MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

DOCUMENTO VALIDADO

PROCESSO	**16561.720013/2020-35**
ACÓRDÃO	9101-007.552 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	7 de abril de 2026
RECURSO	ESPECIAL DO PROCURADOR
RECORRENTE	FAZENDA NACIONAL.
INTERESSADO	GRUPO CASAS BAHIA S.A.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2015, 2016

RECURSO ESPECIAL. AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO. TESE DO REAL ADQUIRENTE. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. DIVERGÊNCIA NÃO VERIFICADA.

A ausência de similitude fática entre o acórdão recorrido e os paradigmas no que se refere à operação que deu ensejo ao ágio e o uso da empresa-veículo, quando tais pontos foram relevantes ao deslinde do acórdão recorrido, impede o conhecimento do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL. AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO.CLASSIFICAÇÃO DE INTANGÍVEL COMO RENTABILIDADE FUTURA. MATÉRIA FÁTICA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA

Quando o recorrido e o paradigma são decididos com base em circunstâncias fáticas específicas, que envolvem o confronto entre os ativos intangíveis contabilizados pelo contribuinte e o laudo que suporta o ágio por expectativa de rentabilidade futura, não há que se falar em similitude fática a autorizar o cabimento do recurso especial.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREMISSA EQUIVOCADA. ERRO DE FATO EM QUE SE FUNDA O ACÓRDÃO EMBARGADO. POSSIBILIDADE DESDE QUE O ERRO SEJA DECISIVO AO RESULTADO.

É admitido o uso de embargos de declaração com efeitos infringentes, em caráter excepcional, para a correção de premissa equivocada, com base em erro de fato, sobre a qual tenha se fundado o acórdão embargado, quando tal for decisivo para o resultado do julgamento – o que não se verifica no presente caso.

ACÓRDÃO

Original

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por em: (i) quanto ao conhecimento, por maioria de votos, conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas em relação à matéria "cabimento dos embargos de declaração para corrigir erro de premissa fática", vencidos os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que votaram por não conhecer do recurso e o Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa que também conhecia da matéria "real adquirente (ausência de confusão patrimonial — empresa veículo)", com base no paradigma nº 9101-003.612. A Conselheira Edeli Pereira Bessa votou pelas conclusões quanto ao não conhecimento das matérias "real adquirente (ausência de confusão patrimonial — empresa veículo)" e "(im)possibilidade de classificação de intangível como rentabilidade futura"; e (ii) no mérito, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a Conselheira Edeli Pereira Bessa.

Assinado Digitalmente

Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic – Relatora

Assinado Digitalmente

Carlos Higino Ribeiro de Alencar – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Maria Carolina Maldonado Mendonca Kraljevic, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior, Lizandro Rodrigues de Sousa (substituto integral), Jandir Jose Dalle Lucca, Semiramis de Oliveira Duro, Carlos Higino Ribeiro de Alencar (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional em face do **Acórdão nº 1201-006.273**, proferido em 12.03.2024 pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento (fls. 2027/2060) assim ementado:

> ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO
>
> Ano-calendário: 2015, 2016
>
> ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO. ARTIGO 146 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. INOCORRÊNCIA

DOCUMENTO VALIDADO

Original

De acordo com o artigo 146 do CTN a modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução. Inaplicável, portanto, a hipótese dos autos no qual a orientação do CARF foi aplicada a fatos geradores anteriores a sua introdução.

APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 19-E DA LEI Nº 10.522/2001. IMPOSSIBILIDADE E REVOGAÇÃO.

O art. 19-E da lei nº 10.522/2001 é norma eminentemente processual, embora sua edição tenha decorrido de intensos debates acerca da aplicação do art. 112 do CTN e do *in dubio pro reo* à matéria tributária. O dispositivo encontra-se revogado razão pela qual não pode ser deferido o pleito de sua aplicação.

Ademais, como norma de natureza processual, em aplicação subsidiária dos arts 13, 14 e 15 do CPC, aplica-se instantaneamente aos processos em curso, atinge os julgamentos ainda não finalizados e não comporta aplicação retroativa, quanto mais sobre processo distinto do efetivamente julgado.

INAPLICABILIDADE DO ART. 24 DA LINDB À MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Nos termos da Súmula CARF nº 169, "O art. 24 do decreto-lei nº 4.657, de 1942 (LINDB), incluído pela lei nº 13.655, de 2018, não se aplica ao processo administrativo fiscal."

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

Ano-calendário: 2015, 2016

GLOSA DE DESPESAS. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. REAL ADQUIRENTE. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. IMPOSSIBILIDADE.

Não encontra respaldo na legislação a tese de que, em qualquer circunstância, deve ser considerada "real investidora" a pessoa jurídica do grupo de quem se originaram os recursos financeiros utilizados na aquisição. Não havendo norma dispondo de forma diferente, é de se considerar como "real adquirente", em um negócio de compra e venda, a pessoa que recebe o bem em troca do pagamento do preço.

A requalificação dos negócios jurídicos sem vícios ou patologias, exclusivamente sob acusação de "planejamento abusivo", baseada em ausência "razões não tributárias" para a escolha de uma estrutura em lugar de outra que resultaria em maior tributação, não encontra respaldo quer na base legal indicada no auto de infração em questão, quer no próprio ordenamento jurídico tributário brasileiro atualmente em vigor."

SIMULAÇÃO. NULIDADE. SUPERAÇÃO. INADEQUADA CAPITULAÇÃO LEGAL E AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO .

DOCUMENTO VALIDADO

A acusação de simulação deve vir capitulada no art. 149, VII do CTN. A falha de capitulação legal, configurada pela ausência de menção ao dispositivo, implica nulidade por desatenção aos requisitos inerente ao lançamento previstos art. 142 do CTN e no art. 10 do Decreto nº 70.235/72.

SIMULAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA CABAL.

No caso, analisando o mérito da alegação de simulação realidade decorreu do incômodo da autoridade autuante com as inconsistências nas justificativas extra tributárias alegadas pelo contribuinte para a adoção da estrutura em análise. Entretanto, a fiscalização não logrou êxito em trazer aos autos elementos aptos a demonstrarem cabalmente que a constituição da Mandala para adquirir a Recorrente seria simulada, tratando-se, portanto, de estrutura que se encontra no campo das economias de opção e da liberdade de auto-organização do contribuinte.

ÁGIO. PRAZO DE DEDUTIBILIDADE. DESVINCULAÇÃO AO PERÍODO PELO QUAL SE PROJETOU A EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA TRAZIDA A VALOR PRESENTE QUE FUNDAMENTOU O PAGAMENTO DO SOBREPREÇO.

A redação do art. 7º, inciso III, da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 predica que poderá ser amortizado o valor do ágio à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração, uma vez consumada a hipótese de incidência que permite o seu aproveitamento. O dispositivo estabelece, de maneira direta, um limite quantitativo (1/60 do valor total da despesa), e de maneira indireta, um parâmetro temporal (se o valor não pode exceder a 1/60 por mês, então a despesa não poderá ser amortizada em menos de 60 meses). A utilização da expressão "no máximo" indica que o diploma legal não proíbe que a despesa seja amortizada em prazo superior a 60 meses, mas tampouco o obriga, instituindo verdadeiro *safe harbour* legal.

PREVALÊNCIA DA NORMA TRIBUTÁRIA SOBRE INSTRUÇÃO NORMATIVA DE ÓRGÃO REGULADOR.

Disposição expressa da lei tributária sobre possibilidade de se amortizar a despesa de ágio em 60 meses não pode ser afastada por instrução normativa expedida por órgão regulador (CVM) que dispõe que a amortização deve ser dar no prazo de concessão. Pode a empresa manter contabilidade empresarial para atender órgão regulador e contabilidade fiscal para atender o interesse do Fisco. Instrução normativa de órgão regulador não tem o condão de vincular a pessoa jurídica para fins fiscais porque não é norma complementar expedida pela administração tributária nos termos do art. 100 do CTN."

ALOCAÇÃO DO ÁGIO. AUSÊNCIA DE ORDEM LEGAL ATÉ A VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.973/2014

Há múltiplas razões pelas quais pode o adquirente pagar sobrepreço na aquisição de participações societárias, sendo que tal motivação é subjetiva inexistindo,

DOCUMENTO VALIDADO

> antes da égide da Lei nº 12.973/2014, ordem precedência necessária na alocação do ágio.
>
> A avaliação do investimento pelo método do fluxo de caixa descontado confirma, atendendo ao requisito legal vigente à época, que o fundamento do adquirente para pagamento do sobrepreço/ágio era a potencialidade de geração dos lucros que o empreendimento poderia trazer no futuro, já que se trata de método que traz os resultados esperados no futuro a valor presente.

Na oportunidade, os membros do colegiado, por maioria de votos, afastaram as preliminares de nulidade e, no mérito, deram provimento ao recurso voluntário.

Contra tal decisão, opôs a Fazenda Nacional embargos de declaração (fls. 2062/2070), sustentando que o **Acórdão nº 1201-006.273** incorreu em obscuridades quanto (i) à suposta exigência contida na acusação fiscal de que o sacrifício econômico deva ocorrer em moeda corrente; e (ii) à suposta ausência de acusação fiscal de ocorrência de simulação contida no TVF.

Sobreveio despacho que rejeitou os embargos de declaração (fls. 2074/2081), mantendo inalterado o Acórdão nº 1201-006.273 e, diante disso, a Fazenda Nacional interpôs recurso especial (fls. 2084/2222), sustentando que o **Acórdão nº 1201-006.273** conferiu à legislação tributária interpretação divergente daquela dada por outros julgados do CARF quanto às seguintes matérias:

- "cabimento dos embargos de declaração para corrigir erro de premissa fática", com base nos Acórdãos paradigma números 1302-002.105 e 1401-001.260;
- "real adquirente (ausência de confusão patrimonial — empresa veículo)", com base nos Acórdãos paradigma números 9101-003.612 e 9101-003.363; e
- "(im)possibilidade de classificação de intangível como rentabilidade futura", com base nos Acórdãos paradigma números 1401-006.923 e 1102-001.389.

No mérito, sustenta a Fazenda Nacional, em síntese, que (i) uma vez identificado que o Colegiado *a quo* se pautou em premissas fáticas que não se sustentam, a anulação do acórdão é medida que se impõe; (ii) da mesma forma que não pode ser exigido do contribuinte crédito tributário com base em acusação que não constou do termo de verificação fiscal, também não se pode cancelar lançamento sem examinar o contexto fático-jurídico posto no auto de infração; (iii) o julgador deve observar os contornos da acusação fiscal, o que não ocorreu *in casu;* (iv) não pode ser oponível ao Fisco a utilização de empresa veículo, sem propósito negocial, com finalidade exclusiva de aproveitar o benefício fiscal da dedução de despesas com amortização de ágio; (v) o ágio amortizado pelo contribuinte não é dedutível porque não cumpre um dos requisitos legais para tanto e que é previsto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.430/1997, vez que, no caso em apreço, não ocorreu a "confusão patrimonial" entre a real investidora e a investida; (vi) para ser dedutível, o ágio deve cumprir determinados requisitos legais, dentre esses requisitos, além do documento que ateste o seu fundamento econômico, há a necessária presunção de perda

DOCUMENTO VALIDADO

do investimento adquirido; (vii) o principal aspecto que impede a dedutibilidade do ágio registrado pela empresa-veículo MANDALA quando da aquisição da GLOBEX (atual VIA VAREJO) é o fato de que, na verdade, não foi aquela empresa que adquiriu as participações, mas sim a sua controladora CBD; (viii) de acordo com a legislação aplicável, a única operação societária que possibilitaria a dedutibilidade dessa "mais valia" seria aquela que proporcionasse a união do patrimônio da autuada com o patrimônio da CBD, que se mostra como a verdadeira adquirente da participação societária com ágio; (ix) no caso de uma incorporação, para que o ágio registrado possa ter a sua amortização deduzida nos termos do artigo 386 do RIR/99, deve a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento incorporar esse investimento, ou ser incorporada por ele; (x) o pagamento com ações da CBD deixa claro que a real adquirente das ações da GLOBEX era a própria CBD, e não a empresa veículo MANDALA; (xi) a MANDALA não tinha estrutura financeira para suportar a aquisição das ações da GLOBEX até o dia anterior à efetivação da compra; (xi) além da parte do pagamento concretizada em dinheiro, houve o reconhecimento de um crédito, em favor dos antigos controladores da GLOBEX, que poderia ser utilizado para subscrever e integralizar ações da CBD, significa dizer que o restante do pagamento devido pela aquisição da GLOBEX nem mesmo formalmente foi atribuído à MANDALA, tendo em vista a obrigação assumida pela CBD de emitir ações próprias, para quitar a dívida perante os antigos controladores da GLOBEX; (xii) o sacrifício de recursos, para a aquisição do investimento na GLOBEX, foi suportado exclusivamente pela CBD, e não pela MANDALA; (xiii) esse conjunto de circunstâncias fáticas evidencia que a MANDALA foi apenas um instrumento artificial, um veículo, para o aproveitamento fiscal do ágio; e (xiv) a autoridade fiscal identificou que o contribuinte, incorretamente, classificou intangíveis como expectativa de rentabilidade futura, o que já era vedado antes mesmo do advento da Lei nº 12.973/2014, o que consiste em fundamento autônomo que impede a dedução do ágio.

Nesse contexto, foi proferido despacho de admissibilidade (fls. 2226/2259) que deu seguimento ao recurso especial da Fazenda Nacional com relação a todas as matérias, nos seguintes termos:

> **(1) "cabimento dos embargos de declaração para corrigir erro de premissa fática"**
>
> O recurso propõe divergência nos seguintes termos (destaques do Recorrente): (...)
>
> O exame da divergência proposta demanda o confronto entre o despacho de admissibilidade de embargos (que integra/complementa o acórdão recorrido) e os paradigmas n° 1302-002.105 e n° 1401-001.260.
>
> Transcreve-se o suficiente do despacho de admissibilidade de embargos: (...)
>
> Observa-se que o despacho de efls. 2074 a 2082 reconhece *"vício na fundamentação"* do acórdão n° 1201-006.273, descrito como descompasso entre afirmativas do acórdão e as da fiscalização, mas pronuncia que *"tal vício nã o desafia embargos de declaraçã o",* e rejeita os aclaratórios.

DOCUMENTO VALIDADO

O paradigma n° 1302-002.105 adota interpretação divergente, entendendo que cabem embargos *"quando a decisão embargada parte de premissa equivocada".* Confira-se o voto paradigmático: (...)

O paradigma n° 1401-001.260 também adota interpretação divergente, entendendo que *"erro de fato é passível de revisão por meio de embargos"* e anulando a decisão anterior porque *"não subsiste o substrato fático"* segundo o qual fora proferida. Extrai-se o suficiente da decisão: (...)

Validamente demonstrada a divergência inteipretativa entre Turmas, deve-se dar seguimento à matéria (1).

(2) "real adquirente (ausência de confusão patrimonial — empresa veículo)"

Nesse ponto, diz o recurso (destaques do Recorrente): (...)

Destacam-se trechos do acórdão recorrido que bem representam a hipótese julgada e o entendimento manifestado pela Turma *a quo* (destaques originais): (...)

Para cotejo com o recorrido, transcreve-se o suficiente dos paradigmas n° 9101-003.612 e n° 9101-003.363 (destaques originais):

Paradigma n° 9101-003.612: (...)

Paradigma n° 9101-003.363: (...)

De fato, confirma-se o dissídio alegado. O recorrido e os paradigmas apreciaram hipóteses semelhantes, à luz do mesmo arcabouço normativo, chegando a conclusões distintas.

Tanto o recorrido como os paradigmas registram que o ágio foi efetivamente pago

e que teve origem em operação entre partes independentes. Em todos os casos examinou-se a possibilidade de a confusão patrimonial envolver empresa intermediária/veículo, que adquiriu o investimento com ágio utilizando recursos fornecidos por terceiro.

O acórdão recorrido registra: *"o sacrifício econômico é inconteste, pois houve assunção de dívida (frise-se, com parte independente), que após cedida por seus detentores à CBD contra o recebimento de ações desta, foi integralizada em aumento de capital da Mandala, ou seja, a Mandala originalmente assumiu passivo com os sócios da investida e, ao fim e ao cabo, com seus próprios sócios (..) assentado que houve sacrifício econômico da Mandala e união de seu acervo com a Recorrente, mediante incorporaçã o reversa daquela por esta, a dedutibilidade do ágio deve ser chancelada".* Entende que *"o Direito Brasileiro nã o possui uma norma tributária antielisã o nem figuras típicas (.) que permitam a adoção de categorias do Direito estrangeiro (como propósito negocial, empresa veículo e real adquirente) ou a análise econômica das operações para desconsiderar estruturas societárias lícitas adotadas pelo contribuinte visando à economia fiscal".* Também entende que *"eventual adoção de estruturas e*

DOCUMENTO VALIDADO

reorganizações societárias que se valham de pessoas jurídicas transitórias para favorecer a união da investidora (ou sucessora) detentora do ágio com a investida nã o devem obstar a dedução fiscal". E acrescenta: *"Creio nã o ser possível falar em simulação nas situações em que*

o ágio legitimamente gerado com efetivo sacrifício econômico é aproveitado após movimentos societários estruturados de maneira a viabilizar sua dedução (.) ainda que por meio de reestruturações que viabilizem o aproveitamento do ágio com os menores impactos burocráticos possíveis, por exemplo, elegendo sociedade intermediária que será responsável pela aquisição da investida (.) O tempo de vida da sociedade pouco ou nada diz sobre seu efetivo propósito (.) Mandala juridicamente e efetivamente praticou os atos inerentes à aquisição do investimento, sendo a pessoa jurídica que assinou os documentos, assumiu juridicamente os encargos da transação e transmitiu comunicados ao mercado".

O paradigma n° 9101-003.612 registra que a adquirente "formal" (BFL) *"não tinha lastro econômico para efetivamente realizar algum sacrifício patrimonial que justificasse a criaçã o do ágio",* e que empregou recursos fornecidos por seus sócios controladores. Entende que *"a participação da BFL foi antecipada e artificialmente concebida como forma de o grupo econômico recém formado poder posteriormente clamar pelo direito ao aproveitamento tributário do ágio".* Destaca que a confusão patrimonial *"deve obrigatoriamente se dar entre a investida e a investidora originária, real (.) aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participaçã o societária (.) quem está nesse papel sã o os sócios controladores da BFL".* E conclui que *"a amortizaçã o operada pelo recorrente nã o teve amparo dos arts. 7° e 8° da Lei n° 9.532/1997 ou dos arts. 385 e 386 do RIR/1999 (.) a investidora originária nã o participou de 'confusão patrimonial' alguma".*

O paradigma n° 9101-003.363 observa que as *holdings* que constaram como adquirentes "formais" não tinham lastro econômico, empregando recursos fornecidos por

controladoras estrangeiras do grupo, que *"atuaram efetivamente como 'empresas veículos' ao receberem valores das reais investidoras estrangeiras com a finalidade específica de aplica-los na aquisição de quotas da contribuinte KCB e da KENKO e serem em seguida por estas incorporadas",* e que a participação das holdings *"foi antecipada e artificialmente concebida como forma de o grupo econômico recém-formado em território brasileiro poder posteriormente clamar pelo direito ao aproveitamento tributário do ágio".* E conclui: *"Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se as investidoras reais transferiram recursos a 'empresas veículos' com a específica finalidade de sua aplicaçã o na aquisição de participaçã o societária em outras empresas e se a 'confusão patrimonial' advinda do processo de incorporaçã o nã o envolve as pessoas jurídicas que efetivamente desembolsaram os valores que propiciaram o surgimento dos ágios, ainda que as*

DOCUMENTO VALIDADO

operações que os originaram tenham sido celebradas entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço".

Validamente demonstrado o conflito inteipretativo entre Turmas, deve-se dar seguimento à matéria (2).

(3) "(im)possibilidade de classificação de intangível como rentabilidade futura"
Nesse ponto, diz o apelo (destaques do Recorrente): (...)

Extraem-se trechos pertinentes do acórdão recorrido (negritos originais, grifou – se):

Para cotejo, extrai-se o suficiente dos paradigmas n° 1401-006.923 e n° 1102-001.389 (grifos e destaques originais):

Paradigma n° 1401-006.923 (...)

Paradigma n° 1102-001.389 (...)

Confrontadas as decisões, confirma-se o dissídio proposto. O acórdão recorrido e os paradigmas apreciaram a mesma questão jurídica, à luz do mesmo contexto normativo (anterior à Lei n° 12.973/2014), e chegaram a conclusões distintas. As interpretações dos paradigmas alterariam a solução do presente caso.

O acórdão recorrido entende: que a legislação anterior à Lei 12.973.2014, *"não prevê nenhuma forma específica de demonstração do ágio, nem fixa de maneira detalhada seu conteúdo";* que *"inexistia previsão legal para que a alocação do ágio à expectativa de rentabilidade futura fosse subsidiária às demais hipóteses exemplificativas listadas pelo parágrafo 2° do art. 20 do DeL 1.598/77 (..) o dispositivo prestava-se apenas a indicar algumas das possíveis justificativas para o ágio, dando liberdade ao contribuinte para aloca-lo segundo as intenções motivadoras da operaçã o";* e que *"a legislaçã o vigente à época preocupava-se com a motivaçã o do comprador ao pagar pelo ágio, que no caso se encontra devidamente demonstrada (..) qualquer exigência de alocação residual do ágio pago à expectativa de rentabilidade futura não encontrava amparo legal".*

O paradigma n° 1401-006.923 manifesta: *"Comprovado nos autos que o ágio teve como fundamento o valor do intangível, no caso representado pelas marcas de renome nacional adquiridas e o fundo de comércio envolvido na operação, aplicável a determinaçã o contida no artigo 385, § 2°, III, do RIR/1999, pelo que descabe a sua amortizaçã o nos moldes realizados pela contribuinte, impondo-se a glosa (..) caso o ágio tenha por fundamento os intangíveis é descabida a pretensão de aplicar o tratamento tributário aplicável ao ágio que tenha por fundamento a expectativa de rentabilidade futura (..) A classificação de um intangível com vida útil indefinida como rentabilidade futura é inaceitável".*

O paradigma n° 1102-001.389 pronuncia: *"Quando se alocam ativos de vida útil indefinida ao ágio por rentabilidade futura, que tributariamente tem vida útil de no mínimo 5 anos, cria-se uma redução ilegal e indevida da base tributária (..) mesmo que nã o tenha havido a individualizaçã o dos intangíveis no ativo da*

DOCUMENTO VALIDADO

> *adquirida após a concretizaçã o do negócio, requer-se que seus valores sejam descontados do ágio pago pela participaçã o societária, para fins de apuração da quantia amortizável nas bases de cálculo do imposto de renda (..) a indevida classificaçã o de ágio associado a intangíveis, como se de expectativa de rentabilidade futura fosse, é fundamento autônomo para manutenção integral da exigência fiscal".*
>
> Demonstrado o dissídio, justifica-se o reexame da matéria (3) em via especial. Conclusão
>
> Pelas razões expostas, propõe-se que SEJA DADO SEGUIMENTO ao recurso especial fazendário.

Intimado, o contribuinte apresentou contrarrazões (fls. 2267/2312), sustentando, em resumo, com relação à **admissibilidade**, que (i) o recurso especial da Fazenda Nacional não apresenta qualquer questionamento em relação à dedutibilidade do Ágio Globex para fins de CSLL, que, nos termos da decisão do E. CARF, constituiu fundamento autônomo da decisão não atacado, razão pela qual a decisão favorável ser tornou definitiva diante da ausência de questionamento pela PGFN; e (ii) não houve questionamento da PGFN em relação ao mérito do afastamento da multa qualificada pelo acórdão do E. CARF, que concluiu pela ausência de vícios nas operações relacionadas à formação do Ágio Globex, de forma que a decisão do E. CARF também se tornou definitiva em relação à constatação de ausência de vícios na operação, de forma que a multa de ofício qualificada (originalmente aplicada no patamar de 150%) foi definitivamente reduzida para multa de ofício regular de 75%; (iii) as decisões apresentadas como paradigma não são hábeis a ensejar a caracterização de divergência jurisprudencial quanto à interpretação da legislação tributária e necessidade de uniformização por essa C. CSRF, uma vez que os fatos discutidos nos respectivos acórdãos e no caso concreto não guardam relação; (iv) no que se refere à **primeira matéria** objeto do recurso especial da Fazenda Nacional, (a) o Despacho de Admissibilidade dos embargos de declaração foi motivado por identificação de erro de forma e quanto ao aspecto processual do recurso apresentado pela PGFN - e não por suposta impossibilidade de se "corrigir erros de premissa fática via embargos de declaração", como sustenta o Recurso Especial, de forma que não há que se falar em divergência no entendimento sobre o escopo de aplicação do Embargo de Declaração; (b) o fundamento dos embargos de declaração analisados no acórdão no 1302-002.105 foi de "omissão", diferentemente do caso concreto no qual se sustentou "obscuridade"; (c) no acórdão no 1302-002.105, o vício foi corroborado e identificado na decisão recorrida, enquanto no caso concreto os supostos "vícios" da decisão recorrida - que inexiste no caso - não correspondiam a alegação de obscuridade, resultando na rejeição do recurso no exame de sua admissibilidade (i.e., sequer houve análise de mérito); (d) enquanto no acórdão no 1302-002.105 houve uma análise sobre o mérito dos vícios que se buscava sanar, no caso concreto, a decisão recorrida apenas teve o escopo de concluir que o suposto vício a sanar não teria sido corretamente sustentado pela PGFN, dado que os Embargos de Declaração estavam eivados de erros processuais; (e) os Embargos de Declaração no acórdão no 1401-001.260 foram opostos pois a PGFN para se referir a novos elementos de prova que corroborariam os fatos já discutidos, o que

DOCUMENTO VALIDADO

torna o caso é totalmente distinto do acórdão recorrido; (v) no que se refere à **segunda matéria** objeto do recurso especial da Fazenda Nacional, (a) com relação ao acórdão no 9101-003.612, há duas diferenças com o caso da Recorrida: a Pimaco era sociedade de capital fechado, portanto, sem as complexidades envolvidas na aquisição de uma sociedade com capital negociado na bolsa de valores e pulverização de acionistas decorrente desta *(free float),* a exemplo da necessidade de OPA e observância ao "tag along"; e o escopo da transação foi de aquisição de participação majoritária na Recorrida, enquanto a Pimaco teve a totalidade de seu capital adquirido pela BFL; (b) acórdão no 9101-003.612 não cita "real adquirente" ou explora quem entende ser o real comprador da participação societária, a decisão se limita a arguir que a sociedade que efetuou a aquisição que de origem ao ágio seria uma "empresa-veículo"; (c) existem relevantes distinções no contexto fático que certamente levarão à inadmissibilidade do acórdão no 9101-003.612 como paradigma; (d) no que se refere ao acórdão no 9101-003.363, a aquisição da participação na Kenko, além de se dar em fases ao longo dos anos de 1996 até 2006, não se estruturou via compra e venda de ações, como no caso da Recorrida; e (e) o contexto das operações que resultaram no ágio discutido no acórdão no 9101-003.363 apontado como "paradigma" pela PGFN é totalmente distinto do caso da Recorrida; (vi) com relação à **terceira matéria** objeto do recurso especial da Fazenda Nacional, (a) no acórdão no 1401-006.923, as operações descritas envolveram diversos passos e atos societários (cisão parcial, aumento de capital subscrito com ativos etc.), demonstrando a alta complexidade das operações analisadas em oposição a caso da Recorrida (compra e venda de ações); (b) no que se refere à classificação dos intangíveis, o acórdão no 1401-006.923 aponta que seria um "intangível" associado a direito detido por outra sociedade e não dos ativos e negócios da própria sociedade adquirida e avaliada, como no caso da Recorrida; (c) no acórdão no 1401-006.923, os documentos apresentados pela autuada e valores apontados não teriam comprovado o valor do intangível, tendo sido verificadas inconsistências, quanto no caso concreto, não se questiona a validade e suficiência do teor técnico do Laudo BESI enquanto documento hábil (validade formal), que avaliou o investimento adquirido na Recorrida pelo método do fluxo de caixa descontado (DCF) trazido a valor presente; (d) a operação analisada no acórdão no 1102-001.389 teve a participação de sociedade controladora no exterior - a Molson Inc., sociedade canadense - financiamento da sociedade adquirente via mútuo contraído com a própria sociedade adquirida, dentre outros elementos sustentados pelas autoridades ficais com centrais para a desconsideração do ágio amortizado, o que não tem qualquer similitude com a aquisição da Recorrida pela Mandala; e (e) a decisão do E. CARF no acórdão no 1102-001.389 examinou as especificidades do "laudo econômico-financeiro e estudo encomendado pela MOLSON INC.", enquanto caso concreto, por sua vez, não se questiona a validade e suficiência do Laudo BESI.

No mérito, alega, em síntese, que (i) inexiste qualquer requisito no regime da Lei n° 9.532/97 e do RIR/99 que não tenha sido atendido, além de inexistir vícios que descaracterizem as legítimas operações descritas nesses autos (o que é fato incontroverso diante da ausência de apresentação de Recurso Especial da PGFN em relação a este ponto); (ii) esse C. CSRF também já analisou o Ágio Globex no âmbito do Processo Administrativo no 10805.722.537/2015-15, relativo

DOCUMENTO VALIDADO

aos anos-calendários de 2011 a 2013, preferindo o acórdão no 9101-006.287 que, por maioria de votos, reconheceu a legitimidade do Ágio Globex em discussão nos autos e determinou o cancelamento integral da cobrança do IRP3 e da CSLL; (iii) é incabível a ficção jurídica de que a CBD seria a adquirente, a qual é inspirada no conceito contábil de "real adquirente", mal emprestado da contabilidade e sobretudo mal-empregado no concreto, em violação à legalidade, à segurança jurídica e à solidez do conjunto probatório produzido pela Recorrida; (iv) a PGFN desconsidera o robusto conjunto probatório apresentado, ignorando por completo o conteúdo e informações dos documentos acostados aos autos que infirmam as acusações fiscais, dentre eles, que a Mandala foi efetivamente a empresa que lançou a OPA, para aquisição das ações detidas pelos Acionistas Minoritários Globex (a parcela ainda em circulação detidas pelos acionistas que não haviam aderido ao Contrato de Compra e Venda); (v) a utilização da Mandala para aquisição do seu controle à época não foi determinada por motivos tributários, uma vez que o direito à dedução fiscal do ágio pago aos Vendedores Globex poderia ser igualmente alcançado de outra maneira, mediante a aquisição direta pela CBD; (vi) o papel da Mandala para a aquisição do investimento na Recorrida ocorreu por razões negociais e econômicas diversas, as quais não se confundem com "a geração de um benefício fiscal", como quer fazer crer a PGFN no presente caso; (vii) a mensuração e o registro do Ágio Globex seguiram fielmente o disposto no Regime do Ágio da Lei n° 9.532/97 e na legislação societária, estando integralmente motivado pela expectativa de rentabilidade futura, conforme devidamente atestado pela avaliação econômica refletida no Laudo BESI; (viii) apenas a partir da entrada em vigor da Lei n° 12.973/2014 em 2015 é que o ágio equivaleu à expressão *goodwill,* sendo definido pelo montante do preço de aquisição que superar o valor justo dos ativos líquidos da empresa adquirida, isto é, a pretendida ordem de alocação defendida pela autoridade lançadora, inaplicável ao caso presente; e (ix) não houve qualquer irregularidade na escolha de um fundamento econômico pela Mandala, mas sim aquele estava tecnicamente justificado com base no laudo de rentabilidade futura - o Laudo BESI, cujo teor foi devidamente examinado pelo acórdão n° 1201-006.273 e fundamentou o posicionamento adotado pela Turma, tendo motivado o pagamento do Ágio Globex, em estrita observância ao regime da Lei n° 9.532/97.

É relatório.

VOTO

Conselheira **Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic**, Relatora

I – ADMISSIBILIDADE

O prazo para o sujeito passivo e para a Fazenda Nacional interporem recurso especial é de 15 dias contados da data de ciência da decisão recorrida. E os embargos de declaração opostos tempestivamente, isto é, no prazo de 5 dias da ciência do acórdão embargado,

DOCUMENTO VALIDADO

Original

interrompem o prazo para a interposição de recurso especial[1]. Ainda, de acordo com o art. 5º do Decreto nº 70.235/1972, os prazos são contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento. Ademais, os prazos só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

De acordo com os artigos 23, § 9º, do Decreto nº 70.235/1972, e 7º, §5º, da Portaria MF 527/2010, o prazo para a interposição do recurso pela Fazenda Nacional é contado a partir da data da intimação pessoal presumida, isto é, 30 dias contados da entrega dos respectivos autos à PGFN, ou em momento anterior, na hipótese de o Procurador se dar por intimado mediante assinatura no documento de remessa e entrega do processo administrativo.

No presente caso, os autos foram encaminhados à PGFN em 07.08.2024 (fl. 2083) e devolvido ao CARF com o recurso especial em 22.08.2024 (fl. 2223). Assim, é tempestivo o recurso especial interposto pela PGFN.

