



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11516.721044/2015-78
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-005.906 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 01 de dezembro de 2021
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado INBRANDS S/A

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INDIRETO. CONTEXTOS FÁTICOS E JURÍDICOS DIFERENTES. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA.

Não se conhece de recurso especial cujos acórdãos apresentados para demonstrar a divergência evidenciam decisão em contexto fático distinto, concernente à posição da investida não incorporada na estrutura de investimentos, aspecto que afeta a interpretação da legislação tributária de regência.

RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. FALTA DE SIMILITUDE FÁTICA. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece do recurso especial quando inexistente similitude fática entre as situações examinadas no acórdão recorrido e no paradigma. A situação examinada no acórdão paradigma é distinta da discutida no recorrido em que, embora também exista a acusação da utilização de empresa-veículo para possibilitar o aproveitamento do ágio, neste caso o ágio já surge na empresa criada para tal fim, enquanto que no paradigma ocorre a transferência do ágio pago em operação anterior de aquisição de participação societária pela “real adquirente” mediante a incorporação da participação adquirida com o respectivo ágio em uma nova empresa que é utilizada em operações subsequentes para viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial, vencidos o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado (relator) que votou por conhecer parcialmente do recurso apenas em relação à matéria “ágio indireto” e os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Luiz Augusto de Souza Gonçalves que votaram por conhecer parcialmente apenas em relação à matéria “ágio transferido”. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Edeli Pereira Bessa, que manifestou intenção de apresentar declaração de voto. Ausente momentaneamente a conselheira Andréa Duek Simantob (Presidente em

exercício), substituída pelo conselheiro Luiz Augusto de Souza Gonçalves. Presidiu o julgamento o conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado – Relator

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa - Redatora designada

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Luiz Augusto de Souza Goncalves (suplente convocado), Caio Cesar Nader Quintella, e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício). Ausente momentaneamente a conselheira Andrea Duek Simantob, substituída pelo conselheiro Luiz Augusto de Souza Goncalves (suplente convocado).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de Divergência interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional - PFN (fls. 2712-2735), com base nos arts. 67 e ss. do Anexo II do Regimento Interno do CARF - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, contra o **Acórdão nº 1201-001.897**, proferido pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF (fls. 2611-2696), na sessão de 20/09/2017, através do qual o colegiado decidiu dar provimento ao recurso voluntário.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2011

MATÉRIA PRECLUSA. PERDAS DE CAPITAL. INOCORRÊNCIA DE ALIENAÇÃO OU LIQUIDAÇÃO DE INVESTIMENTO.

Consolida-se, administrativamente, a matéria em relação a qual houve expressa concordância da Impugnante.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA HOLDING. LAUDO COM BASE NO RESULTADO DA EMPRESA OPERACIONAL COLIGADA.

Quando a norma estabelece como fundamento econômico do ágio o valor da rentabilidade da coligada ou controlada com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, não faz qualquer distinção quanto à origem desse resultado. Se a empresa holding detém participação na empresa operacional com base na qual foi elaborado o laudo de avaliação, o resultado dessa última se refletirá naquela na mesma proporção.

ÁGIO. CONTROVÉRSIA RELACIONADA À EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA VERSUS AQUISIÇÃO DE MARCAS REGISTRADAS E FUNDO DE COMÉRCIO. AVALIAÇÃO DA PROVA NO CASO CONCRETO.

Da análise da prova depreende-se que, no caso concreto, não foram adquiridos os bens individualmente ou mesmo o conjunto de bens (fundo de comércio) da sociedade INBRANDS PARTICIPAÇÕES S.A e suas controladas ELLUS DO BRASIL CONFECÇÕES E COMÉRCIO LTDA e ELLUS PROPAG LTDA, mas sim as próprias sociedades.

A autoridade fiscal não impugnou os elementos indicados no laudo contábil que apurou a expectativa de rentabilidade futura. Limitou-se a presumir, sem elementos de prova, que a autuada estava adquirindo as marcas registradas e o fundo de comércio. No entanto, quando se examinam os elementos e premissas contidas no laudo verifica-se que os valores indicados por estes e pagos pela recorrente dizem respeito à expectativa de rentabilidade futura e não à aquisição de marcas registradas e o fundo de comércio.

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. USO DE EMPRESA VEÍCULO.

Não é ilícita a conduta do investidor que adquire diretamente o investimento, com pagamento de ágio, e, a seguir, promove aumento de capital em outra empresa, integralizando-o com os investimentos previamente adquiridos, inclusive o ágio. Não se pode qualificar como ilícita a opção por um caminho facultado pela legislação, ainda que a adoção de tal caminho tenha por objetivo a economia tributária.

MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA.

A multa de ofício integra a obrigação tributária principal e, por conseguinte, o crédito tributário, sendo legítima a incidência de juros de mora.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. DECORRÊNCIA.

Tratando-se de tributação reflexa decorrente de irregularidades apuradas no âmbito do Imposto sobre a Renda, constantes do mesmo processo, aplica-se à CSLL, por relação de causa e efeito, o mesmo fundamento do lançamento primário.

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou embargos de declaração (fls.2698-2699), os quais foram rejeitados nos termos do despacho de fls. 2703-2710.

Em 16/01/2018, o processo foi encaminhado à PGFN (fl.2711) para ciência do despacho, tendo sido interposto o recurso em 29/01/2018.

Em síntese trata o processo de auto de infração de IRPJ e CSLL em decorrência de dedução indevida de amortização de ágio pela contribuinte nos anos-calendário 2010 a 2012 (item 3 do Termo de Verificação Fiscal – TVF) e de glosa de perda de capital inexistente (item 4 do TVF).

As matérias que remanescem em discussão no recurso especial estão relacionadas à glosa na amortização de ágio. No recurso especial a PFN suscita divergência em relação a duas matérias:

1) Amortização do ágio indireto,

2) Amortização de ágio através de "empresa-veículo".

Para melhor compreensão da discussão, importa transcrever parte do relatório fiscal. A fiscalização descreve as operações societária no TVF, *verbis*:

[...]

3.2 Descrição das operações societárias

As operações ocorreram em 2008 e consistiram, basicamente, na associação entre a marca de moda ELLUS, criada por NELSON ALAVARENGA FILHO em 197219, e um fundo de investimentos gerido pela VINCI PARTNERS que congrega recursos de ex-sócios do BANCO PACTUAL, notadamente GILBERTO SAYÃO DA SILVA e ANDRÉ SANTOS ESTEVES.

As tratativas dessa associação tiveram seu primeiro ato formalizado em 26/07/2007, quando, de um lado, o Fundo de Investimento em Participações PCP (investidor), e de outro, NELSON ALVARENGA FILHO e AMÉRICO FERNANDO RODRIGUES BREIA (então únicos sócios da ELLUS), firmaram o “Acordo de Subscrição e outras avenças” juntado às fls. 1950 a 197521. Já naquela oportunidade haviam as partes

planificado uma série de operações societárias que, a toda evidência, tiveram como principal propósito negocial levar a cabo um planejamento tributário adrede engendrado.

[...]

3.2.1 Constituição e formação do capital inicial da FISCALIZADA.

A hoje denominada INBRANDS S.A., ora FISCALIZADA, foi constituída em 30/06/2007, **originalmente sob a denominação de ELLUS DO BRASIL CONFECÇÕES E COMÉRCIO LTDA**. O capital social inicial de R\$ 10.000,00 encontrava-se dividido em 10.000 quotas integralizadas em moeda corrente pelos sócios NELSON AVARENGA FILHO (85%) e AMÉRCIO FERNANDO RODRIGUES BREIA (15%)²².

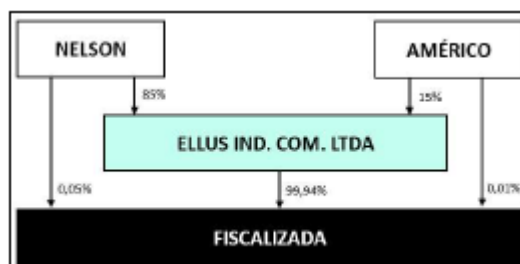
Em 22/01/2008 promoveram a primeira alteração contratual da FISCALIZADA. O capital social foi aumentado de R\$ 10.000,00 para R\$ 16.008.958,00, com a criação de 15.998.958 novas quotas, as quais foram integralizadas pela então denominada ELLUS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, CNPJ 43.488.097/0001-36, mediante a conferência de estabelecimentos industriais e comerciais cujo valor contábil avaliou-se em R\$ 15.998.957,94.

Essa etapa da reorganização societária estava descrita no item 2.6.(i) do “Acordo de Subscrição”, com as alterações promovidas pelo seu 1º Aditivo (fl. 1982).

Os sócios da ELLUS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA eram os já citados NELSON AVARENGA FILHO e AMÉRCIO FERNANDO RODRIGUES BREIA, também com participações de 85% e 15%, respectivamente.

Nesse momento, o quadro societário da FISCALIZADA tinha a composição mostrada na Figura 2.

Figura 2 - Quadro societário da FISCALIZADA após aumento de capital em janeiro/2008



3.2.2 Constituição e formação do capital inicial da INBRANDS PARTICIPAÇÕES S.A.

Em 31/01/2007 foi constituída a INBRANDS PARTICIPAÇÕES S.A., CNPJ 08.720.622/0001-04, originalmente sob a denominação de EDSP72 PARTICIPAÇÕES S/A26 e com capital social inicial de R\$ 1.000,00, representado por 1.000 ações.

No “Acordo de Subscrição”, a então denominada EDSP72 PARTICIPAÇÕES S/A (ou “Holding”) assumia o papel de “veículo utilizado para viabilizar a associação entre as Partes”.

As primeiras 1.000 ações da INBRANDS PARTICIPAÇÕES foram subscritas por EDUARDO DUARTE e SIMONE BÜRCK SILVA. Mas, conforme se depreende da lista de presença de acionistas da AGE realizada em 14/11/2007 (fl. 939), foram posteriormente transferidas para ALESSANDRO MONTEIRO MORGADO HORTA e

GILBERTO SAYÃO DA SILVA, pessoas que já haviam assumindo funções de direção na INBRANDS PARTICIPAÇÕES em 14/08/2007 e integram o Conselho de Administração da VINCI PARTNERS.

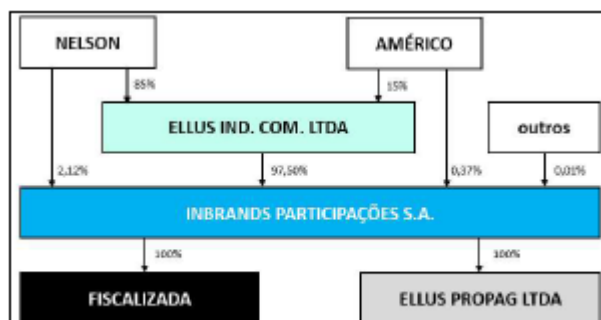
Às 10 horas do dia 26/03/2008 foi realizada AGE da INBRANDS PARTICIPAÇÕES. Uma das deliberações consistiu em aprovar o aumento do capital da companhia, de R\$ 1.000,00 para R\$ 16.409.958,00, com a emissão de 16.408.958 novas ações pelo preço de R\$ 1,00 cada³¹. As novas ações foram subscritas por NELSON AVARENGA FILHO, AMÉRICO FERNANDO RODRIGUES BREIA e ELLUS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. A integralização se deu mediante conferência da totalidade das quotas representativas do capital social de duas empresas: da FISCALIZADA (à época denominada ELLUS DO BRASIL CONFECÇÕES E COMÉRCIO LTDA) e da ELLUS PROPAG LTDA, CNPJ 55.644.363/0001-51.

Para fins de integralização, foi adotado um laudo do valor contábil das quotas do capital a FISCALIZADA e da ELLUS PROPAG, as quais foram avaliadas em R\$ 16.008.958,00 e R\$ 400.000,00, respectivamente.

Essa etapa da reorganização societária estava descrita no “Acordo de Subscrição” como “primeira AGE da ‘Holding’”.

Após o aumento de capital da INBRANDS PARTICIPAÇÕES formalizado na AGE realizada às 10 horas do dia 26/03/2008, a estrutura societária passou a ser a evidenciada na Figura 3 a seguir.

Figura 3 - Estrutura societária da INBRANDS PARTICIPAÇÕES após aumento de capital formalizado na AGE realizada às 10h do dia 26/03/2008



Vale notar que um dos cuidados previstos no “Acordo de Subscrição” consistiu em fazer constar que a conferência das quotas da FISCALIZADA e da ELLUS PROPAG ao capital da INBRANDS PARTICIPAÇÕES dar-se-ia pelo valor de custo, seja o constante dos livros contábeis da ELLUS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, seja o das declarações do imposto de renda de NELSON AVARENGA FILHO e de AMÉRICO FERNANDO RODRIGUES BREIA³³. Portanto, buscavam evitar (como de fato o fizeram) a tributação que incidiria sobre o ganho de capital na hipótese de as quotas virem a ser conferidas por um valor maior que o de custo. Isso, por si só, dispensaria maior atenção, não fosse o fato de apenas quatro horas mais tarde (às 14 horas do dia 26/03/2008) ter ingressado um novo sócio disposto a pagar mais de R\$ 165 milhões de ágio por 50% das ações da INBRANDS PARTICIPAÇÕES, como descrito no subtópico 3.2.4 adiante.

3.2.3 Constituição e formação do capital inicial da CRISTALYS PARTICIPAÇÕES S.A.

Em 08/06/2007 foi constituída a CRISTALYS PARTICIPAÇÕES S.A., CNPJ 08.911.007/0001-77, doravante designada CRISTALYS, com capital social inicial de

R\$ 1.000,00, representado por 1.000 ações, subscritas por EDUARDO DUARTE e SIMONE BÜRCK SILVA³⁴ (mesmas pessoas que haviam constituído a INBRANDS PARTICIPAÇÕES em 31/01/2007).

AGE realizada em 23/01/2008 aprovou o aumento do capital da CRISTALYS, de R\$ 1.000,00 para R\$ 251.000,00, com a emissão de 250.000 novas ações pelo preço de R\$ 1,00 cada, as quais foram subscritas pelo Fundo de Investimento em Participações PCP, CNPJ 08.621.544/0001-8235. Cabe anotar que tal valor sequer chegou a transitar pela conta da CRISTALYS. Os R\$ 250 mil haviam sido depositados pelo Fundo de Investimentos PCP diretamente na INBRANDS PARTICIPAÇÕES muito antes da realização da AGE da CRISTALYS, mais precisamente em 28/11/2007 (o fato será detalhado no subtópico 3.7.2 do TVF).

Em AGE realizada às 10:30 horas do dia 26/03/2008 foi aprovado novo aumento de capital da CRISTALYS, de R\$ 251.000,00 para R\$ 181.671.000,00, com a emissão de 181.420.000 novas ações pelo preço de R\$ 1,00 cada, as quais também foram subscritas pelo Fundo de Investimento em Participações PCP.

3.2.4 Ingresso da CRISTALYS no quadro societário da INBRANDS PARTICIPAÇÕES.

Em AGE realizada às 14 horas do dia 26/03/2008 foi aprovada a emissão de 16.409.958 novas ações da INBRANDS PARTICIPAÇÕES pelo preço de R\$ 11,07 por ação, perfazendo um total de R\$ 181.670.000,00. Desse valor, R\$ 16.409.958,00 foram destinados à conta de capital e R\$ 165.260.042,00 foram destinados à conta de reserva de capital a título de ágio na subscrição.

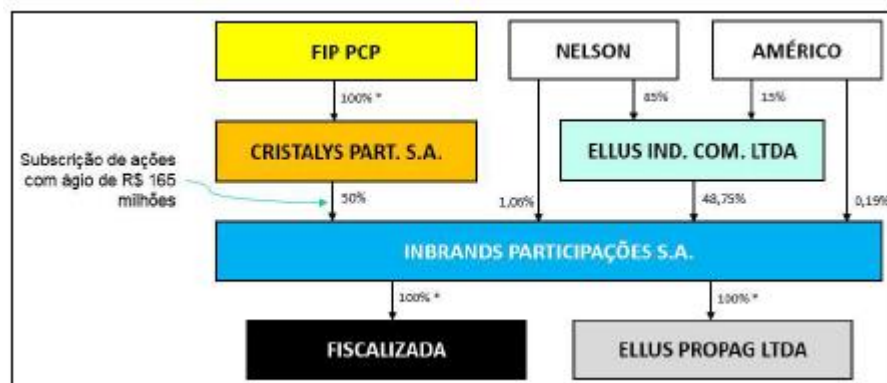
Essa etapa da reorganização societária estava descrita no “Acordo de Subscrição” como “segunda AGE da ‘Holding’”. E tratava-se realmente da segunda assembleia da INBRANDS PARTICIPAÇÕES realizada no mesmo dia (a primeira havia sido realizada às 10 horas e foi descrita no subtópico 3.2.2 deste TVF). O valor da integralização, inicialmente fixado em R\$ 162 milhões, sofreu ajustes previstos no 1º Aditivo do “Acordo de Subscrição”.

Desde a versão inicial do “Acordo de Subscrição”, de 27/07/2007, já se previa a possibilidade de o investimento ser feito através de uma sociedade detida integralmente pelo Fundo de Investimento em Participações PCP. Então, as 16.409.958 novas ações de emissão da INBRANDS PARTICIPAÇÕES foram subscritas e integralizadas em moeda corrente pela CRISTALYS, tendo os demais acionistas renunciado ao direito de preferência para a subscrição. Vale lembrar que a CRISTALYS havia sido recém capitalizada (às 10:30 horas do mesmo dia, 26/03/2008) pelo Fundo de Investimento PCP 36.

Assim, a CRISTALYS passou a deter 50% das ações da INBRANDS PARTICIPAÇÕES, as quais foram subscritas com ágio de R\$ 165.260.042,00. O valor registrado pela “investidora” CRISTALYS a título de ágio será detalhado no subtópico 3.3.1 deste TVF.

Após a AGE da INBRANDS PARTICIPAÇÕES realizada às 14 horas do dia 26/03/2008, a estrutura societária assumiu a formatação ilustrada na Figura 4.

Figura 4 - Estrutura societária após aumento de capital da INBRANDS PARTICIPAÇÕES formalizado na AGE realizada às 14h do dia 26/03/2008

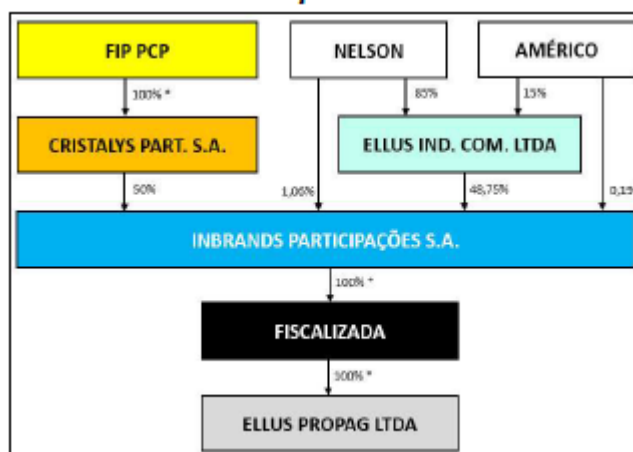


3.2.5 Aumento de capital da FISCALIZADA pela INBRANDS PARTICIPAÇÕES com a conferência das quotas da ELLUS PROPAG. Transformação da FISCALIZADA de Sociedade Limitada para Sociedade Anônima.

Em alteração contratual de 30/08/2008 aprovou-se o aumento de capital da FISCALIZADA (então denominada ELLUS DO BRASIL CONFECÇÕES E COMÉRCIO LTDA), de R\$ 16.008.958,00 para R\$ 18.728.958,00, com a criação de 2.720.000 novas quotas com valor de R\$ 1,00 cada, subscritas pela INBRANDS PARTICIPAÇÕES e integralizadas mediante a conferência de 399.999 das 400.000 quotas do capital da ELLUS PROPAG.

A estrutura societária assumiu a configuração apresentada na Figura 5 a seguir.

Figura 5 - Estrutura societária após aumento de capital da FISCALIZADA formalizado na alteração contratual de 30/08/2008



Ainda no dia 30/08/2008, a FISCALIZADA foi transformada de Sociedade Limitada para Sociedade Anônima. As 18.728.958 quotas representativas do seu capital foram então convertidas em igual número de ações.

3.2.6 Incorporação da CRISTALYS e da INBRANDS PARTICIPAÇÕES pela FISCALIZADA.

A incorporação reversa da INBRANDS PARTICIPAÇÕES e da CRISTALYS foi aprovada na AGE da FISCALIZADA realizada em 31/08/2008, quando esta ainda era denominada ELLUS DO BRASIL CONFECÇÕES E COMÉRCIO S.A. De acordo

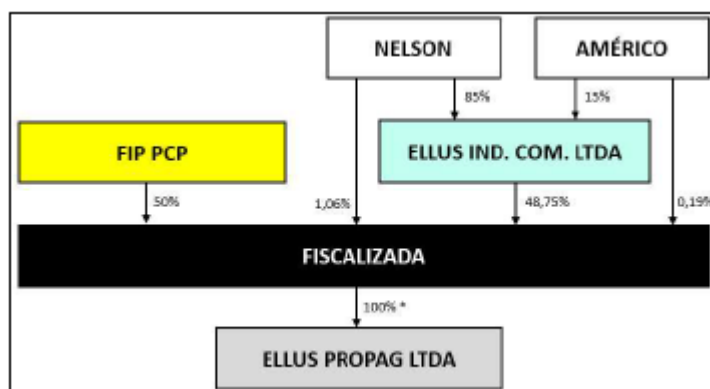
com o Laudo de Avaliação de fls. 219 a 221, o acervo líquido das incorporadas vertido para a FISCALIZADA somava R\$ 214.433.810,52.

Essa etapa da operação estava descrita no item 2.1.2 (sic) do “Acordo de Subscrição” celebrado em 27/07/2007, onde se previa a realização do investimento por meio de uma sociedade detida integralmente pelo investidor de fato (ou seja, a CRISTALYS e o Fundo de Investimento em Participações PCP, respectivamente). Ato contínuo, a “sociedade detida integralmente pela ‘Investidora’ seria incorporada ao patrimônio da “Holding” (fls. 1953 e 1954).

Como a incorporada INBRANDS PARTICIPAÇÕES detinha 100% das ações da incorporadora, essas ações foram distribuídas aos então acionistas das incorporadas na proporção de suas respectivas participações no capital social das mesmas.

Após as incorporações da INBRANDS PARTICIPAÇÕES e da CRISTALYS pela FISCALIZADA, a estrutura societária passou a ter a formatação mostrada na Figura 6 a seguir.

Figura 6 - Estrutura societária após incorporação reversa da CRISTALYS e da INBRANDS PARTICIPAÇÕES pela FISCALIZADA



Dentre os ativos vertidos na incorporação de 31/08/2008 estava o ágio contabilizado pela CRISTALYS por ocasião da subscrição de 50% das ações da INBRANDS PARTICIPAÇÕES. Desde então, a FISCALIZADA tem procedido à amortização fiscal do ágio na forma que será descrita adiante, no subtópico 3.4 deste TVF.

3.3 Valor do ágio registrado pela “investidora” CRISTALYS e a possibilidade, em tese, de amortização de ágio oriundo de operação de subscrição.

Como visto no subtópico 3.2.4 deste TVF, o ágio sob análise surgiu por ocasião da subscrição de 50% das ações de emissão da INBRANDS PARTICIPAÇÕES pela “investidora” CRISTALYS. Do valor de subscrição, R\$ 16.409.958,00 foram destinados à conta de capital e R\$ 165.260.042,00 foram destinados à conta de reserva de capital a título de ágio na subscrição.

Duas questões merecem atenção antes de se adentrar propriamente nas irregularidades verificadas pela fiscalização: (i) o valor do ágio registrado pela CRISTALYS; e (ii) a possibilidade de amortização fiscal de ágio oriundo de operação de subscrição de ações.

Com relação às matérias em discussão no recurso especial, oportuno transcrever os trechos do TVF em que a autoridade fiscal examina as questões, *verbis*:

3.5 Suposta rentabilidade futura estimada com base em resultados de empresa não incorporada pela FISCALIZADA.

Uma das irregularidades que inviabilizam a amortização fiscal do ágio diz respeito ao fato de que a maior parte da suposta rentabilidade futura ter sido fundamentada em resultados de empresa que sequer chegou a ser incorporada pela FISCALIZADA, qual seja, a ELLUS PROPAG.

Como visto anteriormente, um dos requisitos legais para a dedutibilidade do ágio é de ele tenha sido fundamentado na rentabilidade do investimento adquirido com base em previsão dos resultados de exercícios futuros.

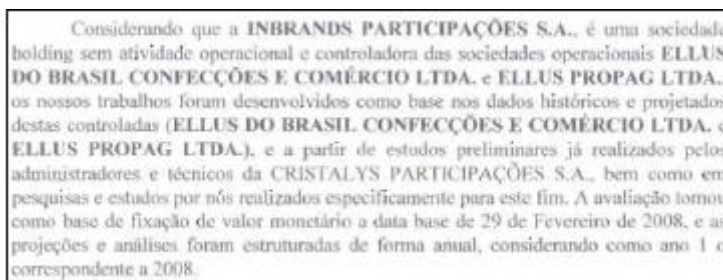
No caso em apreço, o ágio foi gerado quando subscrição de ações de emissão da INBRANDS PARTICIPAÇÕES (vide subtópico 3.2.4 deste TVF). Por meio do item INI.20 do TIAF (fl. 79), solicitou-se à FISCALIZADA o documento que comprovasse o(s) fundamento(s) econômico(s) do ágio nessa operação, tal como previsto no RIR/1999, art. 385, § 3º. Em resposta, foi apresentado o “Laudo de Avaliação de Negócios – Valor de Mercado” acostado às fls. 2019 a 2037.

O referido laudo teve por objeto a “avaliação do valor de mercado das ações de emissão a sociedade INBRANDS PARTICIPAÇÕES S.A. e suas controladas ELLUS DO BRASIL CONFECÇÕES E COMÉRCIO LTDA [ora FISCALIZADA] e ELLUS PROPAG LTDA” (fl. 2020).

O laudo foi emitido em 07/03/2008 e teve como data base 29/02/2008. Por conta dessas atas, vale comentar uma peculiaridade: as quotas do capital da FISCALIZADA e da ELLUS PROPAG somente foram conferidas à INBRANDS PARTICIPAÇÕES em 26/03/2008⁶¹. Portanto, quando da data base considerada no laudo (29/02/2008), ou mesmo quando da emissão do laudo (07/03/2008), a empresa avaliada ainda não detinha qualquer participação no capital da FISCALIZADA ou da ELLUS PROPAG.

Já na introdução (fl. 2022), o laudo fez a consideração de que INBRANDS PARTICIPAÇÕES era uma “sociedade holding sem atividade operacional” e, assim, os “trabalhos foram desenvolvidos como (sic) base nos dados históricos e projetados destas controladas (ELLUS DO BRASIL CONFECÇÕES E COMÉRCIO LTDA e ELLUS PROPAG LTDA)” – vide Figura 9.

Figura 9 - Detalhe do laudo de avaliação - Introdução (fl. 2022)



Considerando que a INBRANDS PARTICIPAÇÕES S.A., é uma sociedade holding sem atividade operacional e controladora das sociedades operacionais ELLUS DO BRASIL CONFECÇÕES E COMÉRCIO LTDA. e ELLUS PROPAG LTDA., os nossos trabalhos foram desenvolvidos como base nos dados históricos e projetados destas controladas (ELLUS DO BRASIL CONFECÇÕES E COMÉRCIO LTDA. e ELLUS PROPAG LTDA.), e a partir de estudos preliminares já realizados pelos administradores e técnicos da CRISTALYS PARTICIPAÇÕES S.A., bem como em pesquisas e estudos por nós realizados especificamente para este fim. A avaliação tomou como base de fixação de valor monetário a data base de 29 de Fevereiro de 2008, e as projeções e análises foram estruturadas de forma anual, considerando como ano 1 o correspondente a 2008.

Tratando-se a empresa avaliada de uma holding sem atividade operacional própria, os únicos ativos aptos a gerarem algum resultado futuro eram as sociedades por ela controladas. Assim, os avaliadores foram buscar nos resultados projetados para as duas empresas “controladas” (ou seja: a FISCALIZADA e a ELLUS PROPAG) a base para estimar o valor da INBRANDS PARTICIPAÇÕES.

A metodologia utilizada foi a de fluxo de caixa descontado. Na análise prospectiva dos fluxos de caixa adotou-se como ponto de partida os resultados auferidos pela FISCALIZADA e pela ELLUS PROPAG nos anos que antecederam a elaboração do laudo (2005, 2006 e 2007). E, a partir desses dados, foram elaboradas projeções; por exemplo: crescimento da receita líquida de 8,5% em 2008; 4,6% em 2009; 2,4% em 2010; 1,5% em 2011 e 1,0% em 2012 (vide fl. 2027)

Nos anexos V, VI e VII do laudo constam as demonstrações dos resultados dos anos de 2005, 2006 e 2007 das duas controladas. Na Tabela 4 a seguir apresenta-se uma síntese do lucro líquido desses períodos, a partir da qual pode-se evidenciar a representatividade de cada uma das controladas na lucratividade da INBRANDS PARTICIPAÇÕES.

Tabela 4 - Lucros líquidos das controladas considerados no laudo de avaliação (em R\$) – fls. 2034 a 2036

	2007	2006	2005	TOTAL	%
FISCALIZADA (vide anexo VI do laudo – fl. 2035)	8.848.315	- 2.894.583	598.058	6.551.790	53,27%
ELLUS PROPAG (vide anexo VII do laudo – fl. 2036)	4.171.167	3.591.840	4.535.747	12.298.754	65,24%
INBRANDS PART. (vide anexo V do laudo – fl. 2034)	13.019.482	697.257	5.133.805	18.850.544	100%

Como pode-se ver na Tabela 4, ao se considerar os três anos que antecederam a aquisição, a ELLUS PROPAG foi muito mais lucrativa que a FISCALIZADA. Como os resultados futuros assumidos pelo laudo de avaliação foram obtidos de projeções que tiveram como base esses períodos anteriores, é incontroverso que a maior parcela da rentabilidade futura estimada para a holding INBRANDS PARTICIPAÇÕES adveio da ELLUS PROPAG.

Os fluxos projetados para os primeiros cinco anos (2008 a 2012) foram descontados para valor presente e a eles acrescido um “valor de perpetuidade”. Assim concluiu-se que o valor total de avaliação da INBRANDS PARTICIPAÇÕES seria superior a R\$ 182 milhões – vide Figura 10. Esses cálculos constam do anexo VIII do laudo de avaliação (fl. 2037).

Figura 10- Detalhe do laudo de avaliação - valor total da avaliação (fl. 2028)

NATUREZA	VALOR – R\$ 1,00
Valor presente dos fluxos projetados	70.301.324,00
Valor de perpetuidade	112.450.402,00
Valor das disponibilidades	0,00
Valor total de avaliação da sociedade	182.751.726,00

Ocorre que justamente o ativo mais rentável, a ELLUS PROPAG, não foi incorporado pela FISCALIZADA. Isso porque anteriormente às incorporações reversas da CRISTALYS e da INBRANDS PARTICIPAÇÕES, foi promovido um aumento de capital da FISCALIZADA mediante a conferência das quotas da ELLUS PROPAG (vide subtópico 3.2.5 deste TVF). Assim, a ELLUS PROPAG deixou de ser controlada diretamente pela INBRANDS PARTICIPAÇÕES; consequentemente, esse ativo não integrou o acervo incorporado pela FISCALIZADA em 31/08/2008.

Para maior clareza, reproduz-se a Figura 5 e a Figura 6, as quais ilustram a organização societária imediatamente antes e após as incorporações reversas da CRISTALYS e da INBRANDS PARTICIPAÇÕES em 31/08/2008.

Figura 6 (reapresentação) - Estrutura societária após aumento de capital da FISCALIZ, formalizado na alteração contratual de 30/08/2008

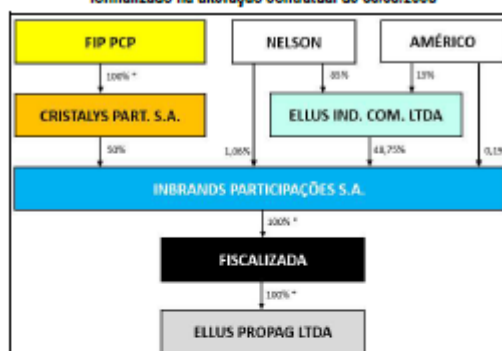
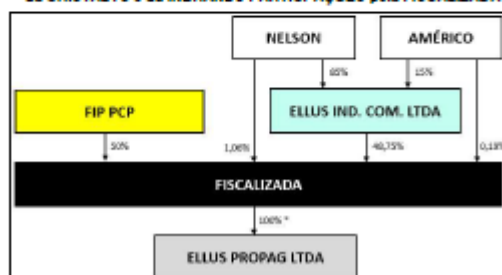


Figura 8 (reapresentação) - Estrutura societária após incorporação reversa da CRISTALYS e da INBRANDS PARTICIPAÇÕES pela FISCALIZADA



Se a ELLUS PROPAG não foi incorporada pela FISCALIZADA, não se pode cogitar a amortização fiscal de ágio decorrente de alegada rentabilidade futura daquela empresa. Afinal, não houve absorção de patrimônio, requisito legal para a dedutibilidade do ágio previsto no caput do art. 386 do RIR/1999.

Por fim, importa registrar que a ELLUS PROPAG operou como empresa autônoma até 1º/08/2012, data em que foi incorporada por sua então controladora POLAMINSK SP PARTICIPAÇÕES S.A.

[...]

3.7 Aquisição (subscrição de ações) realizada por Fundo de Investimento por meio de “empresa veículo”.

Trata-se agora da utilização de “empresa veículo” exclusivamente com vistas ao aproveitamento fiscal de ágio originado em aquisição que teve um Fundo de Investimento como adquirente de fato.

Para melhor compreensão da ilicitude do planejamento tributário posto em prática com o uso de “empresa veículo” faz-se necessário abordar preliminarmente a *ratio legis* da hipótese autorizativa de amortização do ágio.

3.7.1 Requisitos e motivação legal da hipótese autorizativa para amortização fiscal do ágio fundamentado em rentabilidade futura.

[...]

3.7.2 Aquisição de participação societária por Fundo de Investimento com o emprego de “empresa veículo”. Impossibilidade de amortização do ágio.

Uma das peculiaridades da aquisição sob análise reside no fato de o adquirente de fato ser o Fundo de Investimento em Participações PCP, gerido pelo Grupo Vinci Partners. Este fato, por si só, inviabiliza a amortização fiscal do ágio. E por duas razões muito simples:

1ª) Os rendimentos auferidos pelas carteiras dos Fundos de Investimento são isentos do Imposto de Renda (o IR incide apenas sobre o rendimento auferido pelos quotistas, por ocasião do resgate das quotas);

2ª) Fundos de Investimento têm natureza jurídica de condomínio. Não são pessoas jurídicas em sentido estrito. Assim, não têm como absorver o patrimônio de uma empresa (ou terem seu patrimônio absorvido por uma empresa) em virtude de incorporação, fusão ou cisão, requisito para amortização fiscal do ágio.

Em suma, a amortização fiscal do ágio não é um benefício de que possam se locupletar Fundos de Investimento e, indiretamente, seus quotistas.

Quer-se dizer que os administradores e quotistas almejavam auferir os bônus de deter o investimento por meio de um Fundo (ou seja, ter os rendimentos auferidos pela carteira do Fundo de Investimento isentos de Imposto de Renda), mas sem se sujeitar ao ônus de não poder amortizar o ágio na forma como procederam. Diante desses óbices, pôs-se em prática todo o planejamento tributário até aqui descrito, inclusive com o emprego da “empresa veículo” CRISTALYS. Não fosse assim, o valor investido na INBRANDS PARTICIPAÇÕES deveria apenas compor o custo das quotas do Fundo de Investimento em Participações PCP, independentemente de tratar-se de ágio, qualquer que tenha sido seu fundamento. Por conseguinte, não haveria como amortizá-lo.

Marco Aurélio Greco, ao comentar sobre operações preocupantes no âmbito do Direito Tributário, menciona as operações estruturadas em sequência (step transactions), em que cada uma corresponde a um tipo de ato ou deliberação societária ou negocial encadeado com o subsequente para obter determinado efeito fiscal mais vantajoso. “Diante de uma situação complexa, é essencial considerar a figura como um todo, examinando ao mesmo tempo os vários aspectos que a cercam, pois o conhecimento e o enquadramento de determinada realidade será a resultante das diversas circunstâncias reunidas no caso concreto”.

Cada uma das etapas foi previamente acordada entre as partes (o Fundo de Investimento PCP e os então controladores da ELLUS), do que resultou na sequência de operações descritas no item “2. DA ESTRUTURA” do “Acordo de Subscrição” e seu Aditivo (fls. 1950 a 1993). Essas operações foram efetivamente levadas a cabo e, no que mais interessa ao procedimento fiscal, estão descritas no subtópico 3.2 deste TVF. Algumas delas, por serem completamente desprovidas de algum **propósito negocial** quando apenas suas implicações tributárias, merecem destaque. Por exemplo:

- a) A integralização de ações da INBRANDS PARTICIPAÇÕES com a conferência de quotas de duas empresas (a FISCALIZADA e a ELLUS PROPAG LTDA) pelos respectivos valores contábeis. Nesse primeiro momento, os ativos foram avaliados sem qualquer mais valia. Mas quase concomitantemente (no mesmo dia, quatro horas depois), houve a subscrição da mesma quantidade de ações de emissão da INBRANDS PARTICIPAÇÕES por um novo sócio que pagou, em dinheiro, mais de R\$ 165 milhões de ágio.
- b) b) A inexistência de qualquer empreendimento por parte da CRISTALYS. A Demonstração de Resultado do AC 2008 (fl. 2046) e o Livro Razão dos ACs 2007 e 2008 (fls. 2042 a 2045) da CRISTALYS evidenciam que a empresa não teve qualquer outra atividade senão a “aquisição” de investimento na INBRANDS PARTICIPAÇÕES. A única receita proveu de equivalência patrimonial e suas despesas cingiram-se a “serviços contábeis prestados pela Special Accounting e pagos pela Inbrands, referente aos meses de março, abril, maio, junho e julho”, no valor de R\$ 2.075,00; e à “constituição de provisão p/ perdas em investimentos – Inbrands”, no valor de R\$ 54.490.889,81.
- c) O suposto primeiro aumento de capital, de R\$ 250 mil, sequer chegou a transitar pela conta da CRISTALYS. O valor foi depositado pelo Fundo de Investimento

PCP diretamente em favor da INBRANDS PARTICIPAÇÕES, conforme informado pela FISCALIZADA (fl. 103) na resposta ao item 1.14 do TIF nº 1 (fl. 95) e comprovantes juntados às fls. 2047 e 2048. De se notar que esse depósito foi realizado em 28/11/2007, quando ainda vigia a CPMF, mas muito antes da realização da Assembleia da CRISTALYS que deliberou sobre o aumento de capital (o que se deu somente em 23/01/2008).

- d) O segundo aumento de capital da CRISTALYS, de R\$ 181,420 milhões, que foi integralizado em espécie pelo Fundo de Investimento PCP e imediatamente repassado à INBRANDS PARTICIPAÇÕES em razão da subscrição de ações com ágio. As Assembleias que trataram do aumento de capital e da subscrição de ações foram realizadas no mesmo dia 26/03/2008: a da CRISTALYS às 10:30 horas e a da INBRANDS PARTICIPAÇÕES às 14 horas⁸¹ (vide subtópicos 3.2.3 e 3.2.4).
- e) As falsas justificativas para a incorporação da CRISTALYS e da INBRANDS PARTICIPAÇÕES pela FISCALIZADA. Conforme item 2 do Protocolo e Justificação de Incorporação (fl. 214), a incorporação teria ocorrido em razão da não concretização de outros negócios que ensejassem o ingresso de novos players do mercado de atuação da FISCALIZADA na estrutura societária, de forma que a estrutura havia “se mostrado injustificadamente custosa, sendo administrativa e gerencialmente mais eficiente e recomendável” as incorporações aqui descritas. Embora altivas, essas justificativas não se mantêm diante da verdade fática, até porque a CRISTALYS já tinha destino certo (incorporação e consequente extinção) ao ser constituída. Nesse sentido, basta verificar o item 2.1.2 (sic) do “Acordo de Subscrição” celebrado em 27/07/2007, onde se previa a realização do investimento por meio de uma sociedade detida integralmente pelo investidor de fato (ou seja, o Fundo de Investimento em Participações PCP), a qual seria logo após incorporada ao patrimônio da “Holding” (fls. 1953 e 1954).

É notório tratar-se de operações conflitantes com um dos requisitos essenciais do que se denomina planejamento tributário lícito, qual seja, de que tenham alguma finalidade econômica que não apenas a redução de tributos. Nesse sentido há reiteradas decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Como exemplo:

[...]

Ainda que superadas as questões decorrentes da natureza jurídica do Fundo de Investimento PCP, o emprego de “empresa veículo”, independentemente de quem seja o investidor de fato, faz com que não ocorra a necessária reunião dos patrimônios deste e do investimento adquirido. E conforme descrito no subtópico 3.7.1, **essa reunião de patrimônios é um dos requisitos legais indispensáveis para amortização fiscal do ágio**. Nesse sentido:

[...]

3.8 Providências fiscais decorrentes da indevida amortização do ágio pela FISCALIZADA.

Sendo indevida amortização do ágio pago na subscrição de ações da INBRANDS PARTICIPAÇÕES, procede-se à glosa das respectivas exclusões efetuadas pela FISCALIZADA no âmbito do RTT.

- AC 2010: R\$ 16.512.390,84;
- AC 2011: R\$ 16.512.390,84; e
- AC 2012: R\$ 16.512.390,84.

[...]

O recurso foi admitido pelo presidente da 2ª Câmara, conforme despacho de admissibilidade que apreciou a caracterização das divergências suscitadas, *verbis*:

A Fazenda Nacional apresentou recurso especial onde suscita divergência em relação a duas matérias:

1) Amortização do ágio indireto,

2) Amortização de ágio através de "empresa-veículo".

Passa-se à análise de cada uma delas em separado.

1) Amortização do ágio indireto

Em relação ao tema, a Fazenda indica como legislação interpretada de maneira divergente o art.386, inciso III do RIR/99 e apresenta os acórdãos paradigmas nº. **1201-000.285** (da 1ª Turma da 2ª Câmara da Primeira Seção, de 09/07/2010) e nº. **1201-001.350** (da 1ª Turma da 2ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento, de 03/02/2016). Transcreveu inteiro teor das ementas no corpo do recurso.

Os paradigmas indicados constam do sítio do CARF na internet e até a interposição do recurso não haviam sido reformados. Os dois paradigmas indicados foram emanados pela 1ª Turma da 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF, bem como o acórdão recorrido. Nos termos do art.67, §2º do RICARF entende-se que todas as Turmas e Câmaras dos Conselhos de Contribuintes ou do CARF são distintas das Turmas e Câmaras instituídas a partir do presente Regimento Interno.

O primeiro paradigma é de **2010**, enquanto que o segundo, de **2016**. Sendo assim, considera-se que o primeiro paradigma foi proferido por Colegiado distinto daquele do acórdão recorrido, ao passo que o segundo paradigma proveio do mesmo Colegiado que o recorrido.

Nos termos do caput do art. 67 do RICARF, para fins de apuração da divergência, os acórdãos confrontados devem ter sido proferidos por Colegiados distintos, sendo incabível indicação de paradigma do mesmo Colegiado que o aresto recorrido. Assim dispôs o caput do art.67:

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.(grifo nosso)

Dessarte, será desprezado o segundo paradigma nº. **1201-001.350** por ter sido proferido pelo mesmo Colegiado que o acórdão recorrido.

No tocante ao primeiro paradigma nº.**1201-000.285**, transcreve-se a ementa naquilo que concerne ao tema:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2002, 2003, 2004

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. INCORPORAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. INTIMAÇÃO POR EDITAL. REQUISITOS LEGAIS. INOBSERVÂNCIA. NULIDADE. (...)

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. COMPETÊNCIA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. MATÉRIA RELATIVA À EXECUÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NÃO ABRANGÊNCIA. (...)

IRPJ. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO EM AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. *A autorização para cômputo no lucro real das contrapartidas da amortização do ágio em razão de fusão, cisão ou incorporação, contida no art. 7º, III, e art. 8º da Lei n. 9.532/97 restringe-se ao caso em que patrimônio da sócia/acionista detentora do ágio absorve o patrimônio da sociedade cuja participação societária foi adquirida com ágio, ou vice-versa, posto que os arts. 7º, III, e 8º da Lei n. 9.532/97 (e o art. 386 do RIR/99) referem-se à absorção do patrimônio de sociedade por outra, entre as quais uma deve deter participação societária de outra (i.e., uma sociedade deve ser sócia/acionista da outra). Ademais, a autorização restringe-se ao ágio referente à aquisição da participação societária de uma sociedade em outra. Não se admite a amortização de ágio relativo à aquisição de participação societária em terceira sociedade, da qual o patrimônio não foi absorvido em razão de incorporação, fusão ou cisão.*

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.*

IRPJ. DEDUÇÃO. DESPESAS DESNECESSÁRIAS. (...)

CSLL. DEDUÇÃO. DESPESAS DESNECESSÁRIAS. (...)

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. APLICAÇÃO. (...)

JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INAPLICABILIDADE. (...)

Cita a Recorrente que uma das razões para a glosa do ágio foi o fato de que a maior parte da suposta rentabilidade futura ter sido fundamentada em resultados de empresa que não chegou a ser incorporada pela autuada (INBRANDS S/A, anteriormente denominada de ELLUS DO BRASIL CONFECÇÕES E COMERCIO LTDA). Transcreveu trecho do recorrido, onde se destacam os seguintes excertos:

Vê-se portanto que, com base no TVF e na decisão recorrida, restou como questão impeditiva para a dedução o fato de que os resultados que serviriam de base para o cálculo da rentabilidade futura da INBRANDS PARTICIPAÇÕES S.A pertenceriam à ELLUS PROPAG LTDA.

(...)

Ora, se a INBRANDS PARTICIPAÇÕES S.A. detém 100% da participação acionária na ELLUS PROPAG LTDA, os resultados dessa última se refletirão naquela na mesma proporção.

Quando a norma estabelece como fundamento econômico do ágio o valor da rentabilidade da coligada ou controlada com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, não faz qualquer distinção quanto à origem desse resultado.

Portanto, afasto essa irregularidade apontada pela Fiscalização. (grifo da recorrente)

Defende que o paradigma nº.1201-000.285 sustentou entendimento oposto, na medida em que não aceitou a amortização do ágio que não decorresse da avaliação por rentabilidade futura do investimento diretamente adquirido. Transcreveu o seguinte trecho do paradigma para demonstrar a divergência:

Em outras palavras, os dispositivos de lei acima citados autorizam o cômputo na apuração da base de cálculo do IRPJ (lucro real) as contrapartidas da amortização contábil do ágio pago na aquisição de participação societária.

Contudo, referida autorização se restringe ao caso em que patrimônio da sócia/acionista detentora do ágio absorve o patrimônio da sociedade cuja participação societária foi adquirida com ágio, ou vice-versa, posto que o art. 7º, III, da Lei n. 9.532/97 (e o art. 386 do RIR/99) referem-se à absorção do patrimônio de sociedade por outra, entre as quais uma deve deter participação societária de outra (i.e., uma sociedade deve ser sócia/acionista da outra). Ademais, a autorização restringe-se ao ágio referente à aquisição da participação societária de uma sociedade em outra. Não se admite a amortização de ágio relativo à aquisição de participação societária em terceira sociedade, da qual o patrimônio não foi absorvido em razão de incorporação, fusão ou cisão.

Em vista da interpretação restritiva da legislação que se impõe ao caso, ante a natureza do tema discutido, entendo ser irrelevante o fato de as sociedades das quais o patrimônio foi parcialmente absorvido serem investidoras indiretas da Contribuinte, ou mesmo o fato de que o ágio pago por referidas sociedades para a aquisição de participação em controladoras diretas e indiretas da Contribuinte ter por fundamento, em parte, os rendimentos futuros da própria Contribuinte. Há necessidade de efetivo encontro entre os patrimônios (investido e investidor), tal como estabelece expressamente a lei vigente.

(...)

No caso do ágio vertido por BPBR (itens 2.3.1 e 2.3.2 do TVF), relativo à participação societária que esta detinha em BPSN, não obstante tratar-se de absorção de patrimônio de sociedade que era sua acionista, o ágio relevante foi apurado em razão da aquisição de participação societária em terceira sociedade, cujo patrimônio não foi absorvido (BPSN).

A situação fática acima descrita não preenche a fattispecie do benefício previsto nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, de modo que a glosa de despesas relativas ao IRPJ sobre as parcelas de ágio excluídas/deduzidas indevidamente devem ser mantidas.

De fato, verificam-se entendimentos divergentes no que diz respeito à possibilidade de amortização do ágio chamado pela Recorrente de indireto, uma vez que o acórdão recorrido aceitou que a autuada amortizasse a despesa de ágio proveniente de expectativa de resultados futuros da ELLUS PROPAG LTDA, empresa esta que não teve seu patrimônio incorporado pela Recorrida.

De maneira contrária, o paradigma sustentou entendimento de que não era possível a amortização de ágio que tivesse origem em sociedade terceira que não teve seu patrimônio incorporado pela empresa que deduziu as despesas de ágio. Acrescenta que seria necessário o encontro de patrimônios entre a empresa que amortizou o ágio e aquela empresa que deu origem à criação do ágio.

A partir do cotejo realizado pela Recorrente e dos trechos dos acórdãos confrontados, constata-se a existência de situações fáticas semelhantes, posto que ambos os casos trataram de amortização de ágio por determinada empresa, e que o ágio amortizado

decorrente de expectativa de resultados futuros teve origem (no todo ou em parte) em empresa terceira que não teve seu patrimônio incorporado pela atuada.

Todavia, diante de situações fáticas semelhantes, no acórdão recorrido reconheceu-se a legalidade da amortização do ágio, não importando a sua origem, enquanto que no paradigma restou consubstanciado a indedutibilidade do ágio, posto que não houve a confusão patrimonial entre as empresas que efetivamente pagaram/suportaram o ágio e a empresa que, ao final, procedeu à amortização; condição essa considerada como necessária para a dedutibilidade da despesa de ágio.

Portanto, no que diz respeito ao paradigma nº.1201-000.285, **a Recorrente logrou êxito em demonstrar divergência no que diz respeito à amortização de ágio indireto.**

2) Amortização de ágio através de "empresa-veículo"

Em relação ao tema, a Fazenda apresenta o acórdão paradigmas nº.9101-002.188 (da 1ª Turma da CSRF, de 20/01/2016). Transcreveu inteiro teor da ementa no corpo do recurso.

O paradigma indicado consta do sítio do CARF na internet e até a interposição do recurso não havia sido reformado.

Transcreve a ementa do paradigma nº.9101-002.188:

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.

TRIBUTAÇÃO 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.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009

MULTA QUALIFICADA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA NA FASE DE RECURSO VOLUNTÁRIO.

Uma vez restabelecidas as autuações fiscais, deverá haver julgamento quanto à multa qualificada, fazendo-se necessário o retorno à Turma a quo para análise

dos pontos específicos suscitados em relação a essa matéria no recurso voluntário.

Declara a Recorrente que a autoridade fiscal acusou a atuada de se valer de empresa denominada veículo (CRISTALYS) para a aquisição do investimento, e que o adquirente de fato foi um Fundo de Investimento (FIP PCP). Acrescenta que a própria atuada reconhece que a CRISTALYS foi criada para permitir que o Fundo investisse na mesma, uma vez que a lei brasileira não permite o investimento em sociedade de cotas de responsabilidade limitada.

Em seguida, para demonstrar que o acórdão recorrido entendeu não haver óbice à utilização de pessoa jurídica criada com único propósito de permitir a amortização do ágio, transcreveu o seguinte trecho do recorrido:

A posição desta Turma, a qual me alinho, é no sentido de que o uso de "empresa veículo", por si só, é insuficiente para desqualificar a via adotada pela interessada, a qual, ressalto, não é vedada pela legislação. (grifo da recorrente)

Diante do exposto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

Argumenta que o paradigma sustenta não ser possível a amortização de ágio decorrente de operação utilizando-se de "empresa veículo", e que a dedutibilidade do ágio só poderia ser reconhecida quando houvesse a confusão patrimonial entre a investida e real investidora, o que não ocorreu no paradigma. A Fazenda colaciona trechos do paradigma para demonstrar esse entendimento, merecendo destaque os seguintes excertos:

(...)

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).

Da mesma forma que no aspecto pessoal, a confusão de patrimônios, principal item do aspecto material, para fins de enquadramento no §6º do art. 386 do RIR/99, consoma-se quando, na investida, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobre-avaliado) passam a se comunicar diretamente (os riscos se fundem: o risco do investimento - assim entendido os recursos aportados - e o risco do empreendimento).

(...)

(...) 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” (grifos da recorrente)

Com efeito, constata-se a divergência de entendimento entre acórdão recorrido e o paradigma **nº.9101-002.188**. Entretanto, faz-se necessária uma análise dos fatos que embasaram as decisões conflitantes.

No acórdão recorrido, as operações societárias ocorreram de forma que o ágio foi efetivamente pago ou suportado pelo Fundo de Investimento, mas a amortização se deu na empresa investida, após o ágio ter sido transferido por intermédio de empresa denominada "empresa-veículo" (CRISTALYS).

Por seu turno, o paradigma **nº.9101-002.188** trata de situação fática semelhante, onde a empresa que despendeu recursos para o pagamento do ágio, não foi a mesma que amortizou a despesa. O ágio foi transferido através de uma terceira empresa, denominada "empresa-veículo" (DELTA PARTICIPAÇÕES FARMACÊUTICAS S.A), sem que tivesse havido a incorporação da ACHÉ LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS S.A. (investidora de fato) pela BIOSINTÉTICA, quando da amortização do ágio.

Por tudo o exposto, verifica-se a existência de operações societárias semelhantes, com transferência de ágio através de pessoa jurídica denominada "empresa-veículo", não obstante, o acórdão recorrido considerou lícita a utilização de empresa veículo para transferência de ágio, enquanto que o paradigma sustentou entendimento de que não foram atendidos os requisitos legais para amortização do ágio.

Logo, em relação ao segundo paradigma nº.9101-002.188, a Recorrente logrou êxito em demonstrar a divergência no que concerne à amortização do ágio através de "empresa veículo".

O recurso atende aos demais requisitos de admissibilidade. Diante do exposto, com fundamento no art.67, do anexo II do RICARF, proponho que seja **DADO SEGUIMENTO** ao Recurso Especial interposto pelo Fazenda Nacional.

[...]

De acordo.

Com fundamento nos artigos 18, inciso III, 67 e 68 do Anexo II do RICARF, aprovado pela Portaria MF n.343/2015, **DOU SEGUIMENTO** ao recurso especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

[...]

A recorrente apresenta as seguintes razões pelas quais entende que o recurso deve ser provido, *verbis*:

A amortização do ágio era matéria tratada nos arts. 385 e 386 do RIR/1999, os quais tinham como base legal o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, e assim dispunham:

[...]

A possibilidade de deduzir o ágio na apuração do lucro real restringe-se ao caso previsto no art. 386, III, c/c o art. 385, § 2º, II, ambos do RIR/1999, qual seja: quando a pessoa jurídica absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio cujo fundamento econômico seja o de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros. Nesta situação, o ágio pode ser amortizado à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração. Tal faculdade aplica-se, inclusive, na hipótese de a empresa incorporada ser aquela que detinha a propriedade da participação societária, também conhecida como incorporação downstream ou incorporação reversa (RIR/1999, art. 386, § 6º, II).

Percebe-se, pois, que o art. 386, inciso III, do RIR/1999 tem aplicação limitada aos casos em que o acervo vertido na fusão, cisão ou incorporação venha a efetivamente contribuir para a formação dos resultados sujeitos à tributação na empresa de destino (incorporador - interessado), o que ocorreria apenas quando fosse absorvido o conjunto de fatores de produção que gerasse os resultados futuros esperados que deram fundamento ao ágio.

A fiscalização não identificou nas amortizações de ágio do investimento na atuada qualquer contribuição para formação do resultado tributável decorrente das próprias operações do interessado. Também não pôde perceber qualquer fator de sua realização.

No caso presente, consta o “**Laudo de Avaliação de Negócios – Valor de Mercado da INBRANDS Participações S.A.**” e de suas controladas Ellus do Brasil e Ellus Propag, emitido em 07/03/2008, com data-base de 29/02/2008, a princípio, elaborado a pedido da Cristalys Participações S.A., “para fins de determinação da fundamentação e alocação de ágio a ser pago na aquisição de participação societária”.

Cumprе destacar, portanto, que o Laudo foi elaborado, em 07/03/2008, para dar fundamento ao ágio a ser pago numa operação contratada com preço e critérios já definidos, há quase 8 (oito) meses, desde a celebração do acordo, em 26/07/2007.

Considerando que a INBRANDS era uma holding, sem atividade operacional, os trabalhos de avaliação teriam sido desenvolvidos com base em dados históricos [2005, 2006 e 2007] e projetados das controladas (Ellus do Brasil e Ellus Propag)

Nas considerações técnicas do Laudo, ficou registrado que, apesar das dificuldades de um julgamento acerca da expectativa de rentabilidade futura, tendo em conta que o sucesso passado não garante o sucesso futuro, “o conjunto de marca, produto e logística de distribuição e/ou comercialização e as boas perspectivas do setor em que as empresas atuam geram uma componente inercial importante”. Sem sombras de dúvidas, portanto, reitera-se mais uma vez que a avaliação da expectativa de rentabilidade futura dos investimentos levou em conta as marcas e outros elementos integrantes do fundo de comércio (logística de distribuição), que não estavam contabilizados nas investidas.

Apesar do laudo apresentado, no acordo celebrado entre as partes, resta evidente que o preço da negociação foi estipulado por conta dos resultados passados do empreendimento, tendo o laudo sido elaborado apenas para dar respaldo à

contabilização do ágio, com fundamento em rentabilidade futura, para assim garantir a fruição do benefício da amortização fiscal antecipada, por ocasião da extinção do investimento, a partir da operação de incorporação entre investidora e investida.

Conforme descreve a fiscalização, **as atividades que geraram as expectativas de lucros futuros seriam todas desenvolvidas, não pela INBRANDS PARTICIPAÇÕES, mas sim pela Ellus do Brasil e pela ELLUS PROPAG S/A, esta última sequer incorporada**, sendo que o conjunto de fatores de produção encaneceria sob seu inteiro domínio e em nada contribuiria para a formação dos resultados tributáveis do interessado.

Em suma, o ágio na aquisição de investimento em sociedade coligada ou controlada (avaliado pelo patrimônio líquido - equivalência patrimonial), fundado em valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros (ou mesmo por outros fundamentos), é indedutível na apuração do lucro real, e, pelas mesmas razões, é indedutível na apuração da base de cálculo da CSLL.

Como bem relatou a fiscalização, **os ajustes de equivalência** por valor de patrimônio líquido (equivalência patrimonial) visam melhor retratar a situação patrimonial das empresas investidoras. Sendo **decorrentes de variações já computadas nas bases de cálculo das empresas investidas, são excluídas de nova tributação nas investidoras. Os investimentos avaliados por equivalência patrimonial não afetam a formação do resultado tributável na investidora** (o ágio é indedutível e o deságio não é tributável). É, em outras palavras, neutro para fins fiscais. Não fosse assim, a tributação do IRPJ e da CSLL se repetiria em cascata e prejudicaria a integração dos grupos empresariais. **Não obstante, concorrem para a formação dos custos a serem computados quando da liquidação ou alienação dos investimentos** (art. 426 do RIR/1999).

De acordo com o art. 386, inciso III, do RIR/1999 c/c art. 1º, inciso II, da Instrução Normativa nº 11/1999, a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, cujo fundamento seja valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, poderá amortizar o ágio, contabilizado à conta do ativo diferido, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração.

Ocorre que, **como visto no laudo de avaliação, a perspectiva de resultados de exercícios futuros está fundada no desempenho da Ellus do Brasil e pela ELLUS PROPAG S/A, e não da INBRANDS. A INBRANDS não têm, data vênua, expectativa de gerar, por si só, lucros futuros, já que não dispõe de fatores de produção**, como bem relatado pela fiscalização.

Portanto, é importante registrar que **o ágio foi apurado com base na expectativa de resultados futuros, não da incorporada INBRANDS, mas sim, da controlada/coligada Ellus do Brasil e ELLUS PROPAG S/A que**, é bom que se diga, não foi incorporada pelo interessado.

Logo, *in casu*, descabe a aplicação do art. 386, inciso III, do RIR/ 1999, não sendo dedutíveis, na apuração do lucro real, e da base de cálculo da CSLL, as amortizações de ágio registradas pelo interessado, diga-se, indevidamente, em conta do ativo diferido.

Além disso, **acusação fiscal se fundamenta** no fato de a operação de aquisição pelo FIP PCP de 50% do Grupo Ellus ter se dado mediante a **interposição de uma “empresa veículo”, a Cristalys, para garantir a possibilidade futura de aproveitamento do ágio pago pelo FIP PCP na aquisição do investimento.**

Já foi visto que a **Cristalys foi constituída** como uma “empresa de prateleira”, em 08/06/2007, **sem qualquer atividade operacional até 23/01/2008, quando foi adquirida pelo FIP PCP justamente para ser interposta na operação** de aquisição do investimento do Grupo Ellus.

O Razão Geral da Cristalys de 01/01/2007 até 31/12/2008 (fls. 2042/2045) vem confirmar essa afirmação.

Limitou-se a Cristalys a receber e repassar os recursos necessários à aquisição do investimento: (i) **R\$ 250.000,00**, depositados diretamente pelo FIP PCP na conta corrente da INBRANDS, em 28/11/2007 (extratos de fls. 2047/2048), e que formalmente somente teriam ingressado no patrimônio da Cristalys, em 23/01/2008; e (ii) **R\$ 181.420.000,00**, recurso formalmente ingressado no patrimônio da Cristalys às 10:30 horas do dia 26/03/2008.

Veja-se que tais **recursos formalmente ingressados no patrimônio da Cristalys**, no total de R\$ 181.670.000,00, **foram totalmente destinados ao aumento de capital da INBRANDS**, no valor de R\$ 181.670.000,00, ocorrido às 14 horas do mesmo dia 26/03/2008.

Assim, a interposta pessoa jurídica (Cristalys) foi utilizada pelo FIP PCP para **adquirir as participações societárias no Grupo Ellus, e a forma pela qual se deram os pagamentos** vinculados às operações de compra e venda das ações da INBRANDS **ratificam a mera interposição**, na medida em que, como a adquirente interposta não detinha capacidade econômico-financeira, a totalidade dos recursos utilizados teriam vindo do patrimônio do real investidor (FIP PCP). Nesse aspecto, cumpre assinalar que **apesar de o pagamento da aquisição das participações societárias ter sido feito, de fato, pelo real investidor (FIP PCP), o ágio porventura decorrente da operação permaneceu registrado no patrimônio da Cristalys, caracterizada como “empresa-veículo”.**

No caso, **não houve incorporação entre a real investidora (FIP PCP) e as investidas (INBRANDS).** O que ocorre é que o real investidor (FIP PCP) transfere seus recursos à empresa veículo (Cristalys), para que esta, em seu lugar, proceda à aquisição do investimento (50% da INBRANDS), e posteriormente seja incorporada pela investida indireta (Ellus do Brasil), **o requisito legal foi atendido apenas formalmente, mas não substancialmente, na medida em que subsistem separadamente o real investidor (FIP PCP) e as investidas (INBRANDS), e por consequência, o investimento não é extinto no patrimônio da investidora.**

Como visto acima, **uma das premissas essenciais para a regular amortização fiscal de ágio pago na aquisição de investimentos, é justamente a extinção do investimento**, mediante operações de incorporação, fusão ou cisão entre investidora e investida, **fato que não acontece quando interpostas outras pessoas jurídicas na aquisição do investimento, mediante transferência de recursos**, ou na transferência das próprias participações adquiridas com ágio, normalmente a empresas veículos.

A intenção do legislador ao permitir a dedução da despesa com amortização do ágio oriundo da aquisição de uma participação societária foi 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.

Diante de todo o exposto, deve ser mantida a glosa realizada pela autoridade fiscal, tendo em vista a ausência de autorização legal para deduzir, da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, o ágio da forma como registrado pela recorrente.

[...] (grifei e destaquei)

A contribuinte foi cientificada do acórdão e do recurso especial da Procuradoria em 29/03/2018 (fl. 2756) e apresentou suas contrarrazões (fls. 2759/2789) em 13/04/2018 (fls. 2757), na qual alega:

Preliminarmente:

- a) Que não se caracterizou a primeira divergência (ágio indireto) apontada pela recorrente, com relação ao Paradigma nº 1201-000.285, pois naquele caso o aproveitamento fiscal do ágio foi vedado na medida em que se verificou que a empresa cujas ações foram adquiridas com ágio nunca foi incorporada, situação totalmente diversa da analisada nestes autos em que não se discute a incorporação da INBRANDS Participações, cujas ações foram adquiridas com ágio.
- b) Que, sendo a incorporação ou não da empresa investida (cuja rentabilidade justifica o ágio) uma premissa fática absolutamente relevante para que se valide a amortização fiscal do ágio, sua ocorrência de forma diferente em cada um dos casos, inviabiliza o uso do paradigma 1 para fins de comprovação da divergência.
- c) Que, caso se reconheça a divergência jurisprudencial quanto ao 1º paradigma, a análise deve se limitar à exigência do IRPJ, já que o paradigma reconheceu expressamente a dedutibilidade do ágio efetivamente pago (ainda que indireto) da base de cálculo da CSLL, inexistindo divergência demonstrada quanto à CSLL.
- d) Que, também, com relação à segunda divergência apontada (utilização de empresa veículo), o acórdão paradigma indicado (9101-002.188), também não se presta para caracterizar a divergência, pois trata de transferência de ágio, matéria completamente alheia à discussão nestes autos.
- e) Que há diferenças fáticas fundamentais entre os dois casos que justificam desfechos distintos, uma vez que no paradigma há transferência de ágio entre empresas do mesmo grupo e acusação de simulação, enquanto que no caso do acórdão recorrido o ágio foi pago pela Cristalys, empresa que foi incorporada pela recorrida.

No mérito:

- f) Que não se trata de “ágio indireto”, uma vez que INBRANDS Participações foi o objeto do investimento realizado com ágio por Cristalys, cumprindo-se com sua incorporação, a exigência do art. 386 do RIR/1999.
- g) Que é irrefutável a existência de propósito negocial na aquisição da INBRANDS Participações e sua posterior incorporação pela recorrida e que a Cristalys não se configura como “empresa-veículo”, nos termos da doutrina e da jurisprudência administrativa.

Ao final requer que o recurso não seja conhecido e, caso isto ocorra, seja julgado improcedente. Requer, ainda, que, na remota hipótese de ser provido o recurso, sejam os autos devolvidos à 1ª Turma da 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF para que aquele colegiado se manifeste sobre os demais argumentos do recurso voluntário.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, Relator.

1. Conhecimento

O recurso voluntário é tempestivo e foi regularmente admitido.

Não obstante, a contribuinte questiona o conhecimento das divergências suscitadas pela Procuradoria da Fazenda Nacional em seu recurso, sustentando que os paradigmas apresentados possuem contextos fáticos e jurídicos distintos do acórdão recorrido.

Com relação ao paradigma apresentado pela recorrente para configurar a primeira divergência, entendo que não assiste razão à contribuinte. Senão vejamos.

O acórdão recorrido trata da possibilidade de amortização de ágio indireto, que seria decorrente da aquisição pela empresa **CRISTALYS** da participação em uma sociedade holding (**INBRANDS Participações**), cuja rentabilidade futura foi aferida em face das duas empresas operacionais detidas por esta (**ELLUS DO BRASIL CONFECÇÕES E COMÉRCIO LTDA** – atual **INBRANDS S/A** e **ELLUS PROPAG LTDA**), que efetivamente restou incorporada em operação reversa pela contribuinte, ora recorrente.

A discussão travada neste ponto envolveu dois aspectos: 1 – a possibilidade de ser reconhecido o ágio formado na empresa adquirida (holding) a partir da avaliação da rentabilidade futura de suas empresas operacionais e; 2 – o fato de não ter sido objeto de incorporação direta pela recorrente da parcela do patrimônio relativo a uma das empresas operacionais (ELLUS PROPAG LTDA).

O colegiado recorrido, ao analisar esta matéria, entendeu estarem configuradas as condições para o surgimento e amortização do ágio pela contribuinte, conforme se colhe do voto condutor do acórdão destacado pela PFN, *verbis*:

[...]

A justificativa da Fiscalização para não aceitar a dedução das despesas com ágio voltou-se para o laudo de avaliação da **INBRANDS PARTICIPAÇÕES S.A.**, incorporada pela atuada. De acordo com o Fisco, tendo em vista que a maior parte das atividades que geraram as expectativas de lucros futuros seriam desenvolvidas pela **ELLUS PROPAG LTDA** (empresa não incorporada pela recorrente e da qual a **INBRANDS PARTICIPAÇÕES S.A.** detinha 100% das ações) não haveria como imputá-las à **INBRANDS PARTICIPAÇÕES S.A.**, pois o conjunto de fatores de produção lhe seriam estranhos.

Vê-se portanto que, com base no TVF e na decisão recorrida, restou como questão impeditiva para a dedução o fato de que os resultados que serviriam de base para o cálculo da rentabilidade futura da **INBRANDS PARTICIPAÇÕES S.A.** pertenceriam à **ELLUS PROPAG LTDA**.

A meu ver, o posicionamento do Fisco – e da decisão recorrida – só teria fundamento se não existisse qualquer vínculo entre a **INBRANDS PARTICIPAÇÕES S.A.** e a **ELLUS**

PROPAG LTDA. Dito de outra forma, um incremento de rentabilidade na ELLUS PROPAG LTDA não poderia ter qualquer impacto na INBRANDS PARTICIPAÇÕES S.A.

Ora, se a INBRANDS PARTICIPAÇÕES S.A. detém 100% da participação acionária na ELLUS PROPAG LTDA, os resultados dessa última se refletirão naquela na mesma proporção.

Quando a norma estabelece como fundamento econômico do ágio o valor da rentabilidade da coligada ou controlada com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, não faz qualquer distinção quanto à origem desse resultado.

Portanto, afasto essa irregularidade apontada pela Fiscalização.

[...]

Por outro lado, o primeiro paradigma indicado pela recorrente (1201-000.285), único considerado hábil para caracterizar a divergência pelo despacho de admissibilidade do presidente da Câmara *a quo*, trata de discussão bastante similar.

Naquele caso, tratou-se da impossibilidade de aproveitamento de ágio gerado em uma aquisição de participação em uma sociedade, com pagamento de ágio, por uma terceira empresa que posteriormente verteu parte do patrimônio correspondente a esta participação, incluindo o ágio pago, para a contribuinte que restou autuada por ter realizado a dedução da amortização do referido ágio, sem que tenha incorporado a empresa cuja participação fora adquirida com ágio. Ou seja, também naquele caso, a acusação é de que não houve a efetiva confusão patrimonial entre as empresas.

Para melhor compreensão transcrevo excertos do voto condutor do acórdão paradigma, *verbis*:

Mérito – Amortização do Ágio

Consoante já relatado, parte da autuação em julgamento decorre de glosa de amortização ou dedução de ágio consideradas indevidas pela Fiscalização.

Resta incontroverso nos autos que o ágio deduzido/amortizado pela Contribuinte foi apurado (i) por Comercial O Balaio S.A. (“BALAIO”), em razão da aquisição de investimento em BR Participações e Empreendimentos S.A. (“BRPAR”); e (ii) por BPBR Empreendimentos Ltda. (“BPBR”), em razão da aquisição de investimento em Bom Preço S.A. Supermercados do Nordeste (“BPSN”).

No caso do item (i) acima, BALAIO adquiriu 100% das ações de BRPAR pelo preço de R\$ 285.000.000,00. Tendo em vista que a participação acionária adquirida correspondia a 4.728.600 ações, cujo valor patrimonial era de R\$ 4,25 por ação, o valor patrimonial da participação societária adquirida foi de R\$ 20.096.550,72, sendo o ágio apurado de R\$ 264.903.449,28 (R\$ 56,02 por ação).

BRPAR detinha 38,86% das ações de BPSN, que por sua vez detinha 99,8% das ações da Contribuinte.

Em 21/12/2001, BALAIO cindiu-se, vertendo parte de seu patrimônio à Contribuinte. Dentre o patrimônio vertido estavam 24 ações de BRPAR e parcela de ágio em BRPAR de R\$ 64.261.985,27.

Em face de referida cisão e incorporação do patrimônio vertido, a Contribuinte excluiu da apuração do lucro real em 31/12/2001 R\$ 62.155.035,13 (sob

justificativa de tratar-se de parcela já amortizada anteriormente por BRPAR) e deduziu os outros R\$ 64.261.985,27, afetando o lucro real e a base de cálculo da CSLL a partir do ano calendário de 2002.

A Fiscalização vislumbrou duas irregularidades no procedimento da Contribuinte. Observou a Fiscalização grande desproporção entre parcela do capital transferido (24 ações) e parcela do ágio transferida (R\$ 64.261.985,27 + R\$ 62.155.035,13). De acordo com a Fiscalização, se a Contribuinte pudesse aproveitar o ágio transferido de BALAIO, este estaria limitado ao valor de R\$ 1.344,48 (valor do ágio por ação multiplicado pelo número de ações transferidas, fl. 63 dos autos). Contudo, sequer esta parcela menor do ágio seria amortizável, posto que o ágio não dizia respeito a investimento na Contribuinte, mas na BRPAR.

Por estas razões, a Fiscalização glosou integralmente exclusão do lucro real no valor de R\$ 62.155.035,13 (sob justificativa de tratar-se de parcela já amortizada anteriormente por BRPAR) e também as deduções de parte dos outros R\$ 64.261.985,27, realizadas pela Contribuinte a partir do ano-calendário de 2002.

O mesmo entendimento foi aplicado pela Fiscalização em relação ao ágio mencionado no item (ii) acima, cuja origem era o investimento de BPBR em BPSN. Em 26/06/2000, BPBR adquiriu 5.231.246 ações de BPSN, pelo preço de R\$ 200.000.000,00. A participação acionária adquirida correspondia a parcela de 7,76518% do patrimônio líquido de BPSN, correspondentes a R\$ 40.535.000,00, sendo o ágio em referido investimento de R\$ 159.465.000,00.

Em 16/04/2002, BPBR foi parcialmente cindida, com versão do patrimônio cindido para a Contribuinte, BPBR transferiu participação acionária em BPSN no valor de R\$ 34.731.221,00 e ágio em referido investimento de no valor de R\$ 94.249.974,00.

Em 19/04/2002, porém, a Contribuinte foi parcialmente cindida, vertendo a participação acionária em BPSN no valor de R\$ 34.731.221,00 e ágio em referido investimento de no valor de R\$ 94.249.974,00, que havia recebido de BPBR.

Em razão de referidas operações, a Contribuinte excluiu do lucro real em 31/08/2005 (DIPJ de cisão entregue em 25/09/2005) o valor de R\$ 8.077.164,21 (sob justificativa de tratar-se de ágio já amortizado em BPBR e BALAIO) e deduziu R\$ 35.980.095,24, afetando a base de cálculo do IRPJ e da CSLL de períodos subseqüentes.

Quanto ao aproveitamento do ágio vertido de BPBR, a Fiscalização apenas apontou irregularidade quanto à impossibilidade de exclusão ou dedução de sua amortização, posto que o ágio não dizia respeito a investimento na Contribuinte, mas em BPSN.

Pois bem.

De acordo com o art. 25 do Decreto-lei n. 1.598/77, com redação dada pelo Decreto-lei n. 1.730/79 (art. 391 do RIR/99), as contrapartidas da amortização do ágio registrado em razão de aquisição de participação societária avaliada pelo patrimônio líquido não serão computadas na determinação do lucro real. A amortização contábil do ágio, portanto, não afeta ordinariamente a base de cálculo do IRPJ.

Contudo, a Lei n. 9.532/97, em seu art. 7º, III (redação da Lei n. 9.718/98, art. 386 do RIR/99), estabelece que a pessoa jurídica que absorver (em virtude de incorporação, fusão ou cisão) patrimônio de outra na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, poderá amortizar o valor desse ágio cujo fundamento seja o valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base

em previsão dos resultados nos exercícios futuros, 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.

O art. 8º de referida Lei n. 9.532/97 estabelece, por sua vez, que o disposto no art. 7º é aplicável também ao caso de a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Em outras palavras, os dispositivos de lei acima citados autorizam o cômputo na apuração da base de cálculo do IRPJ (lucro real) as contrapartidas da amortização contábil do ágio pago na aquisição de participação societária.

Contudo, referida autorização se restringe ao caso em que patrimônio da sócia/acionista detentora do ágio absorve o patrimônio da sociedade cuja participação societária foi adquirida com ágio, ou vice-versa, posto que o art. 7º, III, da Lei n. 9.532/97 (e o art. 386 do RIR/99) referem-se à absorção do patrimônio de sociedade por outra, entre as quais uma deve deter participação societária de outra (i.e., uma sociedade deve ser sócia/acionista da outra). Ademais, a autorização restringe-se ao ágio referente à aquisição da participação societária de uma sociedade em outra. **Não se admite a amortização de ágio relativo à aquisição de participação societária em terceira sociedade, da qual o patrimônio não foi absorvido em razão de incorporação, fusão ou cisão.**

Em vista da interpretação restritiva da legislação que se impõe ao caso, ante a natureza do tema discutido, **entendo ser irrelevante o fato de as sociedades das quais o patrimônio foi parcialmente absorvido serem investidoras indiretas da Contribuinte, ou mesmo o fato de que o ágio pago por referidas sociedades para a aquisição de participação em controladoras diretas e indiretas da Contribuinte ter por fundamento, em parte, os rendimentos futuros da própria Contribuinte.** Há necessidade de efetivo encontro entre os patrimônios (investido e investidor), tal como estabelece expressamente a lei vigente.

Pois bem, no caso do ágio vertido pela BALAIO (itens 1.2.1 e 1.2.2 do TVF), relativo à participação societária que esta detinha em BRPAR, cuida-se de hipótese em que a Contribuinte absorveu originariamente patrimônio de sociedade que não era sua sócia/acionista, ou da qual não detinha participação societária (BALAIO) e ainda, o ágio vertido era relativo à aquisição de participação societária em terceira sociedade, cujo patrimônio não foi absorvido naquela operação (BRPAR).

Contudo, ainda no mesmo período de apuração em 29.12.2001, a Contribuinte, detentora de participação societária adquirida com ágio na BRPAR, incorporou a parcela do investimento que a BRPAR possuía nela própria (Contribuinte), conforme faz prova a 12ª alteração contratual da Hipercard (fls. 436/443). Por conta de tal fato, e em relação a estas operações, entendo que restou atendida a condição prevista no art. 386 do RIR/99 para dedutibilidade das despesas com a amortização do ágio em referência.

Quanto ao montante do ágio a ser amortizado, entendo que não há qualquer reparo ao procedimento adotado pela Contribuinte. Como bem assinalado pela Contribuinte, a Fiscalização não atentou ao fato de que a participação da BALAIO na BRPAR foi diluída para 0,0000007% pela capitalização da segunda (BRPAR) pela Koninklijke Ahold NV, no montante de R\$130.899.000,00, conforme comprova AGE da BRPAR a fls. 209/211). Do exame dos autos, constata-se que a BALAIO verteu 60,79% do investimento que possuía na BRPAR e o ágio correspondente, considerando-se, para tanto, o efetivo custo de aquisição do citado investimento.

No caso do ágio vertido por BPBR (itens 2.3.1 e 2.3.2 do TVF), relativo à participação societária que esta detinha em BPSN, não obstante tratar-se de absorção de patrimônio de sociedade que era sua acionista, o ágio relevante

foi apurado em razão da aquisição de participação societária em terceira sociedade, cujo patrimônio não foi absorvido (BPSN).

A situação fática acima descrita não preenche a fattispecie do benefício previsto nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, de modo que a glosa de despesas relativas ao IRPJ sobre as parcelas de ágio excluídas/deduzidas indevidamente devem ser mantidas.

[...]

Como se vê claramente das conclusões do voto condutor do paradigma, o colegiado que o proferiu considerou **“ser irrelevante o fato de as sociedades das quais o patrimônio foi parcialmente absorvido serem investidoras indiretas da Contribuinte, ou mesmo o fato de que o ágio pago por referidas sociedades para a aquisição de participação em controladoras diretas e indiretas da Contribuinte ter por fundamento, em parte, os rendimentos futuros da própria Contribuinte”**, da mesma forma que o colegiado recorrido.

A razão de não admitir a amortização do ágio apurado na aquisição de ações da **BPSN** pela **BPBR**, que posteriormente verteu, por meio de cisão, parte dela à contribuinte autuada naquele caso (**Hipercard**), foi o fato de que a **BPSN**, cujas ações passaram a ser detidas pela **Hipercard** em decorrência da cisão da **BPBR**, não ter sido incorporada por esta, inexistindo a necessária confusão entre os patrimônios naquele caso. Ou seja, a participação da **Hipercard** na **BSPN**, incluindo o ágio correspondente, manteve-se no patrimônio da contribuinte naquele caso.

Nota-se, portanto, que são bastante semelhantes as situações examinadas no acórdão recorrido e no paradigma, pois também no recorrido a empresa controlada indiretamente pela empresa que foi adquirida com ágio (**ELLUS PROPAG**), não foi incorporada pela contribuinte, mantendo-se no patrimônio da **INBRANDS PARTICIPAÇÕES**.

Assim, voto no sentido de conhecer do recurso quanto à primeira matéria.

Com relação à segunda divergência apontada pela Fazenda Nacional, a contribuinte também contesta a admissibilidade do recurso, alegando que se trata de situações distintas no acórdão paradigma e no recorrido.

Examinando as decisões, entendo que, desta feita, a razão está com a contribuinte.

Com efeito, enquanto o acórdão recorrido trata da utilização de empresa veículo para a realização da operação societária que culminou no pagamento e geração do ágio, ora discutido, como uma interposta pessoa da real adquirente, no acórdão paradigma se analisa a transferência do ágio apurado e pago em operação anterior de aquisição de participação societária pela “real adquirente” que, em momento posterior, promove a incorporação da participação adquirida com o respectivo ágio em uma nova empresa que é utilizada em operações subsequentes para viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio.

A própria ementa do Acórdão paradigma nº 9101-002.188 é suficiente para identificar a situação por ele analisada, *verbis*:

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.

O relatório do acórdão paradigma detalha os passos da operação societária, *verbis*:

[...]

- 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;

- não houve qualquer justificativa fático-negocial determinante das operações societárias que culminaram com a incorporação da DELTA pela BIOSINTETICA;

- não se verifica propósito outro que não fosse obstaculizar o recolhimento de tributos, notadamente com a utilização de empresa veículo (DELTA), contudo, outro foi o entendimento do acórdão objurgado;

E a conclusão do voto do acórdão paradigma deixa ainda mais clara a situação examinada naquele caso, *verbis*:

[...]

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 [sic] sensu), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material.

[...] (destaques meus)

Como se vê, no paradigma o ágio é pago em operação anterior de aquisição de participação societária pela “real adquirente” que, em momento posterior, promove a incorporação da participação adquirida com o respectivo ágio em uma nova empresa que é utilizada em operações subsequentes para viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio.

A situação examinada no paradigma é distinta da discutida nestes autos em que, embora também exista a acusação da utilização de empresa-veículo para possibilitar o aproveitamento do ágio, neste caso o ágio já surge na empresa criada para tal fim (CRISTALYS).

Esta empresa recebeu o aporte de recursos, a título de integralização de capital, da empresa que seria a “real investidora” (FIP PCP) e em nome próprio efetuou a aquisição da participação societária mediante subscrição e integralização de ações com ágio junto à empresa adquirida (INBRANDS PARTICIPAÇÕES). No passo seguinte ocorre a incorporação reversa da investidora (CRISTALYS) pela investida com vistas a viabilizar a amortização do ágio.

Assim, não é possível afirmar que, diante deste quadro fático, o colegiado que proferiu o acórdão paradigma chegaria à mesma conclusão adotada no acórdão paradigma.

Desta feita, entendo que o recurso não pode ser conhecido com relação ao segundo ponto.

Por todo o exposto, voto no sentido de conhecer parcialmente do recurso especial interposto pela PFN, apenas quanto à primeira matéria.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado

Voto Vencedor

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA, Redatora designada.

O I. Relator restou vencido no conhecimento do recurso especial da PGFN acerca da matéria “ágio indireto”. A maioria do Colegiado compreendeu que não restou caracterizado o dissídio jurisprudencial neste ponto.

Esta bem demonstrado no voto do I. Relator a similitude dos casos comparados sob a ótica de que empresa adquirida com ágio não foi incorporada por aquela que passou a amortizar o ágio. No recorrido, ELLUS PROPAG permaneceu existindo depois das operações, assim como subsistiu BPSN no paradigma. A análise do paradigma nº 1201-00.285, especialmente tendo em conta a outra operação questionada, mas validada naquele julgado, permite concluir que se houvesse a posterior integração de BPSN à autuada, e não apenas a transferência de suas ações, a amortização do ágio seria válida. E, no recorrido, também se constata que apenas o controle de ELLUS PROPAG foi transferido à autuada, sem a unificação de seus patrimônios.

Contudo, há dessemelhança entre os casos que, no entender desta Conselheira, afetou os contornos da acusação fiscal e conduziu o litígio, nestes autos, a uma interpretação da legislação tributária que autorizou a amortização fiscal do ágio sob um viés não abordado no paradigma. Isto porque, como se vê no voto condutor do acórdão recorrido, a objeção fiscal enfrentada neste ponto disse respeito à impossibilidade de se admitir o ágio amortizado como fundamentado em rentabilidade futura da investida, visto que a maior parte desta rentabilidade projetada decorria das atividades de ELLUS PROPAG, que não participou da integração a partir da qual se deu a amortização fiscal do ágio. E este questionamento suscitou a resposta, no acórdão recorrido, de que a participação societária detida por INBRANDS em ELLUS PROPAG – mormente considerando que a autuada passou a ser titular desta participação em ELLUS PROPAG depois da incorporação de INBRANDS – conduziria os resultados de ELLUS PROPAG para o patrimônio de sua controladora, sendo que, nas palavras do relator do acórdão recorrido, *quando a norma estabelece como fundamento econômico do ágio o valor da rentabilidade da coligada ou controlada com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, não faz qualquer distinção quanto à origem desse resultado*.

Já no paradigma, HIPERCARD passa a amortizar ágio pago por BPBR na aquisição de participação societária de BPSN, ágio este que lhe foi transferido por cisão, sem absorção de BPSN, e que se situava acima de HIPERCARD na estrutura de investimentos do grupo econômico, de modo que não se estabeleceu qualquer cogitação, no paradigma, de transferência de resultados da investida para a investidora no período de amortização do ágio, até porque o relato das operações, no voto condutor do paradigma, indica que foi transitória a cisão que transferiu para HIPERCARD a participação em BPSN e o ágio correspondente pago por BPBR. Veja-se:

O mesmo entendimento foi aplicado pela Fiscalização em relação ao ágio mencionado no item (ii) acima, cuja origem era o investimento de BPBR em BPSN. Em 26/06/2000, BPBR adquiriu 5.231.246 ações de BPSN, pelo preço de R\$ 200.000.000,00. A

participação acionária adquirida correspondia a parcela de 7,76518% do patrimônio líquido de BPSN, correspondentes a R\$ 40.535.000,00, sendo o ágio em referido investimento de R\$ 159.465.000,00.

Em 16/04/2002, BPBR foi parcialmente cindida, com versão do patrimônio cindido para a Contribuinte, BPBR transferiu participação acionária em BPSN no valor de R\$ 34.731.221,00 e ágio em referido investimento de no valor de R\$ 94.249.974,00.

Em 19/04/2002, porém, a Contribuinte foi parcialmente cindida, vertendo a participação acionária em BPSN no valor de R\$ 34.731.221,00 e ágio em referido investimento de no valor de R\$ 94.249.974,00, que havia recebido de BPBR.

Em razão de referidas operações, a Contribuinte excluiu do lucro real em 31/08/2005 (DIPJ de cisão entregue em 25/09/2005) o valor de R\$ 8.077.164,21 (sob justificativa de tratar-se de ágio já amortizado em BPBR e BALAIO) e deduziu R\$ 35.980.095,24, afetando a base de cálculo do IRPJ e da CSLL de períodos subsequentes.

Quanto ao aproveitamento do ágio vertido de BPBR, a Fiscalização apenas apontou irregularidade quanto à impossibilidade de exclusão ou dedução de sua amortização, posto que o ágio não dizia respeito a investimento na Contribuinte, mas em BPSN. *(negrejou-se)*

O exame dos fundamentos do paradigma permite cogitar que o Colegiado que o proferiu não admitiria a dedutibilidade integral do ágio deduzido pela Contribuinte, sob as premissas de no regime dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 ser necessária a absorção de patrimônio de outra sociedade *na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio*, referindo-se o relator, ex-Conselheiro Antonio Carlos Guidoni Filho, à *absorção do patrimônio de sociedade por outra, entre as quais uma deve deter participação societária de outra*, para expressamente não admitir *a amortização de ágio relativo à aquisição de participação societária em terceira sociedade, da qual o patrimônio não foi absorvido em razão de incorporação, fusão ou cisão*. Talvez esta argumentação pudesse ter sido, desde o início, construída no presente caso, vez que o investimento adquirido pelo FIP PCP, com a interposição de CRISTALYS, correspondeu a participação societária em INBRANDS, esta detendo participação societária na autuada e em ELLUS PROPAG, sendo que ao final da integração entre INBRANDS e a autuada, ELLUS PROPAG permaneceu existindo. Contudo, restaria o argumento subsidiário de que a autuada controlaria ELLUS PROPAG, não enfrentado no paradigma, dado que a estrutura dos investimentos era diferenciada, e em razão dela firmou-se, lá, *ser irrelevante o fato de as sociedades das quais o patrimônio foi parcialmente absorvido serem investidoras indiretas da Contribuinte, ou mesmo o fato de que o ágio pago por referidas sociedades para a aquisição de participação em controladoras diretas e indiretas da Contribuinte ter por fundamento, em parte, os rendimentos futuros da própria Contribuinte. Há necessidade de efetivo encontro entre os patrimônios (investido e investidor), tal como estabelece expressamente a lei vigente*. No presente caso, seria preciso inferir *ser irrelevante o fato de as sociedades das quais o patrimônio foi parcialmente absorvido serem investidoras direta ou indireta da Contribuinte, ou mesmo o fato de que o ágio pago por referidas sociedades para a aquisição de participação em controladas diretas e indiretas da Contribuinte ter por fundamento, em parte, os rendimentos futuros dessas controladas diretas ou indiretas. Há necessidade de efetivo encontro entre os patrimônios (investido e investidor), tal como estabelece expressamente a lei vigente*.

Nota-se na incompletude desta inferência que a posição da investida não incorporada na estrutura de investimentos do grupo afeta a interpretação da legislação tributária

de regência e demanda outros argumentos para decisão acerca da amortização fiscal do ágio. A confirmar que essa dessemelhança influenciou a condução da acusação fiscal e da decisão recorrida, basta observar que na argumentação de mérito do recurso especial da PGFN praticamente nada é dito acerca dos requisitos da legislação trabalhados no paradigma e destacados, apenas, na demonstração do dissídio jurisprudencial. Veja-se:

Percebe-se, pois, que o art. 386, inciso III, do RIR/1999 tem aplicação limitada aos casos em que **o acervo vertido na fusão, cisão ou incorporação venha a efetivamente contribuir para a formação dos resultados sujeitos à tributação na empresa de destino (incorporador - interessado)**, o que ocorreria apenas quando fosse absorvido o conjunto de fatores de produção que gerasse os resultados futuros esperados que deram fundamento ao ágio.

A fiscalização não identificou nas amortizações de ágio do investimento na atuada **qualquer contribuição para formação do resultado tributável** decorrente das próprias operações do interessado. Também não pôde perceber qualquer fator de sua realização.

No caso presente, consta o “Laudo de Avaliação de Negócios – Valor de Mercado da INBRANDS Participações S.A.” e de suas controladas Ellus do Brasil e Ellus Propag, emitido em 07/03/2008, com data-base de 29/02/2008, a princípio, elaborado a pedido da Cristalys Participações S.A., “para fins de determinação da fundamentação e alocação de ágio a ser pago na aquisição de participação societária”.

Cumprir destacar, portanto, que o Laudo foi elaborado, em 07/03/2008, para dar fundamento ao ágio a ser pago numa operação contratada com preço e critérios já definidos, há quase 8 (oito) meses, desde a celebração do acordo, em 26/07/2007.

Considerando que a INBRANDS era uma holding, sem atividade operacional, os trabalhos de avaliação teriam sido desenvolvidos com base em dados históricos [2005, 2006 e 2007] e projetados das controladas (Ellus do Brasil e Ellus Propag)

Nas considerações técnicas do Laudo, ficou registrado que, apesar das dificuldades de um julgamento acerca da expectativa de rentabilidade futura, tendo em conta que o sucesso passado não garante o sucesso futuro, “o conjunto de marca, produto e logística de distribuição e/ou comercialização e as boas perspectivas do setor em que as empresas atuam geram uma componente inercial importante”. Sem sombras de dúvidas, portanto, reitera-se mais uma vez que a avaliação da expectativa de rentabilidade futura dos investimentos levou em conta as marcas e outros elementos integrantes do fundo de comércio (logística de distribuição), que não estavam contabilizados nas investidas.

Apesar do laudo apresentado, no acordo celebrado entre as partes, resta evidente que o preço da negociação foi estipulado por conta dos resultados passados do empreendimento, tendo o laudo sido elaborado apenas para dar respaldo à contabilização do ágio, com fundamento em rentabilidade futura, para assim garantir a fruição do benefício da amortização fiscal antecipada, por ocasião da extinção do investimento, a partir da operação de incorporação entre investidora e investida.

Conforme descreve a fiscalização, as atividades que geraram as expectativas de lucros futuros seriam todas desenvolvidas, não pela INBRANDS PARTICIPAÇÕES, mas sim pela Ellus do Brasil e pela **ELLUS PROPAG S/A, esta última sequer incorporada, sendo que o conjunto de fatores de produção encaneceria sob seu inteiro domínio e em nada contribuiria para a formação dos resultados tributáveis do interessado.**

Em suma, o ágio na aquisição de investimento em sociedade coligada ou controlada (avaliado pelo patrimônio líquido - equivalência patrimonial), fundado em valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros (ou mesmo por outros fundamentos), é indedutível na apuração do

lucro real, e, pelas mesmas razões, é indedutível na apuração da base de cálculo da CSLL.

Como bem relatou a fiscalização, os ajustes de equivalência por valor de patrimônio líquido (equivalência patrimonial) visam melhor retratar a situação patrimonial das empresas investidoras. **Sendo decorrentes de variações já computadas nas bases de cálculo das empresas investidas, são excluídas de nova tributação nas investidoras. Os investimentos avaliados por equivalência patrimonial não afetam a formação do resultado tributável na investidora** (o ágio é indedutível e o deságio não é tributável). É, em outras palavras, neutro para fins fiscais. Não fosse assim, a tributação do IRPJ e da CSLL se repetiria em cascata e prejudicaria a integração dos grupos empresariais. Não obstante, concorrem para a formação dos custos a serem computados quando da liquidação ou alienação dos investimentos (art. 426 do RIR/1999).

De acordo com o art. 386, inciso III, do RIR/1999 c/c art. 1º, inciso II, da Instrução Normativa nº 11/1999, a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, cujo fundamento seja valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, poderá amortizar o ágio, contabilizado à conta do ativo diferido, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração.

Ocorre que, como visto no laudo de avaliação, a perspectiva de resultados de exercícios futuros está fundada no desempenho da Ellus do Brasil e pela ELLUS PROPAG S/A, e não da INBRANDS. **A INBRANDS não têm, data vênua, expectativa de gerar, por si só, lucros futuros, já que não dispõe de fatores de produção, como bem relatado pela fiscalização.**

Portanto, é importante registrar que o ágio foi apurado com base na expectativa de resultados futuros, não da incorporada INBRANDS, mas sim, da controlada/coligada Ellus do Brasil e ELLUS PROPAG S/A que, é bom que se diga, não foi incorporada pelo interessado.

Logo, in casu, descabe a aplicação do art. 386, inciso III, do RIR/ 1999, não sendo dedutíveis, na apuração do lucro real, e da base de cálculo da CSLL, as amortizações de ágio registradas pelo interessado, diga-se, indevidamente, em conta do ativo diferido. *(negrejou-se)*

Nestes termos, para além de recordar a acusação fiscal quanto à intempestividade do laudo e sua vinculação a marcas e outros elementos integrantes do fundo de comércio, a PGFN enfatiza a não integração dos resultados de ELLUS PROPAG à autuada, mormente tendo em conta que *os investimentos avaliados por equivalência patrimonial não afetam a formação do resultado tributável na investidora*. O debate nestes autos, portanto, é significativamente afetado pelo fato de a investida não incorporada ser controlada, e não controladora da autuada.

Assim, os acórdãos comparados se distinguem em aspecto determinante para a solução do litígio e, nestas circunstâncias, a divergência jurisprudencial não se estabelece.

De fato, nos termos do art. 67 do Anexo II do RICARF, o recurso especial somente tem cabimento se a *decisão der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado* outro Colegiado deste Conselho. Por sua vez, para comparação de interpretações e constatação de divergência é indispensável que situações fáticas semelhantes tenham sido decididas nos acórdãos confrontados. Se inexistir tal semelhança, a pretendida decisão se prestaria, apenas, a definir, no caso concreto, o alcance das normas tributárias, extrapolando a competência da CSRF, que não representa terceira instância administrativa, mas apenas órgão

destinado a solucionar divergências jurisprudenciais. Neste sentido, aliás, é o entendimento firmado por todas as Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, como são exemplos os recentes Acórdãos nº 9101-002.239, 9202-003.903 e 9303-004.148, reproduzindo entendimento há muito consolidado administrativamente, consoante Acórdão CSRF nº 01-0.956, de 27/11/1989:

Caracteriza-se a divergência de julgados, e justifica-se o apelo extremo, quando o recorrente apresenta as circunstâncias que assemelhem ou identifiquem os casos confrontados. Se a circunstância, fundamental na apreciação da divergência a nível do juízo de admissibilidade do recurso, é “tudo que modifica um fato em seu conceito sem lhe alterar a essência” ou que se “agrega a um fato sem alterá-lo substancialmente” (Magalhães Noronha, in Direito Penal, Saraiva, 1º vol., 1973, p. 248), não se toma conhecimento de recurso de divergência, quando no núcleo, a base, o centro nevrálgico da questão, dos acórdãos paradigmas, são díspares. Não se pode ter como acórdão paradigma enunciado geral, que somente confirma a legislação de regência, e assente em fatos que não coincidem com os do acórdão inquinado.

Por tais motivos, deve ser NEGADO CONHECIMENTO o recurso especial da PGFN quanto à matéria “amortização de ágio indireto”.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA

Declaração de Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Esta Conselheira divergiu do I. Relator para segunda matéria apresentada no recurso especial da PGFN (“amortização de ágio transferido”).

Neste ponto, cabe observar que o paradigma nº 9101-002.188 aqui admitido para caracterização da divergência jurisprudencial foi examinado na reunião de julgamento de outubro, no âmbito do conhecimento de outros recursos especiais da PGFN.

No processo nº 10314.720878/2015-70 (Companhia Luz e Força Santa Cruz), esta Conselheira, relatora de recurso especial da PGFN, assim apreciou as objeções ali apresentadas pela Contribuinte ao conhecimento do recurso nos seguintes termos:

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.

É certo que o paradigma nº 9101-002.188 se refere a caso no qual empresa-veículo de *efêmera duração* recebeu *em aumento de capital a participação societária adquirida por sua controladora*, e tal se afirma porque esta Conselheira foi relatora de outro recurso especial que questionou esta mesma operação, e em seu voto, condutor do Acórdão nº 9101-004.559, destacou esses aspectos diferenciados, especialmente porque também estava em discussão, ali, a qualificação da penalidade aplicada e exonerada no acórdão lá recorrido, demandando a análise das circunstâncias específicas de como a transferência do ágio foi realizada.

Já na única passagem do voto condutor do paradigma que replica as circunstâncias específicas do caso, reproduzido na transcrição acima, não se vislumbra qualquer ênfase ao fato de a empresa-veículo (Delta Participações Farmacêuticas S/A) ter recebido o investimento somente depois da aquisição promovida por Aché Laboratórios Farmacêuticos S/A, ou apresentar existência efêmera e dissociada de atividades operacionais. A afirmação de ser Aché Laboratórios Farmacêuticos S/A a investidora original vem pela referência de ela ter promovido o pagamento, e não figurado contratualmente como adquirente.

Contudo, como dito no voto antes transcrito, apresentado por esta Conselheira no processo nº 10314.720878/2015-70 (Companhia Luz e Força Santa Cruz), para além de o mencionado paradigma não dar ênfase a essas circunstâncias específicas, seus argumentos foram invocados na decisão de 1ª instância reformada no acórdão ali recorrido. Neste contexto

específico, esta Conselheira entendeu inafastável a caracterização da divergência na interpretação da legislação tributária.

Já no processo administrativo nº 16561.720071/2017-63 (TNT Mercúrio Cargas e Encomendas Expressas Ltda), sob relatoria do Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, o mesmo paradigma nº 9101-002.188 não foi admitido pela maioria deste Colegiado¹ para caracterização do dissídio jurisprudencial suscitado pela Fazenda Nacional, porque a circunstância de o ágio ter sido pago diretamente pela empresa-veículo foi determinante para a decisão do recorrido, como bem exposto no voto condutor do Acórdão nº 9101-005.790:

Nesse caso específico, cumpre observar que a discussão se restringiu a legitimidade ou não de uma holding (empresa-veículo) adquirir o investimento com ágio e, ato seguinte, ser incorporada pela empresa investida, de forma a reunir as condições para a dedução fiscal do ágio que foi por ela pago.

Aos olhos do voto vencedor do acórdão ora recorrido:

[...]

E da declaração de voto do I. Presidente da Turma a quo, Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado extrai-se que:

[...]

E, no caso, concreto, a pessoa jurídica que detinha a participação era, indubitavelmente, a empresa holding que foi a responsável pela aquisição da participação societária no Brasil, ainda que os recursos tenham vindo, confessadamente, de empresas situadas no exterior.

Portanto, os reais detentores do investimento no Brasil eram a empresa do grupo TNT situada no exterior, mas ao contrário do entendimento fiscal a lei não estabelece a confusão patrimonial entre investidora (de fato) e investida, mas, sim e expressamente, entre a "pessoa jurídica" que detém a participação societária na outra "pessoa jurídica" adquirida com ágio com esta última, ou vice-versa, por meio de processos de incorporação, fusão ou cisão.

Como se nota, a circunstância fática da TNT-Two (a holding ou empresa veículo) ter efetuado o pagamento do preço do negócio, ou seja, ter sido a adquirente de direito, foi determinante para a decisão do Colegiado em sentido contrário à glosa da dedução do ágio.

Os paradigmas (Acórdãos nºs 9101-002.188 e 9101-002.186), por sua vez, analisaram os requisitos de dedutibilidade do ágio à luz de situação fática diversa, qual seja, em aquisição de investimento com ágios que foram transferidos para empresas veículos.

Vale dizer, diferentemente daqui, naqueles casos o preço do negócio não foi pago pela empresa veículo que se envolveu no evento de incorporação, mas sim por terceiro.

Tratam-se, portanto, de situações fático-jurídica incomparáveis para a finalidade pretendida pela Recorrente, fato este que impede a caracterização do dissídio, conforme acima apontado.

No presente caso, a empresa classificada pela autoridade fiscal como veículo (CRISTLAYS) figurou como subscritora das ações de INBRANDS – em observância a previsão contida no “Acordo de Subscrição” inicial quanto à *possibilidade de o investimento ser feito*

¹ Vencidos os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob.

*através de uma sociedade detida integralmente pelo FIP PCPC - , repassando-lhe imediatamente o aporte de recursos advindos de FIP PCP (à exceção de uma parcela inicial de R\$ 250.000,00, aportada diretamente por FIP PCP em INBRANDS). Frente às justificativas quanto à impossibilidade de FIP PCP promover a aquisição diretamente da *holding* INBRANDS, o Colegiado *a quo* acompanhou o entendimento do relator, ex-Conselheiro José Carlos de Assis Guimarães, assim exposto:*

Eis, então, o que me parece o ponto central da discussão: a legitimidade, ou não, da utilização da empresa CRISTALYS, tida pelo Fisco e pela Turma Julgadora em primeira instância como "empresa veículo", ou seja, pessoa jurídica criada artificialmente com o único propósito de criar as condições exigidas pela lei para a amortização fiscal do ágio.

A posição desta Turma, a qual me alinho, é no sentido de que o uso de "empresa veículo", por si só, é insuficiente para desqualificar a via adotada pela interessada, a qual, ressalto, não é vedada pela legislação.

Nestes termos, portanto, a utilização de empresa-veículo foi afirmada indistintamente e, inclusive, guarda alinhamento com a interpretação que o relator do paradigma, ex-Conselheiro Rafael Vidal de Araújo, faz dos fundamentos do acórdão ali recorrido, nos seguintes termos de seu voto condutor daquele julgado:

A autuação fiscal está embasada no argumento de que a reorganização societária empreendida foi desprovida de propósito negocial, objetivando exclusivamente a redução da carga tributária da fiscalizada.

Ocorre que todo o argumento sobre a ausência de propósito negocial, artificialismo, simulação e fraude nas operações que embasaram a dedução do ágio pela empresa autuada envolve diretamente a questão da transferência do ágio. No Termo de Verificação Fiscal, são intermináveis as ocorrências em que a autoridade fiscal acusou a impossibilidade de transferência do ágio com utilização da empresa veículo.

Não há como dizer que a simples leitura do acórdão recorrido e de seus fundamentos evidencia que em momento algum a Turma julgadora debateu a suposta "transferência do ágio".

O que fez o acórdão recorrido foi justamente validar a transferência do ágio, quando concluiu "que o planejamento fiscal da contribuinte foi mesmo regular, haja vista que a utilização de empresa veículo não resultou em aparecimento de novo ágio, tampouco em economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da mesma".

Realmente, não está escrito no acórdão recorrido a expressão "transferência de ágio" (exceto quando cita no relatório a decisão de primeira instância, para a qual a transferência do ágio é impeditivo para amortização do ágio), mas isso é decorrência do fato de que, **ao deixar claro que não encontra óbice algum ao planejamento tributário com utilização de empresa veículo, está aceitando a transferência de ágio e emitindo um juízo de que a transferência não implica no desenquadramento da hipótese de incidência da norma de amortização do ágio.**

Na verdade, o que ocorreu aqui é que o acórdão recorrido elegeu três premissas básicas para validar a amortização do ágio, premissas essas antijurídicas e contra legem, e procedeu a subsunção dos fatos do lançamento. As suas premissas arbitrariamente inventadas, chegando à conclusão de que a operação objeto da autuação fiscal enquadra-se (subsume-se) a essas premissas; sendo, conseqüentemente e dessa forma, correta a amortização.

Ora, essas premissas não são a hipótese de incidência da norma, não é a elas que os fatos devem se subsumir e sim à norma (a norma é que deve ser objeto de interpretação), até mesmo porque essas premissas foram artificialmente construídas pelo colegiado a quo para que alguns lançamentos relativos à amortização de ágio fossem cancelados, como se observa da jurisprudência daquela turma que utiliza sempre o mesmo molde. *(negrejou-se)*

Assim, se o paradigma reforma o entendimento, expresso pelo Colegiado ali recorrido, de que *não encontra óbice algum ao planejamento tributário com utilização de empresa veículo*, de que deve ser aceita a transferência de ágio, assim emitindo um juízo de que a transferência não implica no desenquadramento da hipótese de incidência da norma de amortização do ágio, é válido deduzir que também reformaria a conclusão, do acórdão recorrido, no sentido de que o uso de "empresa veículo", por si só, é insuficiente para desqualificar a via adotada pela interessada, a qual, ressalto, não é vedada pela legislação.

Note-se, por oportuno, que a decisão do acórdão recorrido foi unânime, não houve ressalva de fundamentação por nenhum dos Conselheiros do Colegiado a quo, bem como não houve declaração de voto, como constatado no citado julgamento realizado em outubro, no processo administrativo nº 16561.720071/2017-63 (TNT Mercúrio Cargas e Encomendas Expressas Ltda), objeto do Acórdão nº 9101-005.790.

Esta Conselheira tem dirigido seu entendimento em afirmar a existência de dissídios jurisprudenciais a partir da análise de **decisão** de diferentes Colegiados do CARF, e não necessariamente dos votos condutores dos julgados comparados. Assim, se os casos comparados apresentam dessemelhanças fáticas que poderiam afetar a decisão da matéria, não basta a constatação de que o voto condutor do paradigma, isoladamente, reformaria o entendimento expresso no acórdão recorrido. A **decisão** do Colegiado que proferiu o paradigma é aferida a partir do **contexto fático** analisado em conjunto com os **fundamentos do voto condutor** do julgado.

Sob esta ótica, o dissídio jurisprudencial apontado pela PGFN resta demonstrado porque o Colegiado a quo afirmou que o uso de "empresa veículo", por si só, é insuficiente para desqualificar a via adotada pela interessada, a qual, ressalto, não é vedada pela legislação, ao passo que, no paradigma, outro Colegiado do CARF discordou dessa mesma premissa, de que *não encontra óbice algum ao planejamento tributário com utilização de empresa veículo*. O fato de o Colegiado a quo assim ter decidido à vista de operação na qual a empresa veículo figura como subscritora do investimento originalmente contratado por outra pessoa jurídica não afeta o dissídio jurisprudencial caracterizado em relação à premissa antes referida porque, caso ela seja reformada e, eventualmente, se constate outros aspectos fáticos da operação deveriam ser apreciados, inclusive demandando a interpretação de outros dispositivos da legislação tributária e civil de regência, a consequência seria o retorno ao Colegiado a quo,

Assim, o recurso especial da PGFN deveria ser CONHECIDO PARCIALMENTE, apenas quanto à segunda matéria, para definição quanto ao fato de a utilização de empresa-veículo desqualificar a amortização fiscal do ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA