



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10314.720878/2015-70
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-005.907 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 1 de dezembro de 2021
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado COMPANHIA LUZ E FORÇA SANTA CRUZ

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. IMPOSSIBILIDADE. ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO AVALIZADO PELA CONTROLADORA PARA AQUISIÇÃO DO INVESTIMENTO. SETOR REGULADO.

Para que se possa concluir pela caracterização de divergência jurisprudencial, não é imperativo que os acórdãos paradigma e recorrido tratem exatamente dos mesmos fatos, mas apenas que o contexto tido como relevante por tais decisões seja de tal forma semelhante que lhes possa (hipoteticamente) ser aplicada a mesma legislação. Daí porque um exercício válido para verificar se se está diante de genuína divergência jurisprudencial é verificar se a aplicação, ao caso dos autos, do racional constante do paradigma, seria capaz de levar à alteração da conclusão a que chegou o acórdão recorrido.

Não se estabelece a divergência jurisprudencial quando os votos condutores dos precedentes apontados como paradigma não fazem contraponto a argumentos tidos como relevantes pelo voto condutor do acórdão recorrido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa (relatora), Luiz Augusto de Souza Gonçalves e Caio Cesar Nader Quintella que votaram pelo conhecimento. Votou pelas conclusões do voto vencido o conselheiro Caio Cesar Nader Quintella. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Livia De Carli Germano.

(documento assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Presidente em exercício.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora.

(documento assinado digitalmente)

LÍVIA DE CARLI GERMANO – Redatora designada.

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

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ("PGFN", e-fls. 869/892) em face da decisão proferida no Acórdão nº 1301-002.836 (e-fls. 855/867), na sessão de 14 de março de 2018, no qual o Colegiado *a quo* decidiu, *por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Nelso Kichel e Milene de Araújo Macedo que votaram por negar provimento ao recurso, e o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto que votou por dar-lhe provimento parcial para reduzir a multa de ofício para o percentual de 75%*.

A decisão recorrida está assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013

IRPJ. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ARTIGOS 7º E 8º DA LEI N. 9.532/97.

A reorganização empresarial, sob amparo dos artigos 7º e 8º da Lei no 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSLL

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013

AUTUAÇÃO REFLEXA: CSLL.

A decisão prolatada no lançamento matriz estende-se ao lançamento decorrente, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

O litígio decorreu de lançamentos dos tributos incidentes sobre o lucro apurados nos anos-calendário 2010 a 2013, a partir da constatação de dedução indevida de amortização de ágio aproveitado mediante *indevida utilização de empresa veículo*, bem como porque ausente *fundamentação econômica/propósito negocial da operação*, além da *configuração de evasão fiscal, concretizada mediante sonegação, fraude e conluio*. A autoridade julgadora de 1ª instância manteve a exigência (e-fls. 713/734). O Colegiado *a quo*, por sua vez, cancelou-a por inteiro.

Os autos do processo foram recebidos na PGFN em 18/04/2018 (e-fl. 868), sendo restituídos ao CARF em 01/06/2018 (e-fl. 893), veiculando o recurso especial de e-fls. 869/892, no qual a Fazenda suscita divergência reconhecida no despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 928/936, do qual se extrai:

Alega a PFN a ocorrência de divergência de interpretação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 e arts. 385, 386 e 391 do Decreto nº 3.000/99, em relação à matéria **Ágio - empresa veículo**. Aduz que o colegiado *a quo* divergiu de outros órgãos julgadores do Carf ao admitir a amortização do ágio sem que houvesse a necessária confusão patrimonial entre o real investidor e a investida.

Foram indicados como paradigmas o Acórdão nº 9101-002.188 e o Acórdão nº 9101-003.074, cujas ementas transcrevo a seguir na parte de interesse:

Acórdão nº 9101-002.188 (1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais - ementa integralmente reproduzida no recurso)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURIDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.

Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida.

[...]

Acórdão nº 9101-003.074 (1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais - ementa integralmente reproduzida no recurso)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ Ano-calendário: 2008, 2009, 2010 PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.

O conceito do ágio é disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, e trata-se de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

APROVEITAMENTO DO ÁGIO. INVESTIDORA E INVESTIDA.

EVENTOS. SEPARAÇÃO. UNIÃO.

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

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

A amortização, a qual se submete o ágio para o seu aproveitamento, constitui-se em espécie do gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99, submetendo-se aos testes de necessidade, usualidade e normalidade.

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa

jurídica. Não há como estender os atributos de normalidade, ou usualidade, para despesas derivadas de operações atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO.

A cognição para verificar se a amortização do ágio passa por verificar, primeiro, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência dos arts. 385 e 386 do RIR/99, segundo, se requisitos de ordem formal estabelecidos encontram-se atendidos, como arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, e, terceiro, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes e reorganizações societárias com substância econômica.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA.

INVESTIDOR E INVESTIDA. MESMA UNIVERSALIDADE.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente.

Compartilhando do mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio). Enfim, toma-se o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável ao caso e estabelecer o termo inicial para contagem do prazo decadencial.

[...]

Em síntese, a Fazenda, ao demonstrar o dissídio jurisprudencial, assim argumenta:

[...]

A fiscalização entendeu que a empresa Nova 4 Participações teria sido utilizada como mera empresa veículo pela CPFL na aquisição da Companhia Luz e Força Santa Cruz. Verifica-se, portanto, que a real investidora é a CPFL, que poderia ter adquirido a Santa Cruz, sem a intermediação da Nova 4 Participações.

Nesse contexto, o acórdão recorrido decidiu afastar a glosa da amortização do ágio da aludida operação, sob a seguinte fundamentação:

[...]

Segundo se depreende do trecho acima, o colegiado a quo admite a amortização de ágio na hipótese de incorporação da empresa veículo Nova 4 Participações, utilizada como intermediária pela CPFL na aquisição da Companhia Luz e Força Santa Cruz, sem que houvesse, portanto, a necessária confusão patrimonial entre o real investidor (CPFL) e a investida (Santa Cruz).

Em sentido diametralmente oposto ao Colegiado a quo, decidiu a 1ª da Câmara Superior de Recursos Fiscais no acórdão paradigma nº 9101- 002.188, cuja ementa segue integralmente transcrita:

[...]

A partir de todo o exposto, resta clara a divergência jurisprudencial. O acórdão paradigma considera que o ágio só pode ser deduzido por quem participou da operação original como investidor ou investido, e desde que haja a “confusão patrimonial” entre os participantes da operação que gerou o ágio. Por outro lado, o acórdão recorrido entende ser possível a amortização do ágio sem que

houvesse a confusão patrimonial entre a investida e o real adquirente da participação societária, o investidor original.

Na configuração de divergência, cita-se ainda o acórdão n.º 9101- 003.074, cuja ementa segue integralmente transcrita:

[...]

Diversamente do acórdão recorrido, o acórdão n.º 9101-003.074 entende que para efeito de amortização do ágio, exige-se a confusão patrimonial entre a investida e sua real investidora, sendo irrelevantes os motivos de ordem, societária, técnica ou mercadológicas, que impedissem a investida de incorporar a real investidora.

A partir da leitura do acórdão recorrido e dos acórdãos paradigmas, verifica-se que nos três casos foi apreciada a possibilidade de dedução de despesa de amortização de ágio, formado em operações de reorganização societária envolvendo o uso de empresa veículo, diante de alegação de que o ágio não foi de fato suportado pela empresa veículo que participou da incorporação.

Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, extrai-se que a Fazenda logrou demonstrar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial, já que diante de situações fáticas semelhantes, tendo havido nos três casos o reconhecimento de que a empresa veículo não atuou como investidor de fato, foram distintas as conclusões alcançadas.

No caso do acórdão recorrido, prevaleceu no Colegiado o entendimento de que não representa óbice à dedução da despesa de ágio o uso de empresa veículo, capitalizada por sua controladora, na aquisição de investimento com ágio fundamentado em rendimento futuro quando posteriormente a empresa veículo é incorporada pela empresa adquirida. Confira-se trecho do voto condutor:

Em 02/10/2006, a empresa NOVA 4 PARTICIPAÇÕES adquiriu o controle acionário da SANTA CRUZ, mediante operação de compra e venda de ações realizada com CBA. A aquisição ocorreu via empréstimo junto ao Banco do Brasil, mediante aval ofertado pela CPFL ENERGIA.

[...]

O óbice apresentado pela fiscalização reside no fato, em sua ótica, da NOVA 4 PARTICIPAÇÕES ter se apresentado como uma "empresa veículo", sem substância ou propósito negocial, não arcando, efetivamente com os custos para a aquisição da participação societária da recorrente. Acaso viesse a ocorrer a incorporação da investida pela CPFL ENERGIA, a real investidora, não haveria impedimento ao aproveitamento fiscal do ágio.

Assim, controverte-se nos autos a questão relacionada à utilização de empresa veículo capitalizada por sua controladora, mediante empréstimo bancário, para que ela (empresa veículo) viesse a adquirir o investimento com pagamento de ágio para, após, ser incorporada pela empresa adquirida cuja lucratividade futura teria justificado o pagamento do ágio.

[...]

