



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16682.720184/2014-40
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº **9101-006.241 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 09 de agosto de 2022
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado GOL LINHAS AEREAS S.A.

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

Ano-calendário: 2009

ÁGIO. EMPRESA VEICULO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. REAL ADQUIRENTE.

Para fins de registro e amortização fiscal do ágio, a princípio, deve-se considerar como real adquirente a pessoa jurídica que figura como compradora no negócio de compra e venda e recebe a participação societária em troca do pagamento do preço, mesmo que os recursos utilizados em tal aquisição tenham sido viabilizados por outra pessoa do grupo.

Se o Fisco não questiona a efetividade da operação ou da participação da pessoa jurídica dita “veículo”, não há base para que se trate o negócio, para fins tributários, diferente de como ele efetivamente foi praticado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial, vencido o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado que votou pelo não conhecimento. No mérito, por maioria de votos, acordam em negar-lhe provimento, vencida a conselheira Edeli Pereira Bessa que votou por dar-lhe provimento. Votou pelas conclusões o conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Relatora

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, Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela Fazenda Nacional em face do acórdão 1302-003.004, proferido em 14 de agosto de 2018, assim ementado e decidido:

Acórdão recorrido 1302-003.004

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2009

ÁGIO. DEMONSTRAÇÃO DE EXISTÊNCIA E DE EFETIVO PAGAMENTO. REQUISITOS LEGAIS ATENDIDOS. AMORTIZAÇÃO DEVIDA

A amortização do ágio é permitida, quando demonstrada a rentabilidade futura do investimento, o efetivo pagamento na aquisição, e se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes e reorganizações societárias com substância econômica.

Atendida a obrigatoriedade quanto à confusão de patrimônio entre investidora e investida, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deram causa passam a se comunicar diretamente.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, vencidos os conselheiros Carlos Cesar Candal Moreira Filho, Paulo Henrique Silva Figueiredo e Maria Lucia Miceli, nos termos do relatório e voto do relator. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Gustavo Guimarães da Fonseca e Luiz Tadeu Matosinho Machado.

Discute-se nos presentes autos a dedutibilidade do ágio que teve origem na aquisição do controle acionário da VRG (ora Recorrida), pela empresa GTI S.A. (“GTI”), e passou a ser amortizado após a incorporação da GTI pela VRG. A glosa foi lançada com multa de 75%.

A Fazenda Nacional alega divergência quanto à matéria “dedutibilidade da amortização de ágio originado de operação com utilização de empresa veículo”, indicando como paradigmas os acórdãos 9101-003.495 e 9101-003.074, assim ementados:

Acórdão paradigma 9101-003.495

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

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999 (que tem como base os

arts. 7º e 8º da Lei 9.532/1997), requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

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

Uma vez restabelecida a glosa da despesa de amortização de ágio, os autos devem retornar à Turma Ordinária para apreciação das matérias cujo exame ficou prejudicado na fase anterior, em razão do que lá foi decidido.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

TRIBUTAÇÃO REFLEXA

Sendo a tributação decorrente dos mesmos fatos e inexistindo razões que ensejem tratamento diverso, aplica-se à CSLL o quanto decidido em relação ao IRPJ.

Acórdão paradigma 9101-003.074

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.

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

APROVEITAMENTO DO ÁGIO. INVESTIDORA E INVESTIDA. EVENTOS. SEPARAÇÃO. UNIÃO.

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

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

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

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica. Não há como estender os atributos de normalidade, ou usualidade, para despesas derivadas de operações atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO.

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

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. INVESTIDOR E INVESTIDA. MESMA UNIVERSALIDADE.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente. Compartilhando do mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio). Enfim, toma-se o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável ao caso e estabelecer o termo inicial para contagem do prazo decadencial.

CSLL. DECORRÊNCIA.

Aplica-se à CSLL o decidido no IRPJ, vez que compartilham o mesmo suporte fático e matéria tributável.

Sustenta a Fazenda Nacional, ao se referir ao entendimento expressado pelos paradigmas:

A 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais exige o encontro do investimento com o ágio no mesmo patrimônio mediante a incorporação entre a investida e sua investidora original, real adquirente da participação societária, isto é, aquela pessoa que efetivamente acreditou na “mais valia” do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição. A turma prolatora do paradigma enunciou expressamente não ser possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transfere recursos a uma “empresa veículo” com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e se a “confusão patrimonial” advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsa os valores que propiciam o surgimento do ágio,

ainda que a operação que o origina seja celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

Em 02 de abril de 2019, Presidente de Câmara deu seguimento ao recurso especial, consignando:

(...)

Da leitura dos paradigmas e do acórdão recorrido, depreende-se que os diferentes colegiados identificaram expressamente, nos casos apreciados:

- a) aquisição de participação societária com pagamento de ágio;
- b) utilização de empresa veículo transitória, que figurou como adquirente formal;
- c) existência de terceira empresa – investidora indireta – que forneceu à empresa veículo os recursos utilizados na aquisição da investida com ágio;
- d) evento societário subsequente, em curto prazo (cisão, fusão ou incorporação), em que a empresa veículo foi absorvida pela investida, com confusão patrimonial, de modo que a investida absorveu o ágio pago em sua própria aquisição; e
- e) amortização do ágio, deduzida na apuração do IRPJ e da CSLL.

Diante de situações muito semelhantes, o acórdão recorrido, de um lado, decidiu pela dedutibilidade da despesa de amortização do ágio, e os paradigmas decidiram no sentido oposto. Entendemos claramente demonstrado o dissídio jurisprudencial, que justifica o reexame da matéria em sede de Recurso Especial.

III - Conclusão

Devidamente caracterizado o dissídio invocado pela Fazenda Nacional, e atendidos os demais pressupostos de admissibilidade do Recurso Especial, propomos, com fundamento no art. 67, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, propomos que seja DADO SEGUIMENTO ao Recurso Especial, para que seja rediscutida a matéria de divergência proposta, qual seja: dedutibilidade da amortização de ágio originado de operação com utilização de empresa veículo.

O sujeito passivo apresentou contrarrazões em que não questiona a admissibilidade do recurso quanto à matéria “*dedutibilidade da amortização de ágio originado de operação com utilização de empresa veículo*”, mas pontua que o recurso especial da Fazenda Nacional versa exclusivamente sobre tal questão, não tendo sido questionadas, com a devida indicação de paradigmas, as afirmações do acórdão recorrido quanto (i) à existência de efetivo pagamento pela aquisição das ações da VRG, e (ii) à consistência do ágio apurado em face do patrimônio líquido negativo da VRG. Apresenta também razões para o desprovimento do recurso especial.

É o relatório.

Voto

Conselheira Livia De Carli Germano, Relatora.

Admissibilidade recursal

O recurso especial é tempestivo. Passo a examinar os demais requisitos para a sua admissibilidade.

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

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

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

(...)

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

Destaca-se que o alegado dissenso jurisprudencial se estabelece em relação à interpretação das normas, devendo, a divergência se referir a questões de direito, tratando-se da mesma legislação aplicada a um contexto fático semelhante. Assim, se os acórdãos confrontados examinaram normas jurídicas distintas, ainda que os fatos sejam semelhantes, não há que se falar em divergência entre os julgados.

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

Preliminarmente, importa concordar com a conclusão trazida pelo sujeito passivo em suas contrarrazões quanto à **delimitação da matéria recorrida**.

De fato, a própria Fazenda Nacional assim resume a matéria objeto de seu recurso especial, na parte dedicada à admissibilidade recursal, grifando (fl. 1.429).:

A partir de todo o exposto, resta clara a divergência jurisprudencial. Os acórdãos paradigmas consideram que o ágio só pode ser deduzido por quem participou da operação original como investidor (real) ou investido, e desde que haja a “confusão

patrimonial” entre os participantes da operação que gerou o ágio. Por outro lado, o acórdão recorrido entende ser possível a amortização do ágio com a intermediação de empresa veículo, isto é, sem que haja a confusão patrimonial entre a investida e o real adquirente da participação societária, o investidor original.

E é neste sentido que o despacho de admissibilidade, analisando os paradigmas apresentados, trata a matéria a ser discutida no presente recurso especial como única, e a intitula como “*dedutibilidade da amortização de ágio originado de operação com utilização de empresa veículo*”.

Assim, muito embora a Fazenda Nacional tenha trazido em suas razões de recurso especial afirmações quanto à inexistência de efetivo pagamento pela aquisição das ações da VRG, e à inconsistência do ágio apurado em face do patrimônio líquido negativo da VRG, não há como se apreciar tais matérias em sede de recurso especial ante a inobservância de requisito básico para a admissibilidade quanto a tais discussões, que é a apresentação de paradigmas a conformar a divergência jurisprudencial.

Neste sentido, a matéria recorrida a ser analisada por esta 1ª Turma da CSRF será aquela abordada pelo despacho de admissibilidade, qual seja, “*dedutibilidade da amortização de ágio originado de operação com utilização de empresa veículo*”.

Destaque-se que a conclusão poderia ser diferente em caso de equívoco cometido pelo despacho de admissibilidade, isto é, caso a Recorrente tivesse indicado matéria e paradigmas em seu recurso e o despacho, por um lapso, tivesse deixado de analisar a respectiva divergência jurisprudencial em seu juiszo prévio de admissibilidade.

Não foi isso o que aconteceu no caso dos autos. Pelo contrário. Como visto, resta claro que a única matéria recorrida para a qual foram apresentados paradigmas foi aquela analisada pelo despacho do Presidente de Câmara e, portanto, será a única matéria a ser analisada por esta 1ª Turma da CSRF, tanto no aspecto do conhecimento quanto do mérito.

Pois bem. Quanto à questão da utilização da “empresa veículo” (a GTI) para a aquisição da VRG, o voto condutor do acórdão recorrido considerou como premissa que, embora tenha recebido os recursos de pessoa do grupo, foi a veículo quem adquiriu e pagou pelo investimento, adquirido de terceiros. Diante disso, concluiu que a confusão patrimonial entre a “veículo” e a investida era suficiente para dar ensejo à amortização fiscal do ágio, sendo que a circunstância de a operação envolver a chamada empresa “veículo” não impediria a amortização do ágio, basicamente porque este foi efetivamente pago e as receitas da investida VRG foram devidamente tributadas.

Reproduz-se trecho final do voto condutor do acórdão recorrido:

(...)

Conclusões

Houve efetivo pagamento pela aquisição da VRG, sendo parte em dinheiro e parte em ações da GLAI. É certo que, a GTI recebeu recursos da GLAI para adquirir ações da própria GLAI. Mas, os valores recebidos pela GTI faziam parte da subscrição de ações no valor de R\$800.000.000,00, havida em 2004.

A GTI pagou às empresas proprietárias da VRG, que eram a VARIG LOG e a VOLO, valores em dinheiro e por meio de ações da GLAI. Não há dúvida quanto ao efetivo pagamento, portanto.

Dessa forma, foi correto o registro de ágio pela GTI, pois o patrimônio líquido da VRG era negativo. Sendo assim, o valor integral pago à VARIG LOG e a VOLO constitui-se em ágio para a GTI, com base em estudo de rentabilidade futura efetuado quando do leilão judicial da Unidade Produtiva da Varig (UPV).

Com a incorporação da GTI pela VRG, o ágio registrado pela GTI passou a ser de direito da VRG e, assim, pode passar a ser amortizado pela VRG.

Conclui-se, portanto, que estão atendidas as disposições dos arts. 385 e 386 do RIR/99, eis que a operação se deu entre partes independentes, mediante efetivo pagamento, com posterior incorporação, que resultou em confusão patrimonial.

O fato de a GLAI adquirir a GTI (antiga Tyrrel, pertencentes aos advogados da Gol, inicialmente constituída com o capital de R\$100,00) para capitalizá-la com o intuito de utilizá-la como empresa veículo visando a compra da VRG Linhas Aéreas S.A. (constituída por ativos e passivos da Varig, denominados UPV para fins de leilão judicial no processo de falência da Varig), não pode ser considerado como uma operação que inviabilize, ao final, a amortização do ágio efetivamente pago por meio de dinheiro e ações.

O pagamento tornou a VARIG LOG e a VOLO sócias detentoras de ações preferenciais da GLAI. Nada mais justo que o investimento realizado pela GTI (100% da GLAI) constitua ágio passível de amortizado, quando da incorporação da GTI pela VRG.

Afinal, as receitas tributáveis auferidas pela VRG foram devidamente tributadas. Em contrapartida, cabe a respectiva amortização do ágio inicialmente registrado pela investidora GTI.

Cabe ainda registrar que, como o próprio acórdão recorrido registrou, a fiscalização não exigiu da recorrente que efetuasse as retificações contábeis que entendia necessárias, com relação aos citados ativos intangíveis que não teriam sido considerados na atribuição do valor a ser pago pela GTI pela aquisição da VRG.

Do ponto de vista contábil, a própria DRJ verificou que não caberiam os registros de tais ativos intangíveis, em atendimento às regras contábeis aplicáveis à época.

Com base em tais fundamentos e acolhendo as razões da recorrente, concluo que cabe a reforma do Acórdão recorrido.

O mesmo entendimento, estendo à amortização do ágio nas bases da CSLL.

Com essa conclusão, afastam-se as multas isoladas e os respectivos juros, pois não há falta de pagamento mensal por estimativa de IRPJ e CSLL.

Por todo o exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário.

No caso, para que possam caracterizar divergência jurisprudencial, os paradigmas apresentados deverão tratar de operação em que (i) a chamada “veículo” tenha recebido recursos de pessoas do grupo para adquirir participação societária de terceiros, e (ii) tenha havido incorporação entre a “veículo” e a investida, mas isso não tenha sido considerado suficiente para dar ensejo à amortização fiscal do ágio.

Paradigma 9101-003.495

O voto vencedor deste paradigma inicia observando que “*no recorrido, a investidora de fato transferiu recursos para a empresa veículo, que pagou o ágio, e depois o transferiu para a empresa investida (que também passou a amortiza-lo)*”. Após discorrer sobre o que entende por “aspecto pessoal” do ágio, o voto conclui que, no caso ali analisado, o ágio não seria amortizável com a incorporação da “veículo” (Nova 4) pela investida (Cia Luz e Força Santa Cruz), eis que o “sacrifício financeiro” para a aquisição do investimento não teria sido da “veículo”; mas de sua controladora:

(...)

No caso analisado nos presentes autos, a indicação é de que houve desembolso de valores por ocasião da aquisição das ações da recorrente (Companhia Luz e Força Santa Cruz). Também não se discute que tais valores superaram os valores contábeis das ações alienadas. A existência do ágio oriundo de tal operação não foi alvo de questionamento pela Fiscalização e nem pela PGFN, em seu recurso especial.

Ocorre que o sacrifício financeiro realizado para a aquisição das ações da recorrente não foi arcado efetivamente pela Nova 4 Participações Ltda., mas sim pela sua controladora (CPFL Energia).

Vê-se que **o vultoso empréstimo de R\$ 194.118.283,07, feito pela Nova 4 junto ao Banco do Brasil, só foi possível com o aval da CPFL Energia**. No ano-calendário de 2006, a Nova 4 declarou em sua DIPJ um capital realizado de R\$ 1.000,00, e ela não teria, portanto, capacidade operacional e nem financeira para contrair o referido empréstimo.

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 recorrente não fazia jus ao direito de deduzir as despesas decorrentes da amortização do ágio oriundo da operação levada a cabo em 02/10/2006.

Como não foi a Nova 4 Participações Ltda. que efetivamente desembolsou os valores que deram 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 ações da recorrente, no ano de 2006, foi fornecido pela real investidora: CPFL Energia

Verifica-se que, muito embora tenha descrito como fato que a “veículo” pagou pela aquisição com recursos obtidos mediante empréstimo bancário apenas avalizado pela controladora, o voto condutor de tal paradigma conclui que, mesmo assim, o “sacrifício financeiro” teria sido da controladora.

Diante disso, é possível concluir que as circunstâncias jurídicas tomadas como relevantes em tal precedente são semelhantes às dos autos, eis que a aplicação, ao presente caso, do racional constante de tal paradigma seria capaz de levar a uma alteração da conclusão a que chegou o acórdão recorrido. De fato, se o paradigma considerou que a “real adquirente” era a controladora em situação em que os recursos foram fornecidos por instituição financeira em dívida apenas garantida por esta, a mesma conclusão seria tomada no presente caso, em que os recursos materiais e financeiros para a aquisição do investimento foram diretamente fornecidos à “veículo” pela controladora.

Neste sentido, concluo pela demonstração da divergência jurisprudencial quanto ao paradigma 9101-003.495.

Paradigma 9101-003.074

Este paradigma foi analisado em meu voto no acórdão 9101-005.907¹, de 1º de dezembro de 2021, nos seguintes termos:

Paradigma 2: 9101-003.074 (Caso Tilibra CSRF)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹ voto vencedor - vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa (relatora), Luiz Augusto de Souza Gonçalves e Caio Cesar Nader Quintella que votaram pelo conhecimento.

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

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

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

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

(...)

O caso analisado por tal precedente tem em comum com o dos presentes autos o fato de os recursos para a aquisição do investimento terem vindo da controladora, no entanto, outra circunstância considerada como relevante por tal voto, relativa a efemeridade da veículo, não esteve em discussão no caso em questão.

O voto condutor do acórdão recorrido não fez qualquer observação sobre a duração da “veículo” GTI e a análise do relatório da decisão recorrida revela que esta sociedade foi constituída em 2004, teve seu capital aumentado três meses depois e adquiriu o investimento na VRG em 2007, ou seja, uma suposta efemeridade da GTI não estava em questão aqui.

Disso se depreende que a aplicação do racional do paradigma 9101-003.074 ao caso dos autos não seria possível, eis que ausente aqui circunstância fática que, nos termos do voto condutor de tal julgado, foi determinante para que a turma tivesse concluído pela impossibilidade de se amortizar o ágio naquele caso.

Neste sentido, compreendo que o recurso especial não pode ser admitido quanto ao paradigma 9101-003.074, eis que a Recorrente não logrou êxito em comprovar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial.

Ante o exposto, oriento meu voto para conhecer do recurso especial especificamente quanto ao paradigma **9101-003.495**.

Mérito

O mérito do presente recurso especial consiste em definir se a utilização do que se entendeu por “empresa veículo” no caso dos autos é capaz de levar à conclusão pela

impossibilidade de amortização do ágio registrado na aquisição, por tal “veículo”, de participação societária de terceiros.

No caso, considero irretocáveis as seguintes passagens da declaração de voto do Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado anexada ao acórdão recorrido, as quais rebatem com brilhantismo todos os argumentos trazidos pela Fazenda Nacional em seu recurso especial quanto à matéria admitida, e por isso adoto como razões de decidir para o presente julgado (grifamos):

(...)

Com relação ao fundamento 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 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 pela decisão recorrida, 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.

Ora, ao par dos motivos apresentados pela recorrente quanto a utilização da empresa GTI, que teriam sim fundamento econômico diante da estrutura do grupo empresarial e das normas que regulam o setor aéreo, o objetivo de aproveitar o benefício fiscal do ágio, previsto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (arts. 385 e 386 do RIR/1999), me parece legítimo neste caso e é parte da própria estruturação do negócio realizado, levando em conta o ordenamento societário e fiscal.

De se notar ainda, que **não faz parte da acusação fiscal a existência de simulação no negócio praticado**, tanto que não se imputou multa qualificada.

Entendo que a lei fiscal deve ser interpretada, especialmente aquelas que tratam de renúncia fiscal, em consonância com seus objetivos, não se limitando à sua literalidade.

Daí meu entendimento no sentido de afastar a sua aplicação em operações internas, realizadas entre partes dependentes, sem qualquer sacrifício patrimonial e justificativa econômica.

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

No presente caso, a possibilidade legal de aproveitamento do ágio (uma vez que este tenha ocorrido e sido demonstrado legitimamente) decorre da absorção do patrimônio de um pessoa jurídica pela outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio apurado na forma do § 2º. Inc II do art. 385 do RIR/1999, inclusive quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a participação.

Assim dispõe o art. 386 do RIR/1999:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E, no caso, concreto, a pessoa jurídica que detinha o investimento era, indubitavelmente, a empresa GTI que foi a responsável pela aquisição da participação societária, ainda que os recursos tenham vindo, inequivocamente, da empresa GLAI.

Portanto, a detentora indireta do investimento, no caso, é, sem dúvida, empresa GLAI, mas ao contrário do que sustenta a fiscalização e acórdão recorrido, a lei não estabelece a confusão patrimonial entre investidora (de fato) e investida, mas, sim e expressamente, entre a "pessoa jurídica" que detém a participação societária na outra "pessoa jurídica" adquirida com ágio com esta última, ou vice-versa, por meio de processos de incorporação, fusão ou cisão.

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

[...]

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

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

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

Dito de outro modo.

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

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

(...)

Ponto que a acusação de “empresa veículo” ora analisada é substancialmente diferente daquelas que pretendem discutir a legitimidade da amortização de ágio gerado em operação societária que envolva a participação de “empresa veículo” em que a própria existência e/ou participação desta pessoa jurídica na operação é fundamentadamente colocada em dúvida pela autoridade autuante – casos em que se discutem conceitos como artificialidade, simulação, ausência de causa, ausência de propósito comercial e que tais, e que, geralmente, a autuação é realizada inclusive com multa qualificada de 150%.

Este não é o caso dos autos, como bem se observou na declaração de voto acima transcrita.

Aqui, a operação é real, e o que se discute no presente recurso especial é apenas quem deve ser considerada a “real adquirente” quando uma sociedade de alguma forma viabiliza a outra do grupo a obtenção de recursos para a aquisição de investimento: se é a “viabilizadora” ou aquela que diretamente realiza a aquisição de terceiros.

Ora, se não há norma que estabeleça que, para fins tributários, a “real adquirente” será pessoa diferente daquela que celebra o negócio de compra e venda, assim como se a substância, a efetividade, de tal negócio, não é fundamentadamente questionada pela autoridade autuante, não há base legal para que se trate a operação, para fins tributários, diferente de como ela efetivamente foi praticada.

Observo, por fim, e apenas a título de esclarecimento, que o Termo de Verificação Fiscal até contém passagens que qualificam o ágio em questão como “artificial”, mas a análise da acusação fiscal revela que tal característica não se reporta à GTI e/ou à sua participação na aquisição da VRG. As afirmações acerca da artificialidade do ágio, na presente acusação fiscal, têm por base exclusivamente os questionamentos da autoridade autuante acerca da forma como a operação foi registrada – questionamentos esses que foram superados já pela DRJ, que decidiu pela consistência do ágio apurado em face do patrimônio líquido negativo da VRG. Assim, está claro que, no caso dos autos, não se discutiu a artificialidade da “veículo” ou de sua participação.

Portanto, no caso, o recurso especial não merece ser provido.

Conclusão

Ante o exposto, oriento meu voto para conhecer do recurso especial, os termos do despacho de admissibilidade e, no mérito, nego-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano