



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo n° 16561.720167/2014-89
Recurso Especial do Procurador
Acórdão n° 9101-006.037 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 10 de março de 2022
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado RAIÁ DROGASIL S/A

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

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. INTERPOSIÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. CONTEXTOS FÁTICOS 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 aquisição de investimento com ágio com subsequente aporte em empresa interposta, extinta por incorporação da investida, e não por interposição de pessoa jurídica para aquisição do investimento, antes de sua incorporação pela investida.

MULA QUALIFICADA. MATÉRIA PREJUDICADA. O não conhecimento do recurso especial acerca da exigência principal torna definitiva a exoneração do crédito tributário e prejudica a discussão acerca da qualificação da penalidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial em relação à primeira matéria, considerando prejudicado o exame da segunda matéria. Vencida a conselheira Andréa Duek Simantob (relatora) que votou pelo conhecimento. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Edeli Pereira Bessa.

(documento assinado digitalmente)

Andréa Duek Simantob – Presidente em exercício e Relatora

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa - Redatora designada

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu

Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca (suplente convocado) e Andrea Duek Simantob (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional – PFN (fls. 2300 e seguintes) em face do Acórdão n.º 1302-002.045 (fls. 2262 e seguintes), proferido pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento, por meio do qual, por unanimidade de votos, foi **dado provimento** ao recurso voluntário, e **negado provimento** ao recurso de ofício.

O acórdão recorrido apresenta a seguinte ementa:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA O registro contábil do ágio não afeta o resultado tributável antes de sua amortização fiscal, e assim não integra a atividade de apuração do crédito tributário. Logo, somente se cogitará de revisão da atividade de lançamento a partir do momento em que esta for praticada, ou seja, a partir do momento em que a amortização do ágio afetar a determinação do crédito tributário. Não resta configurada a hipótese de decadência no presente caso.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. EMPRESA VEÍCULO.

Os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio. O legislador tributário, não desconsidera o fato de o contribuinte buscar uma maneira menos onerosa de conduzir seus negócios, seja por motivos tributários, societários, econômicos ou quaisquer outros, desde que o faça licitamente.

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

CSLL. DECORRÊNCIA.

O decidido quanto ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica aplica-se, *mutatis mutandis*, à tributação decorrente dos mesmos fatos e elementos de prova.”

As exigências fiscais em exame nos autos decorrem de fiscalização que resultou no lançamento de ofício de IRPJ e CSLL decorrente da indedutibilidade do ágio gerado em operações societárias, mediante o uso de empresa-veículo.

Os seguintes excertos do relatório da decisão recorrida, na parte que transcreve o Termo de Verificação Fiscal, sintetizam, em linhas gerais, a acusação fiscal:

“10. O objeto principal da presente autuação corresponde à glosa de deduções da amortização de ágio das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL dos anos-calendário 2009 a 2012 de RAIA, sociedade sucedida pela fiscalizada RAIA-DROGASIL.

11. A ilicitude da amortização decorreu da intercalação da sociedade-veículo GRAPPA entre os investidores PRAGMA e GAVEA e a investida RAIA. Apesar de

PRAGMA e GAVEA manifestarem claramente a intenção de adquirir participações em RAIA, realizaram tal operação por intermédio de GRAPPA, sociedade que havia sido criada poucos dias antes da aquisição e que foi incorporada por RAIA, quando então RAIA passou a amortizar ilicitamente o ágio gerado em decorrência da sua própria aquisição.

12. Conforme demonstraremos a seguir, a intercalação de GRAPPA teve o propósito exclusivo de possibilitar a amortização do ágio na aquisição do investimento em RAIA por PRAGMA e GAVEA.

13. Em razão da ação intencional para evadir-se do pagamento dos tributos, a multa foi qualificada ao patamar de 150%.

14. Em razão da incorporação de RAIA por RAIA-DROGASIL ocorrido em 2012, a autuação foi promovida contra RAIA-DROGASIL na condição de responsável por sucessão. A responsabilidade se estendeu também às multas pela razões expostas no item específico deste termo de verificação.

15. Essa é a breve síntese da autuação. A seguir, passamos a descrever e a comprovar cada um dos seus pormenores.”

A DRJ, ao apreciar a impugnação, manteve o lançamento, mas reduziu a multa ao percentual de 75%, ao fundamento contido no voto vencedor de que, na conduta da fiscalizada, não se identificaria *“a subsunção dos atos praticados pelos envolvidos no processo, caracterizadores do tipo previsto nas hipóteses dos arts. 71, 72 ou 73 da Lei n. 4.502/1964”*, senão apenas divergência *“na sua interpretação da legislação tributária/societária”* (ou seja, na interpretação da legislação por parte da fiscalizada).

De sua decisão que desqualificou a penalidade, a própria DRJ interpôs recurso de ofício. O contribuinte, por sua vez, apresentou recurso voluntário, cujas alegações foram sintetizadas pelo acórdão recorrido nos seguintes tópicos:

- I. Da efetiva operação realizada
- II. Da Preclusão/Decadência da Possibilidade do Fisco Questionar a Origem do Ágio
- III. Da Legitimidade das Operações Realizadas e Posterior Aproveitamento Fiscal do Ágio pela Recorrente
- IV. Da Demonstração do Propósito Negocial e da Necessidade da Sociedade GRAPPA
- V. Da Impossibilidade de Ingerência pela Autoridade Fiscal na Atividade Desenvolvida pela Recorrente
- VI. Da Validade da “Sociedade Veículo” na Jurisprudência do CARF
- VII. Inexistência de Previsão Legal Para a Adição, à Base de Cálculo da CSLL, da Despesa com a Amortização de Ágio Considerada Indedutível pela Fiscalização
- VIII. Da Impossibilidade do Lançamento da Multa na Hipótese de Responsabilidade Tributária por Sucessão
- IX. Impossibilidade de Exigência da Multa: a Dúvida
- X. Ilegalidade da Cobrança de Juros sobre a Multa”

O acórdão recorrido afastou a alegação de decadência, e, no mérito, destacou que, de acordo com a própria decisão da DRJ, *“não há contestação quanto à legitimidade do ágio*

formado nas operações societárias em análise”, posto que ocorrido “entre empresas sem ligação societária entre elas” e “com dispêndio de recursos”, de sorte que “a essência da autuação, então, repousa na utilização da suposta empresa-veículo GRAPPA que, além de ter operado em um curto espaço de tempo, não possuía qualquer substrato societário, segundo a fiscalização, sendo seu único propósito o de conduzir ilicitamente o ágio”.

Forte no entendimento de que: (i) os contribuintes possuem liberdade para se organizarem, licitamente, da forma que lhes oferte a menor oneração; (ii) não há fundamento legal que autorize a autoridade fiscal a exigir a existência de propósito negocial; e (iii) não há provas de que o sujeito passivo tenha agido com dolo, fraude ou simulação, o voto condutor assim concluiu, *verbis*:

“À vista do exposto, tendo os atos sido procedidos em conformidade com a lei; não havendo fraude, dolo ou simulação na execução dos mesmos, e não sendo dada a análise quanto à existência, ou não, de propósito negocial, considero indevida a glosa procedida, bem como a qualificação da multa de ofício.”

Houve apresentação de embargos por parte da Procuradoria (fls. 2288 e seguintes), nos quais aduziu-se a existência de obscuridade na decisão, posto que teria limitado a sua análise à “impossibilidade de o Fisco analisar a motivação dos atos do contribuinte, salvo na hipótese de simulação” e/ou à “legitimidade da operação, e conseqüente liberdade de reorganização societária”, quando o essencial, na acusação fiscal, seria a “(im)possibilidade de utilização de empresa veículo para a amortização do ágio”.

Os embargos foram rejeitados pelo despacho de fls. 2295 e seguintes, no qual afirmou-se o seguinte:

“Assim, a turma julgadora localizou a questão da existência de uma empresa veículo como uma especificidade caracterizadora da ausência de propósito negocial. Contudo, ela não focalizou seu esforço na referida caracterização, mas sim na questão maior e anterior a essa, que é a exigibilidade de propósito negocial nas mutações societárias para que o ágio seja dedutível.

Nesse mister, o voto condutor passou a abordar o princípio da legalidade e concluiu que este afasta a possibilidade de o Fisco exigir o referido propósito negocial, *verbis* [...]”

No presente recurso especial, a Procuradoria suscita divergência com relação à matéria principal (amortização do ágio) bem como quanto à qualificação da penalidade.

No que diz respeito à amortização do ágio, apresentou como paradigmas os acórdãos n.º 9101-002.188 e n.º 9101-002.428, dos quais transcreve-se, a seguir, naquilo que importa, as respectivas ementas, com os destaques feitos pela própria recorrente no recurso apresentado:

Acórdão n.º 9101-002.188:

“Matéria Amortização de ágio

Recorrente FAZENDA NACIONAL

Interessado BIOSINTÉTICA FARMACÊUTICA LTDA.

[...]

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

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

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 n.º 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida.

[...]"

Acórdão n.º 9101-002.428:

"Matéria Legitimidade do aproveitamento fiscal da amortização de ágio. Qualificação da multa de ofício.

Recorrente FAZENDA NACIONAL

Interessado EDITORA ÁTICA S/A

[...]

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

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

Ainda que o ágio tenha sido criado em operação envolvendo terceiros independentes e efetivo pagamento do preço, se houver a transferência do ágio registrado na investidora originária para outra empresa, pertencente ao mesmo grupo econômico, por meio de operações meramente contábeis e sem circulação de riqueza, não mais se torna possível o pretendido aproveitamento tributário do ágio.

[...]"

No recurso, são ainda transcritos excertos dos votos proferidos nos paradigmas em questão.

No que diz respeito à multa qualificada, a Procuradoria apresentou como paradigmas os acórdãos n.º 1101-000.899 e n.º 1103-000.960, dos quais transcreve-se, a seguir, naquilo que importa, as respectivas ementas, com os destaques feitos pela própria recorrente no recurso apresentado:

Acórdão n.º 1101-000.899:

"Recorrente PUBLICAR DO BRASIL LISTAS TELEFÔNICAS LTDA.

Recorrida FAZENDA NACIONAL

[...]

TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL.

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

MULTA QUALIFICADA. Sujeita-se a multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício, que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos.

[...]"

Acórdão n.º 1103-000.960:

“Recorrentes Fazenda Nacional

Tempo Serviços.

[...]

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. SIMULAÇÃO. MULTA QUALIFICADA. *A sucessão de eventos modificativos de controle societário em um mesmo grupo empresarial sem qualquer finalidade comercial que resulte em incorporação de pessoa jurídica em cuja contabilidade constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, com utilização de empresa veículo, unicamente para criar de modo artificial as condições para aproveitamento da amortização do ágio como dedução na apuração do lucro real, caracteriza simulação montada para o fim exclusivo de economia tributária, o que autoriza o lançamento de ofício com imposição de multa qualificada em razão do intuito de fraude demonstrado.*

[...]"

No recurso, são ainda transcritos excertos dos votos proferidos nos paradigmas em questão.

O recurso foi admitido pelo despacho de fls. 2349 e seguintes.

O contribuinte apresentou contrarrazões (fls. 2368 e seguintes), defendendo, preliminarmente, a inadmissibilidade do recurso, em razão dos seguintes pontos, acerca dos quais discorre em profundidade nas contrarrazões, mas que podem ser assim sintetizados:

Com relação à amortização do ágio:

- A Fazenda Nacional apresentou, expressamente, como **único** acórdão paradigma o de n.º 9101-002.188 (Caso Biosintética).
- O Despacho de Exame de Admissibilidade também se debruçou apenas sobre o acórdão paradigma n.º 9101-002.188, como o único representativo de controvérsia.
- Apenas nas razões do recurso é que a Fazenda Nacional faz uma simples menção a outro acórdão como se também fosse paradigma (n.º 9101-002.428, da Editora Ática), contudo tal informação não merece prevalecer.

- No caso deste suposto segundo paradigma (Editora Ática), a Fazenda Nacional nem sequer analisou a hipótese fática e jurídica, muito menos fez qualquer análise comparativa com o caso dos autos, limitando-se a reproduzir trechos da ementa e do voto condutor dessa decisão, sem fazer qualquer demonstração analítica da divergência.

- O acórdão paradigma n.º 9101-002.188, único a ser considerado, não demonstra qualquer divergência com o caso dos autos, pois trata de situação fática totalmente diversa daquela discutida nos autos deste processo administrativo: o paradigma trata da **“possibilidade de transferência de ágio – por meio da utilização de uma suposta empresa veículo – a uma terceira pessoa jurídica que não participou como investida ou investidora do negócio jurídico que deu origem a este ágio”**, ao passo que no caso dos autos **“houve a ‘confusão patrimonial’ entre as pessoas jurídicas que figuraram como investida e investidores originais no negócio jurídico que deu surgimento ao ágio”**.

- Na remota hipótese de se admitir que o acórdão n.º 9101-002.428 também seria paradigma, fato é que essa decisão também trata de situação fática e jurídica deveras distinta daquela tratada nos presentes autos, pois ***também se refere a hipótese de transferência de ágio***.

- Nem se alegue, como o fez a Fazenda Nacional, que os supostos paradigmas teriam divergido quanto ao entendimento acerca da necessidade de “confusão patrimonial” entre a investida e o real investidor, na medida que tal discussão sequer consta do TVF, e a própria Fazenda Nacional não conseguiu demonstrar a discussão acerca da confusão patrimonial nos presentes autos, justamente pelo fato de que tal tema não integra a presente lide.

Com relação à multa qualificada:

- Ambos os paradigmas tratam de situações fáticas e jurídicas deveras distintas do presente caso, razão pela que não se pode admitir que haveria divergência.

- No caso do acórdão paradigma n.º **1101-000.899** (Caso Publicar), desde o início o Sr. Agente Fiscal qualificou a operação **(i)** como “fictícia”, **(ii)** dentro do mesmo grupo econômico, **(iii)** não obedeceu às formalidades legais e, assim, **(iv)** imputou a multa qualificada com base no artigo 72 da Lei n.º 4.502/64, ao passo que nada disso se verifica no presente caso, em que não houve a qualificação da multa com base no artigo 72 da Lei n.º 4.502/64, o que foi expressamente reconhecido pela DRJ.

- Por meio de quadro comparativo com transcrições dos acórdãos, demonstra que: **(i)** enquanto o acórdão recorrido trata de ágio entre partes independentes, o paradigma trata de ágio entre partes dependentes; **(ii)** enquanto no acórdão recorrido houve o cumprimento das formalidades legais, no paradigma não houve o cumprimento das formalidades legais.

- No caso do acórdão paradigma n.º **1103-000.960** (Caso Tempo Serviços), houve a qualificação da multa em razão de caracterização de simulação e ágio interno, ao passo que nada disso se verifica no presente caso, em que se trata de ágio entre partes independentes e com cumprimento das formalidades legais.

- Ademais, vale destacar que a Fazenda Nacional pretende requalificar a fundamentação jurídica dos presentes autos, o que, por via indireta, foi acatado pelo Despacho de Exame de Admissibilidade, contudo, restou mais do que assentado no caso dos autos que a operação societária de aquisição da RAIA pela GRAPPA nunca foi classificada como fraudulenta, tanto que a multa qualificada se deu, exclusivamente, porque a operação teria se dado com o objetivo de economizar

tributos, não sendo admissível que, nessa fase processual, haja requalificação da autuação para classificar a operação como fraude.

Com relação ao mérito, sustenta o contribuinte a legalidade da amortização fiscal do ágio realizada. Reprisa argumentos acerca da efetiva necessidade da empresa GRAPPA nas operações (propósito negocial), nada obstante entenda que a efetiva existência de propósito negocial sequer seja necessária para o deslinde da controvérsia, como acertadamente reconheceu o acórdão recorrido quando afirmou que tal exigência *não encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro*, e também de que *houve a efetiva “confusão patrimonial”* entre a pessoa jurídica que detém a propriedade do investimento e o próprio investimento, *tal qual requerida na lei*.

Aduz também que a autoridade fiscal não qualificou a conduta praticada pela Recorrida em nenhuma das hipóteses específicas que dariam ensejo à aplicação da multa agravada (fraude, conluio ou sonegação), o que por si só já constitui motivo suficiente para tornar insubsistente o lançamento do referido gravame, conforme já decidira a própria DRJ e o acórdão recorrido veio corroborar.

Por fim, *ad argumentandum*, observa que, caso o Recurso Especial seja conhecido e provido, há necessidade de retorno dos autos à 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção para que sejam analisados os demais argumentos trazidos pela Recorrida em seu Recurso Voluntário e cuja apreciação restou prejudicada em decorrência do provimento integral do Recurso Voluntário e do não provimento do Recurso de Ofício interposto pela PGFN, os quais assim enumera:

II.5 – Da Impossibilidade de Ingerência pela Autoridade Fiscal na Atividade Desenvolvida pela Recorrente

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

II.8 – Da Impossibilidade do Lançamento da Multa na Hipótese de Responsabilidade Tributária por Sucessão

II.9 – Da Impossibilidade de Exigência da Multa: a Dúvida

II.10 – Da Ilegalidade da Cobrança de Juros Sobre a Multa

Ou, ao menos, subsidiariamente, acaso se entenda pela prevalência do princípio da economia processual, requer o contribuinte que os argumentos acima elencados sejam apreciados e julgados por esta C. Câmara Superior.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Andréa Duek Simantob, Relatora.

1. Conhecimento

O recurso é tempestivo e interposto por parte legítima.

Contudo, em face das alegações formuladas pelo contribuinte em sede de contrarrazões, e mesmo independentemente deste fato, passo a analisar se o mesmo deve ser conhecido.

Com relação à amortização do ágio:

O contribuinte alega que a Fazenda Nacional apresentou, expressamente, apenas um único acórdão paradigma quanto a esta matéria, qual seja, o de n.º 9101-002.188 (Caso Biosintética), e que, justamente por esta razão, também o despacho de exame de admissibilidade se teria debruçado apenas sobre este acórdão. Alega que o acórdão n.º 9101-002.428 (Caso Editora Ática) teria sido apenas “mencionado” pela Procuradoria nas razões de recurso, sem que fosse efetuado qualquer demonstração analítica da divergência.

Os argumentos não procedem.

Analisando o recurso interposto, verifica-se, em primeiro lugar, que ambos os acórdãos são apresentados como paradigmas da divergência alegada **dentro do sub-tópico “I. Da divergência quanto à amortização do ágio” do recurso**, que se encontra muito antes das razões de recurso, as quais se iniciam apenas no tópico “III. Dos fundamentos para a reforma do acórdão recorrido”.

Em segundo lugar, o acórdão n.º 9101-002.428 não é apenas “mencionado” no corpo do recurso, conforme alegado.

A recorrente transcreveu não apenas a sua ementa completa, mas também diversos trechos do voto condutor daquele acórdão, efetuando o destaque (negrito) nas partes do texto transcrito que julgou relevantes para o fim de demonstração da divergência. Por fim, expôs ainda, ao final dessas transcrições, e com suas próprias palavras, raciocínio lógico — *e específico para este acórdão* — com base no qual reputou demonstrada a divergência alegada, nos seguintes termos, *verbis*:

“Mais uma vez, percebe-se que **se entendeu nesse paradigma que a amortização do ágio só pode ser reconhecida quando houver a confusão patrimonial entre a investida e a real investidora**, afastando a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas (empresas veículo), diversamente do acórdão recorrido.”

(destaques acrescidos)

Houve no recurso, portanto, o cotejo analítico deste acórdão com o recorrido.

Ademais disso, não há dúvidas de que o acórdão n.º 9101-002.428 foi apresentado como paradigma da divergência. Não apenas o excerto acima transcrito, e que se encontra *após* as reproduções dos trechos do voto condutor daquele acórdão, comprova este fato, como também o seguinte excerto, imediatamente *anterior* àquelas reproduções, espanca qualquer dúvida a respeito, *verbis*:

“A fim de corroborar a divergência acima estampada, invoca-se, ainda, como paradigma o acórdão n.º 9101-002428 (o qual também trata de transferência de ágio pago por meio de empresa veículo), com a seguinte ementa: [...]” (destaques do recurso original)

Resta ainda a alegação de que o despacho de exame de admissibilidade se teria debruçado apenas sobre o primeiro acórdão, *ignorando* o segundo.

O argumento não procede.

Pode-se, quando muito, apenas conceder que o despacho talvez não tenha primado pela mais absoluta clareza quanto ao ponto, uma vez que, após afirmar que “*em relação a essa primeira matéria, foram indicados como paradigmas os Acórdão n.º 9101-002.188 e o de n.º 9101-002.428, [...]*”, reproduziu no corpo da análise, no que respeita ao segundo paradigma, tão somente a sua ementa, ao passo que, do primeiro paradigma, além da sua ementa, transcreveu também excertos do seu voto condutor.

Contudo, não há dúvidas de que, ao final da sua análise, o despacho refere-se a *ambos os paradigmas* como demonstrativos da divergência alegada. Confira-se, *verbis*:

“Nos acórdãos paradigmas se configura a seguinte tese: a dedução autorizada pelo artigo 386 do RIR/99 decorre da necessidade de haver encontro no mesmo patrimônio da participação societária adquirida com o ágio pago por essa participação. Em face dessa “confusão patrimonial” entre o investimento e o ágio pago pela sua aquisição pelo real investidor, somente nessa situação a legislação admite que o contribuinte considere perdido o seu capital investido com o ágio e, assim, deduza a despesa que ele teve quando da sua aquisição. Ou seja, por esse raciocínio lógico, não se admite a existência de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas (empresas veículos), nem muito menos a transferência do ágio, pois senão estaria se ferindo os aspectos pessoal e material da regra matriz de incidência 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, resultando na impossibilidade da amortização do ágio.

De outro lado, no acórdão recorrido essa premissa jurídica da necessidade de “confusão patrimonial” entre a investida e o ágio pago pela sua aquisição pelo real investido é desconsiderada na medida em que não vislumbra qualquer irregularidade nessas operações societárias em que resta configurada a utilização lícita de interposição de pessoa jurídica (empresa veículo), independente de propósito negocial, nas operações de alienação de investimentos, para fins exclusivos de permitir a fruição do benefício fiscal da dedutibilidade da amortização do ágio pago pela incorporadora.”

(destaques acrescentados)

Observe-se que a tese defendida *nos acórdãos paradigmas* — a qual foi explicitada no excerto acima reproduzido do despacho de admissibilidade, qual seja, a “*necessidade de haver encontro no mesmo patrimônio da participação societária adquirida com o ágio pago por essa participação [ou seja, a] ‘confusão patrimonial’ entre o investimento e o ágio pago pela sua aquisição pelo real investidor*” — vem ***expressamente referida na própria ementa do segundo paradigma***, o acórdão n.º 9101-002.428, ementa esta que *foi transcrita no despacho de admissibilidade*, e que possui o seguinte teor, conforme transcrição já aqui feita no relatório ao norte, na sua parte relevante, *verbis*:

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

Neste contexto, portanto, considerando-se que a tese defendida em ambos os paradigmas apresentados, diante de situações assemelhadas, vem a ser *a mesma tese*, desnecessário mostra-se a transcrição, no despacho de admissibilidade, também de excertos específicos do voto condutor do acórdão n.º 9101-002.428, uma vez que a sua ementa já se

mostra suficiente para permitir a compreensão da divergência jurisprudencial. Ademais disso, conforme se verá logo a seguir, *o próprio contribuinte reconhece, nas suas contrarrazões, que os dois paradigmas são muito semelhantes entre si.*

Não há que se falar, portanto, que o despacho de admissibilidade não teria considerado o acórdão n.º 9101-002.428 na sua análise da divergência alegada.

Concluo, portanto, que a Fazenda Nacional efetuou o cotejo analítico da divergência alegada com relação a ambos os acórdãos por ela apresentados como paradigmas no recurso (acórdãos n.º 9101-002.188 e n.º 9101-002.428), e que o despacho de admissibilidade deu seguimento ao recurso também considerando ambos como paradigmas válidos da divergência alegada.

Superados esses primeiros óbices apontados pelo contribuinte, resta ainda a análise de suas alegações no sentido de que a Fazenda Nacional estaria querendo *introduzir um novo tema*, que sequer integraria a presente lide — a questão da “*confusão patrimonial*” — e de que *não haveria similitude fática nem jurídica* dos casos paradigmáticos com relação ao recorrido.

Em síntese, a alegação do contribuinte é a seguinte: enquanto os paradigmas tratam da “*possibilidade de transferência de ágio – por meio da utilização de uma suposta empresa veículo – a uma terceira pessoa jurídica que não participou como investida ou investidora do negócio jurídico que deu origem a este ágio*”, o caso dos autos trata de situação em que “*não houve qualquer transferência do ágio a uma terceira pessoa jurídica*”, e sim de situação em que “*houve a ‘confusão patrimonial’ entre as pessoas jurídicas que figuraram como investida e investidores originais no negócio jurídico que deu surgimento ao ágio*”.

Com relação àquilo que o contribuinte identificou como “*novo tema*”, entendo que se trata, no caso, apenas de um *argumento*, ou mesmo de uma forma de apresentação da *interpretação* que é conferida à legislação controvertida, e não de uma “*nova matéria*” propriamente dita.

A matéria controversa é a amortização do ágio, nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/1997, e legislação correlata.

Se a lei exige que haja a absorção do patrimônio (“*confusão patrimonial*”) entre a *investida e a investidora*, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, e a fiscalização aponta que *não pode “participar” desta operação uma empresa-veículo*, pois isto macula de forma irreparável a tentativa de enquadrar a situação nos ditames da mencionada lei, este entendimento não se mostra de forma alguma dissonante daquele que afirma que, se a incorporação, fusão ou cisão (“*confusão patrimonial*”) não se deu entre a *investida e a real investidora*, mas sim *entre a empresa-veículo e a investida*, a situação prevista em lei não se configurou.

Assim, para que o recurso seja admitido com relação à matéria *amortização do ágio*, o que importa é saber se, diante de fatos semelhantes, houve divergência jurisprudencial, e é isto que se passa a apreciar.

Vale observar que a própria recorrente reconhece que o segundo paradigma (acórdão n.º 9101-002.428) *não possui nenhuma dessemelhança identificável com relação ao primeiro paradigma* (acórdão n.º 9101-002.188), inclusive tendo afirmado, nas suas contrarrazões, que aquele, tal qual este, “*também se refere a hipótese de transferência de ágio*”.

Neste contexto, portanto, entendo possível também expor as razões pelas quais entendo que a divergência jurisprudencial, no caso, resta configurada com relação a *ambos os paradigmas, de uma só vez*.

Em todos os acórdãos confrontados (recorrido e paradigmas), os dispositivos legais analisados são sempre, essencialmente, os mesmos, quais sejam: o artigo 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, os artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532, de 1997, e/ou os seus correspondentes artigos no Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99, arts. 385 e 386).

Neste contexto, não faz sentido nenhum, com todas as vênias, a alegação de que não haveria *similitude jurídica* entre os casos.

Com relação à *similitude fática* entre eles, o contribuinte reduz toda a questão a uma única circunstância, qual seja, a de que o caso recorrido *não trata de transferência de ágio*, ao passo que os paradigmas *tratam justamente desta situação*.

Não se nega o fato de que, *neste específico aspecto*, os casos são desiguais. Mas a questão é que, em se tratando de complexos planejamentos tributários, e/ou de complexas operações de reorganização societária, *jamais se encontrarão dois casos iguais* (a menos que seja do mesmo contribuinte e das mesmas operações, apenas com autuações em anos calendários distintos, o que não é o caso).

Por isto mesmo, aliás, que o que se exige é sempre apenas a *similitude fática*, e não a *identidade fática*, como condição para o conhecimento do recurso. É dizer, importa que os casos se assemelhem apenas nos pontos que se mostram relevantes/determinantes para as conclusões alcançadas.

Se a distinção apontada não se mostra suficiente para desconstituir a conclusão a que chegaria o colegiado paradigmático, por exemplo, acaso estivesse analisando um caso idêntico ao recorrido, ou quiçá, o próprio caso recorrido — teste da *aderência* — então é possível afirmar que a divergência jurisprudencial resta incólume, pois há entre os casos *suficiente similitude fática, i.e., similitude naquilo que verdadeiramente importa*, para que eles possam ser comparados.

O que se verifica, da análise de todos os três acórdãos comparados, é que em todos eles se fez presente a interposição, em *algum momento das operações societárias realizadas*, de uma sociedade geralmente de curta duração, desprovida originalmente de recursos para de fato realizar a aquisição dos investimentos, criada ou adquirida já com finalidade pré-estabelecida de “desaparecer” no contexto da reorganização societária — ou seja, em síntese, de uma sociedade comumente designada como “*empresa-veículo*”.

Veja-se, neste aspecto, os seguintes excertos do acórdão paradigma n.º 9101-002.428:

“Como não foi a SERRA DAS ARARAS que desembolsou o valor que deu origem ao ágio contábil, restou desatendido o aspecto pessoal da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999. O numerário que pagou pela aquisição das quotas da recorrida saiu dos ativos das adquirentes ABRIL e HAVAS.”

[...]

Registre-se que a empresa SERRA DAS ARARAS, embora figurasse entre as adquirentes originais da recorrida, não dispunha à época de recursos próprios suficientes para participar efetivamente do processo de aquisição, ocorrido em 20/08/1999. Esta empresa contava com capital social de somente R\$99,00

(noventa e nove reais) até 25/08/1999, data em que foram admitidos como seus sócios a ABRIL e a HAVAS, que aumentaram seu capital social para R\$126.671.893,00 (cento e vinte e seis milhões, seiscentos e setenta e um mil e oitocentos e noventa e três reais), integralizados pela entrega de quotas da recorrida acompanhadas do respectivo ágio.

Assim, conforme será analisado de forma detalhada mais adiante, **a utilização da empresa SERRA DAS ARARAS no conjunto de operações examinado nos presentes autos a caracterizou como o que se costuma chamar de "empresa-veículo". A pessoa jurídica foi empregada para receber recursos das reais adquirentes e, posteriormente, para transportar o ágio registrado no processo de aquisição para o interior do patrimônio da adquirida.**”

(destaques acrescidos)

Veja-se também, neste aspecto, os seguintes excertos do acórdão paradigma n.º 9101-002.188:

“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.

[...]

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.”

(destaques acrescidos)

E, por fim, os seguintes excertos do acórdão recorrido:

“Desta feita, não há contestação quanto à legitimidade do ágio formado nas operações societárias em análise. **A essência da autuação, então, repousa na utilização da suposta empresa-veículo GRAPPA que, além de ter operado em um curto espaço de tempo, não possuía qualquer substrato societário, segundo a fiscalização, sendo seu único propósito o de conduzir ilicitamente o ágio.** Vejamos trecho do Acórdão de Impugnação:

[...]

Desta forma, o Acórdão recorrido referendou o lançamento tributário procedido pela Autoridade Fiscal sustentando, como visto, que **a constituição da empresa GRAPPA, tinha a única finalidade de servir de canal de passagem do ágio anteriormente apurado, pois, a evidência de sua efêmera duração, da inexistência**

de atividades operacionais, além de ser um caminho mais longo e oneroso para realização da operação societária, não haveria outro motivo, que não o tributário, a motivar a constituição da mesma.”

Conforme visto, portanto, em todos eles emerge, na acusação fiscal, a existência dessas sociedades efêmeras constituídas com a mera finalidade de servir de *passagem* de algum patrimônio, e, assim, de se interpor entre as partes que efetivamente detêm a capacidade econômica para figurar na operação, a fim de que a situação afinal alcançada se amolde, *ao menos em tese*, à situação descrita na lei para que as despesas com a amortização de ágio se tornem dedutíveis na apuração do lucro.

Além disso, a própria alegação do contribuinte de que os casos paradigmáticos tratariam apenas da *transferência de ágio*, o que os tornaria completamente dissimilares do caso recorrido, neste aspecto, não corresponde sequer à realidade, pois, conforme se verifica dos excertos acima transcritos do acórdão nº 9101-002.428, a empresa-veículo nele citada (Serra das Araras) teria sido usada “**para receber recursos das reais adquirentes e, posteriormente, para transportar o ágio registrado** no processo de aquisição para o interior do patrimônio da adquirida”.

É importante ressaltar, ademais, que em todos os casos há uma efetiva operação de aquisição de participação societária que ocorre entre partes independentes ou não relacionadas, e mediante pagamento ou efetivo sacrifício econômico. Em nenhum dos casos se discute a criação de “*ágio interno*”, do tipo meramente escritural, sem sacrifício econômico por parte das adquirentes. Então, todos os casos são *sim* suficientemente semelhantes entre si, sendo que a *utilização da empresa-veículo* está no cerne da acusação fiscal em todos os casos analisados.

O fato de a empresa-veículo, no caso dos autos, ser aquela à qual foram aportados os recursos financeiros para fins de aquisição da participação societária, ao passo que, nos paradigmas, a empresa-veículo seria aquela à qual foi transferida a participação societária adquirida, imediatamente após a sua aquisição, não é fator determinante para diferenciar os casos a ponto de invalidar o confronto entre os acórdãos, quando se verifica que, em todos os casos, a empresa-veículo foi absorvida (incorporada) logo após o recebimento dos recursos e/ou o recebimento da própria participação societária por transferência. Na sua essência, portanto, os atos não divergem substancialmente entre si.

E isto pode ser constatado, conforme dito, mediante o chamado *teste de aderência*, para fins de comprovação da divergência. Evidentemente que se está, aqui, diante de um juízo naturalmente *hipotético*, mas é importante fazê-lo para que se tente avaliar qual seria o resultado esperado, ao se fazer esta “permuta” de casos.

No caso dos autos, conforme visto, o acórdão recorrido em nenhum momento se prende à especificidade de a empresa-veículo ter sido utilizada para *receber os recursos com os quais se fará a aquisição da participação societária* como elemento determinante para dar provimento ao recurso.

Pelo contrário, o voto condutor apenas ressalta a *liberdade de auto-organização* dos contribuintes, a inexistência de fundamento legal para que se exija da empresa-veículo alguma espécie de “*propósito comercial*”, e o fato de que, por ter sido tudo feito às claras, “*em conformidade com a lei*”, sem “*quaisquer embaraços à consecução da obrigação tributária*”, e sem evidências de “*dolo, fraude ou simulação*”, o lançamento não subsistiria, pois “*a utilização*

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

Diante desta tese assim posta, com todas as vênias, não há razão alguma para sequer suspeitar que, se acaso estivesse o colegiado analisando um caso de utilização de empresa-veículo para a *transferência do ágio* (tal como ocorreu nos casos paradigmáticos), a sua decisão seria diversa. Pois, à toda evidência, todo o racional exposto no voto condutor do acórdão recorrido aplica-se inteiramente também aos casos paradigmáticos, de sorte que a decisão não poderia ser outra, que não o cancelamento dos autos de infração lá discutidos.

Da mesma forma, o que se verifica, nos acórdãos paradigmáticos, é que a tese vencedora foi a de que simplesmente ***não é possível a interposição de uma empresa-veículo entre a real adquirente e a investida***, pois a norma legal (art. 386 do RIR/1999) *“requer que participe da “confusão patrimonial” a pessoa jurídica investidora originária, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na “mais valia” do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição”*, e, assim, ***“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 [pessoal e material]”***.

Diante desta tese assim posta, com todas as vênias, igualmente não há razão alguma para sequer suspeitar que, se acaso estivessem aqueles colegiados, naquele momento, analisando um caso de utilização de empresa-veículo para especificamente *receber recursos das reais adquirentes para fazer a aquisição da participação societária* — sendo que, no caso do acórdão n.º 9101-002.428, há inclusive indícios de que a empresa-veículo lá discutida teria sido utilizada também com esta específica finalidade — tal como ocorreu no caso recorrido (em que a sociedade-veículo GRAPPA recebeu o aporte de recursos dos reais adquirentes PRAGMA e GAVEA), a sua decisão seria diversa. Pois, à toda evidência, todo o racional exposto no voto condutor dos acórdãos paradigmáticos aplica-se inteiramente também ao caso recorrido, de sorte que a decisão não poderia ser outra, que não a manutenção do lançamento aqui discutido.

Em síntese e conclusão, resta configurada a divergência jurisprudencial alegada, e conheço do recurso, portanto, com relação à matéria principal.

Com relação à multa qualificada:

O contribuinte alega que ambos os paradigmas tratam de situações fáticas e jurídicas deveras distintas do presente caso.

No caso do acórdão paradigma n.º 1101-000.899 (Caso Publicar), afirma o contribuinte que o próprio Agente Fiscal qualificou a operação como *“fictícia”*, e realizada dentro do mesmo grupo econômico, não tendo o contribuinte obedecido às formalidades legais. Seria um caso de ágio *entre partes dependentes*, portanto — e logo, completamente distinto do caso presente.

Os argumentos, contudo, não procedem.

O contribuinte apenas pinçou alguns elementos e/ou vocábulos utilizados na acusação fiscal para fazer transparecer que as situações fáticas seriam desassemelhadas. Contudo, uma leitura do inteiro teor do acórdão paradigmático evidencia que a situação fática é praticamente idêntica à analisada no caso recorrido.

Os seguintes excertos do voto vencedor daquele acórdão mostram-se, a meu ver, suficientes para evidenciar a similitude entre os fatos ocorridos naquele caso e no caso presente, assim como para contextualizar a utilização do vocábulo *“fictício”* no contexto da acusação

fiscal, bem como, por fim, para demonstrar a existência de clara e nítida divergência jurisprudencial:

“[...] ao longo de todo seu arrazoado, a autoridade lançadora destacou que **a AVERDIN criou nas empresas veículo APENINA e MKV o patrimônio necessário para que estas adquirissem a LISTEL e nelas restasse registrado o ágio pago nesta operação.** Nas palavras da Fiscalização, *em 01/06/1999 a AVERDIN detinha, direta ou indiretamente, controle de 100% do capital da LISTEL.*

Assim, **com os recursos aportados por AVERDIN, as empresas veículo APENINA e MKV realizam a operação que gera o ágio aqui amortizado, após a extinção, apenas, de APENINA e MKV, incorporadas pela autuada.** A investidora original, AVERDIN, que efetivamente adquiriu a LISTEL, subsistiu ativa e, inclusive, mantendo em seu patrimônio o investimento feito na LISTEL, por seu valor majorado pelo ágio pago.

Esta a razão, portanto, para a Fiscalização concluir que a operação entre LISTEL, APENINA e MKV ocorreu em circuito fechado. O adquirente, terceiro estranho à investida, nesta operação, é a AVERDIN, representante no Brasil do Grupo BellSouth, como demonstrado no organograma societário de fl. 1256, citado pelo I. Relator.

[...]

É importante esclarecer que a autoridade lançadora não fez qualquer consideração em relação ao fato de a AVERDIN ter como sócios estrangeiros a LISTEL ADVERTISING & PUBLISHING (BVI) LIMITED, com 99% do capital social, e a LISTEL ADVERTISING & PUBLISHING HOLDINGS (BVI) LIMITED, com 1% do capital social, de modo a cogitar que o ágio tivesse se formado internamente ao Grupo LISTEL. A acusação fiscal limita-se à estrutura formalmente criada para que o ágio gerado na aquisição fosse passível de amortização, independentemente de a AVERDIN ter sido incorporada pela LISTEL, ou vice-versa.

[...]

Observo, ainda, que **a autoridade lançadora aplicou multa qualificada, por entender que o negócio jurídico praticado foi fictício, montado apenas para gerar uma vultosa exclusão do Lucro Real. E, embora a oposição feita ao laudo não mereça prosperar, os fatos descritos demonstram que a APENINA e a MKV foram criadas apenas para receber em 01/06/99 o capital aplicado na aquisição da LISTEL, a qual migrou do controle indireto exercido pela AVERDIN para o controle direto desta após as incorporações que deram ensejo à amortização do ágio aqui em debate.** Nas palavras da Fiscalização, *a incorporação da ALIENA e da APENINA pela LISTEL não alterou a composição do capital social da incorporadora, já que as participações daquelas duas no capital da LISTEL eram seus únicos ativos.*

Conclui-se, daí, que a criação da APENINA e da MKV teve por objetivo, apenas, construir um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos, circunstância que, infringe os incisos II e IV do art. 1º e o inciso I do art. 2º da Lei n.º 8.137/90; bem como o art. 72 da Lei n.º 4.502/64.

Assim, **a multa qualificada deve subsistir.**”

(destaques acrescidos)

Nestes termos, apenas com base no acórdão paradigma n.º 1101-000.899 já é possível, portanto, conhecer-se do recurso.

Nada obstante, analisemos ainda, por zelo e cautela, o acórdão paradigma n.º 1103-000.960 (Caso Tempo Serviços).

Com relação a este, afirma o contribuinte que houve a qualificação da multa em razão de caracterização de *simulação* e *ágio interno*, ao passo que nada disso se verifica no presente caso, que trata de *ágio entre partes independentes e com cumprimento das formalidades legais*.

Mais uma vez, a leitura do inteiro teor da decisão paradigmática desfaz a ideia de que os casos seriam completamente distintos entre si, como alega o contribuinte.

Em que pese a fiscalização, no caso paradigmático, possa ter-se referido a “*ágio interno*”, o voto condutor do acórdão recorrido deixa claramente assentado que o caso não é de *ágio* puramente escritural, sem sacrifício econômico, e entre partes inter-relacionadas. Pelo contrário, o caso paradigmático é — *à semelhança do caso presente* — de *ágio* havido entre *partes independentes* e com *efetivo pagamento do preço*, conforme evidenciam os seguintes excertos do voto condutor do acórdão paradigmático:

“Entretanto, **não se encontra presente no caso ora examinado a figura do *ágio interno*, em que pese a sua identificação no TVF** sob o enfoque da autoridade fiscal.

O *ágio* na aquisição da American Express do Brasil Tempo Ltda pelo Bradesco surgiu da livre negociação entre partes independentes não relacionadas, tratando-se de matéria incontroversa nestes autos.”

(destaques acrescidos)

Os seguintes excertos do acórdão paradigmático evidenciam a efetiva configuração dos fatos lá ocorridos, que em nada se identificam com a figura do chamado “*ágio interno*”, e que, ao revés, muito se assemelham às situações já aqui ao norte analisadas com relação aos demais paradigmas (quer o da multa qualificada, quer os do próprio *ágio*):

“Identifica-se, na verdade, aquisição de controle societário pelo valor escritural, seguido, então, de aumento de capital, o que não se enquadra no conceito de *ágio* adotado neste voto, acima detalhado. O *ágio* contabilizado na Esmeralda, na segunda operação referida, já fora formado e contabilizado na primeira operação, na aquisição da Tempo (do Grupo Amex) pelo Bradesco, sendo vertido para o patrimônio da Esmeralda na integralização do aumento de capital mediante a transferência das cotas da Tempo pertencentes ao Bradesco acompanhadas do *ágio* já contabilizado.

Afasta-se, portanto, a figura do *ágio interno* indicado pela fiscalização.”

Ou seja, neste caso paradigmático também houve a interposição, entre a real adquirente e a investida, de uma empresa-veículo (no caso, a Esmeralda Holdings Ltda), e toda a análise de mérito conduzida no acórdão recorrido centrou-se, justamente, nesta questão, expondo o voto condutor a sua *interpretação* no sentido de que este tipo de situação — *uso de empresa-veículo nas operações* — caracteriza a *simulação*.

“Classifica-se como empresa veículo a pessoa jurídica criada no seio de um grupo empresarial sem qualquer propósito comercial ou objetivo de exploração de atividade econômica, servindo apenas para transferência de *ágio* de outra sociedade com o fim único de proporcionar artificialmente as condições para amortização do *ágio* transferido, conferindo aparência de legalidade à conseqüente redução da base de cálculo tributável segundo a permissão do art. 386 do RIR/1999.

A ausência de propósito negocial vem, via de regra, associado à utilização de empresa veículo, sem que seja possível caracterizar um fim econômico ou empresarial próprio diverso da economia tributária, utilizando simulação.”

Ademais, a referida empresa-veículo do caso paradigmático (Esmeralda Holdings Ltda) apresentava características bastante semelhantes àquelas da empresa também apontada como veículo no caso presente. Confirma-se, neste aspecto, os seguintes excertos do voto condutor daquele acórdão, *verbis*:

“No caso concreto, a fiscalização indicou a Esmeralda Holdings Ltda como empresa-veículo, constituída em 18/03/2005 com capital de R\$ 1.000,00 e objeto social "administração, locação, compra e venda de bens próprios e participação em outras sociedades como cotista ou acionista", permanecendo inativa até o evento de incorporação, sem registro de receita bruta e despesas administrativas na DIPJ e de empregados e ativo imobilizado, afirmações da autoridade fiscal não contestadas pela contribuinte.

As únicas operações realizadas durante a existência da Esmeralda foram a sua aquisição pelo Bradesco, o aumento de capital e a incorporação pela Tempo (autuada), todas, pode-se afirmar, a um só momento e voltadas para criar as condições para transferência e dedução do ágio da base de cálculo tributável.

Examinando-se o contexto de fato, bem se vê que nada mudou na distribuição de atividades do Grupo Bradesco antes e depois da incorporação da Esmeralda pela contribuinte autuada.

A Esmeralda serviu tão-somente de "canal de passagem de ágio" na sucessão de eventos societários ocorridos, como bem dito pela autoridade fiscal, tratando-se de clássico caso de empresa veículo.

Constata-se, portanto, que o alegado "planejamento estratégico" foi montado visando apenas à economia tributária.”

(destaques acrescidos)

Foi diante dessa situação, suficientemente assemelhada ao caso presente, que o acórdão paradigmático assentou a correção da imposição da multa qualificada, conforme o seguinte excerto conclusivo daquele acórdão a respeito deste ponto, *verbis*:

“Assim, deve ser **restabelecida a imposição da multa qualificada em razão da simulação suficientemente caracterizada com a utilização de empresa veículo.**”

(destaques acrescidos)

Ratifico, portanto, a análise feita em juízo prévio de admissibilidade, reconhecendo a similitude fática e a divergência jurisprudencial também com relação ao acórdão paradigma nº 1103-000.960, no que diz respeito à multa qualificada.

Resta ainda analisar a alegação do contribuinte de que a Fazenda estaria pretendendo, na verdade, requalificar a fundamentação jurídica dos presentes autos, o que seria de todo inadmissível, sendo esta mais uma razão pela qual o recurso não deveria ser conhecido.

Neste sentido, aduz o contribuinte que o Despacho de Exame de Admissibilidade, ainda que por via indireta, teria acatado esta requalificação pretendida pela Fazenda. Contudo, de acordo com o contribuinte, restou mais do que assentado no caso dos autos que a operação societária de aquisição da RAIÁ pela GRAPPA nunca foi classificada como fraudulenta, tanto que a multa qualificada se deu, exclusivamente, porque a operação teria se dado com o objetivo

de economizar tributos, não sendo admissível que, nessa fase processual, haja a *requalificação da autuação* para classificar a operação como fraude.

O argumento não procede. Em primeiro lugar, verifica-se que já desde a acusação fiscal (TVF) a multa qualificada foi justificada em razão da subsunção dos fatos praticados às figuras referidas no art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430/96, quais sejam, os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, consoante os seguintes excertos conclusivos do relatório fiscal acerca do ponto, após detalhar os atos praticados e reproduzir o referido dispositivo legal:

“53. Diante das informações reunidas no curso deste procedimento fiscal – como já detalhadamente antes exposto –, resta inafastável concluir pela subsunção dos fatos caracterizadores da infração ora apontada à norma que veicula a exasperação da multa de ofício aplicável sobre créditos tributários objeto de lançamento de ofício.

54. O patamar de 150% é destinado a apenar as condutas ilícitas intencionalmente praticadas pelos sujeitos passivos tributários. Essa sanção deve ser aplicada em razão do elemento subjetivo da prática delitativa – do querer praticá-la –, aspecto volitivo do ilícito exaustiva e inequivocamente caracterizado pelos fatos descritos ao longo do presente termo.”

Não há que se falar, portanto, em qualquer tentativa de indevidamente *requalificar a autuação*. O fato de a DRJ e o acórdão recorrido terem afastado a existência de circunstâncias ensejadoras da qualificação da multa, no caso concreto, reflete tão somente a *interpretação* dada por essas instâncias julgadoras aos fatos tais quais narrados pela fiscalização.

Ademais disso, ainda que se conceda que, no caso recorrido, “o Sr. Agente Fiscal [tenha] imput[ado] a multa qualificada por entender, exclusivamente, que a Recorrida teria se utilizado da Grappa apenas com objetivo de economizar tributos”, como alega o contribuinte, fato é que o acórdão paradigmático nº 1103-000.960, acima analisado, considera a multa qualificada aplicável, em face da utilização da empresa-veículo, justamente porque “**o alegado ‘planejamento estratégico’ foi montado visando apenas à economia tributária**”, concluindo que tal situação “**caracteriza simulação montada para o fim exclusivo de economia tributária, o que autoriza o lançamento de ofício com imposição de multa qualificada em razão do intuito de fraude demonstrado**”.

A existência (ou inexistência) de fraude, portanto, no caso presente, encontra-se já na seara da *interpretação* quanto aos fatos devidamente assentados nas decisões precedentes, e não em qualquer dissimilitude entre os casos, tampouco subsistindo, conforme visto, a alegação de que o recurso especial seria uma indevida tentativa de requalificação da própria autuação fiscal. Em síntese e conclusão, resta configurada a divergência jurisprudencial alegada, e conheço do recurso, portanto, também com relação à multa qualificada.

(documento assinado digitalmente)

Andréa Duek Simantob

Voto Vencedor

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA, Redatora designada.

A I. Relatora restou vencida em sua proposta de conhecer do recurso especial da PGFN. A maioria do Colegiado compreendeu que o recurso especial não poderia ser conhecido em relação à primeira matéria, restando prejudicada a segunda matéria.

Na primeira matéria, o recurso fazendário teve seguimento com base nos paradigmas n.º 9101-002.188 e 9101-002.428. A PGFN partiu da premissa que *o acórdão recorrido aceitou a possibilidade de amortização de ágio, apesar da interposição de empresa veículo* e, sob esta ótica, afirmou o dissídio jurisprudencial em face do paradigma n.º 9101-002.188 porque. *tanto no acórdão recorrido quanto no paradigma, verifica-se que o reconhecimento da existência legal das empresas intermediárias/veículo, assim como da validade da operação e consequente existência de ágio, sendo que para o paradigma a amortização com efeitos fiscal somente se verifica acaso existente a confusão patrimonial entre a real investidora e investida, ainda que se afirme a inocorrência de simulação. Já o paradigma n.º 9101-002.428 também trataria de transferência de ágio por meio de empresa veículo, sendo afastada a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas (empresas veículo), diversamente do acórdão recorrido.*

Extrai-se da transcrição da acusação fiscal, presente no relatório do acórdão recorrido, que a operação examinada pelo Colegiado *a quo* teve em conta empresa-veículo constituída antes da aquisição e que figurou como adquirente do investimento com pagamento de ágio, muito embora com a assunção de obrigações equivalentes pelas pessoas jurídicas consideradas reais adquirentes. Veja-se:

23. O desenvolver desses fatos nos conduzem claramente a uma só conclusão: GAVEA e PRAGMA, interessadas em adquirir participação societária em RAIA, arquitetaram previamente intercalar uma sociedade (GRAPPA) com o único propósito de promover a sua incorporação e, assim, aproveitar a amortização do ágio na operação para, ilícitamente, reduzir a tributação do IRPJ e da CSLL de RAIA.

24. Nos três documentos que serviram para formalizar a aquisição (o Contrato de Investimento, Doc 02, fls. 70 a 122; o Contrato de Opção de Compra e Venda de Ações” Doc 02, fls. 123 a 145; e o Acordo de Acionistas, Doc 02, fl. 147 a 218), GAVEA e PRAGMA manifestam o seu interesse original de investir em RAIA, e assumiram para si direitos e obrigações equivalentes àqueles assumidos por GRAPPA.

25. Ademais, GRAPPA foi constituída poucos dias antes da celebração dos atos anteriormente descritos (conforme ficha cadastral completa da Junta Comercial do Estado de São Paulo, Doc 15, GRAPPA foi formalmente constituída apenas em 01/10/2008, com início das atividades em 22/09/2008) e veio a ser incorporada por RAIA um ano depois.

Estas as premissas para a autoridade fiscal concluir, nas palavras do relator do acórdão recorrido, ex-Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, que GRAPPA, *além de ter operado em um curto espaço de tempo, não possuía qualquer substrato societário, segundo a fiscalização, sendo seu único propósito o de conduzir ilícitamente o ágio.* Este entendimento foi refutado no voto condutor do acórdão recorrido, concluindo-se o que, *tendo os atos sido procedidos em conformidade com a lei; não havendo fraude, dolo ou simulação na execução dos mesmos, e não sendo dada a análise quanto à existência, ou não, de propósito comercial, seria indevida a glosa procedida, bem como a qualificação da multa de ofício.*

A circunstância de a aquisição ter sido promovida pela pessoa jurídica interposta tem sido determinante para a caracterização de dissídios jurisprudenciais nesta temática. No Acórdão n.º 9101-005.790, o Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli foi acompanhado pela

maioria deste Colegiado¹ para negar a caracterização da divergência em face do paradigma n.º 9101-002.188, em razão daquela ocorrência específica estar presente no recorrido, mas não no paradigma:

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:

O fundamento único, diga-se, utilizado pela D. Auditoria para inquirir de ilegalidade as operações acima, e, consentaneamente, para glosar as despesas deduzidas pela recorrente a título de amortização de ágio, foi o uso de uma "empresa de passagem", de vida curta, para efetuar-se a aquisição do investimento mencionado alhures; ao ver da fiscalização, e da DRJ, a criação da aludida empresa veículo não teria, em si, um fundamento econômico suficiente para justificar os negócios pactuados, tal qual como concebidos, identificando-se, assim, um intuito exclusivamente fiscal.

Venia concessa, na minha opinião e com o devido respeito aos que dela divergem, a criação de uma empresa de passagem para a aquisição, por empresas estrangeiras, de investimento lotado em território nacional está adstrita à liberdade de reorganização empresarial, embasada, inclusive, na garantia constitucional posta no art. 170 da CF88. Dizer-se, neste particular, que determinadas companhias estrangeiras estão obrigadas à efetuar a compra de ativos instalados no Brasil de forma direta e sem interposição de qualquer outra entidade, revela, insisto, na minha visão, pretensão de pautar a estrutura societária e institucional de entes privados.

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

Com relação ao fundamento principal da autuação, concernente à utilização de empresa veículo como forma de viabilizar a posterior amortização do ágio pago, entendo que estando devidamente comprovado nos autos que houve o efetivo pagamento (sacrifício patrimonial) para a aquisição do investimento por parte da empresa adquirente e tendo a própria lei reguladora permitido a incorporação reversa para fins de amortização da despesa, a forma utilizada pela recorrente para a realização do negócio encontra-se dentro dos limites da liberdade de organização de seus negócios, não lhe sendo vedado utilizar aquela que lhe propicie, dentro do ordenamento legal, o menor custo tributário (maior vantagem tributária, em verdade).

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

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

No presente caso, entendo que a operação se amolda à previsão legal que autoriza a amortização do ágio. Existe um valor efetivamente pago que supera o valor patrimonial, amparado na expectativa de rentabilidade futura. Por outro

¹ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob (Presidente em exercício), e divergiram na matéria os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob.

lado, a adquirente foi absorvida por incorporação pela adquirida, verificando-se a confusão patrimonial exigida por lei para viabilizar a amortização da despesa.

Neste passo, com a devida vênia do entendimento fiscal e do adotado pelo i. relator, o meu entendimento é o de que a utilização da empresa chamada "veículo" para a aquisição do investimento encontra respaldo no ordenamento societário e fiscal e, efetivamente, encontra-se dentro da esfera de liberdade que a empresa tem para conduzir os seus negócios, inclusive de modo a lhe propiciar o menor custo ou a maior vantagem tributária.

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

(...)

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

Assim dispõe o art. 386 do RIR/1999:

(...)

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

E, no caso, concreto, 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 n.ºs **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. (*destaques do original*)

No Acórdão n.º 9101-005.869 este Colegiado, à unanimidade², acompanhou o entendimento assim manifestado pela Conselheira Lívia De Carli Germano:

² Participaram do julgamento os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia deCarli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, LuizTadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio

Quanto à matéria “**impossibilidade de dedução do ágio transferido**”, ressalta-se que o acórdão recorrido passa a analisar o assunto como o quarto e último argumento constante do relatório fiscal, após rejeitar os três primeiros fundamentos da autoridade autuante para aglossa das despesas com amortização fiscal do ágio.

Nesse ponto, o voto condutor do acórdão recorrido observa:

O quarto ponto levantado pelo autuante reside na alegação de que a Technical e a Itajaí Investimentos seria empresas veículos. Note-se inicialmente, que os autuantes não enquadraram a conduta como simulação ou fraude, tanto que não houve qualificação da multa, assim fica a questão: qual a natureza jurídica do termo “empresa veículo”? Não há nos autos qualquer esclarecimento.

Pela narrativa do autuante, o que se depreende é que os investidores estrangeiros, ao invés de adquirirem diretamente as empresas brasileiras, resolveram aportar capital em subsidiárias brasileiras, para que estas adquirissem com ágio as empresas visadas e posteriormente, com as incorporações reversas, as adquiridas pudessem se valer da dedutibilidade da amortização do ágio. Ora, qual o ilícito de tal conduta? Nenhum, pois são caminhos permitidos pela legislação tributária.

Todavia, o autuante entende que o verdadeiro adquirente (quem pagou pelo ágio) das empresas adquiridas foi o controlador estrangeiro, desconsiderando assim a personalidade jurídica da Technical e da Itajaí Investimento, para então, concluir que não se aplicaria a norma do art. 7º da Lei 9.532/97 (aqui ele se confunde, pois a norma aplicável na espécie é o art. 8º que trata de incorporações reversas), porque não teria havido a reunião do patrimônio de quem pagou pelo ágio e o patrimônio da sociedade que presumivelmente vai gerar os lucros justificadores desse pagamento.

Com base em que norma legal, um Auditor-Fiscal desconsidera a personalidade jurídica de uma sociedade regularmente constituída? Certamente, não é com base no parágrafo único do art. 116 do CTN, pois esse além de inaplicável por falta de regulamentação, só admite a desconsideração de atos ou negócios jurídicos. Não me parece que se possa tomar personalidade jurídica como sinônimo de negócio jurídico, razão pela qual tal dispositivo não autoriza, por via oblíqua, a Autoridade Fiscal a desconsiderar contratos ou estatutos sociais de sociedades, ainda que regulamentado estivesse. O mais grave, porém, é que, talvez por falta de qualquer suporte legal, o autuante passa ao largo dessa questão.

Por essas razões, voto por dar provimento ao recurso voluntário também neste ponto.

Em síntese, o caso dos autos trata de situação em que investidores estrangeiros aportam capital em pessoa jurídica brasileira para que esta adquira com ágio o investimento visado. A acusação fiscal é de que, neste cenário, o “real adquirente” é o investidor estrangeiro e por isso o ágio não se tornaria dedutível quando da incorporação ocorrida entre a investidora brasileira, chamada de “veículo”, e a investida. E o acórdão recorrido entendeu que não haveria suporte legal para tal autuação.

No caso do paradigma 9101-002.188, a situação fática era diversa. Ali, primeiro houve uma aquisição de investimento com ágio e, depois, buscou-se transferir tal investimento para uma outra pessoa jurídica, para que esta passasse a registrar o ágio e então participasse da operação de incorporação que permitiria o início da amortização fiscal. Nesse contexto, o voto condutor de tal acórdão observa expressamente que a amortização do ágio seria devida apenas se a incorporação ocorresse entre a investida e a investidora original, veja-se (grifos do original):

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

Cesar Nader Quintella, Andrea Duek Simantob (Presidente), e votaram pelas conclusões os Conselheiros Edeli Pereira Bessa e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

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 stricto sensu), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material.

Neste sentido, assim como esta Turma decidiu no acórdão 9101-005.790, sessão de outubro de 2021, compreendo que as situações fáticas são diversas, não havendo comparabilidade entre os paradigmas para fins de demonstração e divergência jurisprudencial.

O mesmo se pode dizer do paradigma 9101-002.186, eis que este analisou cenário fático semelhante ao do acórdão 9101-002.188, tendo o seu voto condutor (que, por sinal, foi da lavra do mesmo conselheiro do acórdão 9101-002.186), observado:

6.1. A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Leicester Comercial S.A) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (CELPE), mas que não era a 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.

6.2. A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (CELPE) tivesse incorporado a investidora original (investidora stricto sensu), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material. Pouco importa terem havido motivos de ordem societária, técnica ou mercadológica que impediam a CELPE de incorporar a real investidora: são as situações que devem se moldar à lei, para fins de aplicação da norma, e não a lei que tem que se moldar às situações, o que implicaria em substituir a coercitividade da regra pela conveniência dos regradados..

Assim, oriento meu voto para não conhecer do recurso especial quanto à matéria **“impossibilidade de dedução do ágio transferido”**. (*destaques do original*)

Esta Conselheira acompanhou tais entendimentos, e apenas se manifestou de forma diferenciada no voto vencido abaixo transcrito, proferido no Acórdão nº 9101-005.907³, dado o caso ali sob análise, apesar de apresentar o mesmo diferencial aqui referido, contar com a

³ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Augusto de Souza Gonçalves (suplente convocado), Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício). Ausente a Conselheira Andréa Duek Simantob. Acompanham o voto vencido os Conselheiros Luiz Augusto Souza Gonçalves e Caio Cesar Nader Quintella.

excepcionalidade de a decisão de 1ª instância reformada no acórdão lá recorrido ter se fundamentado, justamente, nas razões de decidir do paradigma n.º 9101-002.188:

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 n.º 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 n.º 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material.

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

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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 9101-002.188, o dissídio jurisprudencial está claramente evidenciado. (*destaques do original*)

O posicionamento da maioria do Colegiado, porém, foi assim reiterado no voto vencedor da Conselheira Lívia De Carli Germano:

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

[...]

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

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

Passamos à análise dos paradigmas apresentados pela Fazenda Nacional.

Paradigma 1: 9101-002.188 (Caso Biosintética CSRF)

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

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

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

Analisando as situações possíveis, sob a ótica dos dois tipos de incorporações, a partir do momento em que o ágio é transferido ou repassado para outras pessoas

(de A para B, de B para C, de C para D e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora original (para, ao fim, incorporar a investida ou ser incorporada pela investida), a subsunção ao caput do art. 386 do RIR/99 ou ao §6º do mesmo artigo torna-se impossível, vez que o fato impositivo (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto pessoal (seja no caso de a investidora que tiver incorporado a investida seja outra investidora que não a original, seja no caso de a investida estar incorporando uma investidora que não a original).”

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

A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Delta Participações Farmacêuticas S.A.) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (Biosintética), mas que não foi investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei n.º 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 *stricto sensu*), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material.

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

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

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

Também aqui, pelas mesmas razões, deve ser rejeitado o paradigma n.º 9101-002.188: a operação lá analisada teve em conta investimento adquirido com ágio por investidora que depois aportou esta participação societária em pessoa jurídica interposta, sendo esta, na sequência, extinta por incorporação da investida. No presente caso, as evidências são de que GRAPPA promoveu a aquisição da autuada e foi constituída antes da celebração dos atos de aquisição, ainda que neles tenha figurado com assunção de responsabilidade, também, por GAVEA e PRAGMA.

Quanto ao segundo paradigma, n.º 9101-002.428, constata-se o mesmo diferencial, vez que a participação societária de Editora Ática S/A foi adquirida por três pessoas jurídicas (Editora Abril S/A, Havas S/A e Serra das Araras Participações Ltda), seguindo-se o posterior aporte das ações adquiridas por Editora Abril S/A e Havas S/A em Serra das Araras Participações Ltda, que assim foi cindida para que as quotas de capital de Editora Ática S/A fossem incorporadas ao seu patrimônio, com subsequente aproveitamento do ágio pago. No

relatório desse julgado consta, ainda, que *também participou das operações a JVHA PARTICIPAÇÕES S/A, controladora da última adquirente citada*, e mais à frente está indicado que Editoria Abril S/A e Havas S/A já eram integrantes do quadro social da Editora Ática S/A antes da formação do ágio amortizado.

Este relato, em princípio, permite cogitar que Serra das Araras Participações Ltda poderia ter atuado de forma semelhante à pessoa jurídica interposta nestes autos, também adquirindo, ao menos em parte, o investimento que motivou o ágio amortizado. Contudo, o voto condutor do paradigma expõe premissas fáticas de decisão que deixam foram de dúvida que a *totalidade* do ágio, cujas amortizações eram ali debatidas, *foi originalmente registrado na contabilidade* de Editoria Abril S/A e Havas S/A, e somente depois aportado em Serra das Araras Participações Ltda, que assim não *desembolsou o valor que deu origem ao ágio contábil*. Veja-se:

Registre-se que a empresa **SERRA DAS ARARAS**, embora figurasse entre as adquirentes originais da recorrida, **não dispunha à época de recursos próprios suficientes para participar efetivamente do processo de aquisição, ocorrido em 20/08/1999. Esta empresa contava com capital social de somente R\$99,00 (noventa e nove reais) até 25/08/1999, data em que foram admitidos como seus sócios a ABRIL e a HAVAS, que aumentaram seu capital social para R\$126.671.893,00 (cento e vinte e seis milhões, seiscentos e setenta e um mil e oitocentos e noventa e três reais), integralizados pela entrega de quotas da recorrida acompanhadas do respectivo ágio.**

[...]

O caso concreto que motivou a lavratura dos autos de infração objeto dos presentes autos teve origem na aquisição da recorrida, EDITORA ÁTICA, em 20/08/1999, por três empresas: ABRIL, HAVAS e SERRA DAS ARARAS. As adquirentes eram, até esta data, independentes entre si e também não tinham relação societária pré-existente com a adquirida.

[...]

Tal ágio, originalmente dividido na contabilidade das três adquirentes, foi reunido na SERRA DAS ARARAS alguns dias após a aquisição, por meio da integralização de aumento de capital social desta empresa pela ABRIL e pela HAVAS. Na aludida integralização, estas duas empresas cederam as participações societárias que haviam adquirido na EDITORA ÁTICA, acompanhadas das respectivas frações do ágio registrado na aquisição.

Assim, o capital social da SERRA DAS ARARAS aumentou de R\$99,00 (noventa e nove reais) para R\$126.671.893,00 (cento e vinte e seis milhões, seiscentos e setenta e um mil e oitocentos e noventa e três reais).

Já em 30/10/2000, a empresa SERRA DAS ARARAS sofreu cisão total e a parcela de seu patrimônio correspondente à participação societária na EDITORA ÁTICA, juntamente com o ágio a ela associado, foi integralmente incorporada pela própria empresa cuja expectativa de rentabilidade futura originalmente fundamentou a criação do ágio.

Com a incorporação de parte do patrimônio da SERRA DAS ARARAS pela EDITORA ÁTICA, esta empresa passou a deduzir do lucro real e da base de cálculo da CSLL despesas decorrentes da amortização do ágio recém introduzido em seu patrimônio, considerando que tal prática estaria amparada pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, também contempladas no Regulamento do Imposto de Renda (RIR/1999), nos arts. 385 e 386.

[...]

No caso analisado nos presentes autos, **é incontroverso que houve desembolso de valores por ocasião da aquisição, pelas empresas ABRIL, HAVAS e SERRA DAS ARARAS, das quotas da EDITORA ÁTICA**, em operação realizada em 20/08/1999.

Também não se discute que tais valores superaram o valor contábil das quotas alienadas. Conforme alegou por várias vezes a recorrida, a existência de tal ágio ou a sua fundamentação econômica não foram alvo de questionamento pela Fiscalização ou pela própria PGFN em seu recurso especial.

Ocorre que **praticamente a totalidade deste ágio foi originalmente registrado na contabilidade das empresas ABRIL e HAVAS, já que a terceira adquirente, SERRA DAS ARARAS, contava à época com capital social de apenas R\$99,00 (noventa e nove reais)**.

Sendo assim, para que o ágio oriundo da aquisição das quotas da recorrida pudesse ser utilizado na forma prevista no art. 386 do RIR/1999, existiam duas opções para o recém formado grupo: (i) a EDITORA ÁTICA poderia incorporar suas três controladoras, trazendo o ágio recém registrado para a sua contabilidade (a incorporação de apenas alguma das controladoras também seria possível, com a utilização proporcional à parcela do ágio registrado naquela empresa); ou (ii) as controladoras poderiam incorporar frações do patrimônio da EDITORA ÁTICA, correspondentes às parcelas das quotas adquiridas (neste caso, a empresa recém-adquirida teria que ser cindida).

Registre-se que a segunda alternativa não seria uma opção especificamente para a adquirente HAVAS. Como se trata de uma pessoa jurídica sediada na França, que não se submete à legislação tributária brasileira, a incorporação de uma controlada brasileira provavelmente não provocaria os mesmos efeitos tributários para a matriz da empresa no país europeu.

As empresas controladoras da recorrida não tiveram interesse em adotar nenhuma das duas alternativas mencionadas, que efetivamente se adequariam à hipótese legal prevista no art. 386 do RIR/1999. Ao invés disso, adotou-se um procedimento de engenharia societária que permitisse, ao final, a reunião do ágio e do investimento que lhe deu causa em uma mesma pessoa jurídica, situação semelhante à requerida pela legislação, mas não o suficiente para emular-lhe os efeitos.

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

Sendo assim, a recorrida não fazia jus ao direito de deduzir as despesas decorrentes da amortização do ágio oriundo da operação levada a cabo em 20/08/1999.

Como **não foi a SERRA DAS ARARAS que desembolsou o valor que deu origem ao ágio contábil**, restou desatendido o aspecto pessoal da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999. O numerário que pagou pela aquisição das quotas da recorrida saiu dos ativos das adquirentes ABRIL e HAVAS.

Importante ressaltar que, quando se estabelece a necessidade de que a investidora arque com a aquisição do investimento com ágio, não se restringe tal operação a uma compra e venda com o desembolso de valores monetários. O dispêndio que se exige diz respeito a qualquer operação que gere ganhos para o alienante e gastos para o adquirente. Mais do que um pagamento em dinheiro, o que se espera como resultado desta operação é que haja variações patrimoniais para os envolvidos em valores proporcionais ao negócio celebrado.

A empresa SERRA DAS ARARAS, embora conste entre as adquirentes originais, não tinha lastro econômico para efetivamente realizar algum sacrifício patrimonial que justificasse a criação do ágio. Tal ágio só passou a fazer parte de seu patrimônio em 25/08/1999, quando as reais investidoras (ABRIL e HAVAS) lhe cederam as quotas de participação social na recorrida e as respectivas frações do ágio. Nesta operação específica, a transferência do ágio se deu por operação meramente contábil e sem nenhum desembolso ou sacrifício de ativos da SERRA DAS ARARAS.

Observa-se, pela conjugação dos indícios e das características das operações societárias que se sucederam, que a participação da SERRA DAS ARARAS foi antecipada e artificialmente concebida como forma de o grupo econômico recém-formado poder posteriormente clamar pelo direito ao aproveitamento tributário do ágio previsto no art. 386 do RIR/1999. A empresa foi constituída pouco tempo antes da aquisição das quotas da recorrida e não possuía patrimônio relevante. Sendo assim, salta aos olhos sua utilização como "empresa-veículo", concebida especificamente para participar de forma efêmera das operações societárias e deixar como único legado a possibilidade de utilização indevida de algum benefício fiscal.

A SERRA DAS ARARAS sofreu cisão total em 30/10/2000 e teve parte de seu patrimônio incorporado pela recorrida EDITORA ÁTICA (justamente a parte correspondente à participação societária na agora incorporadora e ao respectivo ágio). A recorrida, julgando que estaria configurada a "confusão patrimonial" entre o ágio e o investimento que lhe deu causa, passou a aproveitar as despesas da amortização do ágio para fins tributários.

Ocorre que tal "confusão patrimonial", principal manifestação do aspecto material necessário à efetiva incidência da norma tributária prevista no art. 386 do RIR/1999, deve obrigatoriamente se dar entre a investida e a investidora originária, real. Por investidora originária, entende-se aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária. Ou seja, no caso sob análise, as reais investidoras são ABRIL e HAVAS, apenas.

Sendo assim, a amortização operada pela recorrida não teve amparo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ou dos arts. 385 e 386 do RIR/1999. Conforme se viu, a possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, só tem sentido em situações em que a investidora de fato, responsável por arcar com o dispêndio que faz nascer o ágio, incorpora a pessoa jurídica em que possua participação societária (investimento) ou é por ela incorporada. No caso dos autos, as investidoras originárias não participaram de "confusão patrimonial" alguma.

Além disso, **o ágio registrado na SERRA DAS ARARAS decorreu de operação meramente contábil, sem efetiva circulação de riquezas, por meio da qual as investidoras de fato (ABRIL e HAVAS) promoveram o aumento de capital social da "empresa-veículo" através da entrega de quotas de participação no capital social da EDITORA ÁTICA, acompanhadas das respectivas parcelas do ágio anteriormente registrado em suas próprias contabilidades. (negrejou-se)**

Do exposto conclui-se que, também aqui, a constatação de que a pessoa jurídica interposta nada desembolsou para deter, em seu patrimônio, o investimento e o ágio correspondente, decorre do fato de este ativo ser nela aportado, em aumento de capital, depois da aquisição e já contemplando o ágio antes pago. Assim, o mesmo óbice verificado à admissibilidade do primeiro paradigma está presente, também, no segundo.

Os acórdãos comparados, assim, se distinguem em ponto determinante para a decisão acerca de a confusão patrimonial exigida pela lei ter se dado entre a investida e os reais adquirentes. Em tais circunstâncias, o dissídio 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 n.º 9101-002.239, 9202-003.903 e 9303-004.148, reproduzindo entendimento há muito consolidado administrativamente, consoante Acórdão CSRF n.º 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 fim, como o não conhecimento da primeira matéria torna definitivo o cancelamento da exigência principal, resta prejudicada a análise da segunda matéria, referente à qualificação da penalidade aplicada sobre o tributo exonerado.

Estas as razões, portanto, para NEGAR CONHECIMENTO ao recurso especial da PGFN na primeira matéria e declarar prejudicada a segunda matéria.

(documento assinado digitalmente).

EDELI PEREIRA BESSA – Redatora designada.