Porém, em nenhum momento o legislador exigiu que o contribuinte aguardasse algum lapso temporal mínimo para levar a cabo as operações necessárias para o aproveitamento do ágio em questão. A imposição da confusão patrimonial exigida pelo legislador para viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio simplesmente não estabelece exigências temporais, vez que não consta qualquer prazo nos enunciados prescritivos da Lei n.º 9.532/97, tal como não há prazos nas normas societárias que regulam aquisições, fusões e cisões societárias.

[...]

Dessa forma, ausente manifestação clara e expressa do legislador no sentido de limitar a liberdade constitucional da empresa, de investimento, de organização e

de contratação, me parece não ser razoável a interpretação adotada pelo acórdão recorrido, de que as reorganizações societárias intermediárias ao encontro patrimonial da entidade investida com o investimento faz perecer o direito à amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura legitimamente apurado.(grifei)

No que se refere à matéria suscitada, diverge do recorrido o entendimento expresso no primeiro acórdão paradigma (n.º 9101-002.188) que decidiu pelo restabelecimento das autuações decorrentes da glosa da despesa de amortização de ágio, por falta de subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, uma vez considerado que a empresa veículo que foi adquirida pela investida não foi a pessoa jurídica que de fato suportou o pagamento do ágio. Confirma-se excertos do relatório e do voto condutor, relevantes para a demonstração dos fundamentos da decisão:

Trecho do Relatório

DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL EXISTENTE - a fim de melhor entender a "engenharia societária" adotada pelo grupo ACHE para a aquisição da BIOSINTETICA, operação esta que deu origem ao ágio cuja dedutibilidade da despesa de amortização está sendo ora discutida, são transcritos os fatos relevantes em ordem cronológica:

- 28/09/2005 - as empresas ACHE LABORATÓRIOS FARMACÊUTICA S/A e MAGENTA PARTICIPAÇÕES S.A. constituem a empresa DELTA PARTICIPAÇÕES FARMACÊUTICAS S.A., com a subscrição e integralização do capital social no valor de R\$ 100,00 (R\$ 99,00 pela ACHE, e R\$ 1,00 pela MAGENTA);
- 17/10/2005 - as empresas ACHE e MAGENTA adquirem a totalidade das quotas da empresa BIOSINTETICA (ora Recorrente) pelo valor de R\$ 491.200.000,00. Em face dessa aquisição, a ACHE passa a deter o controle societário da BIOSINTETICA, enquanto a MAGENTA apenas 1 (uma) quota dessa empresa;
- 30/11/2005 - a ACHE subscreve e integraliza o aumento de capital da DELTA com a totalidade das quotas que detém da BIOSINTETICA pelo valor de R\$ 491.200.000,00. Nessa operação a ACHE "cobra" da DELTA um ágio sobre as quotas da BIOSINTETICA no valor de R\$ 437.552.361,10;
- 31/03/2006 — a BIOSINTETICA incorpora a DELTA, absorve o ágio "pago" por essa empresa sobre suas próprias quotas, e passa a amortizá-lo para fins tributários;

Trecho do voto condutor

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material.

*Na atual redação destes dispositivos e para o caso de incorporação "As avessas", exclusivamente no caso em que a investida **adquire a investidora original** (ou **adquire diretamente a investidora**, nessa linha de raciocínio as intermediárias não seriam investidoras de fato, apenas de direito) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.*

No caso dos autos, esses aspectos não foram satisfeitos, em especial dos aspectos pessoal e material, vejamos:

(grifo no original)

A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Delta Participações Farmacêuticas S.A.) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (Biosintética), mas que não foi investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio. (grifei)

A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (Biosintética) tivesse incorporado a investidora (Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A. - investidora strico sensu), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material.

No mesmo sentido foi o entendimento expresso no segundo acórdão paradigma, que fundamentou a decisão pela impossibilidade de dedução da despesa de amortização do ágio no fato de que o evento de incorporação não teve a participação da real investidora, mas de empresa veículo que não suportou de fato o pagamento do ágio. Veja-se trecho do voto condutor:

Passo ao exame do mérito.

II. Recurso da Contribuinte. Despesa de Amortização de Ágio.

O voto apresenta análise histórica e sistêmica sobre o tema, para depois tratar do caso concreto.

[...]

8. Consolidação

Considerando-se tudo o que já foi escrito, entendo que a cognição para a amortização do ágio passa por verificar, primeiro, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência, segundo, se requisitos de ordem formal estabelecidos pela norma encontram-se atendidos e, terceiro, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado.

*A primeira verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente neste momento, situado antes da subsunção do fato à norma. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que buscam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é que, independente da genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. Quem viabilizou a aquisição? De onde vieram os recursos de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem tomou a decisão de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a **investidora originária**.*

Ainda que a pessoa jurídica A, investidora originária, para viabilizar a aquisição da pessoa jurídica B, investida, tenha (1) "transferido" o ágio para a pessoa jurídica C, ou (2) efetuado aportes financeiros (dinheiro, mútuo) para a pessoa jurídica C, a pessoa jurídica A não perderá a condição de investidora originária.

[...]

9. Sobre o Caso Concreto

[...]

Em síntese, o que se observa é que a RIGESA, para adquirir o investimento TILIBRA, no qual seria alienado com sobrepreço (ágio), utilizou-se da empresa MEADWESTVACO como intermediária.

Primeiro, a RIGESA adquiriu a MEADWESTVACO pelo valor de R\$100,00. Na sequência, a RIGESA aumentou o capital social da MEADWESTVACO mediante

aportes na ordem de 214,7 milhões de reais. Foi celebrado contrato de compra e venda, no qual 18 pessoas físicas detentoras das ações da TILIBRA alienaram o investimento no valor de 217,3 milhões de reais. A MEADWESTVACO consumou a aquisição. Dois meses depois, a MEADWESTVACO foi incorporada pela TILIBRA. A TILIBRA, que passou a ser controlada integralmente pela RIGESA, entendeu ser cabível o aproveitamento da despesa de amortização de ágio.

Diante de todo o escrito no presente voto, a operação em análise não passa pela primeira verificação (vide item 8 do voto).

Quanto ao aspecto pessoal, cabe verificar quem é efetivamente a pessoa jurídica investidora e a pessoa jurídica investida.

A pessoa jurídica investidora é o RIGESA, que efetuou o aporte de recursos para aquisição do investimento TILIBRA com pagamento de sobrepreço, por ter sido realizado em valor superior ao do patrimônio líquido. É incontestável que foi o BSSF RIGESA a empresa que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura do investimento a ser adquirido e desembolsou os recursos para a aquisição (vide item 7 do voto).

Por sua vez, a pessoa jurídica investida foi a empresa TILIBRA.

Ocorre que o evento de incorporação deu-se entre a MEADWESTVACO e a TILIBRA, ou seja, sem a presença da real investidora, o RIGESA.

O fato de a MEADWESTVACO ter recebido o aporte de recursos da RIGESA, não lhe confere, na acepção do dispositivo normativo em análise, em nenhum momento, a condição de investidora.

Nesse sentido, o aproveitamento da despesa de amortização de ágio promovido pela Contribuinte deu-se sem respaldo legal, vez que não se consumou a hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

[...]

Assim, neste juízo de cognição sumária, concluo pela caracterização da divergência de interpretação suscitada.

Ressalto que os paradigmas analisados constam do sítio do CARF na Internet e até a data da interposição do Recurso Especial não haviam sido reformados.

Ante o exposto, com fundamento no art. 67, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, proponho que seja **DADO SEGUIMENTO** ao Recurso Especial, interposto pela Fazenda Nacional, para que seja rediscutida a matéria **Ágio - empresa veículo**.

A PGFN contextualiza que a fiscalização entendeu que a empresa Nova 4 Participações teria sido utilizada como mera empresa veículo pela CPFL na aquisição da Companhia Luz e Força Santa Cruz. Verifica-se, portanto, que a real investidora é a CPFL, que poderia ter adquirido a Santa Cruz, sem a intermediação da Nova 4 Participações, e vislumbra dissídio jurisprudencial porque o acórdão recorrido, ao contrário dos paradigmas, admite a amortização de ágio na hipótese de incorporação da empresa veículo Nova 4 Participações, utilizada como intermediária pela CPFL na aquisição da Companhia Luz e Força Santa Cruz, sem que houvesse, portanto, a necessária confusão patrimonial entre o real investidor (CPFL) e a investida (Santa Cruz).

Descreve em ordem cronológica as operações societárias que permitiram o surgimento e amortização do ágio, destacando que a real adquirente das ações da Companhia Luz e Força Santa Cruz (CLFSC) foi a CPFL Energia em operação na qual utilizou empresa

veículo (NOVA 4), e que neste contexto a Fiscalização concluiu que *a incorporação do NOVA 4 pela CLFSC não torna o ágio passível de dedução*, pois:

Com efeito, inicialmente, destaca-se que **a dedutibilidade do ágio NÃO É um direito angariado pelo sujeito passivo em face da aquisição de um investimento**. Ou seja, **não é porque houve uma aquisição societária válida, que o ágio registrado necessariamente é dedutível**. Como poderá ser visto adiante, **a existência do ágio diverge da sua dedutibilidade**. Uma coisa é o ágio existir, outra é ele ser dedutível conforme determina a legislação.

Assim, **NÃO BASTA a uma empresa, ou grupo econômico, adquirir uma participação societária para que o ágio pago seja reconhecido como dedutível**. Se assim fosse, a Lei nº 9.532/1997 não teria razão de existir. Como será visto, **para ser dedutível, o ágio deve cumprir determinados requisitos legais**. Dentre esses requisitos, **há a necessária presunção de perda do investimento adquirido**.

Por certo, da leitura do artigo 386 do RIR/99, o qual repete o conteúdo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, observa-se que a dedutibilidade da amortização de um ágio decorre do encontro num mesmo patrimônio da participação societária adquirida com ágio com esse mesmo ágio. Ou seja, quando há um encontro do adquirente com o investimento adquirido.

Em face, portanto, dessa **confusão patrimonial entre investidora e investida**, a legislação admite que o contribuinte **considere perdido** o seu capital investido com ágio e, assim, deduza a despesa que teve com o pagamento da “mais valia”. O artigo 386 assim prevê:

[...]

Todavia, para que haja esse encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem, **é imprescindível que a “mais valia” contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participa da confusão patrimonial**. **O REAL INVESTIDOR, portanto, deve se confundir com o investimento que adquiriu**.

Tal constatação é obtida em face da seguinte expressão utilizada pela legislação: **“na qual detenha participação societária ADQUIRIDA com ágio”**. Vê-se que o verbo “adquirir” é utilizado pela norma em seu sentido econômico, ou seja, **decorrente de uma espécie de compra e venda, oriundo de um sacrifício patrimonial**. Portanto, a Lei nº 9.532/1997 estabelece que a dedução do ágio somente é autorizada quando a pessoa jurídica que tiver ADQUIRIDO outra, incorporá-la ou for por ela incorporada.

Desta feita, não se está diante de uma situação em que a legislação não veda uma possibilidade fática, **mas sim de uma situação em que a legislação não a autoriza**.

Defende a interpretação literal da legislação que *traduz uma renúncia de receita ao Estado*, e complementa que *uma incorporação, fusão ou cisão societária que envolva um ágio que não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da operação societária não permitirá a aplicação do benefício fiscal instituído pelo artigo 386 do RIR/99*. O ágio pode até existir contabilmente em face da aplicação do Método de Equivalência Patrimonial, mas não será dedutível na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL. Aduz, ainda, que:

Caso, ao final das operações, o patrimônio da **Companhia Luz e Força Santa Cruz** tivesse sido unido com o patrimônio da **CPFL Energia**, o ágio seria dedutível pois teria ocorrido a presunção de perda do investimento por essa segunda empresa. No então, como esse fato não ocorreu, **não há presunção a ser aplicada, não há benefício fiscal a ser reconhecido**.

Por certo, mesmo com a transferência do ágio a outra empresa do mesmo grupo econômico, o ágio suportado pela **CPFL Energia** em face da aquisição da participação societária da **Companhia Luz e Força Santa Cruz** permaneceu intocável em seu

patrimônio, **só que travestido em ações de outra controlada, não mais como o ágio da compra da Companhia Luz e Força Santa Cruz em si.**

O encontro patrimonial proporcionado pela incorporação da NOVA 4 pela **Companhia Luz e Força Santa Cruz**, ocorreu apenas **entre as ações da Companhia Luz e Força Santa Cruz e o “reflexo contábil” do ágio pago sobre esses títulos**. Isso porque as ações que a NOVA 4 possuía em face do ágio (pago originalmente pela CPFL Energia) decorrente da **Companhia Luz e Força Santa Cruz** foram extintas com a incorporação realizada, **contudo, “lá no patrimônio da CPFL Energia” (empresa que verdadeiramente pagou por essas ações), esse mesmo ágio permaneceu intocável.**

[...]

Vê-se, assim, o verdadeiro intuito do Grupo CPFL Energia: transformar o ágio por ele pago quando da aquisição das ações da **Companhia Luz e Força Santa Cruz** em uma verdadeira “moeda de dedução”, a qual poderia ser transmitida a quem ele quisesse, **e sem prejudicar o custo de aquisição suportado pela real adquirente (CPFL Energia)**. Sem maiores delongas, é evidente que esse não foi o intuito do legislador ao editar os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

A intenção da Lei nº 9.532/1997 foi estimular as aquisições societárias **seguidas da confusão patrimonial entre a real investidora e a investida**; foi, portanto, beneficiar **o real adquirente de uma participação societária**; e não transformar o potencial direito à dedução dessa despesa em uma “moeda” que pudesse ser transferida a quem o seu detentor quisesse. **Se assim não fosse, como já dito, haveria uma norma expressa que autorizaria a dedução do ágio sem a confusão patrimonial, ou, até mesmo, a transferência dos efeitos fiscais do ágio por meio de operações intragrupo.**

Portanto, demonstra-se que **o ágio amortizado pelo autuado é indedutível nos termos do artigo 386 do RIR/99**, haja vista que não há como aplicar a presunção de perda de investimento preconizada na Lei nº 9.532/1997.

Destaca que esta 1ª Turma já se manifestou acerca da mesma operação nos autos do processo administrativo nº 19515.720386/2012-40, dando provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional e restabelecendo o lançamento. Pede, assim, que seja reformado *o acórdão recorrido, mantendo-se integralmente o lançamento*, bem como a *baixa dos autos para julgamento da incidência da multa qualificada*.

Em 23/04/2018 foi juntada aos autos a petição de fl. 926, na qual se comunica a incorporação da autuada por Companhia Jaguari de Energia.

Cientificada em 21/09/2018 (e-fls. 943), a sucessora da Contribuinte apresentou contrarrazões em 05/10/2018 (e-fls. 947/964) na qual defende a inadmissibilidade do recurso especial da PGFN, dado que *há diferenças marcantes entre as operações discutidas nos paradigmas e a operação da qual participou a Recorrente*.

Em relação ao paradigma nº 9101-002.188, aduz que:

Pela leitura do relato acima, observa-se, primeiramente, que as datas dos acontecimentos são muito próximas, e que a empresa reconhecida por esta CSRF como veículo, a DELTA, teve uma duração bastante efêmera. Além disso, sequer há menção à empresa que teria alienado as cotas da BIOSINTÉTICA para a ACHE e a MAGENTA. Mas o que mais chama a atenção é o fato de que tanto a DELTA (suposta veículo) quanto a BIOSINTÉTICA (autuada) eram controladas diretamente pela ACHE, e que o ágio posteriormente aproveitado surgiu na subscrição e integralização do aumento de capital feito na DELTA com as cotas da BIOSINTÉTICA, pela própria ACHE.

Já no caso da Recorrente, a operação ocorreu de modo completamente diferente. Como já detalhado, a Nova 4 (suposta empresa veículo), constituída em **26/11/2002** e detida pela CPFL Energia, adquiriu o controle acionário da Recorrente Santa Cruz (autuada) junto à

CBA cerca de 4 anos depois, em **02/10/2006**, com pagamento de ágio fundamentado em rentabilidade futura. E somente em 17/11/2007 a Recorrente Santa Cruz incorporou a empresa Nova 4, e a partir daí passou a amortizar o ágio registrado na Nova 4.

Comparando-se brevemente as duas operações, inevitável notar que o papel da Nova 4 não foi equivalente ao da DELTA, e tampouco o da CPFL Energia equivalente ao da ACHE.

Ao contrair em seu nome o empréstimo junto ao Banco do Brasil para aquisição da Recorrente Santa Cruz, a Nova 4 evidentemente assumiu uma série de obrigações, independentemente de o referido empréstimo ter se dado com o aval da CPFL Energia. Ademais, a própria DRJ reconheceu, expressamente, que o ágio não surgiu exclusivamente em decorrência da participação da Nova 4 na operação.

Já com referência ao paradigma nº 9101-003.074, assim observa:

Novamente se identifica curto transcurso de tempo entre as diferentes etapas da operação, ao contrário do que se verifica na presente demanda.

Ademais, não consta do referido acórdão que a defesa do contribuinte tenha apontado nenhum tipo de impedimento para que a RIGESA tivesse adquirido diretamente a TILIBRA, sem a participação da MEADWESTVACO na operação. Já no caso concreto, como reiterado pela Recorrida desde sua Impugnação, por conta de vedações previstas na legislação regulatória do setor elétrico brasileiro, a CPFL Energia não poderia adquirir diretamente a Recorrida Santa Cruz e, posteriormente, ser incorporada por esta, razão pela qual a compra do controle da Recorrida Santa Cruz teve que ser feita mediante uma de suas controladas, a Nova 4. Havia, portanto, uma questão regulatória envolvida, que foi determinante para que a operação se desse nos contornos já informados.

No próprio voto vencedor proferido no Acórdão nº 9101-003.074, pelo Conselheiro Gerson Macedo Guerra, a preponderância da questão regulatória foi suscitada, ainda que não estivesse presente naquele caso, ao tratar-se sobre a exigência da demonstração do propósito negocial, veja-se:

*“E é aí que a teoria do propósito negocial deve ser repensada, afinal, como um investidor não residente poderia se valer de tal incentivo, sem se fazer presente no país através de uma sociedade aqui residente? **Como sociedades nacionais reguladas por órgão específicos poderiam usufruir do incentivo diante de proibição legal de incorporação de sociedades com outros propósitos?**”.*
(grifou-se)

Assim sendo, fica claro que a atuação da Nova 4, na operação em tela, não se equipara ao papel assumido pela empresa MEADWESTVACO na situação analisada no paradigma, na medida em que, no contexto envolvendo a Recorrida, a estruturação da operação nos moldes que o Fisco entende mais natural jamais permitiria ao aproveitamento do ágio.

No mérito, inicialmente afirma o *descabimento da afirmativa do Fisco de que o alegado descumprimento do requisito da “confusão patrimonial entre a investida e sua real investidora” (utilização de empresa veículo) ilegítima a amortização do ágio no caso concreto*, porque a legislação apenas exige, para concessão do benefício fiscal, a ocorrência a partir de uma incorporação, fusão ou cisão. Argumenta que:

Da leitura das razões acima, em contraposição à leitura do texto legal, não restam dúvidas de que **a figura do “real investidor” emerge exclusivamente de imposição construída pela própria Fiscalização** e acolhida pelo CARF em diversos julgados, mas de modo algum pode ser lida na Lei nº 9.532/97.

Foi justamente o que identificou a C. 1ª Turma desta Câmara Superior no Acórdão nº 9101-003.609, proferido nos autos do Processo nº 16561.720032/2015-02 e publicado em 21/08/2018, que também envolvia atuação dirigida contra empresa do setor elétrico. Neste importante precedente, foi validada a amortização

do ágio, mesmo diante da participação de empresa veículo, afastando-se a suposta vedação que traria a Lei nº 9.532/97, como se verifica do voto vencedor, proferido pela Conselheira Cristiane Silva Costa:

[...]

O mesmo entendimento foi acolhido também pelo Acórdão nº 9101-003.610 da 1ª Turma da Câmara Superior, igualmente publicado em 21/08/2018, constando da sua ementa que “*não há restrições legais à transferência do ágio, notadamente quando havia restrições societárias e regulatórias que orientaram a criação de empresa-veículo*”.

Cita trabalho acadêmico acerca do tema e se reporta ao voto condutor do acórdão recorrido, bem como à Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997, que foi convertida na Lei nº 9.532/1997, para afirmar que ali *não se observa nenhuma restrição nesta linha, ficando clara a preocupação apenas de que o benefício da amortização decorresse de operações reais*.

Observa que desde o acórdão da DRJ não restam dúvidas *de que se está diante de operação concreta, em relação à qual nenhuma simulação foi comprovada, a despeito da aplicação da multa agravada pela Fiscalização*, inclusive admitindo a recorrente que a amortização do ágio seria passível de dedução fiscal se a Contribuinte fosse incorporada pela CPFL Energia. Passa, então, a *retomar os principais aspectos da operação em tela, que corroboram o seu direito ao cancelamento definitivo da autuação, em especial a justificativa negocial para a participação da Nova 4, uma vez que, em última instância, a irrisignação do Fisco centra-se na questão da “empresa-veículo”*. Neste sentido, consigna que:

Como já demonstrado, a Nova 4 era uma empresa já existente há mais de 05 anos antes da operação societária que resultou na sua incorporação pela Recorrida Santa Cruz. Ou seja, a Nova 4 não foi criada ou reativada com o único propósito de viabilizar a operação societária de incorporação questionada. Ademais, sua participação pode ser plenamente justificada pela necessidade de atendimento a regras do setor elétrico brasileiro, e **sua utilização não resultou no aparecimento de novo ágio, ou na economia de tributos diferente da que seria obtida sem a sua presença na operação**, o que conduz à conclusão pela inexistência de planejamento fiscal inoponível ao Fisco.

Como já visto, a Nova 4 adquiriu a Recorrida Santa Cruz com ágio junto à CBA.

Posteriormente, decidiu-se pela incorporação da controladora Nova 4 pela controlada Santa Cruz, que passou a amortizar o benefício fiscal. Caso a CPFL Energia tivesse adquirido diretamente a Santa Cruz – como a Fiscalização sustenta que deveria ter ocorrido – **tal aquisição também se daria mediante a geração de ágio**, pois permaneceria a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas.

Entretanto, em razão das vedações da legislação regulatória do setor elétrico brasileiro, a etapa seguinte, qual seja, a incorporação da CPFL Energia pela Recorrida Santa Cruz, não poderia se concretizar.

E nem se alegue que esta circunstância seria a mais “natural” – contrapondo-se à suposta “artificial” utilização da Nova 4 – não se podendo admitir que a expectativa do Fisco seja que um benefício fiscal legalmente previsto não seja utilizado!

Com efeito, ao contrário do que afirma a Fiscalização, a Recorrida Santa Cruz, na qualidade de contribuinte, tem todo o direito de optar, dentre as hipóteses legalmente autorizadas, por aquela que é capaz de lhe trazer a economia fiscal mais significativa, sem que isso reflita em prejuízo aos cofres públicos, e muito menos em fraude ou simulação.

A CPFL Energia, controladora da Nova 4, tinha interesse em que a Recorrida Santa Cruz passasse a integrar o seu grupo societário, entretanto, a aquisição direta desta empresa, pela própria CPFL Energia, não permitiria a posterior incorporação reversa, ou seja, a incorporação pela Santa Cruz da sua controladora.

A CPFL Energia atua na atividade de CNAE 64.62-0-00 (*Holdings de instituições não financeiras*), **possuindo participação em diversas outras sociedades do ramo de geração e distribuição de energia**, conforme consta do seu objeto social, de acordo com o Estatuto acostado aos autos na fase de fiscalização (consolidado na AGO/E realizada em 28.04.2006, com alterações aprovadas na AGE de 18.12.2007.

Por sua vez, o objeto da Recorrida Santa Cruz está especificado em seu Estatuto Social, que também já se encontra acostado aos autos, sendo sua principal atividade **prestar serviços públicos de distribuição de energia elétrica**.

Pela simples análise de ambos os objetos sociais, verifica-se que **é plenamente justificável o interesse da CPFL Energia de que a Recorrida Santa Cruz passasse a integrar seu grupo societário.**

Além de as atividades desempenhadas pelas referidas empresas serem complementares, funcionando perfeitamente em conjunto, sob um controle comum, a Recorrida Santa Cruz é uma empresa de relevância no cenário elétrico, tendo celebrado contrato de concessão de distribuição de energia elétrica com a ANEEL, passível de prorrogação.

Desse modo, verifica-se que a aquisição realizada pela Nova 4 destinava-se a trazer para o controle da CPFL Energia empresa com atuação no mesmo ramo do grupo incorporador, sendo inequívoca a legitimidade do interesse existente em relação à Recorrida Santa Cruz.

Repita-se que o real propósito da operação era incorporar o Ativo da Recorrida Santa Cruz, e não apenas permitir um posterior aproveitamento do ágio decorrente desta aquisição, mediante a incorporação reversa. Entretanto, uma vez autorizado pela legislação o aproveitamento desse benefício fiscal, não havia motivo para que este não fosse utilizado.

Veja-se que a Lei nº 9.074/95, que estabelece as normas para outorga e permissões de serviços públicos e trata da desverticalização do setor elétrico brasileiro, em seu art. 4º, § 5º, IV e V, **expressamente proíbe que as concessionárias do serviço de distribuição de energia elétrica – tais como a Recorrida Santa Cruz – exerçam, cumulativamente à atividade objeto da concessão, a geração e transmissão de energia elétrica, assim como a participação direta ou indireta em outras sociedades** ou o desempenho de atividades estranhas ao seu ramo de atuação, dentre outras vedações:

Art. 4o. (...)

§ 5º. As **concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica que atuem no Sistema Interligado Nacional – SIN não poderão desenvolver atividades:**

I - de geração de energia elétrica;

II - de transmissão de energia elétrica;

III - de venda de energia a consumidores de que tratam os arts. 15 e 16 desta Lei, exceto às unidades consumidoras localizadas na área de concessão ou permissão da empresa distribuidora, sob as mesmas condições reguladas aplicáveis aos demais consumidores não abrangidos por aqueles artigos, inclusive tarifas e prazos;

IV - **de participação em outras sociedades de forma direta ou indireta**, ressalvado o disposto no art. 31, inciso VIII, da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nos respectivos contratos de concessão; ou

V - **estranhas ao objeto da concessão, permissão ou autorização, exceto nos casos previstos em lei e nos respectivos contratos de concessão.** (destacou-se)

Ocorre que, como dito acima, **a CPFL Energia é uma holding pura, dedicando-se justamente à participação em outras sociedades**, de forma direta ou indireta, que possuam o mesmo ramo de atuação, dentre elas sociedades que se destinam à distribuição, geração e transmissão de energia elétrica.

Portanto, caso a CPFL Energia adquirisse a Recorrida Santa Cruz e posteriormente pretendesse a realização da incorporação reversa – ou seja, sua incorporação pela controlada Santa Cruz – tal operação não poderia se concretizar, pois nesta hipótese a Santa Cruz se veria acumulando a distribuição de energia elétrica com uma das atividades vedadas pela Lei nº 9.074/95 (“participação em outras sociedades de forma direta ou indireta”).

Já na aquisição da Recorrida Santa Cruz por meio da Nova 4, as partes não enfrentariam essa vedação, **pois a Nova 4 não possuía participação societária em outras empresas quando incorporou a Recorrida Santa Cruz.**

Por essa razão, a aquisição da Recorrida Santa Cruz foi realizada pela Nova 4, controlada da CPFL Energia, com posterior incorporação da compradora pela Recorrida Santa Cruz, porque esse foi o meio encontrado pelas empresas de atenderem, simultaneamente, à legislação regulatória e aos seus interesses econômicos, **o que é plenamente lícito** e não representa absolutamente nenhum tipo de infração às normas tributárias relativas à dedutibilidade do ágio.

Reitere-se, ainda, que a Recorrida Santa Cruz é empresa de relevância no setor de energia, tendo sido **constituída há mais de um século**, mais especificamente em 1909. Além disso, possui contrato de concessão firmado com a ANEEL, que, na data da aquisição, 2006, ainda vigoraria por pelo menos quase 10 anos, sendo passível de prorrogação.

Adicionalmente, a aquisição da Santa Cruz representava questão estratégica para a CPFL Energia, inserida no contexto da consolidação do setor, na medida em que a Santa Cruz era a responsável pela distribuição nas áreas contíguas ao alcance da Companhia Paulista de Força e Luz, a maior distribuidora de energia controlada pela CPFL Energia.

Era perfeitamente natural, portanto, que a CPFL Energia tivesse interesse em trazer para o seu controle também a Santa Cruz, que além de empresa de destaque no setor, atuava em região geograficamente estratégica.

Assim sendo, pelas próprias características da Recorrida Santa Cruz, fica claro que a sua aquisição e posterior incorporação reversa se deu pelo justificado interesse da Nova 4 e da CPFL Energia em ter esta empresa dentre suas controladas, sendo a questão do ágio meramente acessória, até mesmo em termos monetários.

Reforça-se, nesse ponto, que o benefício fiscal amortizado nos anos de 2007, 2008 e 2009, nos termos cobrados pelo Fisco no presente Auto de Infração, corresponde a R\$ 9.333.453,27 a título de IRPJ e R\$ 3.386.575,17 a título de CSLL, sendo que as vantagens econômicas auferidas pela CPFL Energia, ao longo desses três anos como controladora da Recorrida Santa Cruz, sem dúvidas ultrapassam e muito os referidos valores.

Além da questão da otimização da administração da incorporada, outro motivo que justifica a utilização da Nova 4 na operação societária em comento está relacionado ao fato de que a detentora da concessão do serviço de distribuição de energia elétrica era a Recorrida Santa Cruz.

Isso significa que, caso a Santa Cruz não incorporasse a sua controladora Nova 4, teria de ser pleiteada a transferência da outorga da concessão do serviço de distribuição de energia elétrica para a Nova 4 junto à ANEEL, e isso seria muito mais custoso do ponto de vista regulatório, do que o simples pedido de transferência de controle societário junto à ANEEL (o que foi feito e aprovado pela referida agência).

Além disso, todos os ativos relevantes para a prestação do serviço de distribuição de energia elétrica, tais como, por exemplo, a marca e os contratos, eram de titularidade da

Recorrida Santa Cruz, o que significa que fazia realmente muito mais sentido, também do ponto de vista regulatório, que a incorporação tivesse ocorrido nos exatos termos em que se passou: a Nova 4 incorporada pela Recorrida Santa Cruz; e não o contrário, ou tampouco uma negociação direta entre a CPFL Energia e a Recorrida Santa Cruz, em razão das vedações já expostas.

Vale acrescentar, igualmente, que a economia fiscal consistente na amortização do ágio resultante da incorporação da Nova 4 pela Recorrida Santa Cruz poderia ser igualmente obtida, do ponto de vista fiscal, ainda que a Nova 4 não tivesse sido utilizada, desde que não houvesse óbice na legislação regulatória.

Tratou-se, sem dúvida, de operação muito transparente, sem nenhum ponto obscuro ou utilização de subterfúgios ou simulações, não merecendo nenhum reparo o v. acórdão recorrido, que a reconhece legítima.

Pede, assim, que seja mantido integralmente o acórdão recorrido, cancelando-se o crédito tributário indevidamente formalizado pelo Fisco.

Voto Vencido

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA, Relatora.

Recurso especial da PGFN - Admissibilidade

A Contribuinte contesta a admissibilidade do recurso especial da PGFN apontando que os paradigmas apresentariam circunstâncias diferenciadas em relação ao recorrido.

Destaca, quanto ao primeiro paradigma (Acórdão nº 9101-002.188), que a sociedade veículo, além de ter efêmera duração, recebeu em aumento de capital a participação societária adquirida por sua controladora. Já no presente caso, a “suposta empresa veículo” adquiriu o controle societário da investida depois de quatro anos de existência, tendo inclusive contraído empréstimo para tal aquisição, ainda que com aval de sua controladora, e foi incorporada pela investida mais de um ano depois.

Ocorre que estes diferenciais não foram, sequer, citados na decisão divergente acerca da indedutibilidade das amortizações do ágio, ou seja, na parte em que decidiu sobre a exigibilidade do crédito tributário principal de IRPJ e CSLL ali em debate. A conclusão do voto condutor do paradigma é clara, neste sentido:

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material.

Na atual redação destes dispositivos e para o caso de incorporação “As avessas”, exclusivamente no caso em que a investida **adquire a investidora original** (ou **adquire diretamente a investidora**, nessa linha de raciocínio as intermediárias não seriam investidoras de fato, apenas de direito) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas. No caso dos autos, esses aspectos não foram satisfeitos, em especial dos aspectos pessoal e material, vejamos:

A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Delta Participações Farmacêuticas S.A.) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (Biosintética), mas que não foi investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio),

implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.

A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (Biosintética) tivesse incorporado a investidora (Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A. - investidora *strico sensu*), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material.

Nesse passo, devem ser restabelecidas as autuações fiscais a título de IRPJ e CSLL.

Para além disso, a decisão de 1ª instância, reformada no acórdão recorrido, pauta-se, precisamente, nos fundamentos do paradigma para manter o lançamento. Depois de sua citação expressa e reprodução dos parâmetros de decisão fixados no paradigma antes da conclusão antes transcrita, o voto condutor da decisão de 1ª instância assim arremata:

No presente caso, os aspectos acima delineados não foram satisfeitos, em especial o pessoal e o material.

Antes de se adentrar efetivamente na análise dessa não satisfação dos requisitos, cumpre salientar que a Nova 4 não era a investidora original, como quer a impugnante.

Como visto acima, ficou demonstrado no Termo de Verificação e Constatação Fiscal que “a Nova 4 não demonstrou ser empresa operacional, constituindo-se a aquisição da participação societária na Cia. Luz e Força Santa Cruz e o Ágio decorrente dessa aquisição como os únicos eventos de relevância durante o período em que existiu como empresa”. Também ficou caracterizado que a “... aquisição só ocorreu graças a um empréstimo tomado junto ao Banco do Brasil, com aval da CPFL Energia”.

Portanto, a Nova 4 tem todas as características da assim denominada “empresa veículo”, como visto no item próprio acima, e que a investidora era, de fato, a CPFL Energia.

Dessa forma, a utilização de uma pessoa jurídica interposta (Nova 4) exclusivamente para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (Santa Cruz), mas que não foi investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.

A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (Santa Cruz) tivesse incorporado a investidora (CPFL Energia - investidora *strico sensu*), ou vice-versa como aventou a própria impugnante, pois somente assim há o enquadramento nos aspectos pessoal e material.

Dessa forma, devem ser mantidos os lançamentos a título de IRPJ e CSLL.

E a reforma promovida pelo recorrido decorre, precisamente, da inexigibilidade de confusão patrimonial entre a investida (Cia. Santa Cruz) e a empresa entendida como investidora pelas autoridades lançadora e julgadora de 1ª instância (CPFL Energia), na forma exposta no voto condutor do acórdão recorrido:

O óbice apresentado pela fiscalização reside no fato, em sua ótica, da NOVA 4 PARTICIPAÇÕES ter se apresentado como uma "empresa veículo", sem substância ou propósito negocial, não arcando, efetivamente com os custos para a aquisição da participação societária da recorrente. Acaso viesse a ocorrer a incorporação da investida pela CPFL ENERGIA, a real investidora, não haveria impedimento ao aproveitamento fiscal do ágio.

[...]

Também inexistente vedação na Lei nº 9.532/97 (ou em qualquer outro instrumento legal), desautorizando sejam realizadas 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.

Assim, após a aquisição de um investimento em outra pessoa jurídica com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, a denominada empresa-veículo poderia executar a fórmula prescrita pelo legislador, que consiste na confusão patrimonial, mediante incorporação, cisão ou fusão, das despesas de ágio contra os lucros da empresa adquirida.

Ora, salvo hipótese de fraude, a utilização de "empresa-veículo" não gera qualquer efeito tributário, isto é, não altera o potencial de amortização deste em caso de posterior operação de fusão, incorporação ou cisão que ocasione o encontro patrimonial requerido pelo legislador. Por isso, correto afirmar que tais operações são neutras, não alterando a esfera de direitos dos contribuintes ou do fisco no que concerne a efetiva amortização do ágio.

Dessa forma, ausente manifestação clara e expressa do legislador no sentido de limitar a liberdade constitucional da empresa, de investimento, de organização e de contratação, me parece não ser razoável a interpretação adotada pelo acórdão recorrido, de que as reorganizações societárias intermediárias ao encontro patrimonial da entidade investida com o investimento faz perecer o direito à amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura legitimamente apurado.

Assim, se o acórdão recorrido reforma decisão de 1ª instância no ponto em que ela se pauta no paradigma nº 9101-002.188, o dissídio jurisprudencial está claramente evidenciado.

Com referência ao segundo paradigma, a Contribuinte aponta que, além do breve intervalo de tempo verificado entre a aquisição pela sociedade veículo e sua incorporação, o voto condutor do julgado traria ressalva quanto às hipóteses em que, como no presente caso, a aquisição não poderia se verificar por outro meio, em razão de vedações regulatórias. Neste sentido, seria a seguinte referência extraída do voto do Conselheiro Gerson Macedo Guerra, no 9101-003.074:

E é aí que a teoria do propósito negocial deve ser repensada, afinal, como um investidor não residente poderia se valer de tal incentivo, sem se fazer presente no país através de uma sociedade aqui residente? **Como sociedades nacionais reguladas por órgão específicos poderiam usufruir do incentivo diante de proibição legal de incorporação de sociedades com outros propósitos?**”. (grifou-se)

Tal indicação, porém, diz respeito à análise do litígio instaurado em torno da qualificação da penalidade. Isto porque, esta 1ª Turma acordou, naquele julgado, que:

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por voto de qualidade, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros André Mendes de Moura (relator), Rafael Vidal de Araújo e Adriana Gomes Rego, que lhe deram provimento.

Designado para redigir o voto vencedor, quanto ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, o conselheiro Gerson Macedo Guerra.

E o recurso especial da Fazenda Nacional, em cujo mérito o relator, Conselheiro André Mendes de Moura, restou vencido, dizia respeito à qualificação da penalidade exonerada no julgamento do recurso voluntário. É sob esta ótica que o redator designado, Conselheiro

Gerson Macedo Guerra, afasta a hipótese de fraude por vislumbrar a Lei nº 9.532/97 como *indutora de comportamentos*. Veja-se:

Penso que as condutas passíveis de serem enquadradas como fraude, nos termos do artigo 72, da Lei 4.502/64 são aquelas eivadas de dolo, pautadas em ações ou omissões que visem ocultar fatos ocorridos ou simular a ocorrência de fatos inexistentes, bem como na falsificação de informações.

[...]

É nesse contexto que tal norma é tida como indutora de comportamentos dos contribuintes, na medida em que incentivou, a princípio, as operações de aquisições de empresas públicas, bem como, essas aquisições em âmbito privado, notadamente por investidores não residentes, que se interessaram enormemente por um mercado em recente abertura.

E é aí que a teoria do propósito negocial deve ser repensada, afinal, como um investidor não residente poderia se valer de tal incentivo, sem se fazer presente no país através de uma sociedade aqui residente? Como sociedades nacionais reguladas por órgãos específicos poderiam usufruir do incentivo diante de proibição legal de incorporação de sociedades com outros propósitos?

E mais, como sociedades já atuantes no país, em determinado seguimento, que procuram ganhar mercado através de ampliação de seu portfólio de produtos e serviços, sem que tenha que integrar esse novo negócio numa mesma personalidade jurídica, poderiam aproveitar o benefício.

Logo, essas e outras sociedades tiveram que planejar a forma como seria possível investir e aproveitar o incentivo da amortização do ágio, nas mesmas condições que sociedades sem restrições assim o poderiam.

No que importa à caracterização do dissídio jurisprudencial acerca da indedutibilidade das amortizações de ágio, apreciada em razão do recurso especial interposto pelo sujeito passivo, o segundo paradigma indicado se pauta nas mesmas premissas do primeiro paradigma, e expressa conclusão semelhante, nos seguintes termos:

Em síntese, o que se observa é que a RIGESA, para adquirir o investimento TILIBRA, no qual seria alienado com sobrepreço (ágio), utilizou-se da empresa MEADWESTVACO como intermediária. Primeiro, a RIGESA adquiriu a MEADWESTVACO pelo valor de R\$100,00. Na sequência, a RIGESA aumentou o capital social da MEADWESTVACO mediante aportes na ordem de 214,7 milhões de reais. Foi celebrado contrato de compra e venda, no qual 18 pessoas físicas detentoras das ações da TILIBRA alienaram o investimento no valor de 217,3 milhões de reais. A MEADWESTVACO consumou a aquisição. Dois meses depois, a MEADWESTVACO foi incorporada pela TILIBRA. A TILIBRA, que passou a ser controlada integralmente pela RIGESA, entendeu ser cabível o aproveitamento da despesa de amortização de ágio.

Diante de todo o escrito no presente voto, a operação em análise não passa pela **primeira verificação** (vide item 8 do voto).

Quanto ao aspecto **pessoal**, cabe verificar quem é efetivamente a pessoa jurídica **investidora** e a pessoa jurídica **investida**.

A pessoa jurídica **investidora** é o RIGESA, que efetuou o aporte de recursos para aquisição do investimento TILIBRA com pagamento de sobrepreço, por ter sido realizado em valor superior ao do patrimônio líquido. É incontestável que foi o BSSF RIGESA a empresa **que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura do investimento a ser adquirido e desembolsou os recursos para a aquisição** (vide item 7 do voto).

Por sua vez, a pessoa jurídica **investida** foi a empresa TILIBRA.

Ocorre que o evento de incorporação deu-se entre a MEADWESTVACO e a TILIBRA, ou seja, **sem a presença da real investidora**, o RIGESA.

O fato de a MEADWESTVACO ter recebido o aporte de recursos da RIGESA, não lhe confere, na acepção do dispositivo normativo em análise, em nenhum momento, a condição de **investidora**.

Nesse sentido, o aproveitamento da despesa de amortização de ágio promovido pela Contribuinte deu-se sem respaldo legal, vez que não se consumou a hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Resta claro, ainda, que estas constatações eram suficientes para a decisão da matéria, de modo que as indicações subsequentes, destacadas pela Contribuinte em suas contrarrazões como diferenciais fáticos, acerca da *efemeridade e a artificialidade da empresa MEADWESTVACO*, e que não estariam presentes no presente caso, não afetaram o núcleo do paradigma, em face do qual resta caracterizado o dissídio jurisprudencial.

No reverso, não se reputa existente fundamento autônomo no acórdão recorrido quando assim traz registrado em seu voto condutor:

Portanto, operações como as ora submetidas a julgamento nada têm de planejamento ilícito ou inoponível ao fisco, são, ao contrário, atuações induzidas, inclusive, pelo Poder Público.

Por outro lado, penso razoável a justificativa apresentada pela recorrente, acerca da necessidade da utilização da empresa-veículo, em razão das especificidades negociais da operação e atendimento a normas regulatórias.

A referência a *normas regulatórias* é, apenas, subsidiária, porque já adotada fundamentação suficiente para decisão da matéria, qual seja, o fato de atuação da Contribuinte ser induzida *pelo Poder Público*, ao permitir a amortização fiscal do ágio em face da incorporação entre investidora e investida.

Registre-se, por oportuno, que a operação em tela não se deu no âmbito de privatizações, vez que a participação societária adquirida era detida pela empresa privada Companhia Brasileira de Alumínio. As objeções regulatórias, assim, se limitam à vedação, no âmbito do Setor Elétrico, de incorporação de uma empresa operacional por um *holding*, condição da real adquirente CPFL Energia.

Assim, não merecem acolhida as objeções da Contribuinte, devendo ser CONHECIDO o recurso especial da PGFN.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora

Voto Vencedor

Conselheira Livia De Carli Germano, Redatora Designada.

Na sessão de julgamento fui designada para redigir o voto vencedor e expor as razões pelas quais a maioria da Turma entendeu por não conhecer do recurso especial.

Primeiramente, é importante estabelecer as premissas. Nesse ponto, observo que a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) é instância especial de julgamento com a finalidade de proceder à uniformização da jurisprudência do CARF. Desse modo, a admissibilidade do recurso especial está condicionada ao atendimento do disposto no artigo 67 do Anexo II do Regimento Interno do CARF - RICARF, aprovado pela Portaria MF 343/2015, merecendo especial destaque a necessidade de se demonstrar a divergência jurisprudencial, *in verbis*:

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

§ 1º Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente.

(...)

§ 8º A divergência prevista no caput deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que divirjam de pontos específicos no acórdão recorrido.

Destaca-se que o alegado dissenso jurisprudencial se estabelece em relação à interpretação das normas, devendo, pois, a divergência, se dar em relação a questões de direito, tratando-se da *mesma legislação* aplicada (ou potencialmente aplicável) a um *contexto fático semelhante*. Assim, a princípio, se os acórdãos confrontados examinaram (ou deveriam examinar) normas jurídicas distintas, ainda que os fatos sejam semelhantes, não há que se falar em divergência de julgados, uma vez que a discrepância a ser configurada diz respeito à interpretação da mesma norma jurídica.

Por outro lado, quanto ao contexto fático, não é imperativo que os acórdãos paradigma e recorrido tratem exatamente dos mesmos fatos, mas apenas que o contexto tido como relevante seja de tal forma semelhante que lhe possa (hipoteticamente) ser aplicada a mesma legislação. Desse modo, um exercício válido para verificar se se está diante de genuína divergência jurisprudencial é verificar se a aplicação, ao caso dos autos, do racional constante do paradigma, seria capaz de levar à alteração da conclusão a que chegou o acórdão recorrido.

Iniciarei a abordagem dos fundamentos adotados pelo voto condutor do acórdão recorrido, de modo a estabelecer os requisitos que um paradigma deveria ter a fim de fazer contraponto a *todos os pontos por ele considerados relevantes*.

Vale pontuar, ainda nesta introdução, que como estamos em sede de exame de admissibilidade de recurso especial, as afirmações a seguir dizem respeito estritamente à comparação entre os argumentos constantes dos votos condutores do recorrido e dos paradigmas

a serem com este confrontados, não havendo aqui qualquer juízo meritório quanto às teses ali defendidas.

No caso, o **acórdão recorrido 1301-002.836** inicia com a premissa de que ali não se discutirá (i) a formação inicial do ágio ou (ii) o laudo de avaliação ou o valor do ágio. Neste sentido, o precedente delimita a questão ao fato de a chamada “empresa veículo” ter sido “capitalizada pela controladora”, em vista da tomada de empréstimo bancário por ela avalizado. Veja-se respectivo trecho (grifamos):

Inicialmente, registre-se não haver questionamento por parte do Fisco quanto à formação inicial do ágio, que ocorreu no momento em que a NOVA 4 PARTICIPAÇÕES adquiriu o controle acionário da SANTA CRUZ, através de uma operação de compra e venda de ações realizada com CBA. Tal fato revela que se trata de negócio em condições de livre mercado, firmado entre partes independentes, ocorrendo, inclusive, o efetivo pagamento.

Não há também questionamento sobre o laudo de avaliação ou o valor do ágio gerado a partir da expectativa de geração de resultado futuro, pois, acaso fosse questionado o ágio ou o seu fundamento, deveria a fiscalização demonstrar a inconsistência da metodologia utilizada, o que não ocorreu neste caso.

O óbice apresentado pela fiscalização reside no fato, em sua ótica, da NOVA 4 PARTICIPAÇÕES ter se apresentado como uma “empresa veículo”, sem substância ou propósito negocial, não arcando, efetivamente com os custos para a aquisição da participação societária da recorrente. Acaso viesse a ocorrer a incorporação da investida pela CPFL ENERGIA, a real investidora, não haveria impedimento ao aproveitamento fiscal do ágio.

Assim, controverte-se nos autos a questão relacionada à utilização de empresa veículo capitalizada por sua controladora, mediante empréstimo bancário, para que ela (empresa veículo) viesse a adquirir o investimento com pagamento de ágio para, após, ser incorporada pela empresa adquirida cuja lucratividade futura teria justificado o pagamento do ágio.

A partir daí, o voto condutor do acórdão recorrido passa a tratar dos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/1997, de onde extrai que, para a amortização fiscal do ágio, tal norma exige a aquisição de investimento relevante com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, com a correta adoção do método de equivalência patrimonial (MEP) para apuração, pela investidora, do patrimônio líquido da investida, e do correspondente ágio, acompanhada da confusão patrimonial entre investidora e investida (ou vice-versa).

Em seguida, o voto traz duas premissas teóricas.

A primeira delas diz respeito ao lapso temporal, quando afirma: “*penso inexistir relevância para a análise do caso em questão, argumentos que demonstrem o decurso de longo prazo temporal entre operações realizadas, ou ainda, que tenham sido utilizadas estruturas por curto espaço de tempo.*”

A segunda premissa avalia a reorganizações societárias que visem a permitir a amortização fiscal do ágio. Diz o voto: “*inexiste vedação na Lei nº 9.532/97 (ou em qualquer outro instrumento legal), desautorizando sejam realizadas 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.*”

Diante disso, o voto condutor do acórdão recorrido conclui ser válida a utilização da empresa veículo “salvo hipótese de fraude”, e também se apoia na legislação do Programa Nacional de Desestatizações (PND) que, no seu entender, teria permitido expressamente a operação. Veja-se (grifos nossos):

Ora, salvo hipótese de fraude, a utilização de "empresa-veículo" não gera qualquer efeito tributário, isto é, não altera o potencial de amortização deste em caso de posterior operação de fusão, incorporação ou cisão que ocasione o encontro patrimonial requerido pelo legislador. Por isso, correto afirmar que tais operações são neutras, não alterando a esfera de direitos dos contribuintes ou do fisco no que concerne a efetiva amortização do ágio.

(...)

Desta forma, o fato do contribuinte se utilizar de uma empresa-veículo para a perfectibilização da operação, não invalida o negócio jurídico e os efeitos tributários decorrentes, especialmente, no caso de restar demonstrada a existência de estruturas ou caminhos alternativos disponíveis ao contribuinte e que levariam ao mesmo resultado.

Assim, a participação da sociedade NOVA 4 PARTICIPAÇÕES não resultou no surgimento de ágio distinto daquele que seria gerado se a operação tivesse ocorrido nesses moldes. Acaso a CPFL ENERGIA tivesse incorporado diretamente a recorrente, ou vice-versa, ter-se-ia obtido o mesmo resultado conseguido com o uso da empresa-veículo.

Logo, se o propósito fosse apenas tributário, como afirma a fiscalização, bastaria a incorporação direta para garantir o benefício. Se houve o uso da empresa-veículo, era porque se desejava manter intacta as duas empresas existentes por razões diversas da tributária..

Veja-se que o PND foi instituído pela Lei 8.031/90, que fixou as regras de desestatização de empresas. Essa lei foi posteriormente revogada pela Lei 9.491/97, cujo artigo 4º estabeleceu diversas modalidades para a desestatização, dentre as quais, a alienação de participação societária. Merece destaque o parágrafo 1º do referido artigo 4º, que estabelece que, para fins de execução das desestatizações, podem ser realizadas reestruturações societárias envolvendo, inclusive, a criação de subsidiárias integrais. Portanto, o vencedor do leilão poderia adquirir o investimento nas empresas privatizadas por meio de uma empresa subsidiária integral com o propósito específico de atuação como holding. Veja-se que estas estruturas se assemelham ao caso em epígrafe, quando o investidor inicial (CPFL ENERGIA), em vez de adquirir diretamente o investimento, o faz através da denominada "empresa veículo" (NOVA 4 PARTICIPAÇÕES). Esta, por sua vez, adquire o investimento (Santa Cruz) com ágio.

Ainda no contexto desse raciocínio (de que a utilização de empresa veículo seria válida "salvo hipótese de fraude") o voto condutor do acórdão recorrido traz o argumento de que as operações são inclusive induzidas pela legislação, quando diz: "*Portanto, operações como as ora submetidas a julgamento nada têm de planejamento ilícito ou inoponível ao fisco, são, ao contrário, atuações induzidas, inclusive, pelo Poder Público.*"

Em seguida conclui, sobre a participação da "empresa veículo", afirmando: "*Por outro lado, penso razoável a justificativa apresentada pela recorrente, acerca da necessidade da utilização da empresa-veículo, em razão das especificidades negociais da operação e atendimento a normas regulatórias.*" E considera: "*Caso a operação de aquisição da recorrente tivesse ocorrido sem a participação da empresa-veículo, não poderia, na seqüência, concretizar a incorporação às avessas, em razão de normas específicas da legislação que regulamentam o setor elétrico brasileiro.*"

Diante disso, o voto condutor do acórdão recorrido extrai a seguinte conclusão geral:

Logo, penso que a aquisição da SANTA CRUZ foi realizada pela NOVA 4, controlada da CPFL ENERGIA, com posterior incorporação da compradora pela SANTA CRUZ, porque esse foi o meio encontrado pelas empresas de atenderem, simultaneamente, à legislação regulatória e aos seus interesses econômicos, o que é plenamente lícito, pois

não representa absolutamente nenhum tipo de infração às normas tributárias relativas à dedutibilidade do ágio.

Diante de tal racional, compreende-se que os seguintes aspectos, fáticos e teóricos, foram considerados relevantes pelo voto condutor do acórdão recorrido: (i) a inexistência de questionamento da autoridade fiscal quanto à formação do ágio, do envolvimento de terceiros na formação do preço, etc. (ii) a inexistência de questionamento da autoridade fiscal quanto ao laudo ou aos registros do ágio, (iii) seu entendimento sobre a (ir)relevância do lapso temporal, (iv) seu entendimento sobre a (in)existência de restrição legal a reorganizações societárias visando a aproveitar o ágio, (v) o fato de se tratar de um setor regulado, o que fez com que a participação da *holding* tanto possa ser vista como tendo sido *prevista na legislação de privatizações* como também possa ser entendida como a *única forma de se viabilizar a incorporação com a investida e assim o aproveitamento do ágio*.

Como já se afirmou, para que possa fazer frente ao acórdão recorrido e reformá-lo em todos os pontos por ele considerados relevantes para a solução do litígio, o precedente apontado como paradigma deverá tratar de contexto fático e jurídico semelhante, de forma que a aplicação do racional constante de tal decisão seja capaz de levar à alteração da conclusão a que chegou o acórdão recorrido.

Passamos à análise dos paradigmas apresentados pela Fazenda Nacional.

Paradigma 1: 9101-002.188 (Caso Biosintetica CSRF)

A operação ali analisada era, no aspecto fático, diferente da dos autos, o que levou, ali, à discussão sobre a possibilidade de “transferência do ágio”: no caso desse paradigma, primeiro a ACHE adquiriu, com ágio, participação societária na BIOSINTÉTICA (investida), sendo que, pouco mais de um mês depois, a ACHÉ transferiu tal participação societária, por meio de integralização de capital social, para a DELTA (rotulada de “empresa veículo”), o que fez com que o ágio passasse a ser registrado por esta última, com base no mesmo relatório de rentabilidade futura que embasou o destaque do ágio pela ACHÉ.

No mérito, o voto do Cons. Rafael Vidal de Araújo cita trecho do acórdão 1103-001.170, de 2015, da relatoria do Cons. André Mendes de Moura, e em seguida afirma a importância da “investidora original”, que necessariamente deveria participar da incorporação para que o ágio pudesse ser amortizado. *In verbis*:

Portanto, o §6º do art. 386 do RIR/99, sob o significado pessoal, se dirige investida que incorporar a investidora que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o valor do ágio). Ou seja, quando ocorre a incorporação, pela investida, da investidora “original” ou investidora *stricto sensu* (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada a pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco) é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço.

Analisando as situações possíveis, sob a ótica dos dois tipos de incorporações, a partir do momento em que o ágio é transferido ou repassado para outras pessoas (de A para B, de B para C, de C para D e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora original (para, ao fim, incorporar a investida ou ser incorporada pela investida), a subsunção ao caput do art. 386 do RIR/99 ou ao §6º do mesmo artigo torna-se impossível, vez que o fato impositivo (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto pessoal (seja no caso de a investidora que tiver

incorporado a investida seja outra investidora que não a original, seja no caso de a investida estar incorporando uma investidora que não a original).”

Diante de tal premissa, o voto condutor do paradigma conclui:

A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Delta Participações Farmacêuticas S.A.) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (Biosintética), mas que não foi investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.

A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (Biosintética) tivesse incorporado a investidora (Achê Laboratórios Farmacêuticos S.A. - investidora *stricto sensu*), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material.

A aplicação do racional desse paradigma ao caso dos autos não altera a conclusão a que chegou o recorrido, eis que, no caso dos autos, se buscarmos uma “investidora original” (no parâmetro utilizado pelo paradigma), concluiríamos que esta foi a empresa que acabou sendo, no caso dos autos, rotulada de “empresa veículo” (isto é, a Nova 4). No caso dos autos, não houve “transferência do ágio” entre partes ligadas como no caso deste paradigma.

A questão é que, no caso dos autos, a tal “veículo” (Nova 4) obteve recursos mediante empréstimo bancário com aval da sua controladora, mas nada me permite inferir que, em vista de tal circunstância, a Turma que prolatou o paradigma trataria a controladora, e não a Nova 4 como “investidora original”. Por mais que se possa, hipoteticamente, supor acerca do que a Turma do paradigma poderia dizer sobre o caso dos autos, fato é que tal conclusão seria por mera inferência, já que a Turma do paradigma, **efetivamente**, não tratou de tal matéria – é dizer, não tratou da acusação de que a investidora “original” seria aquela que avalizou o empréstimo bancário, e não a tomadora do empréstimo perante a instituição financeira.

Estas são, essencialmente, as razões pelas quais compreendo que não é possível conhecer do recurso com base no paradigma 9101-002.188.

Paradigma 2: 9101-003.074 (Caso Tilibra CSRF)

O segundo paradigma apresentado pela Fazenda Nacional tratou da operação de aquisição da investida TILIBRA que foi realizada, pelo menos formalmente, pela empresa que acabou sendo rotulada de “veículo” (MEADWESTVACO), com recursos nela capitalizados por sua controladora (RIGESA), em dinheiro e em créditos (naquele caso, a RIGESA foi quem emitiu alguns dos cheques utilizados para pagar os vendedores da TILIBRA, tendo usado os respectivos créditos para aumentar o capital da “veículo”). Diante desse contexto, o voto condutor, do Conselheiro André Mendes de Moura, traz uma longo arrazoado sobre a legislação aplicável, descreve a operação, e então conclui:

Quanto ao aspecto **pessoal**, cabe verificar quem é efetivamente a pessoa jurídica **investidora** e a pessoa jurídica **investida**.

A pessoa jurídica **investidora** é o RIGESA, que efetuou o aporte de recursos para aquisição do investimento TILIBRA com pagamento de sobrepreço, por ter sido realizado em valor superior ao do patrimônio líquido. É incontestável que foi o BSSF RIGESA a empresa **que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura do investimento a ser adquirido e desembolsou os recursos para a aquisição** (vide item 7 do voto).

Por sua vez, a pessoa jurídica **investida** foi a empresa TILIBRA.

Ocorre que o evento de incorporação deu-se entre a MEADWESTVACO e a TILIBRA, ou seja, **sem a presença da real investidora**, o RIGESA.

O fato de a MEADWESTVACO ter recebido o aporte de recursos da RIGESA, não lhe confere, na acepção do dispositivo normativo em análise, em nenhum momento, a condição de **investidora**.

Nesse sentido, o aproveitamento da despesa de amortização de ágio promovido pela Contribuinte deu-se sem respaldo legal, vez que não se consumou a hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Imediatamente em seguida, o voto condutor do paradigma passa a tratar da artificialidade da “empresa veículo”, em virtude da efemeridade de sua existência:

Aspecto que merece registro é a efemeridade e a artificialidade da empresa MEADWESTVACO. Foi adquirida pela RIGESA em 30/07/2004, sob o valor de R\$100,00.

Recebeu aportes para aumentar seu capital social em 12/08/2004 e 29/10/2004, para o valor na ordem de R\$214,7 milhões de reais. Após ter adquirido a TILIBRA, foi incorporada pela mesma TILIBRA, em 30/10/2004.

Constata-se, com nitidez, a construção artificial do suporte fático, para que se pudesse amoldar à hipótese de incidência de despesa de amortização do ágio (item 6 do voto). É incontroversa a utilização de empresa sem nenhuma substância MEADWESTVACO, com o deliberado intuito de fabricar uma despesa com repercussão na base tributável.

Portanto, voto no sentido de negar provimento ao recurso da Contribuinte em relação à glosa de despesa de amortização de ágio.

Percebe-se, portanto, que foi relevante para o voto condutor deste paradigma (i) o fato de os recursos utilizados para a aquisição da investida terem vindo da controladora RIGESA, e (ii) o fato de a “empresa veículo” ter durado pouco mais de 2 meses.

Muito embora os precedentes se contraponham com relação à relevância dada à duração da empresa veículo, a aplicação do racional deste paradigma ao caso dos autos não leva à alteração da conclusão a que chegou o recorrido, eis que temos duas circunstâncias fáticas essencialmente diferentes no caso dos autos.

Em primeiro lugar, no caso dos autos os recursos utilizados para a compra da investida são provenientes de empréstimo bancário avalizado pela controladora (isto é, recursos advindos *de terceiros* em operação apenas garantida pela controladora), sendo que neste paradigma os recursos vieram diretamente da controladora e parte foi inclusive por ela diretamente transferida aos terceiros vendedores.

Além disso, o paradigma em questão não trata de setor regulado, não sendo possível saber se a turma se sensibilizaria com o argumento utilizado pelo voto condutor do acórdão recorrido de que, em um caso tal, a utilização da *holding* teria razão de ser eis que seria a forma que se encontrou de aproveitar fiscalmente o ágio -- o que, concorde-se ou não com o mérito do argumento, dá à *holding* alguma função na estrutura, no racional daquele voto.

Assim, novamente, não se pode dizer, se não por mera suposição, o que a Turma deste paradigma concluiria se estivesse a julgar o caso dos autos, eis que as circunstâncias em questão, tais como consideradas como relevantes pelo recorrido, são substancialmente diversas. O ato de se avalizar um empréstimo bancário não pode ser equiparado ao de fornecer os recursos para o fim de se equipararem as circunstâncias tidas como relevantes nos casos comparados. Da mesma forma, quando o recorrido dá ênfase a argumento apenas aplicável a setor regulado, como é o elétrico, não se pode equiparar, para fins de comparabilidade dos precedentes, caso que

tenha abordado operações ocorridas no âmbito de companhias pertencentes a setor regulado com caso que tenha examinado operações realizadas no âmbito de setor não regulado.

Nesse ponto, reitero que o fato de se tratar de setor regulado foi utilizado pelo acórdão recorrido como argumento para reforçar que não teria havido fraude, e fez parte de sua conclusão de que, em tal cenário, a participação da empresa veículo teria razão de ser. Como o paradigma não estava diante de setor regulado, não se pode definir, apenas com base da leitura do paradigma, o que aquela Turma decidiria sobre esse argumento, o que releva que a aplicação do racional desse paradigma ao caso dos autos resolveria apenas parte da questão, mas deixaria não reformados alguns argumentos considerados relevantes para o recorrido.

Por tais razões, compreendo que também não se pode conhecer do recurso com base no paradigma 9101-003.074.

Ante o exposto é que, com o devido respeito aos também fundamentados entendimentos em contrário, orientei meu voto para não conhecer do recurso especial.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano