



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16682.722689/2016-19
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-006.239 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 09 de agosto de 2022
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado GGOL LINHAS AEREAS S.A.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2011

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. FUNDAMENTO AUTÔNOMO INATACADO. PRETENSÃO EXCLUSIVA DE REANALISE DE FATOS. IMPOSSIBILIDADE.

Não se conhece do Recurso Especial que não logra demonstrar a necessária divergência jurisprudencial em relação a um dos fundamentos jurídicos autônomos que, de per si, seja apto a motivar a conclusão da decisão recorrida sobre a matéria em debate.

Não se conhece de recurso especial quando a reforma do acórdão recorrido não possa ser realizada mediante solução de divergência constatada entre julgados do CARF, mas pelo contrário, revele pretensão do recorrente de simples de reanálise das provas dos autos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial, votaram pelas conclusões os conselheiros Edeli Pereira Bessa e 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 1201-002.773, proferido em 20 de março de 2019, assim ementado e decidido:

Acórdão recorrido 1201-002.773

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2011

NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. AMPLIAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

A análise em maior profundidade das provas dos autos, guardando a congruência com os elementos da acusação fiscal, não caracteriza ampliação da fundamentação do lançamento tributário e cerceamento de defesa.

PATRIMÔNIO LÍQUIDO. ATIVOS INTANGÍVEIS ADQUIRIDOS. CONTABILIZAÇÃO.

As normas contábeis vigentes em 2006 impunham a contabilização dos ativos intangíveis adquiridos pelo preço de aquisição, ainda que tais ativos possuísem valores maiores.

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. REAL ADQUIRENTE.

A utilização de empresa veículo na aquisição de participação societária não determina, isoladamente, o descumprimento dos requisitos legais para a amortização do ágio correspondente, devendo ser considerada a real adquirente quando não há qualquer indício de simulação ou abuso de direito.

IRPJ. CSLL. TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Tratando-se da mesma matéria fática e não havendo aspectos específicos a serem apreciados, aplica-se a mesma decisão a todos os tributos atingidos pelo fato analisado.

Acordam os membros do colegiado em dar provimento ao recurso, por maioria. Vencidos os conselheiros Lizandro Rodrigues de Sousa, Neudson Cavalcante Albuquerque (Relator) e Efigênio Freitas Júnior, que não reconheceram a constituição do ágio. Vencido o conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, que afastava também a validade da utilização do ágio por sociedade veículo. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Alexandre Evaristo Pinto.

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 sem a confusão patrimonial exigida entre a empresa investida e a real*”, 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 uma 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 11 de setembro de 2019, Presidente de Câmara deu seguimento ao recurso especial, consignando:

Da análise da divergência

Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, evidencia-se que a recorrente logrou êxito ao demonstrar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial.

Tanto o acórdão recorrido, quanto os acórdãos paradigmas tratam do aproveitamento da amortização fiscal do ágio com as características em comum já acima descritas, porém com conclusões diversas para aqueles fatos relevantes assemelhados. A divergência não se localiza na existência do ágio, mas sim das condições para o seu aproveitamento fiscal.

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 ou investidor indireto, 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, os paradigmas não admitiram 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, em um de seus fundamentos (ligados) atacados, 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 lícita⁴ de interposição de pessoa jurídica (empresa veículo); ou

seja, sem que haja a confusão patrimonial entre a investida e o real adquirente da participação societária, o investidor original independente de propósito negocial, nas operações de alienação de investimentos.

Seguem trechos do voto⁵ do Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque que conduziu o afastamento do fundamento da autuação ligado ao fato de o ágio só poder ser deduzido por quem participou efetivamente da operação original como investidor (real) ou investido, e desde que haja a “confusão patrimonial”, e consequentemente aceitou tacitamente a existência de empresa veículo, mesmo não havendo a “confusão patrimonial”, em se vislumbrando algum propósito negocial na constituição da mesma. Confira-se:

(...) Todavia, também é certo que o mesmo artifício pode ser utilizado para criar uma situação meramente formal que, apesar de estar descolada da realidade econômica da atividade empresária, poderia ser entendida como a hipótese de aplicação da referida lei. Por exemplo, quando a alegada mutação societária apenas realiza uma reavaliação patrimonial da própria empresa, no que ficou conhecido como ágio interno.

Portanto, entendo que não é a utilização de uma empresa veículo que pode determinar, isoladamente, o descumprimento dos requisitos legais para a amortização do ágio.

Na espécie, a companhia aérea VARIG ingressou em processo de recuperação judicial e a empresa aérea GOL demonstrou interesse em adquirir a operação de suas linhas de transporte. O braço operacional da GOL era conduzido pela empresa GTA, a qual era controlada pela empresa GLAI. Conforme apontado pelo recorrente, a aquisição das atividades da VARIG pela GTA possuía vários empecilhos de ordem econômica, operacional e regulatória, pelo que optou-se por criar uma nova empresa com essa finalidade, a GTI, em um modelo semelhante ao adotado nas referidas privatizações.

Assim, está claro que a investidora é a empresa GLAI e que a adquirente é a empresa GTI, mas não há qualquer indício de simulação ou abuso de direito que pudesse afastar a constatação de que houve a absorção patrimonial entre a VRG e a sua adquirente, a GTI.

Diante do exposto, afasto o fundamento da decisão recorrida pelo qual os requisitos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 não foram reconhecidos. (Destacou-se).

De outra banda, seguem trechos do segundo paradigma 6 (Ac. nº 9101-003.074) que finca como condição sine qua non para o aproveitamento do ágio, a existência da referida confusão patrimonial, não dando margem para existência de empresa veículo. Confira-se trechos trazidos pela Recorrente do referido paradigma:

A primeira verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente neste momento, situado antes da subsunção do fato à norma. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que buscam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é que, independente da genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. Quem viabilizou a aquisição?

De onde vieram os recursos de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem tomou a decisão de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a investidora originária.

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

Pode-se dizer que, de acordo com as regras contábeis, em decorrência de reorganizações societárias empreendidas, o ágio legitimamente passou a integrar o patrimônio da pessoa jurídica C, que por sua vez foi incorporada pela pessoa jurídica B (investida).

Ocorre que a absorção patrimonial envolvendo a pessoa jurídica C e a pessoa jurídica B não tem qualificação jurídica para fins tributários.

Isso porque se trata de operação que não se enquadra na hipótese de incidência da norma, que elege, quanto ao aspecto pessoal, a pessoa jurídica A (investidora originária) e a pessoa jurídica B (investida), e quanto ao aspecto material, o encontro de contas entre a despesa incorrida pela pessoa jurídica A (investidora originária que efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com sobrepreço) e as receitas auferidas pela pessoa jurídica B (investida).

Mostra-se insustentável, portanto, ignorar todo um contexto histórico e sistêmico da norma permissiva de aproveitamento do ágio, despesa operacional, para que se autorize "pinçar" os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, promover uma interpretação isolada, blindada em uma bolha contábil, e se construir uma tese no qual se permita que fatos construídos artificialmente possam alterar a hipótese de incidência de norma tributária. (Destacou-se).

Portanto, a divergência jurisprudencial para esta matéria está configurada através dos 2(dois) paradigmas.

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 divirjam 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 da peça dedicada à admissibilidade recursal, inclusive grifando (fl. 1.846, grifos do original):

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, e para a qual foram indicados paradigmas, 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 em seu recurso matérias e paradigmas e o despacho, por um lapso, tivesse deixado de analisar a respectiva divergência jurisprudencial em seu juízo prévio de admissibilidade.

Não foi isso o que aconteceu no caso dos autos. Pelo contrário. Como visto, da análise da petição de recurso especial 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 nessa matéria é o voto vencido (eis que o dispositivo da decisão informa que o Relator restou vencido apenas quanto a sua posição por não reconhecer a constituição do ágio).

Tal voto inicia com a observação de que a acusação fiscal dos presentes autos teve três fundamentos: “(i) a permuta de participações societárias entre as controladoras da GTI e da VRG não configura efetivo pagamento de ágio; (ii) o patrimônio líquido da VRG foi subavaliado, de forma que não houve ágio real na sua aquisição; (iii) não houve esforço econômico por parte da GTI, que é empresa veículo, mas sim pela GLAI.”

Passando ao mérito de cada uma delas, o voto do i. Relator (i) afirma que a DRJ reconheceu a dação em pagamento como efetivo pagamento, (ii) acolhe a alegação de que o patrimônio líquido da VRG foi subvalorado (posição que restou vencida, valendo aqui a conclusão do voto vencedor de que “correto está o montante do ágio registrado na contabilidade”), e (iii) refuta a alegação de que a “real adquirente” seria a GLAI.

Importa analisar as razões do voto do i. Relator quanto a esta última matéria. Nesse ponto, o voto conclui que a chamada “empresa veículo”, por si só, não macula o ágio,

sendo necessário verificar se foi utilizado artifício para criar uma situação meramente formal, descolada da realidade econômica, o que não foi o caso dos autos, eis que “a aquisição das atividades da VARIG pela GTA possuía vários empecilhos de ordem econômica, operacional e regulatória, pelo que optou-se por criar uma nova empresa com essa finalidade, a GTI, em um modelo semelhante ao adotado nas referidas privatizações.”.

Transcrevo trecho final do julgado:

(...)

A utilização de empresa novel, efêmera e com um único e específico propósito (empresa veículo) em mutações societárias tem sido questionada desde que a lei nº 9.532/1997, nos seus artigos 7º e 8º, autorizou a antecipação da amortização do ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura quando ocorre a absorção patrimonial entre adquirida e adquirente. Sendo necessária a absorção patrimonial, ou seja, o desaparecimento de uma das duas, e não sendo possível ou desejável o desaparecimento da investidora, a empresa veículo surgiu como uma solução empírica.

Esse fenômeno é claramente relacionado à política de privatizações de empresas estatais, adotada na época do advento da referida lei. Naquela ocasião, empresas estrangeiras e consórcios de empresas nacionais foram impelidas a criar empresas veículos, de forma que houvesse uma única pessoa jurídica nacional que aglutinasse o patrimônio destinado à aquisição da estatal, vindos de fontes múltiplas e/ou estrangeiras. Assim, havia uma clara distinção entre os investidores e o adquirente.

Todavia, também é certo que o mesmo artifício pode ser utilizado para criar uma situação meramente formal que, apesar de estar descolada da realidade econômica da atividade empresária, poderia ser entendida como a hipótese de aplicação da referida lei. Por exemplo, quando a alegada mutação societária apenas realiza uma reavaliação patrimonial da própria empresa, no que ficou conhecido como ágio interno.

Portanto, entendo que não é a utilização de uma empresa veículo que pode determinar, isoladamente, o descumprimento dos requisitos legais para a amortização do ágio.

Na espécie, a companhia aérea VARIG ingressou em processo de recuperação judicial e a empresa aérea GOL demonstrou interesse em adquirir a operação de suas linhas de transporte. O braço operacional da GOL era conduzido pela empresa GTA, a qual era controlada pela empresa GLAI. Conforme apontado pelo recorrente, a aquisição das atividades da VARIG pela GTA possuía vários empecilhos de ordem econômica, operacional e regulatória, pelo que optou-se por criar uma nova empresa com essa finalidade, a GTI, em um modelo semelhante ao adotado nas referidas privatizações.

Assim, está claro que a investidora é a empresa GLAI e que a adquirente é a empresa GTI, mas não há qualquer indício de simulação ou abuso de direito que pudesse afastar a constatação de que houve a absorção patrimonial entre a VRG e a sua adquirente, a GTI.

Diante do exposto, afasto o fundamento da decisão recorrida pelo qual os requisitos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 não foram reconhecidos.

Daí a ementa:

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. REAL ADQUIRENTE.

A utilização de empresa veículo na aquisição de participação societária não determina, isoladamente, o descumprimento dos requisitos legais para a

amortização do ágio correspondente, devendo ser considerada a real adquirente quando não há qualquer indício de simulação ou abuso de direito.

Como se percebe, nos presentes autos, o fundamento para o provimento do recurso voluntário quanto à matéria “*dedutibilidade da amortização de ágio originado de operação com utilização de empresa veículo*” é sensivelmente diferente do que foi objeto dos processos 16682.720184/2014-40 e 16682.722956/2015-69 -- para os quais o sujeito passivo inclusive chegou a pedir julgamento conjunto, mas tal pedido não foi atendido porque, segundo o voto condutor do acórdão recorrido, tais processos já tinham sido julgados pelo CARF e já estavam com recurso especial pendente.

Nos presentes autos o voto condutor do acórdão recorrido considerou que, ausentes indícios de simulação ou abuso de direito, a “empresa veículo” deve ser considerada a real adquirente. E a conclusão de que os indícios de simulação ou abuso de direito estariam ausentes, no presente caso, se deu ante a observação de que “*a aquisição das atividades da VARIG pela GTA possuía vários empecilhos de ordem econômica, operacional e regulatória*”, que assim justificariam a participação da “empresa veículo” GTI na operação.

Percebe-se que a decisão do voto condutor do acórdão recorrido está baseada (i) em uma premissa de direito, qual seja, a de que ausentes indícios de simulação ou abuso de direito, a “empresa veículo” deve ser considerada a real adquirente, bem como (ii) em uma análise dos fatos e provas dos autos, que levou a Turma a concluir que haviam razões de ordem econômica, operacional e regulatória para a participação da GTI.

Daí a conclusão de que a alteração da premissa teórica, de direito, do voto condutor do acórdão recorrido, não é capaz de levar a uma mudança no resultado do julgamento, eis que subsistiria a conclusão de que, no caso, a participação da GTI estaria justificada por razões de ordem econômica, operacional e regulatória – o que equivale a concluir que, analisando as provas dos autos, a turma entendeu que não houve artificialismo, simulação, abuso, no caso em questão especificamente.

Neste sentido, verifica-se a existência de fundamento não atacado pelo recurso especial que é capaz, por si só, de manter a conclusão a que chegou o acórdão recorrido pelo cancelamento da autuação.

Ademais, é relevante notar que uma pretensão de alterar essa conclusão da Turma (de que “*a aquisição das atividades da VARIG pela GTA possuía vários empecilhos de ordem econômica, operacional e regulatória*”) corresponderia a pretender validar o manejo do recurso especial simplesmente para que a CSRF procedesse a uma reanálise das provas dos autos, o que foge à competência desta Turma, que como visto deve se dedicar à solução de divergências jurisprudenciais.

De fato, para que se chegue a uma conclusão de que o ágio não poderia ser amortizado, no caso dos autos, seria necessário reanalisar as provas produzidas a fim de reformar a conclusão do acórdão recorrido de que a GTI foi inserida na operação ante suposta existência de vários empecilhos de ordem econômica, operacional e regulatória para a aquisição das atividades da VARIG pela GTA diretamente.

Assim, dada a estrutura e a fundamentação do voto condutor do acórdão ora recorrido, compreendo que o recurso especial da Fazenda Nacional não pode ser conhecido, seja por haver fundamento autônomo que não foi atacado com a devida indicação de paradigmas, seja porque a reforma do acórdão recorrido precisaria ser realizada não mediante solução de divergência constatada entre julgados do CARF, mas por pretensão de simples reanálise de provas.

Ante o exposto, oriento meu voto para não conhecer do recurso especial, por insuficiência recursal – fundamento autônomo inatacado e simples pretensão de reanálise de provas.

Na eventualidade de este voto restar vencido quanto à conclusão acima, passo a analisar a demonstração de divergência jurisprudencial.

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.

No caso dos autos, a questão acerca do sacrifício financeiro não estava mais em discussão, eis que a DRJ já tinha reconhecido a dação em pagamento como efetivo pagamento. Talvez por isso, a decisão recorrida apenas relata, em uma linha, a circunstância de a GTI ter recebido investimento da GLAI para a aquisição da VRG, mas em nenhum momento o voto aborda, em suas razões de mérito, qualquer circunstância acerca de como ou quando tal investimento foi recebido. Tal circunstância não foi relevante para a conclusão de quem seria o real adquirente do investimento. Na verdade, não há, nos presentes autos, propriamente uma decisão sobre de quem deveria ser o “sacrifício financeiro” para que se considere essa pessoa a “real adquirente”.

Diante disso, é possível concluir que as circunstâncias jurídicas tomadas como relevantes no paradigma 9101-003.495 não são semelhantes às dos autos, eis que a aplicação, ao presente caso, do racional constante de tal paradigma não seria capaz de levar a uma alteração da conclusão a que chegou o acórdão recorrido. Não é possível, senão por mera suposição, buscar saber como a turma do paradigma decidiria o caso dos autos.

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

Paradigma 9101-003.074

Este paradigma foi analisado em meu voto no acórdão 9101-005.907, de 1º de dezembro de 2021¹, 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

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

efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura do investimento a ser adquirido e desembolsou os recursos para a aquisição (vide item 7 do voto).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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, tal circunstância não norteou a decisão dos presentes autos, como já se observou. Ademais, a outra circunstância considerada como relevante por tal voto, relativa à 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.

Conclusão

Ante o exposto, oriento meu voto para não conhecer do recurso especial.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano