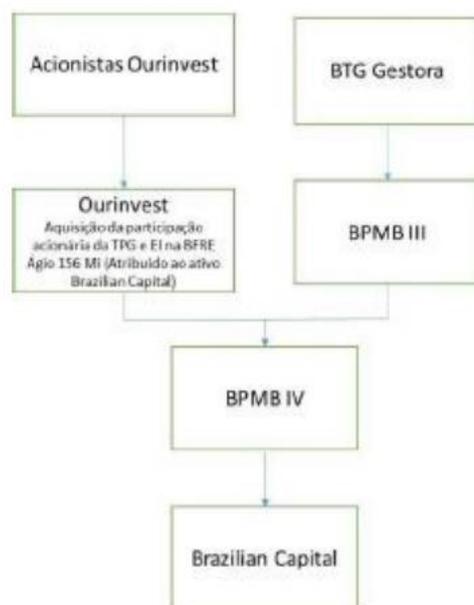
A BTG Gestora tinha as empresas BPMB III e BPMB IV sem qualquer ativo relevante nelas registrado.



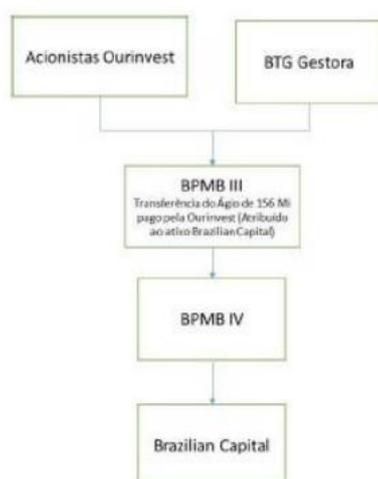
Os passos seguintes irão evidenciar a operação denominada de “casasepara”, cujo único objetivo foi transferir o ágio pago pela Ourinvest para a BPMB III.

Todas as três operações a seguir ocorreram no mesmo dia:

a) Cisão parcial da BFRE com versão da parcela cindida, representada pela Brazilian Capital, para a BPMB IV



b) Cisão parcial da Ourinvest com versão da parcela cindida, representada pela participação da Ourinvest na BPMB IV, para a BPMB III. Nesta passagem ocorre a transferência do ágio de 156 milhões registrado na contabilidade da Ourinvest para a BPMB III.



c) Finalização da operação “casa-separa” com a saída dos Acionistas Ourinvest através da aquisição da participação acionária na BPMB III pela BTG Gestora com o registro de um ágio de R\$ 90.943.236,94.



Por fim ocorreu a incorporação em cascata das empresas Brazilian Capital, BPMB IV e BPMB III, e todo o ágio passou a ser amortizado na BTG Gestora



### 1.3 LANÇAMENTOS CONTÁBEIS

#### 1.3.1 LANÇAMENTOS CONTÁBEIS NA BPMB III

A empresa foi constituída em 13/04/2012 e extinta em 31/12/2012 por incorporação pelo contribuinte.

A empresa procedeu os seguintes lançamentos quando da cisão parcial da Ourinvest com versão da parcela cindida, BPMB IV, em 19/07/2012:

**Aumento do capital pelo recebimento da parcela cindida da Ourinvest (BPMB IV) e transferência do ágio que foi pago pela Ourinvest na aquisição da participação acionária na BFRE**

D – 2121015057 – BPMB IV PARTICIPAÇÕES S.A. – R\$ 1.928.332,15

D – 2121015059 – ÁGIO BPMB IV – R\$ 156.842.800,05;

C – 6111013001 – AÇÕES ORDINARIAS PAIS - R\$ 158.771.132,20 A partir de agosto de 2012 ocorreram as seguintes movimentações:

**Na conta 2121015057 – BPMB IV PARTICIPAÇÕES S.A.**

Lançamentos mensais de equivalência patrimonial, cujas contrapartidas eram as contas de receita 7182000057 - BPMB IV e de despesa 8162000328 - BPMB IV.

Em 31/12/2012 a conta foi encerrada após a incorporação da BPMB IV pela BPMB III.

**Na conta 2121015059 – ÁGIO BPMB IV**

Em 31/12/2012 o saldo da conta foi zerado com um único lançamento de R\$ 156.842.800,05 em contrapartida da conta 2129915320 – Provisão - Ágio BPMB

**Na conta 2129915320 – Provisão - Ágio BPMB IV**

Lançamentos mensais de R\$ 2.614.046,67 referentes à amortização de 1/60 do ágio de R\$ 156.842.800,05, cuja contrapartida foi a conta de despesa 8183090320 -Provisão- Ágio BPMB IV.

Em 31/12/2012 houve um lançamento de R\$ 143.772.566,70 também em contrapartida da conta despesa acima, porém com a seguinte descrição “Baixa de 100% de amortização do Ágio ref. BC”.

Em 31/12/2012 o saldo da conta foi zerado com um único lançamento de R\$ 156.842.800,05 em contrapartida da conta 2121015059 – ÁGIO BPMB IV.

**Na conta 8183090320 - Provisão- Ágio BPMB IV**

Lançamentos mensais de R\$ 2.614.046,67 referentes à amortização de 1/60 do ágio de R\$ 156.842.800,05, cuja contrapartida foi a conta 2129915320 – Provisão - Ágio BPMB IV.

Em 31/12/2012 houve um lançamento de R\$ 143.772.566,70 também em contrapartida da conta acima, porém com a seguinte descrição “Baixa de 100% de amortização do Ágio ref. BC”.

O saldo final da conta de R\$ 156.842.800,05 foi levado para o resultado do exercício, mas o mesmo foi adicionado na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

A parte B do Lalur e do Lacs registrava um saldo devedor de R\$ 156.842.800,05 na conta Provisão de Amortização de Ágio (BPMB IV) que foi inteiramente transferido para o Lalur e o Lacs do contribuinte na conta denominada Amortização de Ágio, em 31/12/2012, no momento da incorporação da BPMB III.

**1.3.2 LANÇAMENTOS CONTÁBEIS NO CONTRIBUINTE**

O contribuinte procedeu os seguintes lançamentos relativos à aquisição das ações BPMB III que pertenciam aos antigos acionistas da Ourinvest no dia 19/07/2012:

**Aporte de capital para aquisição das ações**

D – 1123000208 – BANCO BTG PACTUAL S.A. – R\$ 250.000.000,00;

C – 6111028001 – COTAS – PAIS - R\$ 250.000.000,00

**Aquisição das ações**

D – 2121015056 – BPMB III PARTICIPAÇÕES S.A. – R\$ 249.714.369,14

C – 1123000208 – BANCO BTG PACTUAL S.A. – R\$ 249.714.369,14

**Registro do ágio**

D – 2121015060 – ÁGIO BPMB III – R\$ 90.943.236,94

C – 2121015056 – BPMB III PARTICIPAÇÕES S.A – R\$ 90.943.236,94

]A partir de agosto de 2012 ocorreram as seguintes movimentações:

**Na conta 2121015056 – BPMB III PARTICIPAÇÕES S.A.**

Lançamentos mensais de equivalência patrimonial, cujas contrapartidas eram as contas de receita 7182000056 - BPMB III e de despesa 8162000056 - BPMB III.

Em 31/12/2012 a conta foi encerrada após a incorporação da BPMB III pelo contribuinte.

**Na conta 2121015060 – ÁGIO BPMB III**

Em 31/12/2012 o saldo da conta foi zerado com um único lançamento de R\$ 90.943.236,94 em contrapartida da conta 2129915319 – Provisão -Ágio BPMBIII.

**Na conta 2129915319 – Provisão -Ágio BPMBIII**

Lançamentos mensais de R\$ 1.515.720,62 referentes à amortização de 1/60 do ágio de R\$ 90.943.236,94, cuja contrapartida foi a conta de despesa 8183090319 - PROVISÃO- BPMBIII.

Em 31/12/2012 houve um lançamento de R\$ 83.364.633,84 também em contrapartida da conta despesa acima, porém com a seguinte descrição “Baixa de 100% de amortização do Agio ref. BC”.

Em 31/12/2012 o saldo da conta foi zerado com um único lançamento de R\$ 90.943.236,94 em contrapartida da conta 2121015060 – ÁGIO BPMB III.

**Na conta 8183090319 - PROVISÃO- BPMBIII**

Lançamentos mensais de R\$ 1.515.720,62 referentes à amortização de 1/60 do ágio de R\$ 90.943.236,94, cuja contrapartida foi a conta 2129915319 – Provisão - Ágio BPMBIII.

Em 31/12/2012 houve um lançamento de R\$ 83.364.633,84 também em contrapartida da conta acima, porém com a seguinte descrição “Baixa de 100% de amortização do Agio ref. BC”.

O saldo final da conta de R\$ 90.943.236,94 foi levado para o resultado do exercício, mas o mesmo foi adicionado na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Nos anos-calendário de 2013 e 2014 os saldos das contas acima continuaram nulos.

Porém o ágio de R\$ 247.786.036,99, resultante da soma dos ágios provenientes: (i) da aquisição da participação acionária na BFRE pela Ourinvest – R\$ 156.842.800,05; e (ii) da aquisição da participação acionária pelo contribuinte na BPMB III – R\$ 90.943.236,94, foi amortizado extra contabilmente.

Este ágio estava controlado na parte B do Lalur e do Lacs na conta denominada Amortização do Ágio e foi amortizado em cada ano pelo valor de R\$ 49.557.207,40, correspondente a 1/5 do valor total de R\$ 247.786.036,99.

## 2. DA ANÁLISE DOS FATOS E DO DIREITO

Inicialmente iremos reproduzir os artigos 385 e 386 do RIR/99 onde se encontram os requisitos legais que se aplicam na contabilização do ágio, sua amortização e sua dedutibilidade na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL

(...)

Os artigos 385 e 386 do RIR/99 guardam uma relação indissociável entre si, uma vez que requisitos à aplicação do segundo artigo são extraídos diretamente da redação do primeiro.

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

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

Conforme visto no Item 1 deste Termo, o ágio contabilizado pelo contribuinte no valor de R\$ 247.786.036,99 é resultante da soma dos ágios provenientes: (i) da aquisição da participação acionária na BFRE pela Ourinvest – R\$ 156.842.800,05; e (ii) da aquisição da participação acionária pelo contribuinte na BPMB III – R\$ 90.943.236,94.

Como se tratam de situações econômica e temporalmente distintas, iremos analisar cada um deles de forma separada.

No caso do ágio de R\$ 156.842.800,05 esta fiscalização entende que se trata de uma transferência do ágio para terceiros, visto que o ágio foi suportado originalmente pela Ourinvest e foi posteriormente transferido para o contribuinte através de uma operação comumente denominada como “casa-separa”, impedindo que o mesmo seja amortizado nos moldes previstos no artigo 386 do RIR/99.

No caso do ágio de R\$ 90.943.236,94, esta fiscalização entende que foi o contribuinte quem efetivamente suportou o ônus financeiro do mesmo, porém sem a formalização de uma documentação comprobatória da expectativa de resultados futuros, impedindo, também neste caso, que o mesmo seja amortizado nos moldes previstos no artigo 386 do RIR/99.

Uma vez comprovado o não atendimento aos requisitos legais previstos no artigo 386 do RIR/99, os valores de amortização deste ágio serão tratados como exclusão indevida da apuração do lucro real, por força do artigo 247 e do inciso I do artigo 250 do RIR/99.

*“Art. 247. Lucro real é o lucro líquido do período de apuração ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas por este Decreto (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º).*

*§ 1º A determinação do lucro real será precedida da apuração do lucro líquido de cada período de apuração com observância das disposições das leis comerciais (Lei nº 8.981, de 1995, art. 37, § 1º).*

*§ 2º Os valores que, por competirem a outro período de apuração, forem, para efeito de determinação do lucro real, adicionados ao lucro líquido do período de apuração, ou dele excluídos, serão, na determinação do lucro real do período de apuração competente, excluídos do lucro líquido ou a ele adicionados, respectivamente, observado o disposto no parágrafo seguinte (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º, § 4º).*

*§ 3º Os valores controlados na parte "B" do Livro de Apuração do Lucro Real - LALUR, existentes em 31 de dezembro de 1995, somente serão atualizados monetariamente até essa data, observada a legislação então vigente, ainda que venham a ser adicionados, excluídos ou compensados em períodos de apuração posteriores (Lei nº 9.249, de 1995, art. 6º).” “Art. 250. Na determinação do lucro real, poderão ser excluídos do lucro líquido do período de apuração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º, § 3º):*

*I - os valores cuja dedução seja autorizada por este Decreto e que não tenham sido computados na apuração do lucro líquido do período de apuração;”*

## **2.1 TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO PARA TERCEIROS**

Este item irá tratar do ágio de R\$ 156.842.800,05 que foi originalmente criado quando da aquisição, pela Ourinvest, da participação acionária na BFRE detida pelos sócios TPG e EI, este ágio se referia mais especificamente à empresa Brazilian Capital que era subsidiária integral da BFRE.

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

patrimônio de uma segunda, em que detenha participação societária adquirida com ágio. A respeito deste primeiro requisito exigido pela norma, esta fiscalização irá recorrer ao Acórdão nº 9101-002.301 da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, o qual trata brilhantemente sobre o tema aqui discutido.

*"Percebe-se claramente, no caso, que o suporte fático delineado pela norma predica, de fato, que investidora e investida tenham que integrar uma mesma universalidade: A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio.*

*A conclusão é ratificada analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA 5.*

*Esclarece o doutrinador que a hipótese de incidência se apresenta sob variados aspectos, cuja reunião lhe dá entidade.*

*Ao se apreciar o aspecto pessoal, merecem relevo as palavras da doutrina, ao determinar que se trata da qualidade que determina os sujeitos da obrigação tributária.*

*E a norma em análise se dirige à pessoa jurídica investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição, e à pessoa jurídica investida.*

*Ocorre que, em se tratando do ágio, as reorganizações societárias empreendidas apresentaram novas pessoas ao processo.*

*Como exemplo, podemos citar situação no qual a pessoa jurídica A adquire com ágio participação societária da pessoa jurídica B. Em seguida, utiliza-se de uma outra pessoa jurídica, C, e integraliza o capital social dessa pessoa jurídica C com a participação societária que adquiriu da pessoa jurídica B. Resta consolidada situação no qual a pessoa jurídica A controla a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C controla a pessoa jurídica B. Em seguida, sucede-se evento de transformação societária, no qual a pessoa jurídica B absorve patrimônio da pessoa jurídica C, ou vice versa.*

*Ocorre que os sujeitos eleitos pela norma são precisamente a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) cuja participação societária foi adquirida com ágio. Para fins fiscais, não há nenhuma previsão para que o ágio contabilizado na pessoa jurídica A (investidora), em razão de reorganizações societárias empreendidas por grupo empresarial, possa ser considerado "transferido" para a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C, ao absorver ou ser absorvida pela pessoa jurídica B, possa aproveitar o ágio cuja origem deu-se pela aquisição da pessoa jurídica A da pessoa jurídica B.*

*Da mesma maneira, encontram-se situações no qual a pessoa jurídica A realiza aportes financeiros na pessoa jurídica C e, de plano, a pessoa jurídica C adquire participação societária da pessoa jurídica B com ágio.*

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

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

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

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

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

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

*Em relação ao aspecto material, há que se consumir a confusão de patrimônio entre investidora e investida, a que faz alusão o caput do art. 386 do RIR (A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio...).*

*Com a confusão patrimonial, aperfeiçoa-se o encontro de contas entre investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.*

*Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora.*

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

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

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

*Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso.*

*Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.*

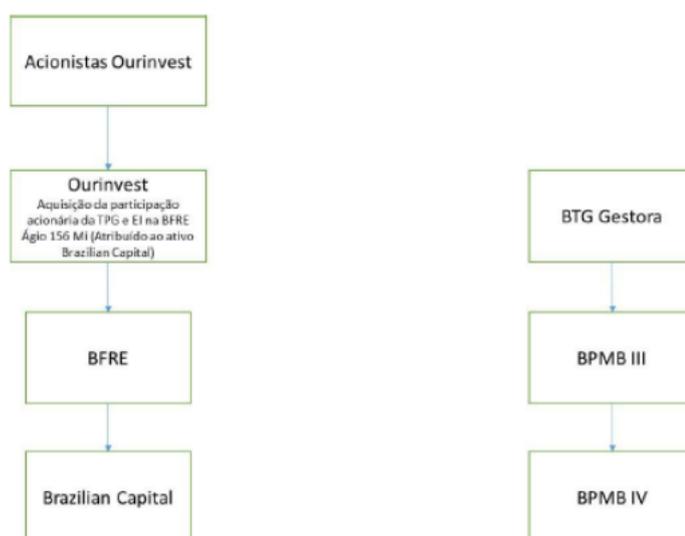
*Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto temporal, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável. Considerando-se o regime de tributação adotado pelo sujeito passivo, aperfeiçoa-se o lançamento fiscal e o termo inicial para contagem do prazo decadencial."*

Conclui-se, portanto, que o artigo 386 do RIR/99, sob o aspecto pessoal, se dirige à investidora que vier a incorporar sua investida, após ter efetivamente acreditado na mais valia do investimento, feito os estudos de rentabilidade futura e desembolsado os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o do ágio).

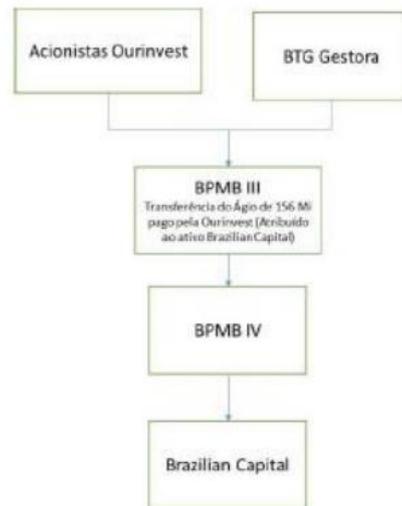
No nosso caso, o ágio de R\$ 156.842.800,05 foi efetivamente pago pela Ourinvest, e se encontrava contabilizado na mesma, conforme consta do laudo elaborado pela empresa Veneziani Auditores Independentes quando da cisão parcial da Ourinvest com versão da parcela cindida para a BPMB III, vide item 1.2.8 deste Termo.

Este ágio estava contabilizado na Ourinvest como referente à empresa BMPB IV, porém este ágio se referia na verdade à aquisição da participação acionária na empresa BFRE, a qual foi cindida parcialmente, na mesma data da cisão da Ourinvest, com versão da parcela cindida para a BPMB IV, relembramos que o único ativo transferido na cisão da BFRE foi a sua participação na empresa Brazilian Capital, vide itens 1.2.4 e 1.2.7 deste Termo.

As figuras, constantes do item 1.2.13 deste termo, demonstram de forma gráfica todas as reorganizações societárias realizadas para transferir o ágio. Reproduzimos o momento antes de ocorrerem as cisões da Ourinvest e da BFRE.



O momento depois de ocorrerem as cisões da Ourinvest e da BFRE, o “casamento”.



E o momento da saída dos Acionistas Ourinvest, a “separação”. Todas as operações foram perpetradas no mesmo dia.



Esta fiscalização não questiona o ágio registrado na Ourinvest, nem a sua transferência para a BPMB III, esta fiscalização questiona apenas a dedutibilidade do lucro real e da base de cálculo da CSLL da amortização deste ágio pelo contribuinte.

Cabe acrescentar também o Acórdão nº 9101-002.470 da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, cuja decisão vai ao encontro do entendimento desta fiscalização, a ementa segue abaixo:

**“ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.**

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

*Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a uma "empresaveículo" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço."*

Restou demonstrado que:

- a) A Ourinvest foi quem suportou o ônus do pagamento do ágio de R\$ 156.842.800,05 pela aquisição da Brazilian Capital, através da aquisição de participação acionária na BFRE;
- b) Não houve confusão patrimonial entre a Ourinvest (investidora) e a Brazilian Capital (investida);
- c) Portanto, à luz do artigo 386 do RIR/99, não pode ocorrer a dedutibilidade do lucro real e da base de cálculo da CSLL, no contribuinte, da amortização do ágio pago pela Ourinvest.

## **2.2 ÁGIO SEM DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA DA EXPECTATIVA DE RESULTADOS FUTUROS**

Este item irá tratar do ágio de R\$ 90.943.236,94 fruto da aquisição, pelo contribuinte, da participação acionária na BPMB III que era pertencente aos Acionistas Ourinvest.

O contribuinte de fato adquiriu, em 19/07/2012, pelo valor de R\$ 249.714.369,14 a participação acionária na BPMB III que pertencia aos Acionistas Ourinvest, porém não houve a elaboração de qualquer laudo de avaliação da BPMB III e tampouco a formalização de um contrato de compra e venda desta participação acionária, apenas houve o registro da mudança do controle acionário nos Livro de Registro de Transferência de Ações Nominativas.

No mesmo dia, o contribuinte registrou um ágio, atribuído à empresa BPMB III, no valor de R\$ 90.943.236,94, o qual foi lançado em contrapartida da conta que controlava o investimento na BPMB III, vide item 1.3.2 deste Termo.

Após a incorporação da empresa BPMB III o contribuinte começou a amortizar este ágio, utilizando os benefícios fiscais previstos no inciso III do artigo 386 do RIR/99.

Conforme visto no item 1.2.9 deste Termo, foi comprovado por esta fiscalização que:

- a) O contribuinte não apresentou nenhuma ata, contrato de compra e venda, laudo de avaliação, ou qualquer outro documento do qual fosse signatário, relativo à aquisição das ações da BPMB III que pertenciam aos Acionistas

Ourinvest, a transferência das ações ocorreu apenas com o registro em livro próprio;

b) O contribuinte apresentou um contrato de compra e venda do qual não era signatário;

c) O valor de aquisição previsto no contrato foi definido antes da elaboração de qualquer laudo de avaliação, e a composição do seu valor não guarda correspondência com a rentabilidade futura da BPMB III nem tampouco da Brazilian Capital;

d) O contribuinte apresentou um laudo que, além de não ter sido solicitado por ele, não se referia à aquisição da BPMB III, mas à aquisição da BFRE pela Ourinvest.

A exigência do laudo para que haja a existência efetiva do benefício fiscal referente à amortização do ágio, em sede de rentabilidade futura, não pode ser enquadrado como uma mera documentação declaratória, mas forçosamente impinge-nos sua natureza constitutiva, eis que expõe a existência de uma relação jurídica e assim constitui o direito à dedução do lucro real na apuração fiscal.

O art.108 do CC/2002 nos esclarece peremptoriamente que, em comunhão com o princípio da publicidade, acerca da existência de um negócio jurídico constitutivo ou modificativo, ou seja, a necessidade, considerando a matéria sob exame, de que o laudo emitido com vistas a formalizar a incorporação e sua rentabilidade futura, seja previamente existente para que possa emergir o efeito pretendido, a economia tributária.

Esta fiscalização ressalta que o art. 20 da MP nº 627/2013, convertida na Lei nº 12973/2014, não se aplica a fatos posteriores (sic) à sua vigência, pois se trata de uma nova ordem legal apta a permitir a produção do laudo de avaliação com efeitos prospectivos.

Vale dizer, em se tratando de norma substantiva, a escorreita aplicação do art. 105 do CTN prevê, em respeito ao princípio constitucional da legalidade, a aplicação da norma vigente para subsunção dos fatos à legislação tributária, como também obriga o operador a interpretação literal em sede de suspensão, exclusão do crédito tributário e na outorga de isenção, o que se amolda no caso em tela.

Este mesmo entendimento encontra-se esposado nos excertos da Solução de Consulta COSIT nº 3/2016, que defere efeito prospectivo às novas normas acerca do ágio, in verbis:

*“ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA.*

*LEGISLAÇÃO ANTERIOR À MEDIDA PROVISÓRIA Nº 627, DE 2013.*

*CUSTO DE AQUISIÇÃO.*

*DEFINIÇÃO. PATRIMÔNIO LÍQUIDO. MOMENTO DE APURAÇÃO.*

*FUNDAMENTO ECONÔMICO. RESTRIÇÃO LEGAL. O custo de aquisição da participação societária é o valor total pago pelo comprador ao vendedor, considerando inclusive eventuais condições estipuladas pelas partes que tenham o condão de alterar o preço consignado em contrato. O patrimônio líquido para fins de apuração do ágio é aquele existente no momento da aquisição. O fundamento econômico do ágio não é de livre escolha do comprador, devendo estar enquadrado nas hipóteses previstas na legislação aplicável, e justificado em demonstrativo a ser arquivado junto à escrituração contábil.*

(...)

*27. Ou seja, resta definido que essas novas regras tributárias serão aplicáveis às operações em que a aquisição da participação societária tenha ocorrido após 1º de janeiro de 2015, o que não compreende a situação relatada pela Consulente, em que a data de aquisição foi 21 de março de 2011 e a operação de incorporação ocorreu em 31 de dezembro de 2011.” A Instrução Normativa RFB nº 1.515, de 24 de novembro de 2014, dispôs nesse mesmo sentido: grifo não consta no original.*

Portanto, mesmo a despeito da existência efetiva das operações de incorporação, da confusão patrimonial entre as partes envolvidas e da materialidade dos pagamentos realizados, a totalidade das condições para fruição do benefício fiscal não foi adimplida, eis que inexistente o laudo de avaliação prévio ou, substitutivamente, documentação ou demonstrativo equivalente - a amparar a consecução dos efeitos atinentes à rentabilidade futura das incorporações, ausência que, por si só, inquina a dedução na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Apenas para efeito do contraditório, visto que o contribuinte não foi signatário do contrato de compra e venda apresentado, podemos observar que o referido contrato foi assinado em 31/01/2012, já definindo em seu corpo, mais especificamente na cláusula 2.3.3, qual seria o preço de compra que seria pago pelo Banco BTG Pactual na aquisição da Brazilian Capital.

O único laudo referente à rentabilidade futura da Brazilian Capital, que foi apresentado pelo contribuinte, foi elaborado em 19/07/2012 pela empresa Apsis, a pedido da Ourinvest, tendo como objetivo determinar o valor econômico da BFRE pela abordagem da renda (fluxo de caixa descontado), na data base de 30/06/2012, considerando a cisão da empresa em duas unidades, a primeira referente à Brazilian Capital e a segunda referente às demais empresas pertencentes à BFRE, para fins de informação aos quotistas.

Ou seja, o único laudo referente à avaliação da Brazilian Capital, sob o aspecto da rentabilidade futura, não foi solicitado pelo contribuinte, não se referia ao acervo da BPMB III e foi elaborado após a celebração do contrato de compra e venda,

que, segundo o contribuinte, daria respaldo à aquisição da participação acionária na BPMB III.

Recomendamos verificar os itens 1.2.1, 1.2.2, 1.2.6 e 1.2.9 deste Termo, onde estes temas foram detalhadamente tratados.

O laudo produzido pela Apsis após a definição do preço de aquisição do investimento, não tinha por objetivo determinar o valor de aquisição do investimento para subsidiar as negociações e tampouco determinar o valor e a fundamentação legal do ágio. A principal finalidade foi indicar um cálculo de conformidade do valor do ágio com avaliações de eventuais resultados de rentabilidade futura.

Em negócios dessa natureza, o demonstrativo de avaliação econômicofinanceira deveria ser o primeiro a ser elaborado para subsidiar a negociação e comprovar a fundamentação econômica da aquisição, diferente do que ocorreu, ou seja, elaborado após consumados os fatos, com pretensão efeito de convalidar atos já praticados.

Este entendimento é o mesmo expresso no Acórdão 16-078.452 da 8ª Turma da DRJ/SPO, cuja ementa segue abaixo:

*“ÁGIO NA INCORPORAÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. RENTABILIDADE FUTURA. FUNDO DE COMÉRCIO. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS PARA FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL*

*Considerando que o ágio se amolda no conceito de benefício fiscal, os requisitos legais para a imposição ao fisco da dedutibilidade típica da amortização devem existir ao tempo da operação societária, notadamente o laudo de avaliação (ou documento equivalente) que demonstre a expectativa da rentabilidade futura.”*

### 3. VALORES TRIBUTÁVEIS

**O valor tributável apurado foi de R\$ 49.557.207,40 nos anos calendário de 2013 e 2014**, fruto de uma exclusão lançada na linha Amortização Ágio – da parte A do Lalur/Lacs e controlada na conta Amortização Ágio da parte B do Lalur/Lacs.

4. Inconformada, a Interessada apresentou, em 18/12/2018 (fl. 1.750), a Impugnação de fls. 1.753 a 1.850, com anexos de fls. 1.851 a 2.325, da qual extraí o seguinte:

#### I. FATOS

Trata-se de processo administrativo decorrente de autos de infração lavrados para a exigência de crédito tributário de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (“IRPJ”) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (“CSLL”), relativo aos anos calendário de 2013 e 2014, cumulado com multa de ofício e juros de mora, no montante total de R\$ 90.194.544,25, abaixo discriminado:

**IRPJ**

	Cód. Receita Tarif	Valor
IMPOSTO	2917	25.973.857,62
JUROS DE MORA (Calculados até 11/2018)		11.908.395,75
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)		19.480.393,20
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		57.362.646,57
Valor por Extensão CINQUENTA E SETE MILHÕES, TREZENTOS E SESSENTA E DOIS MIL, SEISCENTOS E QUARENTA E SEIS REAIS E CINQUENTA E SETE CENTAVOS		

**CSLL**

	Cód. Receita Tarif	Valor
CONTRIBUIÇÃO	2973	14.867.162,22
JUROS DE MORA (Calculados até 11/2018)		6.814.363,80
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)		11.150.371,66
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		32.831.897,68
Valor por Extensão TRINTA E DOIS MILHÕES, OITOCENTOS E TRINTA E UM MIL, OITOCENTOS E NOVENTA E SETE REAIS E SESSENTA E OITO CENTAVOS		

Conforme se extrai das informações contidas nos Termos de Verificação Fiscal nº 1 e n 2º (“TVF 1” e “TVF 2”), que fundamentaram o lançamento de ofício originário deste processo administrativo, o crédito tributário cobrado em face da ora Impugnante decorre da (i) suposta indedutibilidade dos valores pagos aos diretores empregados, Senhores Carlos Daniel Rizzo da Fonseca e Marcelo Pechinho Hallack, da base de cálculo do IRPJ; e (ii) da glosa de exclusões da amortização de ágio nas bases de IRPJ e da CSLL pela Impugnante.

De acordo com a Autoridade Fiscal, os diretores empregados em questão estariam revestidos, à época, da posição de administradores, razão pela qual, nos termos dos artigos 249, inciso I, 303, 357, parágrafo único, inciso I, e 463 do Decreto nº 3.000/1999 (Regulamento do Imposto de Renda - “RIR/99”) os pagamentos realizados a eles a título de Participação nos Lucros e Resultados (“PLR”) não poderiam ser deduzidos do lucro real.

Confira-se:

*“Dessa forma, uma vez que, para efeitos fiscais, os diretores estatutários registrados como empregados foram identificados como administradores do contribuinte por esta Fiscalização, mantendo vínculos estatutários com a empresa, os valores a eles pagos a título de participações nos lucros não podem ser considerados dedutíveis na apuração do lucro real, conforme artigos 249, inciso I, 303, parágrafo único, inciso I, e 463, do RIR/99.” (fl. 06 do TVF 1)*

Quanto ao ágio contabilizado, no montante total de R\$ 247.786.036,99, decorrente da somatória dos ágios decorrentes da (i) aquisição da participação acionária na BFRE pela Ourinvest – R\$ 156.842.800,05 (“Ágio I”); e (ii) aquisição da participação acionária pela Impugnante na BPMB III – R\$ 90.943.236,94 (“Ágio II”), a Autoridade Fiscal entendeu que a Impugnante não poderia amortizá-lo fiscalmente, nos termos do artigo 386 do RIR/99.

Em relação ao Ágio I, a Fiscalização entendeu que a Impugnante não o teria suportado, mas sim a Ourinvest, sendo transferido posteriormente à Impugnante por meio de operação “casa e separa”. Por sua vez, o Ágio II, apesar de ter sido

suportado pela Impugnante, não teria sido lastreado em documentação comprobatória de expectativa de resultados futuros, razão pela qual também não poderia ser excluído na apuração do lucro real.

Veja-se:

*“Conforme visto no Item 1 deste Termo, o ágio contabilizado pelo contribuinte no valor de R\$ 247.786.036,99 é resultante da soma dos ágios provenientes: (i) da aquisição da participação acionária na BFRE pela Ourinvest – R\$ 156.842.800,05; e (ii) da aquisição da participação acionária pelo contribuinte na BPMB III – R\$ 90.943.236,94.*

*Como se tratam de situações econômicas e temporalmente distintas, iremos analisar cada um deles de forma separada.*

*No caso do ágio de R\$ 156.842.800,05 esta fiscalização entende que se trata de uma transferência de ágio para terceiros, visto que o ágio foi suportado originalmente pela Ourinvest e foi posteriormente transferido para o contribuinte através de uma operação comumente denominada como “casasepara”, impedindo que o mesmo seja amortizado nos moldes previstos no artigo 386 do RIR/99.*

*No caso do ágio de R\$ 90.943.236,94, esta fiscalização entende que foi o contribuinte quem efetivamente suportou o ônus financeiro do mesmo, porém sem a formalização de uma documentação comprobatória da expectativa de resultados futuros, impedindo, também neste caso, que o mesmo seja amortizado nos moldes previstos no artigo 386 do RIR/99.*

*Uma vez comprovado o não atendimentos aos requisitos legais previstos no artigo 386 do RIR/99, os valores de amortização deste ágio serão tratados como exclusão indevida da apuração do lucro real, por força do artigo 247 e do inciso I do artigo 250 do RIR/99.” (fls. 19 e 20 do TVF 2)*

Isso posto, conforme restará demonstrado a seguir, os argumentos apresentados pela Autoridade Fiscal não merecem prosperar, razão pela qual deverá ser reconhecida a total improcedência da autuação fiscal ora impugnada.

## **II - MÉRITO RELATIVO À LEGITIMIDADE DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO**

### **II.1. Da Efetiva Operação Realizada**

Antes de combater as alegações da Autoridade Fiscal acerca das operações societárias que geraram o ágio amortizado pela Impugnante, faz-se necessário apresentar o contexto que precedeu o direito de amortização do ágio, de modo a evidenciar e comprovar de plano o completo equívoco da Autoridade Fiscal ao lavrar os presentes autos de infração.

Conforme já adiantado, ao analisar as operações descritas no TVF 2, a Autoridade Fiscal entendeu que a Impugnante não teria o direito à amortização do ágio de R\$ 247.786.036,99, decorrente da aquisição da participação da Brazilian Capital

Companhia de Gestão de Investimentos Imobiliários (“Brazilian Capital”). Contudo, tal entendimento não pode ser admitido, como se passa a demonstrar.

Inicialmente, é importante enfatizar que toda a operação societária ora em análise se deu em razão do interesse comum do Banco Panamericano S.A. (“Banco Panamericano”) e do Banco BTG Pactual S.A. (“Banco BTG Pactual”) em adquirir a Brazilian Finance & Real Estate S.A. (“BFRE”).

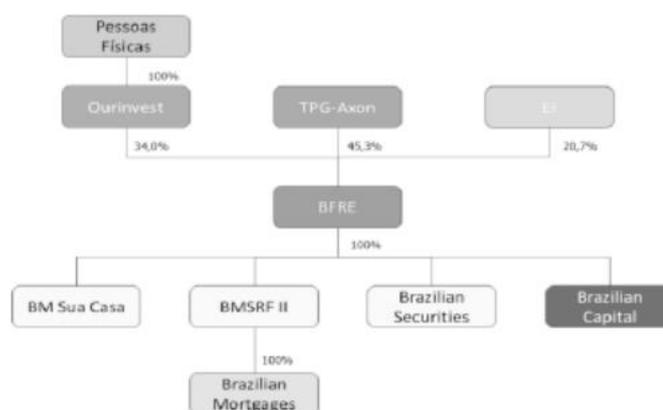
A BFRE foi uma das primeiras empresas a investir no setor financeiro imobiliário no Brasil. No final de 2011, momento de início das tratativas, a BFRE já era considerada uma das maiores provedoras de serviços financeiros com foco exclusivo no setor imobiliário nacional. Por meio de diversas empresas subsidiárias, desenvolvia as mais diversas atividades dentro dessa área de atuação.

Por meio da Brazilian Mortgages Companhia Hipotecária (“Brazilian Mortgages”) e da BM Sua Casa Promotora de Vendas Ltda. (“BM Sua Casa”), a BFRE desenvolvia atividades relacionadas ao financiamento imobiliário destinado à construtoras e incorporadoras, na construção de novos empreendimentos imobiliários, e às pessoas físicas, sendo, inclusive, a primeira empresa a oferecer, no Brasil, financiamento para compra da casa própria com prazo de até 30 dias.

Além de tais participações, a BFRE se tornou pioneira ao desenvolver o mercado de securitização de recebíveis imobiliários, por meio da Brazilian Securities Companhia de Securitização (“Brazilian Securities”), lidando com aquisição de recebíveis imobiliários e emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários (“CRIs”).

Finalmente, destaca-se a já mencionada Brazilian Capital, sociedade, também, detida pela BFRE, envolvida na gestão de investimentos em ativos imobiliários, atuando ao mesmo tempo como gestora e/ou consultora de investimentos para fundos de investimento imobiliários ou em participação.

O capital social da BFRE estava dividido entre três acionistas principais, os quais, em conjunto, representavam praticamente a totalidade de ações, quais sejam Ourinvest Real Estate Holding S.A. (“Ourinvest”), TPG-Axon BFRE Holding, LLC (“TPGAxon”) e Coyote Trail LLC (“EI”). Confirma-se a estrutura inicial do negócio:



Diante da importância da BFRE e da valorização do setor imobiliário, o Banco Panamericano e o Banco BTG Pactual enxergaram uma oportunidade para expandir seus negócios, uma vez que não possuíam atividades no setor financeiro imobiliário.

Tendo isso em vista, os mencionados bancos e os acionistas da BFRE iniciaram as tratativas acerca da sua aquisição, celebrando, inclusive, um memorando de entendimentos não vinculante para aquisição indireta na BFRE, em 28/12/2011, como se vê do “Fato Relevante” divulgado aos seus acionistas e ao mercado (Doc. 02).

Neste ponto, é importante ressaltar que o Banco Panamericano e o Banco BTG Pactual, apesar do interesse mútuo em adquirir a BFRE, possuíam objetivos distintos nesta aquisição, como se depreende do memorando celebrado.

Desde o início das negociações o Banco Panamericano deixou claro o interesse em adquirir a integralidade das atividades de originação, financiamento e securitização, exercidas pelas controladas da BFRE, BM Sua Casa, Brazilian Mortgages e Brazilian Securities.

Por outro lado, pelo fato de não fazer parte da sua atividade principal e não guardar sinergia com ela, qual seja de concessão de crédito e financiamento, também manifestou ausência de interesse em adquirir a parcela da BFRE que desenvolvia atividades de gestão de investimentos imobiliários e gestão / consulta de investimentos para fundos de investimento imobiliários ou em fundos de participação (“Ativos de Gestão”), atividades basicamente exercidas pela Brazilian Capital, bem como administração de fundos de investimento imobiliários desenvolvida pela Brazilian Mortgages (“Atividades de Administração”), além dos investimentos proprietários em cotas de fundos de investimento imobiliários ou em participação detidos direta ou indiretamente pela BFRE e/ou por qualquer de suas controladas (“Ativos Proprietários”).

Os mencionados Ativos de Gestão e Atividades de Administração, por sua vez, seriam de interesse do Banco BTG Pactual, razão pela qual se acordou que seriam adquiridos por este banco.

Tendo em vista o interesse de cada uma das partes em adquirir atividades distintas promovidas pela BFRE, foi necessária uma reorganização societária, de modo a viabilizar a aquisição segregada dos seus ativos.

Ato subsequente, todas as empresas e pessoas físicas (Acionistas da Ourinvest2) envolvidas, formalizaram, em 31/01/2012, o “Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças” (“Contrato de Compra e Venda de Ações” - Doc. 03), estabelecendo todas as condições necessária para que o negócio fosse viabilizado nos termos dos interesses acima demonstrados, inclusive dispendo a maneira pela qual se daria a reorganização societária da BFRE, de modo a possibilitar a aquisição de parcelas das suas atividades pelos dois bancos.

Ainda, cumpre informar que, em 24/05/2012, o Contrato de Compra e Venda foi minimamente alterado por meio do “1º Aditamento ao Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças” (“1º Aditamento ao Contrato de Compra e Venda” – Doc. 04), conforme bem reconheceu a Autoridade Fiscal no TVF 2 (fls. 06 e 07).

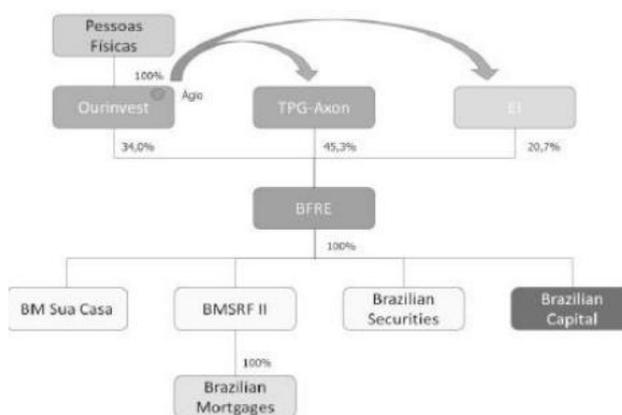
Feitas estas considerações, passa-se a analisar as operações que geraram os Ágios I e II, amortizados fiscalmente pela Impugnante e glosados pela Autoridade Fiscal.

Como já mencionado, a reorganização societária da BFRE era uma Condição Precedente para a conclusão do negócio, qual seja, aquisição da Brazilian Capital pelo Banco BTG Pactual. Confira-se:

- |     |  |
|-----|--|
| 9.  | O Panamericano deseja adquirir, por si ou por meio de qualquer de suas Afiliadas, a integralidade das atividades de originação, financiamento e securitização exercidas por BM Sua Casa, Brazilian Mortgages e Brazilian Securities, o que deverá ser realizado mediante a aquisição da totalidade das ações representativas do capital social da Ourinvest detidas pelos Acionistas Ourinvest, após a realização da Aquisição de EI e TPG-Axon e a posterior cisão de BFRE e Ourinvest, com a conclusão da <u>Reorganização Societária;</u> |
| 10. | <u>Após a conclusão da Aquisição de EI e TPG-Axon, da Reorganização Societária e da segregação das Atividades de Gestão, dada a sinergia dos negócios relativos a tais ativos com os negócios do BTG Pactual, o BTG Pactual, por si ou por meio de qualquer de suas Afiliadas, dispõe-se a adquirir a integralidade das Atividades de Gestão, obrigando-se à aquisição de 100% do capital social da Ourinvest 2 detidas pelos Acionistas Ourinvest;</u>  |

(fl. 05 do Contrato de Compra e Venda)

Como se vê, para que o negócio se concretizasse seriam necessários vários passos. O primeiro deles, seria a aquisição das ações da BFRE detidas pela EI e TPG-Axon pela Ourinvest, o que foi feito com a consequente geração de ágio. Confirase



Do ágio gerado, o montante de R\$ 156.842.800,05 (“Ágio I”), foi atribuído ao ativo da Brazilian Capital, o qual foi devidamente contabilizado na Ourinvest, como se depreende do Laudo elaborado pela empresa Veneziani Auditores Independentes (Doc. 05). Confira-se:

**DO VALOR DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO E DAS PARCELAS A SEREM CINDIDAS**

3.1. Apresentamos abaixo a parcela ativa, as parcelas a serem cindidas e o patrimônio líquido da “OURINVEST”.

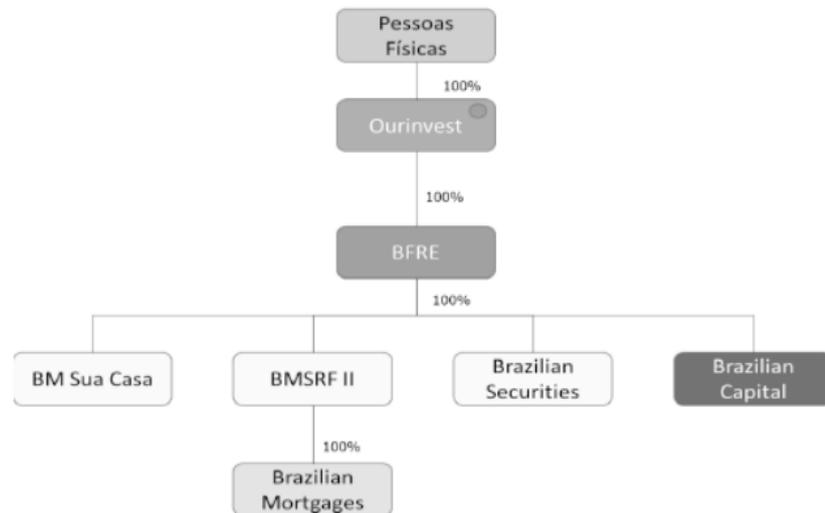
ATIVO	1997/2012	PARCELA A SER CINDIDA
	R\$	R\$
<b>CIRCULANTE</b>	<b>44.388.866,88</b>	
DISPONIBILIDADES	030.006,40	
APLICAÇÕES EM MOEDAS ESTRANGEIRAS	43.518.341,41	
TÍTULOS MOB. E INSTR. FINANCEIROS	71.363,25	
OUTROS CREDITOS	183.262,77	
Impostos e Contribuições a Compensar	103.262,77	
<b>NÃO CIRCULANTE</b>	<b>1.647.176.344,28</b>	<b>168.771.132,29</b>
OUTROS CREDITOS	2.185.067,93	
Créditos Fiscais de Impostos	2.185.067,93	
<b>INVESTIMENTOS</b>	<b>1.044.987.736,28</b>	<b>168.771.132,29</b>
Brazilian Finance & Real Estate SA	660.210.004,15	
Participações	782.134.066,23	
Ágio	134.642.517,92	
BNP&P IV Participações SA	169.771.132,29	168.771.132,29
Participações	1.020.332,15	1.020.332,15
Ágio	156.842.800,05	156.842.800,05
<b>TOTAL DO ATIVO</b>	<b>1.691.595.201,11</b>	<b>168.771.132,29</b>

Neste ponto, cumpre esclarecer que, como “condição precedente” da aquisição da Brazilian Capital pela Impugnante, o preço pago pela Ourinvest pelas ações da BFRE detidas pela TPG-Axon e EI, referentes à parcela dos ativos da Brazilian Capital, estava embutido no preço de compra da própria Brazilian Capital, de modo que, no momento da transação ou do fechamento, o preço pago pela Impugnante compensaria o gasto que a Ourinvest teve ao adquirir a totalidade das ações da BFRE neste primeiro momento.

Ou seja, desde já, resta claro que a Impugnante efetivamente suportou o ônus do pagamento do Ágio I pela aquisição da Brazilian Capital, através da aquisição de participação acionária na BFRE.

Ademais, importa destacar que a Fiscalização jamais questionou a origem do Ágio I3 fato que somente corrobora a legitimidade dos atos praticados pela Impugnante.

Prosseguindo, após a aquisição das ações da BFRE detidas pela TPG-Axon e EI, a Ourinvest passou a ser a única controladora da BFRE:



O próximo passo previsto no Contrato de Compra e Venda de Ações seria a Reorganização Societária, a qual previa a cisão parcial da BFRE e da Ourinvest, como se depreende do “Item 3.4. Reorganização Societária”, da “Cláusula III – Obrigações Até o Fechamento”:

3.4. Reorganização Societária. De modo a viabilizar a Aquisição Panamericano e a Aquisição BTG Pactual, os Compradores (na medida em que sua participação seja necessária), a Ourinvest e a BFRE (bem como a TPG-Axon e a EI, na medida indicada na cláusula 3.4.1.3) deverão tomar as providências previstas nesta cláusula 3.4, comprometendo-se a diligenciar para que as providências aqui previstas sejam tomadas no tempo e forma aqui estabelecidos, para que a Cisão da BFRE e a Cisão da Ourinvest (em conjunto, a “Reorganização Societária”) sejam efetivadas na Data do Fechamento.

(fl. 26 do Contrato de Compra e Venda)

As providências para a cisão parcial da BFRE e da cisão parcial da Ourinvest e versão dos seus ativos e passivos estão previstas nos itens seguintes do Contrato de Compra e Venda de Ações, e no item 1 do 1º Aditamento ao Contrato de Compra e Venda de Ações, no qual se lê:

1. As Partes decidem, de mútuo e comum acordo, modificar os termos e condições (i) da Cisão da BFRE, de modo que a parcela cindida e vertida à BFRE 2 seja formada apenas por ações de emissão da Brazilian Capital e por outros ativos e provisões acordados pelos Compradores com a administração da BFRE, sendo a parcela remanescente composta por todos os demais elementos patrimoniais da BFRE; e (ii) da Cisão da Ourinvest, de modo que seu patrimônio seja dividido em apenas 2 (duas) parcelas, sendo que (a) a Ourinvest deverá deter, após a cisão, apenas e tão somente (1) a totalidade do Capital Fully Diluted da BFRE detida pela Ourinvest e do bônus de subscrição a ser emitido e previsto na cláusula 3.1.2(iv) do Contrato, (2) os ativos e passivos decorrentes das Euronotes emitidas, (3) caixa e aplicações financeiras em montante suficiente para fazer frente a eventuais obrigações da Ourinvest que perdurarem após a cisão, (4) a obrigação relativa ao mútuo de que trata a cláusula 5.3.3.2 (em relação ao qual não será mantida disponibilidade de caixa ou aplicações financeiras no mesmo montante, tampouco havendo, em relação ao mesmo, qualquer obrigação de reembolso, pagamento ou indenização por parte dos Acionistas Ourinvest), e (5) eventuais créditos fiscais a compensar registrados no ativo da companhia; e (b) a parcela cindida será composta apenas e tão somente pelo Capital Fully Diluted da BFRE 2 detida pela Ourinvest, parcela esta que será vertida à Ourinvest 2.

(fl. 04 do 1º Aditivo do Contrato de Compra e Venda)

Conforme se depreende do instrumento particular de Protocolo e Justificação de Cisão Parcial da BFRE e Versão da Parcela Cindida para a BPMB IV (Doc. 06), datado de 12/06/2012, e do Laudo de Avaliação da Parcela Cindida da BFRE (Doc. 07), elaborado pela empresa Veneziani Auditores Independentes, a parcela cindida da BFRE e vertida à BPMB IV, seria composta pela participação da BFRE na Brazilian Capital, no montante de R\$ 1.928.332,15, que representava o valor do seu patrimônio líquido.

**3. DO ACERVO LÍQUIDO A SER CINDIDO**

3.1. De acordo com a avaliação efetuada, o valor contábil total do acervo líquido da BFRE, a ser cindido e vertido para a BPMB IV, é de, pelo menos, R\$1.928.332,15 (um milhão, novecentos e vinte e oito mil, trezentos e trinta e dois reais e quinze centavos).

3.2. Os elementos ativos e passivos que formarão a parcela de patrimônio a ser cindida da BFRE e vertida para a BPMB IV encontram-se precisamente indicados no Laudo de Avaliação Contábil, sendo certo que tais elementos ativos e passivos são substancialmente representados pelo investimento detido pela BFRE na Brazilian Capital Companhia de Gestão de Investimentos Imobiliários.

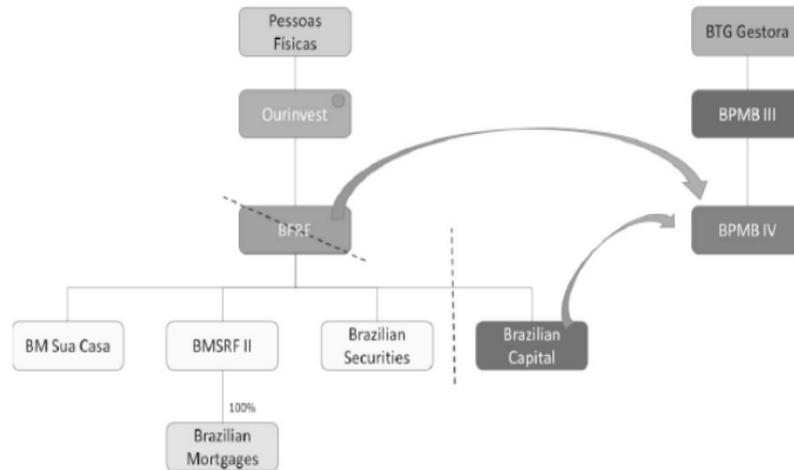
Ainda, em consequência da cisão parcial da BFRE e da versão do seu acervo cindido ao capital da BPMB IV, também foram previstos um aumento do capital social e a emissão de 923.000 ações, as quais foram totalmente subscritas pela Ourinvest, conforme consta na “Cláusula 6 – Alteração no Capital Social das Sociedades Envolvidas na Cisão” do Protocolo e Justificação de Cisão Parcial da BFRE e Versão da Parcela Cindida para a BPMB IV (vide Doc. 06).

Nesse sentido, confira-se o item 4.6 da “Ata da AGE da BPMB IV – Versão da Parcela Cindida da BFRE”, datada de 19/07/2012 (Doc. 08):

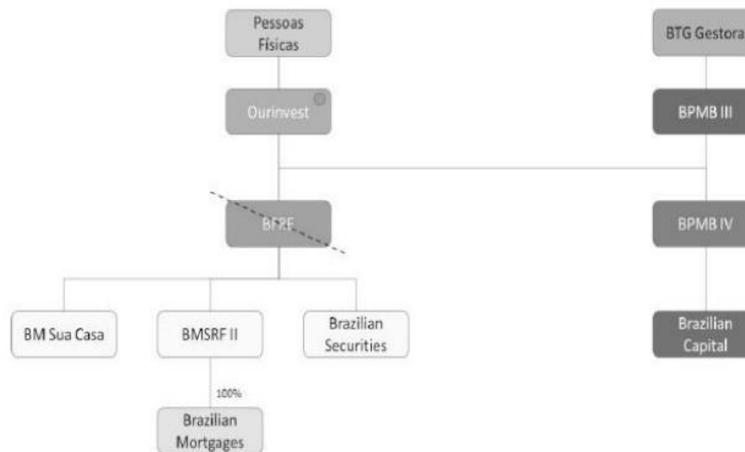
4.6. Em consequência da cisão parcial da BFRE, aprovada nesta mesma data, e a versão de seu acervo cindido ao capital social da Companhia, aprovar o aumento do capital social da Companhia no montante total de R\$1.928.332,15 (um milhão, novecentos e vinte e oito mil, trezentos e trinta e dois reais e quinze centavos), passando este de R\$50.500,00 (cinquenta mil e quinhentos reais) para R\$1.978.832,15 (um milhão, novecentos e setenta e oito mil, oitocentos e trinta e dois reais e quinze centavos), com a consequente emissão de 923.000 (novecentos e vinte e três mil) ações, sendo 314.000 (trezentas e quatorze mil) ações ordinárias e 609.000 (seiscentas e nove mil) ações preferenciais, sendo (i) 418.000 (quatrocentas e dezoito mil) ações preferenciais classe A, e (ii) 191.000 (cento e noventa e uma mil) ações preferenciais classe B, todas nominativas e sem valor nominal, pelo preço de emissão de, aproximadamente, R\$2,08920659588299 por ação, fixado na forma do artigo 170, § 1º, da Lei nº 6.404/76, as quais são totalmente subscritas pela Ourinvest Real Estate Holding S.A., única acionista da BFRE, neste ato, mediante versão do acervo cindido da BFRE ao capital social da Companhia, conforme relação constante do Anexo III;

(fl. 02 da Ata da AGE da BPMB IV – Versão da Parcela Cindida da BFRE)

A presente etapa pode ser assim representada:



Assim sendo, após a adoção de tais medidas, a Ourinvest, juntamente com a BPMB III, passou a ser acionista da BPMB IV, a qual passou a controlar a Brazilian Capital:



Mais adiante, prosseguiu-se com a cisão parcial da Ourinvest. Nos termos estabelecidos pelo instrumento particular de Protocolo e Justificação de Cisão Parcial da Ourinvest e Versão da Parcela Cindida para a BPMB III (Doc. 09), datado de 19/06/2012, e de acordo com o Laudo de Avaliação da Parcela Cindida da Ourinvest (vide - Doc. 05), elaborado pela empresa Veneziani Auditores Independentes, a parcela cindida da Ourinvest e vertida à BPMB III seria composta pela participação da Ourinvest na BPMV IV, recebida em razão da cisão parcial da BFRF, incluído o Ágio I, originalmente registrado na Ourinvest. Confira-se:

**3. DO ACERVO LÍQUIDO A SER CINDIDO**

3.1. Os elementos ativos e passivos que formarão a parcela de patrimônio a ser cindida da Ourinvest e vertida para a BPMB III, serão precisamente indicados no Laudo de Avaliação Contábil, sendo certo que tais elementos ativos e passivos serão substancialmente representados pela participação da Ourinvest na BPMB IV a ser recebida em razão da cisão parcial da BFRE descrita no Considerando (iii) acima.

(fl. 03 do Protocolo e Justificação de Cisão Parcial da Ourinvest e Versão da Parcela Cindida para a BPMB III)

**DO VALOR DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO E DAS PARCELAS A SEREM CINDIDAS**

3.1. Apresentamos abaixo a parcela ativa, as parcelas a serem cindidas e o patrimônio líquido da "OURINVEST".

ATIVO	19/07/2012	PARCELA A SER CINDIDA
	R\$	R\$
<b>CIRCULANTE</b>	<b>44.588.866,89</b>	
DISPONIBILIDADES	620.009,40	
APLICAÇÕES EM MOEDAS ESTRANGEIRAS	43.318.141,41	
TÍTULOS, VALS MOB. E INSTR. FINANCEIROS	71.263,26	
OUTROS CREDITOS	563.262,77	
Impostos e Contribuições a Compensar	963.262,77	
<b>NÃO CIRCULANTE</b>	<b>1.049.776.344,28</b>	<b>188.771.132,20</b>
OUTROS CREDITOS	2.166.007,62	
Créditos Tributários de Impostos	2.166.007,62	
<b>INVESTIMENTOS</b>	<b>1.044.687.736,56</b>	<b>188.771.132,20</b>
Brazilian Finance & Real Estate SA	930.216.004,16	
Participações	732.134.085,23	
Ações	134.062.517,92	
BPMB IV Participações SA	150.771.532,20	188.771.132,20
Participações	1.626.332,16	1.626.332,16
Ações	150.842.700,05	150.842.700,05
<b>TOTAL DO ATIVO</b>	<b>1.091.665.201,11</b>	<b>188.771.132,20</b>

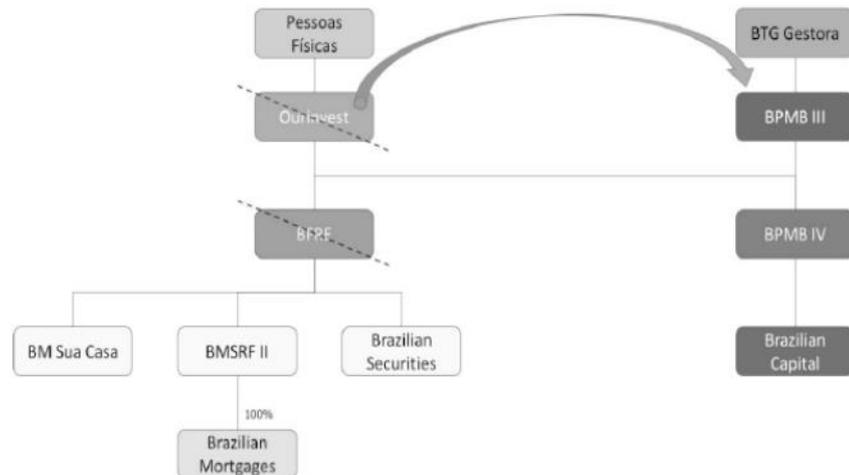
(fl. 03 do Laudo de Avaliação da BFRE)

Novamente, em consequência da cisão parcial da Ourinvest e a versão do seu acervo cindido ao capital da BPMB III, foram necessários um aumento do capital social e a emissão de 30.330.480 ações, as quais foram totalmente subscritas pelos Acionistas da Ourinvest, conforme disposto na “Cláusula 6 – Alterações no Capital Social das Sociedades Envolvidas na Cisão” no Protocolo e Justificação de Cisão Parcial da Ourinvest e Versão da Parcela Cindida para a BPMB III (vide Doc. 09).

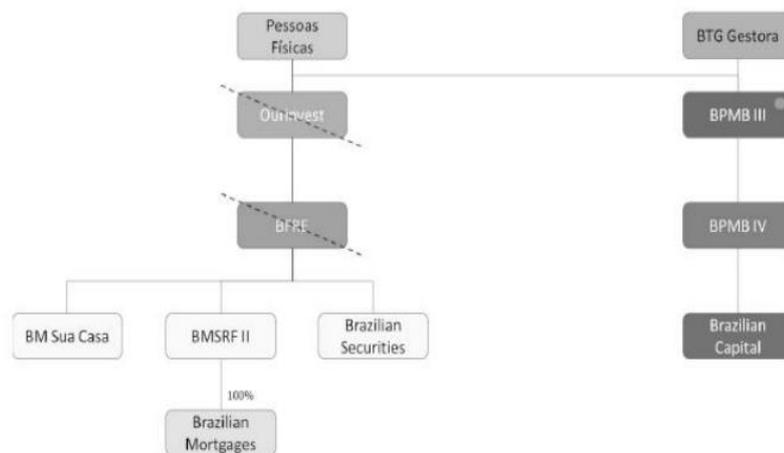
O aumento de capital, a emissão das ações e a subscrição destas pelos Acionistas da Ourinvest foram aprovados em 19/07/2012, como se vê da leitura do “item 4.8” da “Ata da AGE da BPMB III – Versão da Parcela Cindida da Ourinvest” (Doc. 10):

4.8. Em consequência da cisão parcial da Ourinvest, aprovada nesta mesma data, e a versão de seu acervo cindido ao capital social da Companhia, aprovar o aumento do capital social da Companhia no montante total de R\$158.771.132,20 (cento e cinquenta e oito milhões, setecentos e setenta e um mil, cento e trinta e dois reais e vinte centavos), passando este de R\$70.500,00 (setenta mil e quinhentos reais) para R\$158.841.632,20 (cento e cinquenta e oito milhões, oitocentos e quarenta e um mil, seiscentos e trinta e dois reais e vinte centavos), com a consequente emissão de 30.330.485 (trinta milhões, trezentas e trinta mil, quatrocentas e oitenta e cinco) ações ordinárias, todas nominativas e sem valor nominal, pelo preço de emissão de, aproximadamente, R\$5,23470469397374 por ação, fixado na forma do artigo 170, § 1º, da Lei nº 6.404/76, as quais são totalmente subscritas pelos atuais acionistas da Ourinvest, e integralizadas, neste ato, mediante versão do acervo cindido da Ourinvest ao capital social da Companhia, conforme relação constante do Anexo III;

Diante da mencionada cisão parcial da Ourinvest, tem-se:



Neste momento, o investimento na Brazilian Capital, bem como seu correspondente ágio pago pela Ourinvest (Ágio I) foi sucedido pela BPMB III, cujos acionistas passaram a ser a Impugnante e os Acionistas da Ourinvest:



Nesse ponto, cabe esclarecer que a Autoridade Fiscal reconheceu como válida a sucessão do Ágio I à BPMP III. Veja-se:

**“Esta fiscalização não questiona o ágio registrado na Ourinvest, nem a sua transferência para a BPMB III, (...) (fl. 24 do TVF 2 – g.n.)**

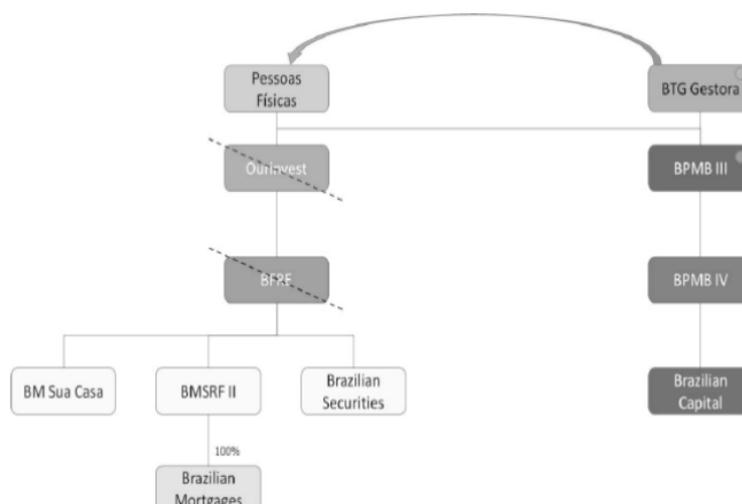
Assim sendo, cumpridas todas as condições precedentes para o efetivo fechamento, previstas na “Cláusula IV” do Contrato de Compra e Venda, o próximo passo foi a própria conclusão do negócio (“Aquisição BTG Pactual”), que se dará por meio da aquisição de 100% das ações emitidas da BPMB III4 detidas pelos Acionistas da Ourinvest, nos termos do “item 2.3. Aquisição BTG Pactual” da “Cláusula II – Objeto” do Contrato de Compra e Venda:

### 2.3. Aquisição BTG Pactual.

2.3.1. O BTG Pactual, ou qualquer de suas Afiliadas, adquirirá no Fechamento 100% das ações emitidas e em circulação da Ourinvest 2, detidas pelos Acionistas Ourinvest, livres e desembaraçadas de quaisquer Ônus, após a verificação das Condições Precedentes (e portanto após, dentre outros eventos, a implementação da Reorganização Societária e a conclusão da Aquisição de EI e TPG-Axon) (“Aquisição BTG Pactual”).

(fls. 19 e 20 do Contrato de Compra e Venda)

Nesse momento, houve o pagamento de R\$ 249.714.370,14 pela Impugnante aos Acionistas da Ourinvest, nos termos do Contrato de Compra e Venda de Ações, e o reconhecimento de um ágio de R\$ 90.943.236, 94 (“Ágio II”).



Conforme se depreende do item 2.3.3, a métrica do preço da aquisição das ações da BPMB III detidas pelos Acionistas da Ourinvest era composta por diversas variáveis, in verbis:

2.3.3. O preço de compra devido pelo BTG Pactual, ou qualquer de suas Afiliadas, aos Acionistas Ourinvest, a ser pago e quitado na Data de Fechamento, como contraprestação pela Aquisição BTG Pactual, será computado da seguinte forma ("Preço de Compra BTG Pactual"):

- (i) R\$ 275.000.000,00 como valor base;
- (ii) menos R\$23.000.000,00, considerando que as Atividades de Administração serão transferidas ao BTG Pactual pela Brazilian Mortgages apenas após o Fechamento, mediante pagamento pelo BTG Pactual ao Panamericano na forma da cláusula 6.1.4 (o resultado de tal subtração, a "Base de Preço BTG Pactual");
- (iii) multiplicada a Base de Preço BTG Pactual pelo resultado da seguinte soma (tal resultado, a "Base BTG Pactual Pós Interferência"):
  - (a) o Percentual de Referência de Ourinvest, mais
  - (b) o produto da multiplicação (I) do Percentual de Referência da TPG-Axon, pelo (II) Percentual Adquirido da TPG-Axon, mais
  - (c) o produto da multiplicação (I) do Percentual de Referência da EI, pelo (II) Percentual Adquirido da EI;
- (iv) menos o Desconto BC Fund da EI multiplicado pelo Percentual de Aquisição da EI;
- (v) deduzindo-se do resultado obtido conforme o item "iv" acima, a título de ajuste no preço, a parcela dos Dividendos BFRE e dos Dividendos Ourinvest alocados ao BTG Pactual na forma da cláusula 3.9.1.2.

(fl. 20 do Contrato de Compra e Venda)

Basicamente, o preço efetivamente pago pode ser representado pela seguinte expressão matemática, a qual considerou todas as métricas acima colacionadas:

$$\text{Preço de Compra} = \text{Valor Base} - \text{Valor da Atividades de Administração} - \text{Desconto Bc Fund}$$

Desse modo, temos:

$$\text{R\$ } 249.637.852,62 = \text{R\$ } 275.000.000,00 - \text{R\$ } 23.000.000,00 - \text{R\$ } 2.362.147,38$$

Para o cálculo do **Ágio Total**, gerado a partir universalidade de operações societárias realizadas para a efetiva aquisição da Brazilian Capital pela Impugnante, temos o seguinte racional:

$$\text{Preço de Compra} - \text{Patrimônio Líquido da Brazilian Capital} = \text{Ágio Total}$$

Atribuindo os devidos valores tem-se:

$$\text{R\$ } 249.714.340,14 - \text{R\$ } 1.928.332,15 = \text{R\$ } 247.786.036,99 \text{ (Ágio Total)}$$

Por sua vez, o **Ágio Total** é composto pela somatória do **Ágio I** e do **Ágio II**:

$$\text{Ágio Total} = \text{Ágio I} + \text{Ágio II}$$

Desse modo, o **Ágio II** será justamente a diferença entre o **Ágio Total** e o **Ágio I**, anteriormente calculado e registrado contabilmente pela Ourinvest. Ou seja:

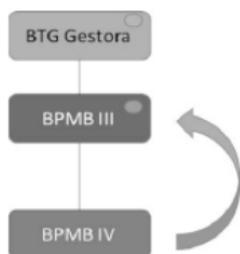
$$\text{R\$ } 247.786.036,99 \text{ (Ágio Total)} - \text{R\$ } 156.842.800,05 \text{ (Ágio I)} = \text{R\$ } 90.943.236,94 \text{ (Ágio II)}$$

Esclarecidos os cálculos que levaram à conclusão do **Ágio II** e prosseguindo com a análise das operações em debate, em 19/07/2012 ocorreu o fechamento ou "closing" da operação, com o devido registro das transferências das ações

pertencentes aos Acionistas da Ourinvest à Impugnante no Livro de Registro de Transferência de Ações Nominativas (Doc. 11).

Em 31/12/2012, houve a incorporação da Brazilian Capital pela BPMB IV, conforme se depreende da “Ata da AGE da BPMB IV – Incorporação da Brazilian Capital” (Doc. 12):

Ato subsequente, houve a incorporação da BPMB IV pela BPMB III, conforme a “Ata da AGE da BPMB III – Incorporação da BPMB IV” (Doc. 13):



E, por fim, a BPMB III foi incorporada pela Impugnante, nos termos da “Ata da AGE da BPMB III – Incorporação da BPMB III” (Doc. 14), momento em que a Impugnante passou a reconhecer a amortização do ágio de R\$ 247.786.036, 99, decorrente da somatória do Ágio I (R\$ 156.842.800,05), anteriormente contabilizado na Ourinvest e do Ágio II (R\$ 90.043.236,94):



Assim, do exposto neste tópico é possível verificar, já de plano, que os Ágios I e II são legítimos e que os requisitos para a amortização deles (que serão demonstrados a seguir) foram estritamente cumpridos.

## II.2. Da Glosa do Ágio pela Fiscalização

Em que pese a legalidade do ágio gerado na aquisição da Brazilian Capital, a Autoridade Fiscal glosou as despesas decorrentes da amortização do ágio em questão por entender que (i) o Ágio I não poderia ser amortizado pela Impugnante, por ter sido suportado pela Ourinvest, havendo sido transferido posteriormente à Impugnante por meio da operação “casa e separa”, além de não ocorrido a confusão patrimonial entre investidora e investida, e (ii) o Ágio II, apesar de ter sido suportado pela Impugnante, não teria sido lastreado em documentação comprobatória de expectativa de rentabilidade futura.

Nesse sentido, vale citar alguns trechos que demonstram o equivocado posicionamento adotado pela Fiscalização no TVF 2:

(...)

Contudo, conforme se passará a demonstrar, não podem ser mantidos os autos de infração ora combatidos no que tange à glosa do ágio gerado na aquisição de participação societária entre partes independentes, devendo essa C. Turma cancelar as exigências objeto do presente processo. É o que se passará a evidenciar.

### II.3. Das Premissas Equivocadas da Fiscalização

Inicialmente, cumpre observar que a Autoridade Fiscal se pautou em diversas premissas equivocadas ao elaborar os presentes autos de infração, as quais devem ser esclarecidas.

#### Da Inocorrência de Operação “Casa e Separa”

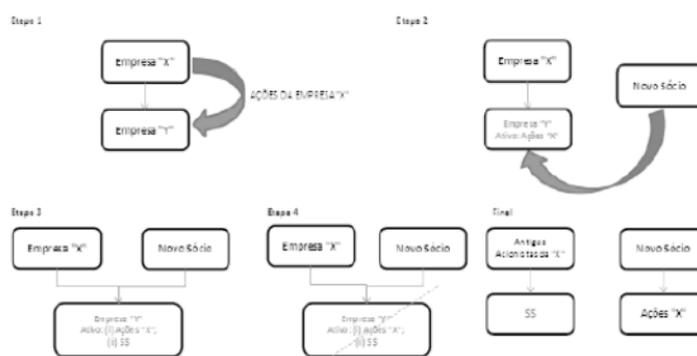
Como mencionado anteriormente, para glosar a amortização do Ágio I, a Autoridade Fiscal afirmou que a Impugnante teria se valido da operação “casa e separa” para transferir o ágio apurado pela Ourinvest.

Ocorre, contudo, que a legítima operação de compra e venda de ações realizada pela Impugnante, Banco Panamericano, Ourinvest e Acionistas da Ourinvest, não pode ser confundida com a alegada operação “casa e separa”.

Como se sabe, numa operação de “casa e separa” típica, as partes envolvidas constituem uma sociedade (casamento), sendo que uma das partes subscreve e integraliza quotas ou ações da empresa que será alienada e a outra parte entra com o dinheiro da compra, mediante o aporte de recursos financeiros. Posteriormente, ocorre a separação das partes com a extinção da sociedade criada, momento em que cada parte leva consigo o ativo integralizado pela outra.

Esta operação foi utilizada por muito tempo como um planejamento fiscal para economizar tributo sobre o ganho de capital que seria gerado com a alienação das quotas e ações da empresa objeto de negociação.

Nesse sentido, confira-se o exemplo gráfico abaixo:



No entanto, ao contrário do que alega a Autoridade Fiscal, no caso em apreço não ocorreu essa operação.

Como se depreende das fls. 23 e 24 do TVF 2, para a Autoridade Fiscal, o “casamento” e a “separação” entre a Impugnante e os Acionistas da Ourinvest teriam ocorrido da seguinte maneira:



Contudo, apesar de alegar a existência de uma legítima operação de “casa e separa”, jamais demonstrou, até porque seria impossível, a ocorrência no presente caso (i) da integralização das ações da Ourinvest na BPMB III pelos Acionistas da Ourinvest, e (ii) do aporte de capital pela Impugnante na BPMB III, no montante referente ao preço de aquisição de 100% das ações da Ourinvest, que justificariam a realização de uma operação “casa e separa”.

Como se percebe das efetivas operações realizadas:

- Não houve subscrição e integralização das ações da Ourinvest detidas pelos Acionistas da Ourinvest na BPMB III;
- A Impugnante jamais aportou na BPMB III recursos financeiros equivalentes ao preço de compra das ações da Ourinvest;
- O pagamento de R\$ 249.714.370,14 pela aquisição de 100% das ações da Ourinvest, detidas pelos Acionistas da Ourinvest foi feito diretamente a estes, conforme comprovantes; e
- A transferência de ações da Ourinvest à Impugnante somente se deu em 19/07/2012, após o efetivo pagamento contratado.

Demonstrado isso, resta claro que a alegação da Autoridade Fiscal, em mais este ponto, é descabida, motivo pelo qual a autuação ora em debate deverá ser cancelada.

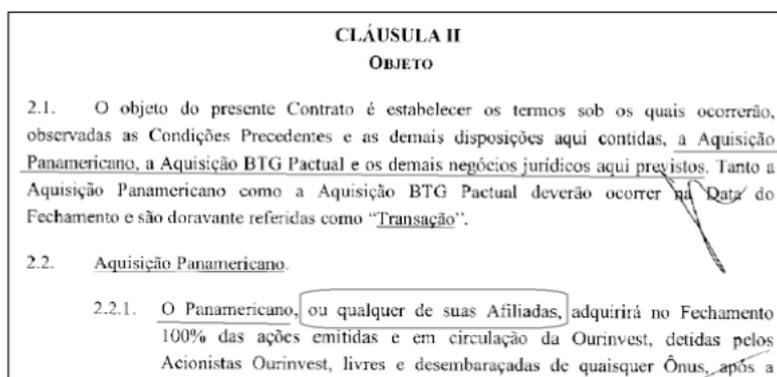
### Da Suposta Ausência de Assinatura da Impugnante no Contrato de Compra e Venda de Ações

No presente tópico, cumpre esclarecer que, em diversas passagens do TVF, a Autoridade Fiscal alega que a Impugnante não seria signatária do Contrato de Compra e Venda de Ações e, portanto, não estaria obrigada a cumprir nenhuma cláusula e tampouco estaria sujeita a qualquer sanção prevista. Confira-se:

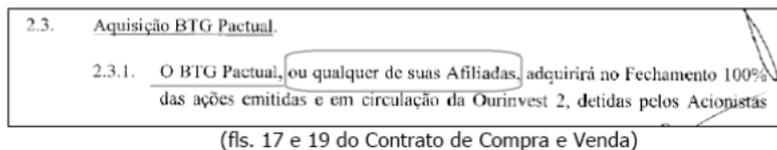
(...)

Entretanto, tal alegação também não poderá prosperar.

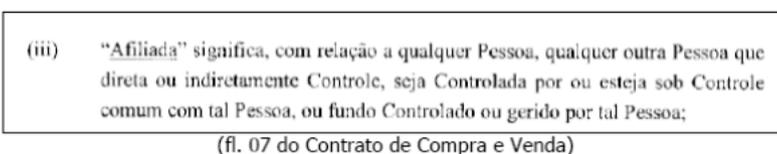
Isso porque, o supracitado Contrato de Compra e Venda de Ações estabelecia expressamente que o Banco Panamericano e o Banco BTG Pactual poderiam realizar o presente negócio, por si ou por meio de qualquer de suas AFILIADAS, confira-se:



(...)



Nesse sentido, confira-se a definição do termo "afiliada" para fins de interpretação do contrato:



Não havendo dúvidas de que a Impugnante é afiliada do Banco BTG Pactual, resta claro que a Impugnante se encontrava submetidas às obrigações e condições estipuladas no Contrato de Compra e Venda de Ações em apreço, figurando, inclusive como parte.

### Da Suposta Inexistência de Laudo de Avaliação Prévio que Suporte o Preço de Compra da Brazilian Capital com Base na Expectativa de Rentabilidade Futura

Conforme se depreende da leitura do TVF 2, a Autoridade Fiscal por diversas vezes sustenta que o preço de compra da Brazilian Capital foi estabelecido no Contrato de Compra e Venda de Ações antes da existência de qualquer laudo de avaliação, além de não ter sido calculado com base na expectativa de rentabilidade futura da empresa.

Confira-se:

(...)

Ocorre, contudo, que tal premissa é equivocada, na medida em que, para o cálculo do preço de compra da Brazilian Capital, estabelecido no Contrato de Compra e Venda de Ações, a Impugnante realizou, de fato, diversos estudos econômicos internos (Doc\_Comprobatorios.zip). Inclusive, o estudo final adotado, foi ratificado posteriormente pelo Laudo de Avaliação da BFRE elaborado pela empresa Apsis (Doc. 15), o qual, inclusive, utiliza data base anterior ao fechamento do negócio, que se deu com a efetivação do Contrato de Compra e Venda de Ações.

Como se percebe, o preço base fixado pelas partes no Contrato de Compra e Venda de Ações foi baseado em estudos que visavam identificar a rentabilidade futura da BFRE e, conseqüentemente da Brazilian Capital.

Por fim, como será detalhado mais adiante, para fins de amortização de ágio, estudos internos realizados antes da assinatura do Contrato de Compra e Venda de Ações são considerados suficientes para lastrear o ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, bem como a sua amortização.

#### **Do Suposto Laudo de Avaliação Requerido por Terceiro**

Por fim, a Autoridade Fiscal houve por bem desconsiderar o Laudo de Avaliação da BFRE elaborado pela Apsis pelo fato de este ter sido elaborado após a assinatura do Contrato de Compra e Venda de Ações e por ter sido requerido pela Ourinvest e não pela Impugnante. Confira-se:

(...)

Ocorre, contudo que, mais uma vez a Fiscalização se engana.

Isso porque, apesar de a Ourinvest constar como “solicitante” do laudo elaborado pela Apsis, na realidade, a Impugnante teve participação na solicitação de tal documento, conforme se verifica dos e-mails trocados à época com a empresa de auditoria (Doc. 16).

Não obstante, mesmo que o referido laudo não houvesse sido encomendado também pela Impugnante, o que se alega a título argumentativo, mas apenas por um terceiro, no caso a Ourinvest, tal fato não permitiria que a Fiscalização o desconsiderasse para fins da apuração do ágio originado nas operações analisadas, como o fez.

Com efeito, não há nenhuma norma tributária, contábil ou societária que imponha a necessidade de que o requerimento da elaboração do laudo seja feito por uma parte interessada, menos ainda pelo comprador.

Até porque, a empresa de auditoria, especializada na elaboração desse tipo de laudo, ao elaborar o estudo se utiliza de uma metodologia de cálculo que envolve informações numéricas e contábeis de uma determinada empresa. Ou seja, pouco importa a pessoa que encomendou a elaboração do laudo, desde que as informações nele produzidas tenham validade e cumpram com a sua função.

Assim, sendo, uma vez que a Fiscalização não questionou o resultado do laudo produzido pela empresa Apsis, mas apenas o fato de este supostamente não ter sido encomendado pela Impugnante, resta demonstrada a sua validade, de modo que as suas conclusões deverão ser consideradas no presente caso.

Esclarecidas as premissas equivocadas adotadas pela Autoridade Fiscal, a Impugnante passará a demonstrar a legitimidade da amortização do ágio gerado quando da aquisição da Brazilian Capital.

#### **II.4. Da Possibilidade de Amortização do Ágio I**

Não bastasse tudo o que foi demonstrado e comprovado até aqui, entende a Impugnante ser pertinente afastar o argumento aduzido pela Autoridade Fiscal quanto à impossibilidade de amortizar o Ágio I por (i) este ter sido originalmente suportado pela Ourinvest, (ii) não ter havido confusão patrimonial entre a Ourinvest (investidora) e a Brazilian Capital (investida) e (iii) por ter sido transferido à Impugnante, com o consequente descumprimento do artigo 386, caput, do RIR/99 (fls. 20 a 24 do TVF 2). Confira-se:

*“Restou demonstrado que:*

*a) A Ourinvest foi quem suportou o ônus do pagamento do ágio de R\$ 156.842.800,05 pela aquisição da Brazilian Capital, através da aquisição de participação acionária na BFE;*

*b) Não houve confusão patrimonial entre a Ourinvest (investidora) e a Brazilian Capital (investida);*

*c) Portanto, à luz do artigo 386 do RIR/99, não pode ocorrer a dedutibilidade do lucro real e da base de cálculo da CSLL, no contribuinte, da amortização do ágio pago pela Ourinvest.” (fl. 24 do TVF)*

Contudo, aqui, mais uma vez, a Autoridade Fiscal equivoca-se. Como se verá a seguir: (i) a Impugnante suportou, de fato, o pagamento do Ágio I; (ii) apesar de não ser um requisito para amortização do ágio, no presente caso houve a confusão patrimonial entre investidora e investida, e (iii) inexistente vedação legal quanto à transferência da participação adquirida com ágio.

##### **II.4.1. Da Real Adquirente da Brazilian Capital**

De acordo com a Autoridade Fiscal, a previsão do artigo 386 do RIR/99, que autoriza a amortização fiscal do ágio, é direcionada à “investidora que vier a incorporar sua investida, após ter efetivamente acreditado na mais valia do investimento, feito os estudos internos de rentabilidade futura e desembolsado os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o do ágio).” (fl. 22 do TVF 2)

Não obstante, no presente caso, como exaustivamente demonstrado, a pessoa que efetivamente acreditou na mais valia da Brazilian Capital, realizou os estudos internos de rentabilidade futura, desembolsou os recursos necessários para a aquisição da participação societária e incorporou a investida foi a Impugnante.

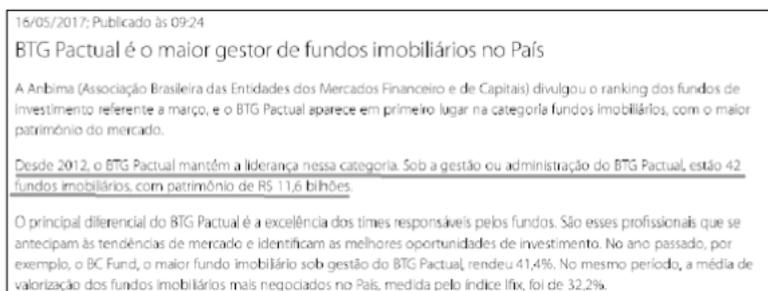
Como se sabe, toda a operação aqui analisada nasceu do interesse e por vontade do Banco BTG Pactual e do Banco Panamericano em adquirir as empresas da BFRE.

Neste ponto, é importante lembrar a necessidade de uma reorganização societária pelo fato de cada um dos compradores estar interessado em empresas distintas detidas pela BFRE.

Ora, tratando especificamente da Brazilian Capital, não há dúvida de que a Impugnante é a sua real adquirente.

Isso porque, foi a Impugnante que, após muitos estudos, análises e negociações, como bem demonstrado nesta Impugnação, conseguiu fazer com que o objeto do Contrato de Compra e Venda de Ações se concretizasse, para, por fim, adquirir a Brazilian Capital e poder operacionalizar o mercado financeiro no setor imobiliário.

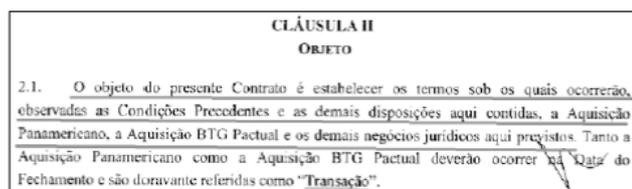
Inclusive, destaca-se que, após a aquisição da participação da Brazilian Capital, o BTG Pactual tornou-se o maior gestor de fundos imobiliários do Brasil, concretizando o seu investimento. Nesse sentido, confira-se a matéria divulgada no próprio sítio eletrônico do BTG Pactual (Doc. 17):



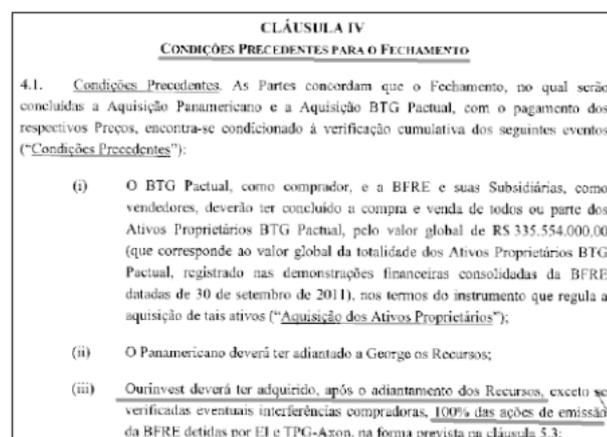
Diante de todo o até aqui exposto, é inquestionável que foi a Impugnante que acreditou na mais valia da Brazilian Capital e não a Ourinvest. Inclusive, a Ourinvest somente adquiriu as ações da BFRE detidas pela EI e TPG-Axon por ser esta uma condição precedente imposta no Contrato de Compra e Venda de Ações, cujo objetivo final era a aquisição da Brazilian Capital.

Ou seja, a aquisição das ações da BFRE detidas pela TPG-Axon e EI pela Ourinvest somente ocorreu para que a Impugnante pudesse adquirir a Brazilian Capital nos termos contratados, nunca por vontade própria. Certamente, não procede a alegação de que a Ourinvest era a “real adquirente” da Brazilian Capital.

Nesse sentido, confira-se a “Cláusula II – Objeto” e a “Cláusula IV – Condições Precedentes para o Fechamento” do supracitado Contrato de Compra e Venda de Ações:



(fl. 17 do Contrato de Compra e Venda de Ações)



(fl. 36 do Contrato de Compra e Venda de Ações)

Percebe-se, então, que, caso não houvesse o interesse da Impugnante em adquirir a participação da BFRE referente à Brazilian Capital, a Ourinvest jamais adquiriria a participações da TPG-Axon e EI detidas na BFRE.

E, diga-se mais, caso a Ourinvest não houvesse se comprometido, como o fez no Contrato de Compra e Venda de Ações, a adquirir tais participações, a Impugnante certamente o faria, na medida em que estava realmente interessada no negócio celebrado. Quer dizer, haveria o aproveitamento do Ágio I da mesma maneira.

O fato de a Ourinvest ter pago, em um primeiro momento, pela aquisição das participações acionárias da BFRE, relativas à Brazilian Capital, detidas pela TPG-Axon e EI, em nada muda a legitimidade do aproveitamento do ágio gerado pela Impugnante.

Ainda em relação ao presente ponto, importa relembrar que o preço de compra estabelecido contratualmente, antes de efetivação de qualquer operação societária, o qual seria devido pela Impugnante aos Acionistas da Ourinvest, controladores da Ourinvest, já considerava o custo que esta teria ao adquirir a

totalidade das ações da BFRE, o que corrobora ser a Impugnante a real adquirente da Brazilian Capital.

Em outras palavras, o preço pago pela Ourinvest à TPG-Axon e El foi posteriormente compensado pela Impugnante, de modo que foi esta que, também, suportou o ônus do pagamento do Ágio I.

A corroborar o quanto aqui exposto, confira-se o Acórdão nº 1301-003.469, recentemente proferido pelo E. CARF, no qual restou firmado o entendimento de que a reorganização societária preparatória para a cumprimento do negócio, não inabilita o uso do ágio eventualmente gerado, desde que as partes negociantes ocupem polos de interesse opostos. Confira-se:

*“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ Ano-calendário:*

*2010, 2011, 2012, 2013*

#### *LEGITIMIDADE DO ÁGIO. PARTES INDEPENDENTES*

*Do ponto de vista negocial – que é o enfoque relevante para fins de verificação da legitimidade de ágio -, mesmo que combinem a estruturação de um negócio, as partes permanecem ocupando polos de interesses antagônicos, desde que não submetidas a um comando único. Em outras palavras, o fato de as partes interessadas conjuntamente definirem a estruturação do negócio não retira delas o atributo de independência, caso se verifique que não se encontrem submetidas a um único polo de interesses.*

#### *AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA COM ÁGIO. FALTA DE PAGAMENTO DE IMPOSTO SOBRE O GANHO DE CAPITAL.*

*O fato de a parte vendedora ter obtido, artificialmente, o efeito de impedir a ocorrência do fato gerador relativo ao ganho de capital deveria ensejar a exigência do respectivo tributo da parte vendedora, e não justificar a recusa no recebimento dos efeitos do correspondente ágio, efetivamente suportado pela parte compradora. Por essa razão, há que se afastar a ausência de pagamento do Imposto sobre o ganho de capital como motivo para considerar ilegítimo o ágio correspondente.*

#### *EMPRESA VEÍCULO. COMPRA ALAVANCADA. PROPÓSITO NEGOCIAL.*

*Na hipótese em que restar evidenciada a presença de outra finalidade – além da economia tributária produzida – que justifica a existência, ainda que efêmera, de sociedade investidora que venha a ser incorporada pela sociedade na qual possuía participação societária adquirida anteriormente com ágio, como no caso da chamada ‘compra alavancada’, é legítimo o aproveitamento das amortizações do referido ágio pela incorporadora, à luz do que dispõe o inciso III do art. 386 do RIR/99*

*LANÇAMENTO DECORRENTE. CSLL.*

*Tratando-se da mesma matéria fática e não havendo questões de direito específicas a serem apreciadas, estende-se ao lançamento decorrente (CSLL) a decisão proferida em relação ao lançamento principal (IRPJ).*

*Recurso de Ofício Negado.*

*Crédito Tributário Exonerado.” (g.n.)*

Isto posto, a consequência lógica é de que houve, sim, confusão patrimonial da investidora (Impugnante) e a Brazilian Capital (investida), apesar de este não ser requisito legal para amortização de ágio, conforme será adiante demonstrado, razão pela qual esta C. Turma Julgadora deverá cancelar os autos de infração ora impugnados.

Por mais todos os motivos ora expostos, é certo que os autos de infração objeto do presente processo administrativo não poderão prevalecer.

#### **II.4.2. Ad Argumentandum - Inexistência do Requisito Legal de “Confusão Patrimonial”**

Na remota hipótese de esta C. Turma Julgadora entender que a Impugnante não suportou o ônus do pagamento do Ágio I, mas a Ourinvest, o que se alega a título argumentativo, descabe a pretensão da Autoridade Fiscal de coibir o direito da Impugnante à amortização fiscal do ágio, sob a justificativa de que não foi observada a alegada “confusão patrimonial” na operação, sendo que este suposto requisito não se encontra positivado nas normas tributárias como condição para o aproveitamento do aludido benefício de amortização fiscal do ágio.

Desta forma, a pretensão fiscal de ver aplicada ao presente caso uma nova condição para a amortização do ágio (“confusão patrimonial”), inexistente na legislação fiscal, corresponde a uma verdadeira inovação às previsões legais, o que não pode ser acatado por esta C. Turma Julgadora.

De fato, o instituto da “confusão patrimonial” existe no ordenamento jurídico brasileiro, mas não possui qualquer relação com o aproveitamento fiscal do ágio decorrente de operações societárias. Trata-se de instituto inserido em um contexto de desconsideração da personalidade jurídica nos casos de abuso, em que os bens e recursos da pessoa jurídica e de seus sócios se confundem. Neste sentido, confira-se o artigo 50 do Código Civil:

*“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.” (g.n.)*

Conforme se verifica, trata-se de uma hipótese de abuso de personalidade jurídica, que encontra reflexo também no âmbito fiscal, conforme se depreende da jurisprudência do próprio E. CARF:

*“RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. CONFUSÃO PATRIMONIAL.*

*Comprovada a confusão patrimonial entre a contribuinte e outras pessoas jurídicas pertencentes ao mesmo grupo econômico, a estas pode ser validamente atribuída responsabilidade pelos créditos tributários daquela.” (Acórdão nº 1201- 000.910 – g.n.)“*

*CONFUSÃO PATRIMONIAL. GRUPO ECONÔMICO. Respondem solidariamente pelo crédito tributário as pessoas jurídicas integrantes do mesmo grupo econômico que são administradas pelos sócios de fato como se uma única empresa fossem, praticando conjuntamente fatos jurídicos tributários e compartilhando seus resultados econômicos.” (Acórdão nº 1101-000.926 – g.n.)*

No entanto, conforme anteriormente mencionado, o requisito trazido pela legislação fiscal para o aproveitamento do ágio é a absorção do patrimônio da pessoa jurídica adquirida em virtude de (i) incorporação, (ii) fusão ou (iii) cisão (ou a absorção reversa do patrimônio da investidora pela investida), o qual foi integralmente cumprido no caso concreto, em que houve a incorporação da parcela cindida da Ourinvest, representada pela parcela de ativos da Brazilian Capital detida pela BFRE, no BPMB III e posteriormente pela Impugnante. Repise-se, assim, o conteúdo do artigo 7º da Lei nº 9.532/97:

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

*(...)*

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

*(...)*

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

*(...)*

*b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.” (g.n.)*

Portanto, verifica-se que as únicas hipóteses previstas na legislação como necessárias e suficientes para o aproveitamento fiscal do ágio são a incorporação, fusão ou cisão, correspondentes também a institutos expressamente previstos pelo Direito Privado (conforme artigos 223 e seguintes da Lei das S/A), não havendo qualquer referência ao instituto jurídico da “confusão patrimonial”, conforme equivocadamente afirma a Autoridade Fiscal.

No entanto, ainda que se admita a possibilidade de aplicação do instituto da “confusão patrimonial” em um sentido não técnico/leigo, o que se admite apenas a título argumentativo, é certo que no caso em tela tal situação ocorreu, uma vez que Ágio I e investimento passaram a “se confundir” na Impugnante, a partir da incorporação da parte cindida da Ourinvest na BPMB III.

Desta feita, quando a Ourinvest adquiriu a totalidade das ações da BFRE, incluída a Brazilian Capital, registrando um ágio, devidamente pago, fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, e, posteriormente, foi cindida com versão da parcela referente à Brazilian Capital na BPMB III, a qual foi posteriormente incorporada pela Impugnante, ocorreu a absorção do investimento e do Ágio I pela Impugnante (“confusão patrimonial”), possibilitando o início da amortização fiscal do ágio.

Portanto, ainda que se entenda aplicável o descabido termo utilizado pela Fiscalização, o que se alega ad argumentandum, a operação em apreço atendeu ao inovador requisito trazido pela Fiscalização, sendo que, após a incorporação da BPMB III, não era possível verificar como pessoas distintas tal investidora e a investida (Brazilian Capital), tendo ocorrido, efetivamente, a confluência de seus patrimônios. Ou seja, mesmo dentro do equivocado raciocínio da Autoridade Fiscal, pode-se verificar que a BPMB III atendeu aos requisitos trazidos pela Fiscalização para a amortização do Ágio I e a Impugnante, como sua sucessora, faz jus a tal aproveitamento.

Assim, uma vez demonstrado que não existe, na legislação tributária, o conceito de “confusão patrimonial” adotado pela Autoridade Fiscal como requisito necessário à dedutibilidade fiscal do ágio e que, ainda que se pudesse aceitá-lo, o que se admite ad argumentandum, esse restou plenamente cumprido no caso concreto, uma vez que a real adquirente Impugnante incorporou o investimento adquirido (Brazilian Capital), deverá esta C. Turma Julgadora admitir a regularidade da operação ora analisada, determinando o cancelamento dos autos de infração originários do presente processo administrativo.

#### **II.4.3. Da Inexistência de Vedação Legal quanto à Transferência da Participação Adquirida com Ágio**

Não bastasse tudo o que foi demonstrado e comprovado até aqui, mais que suficiente para que esta C. Turma Julgadora determine o cancelamento dos autos de infração ora combatidos, entende a Impugnante ser pertinente afastar o argumento aduzido pela Autoridade Fiscal quanto à impossibilidade de se realizar

a transferência da participação adquirida com ágio (fls. 20 a 24 do TVF 2 – “2.1 Transferência de Ágio para Terceiros”).

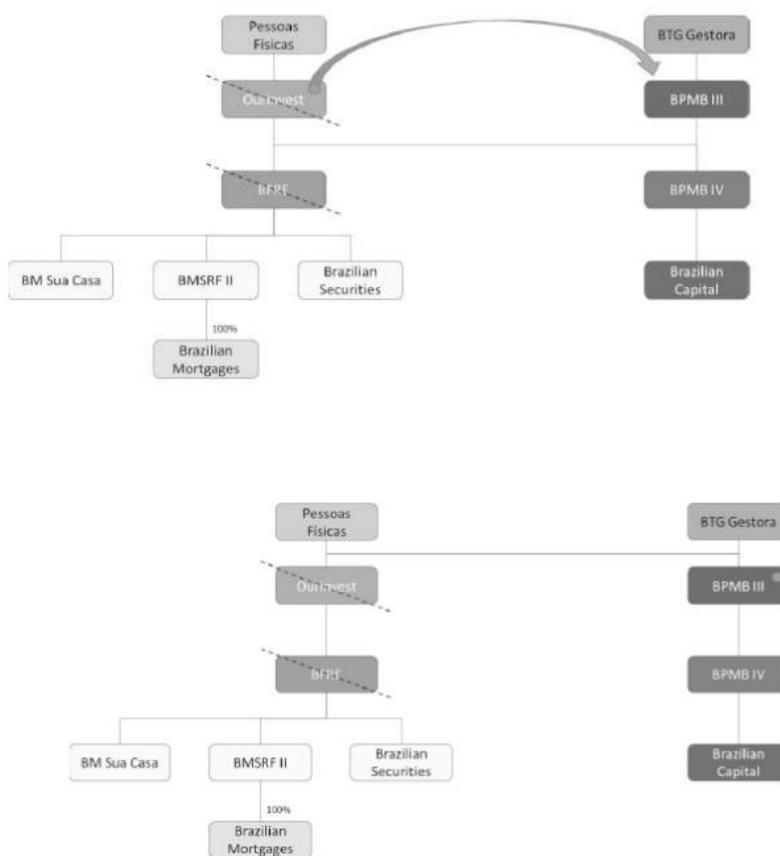
No que tange à presente alegação, a Autoridade Fiscal assim se manifestou:

**“Esta fiscalização não questiona o ágio registrado na Ourinvest, nem a sua transferência para a BPMB III, esta fiscalização questiona apenas a dedutibilidade do lucro real e da base de cálculo da CSLL da amortização deste ágio pelo contribuinte.”** (fl. 24 do TVF 2 – g.n.)

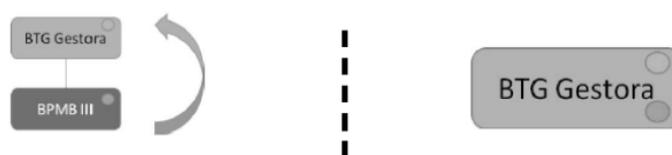
Da leitura do acima exposto, pode-se concluir que a transferência do Ágio I da Ourinvest à BPMP III, por meio da cisão parcial daquela com versão da parcela cindida para esta, foi legitimada pela Autoridade Fiscal.

Nesse sentido, cumpre relembrar a operação societária ocorrida.

Veja-se:



Dá-se a entender, pela alegação da Autoridade Fiscal, que a “transferência de ágio” questionada pela Autoridade Fiscal ocorreu em momento posterior, qual seja, quando da incorporação da BPMB III pela Impugnante. Confira-se:



Em outras palavras, uma das interpretações que se faz da presente autuação é a de que a Autoridade Fiscal teria entendido que a Impugnante não poderia amortizar o Ágio I, apurado pela Ourinvest quando da aquisição das ações da BFRE detidas pela TPG-Axon e EI, e posteriormente transferido por meio de cisão e, por fim, incorporado pela Impugnante.

**Do Direito da BPMP III Amortizar o Ágio I - Incorporação da Parcela Cindida da Ourinvest por Meio de Aumento de Capital, Emissão e Subscrição de Ações**

A presente transmissão, conforme descrito no início desta Impugnação, deu-se no âmbito da cisão parcial da Ourinvest, que detinha participação na Brazilian Capital, com versão da parcela cindida à BPMB III, por meio de aumento de capital somado à emissão de ações e subscrição total destas.

Considerando-se que o investimento que gerou o Ágio I, baseado na expectativa de rentabilidade futura da Brazilian Capital, estava inicialmente registrado na Ourinvest, é certo que no momento da cisão desta empresa e versão da parcela cindida à outra sociedade, o ágio acompanhará o investimento. Isso fica ainda mais evidente ao se pensar que a amortização do ágio reflete a própria realização dessa expectativa de rentabilidade.

Nesse sentido, veja-se o que dispõe o artigo 386, inciso III do RIR/99:

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

*(...)*

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

Ou seja, é evidente que esse ágio deve acompanhar a participação societária, para que a empresa que detenha essa participação e que irá, portanto, verificar a realização dessa expectativa, após a incorporação, reflita essa realização da expectativa na amortização do ágio gerado na aquisição.

Ora, se a BPMB III recebeu, por aumento de capital e subscrição das ações emitidas, a participação na Brazilian Capital por um valor superior ao patrimônio líquido dessas sociedades, o que somente se sustentava em razão da expectativa

de seus resultados futuros, é claro que esses lucros futuros esperados devem ser contrapostos com o “custo” para sua apuração, do qual faz parte o valor pago a maior pelo recebimento dessas participações.

De outra forma, após a incorporação, a BPMB III, e posteriormente a Impugnante, passaria a auferir esses eventuais lucros esperados em decorrência das incorporadas sem a respectiva contrapartida de sua geração, que é o montante pelo qual a Impugnante aceitou receber comprar a participação da Brazilian Capital, o qual era superior ao valor de seus patrimônios líquidos.

Nesse sentido, vale citar os ensinamentos de Ricardo Mariz de Oliveira<sup>5</sup> a respeito da intenção do legislador no que tange ao supracitado dispositivo:

*“O espírito dessa norma é inequívoco, pois a lei permite a amortização do ágio quando ele tenha por fundamento econômico a expectativa de lucros futuros daquele negócio, o que bem justifica a consideração do ágio como dedutível na proporção da realização desses lucros, estabelecida na demonstração desse fundamento, e observado o limite máximo anual previsto na lei, embora, como dito, não haja absoluta e mandatória correlação entre as quotas de amortização de cada período-base fiscal e o lucro nele apurado efetivamente (correlação de resto impossível de ser matematicamente determinada).*

(...)

*Realmente, os art. 7º e 8º da Lei n. 9.532 têm um objetivo – a concessão do benefício de uma dedução especial do ágio – e um requisito para tanto, que é a absorção do patrimônio onde esteja o ágio, ou do patrimônio que vai gerar o lucro ao qual o ágio se refira”. (g.n.)*

Em suma, resta evidente a necessidade de o ágio acompanhar a participação, para que, após o evento incorporação da adquirida, a apuração dos lucros esperados seja confrontada com a amortização do ágio, que está fundamentada exatamente na expectativa daqueles lucros.

Fica claro, desta forma, que as ilações fiscais carecem de fundamento, uma vez que a Lei nº 9.532/97 não restringe a transferência do ágio.

Pelo contrário: a lógica da permissão da dedutibilidade do ágio, fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, nas hipóteses de cisão, fusão e incorporação, nada mais é do que o reconhecimento de que o ágio deverá, sempre, acompanhar o investimento que lhe é subjacente – o qual justificou seu pagamento.

Explica-se: o valor pago com base na expectativa de rentabilidade futura, como ocorreu nos presentes autos, está intrinsecamente associado à expectativa de lucros futuros gerados por determinado investimento, motivo pelo qual a sua amortização dar-se-á em contrapartida dessa expectativa de lucros a serem gerados.

Nessa linha, confira-se o que diz o Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações FIPECAFI:

*“O ágio pago por expectativa de lucros futuros da coligada ou controlada deve ser amortizado por tais futuros lucros, ou seja, contra os resultados dos exercícios considerados na projeção dos lucros estimados que justifiquem o ágio.*

*O fundamento aqui é o de que, na verdade, as receitas equivalentes aos lucros da coligada ou controlada não representam um lucro efetivo, já que a investidora pagou por eles antecipadamente, devendo, portanto, baixar o ágio contra essas receitas.” (g.n.)*

**Deste modo, é totalmente coerente, do ponto de vista econômico (que também é jurídico, pois representa a conformidade com os princípios de contabilidade geralmente aceitos, nos termos do artigo 177 da Lei das S/A), que o valor do ágio esteja contabilizado na mesma pessoa jurídica que é detentora do investimento, pois só assim será possível a amortização desse ágio contra os lucros futuros que o justificaram.**

Nesse passo, cite-se novamente o Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações<sup>7</sup>, no qual se afirma claramente que o valor do ágio e o valor da equivalência patrimonial devem figurar como subcontas que constituem o “valor do investimento”:

*“A subconta relativa ao ágio ou deságio deve figurar no próprio grupo de investimentos, e o somatório dessas subcontas constitui o valor contábil do investimento.*

*Para permitir tal segregação contábil, o Plano de Contas apresenta tais itens em contas distintas, como já visto neste capítulo, sumariamente como segue:*

**PARTICIPAÇÕES PERMANENTES EM OUTRAS SOCIEDADES:**

*a) Avaliadas pelo método da equivalência patrimonial 1. Valor da equivalência patrimonial 2. Ágio ou deságio dos investimentos.” (g.n.)*

De fato, o ágio somente existe em função do ativo que é a este subjacente. Trata-se de um acessório (ágio) que necessariamente deve seguir o principal (investimento). A sua amortização, como mencionado, decorre do fundamento econômico a ele subjacente.

Apenas para tornar claro esse conceito, destaque-se que a amortização do ágio é a forma contábil de se registrar a perda de valor no tempo de um ativo intangível em função de seu uso. O mesmo ocorre com os ativos tangíveis da sociedade, que têm seu valor ajustado no tempo pela depreciação ou pela exaustão.

Confira-se o seguinte exemplo: uma empresa adquire uma máquina por determinado custo de aquisição. Enquanto esta máquina estiver em seu ativo, ela irá registrar a sua depreciação em função do seu desgaste pelo uso. Contudo, caso

esta máquina seja conferida em integralização de capital em outra sociedade, é esta nova sociedade que irá registrar as subseqüentes despesas de depreciação e não a sociedade que originalmente pagou pela máquina.

Neste exemplo fica claro que a redução do valor do ativo em função de seu uso no tempo deve ser obrigatoriamente registrada como despesa da sociedade que seja a sua titular.

Assim, verifica-se da análise da legislação societária, bem como dos princípios de contabilidade geralmente aceitos, que é totalmente válida a transferência do ágio entre empresas, na medida em que o próprio investimento seja também transferido. Na verdade, trata-se de uma exigência lógica e necessária do próprio conceito de ágio.

Saliente-se ainda que, a posição majoritária adotada nos julgados do E. CARF corrobora o entendimento aqui exposto, isto é, admite a transferência do ágio.

De fato, nas operações realizadas pela INBRANDS S/A, Lajeo Energia S/A, Rio Grande Energia S/A, Hipercard Banco Múltiplo S/A, CTEEP, Tele Norte Leste Participações S/A, CPQ Brasil S/A, TIM e Vivo S/A o ágio foi transferido para diversas empresas como forma de reorganização societária, o que não invalidou o seu aproveitamento. Confira-se:

Assim, vale destaque os seguintes julgados, muitos deles recentes, proferidos, inclusive, pela E. Câmara Superior de Recursos Fiscais e por este E. Conselho, admitindo a transferência do ágio. De fato, nas operações realizadas pelas empresas listadas abaixo, o ágio foi transferido para diversas empresas como forma de reorganização societária, o que não invalidou o seu aproveitamento, in verbis:

*Tivit Terceirização de Processos, Serviços e Tecnologia (CARF -Sessão de 14 de agosto de 2018 – Acórdão nº 1301-003.284)*

**“ÁGIO REGULARMENTE CONSTITUÍDO. INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. TRANSFERÊNCIA DO ÁGIO ENTRE EMPRESAS DO MESMO GRUPO.**

**DEDUTIBILIDADE.**

*É válida a transferência de ágio entre pessoas jurídicas integrantes do mesmo grupo econômico, podendo as quotas de amortização ser deduzidas da base de cálculo do IRPJ, se o ágio tiver sido regularmente constituído em operação realizada entre pessoas jurídicas independentes, lastreadas em expectativa de rentabilidade.*

**AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. POSSIBILIDADE.**

*O art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, permite a dedução do ágio devido a resultados de exercícios futuros somente quando a pessoa jurídica absorve patrimônio de outra em casos de cisão, fusão ou incorporação. No caso vertente, a operação societária foi legítima e revestida dos pressupostos legais no tocante a transferência do ágio.*

*ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO REVERSA. VALIDADE.*

*O uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si só, não invalida as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida, estando diretamente vinculadas ideologicamente a um propósito negocial. Verificadas as condições legais, especialmente a confusão patrimonial entre investidora e investida, deve ser admitida a amortização fiscal do ágio.” (g.n.)*

(...)

Ademais, a confirmar a validade da transferência do ágio, mencione-se decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) que, ao analisar autuação fiscal sobre o tema, entendeu pela total improcedência dos autos de infração lavrados pela Fiscalização:

(...)

Dessa forma, seja pela jurisprudência do E. CARF e também do Poder Judiciário, seja pela ausência de vedação legal ou pela coerência no que se refere à contraposição dos lucros e custo para obtenção desses lucros, é de se reconhecer a transferência da participação e respectivo ágio realizada pelos Acionista da Ourinvest à BPMB III e conseqüente dedução das despesas com amortização do Ágio I a incorporação da Brazilian Capital pela BPMB III.

#### **Do Direito da Impugnante Amortizar o Ágio I - Incorporação da BPMB III**

Demonstrada a possibilidade de amortização do Ágio I pela BPMB III, quando da versão da parcela cindida da Ourinvest, a Impugnante passará a demonstrar a possibilidade de a Impugnante amortizar o Ágio I quando da incorporação da BPMB III, detentora do Ágio I, pela Impugnante, em razão de simples consequência da sucessão universal desta.

Considerando-se, conforme já mencionado, que a BPMB III foi incorporada pela Impugnante, faz-se necessário o exame dos efeitos da operação de incorporação, os quais estão previstos nas normas de direito privado que definem o instituto, o que levará à conclusão inexorável no sentido de que o direito à dedutibilidade acima referido pertence, por sucessão, à Impugnante.

Com efeito, a respeito do instituto da incorporação, veja-se a lição de José Edwaldo Tavares Borba (In Direito Societário. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 467-468):

*“Com a incorporação, a incorporadora sucede a incorporada em todos os direitos e obrigações, operando-se uma sucessão universal. O patrimônio líquido da incorporada, que passa à incorporadora, gera nesta um aumento de capital equivalente e, como consequência, a emissão das ações a serem entregues aos acionistas da incorporada em substituição às de que eram titulares. A sociedade incorporada extingue-se sem se*

*liquidar, posto que a sua realidade econômico-jurídica (ativo, passivo e acionistas) integra-se na incorporadora.” (g.n.)*

De fato, existem previsões legais expressas relativas à sucessão universal na incorporação, pelas quais a incorporadora sucede a incorporada em todos os seus direitos e obrigações. É o que dispõem o caput do artigo 227 da Lei das S.A. e o artigo 1.116 do Código Civil, in verbis:

*“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. 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.”*

Acerca do mencionado art. 227, Nelson Eizirik (In A Lei das S/A Comentada. Volume IV. 2. ed. São Paulo: Quarter Latin, 2015, p. 129). confirma a transferência de vantagens econômicas, inclusive as tributárias da sucedida à empresa sucessora. Confira-se:

*“A incorporação é, na prática dos negócios, um dos institutos jurídicos mais utilizados em processos de concentração empresarial. Trata-se de operação que permite a uma sociedade a absorção de outra, ou outras, com as vantagens econômicas, estratégicas e tributárias dela decorrentes. Assim, serve o negócio DJ DRJ07 RJ Fl. 2423 Cópia autenticada administrativamente Processo 16327.720815/2018-01 Acórdão n.º 12-109.853 DRJ/RJO Fls. 97 97 jurídico de incorporação para unificar 2 (duas) ou mais sociedades, extinguindo-se a incorporada e permanecendo em existência a incorporadora.” (g.n.)*

Em outras palavras, pela simples leitura dos citados dispositivos, conclui-se que a sociedade incorporada desaparece, ao passo que a sociedade incorporadora absorve todos os direitos e obrigações inerentes à primeira.

Nesse sentido, Alberto Xavier esclarece que (In Incorporação de Sociedades e Imposto de Renda. São Paulo: Resenha Tributária, 1978, pp. 12 e 28):

*“Na incorporação, como na fusão, ocorre, pois, uma sucessão a título universal, através da qual se verifica, no dizer de W. BULGARELLI, a transmissão “uno acto” do patrimônio inteiro, “in universum ius” e, portanto, os vínculos obrigacionais, os direitos reais, os direitos sobre bens materiais, transmitem-se subsumidos globalmente. (...) A incorporação, porém, é uma sucessão a título universal, em que se transmitem todos os direitos e deveres da incorporada, ou seja, se transmite a empresa, considerada um bloco, como uma universalidade. (...) A incorporação de uma sociedade em outra traduz-se juridicamente na subscrição, em bens, do capital da segunda (incorporadora) pelos sócios da primeira (incorporada), os quais, em contrapartida da versão*

*do patrimônio líquido, receberão ações ou quotas da sociedade incorporadora.” (g.n.)*

Não há dúvidas de que a legislação, ao estabelecer que a incorporadora sucede a incorporada em todos os direitos e obrigações, não excepcionou qualquer direito, de tal forma que, seja qual for a natureza do direito detido pela sucedida, este é integralmente vertido à sucessora no momento da incorporação.

Assim, se por imposição da lei a sucessão é universal, ou seja, se o efeito da incorporação é a transferência da empresa “como um bloco”, então, no caso ora analisado, não há dúvidas de que **o direito da empresa sucedida (BPMB III, acima demonstrado) à amortização do ágio decorrente da aquisição da empresa Brazilian Capital, para fins de dedutibilidade das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, passou a ser passível de aproveitamento por parte da Impugnante, na qualidade de sucessora.**

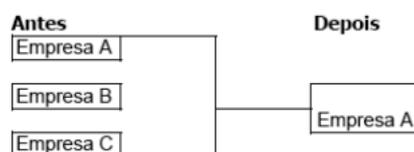
Frise-se que, com a incorporação, a Impugnante passou a ser a titular de todos os direitos detidos pela BPMB III, o que, repita-se, obviamente inclui o direito ao aproveitamento fiscal da amortização do Ágio I.

Também sob o aspecto contábil, outro não é o efeito da incorporação, transportando-se para o patrimônio da incorporadora os direitos e obrigações antes contabilizados no patrimônio da incorporada, com a conseqüente extinção da incorporada.

Nessa linha, cite-se Silvério das Neves (In Contabilidade Avançada, 14ª edição, Frase Editora, pp. 367 e 368.):

*“Conforme já definido no subitem 14.1.1, na incorporação uma sociedade absorve o patrimônio de outras, sucedendo-lhes em seus direitos e obrigações.*

Observe o diagrama abaixo:



*Nesse caso, as empresas B e C deixaram de existir, sendo incorporadas pela empresa, que as sucede em seus direitos e obrigações.” (g.n.)*

Com efeito, os registros contábeis deixam claro que, a partir da incorporação, os lucros auferidos no período pela Companhia incorporada passaram a pertencer à Impugnante, o que ratifica o fato de que os direitos decorrentes da apuração dos lucros em questão também foram transferidos por sucessão.

A própria legislação tributária, no que diz respeito aos efeitos da incorporação sobre as obrigações fiscais dos contribuintes, repetiu o que estabelecem as normas de direito privado.

De fato, nos termos do artigo 132 do CTN (“Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.”) a pessoa jurídica de direito privado que resultar de incorporação de outra é responsável por todas as obrigações tributárias da empresa sucedida até a data da incorporação.

Ora, onde existem as mesmas razões, deve ser aplicado o mesmo direito. Se, a partir da incorporação, as obrigações tributárias da incorporada passam a ser de responsabilidade da incorporadora, não se pode negar que todos os direitos da incorporada, decorrentes da legislação tributária, também devem ser transmitidos em razão da sucessão.

Assim, considerando-se que o direito ao aproveitamento fiscal da amortização de ágio gerado com fundamento na expectativa de rentabilidade futura, nos termos do artigo 386 do RIR/99, pela sucedida, decorre de expressa previsão da legislação tributária é certo que esse direito, tendo sido automaticamente transmitido no momento da incorporação, poderia ser – como foi - exercido pela Impugnante.

Defender o contrário, tal como exposto no TVF impugnado, é sustentar a possibilidade de aplicação de “dois pesos e duas medidas” por parte do Fisco, o que jamais poderia ser admitido, por evidente ofensa ao Princípio da Isonomia.

Assim, está claro que, após o advento da incorporação, sob todos os aspectos (societário, fiscal e contábil), deixa de existir a entidade incorporada, passando a existir somente a incorporadora, que passa a ser, obrigatoriamente, titular de todos os direitos e obrigações da incorporada.

Neste íterim, importante citar o entendimento adotado pelo E. CARF quanto à sucessão de direitos e obrigações tributários na incorporação, in verbis:

*“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ  
Anocalendario: 2009, 2010, 2011, 2012 DECADÊNCIA - DIREITO DE VERIFICAR VALORES Os prazos de caducidade, como a decadência, visam consolidar situações jurídicas em benefício de uma pessoa em face da inércia de outra. Ora, se inexistente conduta a ser exigida da Fazenda Pública para que esta conteste operações societárias enquanto não repercutirem em fatos geradores tributários, não há que perecer o direito de verificação dessas ocorrências. A decadência pune a omissão. Se o Fisco não foi omissor, não há razão para o estabelecimento de prazos extintivos dos seus direitos. Por isso só consta, no Código Tributário Nacional, exclusivamente a decadência do direito de lançar, uma vez que não é imposto à Fazenda Pública o dever de acompanhar cada um dos itens patrimoniais capazes de refletir no valor futuro da tributação.*”

*AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - QUITAÇÃO DO PREÇO A quitação do preço na aquisição de participações societárias é condição para a amortização do ágio, mas não se restringe à entrega de pecúnia. A entrega de outras participações também cumpre tal requisito.*

*SUCESSÃO - DIREITO DE APROVEITAMENTO À AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO*

*Há sucessão ao direito à amortização fiscal do ágio nas reorganizações societárias. Como regra geral, há sucessão universal de direitos e deveres nesses eventos. Evidentemente, essa regra não é absoluta, mas só pode ser afastada por expressa previsão legal, o que inexistente para o direito à amortização de ágio.” (Acórdão nº 1401- 001.902, sessão de julgamento 20/07/2017 - g.n.)*

(...)

Está claro, portanto, que a doutrina, a legislação e a jurisprudência são uníssonas quanto aos efeitos da incorporação no que tange à sucessão da incorporadora nos direitos e obrigações da incorporada, o que inclui, obviamente, o direito à dedutibilidade da amortização do Ágio I.

Dessa forma, considerando-se que (i) a BPMB III detinha o direito de amortizar o valor do Ágio I, fundamentado na expectativa de rentabilidade na apuração do lucro real, à razão de um sessenta avos por mês, como bem reconhecido pela própria Autoridade Fiscal ao legitimar tal transferência; (ii) tal sociedade foi incorporada pela Impugnante; e (iii) a incorporação implica sucessão universal de direitos e obrigações; concluiu-se que o direito à amortização do Ágio I detido pela BPMB III (sucedida) passou a pertencer à sucessora e, portanto, foi legitimamente utilizado pela Impugnante para fins de cálculo do lucro real no período, o que deverá ser reconhecido por esta C. Turma julgadora, com o consequente cancelamento dos autos de infração objeto do presente processo.

**II.5. Da Possibilidade de Amortização do Ágio II – Existência de Documentação Comprobatória da Expectativa de Rentabilidade Futura**

Como já adiantado, em relação ao Ágio II (R\$ 90.943.236,94), apesar de a Autoridade Fiscal reconhecer que a Impugnante teria efetivamente suportado o ônus financeiro, houve por bem glosar a despesa da sua amortização sob o entendimento de que o (i) ágio não teria sido lastreado em documentação que comprovasse a expectativa de rentabilidade futura, e (ii) o Laudo de Avaliação da BFRE elaborado pela empresa Apsis não seria suficiente para comprovar o preço de compra estabelecido no Contrato de Compra e Venda de Ações, pois seria posterior à este, além de ter sido encomendado pela Ourinvest, in verbis:

(...)

Inicialmente, cumpre relembrar que, conforme já tratado anteriormente, o ágio em questão está respaldado em estudos econômicos prévios realizados pela Impugnante, os quais foram elaborados em dezembro de 2011, ou seja, antes da

assinatura do Contrato de Compra e Venda de Ações, e ratificados posteriormente pelo citado laudo de avaliação elaborado pela Apsis.

Isto posto, passa-se a demonstrar a validade dos presentes estudos prévios como documentos comprobatórios da expectativa de rentabilidade futura da Brazilian Capital, bem como do laudo produzido pela empresa Apsis.

Conforme disposto no § 2º, do artigo 20, do Decreto-Lei nº 1.598/77, em sua redação vigente quando da amortização ora glosada, previa-se a obrigatoriedade da indicação do fundamento econômico para o lançamento do ágio em um dos seguintes critérios: (i) valor de mercado de ativos; (ii) expectativa de rentabilidade futura; ou (iii) fundo de comércio, intangíveis ou outras razões econômicas.

No que se refere aos dois primeiros fundamentos, determinava a redação do §3º, do artigo 20, do Decreto-Lei nº 1.598/77 que o contribuinte deveria arquivar um demonstrativo do comprovante da escrituração.

Portanto, a legislação não definia a forma ou o momento em que este demonstrativo deveria ser elaborado, tampouco exigia a existência de um “laudo” formal, diferentemente do que pretende fazer crer a Autoridade Fiscal.

Com razão, Ricardo Mariz de Oliveira afirma, a este respeito (In Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 764-765):

*“Mais uma observação que pode ser feita gira em torno da comprovação do ágio. A Lei n. 9532 não impõe qualquer forma especial para tal comprovação, limitando-se a fazer remissão ao art. 20 do Decretolei n. 1598, no qual também não há qualquer exigência formal a respeito.*

*Realmente, neste, o parágrafo 3º requer apenas a manutenção em arquivo de uma ‘demonstração’ dos ágios ou deságios cujos fundamentos sejam os das alíneas ‘a’ e ‘b’, para comprovação dos mesmos. A Lei n. 9532 também nada impõe como requisito formal para demonstração dos ágios ou deságios.*

*Assim, não há requisitos formais expressos, diferentemente do que ocorre com os laudos de avaliação de bens conferidos para integralização de aumentos de capital das sociedades anônimas, os quais devem obedecer o disposto no art. 8º da Lei n. 6404.” (g.n.)*

Destarte, para que fosse atendida a necessidade de comprovação do fundamento econômico que motivou o pagamento de ágio, bastava que a aquisição fosse realizada com base na expectativa de rentabilidade futura (ou valor de mercado de bens do ativo) e que existisse um demonstrativo desse fundamento econômico arquivado na contabilidade do contribuinte, **o que ocorreu no caso em tela.**

**Justamente por isso é que a jurisprudência administrativa aceita comprovantes elaborados após a respectiva aquisição da participação societária, visto que o laudo não precisa ser, necessariamente, anterior a esta,** conforme se verifica abaixo:

*“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ  
Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010 REQUISITOS PARA  
DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO. EXISTÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.*

*Ausente conduta tida como simulada, fraudulenta ou dolosa, a busca de eficiência fiscal em si não configura hipótese de perda do direito de dedução do ágio, ainda que tenha sido a única razão aparente da operação. A existência de outras razões de negócio que vão além do benefício fiscal, apenas ratifica a validade e eficácia da operação.*

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

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

*LAUDO DE AVALIAÇÃO. AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE.*

*PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.*

*A legislação fiscal não traz previsão de obrigatoriedade de apresentação de laudo de avaliação anterior à operação que originou o ágio para fins de dedutibilidade. A apresentação de demonstrativo de rentabilidade futura, ainda que por meio de estudo técnico interno, preenche os requisitos previstos em lei, sendo que o laudo elaborado em período posterior pode servir apenas para ratificar o estudo anterior.*

*INCORPORAÇÃO REVERSA. POSSIBILIDADE LEGAL.*

*A incorporação reversa para fins de possibilitar a dedução do ágio pela empresa incorporadora é hipótese prevista de forma expressa na legislação tributária.” (Acórdão nº 1201-001.507 – g.n.)*

*ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2007, 2008 (...)*

*ÁGIO. FUNDAMENTO. DEMONSTRAÇÃO CONTEMPORÂNEA AOS FATOS. NECESSIDADE.*

*A lei exige que o lançamento do ágio com base no valor de mercado ou na expectativa de rentabilidade futura seja baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.*

*Não há a exigência de que a comprovação se dê por laudo, mas por qualquer forma de demonstração, contemporânea aos fatos, que indique por que se decidiu por pagar um sobrepreço. Caso em que se demonstrou que o ágio foi pago com base na expectativa de resultados futuros, tanto por documentos contemporâneos ao investimento, quanto por laudo elaborado posteriormente com base em informações da época.” (Acórdão nº 1102-001.018 – g.n.)*

*“Desnecessário, assim, seria debater a qualidade do laudo que dá fundamento ao ágio amortizado. De toda sorte, registro que os argumentos adotados pela Fiscalização não são suficientes para desqualificá-lo. Isto porque a exigência legal é no sentido de que a contribuinte mantenha comprovante de escrituração que demonstre o fundamento do ágio pago. Este comprovante deve expressar razões que justifiquem a aquisição, mas não precisa ser, necessariamente, elaborado antes ou concomitantemente com a operação.” (fl. 19 do Acórdão nº 1101-000.899 (Mencione-se que o Recurso Voluntário do contribuinte não foi provido no presente caso em razão de outro argumento defendido pela Ilma. Relatora, que não guarda qualquer relação com o argumento desenvolvido sobre a necessidade de comprovante para a quantificação da rentabilidade futura). – g.n.)*

As ementas dos acórdãos acima reproduzidas são claras ao admitir o aproveitamento fiscal do ágio que seja fundamentado em rentabilidade futura, desde que exista um demonstrativo ou laudo que comprove tal fundamento econômico, ainda que o referido laudo seja posterior à operação.

No mesmo passo, pode-se observar, também, a seguinte passagem extraída do voto proferido no Acórdão nº 1402-002.336, verbis:

*“Pois bem, nos autos constam os dois “laudos” (tidos pelo Fisco como extemporâneos) fls. 121/199 (Detroit) e 200/234 (Atenas) e, em contraparte, há a juntada, pela recorrente, de centenas de documentos às fls. 2538/2574, 2659/2713, 2714/2775, 2776/2836, 2837/2862 que mostram as avaliações por ela procedidas antecipadamente à aquisição das empresas Detroit e Atenas e, óbvio, precedentemente aos laudos depois elaborados.*

*E aí cabe a pergunta central destes autos: seriam os documentos de fls.*

*2538/2574, 2659/2713, 2714/2775, 2776/2836, 2837/2862 suficientes para se entender como atendidos os preceitos do § 3º, do artigo 20, do DL nº 1.598/1977, ou os “laudos” (que, na visão fiscal, são extemporâneos), seriam obrigatórios para que a dedutibilidade das despesas geradas pela amortização do ágio se confirmasse?*

*DJ DRJ07 RJ Fl. 2430 Cópia autenticada administrativamente Processo 16327.720815/2018-01 Acórdão n.º 12-109.853 DRJ/RJO Fls. 104 104 Diversamente do pensamento da Autoridade Fiscal e da decisão recorrida e, em comunhão com as posições jurisprudencial e doutrinária, antes reproduzidas, penso que sim, os documentos (ou demonstrativos) juntados se prestam ao atendimento do citado dispositivo legal.*

*É vero que os laudos foram elaborados após os eventos, em um caso, 10 meses depois, e, no outro, mais de quatro anos. Porém, também é inegável até pela omissão da Lei, que demonstrativos ou demonstrações,*

*arquivadas ou exibidas ao Fisco, DESDE QUE CONTEMPORÂNEAS AOS FATOS, prestam-se a suprir a exigência.” (fl. 32 do Acórdão nº 1402-002.336 – g.n.)*

Trata-se de entendimento que prevalece, acertadamente, porque, na época dos fatos questionados nas referidas decisões, (i) o ágio poderia ser aferido por meio de estudos prévios / internos e não necessariamente por laudo de avaliação elaborado por auditoria especializada e independente, bem como (ii) não havia previsão legal expressa de prazo para sua elaboração.

De fato, os requisitos e o prazo para apresentação de laudo apenas foram introduzidos no ordenamento jurídico por meio da Medida Provisória nº 627/2013, publicada em 11/11/2013, convertida na Lei nº 12.973/2014. E mesmo sob a égide das disposições legais atinentes à Lei nº 12.973/2014 não há exigência de que o laudo de avaliação seja elaborado anteriormente à operação que ensejou o pagamento do ágio. Veja-se:

*“Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:*

*(...)*

*II - mais ou menos valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput; e*

*(...)*

*§ 3º O valor de que trata o inciso II do caput deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do décimo terceiro mês subsequente ao da aquisição da participação.” (g.n.)*

Ora, conforme se verifica da redação do § 3º, do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, após a entrada em vigor da Lei nº 12.973/2014, fica claro que a exigência quanto à apresentação do laudo de avaliação deverá ser cumprida “até o último dia útil do DJ DRJ07 RJ Fl. 2431 Cópia autenticada administrativamente Processo 16327.720815/2018-01 Acórdão n.º 12-109.853 DRJ/RJO Fls. 105 105 décimo terceiro mês subsequente ao da aquisição da participação”. E mais, sequer seria necessária a apresentação do laudo de avaliação na íntegra, mas simplesmente seu sumário.

Trazendo tal análise para o caso concreto, considerando que a aquisição que ensejou o ágio em foco se concretizou em 07/2012, o laudo de avaliação (ou, no mínimo, seu sumário) correspondente poderia ser elaborado até último dia útil de agosto de 2013, ou seja, mais de um ano após o evento da aquisição.

Com efeito, vale destacar que a própria Autoridade Fiscal reconheceu, ao longo do TVF, os seguintes fatos:

◆ Em 31/01/2012, foi celebrado o Contrato de Compra e Venda de Ações (fl. 03 do TVF);

◆ Em 24/05/2012, Contrato de Compra e Venda de Ações foi aditado (fl. 06 do TVF);

◆ Em 12/06/2012, foi celebrado o instrumento particular de Protocolo e Justificação de Cisão Parcial da BFRE e Versão da Parcela Cindida para a BPMB IV (fl. 07 do TVF);

◆ Em 19/06/2012, foi celebrado o instrumento particular de Protocolo e Justificação de Cisão Parcial da Ourinvest e Versão da Parcela Cindida para a BPMB III (fl. 07 do TVF); e

◆ Em 19/07/2012, houve a transferência das ações pertencentes aos Acionistas da Ourinvest à Impugnante, conforme se depreende do Livro de Registro de Transferência de Ações Nominativas (fl. 10 do TVF).

Nesses termos, tendo em vista que, segundo a própria Autoridade Fiscal, o Laudo de Avaliação da BFRE elaborado pela empresa de auditoria foi concluído em 07/2012, mesmo com base nas disposições da Lei nº 12.973/2014, que sequer se encontravam vigentes à época da operação, não haveria como subsistir qualquer questionamento quanto à sua contemporaneidade com a operação.

Ora, se a legislação vigente à época dos fatos não exigia qualquer formalidade quanto à forma ou momento de apresentação do laudo, bem como a nova legislação não trouxe qualquer exigência no sentido de que esse documento deveria ser elaborado anteriormente à operação de aquisição, de certo não se pode exigir da Impugnante o cumprimento de requisitos que sequer se encontravam (ou se encontram) positivados.

Independentemente dos argumentos acima expostos, suficientes para descaracterizar qualquer pretensão fiscal quanto ao preenchimento do alegado requisito de tempestividade do Laudo de Avaliação BFRE, todas as operações ora discutidas ocorreram a partir de dezembro de 2011, o que se deu porque, nesse mesmo momento, a Impugnante elaborou estudos prévios que fundamentam a expectativa de rentabilidade futura relativa à aquisição da Brazilian Capital.

Por oportuno, cumpre ressaltar que, apesar de a Autoridade Fiscal ter desconsiderado o Laudo de Avaliação da BFRE, esta não apontou qualquer outra “inconsistência” neste documento, se limitando a afirmar, de forma reiterada, que este teria sido formalizado em momento posterior à operação, de forma extemporânea.

Em conclusão, considerando-se que à época aqui tratada a legislação não definia forma ou o momento em que o demonstrativo de expectativa de rentabilidade futura deveria ser elaborado, tampouco exigia a existência de um “laudo”, resta

evidente que as operações em questão foram devidamente fundamentadas pelos estudos internos anteriores a toda e qualquer negociação, posteriormente ratificados pelo Laudo de Avaliação da BFRE elaborado pela Apsis, razão pela qual esta C. Turma Julgadora deve cancelar integralmente os autos de infração ora combatidos.

## II.6. Da Impossibilidade de Ingerência pela Autoridade Fiscal na Atividade Desenvolvida pela Impugnante

Demonstrada a correção dos procedimentos adotados nas operações analisadas no presente caso, passa-se a averiguar a real motivação da Autoridade Fiscal ao realizar a autuação fiscal que deu origem ao presente processo administrativo.

Conforme se depreende da leitura do TVF, a Autoridade Fiscal pretendeu impor a utilização de uma determinada estrutura societária à Impugnante - aquisição direta da participação Brazilian Capital por meio da BFRE - como se tivesse poder de ingerência sobre as negociações particulares e sugerindo que qualquer estrutura distinta daquela assumida como supostamente correta caracterizaria uma ilicitude, veja-se:



(fl. 14 do TVF 2 – g.n.)

Primeiramente, cumpre ressaltar que as operações societárias sugeridas pela Autoridade Fiscal, quais sejam, aquisição direta da Brazilian Capital pela Impugnante junto à BFRE e sua posterior incorporação, não comportam toda a gama de interesses exhaustivamente demonstrada na presente impugnação.

Como se viu, para que o negócio fizesse sentido, o Banco BTG e o Banco Panamericano necessariamente deveriam participar como compradores dos ativos da BFRE que lhes interessavam. Ou seja, não haveria negócio sem a participação do Banco Panamericano, fato que a Fiscalização ignorou completamente.

Ademais, é evidente que se a Impugnante houvesse adquirido a Brazilian Capital da maneira proposta pela Autoridade Fiscal, o montante amortizável de ágio seria

idêntico ao aqui tratado, sendo indiferente, portanto, a efetiva operação societária utilizada.

No mais, como é cediço, não poderia o Fisco adentrar à liberdade individual dos contribuintes, por não possuir poder de ingerência sobre os negócios particulares realizados entre partes contratantes que visam sempre o sucesso de sua atuação no mercado, mesmo que, reitere-se, a alternativa adotada pelos contribuintes seja a menos onerosa fiscalmente.

(...)

Ante o exposto, deve esta C. Turma Julgadora determinar o cancelamento dos autos de infração em comento para reconhecer que a Autoridade Fiscal agiu com verdadeira ingerência sobre as negociações particulares entre o a Impugnante, Banco Panamericano, Ourinvest e Acionistas da Ourinvest, sendo que não houve qualquer economia fiscal indevida, uma vez que o ágio objeto do presente caso decorre de aquisição de participação societária entre partes independentes, mediante pagamento em dinheiro e fundamentado em expectativa de rentabilidade futura devidamente comprovada e não questionada em momento algum pela Fiscalização.

#### **II.7. Ad Argumentandum – Da Inexistência de Previsão Legal Para a Adição, à Base de Cálculo da CSLL, da Despesa com a Amortização de Ágio Considerada Indedutível pela Fiscalização**

Conforme restou evidenciado nos tópicos anteriores, a Impugnante cumpriu com todos os requisitos previstos na legislação fiscal para que pudesse amortizar fiscalmente o ágio originado na aquisição da Brazilian Capital, sendo, portanto, totalmente improcedentes os autos de infração originários deste processo administrativo.

Contudo, na remota hipótese desta C. Turma Julgadora não entender pelo cancelamento integral do lançamento fiscal, o que se alega a título meramente argumentativo, deve ser, ao menos, reconhecida impossibilidade de se falar na adição da referida despesa na base de cálculo da CSLL, por absoluta ausência de previsão legal.

De fato, o legislador determinou a base de cálculo da CSLL de forma exaustiva (numerus clausus), fixando, taxativa e individualmente, cada um dos ajustes aplicáveis (artigo 2º e parágrafos, da Lei nº 7.689/88), não arrolando, como hipótese de adição ao lucro líquido, o valor correspondente à amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial.

Assim, tendo em vista que o ordenamento foi silente quanto à adição ao lucro líquido, para fins de apuração da base de cálculo da CSLL, da parcela do ágio, não caberia ao Sr. Agente Fiscal exigir o que a lei não exige. De fato, o tributo só pode ser exigido quando ocorrer a efetiva subsunção do fato à norma tributária e, somente assim, poderia se falar em ocorrência do fato jurídico tributário.

No presente caso, repita-se, não há previsão legal para imputação da referida adição. Frise-se, também, que a Autoridade Fiscal não citou qualquer disposição legal específica para a apuração da base de cálculo da CSLL, procedimento esse que ratifica o até aqui exposto.

Dessa forma, torna-se incontroversa a argumentação no sentido de que, os únicos ajustes admitidos, por adição, à base de cálculo da CSLL, são aqueles que decorrem de lei. Com efeito, uma eventual despesa que tenha integrado o lucro líquido somente será considerada indedutível da base de cálculo da CSLL caso haja previsão expressa em lei para este tributo – o que não ocorre para o caso específico.

Neste sentido, mencione-se que o E. CARF já decidiu em diversas oportunidades que inexistente previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL das despesas com amortização do ágio. Confira-se:

*“AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO.*

*INAPLICABILIDADE DO ART. 57, LEI N 8.981/1995.*

*Inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial. Inaplicabilidade, ao caso, do art. 57 da Lei n. 8.981/1995, posto que tal dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ.” (Acórdão nº 1301-002.281 – g.n.)*

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

*A Lei n. 7.689/88 (art. 2º, caput e § 1º, “c”, “1” a “3”) não contempla essa indedutibilidade. Tanto o art. 38 da Lei n. 8.541/92 como o art. 57 da Lei n. 8.981/95, previram expressamente a manutenção da base de cálculo da CSLL, ressalvadas as alterações a ela feitas nessas leis. E nenhuma delas previu a indedutibilidade em comentário. Também as leis posteriores, como as Leis ns. 9.249/95 e 9.430/96 não instituíram essa indedutibilidade para a CSL.” (Acórdão nº 1103-00.630 – g.n.)*

*“CSLL. BASE DE CÁLCULO E LIMITES À DEDUTIBILIDADE.*

*A amortização contábil do ágio impacta (reduz) o lucro líquido do exercício.*

*Havendo determinação legal expressa para que ela não seja computada na determinação do lucro real, o respectivo valor deve ser adicionado no LALUR, aumentando, portanto, a base tributável. Não há, porém, previsão no mesmo sentido, no que se refere à base de cálculo da*

*Contribuição Social, o que, a nosso sentir, torna insubsistente a adição feita de ofício pela autoridade lançadora.*

**AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO. INAPLICABILIDADE DO ART. 57, LEI Nº 8.981/1995.**

*Inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial. Inaplicabilidade, ao caso, do art. 57 da Lei nº 8.981/1995, posto que tal dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ.” (Acórdão nº 1301-001.394 - g.n.)*

**“CSLL. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO EM AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. LIMITE. ÁGIO EFETIVAMENTE PAGO.**

*Inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial, posto que o art. 25 do Decreto-lei n. 1.598/77, com a redação dada pelo Decreto-lei n. 1.730/79, apenas veda o computo das contrapartidas de referida amortização no lucro real. O art. 57 da Lei n 8.981/95 ressalva a manutenção da base de cálculo da CSLL nos modos em que prevista na legislação específica, inexistindo, portanto, identidade entre a base de cálculo da CSLL e a do IRPJ.” (Acórdão nº 1201-000.285 – g.n.)*

Ainda, em sessão de 03/05/2016, a E. Câmara Superior de Recursos Fiscais afastou qualquer dúvida quanto à impossibilidade de adição do ágio considerado não dedutível para fins de apuração do lucro real, à base de cálculo da CSLL:

**“IRPJ. CSLL. BASES DE CÁLCULO. IDENTIDADE. INOCORRÊNCIA.**

*A aplicação, à Contribuição Social sobre o Lucro, das mesmas normas de apuração e pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, por expressa disposição legal, não alcança a sua base de cálculo.*

*Assim, em determinadas circunstâncias, para que se possa considerar indedutível um dispêndio na apuração da base de cálculo da contribuição, não é suficiente a simples argumentação de que ele, o dispêndio, é indedutível na determinação do lucro real, sendo necessária, no caso, disposição de lei nesse sentido.” (Acórdão nº 9101-002.310 – g.n.)*

Portanto, mesmo que se considere que o ágio amortizado deva ser adicionado para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ no presente caso, o que se admite, insista-se, apenas a título argumentativo, é possível concluir que o lançamento de CSLL, que também é objeto do presente processo administrativo, não possui fundamento legal, na medida em que afronta um dos mais

importantes princípios norteadores do Direito Tributário, qual seja o princípio da legalidade, motivo pelo qual deve ser cancelado ao menos o auto de infração de CSLL por esta C. Turma Julgadora.

### **III - PRELIMINARES RELATIVAS AOS PAGAMENTOS DE PLR AOS DIRETORES EMPREGADOS**

#### **III.1. Nulidade da Autuação – Ausência de Provas para a Desconsideração do Vínculo Empregatício Existente entre os Diretores Empregados e a Impugnante**

A Fiscalização, ao fundamentar a lavratura do auto de infração de IRPJ na indedutibilidade de pagamentos efetuados a supostos “administradores”, nos termos dos artigos 249, inciso I, 303, 357, parágrafo único e 463 do RIR/99, desqualificou o vínculo empregatício dos diretores da Impugnante.

Não obstante, verifica-se que os ditos “administradores” eram, em realidade, empregados da Impugnante, que foram eleitos diretores, sem suspensão do vínculo empregatício.

Aliás, ao longo do TVF, a Autoridade Fiscal jamais questionou de forma direta a condição de empregados dos diretores. Ou seja, não trouxe uma linha sequer a respeito do cumprimento ou não dos requisitos da relação de emprego (onerosidade, pessoalidade, subordinação e habitualidade).

Ocorre que acaba por fazê-lo pela via transversa. O que não pode ser admitido.

Com efeito, ao lavrar os autos de infração em razão da indedutibilidade do pagamento de PLR a estes diretores empregados, a Fiscalização, equivocadamente, desqualificou a condição de empregado dos diretores da Impugnante alegando que, de acordo com excertos do Contrato Social, estes teriam funções de administradores.

Embora nada tenha sido explicitado a este respeito no presente lançamento fiscal, o que por si só já constitui grave vício de fundamentação, o único permissivo legal de que a Autoridade Fiscal poderia se valer para desconsiderar este vínculo empregatício (reconhecido por meio de contrato de trabalho e obrigações acessórias) – o que se admite a título argumentativo –, seria, em tese, o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional.

Isso porque, se há um vínculo empregatício válido entre a Impugnante e seus diretores empregados e se a legislação federal permite a dedutibilidade dos valores pagos ao seu abrigo para fins da apuração do lucro real, o único meio que poderia, em tese, autorizar as glosas combatidas, seria a desconsideração daqueles contratos, sob o fundamento de que teria sido ajustado com a exclusiva finalidade de dissimular “a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária”.

No entanto, em primeiro lugar, o referido dispositivo não poderia servir de fundamento à autuação, porquanto ainda pendente de regulamentação por lei

ordinária. Nesse sentido, veja-se recente decisão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”):

*“PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. DESCONSIDERAÇÃO DE ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS. FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 116 CTN. ERRO DE FUNDAMENTAÇÃO.*

*O parágrafo único do art. 116 do CTN, introduzido pela Lei Complementar nº 104/2001, trata-se de regra anti-dissimulação, e prevê a possibilidade de desconsideração de 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 que até o momento não foi editada, não podendo, portanto, ser utilizado como fundamento da decisão.” (Acórdão nº 3401-005.228 – g.n.)*

Ainda que assim não fosse, e o artigo 116, parágrafo único do CTN pudesse ser invocado no caso concreto, é certo que a jurisprudência administrativa é pacífica no sentido de que a “desconsideração de negócio jurídico demanda a existência de provas contundentes de simulação”. Nesse sentido, confira-se os seguintes julgados:

(...)

Deveras, de acordo com o artigo 166, IV do Código Civil, serão nulos os negócios jurídicos inaptos a revestir a forma prescrita em lei. No caso em questão, entretanto, as relações de emprego regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho (“CLT”) entre a Impugnante e os diretores revestem-se perfeitamente de todos os requisitos previstos em lei, de modo que jamais poderiam ter sido desconsideradas sem qualquer prova de invalidade.

Logo, as razões apresentadas pela Autoridade Fiscal, exclusivamente pautadas em breves excertos do Contrato Social da Impugnante não são capazes de invalidar o vínculo empregatício de seus diretores.

(...)

Portanto, é incontroversa a ausência de fundamentação na desqualificação do vínculo empregatício dos diretores da Impugnante, acarretando a total improcedência da presente autuação fiscal.

Por todas essas razões, a presente preliminar impugnatória merece ser acolhida, cancelando-se o auto de infração de IRPJ ora atacado e homologando-se a extinção do respectivo crédito tributário.

### **III.2. Unicidade do Direito – Existência da Figura do Diretor Empregado no Ordenamento Jurídico Pátrio**

Na linha dos argumentos contidos no tópico anterior, importa ressaltar que o Direito Tributário se constitui como ramo do direito assim segregado apenas para

fins didáticos, não subsistindo no sistema normativo de forma autônoma, na medida em que se apropria de institutos, definições e conceitos próprios de outros ramos do direito para criar suas realidades e tornar possível a incidência da norma tributária sobre as situações cotidianas capturadas na forma de fato gerador.

O Direito Tributário não existe de maneira autônoma criando definições e conceitos próprios apenas para fins de incidência dos tributos. É, pois, um direito de sobreposição. Maior prova dessa assertiva é a disposição contida no artigo 110 do Código Tributário Nacional: “a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado (...)”.

Assim, para definir quais situações do mundo fenomênico deverão ser capturadas pelo fato gerador, o Direito Tributário se socorre de outros ramos do direito, adotando definições e conceitos próprios destes.

Nesse contexto, verifica-se que o instituto do qual se está tratando -subordinação e condição de empregado - não tem no Direito Tributário a sua origem, o que resulta na impossibilidade de se dissociar o conceito jurídico de empregado de todas as consequências jurídicas para o caso presente, não se cogitando de um conceito de empregado administrador meramente para fins tributários.

Sobre esse aspecto é importante salientar que não há um conceito legal, para fins tributários, que defina o vínculo empregatício e a condição de administrador dos diretores, não sendo possível, portanto, que a Fiscalização desconsidere tal condição com base em mera presunção e sem qualquer respaldo legal.

Deveras, frise-se: não há um conceito de administrador previsto expressamente na legislação, de modo que a própria Receita Federal do Brasil (“RFB”) lançou mão de atos infralegais seus para estabelecer essa conceituação, a qual será objeto de enfrentamento mais adiante.

Nessa linha de raciocínio, a Autoridade Fiscal jamais poderia ter desconsiderado os efeitos jurídicos do vínculo empregatício entre os diretores e a Impugnante, ainda que sob a afirmação de que o fazia apenas para fins fiscais, pois desprezou circunstâncias fáticas e jurídicas que produzem consequências inarredáveis, como ocorre no caso presente; não há que se falar num conceito de empregado para outras finalidades que não as tributárias, e tampouco num conceito de administrador para fins tributários.

Se a doutrina trabalhista reconhece a existência dos elementos fáticos e jurídicos evidenciados na relação mantida entre a Impugnante e os seus diretores como ensejadora do vínculo empregatício, as consequências tributárias e previdenciárias no mesmo sentido são de rigor.

Ainda, é importante destacar que a própria legislação previdenciária aceita a possibilidade do vínculo trabalhista entre a Impugnante e seus diretores, na medida em que reconhece a figura do diretor empregado, nos termos do artigo 12 da Lei nº 8.212/91. Vejase:

*“Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:*

*I – como empregado:*

*a) Aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado; (...)” (g.n.)*

De fato, a Receita Federal do Brasil reconhece a possibilidade de que um empregado seja conduzido ao cargo de diretor sem a suspensão do vínculo empregatício, com direito de receber participação nos lucros nos termos da Lei nº 10.101/2000, desde que mantidas as características inerentes à relação de emprego, conforme se verifica da Solução de Consulta Cosit nº 368, de 18/12/2014 (Ressalta-se que, apesar de a Solução de Consulta nº 368/2014 tratar de sociedades anônimas, o seu entendimento deve ser refletido também às sociedades limitadas, uma vez que não há distinção no tratamento fiscal em relação às sociedades anônimas de capital fechado ou aberto no que tange ao exercício de funções de direção por pessoas que não detenham cotas ou ações, diga-se):

*“(…)*

*SEGURADO EMPREGADO. O diretor estatutário, que participe ou não do risco econômico do empreendimento, eleito por assembleia geral de acionistas para cargo de direção de sociedade anônima, que mantenha as características inerentes à relação de emprego, é segurado obrigatório da previdência social na qualidade de empregado, e a sua participação nos lucros e resultados da empresa de que trata a Lei nº 10.101, de 2000, não integra o salário-de-contribuição, para fins de recolhimento das contribuições previdenciárias.”*

*(…)*

Na realidade, o que realmente se verifica é que as normas tributárias estão em plena consonância com o entendimento do direito do trabalho acerca da possível relação empregatícia entre diretores e seus empregadores, de modo a deduzir da base de cálculo do IRPJ os valores pagos a título de PLR.

Assim, o cancelamento da autuação fiscal ora impugnada é medida que se impõe e que se requer.

#### **IV - MÉRITO RELATIVO AOS PAGAMENTOS DE PLR AOS DIRETORES EMPREGADOS**

##### **IV.1. Da Dedutibilidade das Despesas com os Pagamentos de PLR aos Diretores Empregados**

Ainda que as preliminares arguidas anteriormente não sejam acolhidas por esta C. Turma Julgadora, o que se alega a título meramente argumentativo, no mérito a atuação também não poderá prosperar, uma vez que os diretores da Impugnante

são empregados desta, não possuindo autonomia para serem considerados administradores, como pretende a Fiscalização. É o que se passará a demonstrar.

A Fiscalização, sem buscar a verdade material dos fatos, conforme já exposto, presumiu que os diretores da Impugnante não seriam empregados, com base em meros fragmentos isolados de seu Contrato Social, o que ensejaria a suposta indedutibilidade dos pagamentos realizados a título de PLR, uma vez que tais diretores estariam revestidos da condição de administradores. Confira-se:

(...)

De fato, independentemente do que consta de algumas normas isoladas do Contrato Social da Impugnante, deveria a Fiscalização ter buscado todas as informações, esclarecimentos e documentos necessários para que fosse possível, com base em provas fundamentadas e não indevidas ilações, confirmar ou não a sua presunção de que os diretores eram, de fato, administradores não empregados.

Nesse sentido, a Autoridade Fiscal somente poderia desconsiderar a relação empregatícia dos diretores da Impugnante caso levasse a cabo investigação detalhada sobre o exercício das funções individuais de cada um dos diretores, o que não ocorreu.

Somente dessa maneira, portanto, poderia concluir que estes seriam verdadeiros administradores, mas não empregados.

Verifica-se, assim, que os diretores da Impugnante são considerados como empregados porque essa é a realidade dos fatos. Por isso é que a Impugnante procede ao recolhimento de todos os encargos incidentes na contratação de um trabalhador como empregado (contribuições previdenciárias, fundo de garantia e direitos trabalhistas).

Diante do exposto, resta patente a insubsistência dos argumentos sustentados pela Fiscalização, evidenciando-se a regularidade das deduções realizadas em relação às despesas com pagamentos de PLR a diretores empregados da Impugnante, nos termos do artigo 299, § 3º e artigo 359 do RIR/99.

#### **Ad Argumentandum – Dedutibilidade dos Pagamentos Realizados aos Diretores – Despesas Operacionais**

De acordo com a regra geral contida no então vigente artigo 299 do RIR/99, despesas operacionais são aquelas necessárias, usuais e normais à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, verbis:

*“Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora.*

*§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.*

*§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.*

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

(...)

Feitas essas considerações iniciais, não subsiste qualquer dúvida de que em se tratando de prestação de serviços, de prática de administração de carteiras de valores mobiliários, gestão de fundos de investimentos e demais serviços relacionados à atividade da Impugnante, as despesas com pagamentos de remuneração de quem pratica a atividade, de quem produz, estão enquadradas no conceito de despesas operacionais, por serem normais, necessárias e usuais à atividade de qualquer empresa, assim como a parcela/porção variável componente da retribuição dos empregados (no caso da autuação combatida, a participação nos lucros ou resultados).

(...)

Assim, é certo que tais despesas a título de PLR pagas aos diretores da Impugnante são indubitavelmente operacionais e, portanto, dedutíveis da base de cálculo do IRPJ, razão pela qual não poderia a Fiscalização glosá-las sob o pretexto de que teriam sido pagas a administradores.

#### **V. DO PEDIDO**

Em razão de todo o exposto, requer-se que esta C. Turma Julgadora julgue totalmente procedente a presente Impugnação, determinando o cancelamento integral dos autos de infração que deram origem ao presente processo administrativo, seja em razão do acolhimento dos argumentos expostos em sede de preliminar, seja pela procedência dos argumentos de mérito defendidos pela Impugnante.

Na seqüência, foi proferido o Acórdão recorrido, que julgou improcedente a impugnação apresentada, para manter as as glosas das despesas de PLR de R\$ 2.515.507,88 no ano-calendário de 2013 e de R\$ 2.265.507,88 no ano-calendário de 2014, bem como as glosas das exclusões informadas na linha Amortização Ágio - da parte A do LALUR/LACS e controlada na conta Amortização Ágio da parte B do LALUR/LACS, nos valores de R\$ 49.557.207,40 dos anos-calendário de 2013 e 2014, com o quê se confirmam integralmente os lançamentos efetuados de R\$ 25.973.857,62 de IRPJ e de R\$ 14.867.162,22 de CSLL, acrescidos da multa de 75% e dos juros de mora. Confira-se a ementa do julgado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2013, 2014

ADMINISTRADOR EMPREGADO. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. DESPESA INDEDUTÍVEL.

Devem ser adicionados ao lucro líquido do período de apuração, para fins de determinação do lucro real, as participações nos lucros da pessoa jurídica

atribuídas a seus administradores, inclusive àqueles que tenham vínculo de emprego com a pessoa jurídica.

PESSOA JURÍDICA PASSÍVEL DE SE APROVEITAR DO BENEFÍCIO FISCAL DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO ORIGINADO DE AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA.

Se a empresa A detém participação societária adquirida com ágio na empresa B, ela é passível de se utilizar do benefício fiscal de amortizar o valor deste ágio original, desde que incorpore a empresa B, e obedeça os demais requisitos previstos nos artigos 385 e 386 do RIR/99. No entanto, se o referido ágio original for transferido para uma empresa C, esta não pode se aproveitar do benefício fiscal porque não foi ela quem adquiriu originalmente com ágio a participação societária na empresa B.

ÁGIO NA INCORPORAÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. RENTABILIDADE FUTURA. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS PARA FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL

Considerando que o ágio se amolda no conceito de benefício fiscal, os requisitos legais para a imposição ao fisco da dedutibilidade típica da amortização devem existir ao tempo da operação societária, notadamente o laudo de avaliação (ou documento equivalente) que demonstre a expectativa da rentabilidade futura.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 2013, 2014

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

A exigência decorrente deve seguir a orientação decisória adotada para o tributo principal, tendo em vista ser fundada nos mesmos fatos, mormente em face de norma prevendo, para a CSLL, iguais hipóteses e condições de dedutibilidade de amortização de ágio, existentes em relação ao IRPJ.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Devidamente intimado da decisão, o Contribuinte apresentou, tempestivamente, Recurso Voluntário, através de representante legal, pugnando por seu provimento.

É o Relatório.

## VOTO VENCIDO

Conselheiro **Erro! Fonte de referência não encontrada.**, Relator.

O recurso apresentado é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/1972. Portanto, dele conheço.

**Síntese dos Fatos**

De acordo com o *Termo de Verificação Fiscal* constante nos autos, foram lavrados Autos de Infração para exigência de valores de IRPJ e CSLL, nos anos-calendários de 2014, 2015 e 2016, cumulado com multa de ofício e juros de mora, no montante de R\$ 90.194.544,25, conforme a seguir discriminado:

**IRPJ**

	Cód. Receita Darf	Valor
IMPOSTO	2917	25.973.857,62
JUROS DE MORA (Calculados até 11/2018)		11.908.395,75
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)		19.480.393,20
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		57.362.646,57
Valor por Estemo		
CINQUENTA E SETE MILHÕES, TREZENTOS E SESSENTA E DOIS MIL, SEISCENTOS E QUARENTA E SEIS REAIS E CINQUENTA E SETE CENTAVOS		

**CSLL**

	Cód. Receita Darf	Valor
CONTRIBUIÇÃO	2973	14.867.162,22
JUROS DE MORA (Calculados até 11/2018)		6.814.363,80
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)		11.150.371,66
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		32.831.897,68
Valor por Estemo		
TRINTA E DOIS MILHÕES, OITOCENTOS E TRINTA E UM MIL, OITOCENTOS E NOVENTA E SETE REAIS E SESSENTA E OITO CENTAVOS		

Segundo a fiscalização, o crédito tributário exigido decorre das seguintes infrações: i) suposta ineditabilidade dos valores pagos aos diretores empregados, Srs. Carlos Daniel Rizzo da Fonseca e Marcelo Pechinho Hallack, da base de cálculo do IRPJ; e (ii) da glosa de exclusões da amortização de ágio de IRPJ e da CSLL.

Quanto à primeira infração, os diretores empregados em questão estariam revestidos, à época, da posição de administradores, razão pela qual, nos termos dos artigos 249, inciso I, 303, 357, parágrafo único, inciso I, e 463 do Decreto nº 3.000/99 (RIR/99), os pagamentos realizados a eles a título de Participação nos Lucros e Resultados (PRL) não poderiam ser deduzidos do Lucro real. Confira-se:

“Dessa forma, uma vez que, para efeitos fiscais, os diretores estatutários registrados como empregados foram identificados como administradores do contribuinte por esta Fiscalização, mantendo vínculos estatutários com a empresa, os valores a eles pagos a título de participações nos lucros não podem ser considerados dedutíveis na apuração do lucro real, conforme artigos 249, inciso I, 303, parágrafo único, inciso I, e 463, do RIR/99.” (fl. 06 do TVF 1)

Com referência à segunda infração, o ágio contabilizado, no montante de R\$ 247.786.036,99, decorreria do somatório dos seguintes ágios (i) aquisição da participação acionária na BFRE pela Ourinvest (Ágio I); e (ii) aquisição da participação acionária pela Recorrente na BPMB III (Ágio II). Nos casos, a Autoridade Fiscal entendeu que a Recorrente não poderia amortizá-lo fiscalmente, nos termos do artigo 386 do RIR/99.

Em relação ao Ágio I, sustenta a Autoridade lançadora que a Recorrente não o teria suportado, mas sim a Ourinvest, sendo transferido posteriormente à Recorrente por meio da operação “casa e separa”. E, no que concerne ao Ágio II, aduz a Autoridade que o ágio não teria suporte em documentação comprobatória de expectativa de resultados futuros, razão pela qual também não poderia ter sido excluído na apuração do lucro real. Confira-se passagens no TVF, nesse sentido:

“Conforme visto no Item 1 deste Termo, o ágio contabilizado pelo contribuinte no valor de R\$ 247.786.036,99 é resultante da soma dos ágios provenientes: (i) da aquisição da participação acionária na BFRE pela Ourinvest – R\$ 156.842.800,05; e (ii) da aquisição da participação acionária pelo contribuinte na BPMB III – R\$ 90.943.236,94.

Como se tratam de situações econômicas e temporalmente distintas, iremos analisar cada um deles de forma separada.

No caso do ágio de R\$ 156.842.800,05 esta fiscalização entende que se trata de uma transferência de ágio para terceiros, visto que o ágio foi suportado originalmente pela Ourinvest e foi posteriormente transferido para o contribuinte através de uma operação comumente denominada como “casa-separa”, impedindo que o mesmo seja amortizado nos moldes previstos no artigo 386 do RIR/99.

No caso do ágio de R\$ 90.943.236,94, esta fiscalização entende que foi o contribuinte quem efetivamente suportou o ônus financeiro do mesmo, porém sem a formalização de uma documentação comprobatória da expectativa de resultados futuros, impedindo, também neste caso, que o mesmo seja amortizado nos moldes previstos no artigo 386 do RIR/99.

Uma vez comprovado o não atendimentos aos requisitos legais previstos no artigo 386 do RIR/99, os valores de amortização deste ágio serão tratados como exclusão indevida da apuração do lucro real, por força do artigo 247 e do inciso I do artigo 250 do RIR/99.” (fls. 19 e 20 do TVF 2)

Inconformada com o lançamento, o Contribuinte apresentou Impugnação, a qual foi julgada improcedente pela 9ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro/RJ, conforme ementa a seguir reproduzida:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2013, 2014

ADMINISTRADOR EMPREGADO. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. DESPESA INDEDUTÍVEL.

Devem ser adicionados ao lucro líquido do período de apuração, para fins de determinação do lucro real, as participações nos lucros da pessoa jurídica atribuídas a seus administradores, inclusive àqueles que tenham vínculo de emprego com a pessoa jurídica.

PESSOA JURÍDICA PASSÍVEL DE SE APROVEITAR DO BENEFÍCIO FISCAL DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO ORIGINADO DE AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA.

Se a empresa A detém participação societária adquirida com ágio na empresa B, ela é passível de se utilizar do benefício fiscal de amortizar o valor deste ágio original, desde que incorpore a empresa B, e obedeça os demais requisitos previstos nos artigos 385 e 386 do RIR/99. No entanto, se o referido ágio original

for transferido para uma empresa C, esta não pode se aproveitar do benefício fiscal porque não foi ela quem adquiriu originalmente com ágio a participação societária na empresa B.

**ÁGIO NA INCORPORAÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. RENTABILIDADE FUTURA. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS PARA FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL**

Considerando que o ágio se amolda no conceito de benefício fiscal, os requisitos legais para a imposição ao fisco da dedutibilidade típica da amortização devem existir ao tempo da operação societária, notadamente o laudo de avaliação (ou documento equivalente) que demonstre a expectativa da rentabilidade futura.

**ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES**

Ano-calendário: 2013, 2014

**TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.**

A exigência decorrente deve seguir a orientação decisória adotada para o tributo principal, tendo em vista ser fundada nos mesmos fatos, mormente em face de norma prevendo, para a CSLL, iguais hipóteses e condições de dedutibilidade de amortização de ágio, existentes em relação ao IRPJ.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Em recurso, a Recorrente renova suas alegações de fato e de direito, com o objetivo de reformar a decisão recorrida, com o conseqüente cancelamento dos autos de infração em análise, cujos argumentos passo a analisá-los na sequência:

### **Da Preliminar de Nulidade do Acórdão Recorrido**

Em recurso, aduz a Recorrente preliminar de nulidade da decisão recorrida, em razão da referida decisão ter se omitido em relação a alguns de seus argumentos de defesa, os quais, qualifica-os como autônomos e suficientes para ensejar o cancelamento dos autos de infração em análise. Os argumentos são os seguintes:

(i) a improcedência do fundamento central do lançamento fiscal, qual seja, a ocorrência de uma operação de “casa e separa” (Ágio I:);

(ii) a demonstração da validade do laudo apresentado à Autoridade Fiscal, sobretudo sua efetiva solicitação pela Recorrente e a correspondência do valor nele expresso com a rentabilidade futura das sociedades adquiridas (Ágio II:);

(iii) os diversos documentos apresentados que demonstram o vínculo empregatício dos diretores da Recorrente (Dedutibilidade da PRL).

De fato, enseja a nulidade, quando a decisão recorrida deixa de analisar um dos fundamentos constantes da Impugnação que, de forma autônoma, seria capaz de afastar a disposição do quanto decidido, nos termos do art. 33 do Decreto 70.235/1972, do art. 489 do Código de Processo Civil, e do inciso IX do art. 93 da Constituição Federal de 1988.

Não obstante, diante da inexistência de previsão de embargos de declaração dirigidos ao julgador de primeira instância, o recurso voluntário, na condição de expediente recursal ordinário aplicável à espécie e previsto pelo citado art. 33 do Decreto nº 70.235/1972, resta como única saída para o particular no desejo de afastar eventual omissão.

No caso, a discussão que envolve o ágio I, a Autoridade Fiscal glosou a amortização fiscal realizada, sob o fundamento de que ele teria sido suportado pela Ourinvest quando da aquisição por ela da participação acionária da TPG e EL na BFRE, e, e por isso, entendeu que a pessoa jurídica passível de amortizar este ágio seria a Ourinvest, uma vez que foi ela quem adquiriu originalmente a participação societária, com ágio.

A controvérsia, então, diz respeito à possibilidade ou não de transferência de ágio.

O Fisco acrescentou elemento adicional, no sentido de que não houve confusão patrimonial entre a Ourinvest (investidora) e a Brazilian Capital (investida), e a interessada, por sua vez, alega que não se encontra positivado nas normas tributárias como condição para o aproveitamento do aludido benefício de amortização fiscal do ágio o requisito de "confusão patrimonial", mas sim, o de absorção do patrimônio da pessoa adquirida em virtude de incorporação, fusão ou cisão, o qual teria sido integralmente cumprido no caso concreto, em que houve a incorporação pela Interessada da parcela cindida da Ourinvest, representada pela parcela de ativos da Brazilian capital detida pela BFRE, na BPMB III, e posteriormente, pela Interessada.

Ou seja, mais uma vez, a discussão cinge-se à possibilidade ou não de transferência de ágio.

Em tópico preliminar, a Interessada sustenta que a DRJ foi omissa ao não analisar a improcedência do lançamento fiscal com relação à afirmação fiscal de que o presente caso seria na verdade uma operação de "casa e separa". Cita o seguinte trecho do TVF, para dizer que a glosa efetuada teve como pressuposto a transferência do referido ágio para a Recorrente por meio de uma operação de "casa e separa". Veja-se o trecho:

"No caso do ágio de R\$ 156.842.800,05 esta fiscalização entende que se trata de uma transferência do ágio para terceiros, visto que o ágio foi suportado originalmente pela Ourinvest e foi posteriormente transferido para o contribuinte através de uma operação comumente denominada como "casa-separa", impedindo que o mesmo seja amortizado nos moldes previstos no artigo 386 do RIR/99." (fl. 20 do TVF – g.n.)

Porém, como visto, a resistência do Fisco em aceitar a amortização do ágio em questão e, portanto, glosá-lo, reside no fato do ágio ter sido originalmente suportado pela Ourinvest e posteriormente transferido para terceiros. A discussão cinge-se à possibilidade ou não de transferência de ágio. A operação casa e separa foi apenas a forma em que essa transferência se efetivou, aos olhos do fisco.

A decisão recorrida não se omitiu, endossando o entendimento da fiscalização, firmando na impossibilidade de transferência de ágio. Veja-se:

16. O Fisco entende, a meu ver, corretamente, que o ágio de R\$ 156.842.800,05, não pode ser amortizado pela Interessada nos moldes previstos no artigo 386, III, do RIR/99, uma vez que este ágio foi originalmente criado quando da aquisição pela Ourinvest da participação acionária da TPG e EL na BFRE, sendo que este ágio se referia mais especificamente à empresa Brazilian Capital que era subsidiária

integral BFRE. Como o caput do referido artigo estabelece que quem poderá amortizar o ágio é "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, segundo o disposto no artigo anterior", conclui-se que a pessoa jurídica passível de amortizar este ágio seria a Ourinvest, uma vez que foi ela quem adquiriu originalmente a participação societária, com ágio, desde que, evidentemente, ela incorporasse a Brazilian Capital, o que não ocorreu, e cumprisse demais requisitos ora não abordados. Ou seja, a Interessada não é pessoa jurídica passível de amortizar este ágio nos moldes do artigo 386, III, do RIR/99, como o fez.

[...]

18. A acusação do Fisco é que a Interessada não poderia ter amortizado o Ágio I independentemente de no preço que pagou aos Acionistas da Ourinvest pelas ações da BPMB III, R\$ 249.714.370,14, ter embutido ou não o valor do Ágio I, R\$ 156.542.800,05, e de existir ou não vedação legal à transferência da participação adquirida. A questão aqui é que este Ágio I teve por origem a aquisição pela Ourinvest da Brazilian Capital, mediante aquisição da participação acionária dos sócios TPG e EI, só sendo passível aproveitar o benefício fiscal da amortização do Ágio I a Ourinvest caso incorporasse a Brazilian Capital, por força do que dispõe o artigo 386, III, do RIR/99. A transferência do Ágio I da Ourinvest para a BPMB III, e depois desta para a Interessada é possível, e não foi questionada pelo Fisco. O que **não é possível é o aproveitamento da amortização deste ágio pela Interessada, porque este Ágio I, repita-se, originou-se da aquisição da Brazilian Capital pela Ourinvest, e, não, pela Interessada**

Logo, não havendo a omissão suscitada, rejeito a alegação de nulidade.

A Recorrente suscita ainda omissão no Acórdão recorrido quando da análise do Ágio II, dizendo que apresentou estudos internos para definir e suportar o preço de compra, e, obviamente, o ágio pago, e estes foram desconsiderados sob a justificativa de que não havia provas do momento em que tais estudos foram elaborados.

A questão da validade ou não dos estudos internos, se eles foram elaborados previamente ou não, ou se o laudo elaborado posterior confirma ou não tais estudos realizados, são matéria para serem analisadas quando da apreciação do mérito, não ensejando a nulidade suscitada.

Por fim, a defesa sustenta omissão na decisão da DRJ quando da análise dos argumentos da Recorrente acerca da im procedência do lançamento fiscal quanto à suposta indedutibilidade, da base de cálculo do IRPJ dos valores pagos aos diretores empregados

Diz que, nos termos do lançamento fiscal realizado, a constatação fiscal de que os diretores da Recorrente seriam, na verdade, efetivos administradores e não empregados, decorre da conclusão de que os "vínculo real" dos diretores seria de caráter estatutário e não empregatício, e cita o seguinte trecho do TVF:

"Os dispositivos supratranscritos constituem regras específicas acerca da dedutibilidade ou indedutibilidade de despesas relacionadas a remunerações fixas e variáveis de diretores/administradores de pessoas jurídicas. Dessa forma, a

importância da análise sobre o vínculo real que os diretores estatutários/administradores mantêm com a empresa ora fiscalizada. Se estatutário aplicam-se os artigos 303, 357 e 463 do RIR/99. Se empregatício, o § 3º do artigo 299 do RIR/99, artigo 359 do RIR/99 e o § 1º do artigo 3º da Lei nº 10.101, de 2000.” (fl. 6 do TVF – g.n.)

Ou seja, a Recorrente enfatiza que o debate acerca desse ponto do lançamento fiscal resume-se à verificação da presença ou não dos elementos que comprovem qual o verdadeiro vínculo entre empresa e os diretores apontados pela fiscalização.

E, nesse sentido, esclarece que apresentou diversos elementos de provas que demonstram que tais diretores atuavam, de fato, como empregados da Recorrente, exercendo suas atividades nos termos estabelecidos pela companhia, através dos seus acionistas, havendo, inclusive, a comprovação da subordinação pela existência de avaliações de tais diretores pelos seus superiores hierárquicos.

Sobre o ponto, a decisão recorrida assim se manifestou:

6. Do relatado, o litígio pode ser assim descrito, em síntese:

- o Fisco identificou que os referidos senhores, nos anos de 2013 e 2014, constam na cláusula 6ª do Contrato Social da Interessada como administradores da Sociedade.

Verificou que a Interessada considerou como dedutíveis, para efeito de apuração do Lucro Real nos anos-calendário de 2013 e 2014, os valores provisionados como despesas de participações deles nos lucros (PLR), nos valores, respectivamente, de R\$ 2.515.507,88 e R\$ 2.265.507,88.

Como o RIR/99, em seus artigos 249, inciso I, 303, 357, parágrafo único, inciso I, e 463, vedam as deduções relacionadas a participações nos lucros atribuídos aos administradores da Sociedade, glosou as referidas deduções. Destacou que os Diretores eleitos ou nomeados na forma do Contrato Social são considerados como Administradores da Sociedade, **não importando, para esse fim, a qualificação a eles atribuída pela Interessada.** Para corroborar esse entendimento, trouxe à colação parte da Solução de Consulta nº 89, da COSIT, de 24/03/2015 [...]

7. Passo a me pronunciar.

8. A Solução de Consulta COSIT nº 89, de 24 de março de 2015, publicada no DOU em 01/04/2015, vinculante no âmbito da RFB, por força do que dispõe o art. 9º da IN RFB nº 1.396, de 2013, já enfrentou esta mesma questão da dedutibilidade ou não, para fins de apuração do lucro real, das participações nos lucros da pessoa jurídica atribuídas a seus administradores, **inclusive àqueles que tenham vínculo de emprego com a pessoa jurídica,** decidindo serem indedutíveis, por força do que estabelece o art. 463 do RIR/99.

Ou seja, segundo o Fisco, independente do vínculo de emprego, as participações nos lucros pagas aos administradores, devem ser adicionados ao lucro líquido do período. Logo, nessa

ótica, de fato, desnecessário analisar documentação que se propõe a demonstrar tal vínculo, pois seria imprestável ao fim proposto, qual seja, de descaracterizar o lançamento.

Logo, não há omissão a ser sanada, devendo ser rejeitada a arguição de nulidade.

## Do Mérito

### Amortização de Ágio

Controverte-se nos autos glosa de despesas de amortização de ágio incorridas nos anos-calendário de 2013 e 2014, acrescidas de multa de ofício na ordem de 75%, pelo fato da Autoridade Fiscal entender que (i) o Ágio I não poderia ser amortizado pela Recorrente, por ter sido suportado pela Ourinvest, havendo sido transferido posteriormente à Recorrente, além de não ter ocorrido a confusão patrimonial entre investidora e investida, e (ii) o Ágio II, apesar de ter sido suportado pela Recorrente, não teria sido lastreado em documentação comprobatória de expectativa de rentabilidade futura.

Nesse sentido, cite-se trechos do TVF:

(i) Transferência do Ágio I (R\$ 156.842.800,05) e Não Ocorrência de Confusão Patrimonial:

“No caso do ágio de R\$ 156.842.800,05 esta fiscalização entende que se trata de uma transferência do ágio para terceiros, visto que o ágio foi suportado originalmente pela Ourinvest e foi posteriormente transferido para o contribuinte através de uma operação comumente denominada como ‘casa-separa’, impedindo que o mesmo seja amortizado nos moldes previsto no artigo 386 do RIR/99.” (fl. 20 do TVF 2)

“Esta fiscalização não questiona o ágio registrado na Ourinvest, nem a sua transferência para a BPMB III, esta fiscalização questiona apenas a dedutibilidade do lucro real e da base de calcula da CSLL da amortização deste ágio pelo contribuinte.

(...)

Restou comprovado que:

a) A Ourinvest foi quem suportou o ônus do pagamento do ágio de R\$ 156.842.800,05 pela aquisição da Brazilian Capital, através da aquisição de participação acionária na BFRE;

b) Não houve confusão patrimonial entre a Ourinvest (investidora) e a Brazilian Capital (Investida);

c) Portanto, à luz do artigo 386 do RIR/99, não pode ocorrer a dedutibilidade do lucro real e da base de cálculo da CSLL, no contribuinte, da amortização do ágio pago pela Ourinvest.” (fl. 24 do TVF 2)

O acórdão recorrido foi nessa mesma linha, veja-se:

“18. A acusação do Fisco é que a Interessada não poderia ter amortizado o Ágio I independentemente de no preço que pagou aos Acionistas da Ourinvest pelas

ações da BPMB III, R\$ 249.714.370,14, ter embutido ou não o valor do Ágio I, R\$ 156.542.800,05, e de existir ou não vedação legal à transferência da participação adquirida. A questão aqui é que este Ágio I teve por origem a aquisição pela Ourinvest da Brazilian Capital, mediante aquisição da participação acionária dos sócios TPG e EI, só sendo passível aproveitar o benefício fiscal da amortização do Ágio I a Ourinvest caso incorporasse a Brazilian Capital, por força do que dispõe o artigo 386, III, do RIR/99. A transferência do Ágio I da Ourinvest para a BPMB III, e depois desta para a Interessada é possível, e não foi questionada pelo Fisco. O que não é possível é o aproveitamento da amortização deste ágio pela Interessada, porque este Ágio I, repita-se, originou-se da aquisição da Brazilian Capital pela Ourinvest, e, não, pela Interessada.” (fls. 2453)

Assim, de acordo com o entendimento da fiscalização, ratificado pela DRJ, a Recorrente não poderia ter realizado a amortização fiscal do Ágio I em decorrência de não se tratar da pessoa jurídica que realizou o investimento, não sendo a incorporação de parcela cingida da Ourinvest suficiente para cumprir tal requisito.

Com relação ao ágio II, o TVF consignou o seguinte:

(ii) Ágio II – Ausência de Documentação Comprobatória da Expectativa de Resultados Futuros:

“No caso do ágio de R\$ 90.943.236,94, esta fiscalização entende que foi o contribuinte quem efetivamente suportou o ônus financeiro do mesmo, porém sem a formalização de uma documentação comprobatória da expectativa de resultados futuros, impedindo, também neste caso, que o mesmo seja amortizado nos moldes previstos no artigo 386 do RIR/99.” (fl. 20 do TVF 2) “Portanto, mesmo a despeito da existência efetiva das operações de incorporação, da confusão patrimonial entre as partes envolvidas e da materialidade dos pagamentos realizados, a totalidade das condições para fruição do benefício fiscal não foi adimplida, eis que inexistente o laudo de avaliação prévio ou, substitutivamente, documentação ou demonstrativo equivalente – a amparar a consecução dos efeitos atinentes à rentabilidade futura das incorporações, ausência que, por si só, inquina a dedução na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL. (...)

O único laudo referente à rentabilidade futura da Brazilian Capital, que foi apresentado pelo contribuinte, foi elaborado em 19/07/2012 pela empresa Apsis, a pedido da Ourinvest, tendo como objetivo determinar o valor econômico da BFRE pela abordagem da renda (fluxo de caixa descontado), na base de 30/06/2012, considerando a cisão da empresa em duas unidades, a primeira, referente à Brazilian Capital e a segunda referente às demais empresas pertencentes à BFRE, para fins de informação aos quotistas.” (Fls. 25 e 26 do TVF 2)

A DRJ tratou da matéria da seguinte forma:

“27. A Interessada anexou à Impugnação estudos internos (arquivo não paginável de fl. 2.325, intitulado estudospreviosbfre.xlsx) que teriam sido elaborados em dezembro de 2011, que fundamentariam as operações em questão, e que teriam

sido posteriormente ratificados pelo Laudo de Avaliação da BFRE elaborado pela Apsis.

Compulsando o processo, verifico que estes estudos internos só foram apresentados em sede de Impugnação, em 18/12/2018. Considerando que a Fiscalização se iniciou em 23/02/2017, e que desde esta data a Interessada foi sendo intimada a fundamentar as exclusões em questão que efetuou nos anos-calendário de 2013 e 2014, é de se estranhar a Interessada não ter apresentado estes estudos ao Fisco durante os quase dois anos de fiscalização. O fato é que não existe qualquer prova de que estes estudos foram feitos pela Interessada em dezembro de 2011, como ela alega.

Assim sendo, entendo que devo desconsiderar estes estudos como tendo sido feitos em dezembro de 2011 pela Interessada, e que teriam sido confirmados em 19/07/2012 pelo laudo elaborado pela empresa Apsis referente à rentabilidade futura da Brazilian Capital. A própria Interessada, a meu ver, não considerou estes estudos, pelo menos durante os dois anos de fiscalização, como sendo aquele previsto no § 3º do art. 385 do RIR/99, "demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante de escrituração", uma vez que se considerasse teria certamente os apresentados ao Fisco durante os dois anos de fiscalização. No mesmo sentido do meu entendimento, trago à colação ementa do Acórdão do CARF nº 1402-003.869, de 17 de abril de 2019:

(...)

28. De qualquer forma, independentemente destes estudos internos apresentados somente em sede de impugnação, as demais alegações da Interessada também devem ser afastadas, uma vez que, repita-se:

- a Interessada não apresentou nenhuma ata, contrato de compra e venda, laudo de avaliação ou qualquer outro documento do qual fosse signatária, relativo à aquisição pela Interessada das ações da BPMB III que pertenciam aos Acionistas Ourinvest, sendo que a transferência das ações ocorreu apenas com o registro em livro próprio;

- a Interessada não é Parte do Contrato de Compra e Venda de Ações firmado em 31/01/2012 pelo Banco BTG Pactual, mas não pela Interessada, como já visto;

- O único laudo referente à avaliação da Brazilian Capital, sob o aspecto de rentabilidade futura, foi solicitado pela Ourinvest e não pela Interessada (os e-mails anexados à Impugnação não afastam essa assertiva), não se referia ao acervo da BPMB III (o Ágio II, no valor de R\$ 90.943.236,94, é decorrente da aquisição, em 19/07/2012, pela Interessada, da participação acionária dos Acionistas Ourinvest na BPMB III), e foi elaborado em 19/07/2012, com data base de 30/06/2012, portanto, após a celebração em 31/01/2012 do Contrato de Compra e Venda de Ações não firmado pela Interessada, mas que, segundo ela, daria respaldo à aquisição ora em foco;

- O referido laudo referente à avaliação da Brazilian Capital, sob o aspecto de rentabilidade futura, tinha por objetivo determinar o valor econômico da BFRE pela abordagem da renda (fluxo de caixa descontado), considerando a cisão da BFRE em duas unidades, a primeira referente à Brazilian Capital e a segunda referente às demais empresas pertencentes à BFRE, para fins de informação aos quotistas;
- O valor da aquisição previsto no Contrato de Compra e Venda de Ações de 31/01/2012, não firmado pela Interessada, foi definido antes da elaboração de qualquer laudo de avaliação e a composição de seu valor não guarda correspondência com a rentabilidade futura da BPMB III nem tampouco da Brazilian Capital.
- A Interessada apresentou um laudo que, além de não ter sido solicitado por ela, não se referia à aquisição da BPMB III por ela, mas, sim, à aquisição da BFRE pela Ourinvest.”

A interessada opõe-se a estes entendimentos, sustentando, inicialmente, que a Autoridade Fiscal se pautou em premissas equivocadas; que não ocorreu a Operação “Casa e Separa”; que a Recorrente foi signatária do Contrato de Compra e Venda de Ações; que, para o cálculo do preço de compra da Brazilian Capital, estabelecido no Contrato de Compra e Venda de Ações, a Recorrente realizou diversos estudos econômicos internos e, inclusive, o estudo final adotado foi ratificado posteriormente pelo laudo de Avaliação da BFRE elaborado pela empresa Apsis; que o Laudo de Avaliação anexado aos autos, apesar de solicitado pela Ourinvest, a Recorrente teve participação na solicitação de tal documento; que mesmo que houvesse sido encomendado por terceiro, no caso a Ourinvest, tal fato não permitiria que a Fiscalização o desconsiderasse para fins de apuração do ágio originado nas operações analisadas. Defende, por fim, a possibilidade de amortização do Ágio I, enfatizando que a Recorrente é a real adquirente da Brazilian Capital, vez que realizou os estudos internos de rentabilidade futura, desembolsou os recursos necessários para a aquisição da participação societária e incorporou a investida.

### **Da Transferência da Participação Adquirida com Ágio**

Conforme relato, a “transferência” do Ágio I deu-se no âmbito da cisão parcial da Ourinvest, que detinha participação na Brazilian Capital, com versão da parcela cindida à BPMB III, por meio de aumento de capital somado à emissão de ações e subscrição total destas.

Considerando-se que o investimento que gerou o referido Ágio I, baseado na expectativa de rentabilidade futura da Brazilian Capital, estava inicialmente registrado na Ourinvest, é certo que no momento da cisão desta empresa e versão da parcela cindida à outra sociedade, o ágio acompanhará o investimento.

De fato, a transferência de ágio - por meio de operações societárias devidamente registradas -, portanto, decorre da regular transferência de investimento em observância às normas que rege a matéria.

Com efeito, o artigo 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, quando trata do que se denominou de “confusão patrimonial” como condição da amortização do ágio, não faz qualquer referência ao “investidor original. A exigência legal é de investimento adquirido com ágio, que poderá ser deduzido quando houver a confusão patrimonial pela empresa que detenha o investimento adquirido, ou mesmo pela própria investida caso ocorra incorporação reversa.

Tenho-me manifestado no sentido de dispensabilidade de confusão patrimonial (fundada pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997) entre investidora original e investida original, na medida em que a legislação não atribui interpretação restritiva nesse sentido. Há que se ponderar se a origem do ágio é legítima (com a existência de partes independentes, pagamento, demonstração da rentabilidade futura, etc). Nesse contexto, uma vez demonstrada a legítima origem do ágio (até mesmo reconhecida pelo auditor fiscal autuante, no caso em espécie), não há restrição pela sua transferência e, assim, a confusão patrimonial ser efetuada por terceira pessoa jurídica que tenha recebido o ágio juntamente como o investimento.

Neste ponto, acrescente-se as considerações do Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, em voto proferido no Acórdão nº 1401-003.183 (Processo nº 16561.720241/2016-29):

Não se pode concluir que o legislador nacional buscou induzir a concentração de empresas ou concentração econômica, pura e simplesmente. O objetivo do legislador foi o de alcançar uma solução para o emparelhamento de receitas e despesas, o que se dá com a realização do investimento, integrando em uma mesma entidade o acervo investido e o investimento.

Tal necessidade decorre da utilização pelo legislador brasileiro da teoria da entidade empresarial, com contabilização em apartado, diferentemente da adotada pelo direito norte americano, onde há comunicação natural das despesas com o ágio e as receitas cuja expectativa de geração futura justificou a sua assunção.

Assim é que, passando as empresas (investidora e investida) a comporem um mesmo grupo econômico, naturalmente a despesa decorrente do sobrepreço em razão da expectativa de rentabilidade futura, naturalmente deveria ir de encontro com o resultado do seu investimento.

E é nessa linha que parte da doutrina defende inexistir prejuízo ao Fisco ao permitir a dedutibilidade do ágio, vez que isso seria uma consequência natural do encontro das despesas com a aquisição e o resultado do investimento que justificou a aquisição com sobrepreço.

O que coube ao legislador foi a preocupação de estabelecer uma regra básica à dedutibilidade, bem como estabelecer critérios objetivos para se evitar o aproveitamento de ágio superior ao efetivamente devido.

Ressalte-se, novamente, que o legislador em momento algum há disposição expressa na Lei n. 9.532/97 que vede a realização de reorganizações societárias periféricas e intermediárias ao evento de absorção eleito para ensejar a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, a exemplo da constituição de empresa-veículo ou, ainda, que vede a transferência do ágio.

Com efeito, a compreensão é que o aproveitamento do ágio deve acompanhar o investimento, ainda que em posteriores operações societárias, perfazendo o encontro da despesa realizada pela nova investidora com a rentabilidade que justificou o pagamento do sobrepreço, não havendo prejuízo ao Fisco. Tal entendimento é relevante para o caso em análise, haja vista que não se observa um intuito fraudatório ou abusivo nas operações da forma como foram realizadas, inclusive, essa foi a conclusão do Auditor Fiscal, que aplicou a multa de ofício no patamar ordinário, no caso, 75%.

### **Do Direito de Amortizar o Ágio I - Da Incorporação da BPMB III pela Recorrente**

Verificada a possibilidade de amortização do ágio I pela BPMB III, quando da versão da parcela cindida da Ourinvest, há de se verificar também a possibilidade de amortizar o Ágio I quando da incorporação da BPMB III, detentora do Ágio I, pela Recorrente, em razão de simples consequência da sucessão universal desta.

Considerando que a BPMB III foi incorporada pela Recorrente, deve-se observar os efeitos da operação de incorporação, os quais estão previstos nas normas de direito privado que definem o instituto.

Com efeito, no que tange ao instituto da incorporação, há previsões legais expressas relativas à sucessão universal na incorporação, pelas quais a incorporadora sucede a incorporada em todos os seus direitos e obrigações. É o que dispõem o caput do artigo 227 da Lei das S.A., e o artigo 1.116 do Código Civil, *in verbis*:

“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. 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.”

Pela leitura dos citados dispositivos, conclui-se que a sociedade incorporada desaparece, ao passo que a sociedade incorporadora absorve todos os direitos e obrigações inerentes à primeira. A legislação, ao estabelecer que a incorporadora sucede a incorporada em todos os direitos e obrigações, não excepcionou qualquer direito, de tal forma que, seja qual for a natureza do direito detido pela sucedida, este é integralmente vertido à sucessora no momento da incorporação.

Assim, se por imposição da lei a sucessão é universal, ou seja, se o efeito da incorporação é a transferência da empresa com um todo, então, no caso ora analisado, não tenho dúvidas de que o direito da empresa sucedida (BPMB III) à amortização do ágio decorrente da aquisição da empresa Brazilian Capital, para fins de dedutibilidade das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, passou a ser passível de aproveitamento por parte da Recorrente, na qualidade de sucessora.

Com efeito, com a incorporação, a Recorrente passou a ser a titular de todos os direitos detidos pela BPMB III, o que, obviamente, inclui o direito ao aproveitamento fiscal da amortização do Ágio I.

Assim, por esses termos, voto pela reversão da glosa do Ágio I, exonerando a infração atribuída ao Contribuinte.

### **Do Ágio II**

Com referência ao Ágio II, a Autoridade Fiscal glosou sua amortização, sob o entendimento de que (i) o ágio não teria sido lastreado em documentação que comprovasse a expectativa de rentabilidade futura, e (ii) o Laudo de Avaliação da BFRE elaborado pela empresa Apsis não seria suficiente para comprovar o preço de compra estabelecido no Contrato de Compra e

Venda de Ações, pois seria posterior a este, além de ter sido encomendado pela Ourinvest. Este entendimento foi ratificado pela DRJ, conforme os termos da decisão retro transcritos:

A recorrente discorda de tal posicionamento, alegando que o ágio em questão está respaldado em estudos econômicos prévios, elaborados em dezembro de 2011, assim, antes da assinatura do Contrato de Compra e Venda de Ações, e que estes estudos foram posteriormente ratificados pelo citado laudo de avaliação elaborado pela Apsis.

Compulsando os autos, encontro os estudos mencionados nas páginas não-pagináveis de e-fls. 2325 dos autos, em forma de planilha excel., e que em tese, evidencia que a motivação econômica para o pagamento do Ágio em tela era a expectativa de rentabilidade futura do investimento, até porque a fiscalização, em nenhum momento, questiona esse ponto.

Penso que a suspeita relacionada ao instante de sua apresentação, ou seja, ao invés de ter sido apresentado na fase de investigação, foi apresentado quando do protocolo de sua Impugnação, não merece guarida, pois reveste-se de uma presunção baseada em apenas um indício.

Além desses estudos, encontro às fls. 2213 e ss o Laudo da Ipsis. Nele consta (a) o valor do sobrepreço motivado por expectativa de rentabilidade futura, (b) Demonstração do Resultado do Exercício projetada (b) balanço patrimonial projetado, (c) demonstração do fluxo de caixa projetado, entre outras informações. Penso que este documento também possui elementos que fundamentam a decisão do investidor de pagar o sobrepreço na aquisição do investimento, confirmando o estudo antes realizado, e mesmo que elaborado posteriormente à data da operação de compra e venda, o foi com base em informações da época.

É de se observar que o § 3º do artigo 20 do Decreto nº 1.598/77 não prevê a necessidade de que o arquivamento do laudo/demonstração seja contemporâneo à escrituração do ágio. Da inteligência do dispositivo acima, deve-se extrair que a demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração deve, isto sim, reportar-se aos fatos contemporâneos à aquisição, não sendo obrigatório que ele (laudo/demonstração) seja contemporâneo ao fato jurídico que originou o ágio.

É o que se compreende do seguinte precedente deste Conselho:

ÁGIO. FUNDAMENTO. DEMONSTRAÇÃO CONTEMPORÂNEA AOS FATOS. NECESSIDADE.

A lei exige que o lançamento do ágio com base no valor de mercado ou na expectativa de rentabilidade futura seja baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

Não há a exigência de que a comprovação se dê por laudo, mas por qualquer forma de demonstração, contemporânea aos fatos, que indique por que se decidiu por pagar um sobrepreço.

Caso em que se demonstrou que o ágio foi pago com base na expectativa de resultados futuros, tanto por documentos contemporâneos ao investimento, quanto por laudo elaborado posteriormente com base em informações da época.

No mesmo passo, observe-se a seguinte passagem do voto extraído no Acórdão nº 1402-002.336, *verbis*:

“Pois bem, nos autos constam os dois “laudos” (tidos pelo Fisco como extemporâneos) fls. 121/199 (Detroit) e 200/234 (Atenas) e, em contraparte, há a

juntada, pela recorrente, de centenas de documentos às fls. 2538/2574, 2659/2713, 2714/2775, 2776/2836, 2837/2862 que mostram as avaliações por ela procedidas antecipadamente à aquisição das empresas Detroit e Atenas e, óbvio, precedentemente aos laudos depois elaborados.

E aí cabe a pergunta central destes autos: seriam os documentos de fls. 2538/2574, 2659/2713, 2714/2775, 2776/2836, 2837/2862 suficientes para se entender como atendidos os preceitos do § 3º, do artigo 20, do DL nº 1.598/1977, ou os “laudos”(que, na visão fiscal, são extemporâneos), seriam obrigatórios para que a dedutibilidade das despesas geradas pela amortização do ágio se confirmasse?

**Diversamente do pensamento da Autoridade Fiscal e da decisão recorrida e, em comunhão com as posições jurisprudencial e doutrinária, antes reproduzidas, penso que sim, os documentos (ou demonstrativos) juntados se prestam ao atendimento do citado dispositivo legal.**

**É vero que os laudos foram elaborados após os eventos, em um caso, 10 meses depois, e, no outro, mais de quatro anos. Porém, também é inegável até pela omissão da Lei, que demonstrativos ou demonstrações, arquivadas ou exibidas ao Fisco, DESDE QUE CONTEMPORÂNEAS AOS FATOS, prestam-se a suprir a exigência.”** (fl. 32 do Acórdão nº 1402-002.336 – g.n.)

Trata-se de entendimento compartilhado por este Relator, porque à época dos fatos questionados (da mesma forma como ocorre no caso que aqui se apresenta!), (i) o ágio poderia ser aferido por meio de estudos prévios/internos e não necessariamente por laudo de avaliação elaborado por auditoria especializada e independente, bem como (ii) não havia previsão legal expressa de prazo para sua elaboração.

De fato, os requisitos e o prazo para apresentação de laudo apenas foram introduzidos no ordenamento jurídico por meio da Medida Provisória nº 627/2013, publicada em 11/11/2014, convertida na Lei 12.973/2014. E mesmo sob a égide das disposições legais atinentes à Lei nº 12.973/2014 não há exigência de que o laudo de avaliação seja elaborado anteriormente à operação que ensejou o pagamento do ágio. Veja-se:

“Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em: (...)

II - mais ou menos valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput; e (...)

§ 3º O valor de que trata o inciso II do caput deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do décimo terceiro mês subsequente ao da aquisição da participação.”

Ora, de acordo com tal dispositivo legal, a exigência quanto à apresentação do laudo de avaliação deverá ser cumprida “até o último dia útil do décimo terceiro mês subsequente

ao da aquisição da participação”. E mais, sequer seria necessária a apresentação do laudo de avaliação na íntegra, mas simplesmente seu sumário.

No caso em análise, considerando que a aquisição que ensejou o ágio em discussão (Ágio II) se concretizou em 07/12, o laudo de avaliação (ou, no mínimo, o seu sumário) correspondente poderia ser elaborado até o último dia útil de agosto de 2013, e ele foi elaborado 06 (seis) meses após a celebração do Contrato.

Assim, ainda que sejam aplicadas as disposições da Lei nº 12.973/2014, que sequer se encontravam vigentes à época da operação, não haveria como subsistir o questionamento quanto à sua contemporaneidade com a operação.

Portanto, tanto os estudos anexados a estes autos, como o Laudo da Ipsis, constituem suporte documental exigido pela legislação à época para o registro do ágio em questão.

### **Da Infração Relativa aos Pagamentos de PLR aos Dirigentes Empregados**

A presente discussão diz respeito à exigência ou não de IRPJ sobre gratificações e participações nos lucros pagos a diretores empregados da Recorrente, notadamente os diretores, Sr. Carlos Daniel Rizzo da Fonseca e o Sr. Marcelo Pechinho Hallack.

De acordo com a fiscalização, identificou-se que os referidos senhores, nos anos de 2013 e 2014, constam na cláusula 6º do Contrato Social da Interessada como administradores da Sociedade, e verificou que ela considerou como indedutíveis os referidos pagamentos, para efeito de apuração do Lucro Real os valores pagos como despesas de participações deles nos lucros (PRL). De acordo com a referida Autoridade Fiscal, como o RIR/99 veda as deduções relacionadas a participações nos lucros atribuídas aos administradores da Sociedade, glosou as referidas deduções. Confira-se:

“Da leitura do Contrato Social da BTG Pactual Gestora de Recursos Ltda., verifica-se na cláusula 6ª quem são os administradores da sociedade.

Fica evidente a partir da leitura do capítulo referente à administração da sociedade que a Diretoria possui plenos poderes sem nenhuma interferência em suas decisões para o cumprimento do objeto social. Portanto a diretoria não está subordinada a outro órgão hierarquicamente superior.

E não ocorre uma relação de subordinação então seus Diretores não são empregados enquanto exercem cargos de diretoria e sim administradores. Nesse caso devem ser considerados diretores administradores, independentemente do contrato de trabalho, que neste momento é considerado suspenso.

Mesmo o contribuinte declarando seus Diretores na GFIP (...), e na DIRF (...), tal situação não pode ser aceita já que não representa a verdade fática.

Acontece que esses diretores que são considerados empregados são na realidade administradores e, portanto, recebem um tratamento tributário diferente, e analisando a cláusula 6ª do Contrato Social não resta dúvida que tais diretores são administradores da Sociedade.” (fls. 02 e 03 do TVF 1)

E, para embasar a lavratura do auto de infração em tela o Auditor Fiscal invocou, dentre outros, os artigos 303 e 463 do RIR/99, que assim dispõem:

*“Art. 303. Não serão dedutíveis como custos ou despesas operacionais as gratificações ou as participações no resultado, atribuídas aos dirigentes ou aos administradores da pessoa jurídica”.*

*“Art. 463. Serão adicionadas ao lucro líquido do período de apuração, para fins de determinação do lucro real, as participações nos lucros da pessoa jurídica atribuídas a partes beneficiárias de sua emissão e a seus administradores”.*

A decisão recorrida, por sua vez, ratificou o lançamento, manifestando-se nos seguintes termos:

8. A Solução de Consulta COSIT nº 89, de 24 de março de 2015, publicada no DOU em 01/04/2015, vinculante no âmbito da RFB, por força do que dispõe o art. 9º da IN RFB nº 1.396, de 2013, já enfrentou esta mesma questão da dedutibilidade ou não, para fins de apuração do lucro real, das participações nos lucros da pessoa jurídica atribuídas a seus administradores, inclusive àqueles que tenham vínculo de emprego com a pessoa jurídica, decidindo serem indedutíveis, por força do que estabelece o art. 463 do RIR/99.

[...]

9. Assim sendo, trago à colação (grifos meus) a ementa da referida Solução de Consulta vinculante no âmbito da RFB, bem como sua fundamentação (itens 8 e 9), aqui obrigatoriamente utilizada por força da vinculação estabelecida no já mencionado art. 9º da IN RFB nº 1.396, de 2013:

*"ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ ADMINISTRADOR EMPREGADO. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS.*

*DESPESA INDEDUTÍVEL. Devem ser adicionados ao lucro líquido do período de apuração, para fins de determinação do lucro real, as participações nos lucros da pessoa jurídica atribuídas a seus administradores, inclusive àqueles que tenham vínculo de emprego com a pessoa jurídica.*

*Dispositivos Legais: Decreto nº 3.000, de 1999, art. 463*

*FUNDAMENTAÇÃO*

*(...)*

*8 O RIR/1999 dispõe da seguinte forma sobre as participações nos lucros da pessoa jurídica:*

*Art. 359. Para efeito de apuração do lucro real, a pessoa jurídica poderá deduzir como despesa operacional as participações atribuídas aos empregados nos lucros ou resultados, dentro do próprio exercício de sua constituição (Medida Provisória nº 1.769-55, de 1999, art. 3º, § 1º).*

*(...)*

*Art. 463. Serão adicionadas ao lucro líquido do período de apuração, para efeito de determinar o lucro real, as participações nos lucros da pessoa jurídica atribuídas a partes beneficiárias de sua emissão e a seus*

*administradores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 58, parágrafo único)."*

*8.1 Percebe-se que a legislação confere um tratamento de despesa dedutível em relação às participações atribuídas aos empregados cuja disciplina encontra-se atualmente estabelecida pela Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, fruto da Medida Provisória nº 1.769-55, de 1999, base legal do art. 359 do RIR/1999.*

*8.2 Já no que se refere às participações atribuídas aos administradores, o art. 463 do RIR/1999, com fundamento no parágrafo único do art. 58 do DL nº 1.598, de 1977, veda expressamente a possibilidade de dedução, determinando que essa despesa seja adicionada ao lucro líquido do período pra fins de determinação do lucro real.*

*9 Vê-se que, a despeito da qualidade de empregados de que são revestidos os administradores da consulente, a norma tributária mais específica, regulamentada pelo art. 463 do RIR/1999, impede a dedução das participações nos lucros a eles atribuídas. Note-se que a vedação em comento alcança as participações pagas a administradores de forma ampla, sem qualquer ressalva quanto ao vínculo por meio do qual esses se relacionam com a pessoa jurídica, seja ele de natureza trabalhista, estatutária etc.*

*Sendo assim, as participações nos lucros atribuídas aos administradores empregados da consulente devem ser adicionadas ao lucro líquido, para efeito de determinação do lucro real do período."*

*(...)*

10. A Solução de Consulta COSIT nº 546, de 19 dezembro de 2017, publicado em 27/12/2017, bem como a Solução de Consulta COSIT nº 16, de 14 de março de 2018, publicado no DOU de 23/03/2018, também enfrentaram a mesma questão e deram a mesma solução.

11. Vinculado que estou às referidas Soluções de Consulta COSIT, voto por manter a glosa das referidas despesas de PLR de R\$ 2.515.507,88 no ano-calendário de 2013 e de R\$ 2.265.507,88 no ano-calendário de 2014.

O Contribuinte discorda deste entendimento, alegando que a fiscalização, sem buscar a verdade material dos fatos, presumiu que os diretores da Recorrente não seriam empregados, com base em mero fragmentos isolados de seu contrato social, e sustenta que o vínculo empregatício existente não pode ser desconsiderado com base em disposições isoladas, sem qualquer prova concreta que evidencie a ausência dos requisitos inerentes à configuração do vínculo empregatício dos citados diretores.

Diz que ainda a fiscalização traz o conceito de administrador construído pela própria Receita Federal do Brasil por meio da Instrução Normativa SRF nº 2/69 e do Parecer Normativo CST nº 48/72, mas ignora que o mesmo ato normativo que conceitua o "administrador", exclui expressamente desse conceito o empregado que ocupa função de direção. Veja-se os termos dos aludidos atos normativos:

“I - Diretor – a pessoa que dirige ou administra um negócio ou uma soma determinada de serviços. Pessoa que exerce a direção mais elevada de uma instituição ou associação civil, ou de uma companhia ou sociedade comercial, podendo ser ou não acionista ou associado. Os diretores são, em princípio, escolhidos por eleição de assembléia, nos períodos assinalados nos seus estatutos ou contratos sociais;

II – Administrador – a pessoa que pratica, com habitualidade, atos privativos de gerência ou administração de negócios da empresa, e o faz por delegação ou designação de assembléia, de diretoria ou de diretor;

(...)

**São excluídos do conceito de administrador os empregados que trabalham com exclusividade para uma empresa, subordinados hierárquica e juridicamente** e, como meros prepostos ou procuradores, mediante outorga de instrumento de mandato, exercem essa função cumulativamente com as de seus cargos efetivos, percebendo remuneração ou salário constante do respectivo contrato de trabalho, provado por carteira profissional, bem como o assessor, que é a pessoa que tenha subordinação direta e imediata ao administrador, dirigente ou diretor, e atividade funcional ligada à própria atividade da pessoa jurídica.” (Instrução Normativa SRF nº 2/69 e Parecer Normativo CST nº 48/72).”

Sendo assim, assevera que *a conclusão de que deveria ter chegado a Fiscalização é a de que o que diferenciaria o diretor empregado e o administrador não é a simples previsão estatutária da existência ou não de poder de administração, mas sim a existência dos elementos caracterizadores do vínculo empregatício como preveem o artigo 12 da Lei nº 8.212/91 e o artigo 9º do Decreto 3.048/99: [...]*

Com razão a Recorrente.

De fato, uma vez que os poderes de administração são inerentes aos diretores, conforme dispõe a Lei das S/A., desconstituir o vínculo empregatício, tão somente por conta da existência de poderes limitados de administração, faria letra morta do artigo 12 da Lei nº 8.212/91 e do art. 9º do Decreto nº 3.048/99, que assim dispõem:

“Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

a) **aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado (...)**. (g.n.)

“Art. 9º São segurados obrigatórios da previdência social as seguintes pessoas físicas:

(...)

§ 2º Considera-se diretor empregado aquele que, participando ou não do risco econômico do empreendimento, seja contratado ou promovido para cargo de

direção das sociedades anônimas, **mantendo as características inerentes à relação de emprego.**

Para descaracterizá-los como diretores empregados, é necessário verificar a realidade fática o que, a meu ver, não foi realizado de forma acertada pelo Autoridade Fiscal atuante.

Veja-se, sem adentrar no exame das demais provas carreadas aos autos, que o próprio contrato social da Recorrente diz que os diretores da Recorrente estão subordinados aos sócios quotistas e sócios titulares de mais da metade do capital social da Recorrente, não gozando da autonomia necessária para serem considerados contribuintes individuais.

Com efeito, nenhum dos diretores empregados da Recorrente pode, deliberadamente, aprovar contas da administração, modificar o contrato social etc., tudo isso, segundo o próprio contrato, é competência dos sócios da Recorrente, que fixam as diretrizes para os atos de gestão e administração. Inclusive, a eleição/destituição dos diretores também fica a cargo destes. Confira-se:

<p><b>CLÁUSULA 7ª</b> – A designação dos administradores dependerá da aprovação da unanimidade dos sócios, caso o capital não esteja totalmente integralizado, ou de sócios titulares, no mínimo, de 2/3 (dois terços) do capital social, caso o capital esteja integralizado.</p>
<p><b>CLÁUSULA 8ª</b> – Os administradores serão designados pelos sócios em reunião, cuja ata, levada a arquivamento no Registro Público de Empresas Mercantis, valerá como comprovante adequado da designação.</p>
<p><b>CLÁUSULA 9ª</b> – Os administradores terão as designações que lhes forem atribuídas no ato de sua designação e serão investidos em seus cargos mediante assinatura de termo de posse, devendo permanecer em seus cargos até a posse de seus respectivos sucessores.</p>
<p><b>CLÁUSULA 10</b> – Os mandatos dos administradores serão estabelecidos no momento de suas respectivas designações, sendo admitida a recondução, sendo dispensada a realização de um reunião anual de sócios para designar administradores.</p>
<p><b>CLÁUSULA 11</b> – A destituição de qualquer dos administradores poderá se dar a qualquer tempo, mediante aprovação, em reunião, por sócio ou sócios titulares de mais da metade do capital social.</p>
<p><b>CLÁUSULA 12</b> – A remuneração dos administradores será estabelecida por deliberação de sócio ou sócios titulares de mais da metade do capital social, podendo a deliberação estabelecer que os administradores não perceberão qualquer remuneração.</p>

A propósito, a submissão dos diretores/ administradores empregados aos sócios da sociedade limitada decorre da própria Lei nº 10.406/2002 (“Código Civil”), *verbis*:

“Art. 1.071. Dependem da deliberação dos sócios, além de outras matérias indicadas na lei ou no contrato:

- I - a aprovação das contas da administração;
- II - a designação dos administradores, quando feita em ato separado;
- III - a destituição dos administradores;
- IV - o modo de sua remuneração, quando não estabelecido no contrato;
- V - a modificação do contrato social;
- VI - a incorporação, a fusão e a dissolução da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação;
- VII - a nomeação e destituição dos liquidantes e o julgamento das suas contas;
- VIII - o pedido de concordata.”

Ou seja, sem analisar demais provas existentes nos autos (o que se fará mais adiante), tomando-se o mesmo ponto de origem que a Autoridade Fiscal autuante – o Código Civil e o Contrato Social da Recorrente – verifica-se de plano a existência em tese de subordinação dos citados diretores.

Mas, não é só.

É preciso ressaltar também que é incontroverso que a Recorrente classificava e registrava **como remuneração** os valores em discussão e atribuídos aos seus Diretores, incidindo, a partir daí, a obrigação de recolhimento de contribuições previdenciárias e de terceiros incidentes sobre a remuneração a estes Diretores. Este fato deve ser considerado, ao menos como ponto de partida, para a solução da lide, pois não é razoável, ao mesmo tempo, os Diretores serem empregados apenas para fins trabalhistas e não o serem para fins fiscais.

Nesse sentido é a lição de Alfredo Augusto Becker<sup>1</sup>:

*[...] na interpretação de lei tributária que tenha aceito princípio, conceito, categoria ou instituição, de outro ramo de direito (portanto, já jurídico), no momento em que o intérprete cumpre com a exigência de integrar e completar a idéia, deverá lembrar-se (salvo expressa disposição legal) que a idéia resultante é idêntica àquela idéia que resultou quando, no outro ramo do direito, também se fez a integração e complementação da idéia contida na linguagem (fórmula legislativa); por exemplo: venda, locação, empreitada, incorporação, propriedade, usufruto, furto, empréstimo, móvel, imóvel, condomínio, título ao portador, herdeiro, sucessão comercial, dividendo, etc.*

*[...]*

*[...] uma definição, qualquer que seja a lei que a tenha enunciado, deve valer para todo o direito; salvo se o legislador expressamente limitou, estendeu ou alterou aquela definição ou excluiu sua aplicação num determinado setor do direito [...].*

De fato, a mesma Autoridade Administrativa não pode chegar a uma conclusão diametralmente distinta no que concerne a situações de fato que possuem um liame inequívoco de continuidade.

Ou se reconhece a existência de relação de emprego entre a Sociedade e os Diretores para se exigir o recolhimento de contribuições previdenciárias e de terceiros incidentes sobre a remuneração tributável de tais trabalhadores, possibilitando, no caso, a dedutibilidade das verbas pagas aos diretores empregados na apuração do lucro real, da mesma forma como se permite a dedutibilidade dos valores pagos aos demais trabalhadores, ou não se reconhece a relação de emprego existente.

### **Regime fiscal da dedutibilidade dos pagamentos feitos a administradores**

Vários são os dispositivos que tratam dos pagamentos feitos pela pessoa jurídica a seus empregados e administradores, o que pode gerar uma certa confusão decorrente da ausência de uma melhor organização e tratamento sistemático da matéria na legislação.

Segundo o art. 311, § 3º, do Regulamento do Imposto sobre a Renda (RIR/2018 – Decreto nº 9.580/2018), são despesas operacionais dedutíveis as gratificações pagas aos empregados, independentemente da designação que tiverem. Por outro lado, o art. 315 do mesmo diploma normativo estabelece que não serão dedutíveis como despesas operacionais “as gratificações ou as participações no resultado, atribuídas aos dirigentes ou aos administradores da pessoa jurídica”. Ainda, o art. 368, parágrafo único, I, do RIR/2018, com fundamento no Decreto-

<sup>1</sup> BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 108 e 111.

Lei nº 5.844/43, admitiria a dedução da remuneração paga ao administrador, desde que correspondente a uma “remuneração mensal fixa por prestação de serviços”. Veja-se:

*Art. 368. Serão dedutíveis, para fins de determinação do lucro real, as remunerações de sócios, diretores ou administradores, titulares de empresa individual e conselheiros fiscais e consultivos (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, caput e § 5º).*

*Parágrafo único. Não serão dedutíveis, para fins de determinação do lucro real (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 43, § 1º, alíneas “b” e “d”):*

*I - as retiradas não debitadas em custos ou despesas operacionais, ou contas subsidiárias, e aquelas que, mesmo escrituradas nessas contas, não correspondam à remuneração mensal fixa por prestação de serviços; e*

*II - as percentagens e os ordenados pagos a membros das diretorias das sociedades por ações que não residam no País.*

Por fim, a respeito da participação nos lucros da pessoa jurídica, o art. 527 do RIR/2018 traz vedação expressa de dedutibilidade atribuída as partes beneficiárias de sua emissão e a seus administradores, prescrevendo a sua adição ao lucro líquido para fins de apuração do lucro real.

Veja-se que, num primeiro momento, há uma aparente antinomia entre o art. 311, § 3º, e o art. 315, ambos do RIR/2018. É que o primeiro admite expressamente a dedução das gratificações pagas aos empregados em geral, sendo que a segunda veda a mesma dedução para os administradores. Porém, é possível que um administrador continue sendo empregado, e aí com o vínculo de subordinação jurídica na relação entre ele e a pessoa jurídica, e aqui inicia-se a discussão sobre a dedutibilidade ou não de tal despesa no cômputo do lucro líquido, para efeito de apuração do lucro real.

Compreendo que a situação específica do diretor-empregado que exerce a administração da companhia, mantendo, com esta, o vínculo empregatício, não é tratada expressamente na legislação tributária para fins de dedutibilidade das gratificações e participações pagas. Deste modo, sendo a pessoa eleita para exercer cargo de diretor empregado da companhia, coexistem — durante esse exercício — duas relações jurídicas distintas: a de administrador, que é estatutária, e a de empregado, que é contratual, pois “nada impede que a companhia continue a pagar o salário como modo de remunerar o exercício do cargo de diretor”<sup>2</sup>. E, se o faz, são aplicáveis as disposições legais próprias dos empregados no que se refere à dedutibilidade das gratificações e das participações nos lucros.

O acórdão nº 1301-006.493, de relatoria da Conselheira Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, enfrentou essa discussão e, na oportunidade, acompanhei os fundamentos e conclusões da i. Relatora. Vale a transcrição de trecho de interesse do voto da i. Relatora:

*A situação específica do diretor-empregado, que exerce a administração da companhia, mantendo, com esta, o vínculo empregatício, entretanto, não é tratada expressamente na legislação tributária para fins de dedutibilidade das gratificações e participações pagas. Como explica José Luiz Bulhões Pedreira “[s]e a pessoa eleita para exercer cargo de diretor é empregado da companhia, coexistem — durante esse exercício — duas relações jurídicas distintas: a de administrador, que é estatutária, e a de empregado, que é contratual”, portanto, “nada impede que a companhia continue a pagar o salário como modo de remunerar o exercício do cargo de diretor”<sup>3</sup>*

<sup>2</sup> BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. Imposto sobre a Renda – Pessoas Jurídicas. Vol. 1. Rio de Janeiro; JUSTEC, 1979, p 384/385.

<sup>3</sup> BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. Imposto sobre a Renda — Pessoas Jurídicas. Vol. 1. Rio de Janeiro; JUSTEC, 1979, p. 384/385

*Para determinar o alcance dos artigos 303 e 463 do RIR/99 – e, assim, a aplicação da vedação à dedutibilidade das participações e gratificações pagas a diretores empregados, que exercem a função de administração da pessoa jurídica – é preciso entender o contexto em que as leis que originaram tais dispositivos foram editadas.*

*O art. 303 do RIR/99 tem por base legal o art. 45, §3º da Lei nº 4.506/64 e o art. 527 do RIR/18 tem por base legal o art. 58, § único do Decreto-Lei nº 1.598/77. Esses dispositivos foram publicados em uma época em que os administradores das empresas, em geral, eram os próprios sócios e a distribuição de lucros aos sócios era tributada. Naquele contexto, os limites à dedutibilidade da remuneração paga aos administradores tinha, por efeito, impedir que as sociedades distribuíssem lucros sob a forma de gratificação aos sócios administradores. Nesse sentido, ensina Ricardo Mariz de Oliveira<sup>4</sup> ao tratar das restrições à dedutibilidade da remuneração de dirigentes:*

*“Se as limitações à dedutibilidade de remunerações de dirigentes desapareceram do nosso ordenamento em 1997 com a Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996 (art. 88, inciso XIII), muitas outras sobreviveram até hoje, e outras foram criadas.*

*Mas todas as disposições que ainda subsistem para restringir a dedutibilidade de custos ou despesas carregam esse vesgo de anacronismo e injuridicidade.*

*São anacrônicas porque as primeiras disposições legais impeditivas de deduções datam de épocas antigas, nas quais o cenário empresarial era totalmente diferente do atual – época das empresas de famílias e dos dirigentes integrantes dessas famílias –, sendo que atualmente mesmo as empresas familiares se agigantaram e em geral estão sob gerência profissional, enquanto as menores enveredam pelo lucro presumido ou mesmo pelo regime do SIMPLES, no qual em nada importam os custos e as despesas existentes ou não.*

*São anacrônicas, também, porque, havendo desde 1996 isenção na distribuição de lucro, não é em todo caso que interessa disfarçar um lucro efetivo em outro tipo de custo ou despesa que, para o receptor, passa a ser renda tributável” (grifamos).*

*Atualmente, entretanto, a realidade dos administradores das empresas, principalmente daquelas sujeitas à tributação com base no lucro real, é outra. Tais empresas, em regra, são administradas por profissionais, com vínculo de subordinação e sem gerência sobre a própria remuneração. Diante disso, é preciso diferenciar o tratamento tributário conferido aos sócios, que exercem a função de administração da companhia, dos diretores empregados, que executam a mesma função, porém, com a manutenção do vínculo de emprego.*

*Tanto é assim que o art. 12 da Lei nº 8.212/91 diferencia, para fins de enquadramento no regime geral de previdência social, o “diretor empregado”, que se insere dentre os empregados como segurado obrigatório, e o “diretor não empregado”, que é considerado contribuinte individual. Confira-se:*

*“Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:*

*I - como empregado:*

*a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado; (...)*

*V - como contribuinte individual:*

*f) o titular de firma individual urbana ou rural, o diretor não empregado e o membro de conselho de administração de sociedade anônima, o sócio solidário, o sócio de indústria, o sócio gerente e o sócio cotista que recebam remuneração decorrente de seu trabalho em empresa urbana ou rural, e o associado eleito*

<sup>4</sup> Fundamentos do Imposto de Renda (2020), São Paulo, SP, Instituto Brasileiro de Direito Tributário - IBDT, 2020, v. 2, p. 536.

*para cargo de direção em cooperativa, associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, bem como o síndico ou administrador eleito para exercer atividade de direção condominial, desde que recebam remuneração”.*

*Nos termos da referida lei, para que um diretor mantenha a condição de empregado – e, portanto, seja segurado obrigatório da previdência social – é preciso que preste serviço (i) em caráter não eventual, (ii) sob subordinação da empresa e (iii) mediante remuneração.*

*Diante disso, pode-se concluir que, ao diretor empregado, que exerce a administração da sociedade, sem a extinção da relação de emprego, são aplicáveis as disposições legais próprias dos empregados no que se refere à dedutibilidade das gratificações e das participações nos lucros, isto é, o § 3º do art. 299 do RIR/99, além do §1º do art. 3º da Lei nº 10.101/00. Por outro lado, ao diretor não empregado, que exerce a administração da sociedade, sem vínculo empregatício, são aplicáveis as vedações à dedutibilidade das participações e gratificações na apuração do IRPJ, previstas nos artigos 303 e 463 do RIR/99.*

Portanto, com base nestes fundamentos, conclui-se que ao diretor empregado que exerce a administração da sociedade, sem extinção da relação de emprego, são aplicáveis as disposições legais próprias dos empregados.

Com relação às provas de subordinação dos Diretores, foram acostadas à Impugnação apresentada, cópias das fichas de registro de empregados, bem como os contrato de trabalho, como comprovação de que os diretores foram efetivamente contratados como empregados, sendo promovidos até chegarem ao cargo de diretores (Doc. 19 da Impugnação).

Além de subordinarem-se às deliberações da reunião de sócios, a relação de emprego dos senhores Carlos Daniel Rizzo da Fonseca e Marcelo Pechinho Hallack, nos anos de 2013 e 2014, torna-se evidente no âmbito da participação nos resultados, quando se verifica que, assim, como todos os demais empregados, os citados diretores eram avaliados por metas por seus superiores.

Com efeito, uma vez ao ano, conforme estipulado nos Acordos de Participações nos Lucros e Resultados, os empregados da Recorrente, incluídos diretores empregados, submetem-se a avaliações individuais, conduzidas por seus superiores hierárquicos, onde são avaliados os conhecimentos, habilidades, prospecção de negócios e excelência, enquadrando-se os empregados em cinco faixas distintas, quais sejam: (a) Insatisfatório [IN], (b) Não Satisfatório [NS], (c) Satisfatório [S], (d) Muito Satisfatório [MS], (e) Excelente [E].

As avaliações encontram-se acostadas às e-fls 2293/2294, Doc. 20 da Impugnação.

Como se vê, o Sr. Carlos Daniel Rizzo da Fonseca foi avaliado pelo Sr. André Esteves, e, por sua vez, o gestor do Sr. Marcelo Pechinho Hallack, nos anos autuados, foi avaliado pelo próprio Sr. Carlos Daniel Rizzo da Fonseca, seu superior hierárquico nos quadros da Recorrente.

As provas apresentadas e reportadas pela Recorrente, de fato, corroboram com a alegação de que os dois diretores mantiveram a qualidade de empregado durante o período em que exerceram a administração do Banco Recorrente, classificando-se, portanto, para fins de dedutibilidade do IRPJ, como diretores empregados. Isso porque continuaram a receber salários, bem como eram avaliados por seus superiores hierárquicos, tudo em conformidade com as provas antes mencionadas.

Portanto, tendo a Recorrente demonstrado que seus Diretores, em verdade, são diretores empregados, não se aplica ao presente caso a indedutibilidade das gratificações e participações na apuração do lucro real, prevista nos artigos 303 e 463 do RIR/99, atuais artigos 315 e 527 do RIR/18.

**CONCLUSÃO**

Diante do exposto, voto por rejeitar a preliminar de nulidade arguida, e no mérito, por dar provimento ao recurso voluntário para cancelar integralmente as exigências.

*Assinado Digitalmente*

**JOSE EDUARDO DORNELAS SOUZA**

**VOTO VENCEDOR**

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Redator designado

**I – Introdução**

Em que pesem a clareza e objetividade do voto do Ilustre Conselheiro Relator, peço vênia para o acompanhar apenas pelas conclusões, quanto à matéria “**Da Transferência da Participação Adquirida com Ágio**”, relativa ao Ágio I, e dele divergir, quanto à matéria “**Da Dedutibilidade das Despesas com os Pagamentos de PLR aos Diretores Empregados**”. A seguir, encontram-se expostos os fundamentos que entendo aplicáveis a cada uma dessas duas questões.

**II – Mérito****1. Ágio I – Transferência de ágio**

Com relação a esta matéria, a acusação original foi a de ocorrência da “transferência” do Ágio I, no âmbito da cisão parcial da Ourinvest, que detinha participação na Brazilian Capital, com versão da parcela cindida à BPMB III, por meio de aumento de capital somado à emissão de ações e subscrição total destas.

A fiscalização entendeu que o investimento que gerou o referido Ágio I, baseado na expectativa de rentabilidade futura da Brazilian Capital, estava inicialmente registrado na Ourinvest e que, no momento da cisão desta empresa, com a versão da parcela cindida à outra sociedade, o ágio teria sido transferido a esta, o que impediria sua amortização, por não ser o real adquirente do ágio.

O entendimento da fiscalização foi corroborado pela decisão recorrida.

Já, o Ilustre Conselheiro Relator entendeu que a transferência de ágio, por meio de operações societárias devidamente registradas, seria possível e regular, por observância às normas que regem a matéria. Assim, concluiu pela possibilidade de sua ulterior amortização.

Entendo que, de forma diversa, no presente caso não teria havido transferência de ágio, mas sim o surgimento de ágio próprio na BPMB III, nos termos a seguir apresentados.

Conforme consta do relatório, originalmente a pessoa jurídica Ourinvest, que detinha participação na Brazilian Capital adquirida com ágio foi objeto de cisão com versão de

parcela de seu patrimônio para a pessoa jurídica BPMB III. Portanto, resta necessário analisar a operação de cisão e seus efeitos, notadamente quanto ao referido ágio.

Pois bem, a operação de cisão, nos termos do disposto no art. 229 da Lei nº 6.404, de 1976, consiste na transferência de parcelas do patrimônio de uma pessoa jurídica, cindenda, para uma ou mais sociedades e, no caso de cisão com versão de parcela do patrimônio em sociedade já existente, esta deverá aumentar capital a ser subscrito mediante a versão do patrimônio da empresa cindenda.

Isso implica emissão de títulos patrimoniais (no caso de companhia, ações) por parte da pessoa jurídica que recebeu o patrimônio da cindida e a entrega desses títulos patrimoniais à pessoa jurídica cindida. Agora, vejamos as consequências desse procedimento, tanto na pessoa cindida quanto na pessoa jurídica preexistente, que recebeu a parcela de patrimônio.

A empresa cindida irá entregar o acervo representante do patrimônio a ser vertido. Esse acervo não contém propriamente o ágio, mas sim a participação societária, no caso a participação na empresa Brazilian Capital. Com efeito, o ágio é parte do custo de aquisição dessa participação e deverá ser devidamente baixado na escrituração da cindida. Por outro lado, a empresa cindida receberá ações emitidas pela empresa preexistente, no caso a BPMB III.

Já, a empresa preexistente irá receber o acervo transferido, que contém a participação societária, no caso, as ações da Brazilian Capital. Em decorrência desse recebimento, a empresa preexistente deve aumentar seu capital, emitindo novas ações e as entregando à empresa cindida. Essa entrega de ações, tem a natureza de quitação da obrigação, ou seja, pagamento pelo recebimento da participação societária recebida no âmbito da operação societária.

Especificamente quanto à participação societária recebida pela pessoa jurídica preexistente, no caso de avaliação pelo método da equivalência patrimonial, que é o caso dos autos, ela deve ser mensurada pelo valor do patrimônio líquido da investida e, se o valor nominal das ações por ela emitidas for superior, a diferença será reconhecida como ágio. Repara-se que esse ágio pode, mas não necessita ter o exato valor do ágio anteriormente escriturado no patrimônio da pessoa jurídica cindida.

Portanto, conclui-se não se tratar, no caso, de transferência de ágio, mas de reconhecimento de ágio próprio, pelo real adquirente da participação societária, no âmbito da versão de patrimônio decorrente da cisão parcial ocorrida. Nesses termos, tratando-se de ágio próprio, entendo que sua ulterior amortização seja possível, nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, aplicáveis aos fatos objeto do presente processo.

Por esses motivos, entendo dedutível a amortização do ágio.

## **2. Participação nos Lucros e Resultados – Diretores Empregados**

Quanto a esta matéria, discute-se a dedutibilidade, para fins de apuração do IRPJ na sistemática do Lucro Real, de valores pagos a título de Participação nos Lucros e Resultados, a Diretores que sejam Empregados da Pessoa Jurídica.

O Ilustre Conselheiro Relator entendeu que a condição de empregado dos diretores afastaria a vedação de dedutibilidade desse valor constante da legislação de regência.

Por outro lado, entendo que, por direta disposição legal, essa vedação deve ser aplicada, nos termos dos arts. 249, inciso I, 303, 357, parágrafo único, inciso I, e 463, do então vigente Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 1999. Tais dispositivos fazem referência expressa (i) a dirigentes ou administradores (art. 303), (ii) diretores ou administradores (art. 357) ou (iii) simplesmente administradores.

Repara-se que, em nenhum deles, houve a ressalva da condição de o administrador, dirigente ou diretor ser empregado. Portanto, entendo que, onde a lei não discrimina, não cabe ao intérprete discriminar.

Aliás, esse é o entendimento expresso tanto pela Receita Federal na SC Cosit nº 89, de 2015, quanto pela Câmara Superior de Recursos Fiscais no acórdão 9101-007.169, de 01/10/2024. A seguir, para fins de confirmação, encontram-se reproduzidos excertos dos referidos itens.

(a) SC Cosit nº 89, de 2015

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ ADMINISTRADOR EMPREGADO. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS.” “DESPESA INDEDUTÍVEL.

Devem ser adicionados ao lucro líquido do período de apuração, para fins de determinação do lucro real, as participações nos lucros da pessoa jurídica atribuídas a seus administradores, inclusive àqueles que tenham vínculo de emprego com a pessoa jurídica.

Dispositivos Legais: Decreto nº 3.000, de 1999, art. 463.”

(b) Acórdão 9101-007.169, de 01/10/2024

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2013

GRATIFICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES A DIRIGENTES E ADMINISTRADORES. INDEDUTIBILIDADE.

As gratificações ou participações atribuídas a dirigentes ou administradores são indedutíveis, independentemente de o vínculo de relacionamento com a pessoa jurídica ser de natureza trabalhista ou estatutária.

No caso é incontroverso tratar-se de diretores/administradores que foram contratados como empregados. Portanto, entendo indedutível a participação nos lucros e resultados a eles paga.

### III – Conclusão

Pelos fundamentos acima, voto por (a) acompanhar o relator pelas conclusões, quanto à matéria “**Da Transferência da Participação Adquirida com Ágio**” e (b) divergir do relator quanto à matéria “**Da Dedutibilidade das Despesas com os Pagamentos de PLR aos Diretores Empregados**”, para, quanto a essa matéria, negar provimento ao recurso.

É como voto.

*Assinado Digitalmente*

**Luiz Eduardo de Oliveira Santos**