Ocorre que, no exame da admissibilidade do recurso especial, além da tempestividade e dos demais requisitos contidos na legislação, é preciso verificar: **(i)** o prequestionamento da matéria, que deve ser demonstrado pelo recorrente com a precisa indicação na peça recursal do prequestionamento contido no acórdão recorrido, no despacho que rejeitou embargos opostos tempestivamente ou no acórdão de embargos; e **(ii)** a divergência interpretativa, que deve ser demonstrada por meio da indicação de até duas decisões por matéria, bem como dos pontos nos paradigmas que divirjam de pontos específicos do acórdão recorrido. Com relação à divergência, o Pleno da CSRF concluiu que "a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identifiquem ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles"[2].

Com relação ao prequestionamento, cumpre lembrar que, nos termos do §5º do art. 118 do RICARF, a matéria recorrida será considerada prequestionada quando tratada no acórdão recorrido, no despacho que rejeitou os embargos opostos tempestivamente ou no acórdão de embargos. No mesmo sentido, consta do Manual de Exame de Admissibilidade de Recurso Especial, disponível no sítio eletrônico do CARF, que "[p]ara fins de análise da existência de prequestionamento, considera-se integrado ao acórdão recorrido o conteúdo do despacho de rejeição dos Embargos de Declaração" (p. 39).

No presente caso, a matéria "cabimento dos embargos de declaração para corrigir erro de premissa fática" foi prequestionada no despacho que rejeitou embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional; enquanto as matérias "real adquirente (ausência de confusão patrimonial — empresa veículo)" e "(im)possibilidade de classificação de intangível como rentabilidade futura" foram prequestionadas no acórdão recorrido, como se verá detalhadamente a seguir.

[1] Tais previsões estavam contidas nos artigos 65 e 68 do Regimento Interno do CARF ("RICARF") aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 e, atualmente, são objeto dos artigos 119 e 116 do RICARF aprovado pela Portaria MF nº 1.634/2023.

[2] Acórdão n. 9900-00.149. Sessão de 08/12/2009.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

No que se refere à divergência interpretativa, para fins didáticos, analisaremos, de forma segregada, cada uma das matérias objeto do recurso especial da Fazenda Nacional.

I.1 - Matéria 01: "cabimento dos embargos de declaração para corrigir erro de premissa fática"

Como relatado, a Fazenda Nacional opôs embargos de declaração contra o **Acórdão nº 1201-006.273** sustentando a existência de obscuridades quanto (i) à suposta exigência na acusação fiscal de que o sacrifício econômico deva ocorrer em moeda corrente; e (ii) à suposta ausência na acusação fiscal de imputação de simulação. De acordo com a Fazenda Nacional, tal vício deveria ser sanado "*para que as premissas fáticas e jurídicas que conduzem o lançamento estejam perfeitamente delineadas, permitindo à parte sucumbente o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, inclusive a interposição de recurso*".

As obscuridades estariam contidas nos seguintes trechos do acórdão recorrido:

- Quanto à suposta exigência na acusação fiscal de que o sacrifício econômico deva ocorrer em moeda corrente:

> Este relator diverge dessa premissa. A restrição à forma de aquisição ou pagamento, bem como à origem dos recursos não encontra na lei qualquer previsão, na realidade, a Lei nº 9.532/97 só faz menção à "participação societária adquirida com ágio ou deságio", mas não impõe qualquer restrição à forma de aquisição, quanto menos à forma de pagamento. Seja o preço pago em moeda, como pressupõe o senso comum, seja ele pago em participações societárias mediante a integralização em aumento de capital, ou ainda mediante a emissão de ações contra o recebimento dos créditos emitidos em pagamento aos credores originais, que foram cedidos para a controladora da Mandala, o sacrifício econômico existe. (...)
>
> Importa a assunção de sacrifício econômico pela adquirente (independentemente da forma de materialização desse sacrifício), e não o desembolso direto de dinheiro, bastando para a comprovação da assunção de tal sacrifício a emissão de ações entregues contra a entrega de direitos creditórios detidos contra a Mandala. (...)
>
> A fiscalização parece ter vislumbrado especial óbice na parcela da operação em que a Recorrente, detentora de direitos creditórios contra a Mandala, troca tais direitos creditórios por ações da CBD a qual, por sua vez, com eles aumenta o capital da Mandala. Como vimos acima, o sacrifício econômico é inconteste, pois houve assunção de dívida (frise-se, com parte independente), que após cedida por seus detentores à CBD contra o recebimento de ações desta, foi integralizada em aumento de capital da Mandala, ou seja, a Mandala originalmente assumiu passivo com os sócios da investida e, ao fim e ao cabo, com seus próprios sócios (muito embora este não seja exigível).

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

- Quanto à suposta ausência na acusação fiscal de imputação de simulação:

> O auto de infração de IRPJ indica como base legal o artigo 3° da Lei 9.249/1995, artigos 249, I, 250, 251, 299, 324, §§ 2° e 4°, e 325 do RIR /99. A CSLL foi lançada como mero reflexo com fundamento nos seguintes dispositivos: art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90, art. 57 da Lei nº 8.981/95, com as alterações do art. 1º da Lei nº 9.065/95, art. 2º da Lei nº 9.249/95, art. 1º da Lei nº 9.316/96; art. 28 da Lei nº 9.430/96, art. 3º da Lei nº 7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08, e art. 28 da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo art. 49 da Lei nº 12.715/12.
>
> **Não se indicou se a revisão do lançamento se deu por aplicação do artigo 149, VII, do CTN**, do parágrafo único do artigo 116 do CTN, ou eventual outra base legal, muito embora a autoridade autuante tenha falado em simulação e ausência de "propósito societário".
>
> **Penso ser este um vício suficiente para macular de nulidade o lançamento, já que a capitulação legal que qualifica juridicamente os fatos deve ser indicada pela fiscalização** por atenção ao art. 142 do CTN e do art. 10 do Decreto nº 70.235/72, **e a simulação não encontra amparo em nenhum dos dispositivos indicados no Auto de Infração para qualificar a conduta.**
>
> De todo modo, no mérito o art. 59, parágrafo 3º do Decreto nº 70.235/72 permite a superação da nulidade, tanto porque **a falta de indicação do enquadramento legal macula a fundamentação jurídica e impede a manutenção do lançamento tal como está**, quanto pelas razões que passo a expor. (...)
>
> **A requalificação jurídica dos fatos é possível, mas a legislação pátria elege a simulação como mote de superação de estruturas consideradas artificiais (art. 149, VII, CTN)** (...).

Diante disso, o **despacho que rejeitou os embargos de declaração** entendeu que a circunstância de os fundamentos da decisão atacada não corresponder aos fatos registrados nos autos pode ser caracterizada como "vício na fundamentação", mas não justifica a oposição de embargos de declaração. Isso porque a obscuridade que autoriza a oposição de embargos de declaração é aquela que impede ou dificulta a compreensão do texto da decisão atacada e, no caso, a Fazenda Nacional demonstrou que compreendeu o teor da decisão embargada. Confira-se:

> O Embargante demonstra em sua petição que o voto condutor da decisão embargada faz várias referências a uma suposta exigência feita pela Autoridade Fiscal de que o pagamento do ágio fosse feito em moeda corrente, além de que o sacrifício econômico fosse feito pela investidora original (CDB) e pela sociedade investida (GLOBEX), sem a interposição da MANDALA.
>
> Acrescenta que a exigência de que o pagamento fosse feito em moeda corrente, ou que fosse comprovada a origem do valor utilizado no pagamento, como registrado no voto, não constaram do Termo de Verificação Fiscal, de modo que tais fundamentos não foram motivos para a glosa da dedutibilidade do ágio.

> Em outras palavras, o Embargante afirma que um dos fundamentos da decisão atacada não corresponde aos fatos registrados nos autos.
>
> Entendo que tal acusação pode ser caracterizada como vício na fundamentação, mas tal vício não desafia embargos de declaração.
>
> A obscuridade que dá ensejo a embargos de declaração é aquela que impede ou dificulta a compreensão do texto da decisão atacada, do seu conteúdo ou do seu alcance. Mas tal característica está manifestadamente ausente na espécie, pois o Embargante demonstrou que compreendeu a fundo o texto da decisão atacada, a ponto de apontar um descompasso entre o que esta afirma e o que afirmou a fiscalização.
>
> Assim, a presente alegação de obscuridade é manifestadamente improcedente.
>
> Prosseguindo para o próximo argumento do Embargante: (...)
>
> O Embargante demonstra que o voto condutor da decisão embargada afirma que a Autoridade Fiscal não identificou se o *lançamento se deu por aplicação do artigo 149, VII, do CTN, do parágrafo único do artigo 116 do CTN, ou eventual outra base legal, muito embora a autoridade autuante tenha falado em simulação e ausência de "propósito societário".* Nesse passo, essa decisão registrou que isto se constituiria em *vício suficiente para macular de nulidade o lançamento.*
>
> O Embargante também comprovou que, na motivação do lançamento, a autoridade fiscal tomou como fundamento o art. 149, VII do CTN, por ter extraído dos fatos a prática da simulação.
>
> Entendo que o Embargante, nessa quadra, aponta mais um vício na fundamentação da decisão embargada, a qual aponta uma ausência de fundamentação da acusação fiscal que, de fato, existia. Contudo, tal vício não desafia embargos de declaração.
>
> Mais uma vez, o Embargante demonstrou que compreendeu a fundo o texto da decisão atacada, a ponto de apontar um descompasso entre o que esta afirma e o que afirmou a fiscalização. Com isso, a presente alegação de obscuridade é manifestadamente improcedente.
>
> Diante do exposto, com fundamento no art. 116, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 2023, **REJEITO** os Embargos de Declaração opostos, mantendo-se inalterado o v. Acórdão embargado, diante da manifesta improcedência das alegações de obscuridade.

No **Acórdão paradigma nº 1302-002.105**, a 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção concluiu que, apesar de os embargos de declaração serem o remédio processual adequado quando a decisão embargada ocorre em omissão, contradição ou obscuridade, a jurisprudência tem acolhido embargos quando a decisão embargada parte de premissa equivocada. Confira-se:

> Os embargos de declaração são o remédio processual adequado quando a decisão embargada incorre em obscuridade, em contradição entre a sua fundamentação e

DOCUMENTO VALIDADO

> a sua parte dispositiva; ou em omissão na apreciação de algumas das questões preliminares ou de mérito que compõem o pedido da parte.
>
> No entanto, a jurisprudência tem acolhido embargos quando a decisão embargada parte de premissa equivocada, se não vejamos o seguinte julgado: (...)
>
> Ora, a decisão embargada partiu de uma premissa equivocada, por entender que a decisão proferida nos autos do PAF nº 19515.002353/200595 era definitiva. Tanto tal decisão não era definitiva que os embargos de declaração opostos em face dela foram julgados nesta mesma assentada, tendo sido dado efeitos infringentes a tais embargos.
>
> Some-se a isso o fato de que a matéria destes autos deveriam ter sido enfrentadas pela Relatora, mesmo porque, se já havia sido julgado o recurso voluntário objeto do PAF 19515.002353/2005-95 no momento deste julgamento, sequer havia possibilidade de se solicitar a conexão dos processos, já que se encontravam em fases distintas. É legítima a adoção da técnica de fundamentação referencial (*per relationem*), utilizada quando há expressa alusão a decisão anterior, mas, no caso em tela, a Relatora sequer fez alusão a fundamentos, nem muito menos de decisão anterior, mas apenas reportou o resultado do julgamento proferido nos autos do PAF 19515.002353/2005-95 e vinculou a sorte deste processo àquele, embora sequer houvesse decisão definitiva naquele.

No **Acórdão paradigma nº 1302-002.105**, como bem apontou o contribuinte em suas contrarrazões, o vício do acórdão embargado era de omissão e o colegiado se debruçou, adicionalmente, sobre o mérito do suposto vício. No presente caso, por sua vez, o vício apontado pela Fazenda Nacional era de contradição e, ainda que de forma subsidiária, o despacho que rejeitou os embargos de declaração igualmente se manifestou sobre o tema, ao afirmar que a obscuridade "*está manifestadamente ausente na espécie, pois o Embargante demonstrou que compreendeu a fundo o texto da decisão atacada, a ponto de apontar um descompasso entre o que esta afirma e o que afirmou a fiscalização*".

Ocorre que, como já nos manifestamos em outras oportunidades, os casos confrontados não precisam ser idênticos, bastando que haja similitude fática e jurídica entre eles[3]. E tal similitude não precisa estar presente em todas as circunstâncias do recorrido e do paradigma. Na verificação da similitude, é preciso se atentar para aqueles aspectos, principalmente fáticos, que importaram ao julgador na sua decisão. Em outras palavras: não se exige igualdade entre recorrido e paradigma, mas, se alguma circunstância foi relevante para a decisão contida no recorrido, é preciso que o paradigma contenha situação semelhante. Do contrário, não se poderá

[3] Nesse sentido, o Pleno da CSRF concluiu que "a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identifiquem ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles" (Acórdão n. 9900-00.149. Sessão de 08/12/2009).

DOCUMENTO VALIDADO

afirmar que os julgadores do paradigma, diante daquele aspecto o contido no recorrido – que, frise-se, foi indispensável para a decisão nele contida – reformariam o julgado[4].

No presente caso, a divergência interpretativa suscitada independe da natureza do vício que deu ensejo aos embargos de declaração ou ao seu enfrentamento pelo acórdão recorrido. Isso porque, enquanto o despacho que rejeitou os embargos de declaração, no presente caso, concluiu que o vício de fundamentação, assim entendido como a ausência de correspondência entre os fatos registrados nos autos e um dos fundamentos da decisão embargada, "não desafia embargos de declaração", o acórdão recorrido concluiu que "a jurisprudência tem acolhido embargos quando a decisão embargada parte de premissa equivocada".

No **Acórdão paradigma nº 1401-001.260**, por sua vez, os embargos de declaração foram "*fundados em alegação de erro quanto aos fatos sobre os quais se fundou a decisão proferida*" e, diante disso, concluíram os julgadores que é "*cediço que erro de fato é passível de revisão por meio de embargos*". Isso porque o "*erro de fato tanto se enquadra na hipótese de obscuridade, posto que as razões de decidir não encontram respaldo fático para subsunção da norma, quanto na hipótese de contradição, posto que contrária à prova dos autos*". Confira-se, ainda, o teor da ementa do referido julgado:

> ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO
>
> Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007
>
> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO QUANTO AOS PRESSUPOSTOS DE FATO DA DECISÃO. ANULAÇÃO DA DECISÃO.
>
> São cabíveis embargos de declaração para anular a decisão proferida com base em pressupostos de fato não condizentes com a realidade. O julgamento com erro de fato tanto se enquadra na hipótese de obscuridade, posto que as razões de decidir não encontram respaldo fático para subsunção da norma, quanto na hipótese de contradição, posto que contrária à prova dos autos.

No caso, o erro de fato se referia à suposta ausência dos Auditores da Receita Federal do Brasil na diligência de busca e apreensão realizada junto ao contribuinte e, não subsistindo o substrato fático que embasou decisão embargada, decidiram os julgadores pela sua anulação.

Mais uma vez, o vício que deu ensejo aos embargos de declaração ou ao seu enfrentamento pelo **Acórdão paradigma nº 1401-001.260** não afeta a existência de similitude fática com o recorrido. Isso porque, enquanto no presente caso o vício de motivação não foi suficiente para o acolhimento dos embargos de declaração, no **Acórdão paradigma nº 1401-001.260** o fato de a decisão se basear em pressupostos fáticos que não condizem com sua

[4] KRALJEVIC, Maria Carolina Maldonado Mendonça. Os "tipos" de operações societárias com ágio e a admissibilidade do recurso especial no âmbito do CARF. *In:* GERMANO, Livia de Carli; BOSSA, Gisele Barra; TORRES, Heleno Taveira. *Recursos especiais no CARF*: desafios práticos relacionados com a dinâmica do órgão, admissibilidade recursal e temas divergentes. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

realidade ensejou o acolhimento dos embargos de declaração, com efeitos infringentes para anulação da decisão embargada.

Em outras palavras: o **acórdão embargado** se fundou em erro com relação aos fatos, já que partiu do pressuposto de que a ausência de sacrifício econômico foi fundamento da autuação, bem como de que não houve referência à base legal da simulação (art. 149, VII, do CTN). Apesar disso, os embargos de declaração foram rejeitados. O **Acórdão paradigma nº 1401-001.260**, por sua vez, partiu do pressuposto de que não houve participação da Receita Federal na coleta de provas e tal erro de premissa fática ensejou o acolhimento dos embargos de declaração.

Diante do exposto, voto por conhecer do recurso especial quanto à matéria "cabimento dos embargos de declaração para corrigir erro de premissa fática".

I.2 - Matéria 02: "real adquirente (ausência de confusão patrimonial — empresa veículo)"

A controvérsia envolvendo a suposta ausência de confusão patrimonial entre a "real adquirente e a "empresa veículo" é tratada pelo acórdão recorrido no item "3.2.2 Simulação e empresa veículo". O relator inicia seu voto neste tópico delimitando a controvérsia nos seguintes termos:

> A acusação que agora merece atenção é a de constituição de empresa veículo mediante simulação para viabilizar a dedução de ágio sem a união da "real adquirente" e da investida.

Em seguida, aponta os fundamentos pelos quais entende que o lançamento não merece proceder no que se refere à imputação de simulação para viabilizar a dedução de ágio sem a união da "real adquirente" e da investida: **(i)** nulidade no lançamento por vício na capitulação legal, vez que a Autoridade Fiscal não teria indicado o dispositivo legal que autorizou a revisão do lançamento; e **(ii)** ausência de previsão legal que exija do contribuinte percorrer o caminho mais oneroso para a fruição do direito à dedução do ágio e ausência de simulação no caso concreto. Confira-se:

Nulidade do lançamento:

> A acusação que agora merece atenção é a de constituição de empresa veículo mediante simulação para viabilizar a dedução de ágio sem a união da "real adquirente" e da investida.
>
> O auto de infração de IRPJ indica como base legal o artigo 3° da Lei 9.249/1995, artigos 249, I, 250, 251, 299, 324, §§ 2° e 4°, e 325 do RIR /99. A CSLL foi lançada como mero reflexo com fundamento nos seguintes dispositivos: art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90, art. 57 da Lei nº 8.981/95, com as alterações do art. 1º da Lei nº 9.065/95, art. 2º da Lei nº 9.249/95, art. 1º da Lei nº 9.316/96; art. 28 da Lei nº 9.430/96, art. 3º da Lei nº

DOCUMENTO VALIDADO

7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08, e art. 28 da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo art. 49 da Lei nº 12.715/12.

Não se indicou se a revisão do lançamento se deu por aplicação do artigo 149, VII, do CTN, do parágrafo único do artigo 116 do CTN, ou eventual outra base legal, muito embora a autoridade autuante tenha falado em simulação e ausência de "propósito societário".

Penso ser este um vício suficiente para macular de nulidade o lançamento, já que a capitulação legal que qualifica juridicamente os fatos deve ser indicada pela fiscalização por atenção ao art. 142 do CTN e do art. 10 do Decreto nº 70.235/72, e a simulação não encontra amparo em nenhum dos dispositivos indicados no Auto de Infração para qualificar a conduta.

De todo modo, no mérito o art. 59, parágrafo 3º do Decreto nº 70.235/72 permite a superação da nulidade, tanto porque a falta de indicação do enquadramento legal macula a fundamentação jurídica e impede a manutenção do lançamento tal como está, quanto pelas razões que passo a expor.

A alegação de simulação na realidade decorreu do incômodo da autoridade autuante com as inconsistências nas justificativas extra tributárias alegadas pelo contribuinte para a adoção da estrutura em análise. De fato o contribuinte foi bastante vago em suas justificativas, alegando genericamente a existência de razões societárias e operacionais, tais como o interesse em manter segregadas as linhas de negócios da CBD e da Globex, já que sua união, ao menos naquele momento, seria demasiadamente onerosa, complexa e indesejada dos pontos de vista societário, operacional e econômico.

Contudo, entendo que o Direito Brasileiro não possui uma norma tributária antielisão nem figuras típicas (como exige a regra constitucional da legalidade) que permitam a adoção de categorias do Direito estrangeiro (como propósito negocial, empresa veículo e real adquirente) ou a análise econômica das operações para desconsiderar estruturas societárias lícitas adotadas pelo contribuinte visando à economia fiscal. A requalificação jurídica dos fatos é possível, mas a legislação pátria elege a simulação como mote de superação de estruturas consideradas artificiais (art. 149, VII, CTN), e o parágrafo único do art. 116 do CTN (que tampouco foi aventado pela autoridade autuante) trata de evasão fiscal (não de elisão), além de depender de regulamentação específica para que seja aplicado, conforme bem decidiu o STF ao julgar a ADI nº 2.446.

Direito à fruição do ágio:

Paralelamente à falta de previsão legal que dê respaldo à pretensão autuante, não me parece ter sido a intenção legal (artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97) exigir do contribuinte percorrer o caminho mais oneroso possível para a fruição do direito à dedução do ágio. Parece-me mais harmônico com a fórmula tributária do aproveitamento fiscal do ágio introduzida pela Lei nº 9.532/97 como forma de

DOCUMENTO VALIDADO

regrar de maneira clara o tratamento do ágio e, assim, conferir segurança jurídica para fomento das desestatizações e operações de M&A, interpretá-la como mecanismo para permitir o confronto de despesas com receitas na apuração do resultado a partir da confusão patrimonial entre investidora e investida1 (ou suas respectivas sucessoras), atendendo ao *matching principle* e **superando os efeitos da ausência, no sistema brasileiro, da apuração consolidada dos balanços das empresas subsidiárias e sua respectiva controladora** (*push down accounting*). É o que nos ensina de maneira lapidar o voto do Conselheiro Luiz Flávio Neto, proferido nos autos do Acórdão 9101-003.468.

Tampouco entendo ter sido a intenção manifesta no texto legal (artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97), que criou *economia de opção* sem demandar o respeito aos critérios demandados pela fiscalização no caso sob exame, o enfrentamento do maior número possível de entraves burocráticos para o aproveitamento fiscal do ágio, mas apenas a união *não simulada* da investida e da investidora (ou sua sucessora) *em que registrado o ágio originado em legítima operação a mercado*, para que se emparelhem a despesa incorrida (o ágio, o valor pago pela expectativa de rentabilidade futura) e a própria rentabilidade futura pela qual se pagou o sobrepreço. Nesse cenário, eventual adoção de estruturas e reorganizações societárias que se valham de pessoas jurídicas transitórias para favorecer a união da investidora (ou sucessora) detentora do ágio com a investida não devem obstar a dedução fiscal.

As ressalvas feitas ao raciocínio acima exposto encontram-se justamente na simulação, mas que no meu sentir poderiam obstar o aproveitamento do ágio se a simulação da qual se cogita estivesse relacionada ao surgimento do ágio, ou seja, se o ágio tivesse sido gerado artificialmente, ou ainda se houvesse robustas provas de que a Mandala nunca existiu de fato e nem possuía estrutura operacional *compatível* com os atos que se pretendia fossem por ela praticados, sem olvidar do fato de que *é mínima (senão virtualmente nula) a estrutura da qual carece uma empresa existente de fato, mas constituída com o objetivo lícito de valer-se de economia de opção* (cf. o art. 2º, § 3º da Lei nº 6.404/76) que portanto, por seus objetivos tanto fiscais quanto extrafiscais lícitos, teria duração efêmera por prazo curto de tempo. (...)

Transportando o exemplo tanto lúdico quanto a mim saudoso para o caso presente, penso que constituição da Mandala para adquirir a Recorrente não é simulada e encontra-se no campo das economias de opção e da liberdade de auto-organização do contribuinte.

A alegada "simulação", no caso presente, foi aventada pela fiscalização a partir de elementos frágeis pelos quais se considerou a Mandala "empresa veículo" sem existência fática, como a duração de cerca de 1 ano, a alegação de que teria na realidade ocorrido permuta de ações entre a Globex e a CBD, e a alegação de que o passo a passo da operação revelaria que a motivação para a estrutura adotada era eminentemente tributária.

DOCUMENTO VALIDADO

> Creio não ser possível falar em simulação nas situações em que o ágio legitimamente gerado com efetivo sacrifício econômico é aproveitado após movimentos societários estruturados de maneira a viabilizar sua dedução, incentivo cuja fruição foi fomentada pelo Estado e deve ser garantido se respeitados seus requisitos legais, ainda que por meio de reestruturações que viabilizem o aproveitamento do ágio com os menores impactos burocráticos possíveis, por exemplo, elegendo sociedade intermediária que será responsável pela aquisição da investida.
>
> Analisando-se o Termo de Verificação Fiscal, depreende-se que a autoridade autuante entendeu simulada constituição, em negócio jurídico que resultou em vantagens tributárias, de pessoa jurídica de existência efêmera e cujos motivos não-tributários alegados pelo sujeito passivo para a participação na operação não se revelaram suficientemente congruentes com o resultado final dos atos praticados, e que por isso foi chamada de "empresa veículo".
>
> Mas as constatações fáticas a partir das quais a autoridade inferiu que a Mandala seria empresa veículo são insuficientes para chegar à conclusão pretendida pela autoridade autuante, de que haveria simulação. O tempo de vida da sociedade pouco ou nada diz sobre seu efetivo propósito, notadamente em reestruturações que envolvam grandes grupos nos quais a constituição de empresa intermediária pode ter diversos fundamentos plausíveis, como a simples intenção de evitar, naquele momento, todos os obstáculos burocráticos que a extinção por incorporação acarreta em negócios em andamento com uma infinidade de contratos firmados, notadamente em segmentos comerciais distintos.
>
> Já a alegação de que o passo a passo da operação resultou em um controle direto da Globex/Via Varejo pela CBD tampouco é causa para a desconsideração da operação para fins fiscais. A alegação de que teria havido permuta de ações entre a CBD e a Recorrente é análise fria da fotografia final, desconsiderando-se o filme pelo qual a Mandala juridicamente e efetivamente praticou os atos inerentes à aquisição do investimento, sendo a pessoa jurídica que assinou os documentos, assumiu juridicamente os encargos da transação e transmitiu comunicados ao mercado.

O "primeiro fundamento", isto é, a nulidade do lançamento, foi "superado" pelo acórdão recorrido com fulcro no art. 59, parágrafo 3º do Decreto nº 70.235/1972 e, nos termos da referida norma, a autoridade julgadora **não pronunciará** a nulidade nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta quando puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade.

No presente caso, a nulidade do lançamento foi, inclusive, refletida na ementa. Ainda assim, a meu ver, a invocação expressa ao art. 59 do Decreto nº 70.235/1972 indica que a matéria não foi apreciada pelo colegiado, já que, em tese, não houve pronúncia do relator sobre a nulidade. Diante disso, a nulidade do lançamento não pode ser considerada um fundamento autônomo inatacado, a impedir o conhecimento do recurso especial.

DOCUMENTO VALIDADO

Diante disso, passo a analisar a similitude fática entre o acórdão recorrido e os paradigmas invocados pela Fazenda Nacional quanto à matéria "real adquirente (ausência de confusão patrimonial — empresa veículo)"

O **acórdão recorrido** analisou situação na qual, em resumo, a CBD constituiu a MANDALA, dita "empresa veículo", que adquiriu (i) 70,24% do capital social de GLOBEX, pelo valor de R$ 874 milhões, sendo R$ 373 milhões pagos a vista e R$ 451 milhões devidos a prazo; e (ii) 25,22% do capital da GLOBEX **por meio de oferta pública**, adquirindo 31.221.666 ações, que ao final custaram R$ 249 milhões, dos quais R$ 107 milhões foram pagos à vista. Para fazer frente à participação societária adquirida, a MANDALA: (i) teve seu capital social aumentado para R$ 373 milhões, por meio de subscrição e integralização em moeda nacional por CBD; (ii) teve seu capital social aumentado para RR$ 1.125.166.053,00, por meio de subscrição e integralização por CBD com a utilização dos créditos entregues pelos acionistas controladores e pelos acionistas minoritários da GLOBEX.

Diante disso, entenderam os julgadores que não houve simulação no surgimento do ágio ou na constituição da MANDALA, ou, ainda, robustas provas de que a MANDALA nunca existiu de fato e nem possuía estrutura operacional *compatível* com os atos que se pretendia fossem por ela praticados, que poderiam obstar o aproveitamento do ágio no caso concreto. E, rebatendo a fundamentação do TVF, afirmaram:

> A alegada "simulação", no caso presente, foi aventada pela fiscalização a partir de elementos frágeis pelos quais se considerou a Mandala "empresa veículo" sem existência fática, como a duração de cerca de 1 ano, a alegação de que teria na realidade ocorrido permuta de ações entre a Globex e a CBD, e a alegação de que o passo a passo da operação revelaria que a motivação para a estrutura adotada era eminentemente tributária.
>
> Creio não ser possível falar em simulação nas situações em que o ágio legitimamente gerado com efetivo sacrifício econômico é aproveitado após movimentos societários estruturados de maneira a viabilizar sua dedução, incentivo cuja fruição foi fomentada pelo Estado e deve ser garantido se respeitados seus requisitos legais, ainda que por meio de reestruturações que viabilizem o aproveitamento do ágio com os menores impactos burocráticos possíveis, por exemplo, elegendo sociedade intermediária que será responsável pela aquisição da investida.
>
> Analisando-se o Termo de Verificação Fiscal, depreende-se que a autoridade autuante entendeu simulada constituição, em negócio jurídico que resultou em vantagens tributárias, de pessoa jurídica de existência efêmera e cujos motivos não-tributários alegados pelo sujeito passivo para a participação na operação não se revelaram suficientemente congruentes com o resultado final dos atos praticados, e que por isso foi chamada de "empresa veículo".
>
> Mas as constatações fáticas a partir das quais a autoridade inferiu que a Mandala seria empresa veículo são insuficientes para chegar à conclusão pretendida pela

DOCUMENTO VALIDADO

> autoridade autuante, de que haveria simulação. O tempo de vida da sociedade pouco ou nada diz sobre seu efetivo propósito, notadamente em reestruturações que envolvam grandes grupos nos quais a constituição de empresa intermediária pode ter diversos fundamentos plausíveis, como a simples intenção de evitar, naquele momento, todos os obstáculos burocráticos que a extinção por incorporação acarreta em negócios em andamento com uma infinidade de contratos firmados, notadamente em segmentos comerciais distintos.
>
> Já a alegação de que o passo a passo da operação resultou em um controle direto da Globex/Via Varejo pela CBD tampouco é causa para a desconsideração da operação para fins fiscais. A alegação de que teria havido permuta de ações entre a CBD e a Recorrente é análise fria da fotografia final, desconsiderando-se o filme pelo qual a **Mandala juridicamente e efetivamente praticou os atos inerentes à aquisição do investimento, sendo a pessoa jurídica que assinou os documentos**, assumiu juridicamente os encargos da transação e transmitiu comunicados ao mercado.

No **Acórdão paradigma nº 9101-003.612**, por sua vez, após tecer considerações teóricas acerca da exigência de confusão patrimonial entre a "real investidora" e a investida, passaram os julgadores a analisar o caso concreto, nos seguintes termos:

> Conclui-se, portanto, que o art. 386 do RIR/1999, sob o aspecto pessoal, se dirige à investidora que vier a incorporar sua investida (ou por ela ser incorporada), após ter efetivamente **acreditado na mais valia do investimento, feito os estudos de rentabilidade futura e desembolsado os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o do ágio)**. Ou seja, quando ocorre a incorporação é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço, pago em momento anterior pela investidora em razão da confiança na rentabilidade futura da investida. (...)
>
> No caso analisado nos presentes autos, é incontroverso que houve desembolso de valores por ocasião da aquisição das ações da recorrente (PIMACO). 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 ou pela própria PGFN, nas contrarrazões que opôs ao recurso especial da contribuinte.
>
> Ocorre que os recursos financeiros utilizados na aquisição das ações da recorrente não pertenciam à BFL Participações e Empreendimentos, mas sim aos seus sócios controladores (grupo BIC), que realizaram, em agosto de 2006, aportes de recursos em torno de 100 milhões de reais na BFL, empresa que tinham acabado de criar no mês anterior, com o objetivo específico de realizar, por meio dela (BFL), a aquisição da empresa PIMACO (ora recorrente).
>
> 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

DOCUMENTO VALIDADO

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 05/09/2006.

Como não foi a BFL que 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, saiu dos ativos dos reais investidores: Grupo BIC.

A empresa BFL, embora conste formalmente como a adquirente das ações da recorrente, não tinha lastro econômico para efetivamente realizar algum sacrifício patrimonial que justificasse a criação do ágio. Pertencia aos seus sócios controladores (Grupo BIC) a capacidade econômica para levar adiante o negócio de aquisição da PIMACO, e foram efetivamente esses sócios controladores que desembolsaram recursos para a aquisição das ações da PIMACO (ora recorrente).

Observa-se, pela conjugação dos indícios e das características das operações societárias que se sucederam, que a participação da BFL 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 constituição e os aportes de capital na BFL visaram exclusivamente à sua utilização como "empresa veículo": ela receberia os valores dos reais investidores (Grupo BIC), aplicaria tais riquezas na aquisição das ações da PIMACO e seria, em seguida, incorporada por esta. Verifica-se que a BFL teve duração efêmera e deixou como único legado a possibilidade de utilização indevida de um benefício fiscal, como é característico das "empresas veículos". (...)

A empresa BFL foi incorporada pela recorrente, e esta, 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. No caso sob análise, quem está nesse papel são os sócios controladores da BFL.

Mas após as referidas operações societárias, o que se constata é que os reais investidores e a investida permaneceram como empresas apartadas. Com efeito, a PIMACO se manteve intacta e isolada das demais empresas do grupo BIC.

DOCUMENTO VALIDADO

> Sendo assim, a amortização operada pelo recorrente 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 seja por ela incorporada. No caso dos autos, a investidora originária não participou de "confusão patrimonial" alguma.

Vê-se, portanto, que o **Acórdão paradigma nº 9101-003.612** analisou situação na qual a dita "real investidora" integraliza na denominada "empresa-veículo" o capital necessário para a aquisição do investimento com ágio. E, diante dessa situação, em síntese, concluem os julgadores pela ausência de confusão patrimonial entre a "real investidora" e a investida, o que, supostamente, violaria os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

O presente caso, entretanto, tem uma peculiaridade que, a meu ver, o distancia do **Acórdão paradigma nº 9101-003.612**: parte da participação societária da investida foi adquirida por meio de oferta pública e a MANDALA foi a ofertante na OPA. Tanto é assim que o próprio relator do acórdão recorrido, em seu voto, afirma que a "Mandala juridicamente e efetivamente praticou os atos inerentes à aquisição do investimento, sendo a pessoa jurídica que assinou os documentos, assumiu juridicamente os encargos da transação e transmitiu comunicados ao mercado".

Nesse contexto, não se pode afirmar, de maneira absoluta, que os julgadores do **Acórdão paradigma nº 9101-003.612** reformariam o entendimento contido no acórdão recorrido e, diante disso, não conheço do recurso especial com relação ao referido paradigma.

Com relação ao **Acórdão paradigma nº 9101-003.363**, por sua vez, o redator do voto vencedor foi o mesmo relator do Acórdão paradigma nº 9101-003.612, de forma que, após tecer considerações teóricas muito similares, passou a aplicá-las ao caso concreto, nos seguintes termos:

> Conclui-se, portanto, que o art. 386 do RIR/1999, sob o aspecto pessoal, se dirige à investidora que vier a incorporar sua investida (ou por ela ser incorporada), após ter efetivamente acreditado na mais valia do investimento, feito os estudos de rentabilidade futura e desembolsado os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o do ágio). Ou seja, quando ocorre a incorporação é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço, pago em momento anterior pela investidora em razão da confiança na rentabilidade futura da investida. (...)
>
> No caso analisado nos presentes autos, é incontroverso que houve desembolso de valores nas várias etapas que integraram a aquisição das quotas representativas do capital social da contribuinte KCB e da KENKO. Também não se discute que os valores despendidos superaram o valor contábil das quotas alienadas. A existência do ágio oriundo de tais operações não foi alvo de questionamento pela Fiscalização ou pela própria PGFN em seu recurso especial.

DOCUMENTO VALIDADO

Ocorre que os recursos financeiros utilizados na aquisição das quotas da contribuinte e da KENKO não pertenciam às empresas KCTissueB, KCdoB, KCC ou KCR, mas às controladores estrangeiras do grupo KIMBERLYCLARK: KC_DELAWARE, KC_PENSILVANIA, KIMBERLYCLARK HOLLAND HOLDINGS BV e KIMBERLYCLARK CORPORATION. Tais empresas internalizaram em território brasileiro a integralidade dos valores utilizados nas operações de aquisição de participações societárias com ágio, por meio de operações de integralização de aumento de capital das controladas brasileiras, de pagamentos de empréstimos contraídos no exterior ou ainda de concessão de empréstimos entre suas controladas brasileiras, posteriormente liquidados por confusão.

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

Sendo assim, a contribuinte recorrida não fazia jus ao direito de deduzir as despesas decorrentes da amortização do ágio oriundo das operações de aquisição das suas quotas e das representativas do capital da empresa KENKO.

Como não foram a KCTissueB, a KCdoB, a KCC ou a KCR que desembolsaram o valores que deram origem aos ágios contábeis, restou desatendido o aspecto pessoal da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999. Os numerários que pagaram pela aquisição das quotas da contribuinte recorrida e da KENKO saíram dos ativos das reais investidoras, KC_DELAWARE, KC_PENSILVANIA, KIMBERLYCLARK HOLLAND HOLDINGS BV e KIMBERLYCLARK CORPORATION.

As empresas KCTissueB, KCdoB, KCC e KCR, embora constem formalmente como as adquirentes das quotas da contribuinte e da KENKO, não tinham lastro econômico para efetivamente realizarem algum sacrifício patrimonial que justificasse a criação dos ágios. Pertencia às empresas estrangeiras KC_DELAWARE, KC_PENSILVANIA, KIMBERLYCLARK HOLLAND HOLDINGS BV e KIMBERLYCLARK CORPORATION a capacidade econômica para levar adiante os negócios de aquisição das participações societárias e foram efetivamente estas empresas que desembolsaram recursos para a aquisição das quotas da recorrida e da KENKO.

As investidoras estrangeiras provavelmente sabiam que, se realizassem os investimentos diretamente na aquisição das quotas da contribuinte e da KENKO, sem a participação de empresas sediadas em território brasileiro, não poderiam posteriormente pleitear o aproveitamento tributário dos ágios oriundos das operações. Por se tratarem de pessoas jurídicas sediadas no exterior, as investidoras não se submetem à legislação tributária brasileira. A posterior incorporação de uma controlada brasileira provavelmente não provocaria os mesmos efeitos tributários para as investidoras em seu país de origem.

Assim optaram as empresas estrangeiras integrantes do grupo multinacional KIMBERLYCLARK por adotar procedimentos de engenharia societária que

DOCUMENTO VALIDADO

Original

permitissem, ao final, a reunião dos ágios e dos investimentos que lhes deram causa em uma mesma pessoa jurídica (a contribuinte KCB), situação semelhante à requerida pela legislação para permitir o uso tributário do ágio, mas não o suficiente para emular-lhe os efeitos.

Observa-se, pela conjugação dos indícios e das características das operações societárias que se sucederam, que a participação das empresas KCTissueB, KCdoB, KCC e KCR foi antecipada e artificialmente concebida como forma de o grupo econômico recém formado em território brasileiro poder posteriormente clamar pelo direito ao aproveitamento tributário do ágio previsto no art. 386 do RIR/1999.

Não invalida tal conclusão o fato de a primeira operação de compra de participação societária da empresa KENKO ter se dado no ano de 1996, antes, portanto, do início da vigência da Lei nº 9.532/1997. Todas as demais operações, responsáveis pela geração de um ágio quantificado em assombrosos R$ 565.419.803,30 (de um total de R$ 631.570.243,60, quando considerada a operação realizada em 1996), foram realizadas após o início da vigência da citada lei.

As *holdings* KCTissueB, KCdoB, KCC e KCR, constituídas pelo grupo KIMBERLYCLARK no Brasil, não possuíam patrimônio relevante antes de tomarem parte nas operações analisadas no presente processo. Sendo assim, atuaram efetivamente como "empresas veículos" ao receberem valores das reais investidoras estrangeiras com a finalidade específica de aplica-los na aquisição de quotas da contribuinte KCB e da KENKO e serem em seguida por estas incorporadas. Verifica-se que após a extinção das mencionadas *holdings*, por conta de sua incorporação pelas investidas, o único legado deixado foi a aventada possibilidade de utilização indevida de um benefício fiscal, como é característico das "empresas veículos".

As empresas KCTissueB, KCdoB, KCC e KCR foram todas, ao final das operações de reorganização societária analisadas, incorporadas pela contribuinte KCB (de forma direta ou após terem sido incorporadas pela KENKO, esta posteriormente incorporada pela KCB). Depois disso, a contribuinte, julgando que estaria configurada a "confusão patrimonial" entre os ágios e os investimentos que lhes deram 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, a reais investidoras são as empresas KC_DELAWARE,

DOCUMENTO VALIDADO

> KC_PENSILVANIA, KIMBERLYCLARK HOLLAND HOLDINGS BV e KIMBERLYCLARK CORPORATION (e apenas estas).
>
> 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 reais não participaram de "confusão patrimonial" alguma.

Assim, o **Acórdão paradigma nº 9101-003.363** possui ainda mais elementos que o distanciam do acórdão recorrido. No referido caso, as "reais investidoras" estavam localizadas no exterior e isso, de acordo com o voto vencedor, faria com que a incorporação da investida pelas "reais investidoras" não tivesse o condão de gerar a amortização fiscal do ágio, o que levou à criação do artificial grupo econômico no Brasil. Ademais, no referido acórdão paradigma, os recursos necessários à aquisição do investimento foram transferidos às "empresas-veículo" no Brasil por meio de integralização de capital e empréstimos, enquanto, no **acórdão recorrido**, os recursos foram integralizado na MANDALA via aumento de capital de sua controladora.

Por fim, como tratado acima, no **acórdão recorrido**, parte da participação societária da investida foi adquirida por meio de oferta pública e a MANDALA foi a ofertante na OPA – o que, mais uma vez, distancia o acórdão recorrido do **Acórdão paradigma nº 9101-003.363.**

Diante do exposto, não conheço do recurso especial quanto à matéria "real adquirente (ausência de confusão patrimonial — empresa veículo)".

I.3 - Matéria 03: "(im)possibilidade de classificação de intangível como rentabilidade futura"

No que se refere à impossibilidade de classificação de intangível como rentabilidade futura, **acórdão recorrido** analisou situação fática na qual a decisão recorrida (i) "c*onsiderou que não se pode alocar todo o ágio pago à expectativa de rentabilidade futura, devendo-se primeiro alocar parcela a título de ativos intangíveis e reavaliação de ativos imobilizados, sendo que os intangíveis 'Marca Ponto Frio e Pontofrio.com' encontravam-se quantificados nas demonstrações financeiras do ano de 2010 da CBD, momento em que, com a incorporação da Mandala, a CBD já era a controladora direta da Recorrente*"; (ii) alegou que os ativos intangíveis "*deveriam ter sido avaliados a mercado no momento da aquisição e apenas o restante seria ágio por expectativa de rentabilidade futura*"; e (iii) entendeu "*que o laudo utilizado não fez tal alocação e nem mesmo especificou que o ágio seria por expectativa de rentabilidade futura*".

O relator, após tecer considerações teóricas acerca da inexistência de previsão legal dos critérios de alocação a cada uma das possíveis justificativas para o ágio pago ou da forma específica de demonstração do ágio, concluiu que, "***em um cenário de negociação entre partes***

DOCUMENTO VALIDADO

Original

***independentes sobre cuja idoneidade não se coloca dúvidas**, a documentação apresentada pelo contribuinte **é prova suficiente da existência do ágio** por expectativa de rentabilidade futura, sendo notável a presença de laudo de avaliação contemporâneo à operação que inquestionavelmente avaliou o investimento feito s**ob a metodologia do fluxo de caixa descontado**, que, muito embora comporte variações a depender das premissas técnicas e negociais adotadas, precipuamente **busca a avaliação do investimento à luz das expectativa de rentabilidade futura valorada e trazida a valor presente**".*

Adiante, afirmou, ainda, que "*não se poderia exigir do Contribuinte a elaboração e apresentação de laudo de avaliação de valores contábeis do acervo líquido da sociedade investida, devidamente comprovado por seu balanço patrimonial. A necessidade dessa modalidade de laudo passou a existir apenas com as alterações promovidas na legislação pela MP 627/2013, posteriormente convertida na Lei nº 12.973/2014*".

E, aplicando tais fundamentos teóricos ao caso concreto, concluíram os julgadores do **acórdão recorrido**:

> No caso concreto, o laudo de avaliação dá conta de esclarecer que o montante pago encontrava justificativa na expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida, tendo sido esta a motivação do comprador, o que sustenta a alocação do ágio adotada pelo Contribuinte, afastando este fundamento da autuação.
>
> Já o valor do ágio propriamente dito encontra-se devidamente demonstrado matematicamente e respaldado na documentação acostada aos autos, não tendo sido questionado pela fiscalização senão sob a ótica da ausência de demonstração de que seria integralmente alocável à expectativa de rentabilidade futura.
>
> Como vimos acima, esta exigência não se sustenta pois a legislação vigente à época preocupava-se com a motivação do comprador ao pagar pelo ágio, que no caso se encontra devidamente demonstrada. O comprador pagou pela expectativa de rentabilidade prevista para o empreendimento, a demonstração arquivada comprova tal motivação e qualquer exigência de alocação residual do ágio pago à expectativa de rentabilidade futura não encontrava amparo legal.

No **Acórdão paradigma nº 1401-006.923**, os julgadores, com fundamento na decisão da DRJ, entenderam que não se pode incluir no valor do ágio por expectativa de rentabilidade futura o valor atribuído aos ativos de vida útil indeterminada, que não são amortizáveis para fins contábeis ou fiscais. E, diante disso, concluiram que o ágio pago pela então Recorrente teve por fundamento o direito de distribuição dos produtos Coca Cola, que foi incluído no valor do ágio por rentabilidade futura. Isto é, de acordo com os julgadores, a "e*laboração de laudo sem qualquer referência ao valor do direito de distribuição (**distribuition rights**) ou outra razão qualquer, apenas tratando da expectativa de rentabilidade futura das empresas adquiridas em sua integralidade não pode servir de pretexto para ocultar ou deixar de destacar o valor dos intangíveis*". Confira-se:

> Passando para outro item.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

DOCUMENTO VALIDADO

DA DECISÃO RECORRIDA: VOTO

Da aquisição CIAFLU e SPAIPA (...)

> *335. O fundamento para o ágio da CiaFlu e SPAIPA encontra em dois laudos distintos diferentes motivações.*
>
> *336. A IMPUGNANTE defende, contraditoriamente, que a diferença identificada nos documentos apresentados e nas demonstrações contábeis arquivadas na U.S. Securities and Exchange Commission (SEC) refletida na comparação dos dois laudos relativos à aquisição da CiaFlu e SPAIPA não significa ter um valor do mesmo ativo para fins contábeis e outro para fins fiscais, mas* ***para "justificar economicamente as RAZÕES pelas quais pagou e registrou o ágio"****, e* ***para atender obrigação imposta pelas normas contábeis (Pronunciamento CPC nº 15).***
>
> *337. Ocorre que, segundo o referido Pronunciamento CPC nº 15, a mensuração dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos deve ser feita pelos respectivos valores justos da data da aquisição e o adquirente deve reconhecer os ativos intangíveis identificáveis adquiridos:*
>
> B31. O adquirente deve reconhecer, separadamente do ágio por expectativa de rentabilidade futura (goodwill), os ativos intangíveis identificáveis em uma combinação de negócios. Um ativo intangível é identificável se ele atender ao critério de separação ou ao critério legal-contratual.
>
> B32. O ativo intangível que atende ao critério legal-contratual é identificável mesmo se ele não puder ser transferido ou separado da adquirida ou de outros direitos e obrigações. (...)
>
> *343. A legislação tributária permite a dedução antecipada do ágio por expectativa de rentabilidade futura à razão de 1/60 por mês a partir de um evento que promova "confusão patrimonial" entre a investidora e a investida, nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997. Por outro lado, assim como preveem as normas contábeis, não se inclui no ágio por expectativa de rentabilidade futura, dedutível antecipadamente à liquidação do investimento, o valor atribuído aos ativos intangíveis de vida útil indeterminada, não amortizáveis contábil ou tributariamente. (...)*
>
> *359. E, quanto ao ágio na aquisição da CiaFlu e da SPAIPA, pautou-se em ativos intangíveis de vida útil indefinida, não sujeita a amortização, conforme inciso II do art. 7º da lei nº 9.532/1997. (...)*

Acompanho inteiramente o voto da decisão recorrida, o qual tratou do exaurimento das alegações trazidas na Impugnação, sendo que no recurso voluntário as alegações são, em sua essência, as mesmas.

A questão central para a avaliação da legalidade da amortização do ágio na aquisição da **CiaFlu** e da **SPAIPA** é: o ágio pago pela Recorrente nestas aquisições

> teve por fundamento ativos intangíveis, no caso, o direito de distribuição dos produtos Coca-Cola, então incluído pela Recorrente no valor do ágio por rentabilidade futura, ou a expectativa de rentabilidade futura do(s) investimento(s) adquiridos? Caso o ágio tenha por fundamento os **intangíveis**, ainda que o valor desses seja calculado pelo método do fluxo de caixa descontado, o tratamento tributário será aquele já referido, regulado no art. 386, II, §§ 3º e 4º do RIR/1999. A elaboração de laudo sem qualquer referência ao valor do direito de distribuição (**distribuition rights**) ou outra razão qualquer, apenas tratando da expectativa de rentabilidade futura das empresas adquiridas em sua integralidade não pode servir de pretexto para ocultar ou deixar de destacar o valor dos intangíveis. Repita-se, caso o ágio tenha por fundamento os **intangíveis** é descabida a pretensão de aplicar o tratamento tributário aplicável ao ágio que tenha por fundamento a expectativa de rentabilidade futura.
>
> É o que, em suma, constou da conclusão fiscal e ratificado pela decisão recorrida. (...)
>
> Ainda, o valor do **goodwill** surge de maneira **residual**, proveniente da diferença (positiva) entre o preço pago e a mais valia (ativos líquidos dos passivos), ou seja, se temos ativos intangíveis, de vida útil **indefinida**, não se deve reconhecê-lo pois seu valor certamente provocaria uma redução no goodwill, pois não se tem como aferir, no caso, um valor de contrato de distribuição dos produtos Coca-Cola (**distribution rights**), ou seja, infere-se que já estaria contemplado no bojo do ágio por rentabilidade futura.
>
> Independente disto, estamos aqui nos reportando a conceitos contábeis trazidos pela Lei nº 12.973/2014, que não tem influência nas operações ora em debate, já mencionado no TVF:

A meu ver, a discussão envolvendo a alocação do valor do ágio aos ativos intangíveis, tanto no **acórdão recorrido**, como no **Acórdão paradigma nº 1401-006.923** é eminentemente fática, pois envolve o confronto entre os ativos intangíveis contabilizados pelo contribuinte e o laudo que suporta o ágio por expectativa de rentabilidade futura. E, diante disso, não se pode afirmar que os julgadores do paradigma, se estivessem diante dos documentos contábeis e do laudo juntado no caso recorrido, reformariam o julgado.

Diante disso, não conheço da matéria "(im)possibilidade de classificação de intangível como rentabilidade futura" com base no **Acórdão paradigma nº 1401-006.923.**

No que se refere ao **Acórdão paradigma nº 1102-001.389**, a conclusão não é diferente. A própria ementa faz referência ao aparo “de fato” do ágio no sobrepreço de ativos intangíveis. Veja-se:

> PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. AQUISIÇÃO. ÁGIO. AMORTIZAÇÃO FISCAL. FUNDAMENTO. ATIVOS INTANGÍVEIS IDENTIFICÁVEIS. DEDUTIBILIDADE. DESCABIMENTO.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> É descabida a dedução de ágio fiscalmente amortizado quando amparada, de fato, em sobrepreço de ativos intangíveis precisamente identificados pelo investidor.

Do voto, a conclusão que se extrai é a mesma:

> Restou evidenciado que a investidora MOLSON identificara, precisamente, parcelas atribuíveis a ativos intangíveis, a fim de justificar a operação em relatório endereçado a órgão estrangeiro de controle.
>
> Na conclusão das operações no Brasil, tudo que superou o patrimônio líquido da investida foi atribuído à expectativa de rentabilidade futura, no intuito de se valer de hipótese de amortização fiscal que não abarcaria o sobrepreço alusivo aos ditos ativos.
>
> Do relato do autuante, que se sustenta em respeitável doutrina contábil, que com esmero cita, e na legislação igualmente referida neste voto, reproduzo os respectivos excertos, também adotados, merecidamente, pelo colegiado de primeira instância: (...)
>
> > No documento intitulado SCHEDULE 14A, a MOLSON INC, detalhou a composição do sobrepreço pago na aquisição das CERVEJARIAS KAISER. Consta na página R-9 e R-10 da declaração prestada às autoridades norte americanas que, da composição do preço, 325 milhões de dólares canadenses devem ser alocados ao valor das marcas e 35 milhões de dólares canadenses são atribuídos ao direito de acesso às redes de distribuição. (fls. 1.293 e 1.294). (...)
>
> **Conclui-se que a indevida classificação de ágio associado a intangíveis, como se de expectativa de rentabilidade futura fosse, é fundamento autônomo para manutenção integral da exigência fiscal.**

Veja-se, no **Acórdão paradigma nº 1102-001.389** o apoio da decisão em circunstâncias fáticas que não estão presentes no recorrido é ainda mais evidente: no caso, havia um documento, elaborado para outros fins, atribuindo parte do sobrepreço aos ativos intangíveis.

Nesse contexto, não conheço do recurso especial também com relação ao **Acórdão paradigma nº 1102-001.389.**

II – MÉRITO

II.1 - Cabimento de embargos de declaração para corrigir erro de premissa fática

Nos termos do art. 116 do RICARF, "*[c]abem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a Turma*". Além disso, quando houver "*inexatidão material devida a lapso manifesto*", suscitada pelos legitimados a opor embargos de

DOCUMENTO VALIDADO

Original

declaração, a petição deverá ser recebida como embargos e resultar na prolação de um novo acórdão. É o que se extrai do art. 117 do RICARF:

> Art. 117. As alegações de inexatidão material devida a lapso manifesto ou de erro de escrita ou de cálculo existentes na decisão, suscitadas pelos legitimados a opor embargos, deverão ser recebidas como embargos, mediante a prolação de um novo acórdão.

No mesmo sentido, o art. 1.022 do Código de Processo Civil estabelece que cabem embargos de declaração para (i) esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; (ii)b suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; (iii) corrigir erro material.

No **Acórdão paradigma nº 1302-002.105**, entendeu-se que, apesar de os embargos de declaração serem o remédio processual adequado quando a decisão embargada ocorre em omissão, contradição ou obscuridade, a jurisprudência acolhe embargos quando a decisão embargada parte de premissa equivocada. No **Acórdão paradigma nº 1401-001.260**, por sua vez, o erro quando aos fatos nos quais se fundou a decisão foi entendido como enquadrável tanto "*na hipótese de obscuridade, posto que as razões de decidir não encontram respaldo fático para subsunção da norma, quanto na hipótese de contradição, posto que contrária à prova dos autos*".

No Acórdão n.º 9101-005.395[5], julgado em 11.03.2021, a CSRF conclui que a adoção de premissa equivocada configura erro de fato, passível, excepcionalmente, de correção pela via dos embargos de declaração. Confira-se:

> De acordo com o artigo 65 do RICARF, os embargos de declaração são cabíveis quando houver "**obscuridade, omissão ou contradição** entre a decisão e os seus fundamentos, ou for **omitido ponto** sobre o qual deveria pronunciar-se a turma". Já o art. 66 estabelece que as "**inexatidões materiais** devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculo existentes na decisão" podem ser corrigidos por meio de embargos inominados.
>
> O Código de Processo Civil – CPC (Lei nº 13.105-2015), no seu art. 1.022, de forma muito semelhante, afirma que os embargos de declaração são cabíveis para "esclarecer **obscuridade** ou eliminar **contradição**, (...) **suprir omissão de ponto ou questão** sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, [e] corrigir **erro material**".
>
> Afora o fato de o CPC, portanto, tratar como embargo de declaração a hipótese para a qual o RICARF prevê o uso de embargos inominados (qual seja, o erro material), fato é que a conformação de ambos os diplomas é substancialmente semelhante, nenhum dos dois fazendo qualquer menção expressa aos **erro de fato** ou aos **erro de direito** (ambos ditos **errores in judicando**).

[5] "Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Andréa Duek Simantob, Caio Cesar Nader Quintella, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Adriana Gomes Rêgo (Presidente)".

DOCUMENTO VALIDADO

Contudo, e nada obstante a existência de corrente jurisprudencial que, por este motivo, considere tais espécies de erros inatacáveis por meio de embargos, é também sólida a jurisprudência, tanto na esfera administrativa, quanto na judicial, que entende que, em situações excepcionais, é possível, sim, o uso de embargos de declaração para a correção desta espécie de vício na decisão.

Na esfera administrativa, pode-se referir, a título exemplificativo, os dois acórdãos citados como paradigmas.

Na esfera judicial, peço vênia para transcrever excerto do voto do Ministro Teori Zavascki, proferido nos Embargos de Divergência nos Embargos Declaratórios nos Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário nº 194.662 (RE 194662 ED-ED-EDv, consultado no sítio eletrônico http://portal.stf.jus.br/ em 02/09/2020).

Nada obstante o seu voto, naquela assentada, tenha restado vencido, ele contém uma excelente síntese da enorme variedade de situações em que o Supremo Tribunal Federal (STF), atendendo a situações consideradas de **"caráter excepcional"**, afastou-se da literalidade do art. 535 do CPC/1973 (correspondente ao art. 1.022 do atual CPC), para **"corrigir equívocos relevantes no acórdão embargado"**, de modo a **"aprimorar a entrega da prestação jurisdicional adequada ao caso"**:

> "Justamente nessa linha é que esta Suprema Corte, em inúmeras situações – consideradas de "caráter excepcional" – deixou de lado a interpretação literal e estrita do art. 535 do CPC, para o efeito de acolher embargos de declaração com efeitos infringentes, sempre que fosse necessário para corrigir equívocos relevantes no acórdão embargado.
>
> Dentre outros muitos pretextos para acolher embargos declaratórios com essa finalidade infringente, pode-se destacar: (a) a modulação de efeitos de decisões em processos objetivos, v.g., a ADI 2797 ED, Red. p/ acórdão Min. AYRES BRITTO, DJe de 28/2/13; (b) a consideração de peculiaridades do caso concreto, v.g. o RE 602.867 AgR-ED-ED, 1ª Turma, Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 5/11/14; (c) correção de sobrestamento indevido, v.g. o RE 595.050 AgR-ED, 1ª Turma, Min. RICARDO LEWANDOWSKI; (d) anulação de acórdão que não respeitou a sistemática do sobrestamento quando devia tê-lo feito, v.g. AI 699.241 AgR-ED, 2ª Turma, Minª. ELLEN GRACIE, DJe de 8/6/11; (e) reforma de acórdão que proveu recurso sobre matéria não prequestionada, v.g., RE 596.686 AgR-ED, 2ª Turma, Min. CEZAR PELUSO, DJe de 20/8/12; (f) equívoco na aferição de tempestividade, v.g., AI 796.359 AgR-ED, 1ª Turma, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 8/8/12; (g) restauração do devido processo legal, v.g., ED´s no HC 92.484, 2ª Turma, Min. JOAQUIM BARBOSA; e (h) até mesmo pela evidente discrepância entre o acórdão embargado e a jurisprudência do Plenário (AI 601.974 AgR-ED, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 13/8/14). Vale recordar, ademais, que a própria abertura da Corte à diuturna prática de conversão de embargos de declaração em agravo regimental ilustra como recursos de

DOCUMENTO VALIDADO

> compleição diversa são tidos como substitutos naturais do instrumento próprio, sempre que isso servir para aprimorar a entrega da prestação jurisdicional adequada ao caso."

Transcrevo, ademais, a ementa do seguinte precedente do STF, proferido em situação fática bastante assemelhada ao caso dos autos, uma vez que o erro de fato ocorrido estava também vinculado à data de determinado ato processual (no caso, a data da interposição do recurso):

> "**Embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento. Erro material. Efeitos infringentes. Possibilidade, em casos excepcionais.** Ação rescisória. Pressupostos de admissibilidade. Legislação infraconstitucional. Prêmio de produtividade. Ofensa a direito local. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade.
>
> **1. É possível conferir efeitos infringentes aos embargos de declaração no caso de equívoco quanto à aferição da tempestividade do recurso extraordinário.**
>
> [...]
>
> 4. Embargos de declaração acolhidos para, atribuindo a eles excepcionais efeitos infringentes, negar provimento ao agravo de instrumento. (EDcl. no Ag.Reg. no Agravo de Instrumento nº 796.359, Relator Min. Dias Toffoli, DJe 08/08/2012)

Da mesma forma, também no Superior Tribunal de Justiça (STJ) é bastante forte a corrente que reputa admissível o uso de embargos de declaração com efeitos infringentes, em **caráter excepcional**, para a correção de **"premissa equivocada"** ou **erro de fato** sobre o qual se tenha fundado o acórdão embargado, **quando tal for decisivo para o resultado do julgamento**, conforme se verifica nos precedentes abaixo:

> "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. EFEITOS INFRINGENTES. DECISÃO FUNDAMENTADA EM PREMISSA EQUIVOCADA. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REEXAME DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. 1. "**É admitido o uso de embargos de declaração com efeitos infringentes, em caráter excepcional, para a correção de premissa equivocada, com base em erro de fato, sobre a qual tenha se fundado o acórdão embargado, quando tal for decisivo para o resultado do julgamento" (EDcl no REsp 599653/SP, 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, DJ de 22.08.2005). (...)**" (REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009) (destaques acrescidos)
>
> "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 126/STJ. PREMISSA FÁTICA EQUIVOCADA. POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO. OCORRÊNCIA. AÇÃO RESCISÓRIA. PRESSUPOSTOS DE

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

CABIMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 343/STF. DISCUSSÃO CONSTITUCIONAL NA RESCISÓRIA. INAPLICABILIDADE.

1. **O embargos de declaração podem ser acolhidos com efeitos modificativos, sempre na via da excepcionalidade, e somente quando o acórdão embargado contiver alguns dos vícios previstos no art. 535 do Código de Processo Civil, cuja correção redunde em imperativa mudança no resultado do julgamento. Entretanto, a jurisprudência tem admitido o uso dos aclaratórios com efeitos infringentes na hipótese de haver a decisão embargada se fundado em premissa fática equivocada e que se traduza em errôneo julgamento do feito**.

2. **A decisão proferida por esta Corte para impedir o prosseguimento do recurso especial, que se fundamenta em premissa fática equivocada, mas determinante para a aplicação do óbice sumular contido no verbete 126/STJ, é passível de correção via embargos de declaração com efeitos infringentes** quando, na verdade, o objeto do apelo extremo é de índole eminentemente infraconstitucional, porquanto se restringe às hipóteses de cabimento da ação rescisória, que foi prematuramente obstada na origem.

3. A jurisprudência deste Superior Tribunal é uníssona no sentido de que não incide a Súmula 343 do STF quando o tema discutido na rescisória for de índole constitucional.

4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial e determinar o retorno dos autos à origem para reexame da causa, afastada a incidência da Súmula 343/STF." (EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp nº 1.051.059/RJ, DJe: 03/02/2014, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe: 03/02/2014)

"PROCESSUAL CIVIL. FGTS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. CONFIGURAÇÃO DE ERRO NO JULGADO PROFERIDO PELO TRIBUNAL A QUO EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS MODIFICATIVOS. POSSIBILIDADE IN CASU. **1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão ou sentença, omissão, contrariedade ou obscuridade, nos termos do art. 535, I e II, do CPC. 2. In casu, inexiste contrariedade ao art. 535 do CPC quando a Turma Julgadora, a fim de corrigir erro material do acórdão objeto dos embargos declaratórios, aplica-lhes efeitos infringentes. 3. Excepcionalmente, nesses casos, este Tribunal firmou o entendimento de que, para correção de premissa equivocada, sobre a qual tenha se baseado o acórdão recorrido, são admissíveis os aclaratórios com efeitos modificativos**. **4. Precedentes deste Tribunal: REsp 578.868/MG (DJ de 01.03.2007); EDcl no REsp 727.838/RN (DJ de 25.8.2006); REsp 387.482/SC (DJ de 20.03.2006); AgRg no REsp 258.485/SP (DJ de 01.07.2005); EDcl no CC 31.058/MG (DJ**

> **de 17.12.2004); REsp 577.997/SC (DJ de 13.09.2004). (...)**" (REsp 885.303/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2008, DJe 18/06/2008) (destaques acrescidos)

O último precedente acima mencionado, do STJ, conforme visto, menciona uma série de outros precedentes daquela Corte, no mesmo sentido.

Tudo isto posto, e retornando ao caso concreto dos autos, não tenho dúvidas em afirmar que o erro apontado é evidentemente decisivo para o resultado a ser alcançado.

De fato, como bem esclareceu a presidente da turma embargada, quando, em decisão monocrática, admitira os embargos, a recorrente, na ocasião, buscou enquadrar o erro apontado como omissão, ou, alternativamente, contradição1. Contudo, afirmou ela que, tomado isoladamente, o voto condutor não evidenciaria contradição, pois esta apenas pode se dar entre a decisão e seus fundamentos, e a conclusão do voto condutor da decisão embargada, de que "em 2010 não havia expirado o prazo de 5 (cinco) anos contados da retificação da DCOMP em 16/09/2006 seria coerente [com aquela premissa] e conduziria a conclusão de rejeitar a arguição de decadência do direito de o Fisco analisar a compensação". Assim, enquadrou o vício apontado como "premissa fática equivocada", a qual teria acarretado, ao fim e ao cabo, uma **omissão** do colegiado, pois "a indicação equivocada da data de ciência do despacho decisório acaba por suprimir a manifestação do Colegiado acerca da fluência do prazo decadencial sob outro referencial".

O acórdão recorrido, contudo, afirmou que de omissão não se tratava, mas sim de "erro material por falta de análise de documento constante destes autos (...) impugnável por meios próprios" (mas não por embargos).

Ora, se a decisão não é contraditória, pois a sua conclusão é coerente com a premissa (equivocada), e tampouco há omissão, porque a questão, afinal, foi decidida (a recorrente alega que o prazo decadencial para o fisco analisar a compensação já teria fluído, e a decisão recorrida afirmou que isto não ocorreu), e os embargos não podem ser conhecidos para analisar o vício apontado, pergunta-se então como seria possível recorrer, no mérito, daquela decisão, em sede de recurso especial (único meio que restou disponível).

Qual divergência seria alegada, e onde encontrar paradigmas para sustentar o recurso, se tomado por "verdade processual" que a ciência do despacho decisório se deu antes de cinco anos da apresentação da DCOMP? Ora, é evidente que o recurso especial mostra-se inviável (impossível), sob qualquer ótica, para discutir o mérito da questão controversa.

Com todas as vênias às respeitáveis opiniões em contrário, não posso aceitar que um erro assim tão evidente, e essencial para o deslinde do feito, não possa ser (re)apreciado pelo órgão julgador, quando se tem que no caso que o relator do acórdão recorrido simplesmente afirmou no seu voto — e sem sequer especificar

DOCUMENTO VALIDADO

de onde teria extraído a informação, é bom repisar — que a ciência do despacho decisório se teria dado "durante o ano-calendário 2010" (sem especificar exatamente quando), sendo que **o próprio relator informou, no relatório da mesma decisão**, que o contribuinte foi **"Cientificado do Despacho Decisório em 06/12/2011"**, tendo apresentado manifestação de inconformidade **"tempestiva, em 04/01/2012"**.

Ora, se a defesa se mostrou tempestiva em 04/01/2012, não é possível que a ciência tenha se operado "durante o ano-calendário 2010".

Aliás, confirmando que a ciência do despacho decisório se deu em 06/12/2011 há também, nos autos, a própria decisão de piso (DRJ), que assim o afirmou a **fl. 394** (**"O Despacho Decisório foi cientificado ao contribuinte no dia 6 de dezembro de 2011 [fl. 190]"**), bem como o recurso voluntário, que assim o afirmou a fls. 422 dos autos:

> "**Como se vê do próprio acórdão recorrido** (**fls. 394 dos autos** e fls. 2 do acórdão), a última compensação declarada pela recorrente se deu em 16/07/2006, enquanto que **a contribuinte foi cientificada do despacho decisório apenas em 06/12/2011**.
>
> Ora, não bastasse tratar-se de saldo negativo de IRPJ do ano de 2002, **o despacho decisório foi entregue à recorrente mais de cinco anos da última compensação**."

Não é possível enquadrar-se a situação ocorrida no caso dos autos na esfera de que o julgador seja "livre para apreciar a prova", como defendeu a decisão recorrida e a Fazenda Nacional em suas contrarrazões.

Um erro de tamanha magnitude, mormente quando evidente, como é o caso dos autos, pode ser atacado, a meu ver, por meio de embargos declaratórios, consoante o demonstra toda a jurisprudência aqui colacionada, motivo pelo qual merece reforma a decisão recorrida, consubstanciada no acórdão nº 1302-002.768.

Por todo o exposto, **conheço e dou parcial provimento ao recurso especial**, para determinar o retorno dos autos ao colegiado a quo, para que os embargos de declaração opostos pela recorrente ao acórdão nº 1302-001.562 sejam conhecidos e julgados por aquele colegiado.

Note-se que, nos termos do voto acima transcrito, que adoto como razões de decidir, os embargos de declaração somente serão cabíveis para corrigir o erro com relação à premissa fática adotada quando isso for decisivo ao resultado do julgamento. Assim, é preciso verificar se, no presente caso, o erro com relação à premissa fática foi ou não decisivo.

O **primeiro erro** se refere à suposta existência na acusação fiscal de exigência de que o sacrifício econômico ocorresse em moeda corrente. Analisando o acórdão recorrido, se infere que, apesar de o Relator rebater essa exigência supostamente contida na acusação fiscal,

DOCUMENTO VALIDADO

isso não foi decisivo a sua conclusão. Isto é, as considerações contidas no acórdão recorrido com relação à inexigência de pagamento em moeda em nada afetaram o resultado do julgamento.

O mesmo ocorre com relação ao **segundo erro**. Como tratado no item I.1 acima, a suposta nulidade por ausência de referência ao art. 149, VII, do CTN, foi "superada" pelo relator com fulcro no art. 59, parágrafo 3º do Decreto nº 70.235/1972, o que indica que o colegiado não se pronunciou sobre este ponto. E se o erro de premissa fática está contido em um trecho que pode ser considerado um *obter dictum*, por óbvio que isso não foi decisivo ao resultado do julgamento.

Assim, no presente caso, não cabem embargos de declaração, tendo em vista que os erros com relação às premissas fáticas adotadas não foram decisivos ao resultado do julgamento. E, diante disso, deve ser negado provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

III – CONCLUSÕES

Diante do exposto, voto por CONHECER do recurso especial apenas no que se refere à matéria "cabimento dos embargos de declaração para corrigir erro de premissa fática" e, na parte conhecida, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

Assinado Digitalmente

Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheira **Edeli Pereira Bessa**

A exigência veiculada nestes autos dá continuidade a glosas de amortizações de ágio já questionadas no âmbito do processo administrativo nº 10805.722537/2015-15, com respeito aos anos-calendário 2011 a 2013. Aqui, as glosas se referem aos anos-calendário 2015 e 2016.

A autoridade lançadora apontou que Companhia Brasileira de Distribuição – CBD foi a real adquirente e que não se verificou a confusão patrimonial desta com a investida, bem como discordou da amortização do ágio em 5 (cinco) anos, já que a projeção de resultados considerou 10 (dez) anos futuros, e ainda questionou a alocação de todo o valor projetado em rentabilidade futura, desconsiderando intangíveis e reavaliação de ativos. A penalidade foi qualificada porque, nos termos do relatório do acórdão recorrido, houve a interposição de *uma sociedade com existência meramente formal, o que caracterizaria a operação como simulada e fraudulenta*.

DOCUMENTO VALIDADO

A autoridade julgadora de 1ª instância manteve integralmente a exigência, e o Colegiado *a quo* assim decidiu no Acórdão nº 1201-006.273:

> Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em afastar as preliminares de nulidade e, no mérito, dar provimento ao recurso voluntário. Vencida a Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, que dava parcial provimento apenas para exonerar a qualificação da multa de ofício. Os Conselheiros Fredy José Gomes de Albuquerque e Neudson Cavalcante Albuquerque acompanharam o voto do relator pelas suas conclusões no que tange ao questionamento do valor do ágio.

No mérito da exigência principal, os outros 5 (cinco) Conselheiros do Colegiado acompanharam o relator, Conselheiro Lucas Issa Halah, sendo que 2 (dois) deles indicaram ter ressalvas a seus fundamentos *no que tange ao questionamento do valor do ágio*, mas não apresentaram declaração de voto. Na qualificação da penalidade, 4 (quatro) Conselheiros do Colegiado acompanharam o relator sem ressalvas. Assim, são os fundamentos do relator que orientam a decisão adotada.

No que importa à questão de fundo, o voto condutor do acórdão recorrido discorre sobre a exigência de *efetivo sacrifício econômico,* concluindo que porque *houve sacrifício econômico da Mandala e união de seu acervo com a Recorrente, mediante incorporação reversa daquela por esta, a dedutibilidade do ágio deve ser chancelada*, bem como abordou o tema *simulação e empresa veículo,* neste ponto cogitando de nulidade do lançamento por não ter indicado *se a revisão do lançamento se deu por aplicação do artigo 149, VII, do CTN, do parágrafo único do artigo 116 do CTN, ou eventual outra base legal, muito embora a autoridade autuante tenha falado em simulação e ausência de "propósito societário"*. Mas, superando tal nulidade, afastou a alegação de simulação por considerar *frágeis* os elementos de convencimento da autoridade fiscal, e invocou os fundamentos do Acórdão nº 9101-006.287 que apreciou e afastou a primeira glosa do ágio aqui discutido.

Quanto ao prazo de amortização fiscal do ágio, o relator concluiu que *não há amparo legal para se vincular o prazo de dedutibilidade ao número de anos considerado pela avaliação econômica que embasou a precificação do empreendimento adquirido, ainda que a regulamentação societária determine que para tais fins os registros contábeis devam seguir outra lógica.* Por fim, com respeito à fundamentação de todo o ágio em rentabilidade futura, o relator afirmou que *na ausência de norma específica em sentido diverso, o princípio da Verdade Material demanda a prevalência da realidade, de maneira que a "demonstração" pode ser feita segundo critérios de conveniência do Contribuinte.*

O voto do relator também assegurou a dedutibilidade das amortizações de ágio no âmbito da CSLL e, assim, negou provimento ao recurso voluntário.

A PGFN opôs embargos de declaração apontando obscuridades:

DOCUMENTO VALIDADO

i) na indicação de que a autoridade fiscal teria limitado a geração de ágio a *aquisição paga em moeda corrente*, vez que, *examinando o inteiro teor do termo de verificação fiscal (e-fls. 671/707), não se extrai qualquer restrição imposta pela autoridade fiscal em razão de parte do preço ter sido paga em ações,* bem como nada há *que indique que o sacrifício econômico deva ocorrer, necessariamente, em moeda;*

ii) quanto ao fundamento legal da acusação de simulação, afirmando-se que *não se indicou se a revisão do lançamento se deu por aplicação do artigo 149, VII, do CTN,* muito embora o Termo de Verificação Fiscal faça referência expressa a tal dispositivo legal.

Os embargos foram rejeitados em ambos os pontos porque vício de fundamentação não seria passível de correção em sede de embargos e porque as alegadas obscuridades não dificultaram a compreensão da decisão atacada.

O recurso especial se prende, inicialmente, à rejeição dos embargos, asseverando que o Colegiado *a quo* deu provimento ao recurso voluntário *partindo de duas premissas fáticas equivocadas*, mas, embora reconhecido esse descompasso, o presidente do Colegiado *entendeu que os embargos de declaração não são o meio adequado para corrigir erro de premissa fática.*

Cabe primeiro recordar que o Regimento Interno do CARF passou a prever expressamente, a partir da Portaria MF nº 1.634/2023 que, no âmbito do recurso especial, o prequestionamento da matéria pode estar presente *no acórdão recorrido, ou ainda no despacho que rejeitou embargos opostos tempestivamente ou no acórdão de embargos*. Assim, a temática trazida pela PGFN constitui irresignação contra o acórdão recorrido integrado pela rejeição dos embargos opostos tempestivamente, e não contra o despacho que rejeitou os embargos opostos. Embora não haja previsão regimental de recurso contra o despacho que rejeita embargos, os efeitos desta rejeição em face do que decidido em acórdão pode evidenciar interpretação da legislação tributária divergente especialmente em face de outro acórdão que, em circunstâncias semelhantes, apreciou embargos admitidos.

O paradigma nº 1302-002.105, por sua vez, de fato afirma *que os embargos de declaração são o instrumento processual adequado para corrigir erro de premissa fática*. Naquele caso, porém, o erro foi *entender que a decisão proferida nos autos do PAF nº 19515.002353/2005-95 era definitiva. Tanto tal decisão não era definitiva que os embargos de declaração opostos em face dela foram julgados nesta mesma assentada, tendo sido dado efeitos infringentes a tais embargos*. Assim, os embargos foram acolhidos e o acórdão embargado anulado, para que fosse proferida nova decisão.

A distinção entre os casos é que no paradigma a existência de erro era patente e sua repercussão na decisão adotada era relevante, porque determinante para o fundamento aplicado. Veja-se, inclusive, que lá os embargos foram admitidos sob a ótica de que houve omissão

DOCUMENTO VALIDADO

acerca de ponto sobre o qual a Turma deveria se pronunciar, consoante transcrição do despacho de admissibilidade relatado no paradigma:

> A situação de omissão está apontada objetivamente. Verifica-se que não houve expressa manifestação do julgado sobre ponto em que se impunha o seu pronunciamento de forma obrigatória, dentro dos ditames da causa de pedir, qual seja, é imperioso que o Colegiado se pronuncie acerca da ausência de definitividade da decisão no processo nº 19515.002353/2005-95, referente ao lançamento principal de IRPJ e CSLL reflexa e os possíveis reflexos, no presente feito, no caso de decisão diversa da decidida ainda poder ser tomada pela CSRF naquele processo (nº do processo nº 19515.002353/2005-95).

Já no presente caso, a própria embargante trata os temas como mera obscuridade, e evidencia em suas alegações que os apontamentos destacados mereceriam, apenas, esclarecimentos, possivelmente para não constituírem diferenciais do caso concreto em relação a outros cujas decisões poderiam ser invocadas como paradigmas de divergência jurisprudencial. O reconhecimento desta circunstância particular está evidenciado na ressalva, pela presidência do Colegiado *a quo,* de que a *Embargante demonstrou que compreendeu a fundo o texto da decisão atacada, a ponto de apontar um descompasso entre o que esta afirma e o que afirmou a fiscalização.* Ou seja, compreendeu-se desnecessário levar o caso, novamente, ao Colegiado embargado se o vício de premissa constatado havia sido compreendido e poderia ser debatido internamente à questão de fundo. No paradigma nº 1302-002.105 tal circunstância não se verificaria, porque não seria possível cogitar qual a decisão do Colegiado embargado se estivesse frente aos fatos ali não considerados.

Na primeira obscuridade este menor prejuízo se evidencia porque os trechos do voto condutor do acórdão embargado transcritos pela PGFN mostram que a demanda de a aquisição ser *paga em moeda corrente* é analisada conjuntamente com outras formas de liquidação para se concluir que houve sacrifício econômico no caso sob análise. Já na segunda obscuridade, a PGFN diz não estar claro porque *o Colegiado não considerou a informação, presente no relatório fiscal, de que o art. 149, VII do CTN, foi utilizado pela autoridade fiscal como base legal do lançamento*, mas não demonstra que esta circunstância foi determinante para a decisão adotada, o que inclusive não seria possível, vez que o voto condutor do acórdão embargado invoca o art. 59, §3º do Decreto nº 70.235/72 para deixar de declarar a nulidade do lançamento e apreciar a ocorrência, ou não, de simulação.

O paradigma nº 1401-001.260, por sua vez, também afirma que *erro de fato é passível de revisão por meio de embargos*, e inclusive insere tal possibilidade tanto no âmbito de obscuridade, como da contradição, quando evidenciada decisão *contrária à prova dos autos.* E esta última circunstância era a presente naquele caso, vez que a decisão embargada foi determinada pela *ausência de servidores fiscais no cumprimento da ordem de busca e apreensão*, sendo evidenciado nos embargos que *houve o acompanhamento fiscal em referida diligência, nos exatos termos da decisão judicial*. Em consequência, foi anulado o acórdão embargado para que

DOCUMENTO VALIDADO

outra decisão fosse proferida, vez que não subsistiu substrato fático a sustentar a decisão adotada.

Consoante relatado no paradigma, a PGFN demonstrou nos embargos de declaração os fatos que teriam sido desconsiderados, os quais, aparentemente, foram referidos em documentos juntados naquela ocasião, motivo, inclusive, para abertura de vistas dos autos à parte contrária antes do julgamento dos embargos. Veja-se:

> Intimada a Fazenda Nacional acerca da decisão, a mesma opôs embargos de declarações por meio dos quais alega que a mesma "se baseou em falsa premissa fática, já que houve sim a participação de Auditores da RFB na busca e apreensão autorizada nº Processo nº 2005.80.00.0058765, conforme resta comprovado pelos documentos a seguir mencionados e anexados aos presentes autos".
>
> Nesse sentido, apresenta, a Embargante, os seguintes documentos:
>
> a) cópia de email interno da receita Federal do Brasil, com designação de servidores para aprticipar de busca e apreensão no período de 16/07/2008 a 17/07/2008 em Maceió;
>
> b) concessão de diárias a auditores da RFB de Recife para o cumprimento da diligência em Maceio, conforme acima apontado;
>
> c) declaração firmada pelos auditores fiscais Antônio Sinval Machado Filho e João Felipe Rocha Lages, firmando ter participado da operação descrita nº presente processo;
>
> d) autorização judicial outorgada no processo judicial em referência, autorizando o compartilhamento dos documentos apreendidos com a Receita Federal do Brasil
>
> Em face de referidos documentos, propus fosse aberta vista dos mesmos ao Contribuinte, que apresentou petição alegando o seguinte:
>
> a) peça da Fazenda Nacional não é embargos de declaração, mas verdadeiro recurso de apelação, cuja previsão não existe no Regimento Interno do CARF, vez que pretende a apreciação de documentos novos;
>
> b) que os documentos ora apresentados não são contemporâneos e não constam original do processo;
>
> c) que a escrivã de Polícia, sra. Cândida Ferreira de Olveira Sousa, descreveu a equipe "que participara da operação de busca e apreensão, mencionou os nomes das pessoas que estavam na imobiliária, anotou os dados de testemunhas que lá estavam presentes, todavia, não mencionou a presença de Auditores Fiscais da receita Federal na operação";
>
> d) não consta, também, a participação de referidos Auditores Fiscais do Relatório Circunstanciado de Busca e Apreensão;

DOCUMENTO VALIDADO

e) que a ausência dos Auditores Fiscais na operação de busca e apreensão teria sido reconhecida pela DRJ do Recife, ao afirmar, no acórdão nº 11.34007, que *"a ausência do Auditor Fiscal, da Receita Federal naquela diligência"* não *inquina de validade a ação"*;

f) que o relatório realizado pelo Delegado Antônio Miguel Pereira Júnior, que presidiu a diligência, não faz referência à presença de Auditores Fiscais;

g) que os Auditores Fiscais relacionados no email e designados para acompanhar a operação não são s mesmos que declaram ter participado da diligência.

É o relatório, no necessário.

Aqui, como já demonstrado, a decisão adotada no acórdão recorrido não se sustenta, apenas, nos pontos em que se vislumbrou os alegados erros de premissa fática.

Por todo o exposto, conclui-se que a divergência jurisprudencial arguida não é solucionada, apenas, sob a ótica de ser possível, ou não, a oposição de embargos de declaração para correção de premissa fática do acórdão embargado, como compreendeu o exame de admissibilidade. Os paradigmas admitiram tal possibilidade diante de erro de premissa fática determinante para a decisão adotada pelos Colegiados embargados, a ponto de configurar omissão de ponto sobre o qual a Turma deveria de pronunciar, ao passo que, no presente caso, as arguições da embargante demandavam, apenas, esclarecimentos, sem demonstrar que os erros alegados ensejaram resultado distinto do que seria esperado se a obscuridade fosse saneada.

É possível afirmar que os embargos opostos contra o acórdão recorrido mais apontam vícios de fundamentação do que erro de premissa fática. Daí porque os embargos, aqui, foram rejeitados por não evidenciarem obscuridade que demandasse esclarecimento, ao passo que nos paradigmas os embargos foram admitidos por evidenciarem omissão de ponto acerca do qual a Turma deveria se pronunciar.

Estas as razões para divergir da I. Relatora e NEGAR CONHECIMENTO ao recurso especial da PGFN na matéria "cabimento dos embargos de declaração para corrigir erro de premissa fática".

Na matéria "real adquirente (ausência de confusão patrimonial - empresa veículo)", a I. Relatora bem expõe que não devem ser considerados, na análise da similitude entre os casos, os fundamentos do voto condutor do acórdão recorrido acerca da cogitada nulidade do lançamento por falta de apontamento dos dispositivos legais que justificariam a revisão da apuração da Contribuinte por simulação e ausência de "propósito societário". Como mencionado na apreciação da matéria anterior, os efeitos destas ocorrências foram desmerecidos sob invocação do art. 59, §3º do Decreto nº 70.235/72, motivo inclusive para desassemelhar o erro de premissa fática apontado em relação à (não)invocação do art. 149, VII do CTN pela Fiscalização das circunstâncias presentes nos paradigmas lá indicados.

Já com respeito à situação analisada no acórdão recorrido, embora a I. Relatora bem detalhe a sequência de atos praticados para aquisição do investimento que resultou no

DOCUMENTO VALIDADO

pagamento de ágio presente em seu relatório, tem-se que o voto condutor do acórdão recorrido não destaca circunstâncias específicas como a efetivação do pagamento, parte a vista e parte a prazo, da parcela de 70,24% do capital social da investida, bem como da parcela de 25,22%, objeto de oferta pública. O relator apenas releva o fato de a existência da empresa veículo ser efêmera (cerca de 1 (um) ano), afirmando que houve efetivo sacrifício econômico, destacando a possível necessidade de superar *obstáculos burocráticos que a extinção por incorporação acarreta em negócios em andamento com uma infinidade de contratos firmados, notadamente em segmentos comerciais distintos*, e menciona que *Mandala juridicamente e efetivamente praticou os atos inerentes à aquisição do investimento, sendo a pessoa jurídica que assinou os documentos, assumiu juridicamente os encargos da transação e transmitiu comunicados ao mercado.* Assim, o fato de a aquisição ter se dado em duas fases, sendo a segunda delas em oferta pública de ações, não pode ser elemento distintivo em relação às operações tratadas nos paradigmas. É possível inferir, apenas, a consideração de multiplicidade de atos de aquisição, com a consequente assunção dos encargos, bem como da circunstância específica de necessidade de comunicação ao mercado em face do volume de ações adquiridas e da composição societária da investida.

De toda a sorte, concorda-se com a conclusão da I. Relatora de que os paradigmas admitidos não se prestam a evidenciar dissídio jurisprudencial em face do que decidido no recorrido.

O paradigma nº 9101-003.612 foi trazido como decisão que nega a possibilidade de amortização fiscal de ágio *oriundo de aquisição com uso de recursos financeiros de outrem,* como expresso em sua ementa. Contudo, a "empresa-veículo" lá referida apresentava as seguintes características:

> - a empresa BFL Participações e Empreendimentos foi criada em 11/07/2006 e baixada em 30/04/2007, por ocasião da incorporação pela recorrente, até então sua controlada. Segundo a DIPJ/2007 da BFL, o seu quadro societário era formado pela BIC Amazônia S.A. [99,99% do capital] e BIC Brasil S.A. [0,01% do capital], denominada nº Termo de Verificação Fiscal por Grupo BIC;
>
> - pouco mais de um mês após a instituição da BFL (23/08/2006), seus sócios(Grupo BIC) realizaram uma assembleia geral extraordinária e homologaram o aumento de seu capital para R$ 100.000.000,00;
>
> - 13 dias depois (05/09/2006), a BFL adquiriu a totalidade das ações da PIMACO pelo valor de R$ 96.000.000,00, aí computados ágio de R$ 79.834.147,77;
>
> - decorridos 6 meses (15/03/2007), PIMACO (ora recorrente) incorporou sua controladora (BFL) tendo como justificativas, segundo o Protocolo e Justificação de Incorporação do Acervo Líquido de BFL –, os seguintes pontos: i) maior capacidade financeira e patrimonial à incorporadora; ii) racionalização e simplificação de sua estrutura societária; iii)união de recursos empresariais e patrimônios envolvidos; iv) racionalização e simplificação da gestão;

DOCUMENTO VALIDADO

> - segundo o Termo de Verificação, BFL e PIMACO pertenciam aos mesmos sócios na ocasião da incorporação;
>
> - a partir de então (abril/2007), a recorrente passou a amortizar o ágio.

A partir destas características, o voto condutor do paradigma, distintamente do recorrido, dá relevo à existência efêmera de BFL, entre 11/07/2006 e 30/04/2007, em contexto semelhante ao presente no qual MANDALA existiu por cerca de 1 (um) ano. Contudo, o único ato praticado por BFL seria o pagamento de R$ 96.000.000,00 pela aquisição da investida, efetuado 13 (treze) dias depois do aporte de capital do Grupo BIC, no valor de R$ 100.000.000,00. Sob esta ótica, BFL *deixou como único legado a possibilidade de utilização indevida de um benefício fiscal, como é característico das "empresas veículos".* Não há menção, sequer, a características do alienante da participação societária adquirida, valendo notar que a investida está indicada como sociedade por quotas de responsabilidade limitada no cabeçalho do paradigma. Já MANDALA, *juridicamente e efetivamente praticou os atos inerentes à aquisição do investimento, sendo a pessoa jurídica que assinou os documentos, assumiu juridicamente os encargos da transação e transmitiu comunicados ao mercado*, aspectos estes guardaram maior complexidade do que o único pagamento vislumbrado na aquisição analisada no paradigma, mormente em se tratando a investida de uma sociedade por ações com múltiplos acionistas.

É certo que o paradigma também refuta, por transcrição da decisão lá recorrida, o argumento deduzido no recorrido em favor da interposição de "empresa-veículo", com vistas a superar *obstáculos burocráticos que a extinção por incorporação acarreta em negócios em andamento com uma infinidade de contratos firmados, notadamente em segmentos comerciais distintos*. Como exposto no paradigma, *a pseudo justificativa trazida aos autos pode ser considerada um argumento sem conteúdo. A RECORRENTE deveria demonstrar algo bem simples: por que não se fez a aquisição de PIMACO diretamente pelas empresas do GRUPO BIC, sem a criação de BFL? A alegação de que necessitava manter as operações segregadas em nada interfere em minha conclusão: bastaria adquirir PIMACO diretamente, sem contudo, incorporá-la!*

Todavia, cabe aqui concordar com a conclusão da I. Relatora de que não é possível afirmar que o Colegiado que editou o paradigma também discordaria da interposição de MANDALA no contexto da operação aqui analisada.

O paradigma nº 9101-003.363, por sua vez, foi recentemente rejeitado por este Colegiado, à unanimidade de votos, no Acórdão nº 9101-007.388, vez que a pessoa jurídica lá interposta na aquisição operava há muitos anos no mesmo segmento da investida, bem como nos Acórdãos nº 9101-007.430 e 9101-007.431, porque a pessoa jurídica interposta na primeira fase de aquisição realizou substanciais operações em razão da multiplicidade de alienantes das ações adquiridas, enquanto a pessoa jurídica interposta na segunda fase de aquisição era operacional. Esta Conselheira assim consignou no voto declarado nestes dois últimos precedentes:

> De fato, os seguintes excertos do voto condutor do acórdão recorrido evidenciam que importaram para a decisão o fato de EBAL, embora sendo uma *holding,* ter realizado substanciais operações com vistas a operacionalizar a aquisição do

DOCUMENTO VALIDADO

investimento em face da multiplicidade de vendedores titulares das participações negociadas, e de EBL ser pessoa jurídica operacional:

> Por concordar com as conclusões expostas pelo Conselheiro Claudio de Andrade Camerano sobre as operações que deram origem à autuação, transcrevo abaixo o seu voto, que adoto como razões de decidir.
>
> > Da análise do litígio posto
> >
> > **Do 1º Ágio – aquisição de 70% da SERASA (Recorrente)**
> >
> > [...]
> >
> > No caso em debate, temos a compradora EBAL de um lado e os vendedores do outro, que são várias instituições financeiras de grande porte, tais quais aquelas que constam, à época, no Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças, a saber:
> >
> > [...]
> >
> > Pelo racional da autoridade fiscal autuante, as empresas holandesas poderiam fazer a compra diretamente, sem necessidade de uma empresa aqui no Brasil, no caso a EBAL, participar da aquisição das ações da Recorrente.
> >
> > Sim, poderiam, mas pela natureza do contrato de aquisição das ações, só a variedade/quantidade dos vendedores (acionistas majoritários) e o pagamento a eles de centenas de milhões de reais, aliado aos pagamentos a dezenas de acionistas minoritários, já justificaria **a participação na operação de uma empresa sediada no Brasil para a condução do negócio pactuado**, segundo a recorrente "...junto a mais de 40 acionistas vendedores." A Recorrente, no recurso voluntário, detalha as suas razões pela utilização de uma sociedade holding brasileira (EBAL), quais sejam: aspectos financeiros decorrentes de dezenas de pagamentos aos vendedores, eventuais variações cambias negativas pois foram meses de negociação, efetivada em etapas, além dos aspectos regulatórios no BACEN, aspectos de execução, etc.
> >
> > Neste sentido, **entendo legítima a participação da empresa brasileira EBAL na condução dos negócios, aliás, tratava-se de uma condição pactuada no referido contrato**:
> >
> > [...]
> >
> > Ainda, a **EBAL apresentava em seus quadros administrativos várias pessoas de distintos cargos**, o que, aparentemente, revela que estariam aptos à participação na condução da operação, pelo menos não há nenhuma objeção ou restrição fiscal quanto a este quadro funcional da empresa.
> >
> > Enfim, no ponto, **não se vislumbra nenhuma condução artificial** na operação de compra de ações pela empresa brasileira EBAL, nos termos em que apontado pelo Fisco.
> >
> > [...]
> >
> > **Do 2º Ágio: Aquisição pela EBL e incorporação pela SERASA**

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

> Aqui estamos tratando de situação que envolveu ágio na aquisição da empresa Virid Interatividade Digital Ltda., pela empresa Experiam Brasil Ltda. (EBL), que guarda semelhança com a situação vista anteriormente
>
> [...]
>
> Enfim, no ponto, **não se vislumbra nenhuma condução artificial** na operação de compra de quotas pela empresa brasileira EBL na aquisição da VIRID, nos termos em que apontado pelo Fisco.
>
> Sendo **a EBL, legitimamente constituída e operante normalmente**, quem suportou o sobre preço na aquisição das quotas da VIRID, - e aí não importa se o recurso veio de sua controladora no exterior -, ela é quem detém a participação societária adquirida com ágio e, como tal, encontra-se apta à sua amortização como despesa, nos termos da legislação fiscal:
>
> [...]
>
> **Do Ágio na aquisição de 30% da SERASA – AC 2012**
>
> No caso em debate, agora se tem a aquisição, em 2012, dos restantes 30% da Recorrente, compra dirigida aos acionistas minoritários, a compradora EBL de um lado e os vendedores do outro, que são as seguintes instituições financeiras:
>
> [...]
>
> A exemplo da situação anteriormente vista no início, quando da aquisição dos 70% das ações da Recorrente (primeiro ágio), aqui, da mesma forma, se tem uma variedade de vendedores, no caso os acionistas minoritários e, dentre eles, algumas instituições financeiras de grande porte, com pagamento a eles de centenas de milhões de reais, o que já justificaria a participação de uma empresa sediada no Brasil para a condução do negócio pactuado.
>
> Acerca da **EBL, já se mostrou, em tópico anterior, a sua natureza e atividade econômica e operacional, não se tratando de empresa utilizada para apenas possibilitar a amortização do ágio surgido**. Aqui temos situação parecida com a do primeiro ágio, tendo a EBL obtido recursos de sua controlada no exterior, por meio de aportes de capital, para pagamento da aquisição das ações da Recorrente e a novidade é que, além do aporte, houve ingresso de recursos proveniente de empréstimo junto à Experian Luxemburg Finance S.à.r.l (Experian Lux), destinado, também, à referida aquisição.
>
> Enfim, no ponto, não se vislumbra nenhuma condução artificial na operação de compra das ações pela empresa brasileira EBL, nos termos em que apontado pelo Fisco.
>
> [...] *(destacou-se)*

O seguinte excerto do voto condutor do paradigma nº 9101-003.363 é suficiente para afastar o dissídio jurisprudencial em torno do 2º e do 3º ágios, nos quais EBL figurou como adquirente:

> As holdings KCTissueB, KCdoB, KCC e KCR, constituídas pelo grupo KIMBERLYCLARK no Brasil, **não possuíam patrimônio relevante antes de tomarem parte nas operações analisadas no presente processo**. Sendo assim, atuaram efetivamente como "empresas veículos" ao receberem valores das reais investidoras estrangeiras com a finalidade específica de aplicá-los na aquisição de quotas da contribuinte KCB e da KENKO e serem em seguida por estas incorporadas. Verifica-se que após a extinção das mencionadas holdings, por conta de sua incorporação pelas investidas, o único legado deixado foi a aventada possibilidade de utilização indevida de um benefício fiscal, como é característico das "empresas veículos". *(destacou-se)*

Quanto à atuação de EBAL na aquisição que resultou na formação do 1º ágio, os excertos antes destacados permitem concluir que as objeções deduzidas no paradigma à interposição de *holding* para aquisição de investimentos por adquirentes estrangeiros se dirigiram a interpostas com as características de *holding pura*, cujos contornos estão assim delineados pelo sujeito passivo em contrarrazões relatadas naquela ocasião:

- Quanto à inexistência de atividades comerciais, cumpre ressaltar que tal fato decorre da própria função das holdings que essencialmente se prestam para a gestão de investimentos em outras sociedades conforme lição de Modesto Carvalhosa;
- A inexistência de empregados, estrutura física e outras atividades, são características presentes em empresas holdings, que normalmente são utilizadas apenas para controle de participação societária em outras empresas, razão pela qual prescindem de estrutura física, funcionários e atividades operacionais;
- Além disso, deve-se destacar que as holdings KCdoB, KCTissueB, KCC e KCR tiveram participação efetiva na administração das empresas operacionais;

Como antes destacado, EBAL operacionalizou a aquisição do investimento junto aos diversos vendedores das participações societárias em face de *condição pactuada no referido contrato* e *apresentava em seus quadros administrativos várias pessoas de distintos cargos.*

No recorrido inexiste qualquer menção à *inexistência de empregados, estrutura física e outras atividades* de MANDALA. Inclusive, o relator aponta não haver *robustas provas de que a Mandala nunca existiu de fato e nem possuía estrutura operacional compatível com os atos que se pretendia fossem por ela praticados*, muito embora ressalve seu entendimento de ser *mínima (senão virtualmente nula) a estrutura da qual carece uma empresa existente de fato, mas constituída com o objetivo lícito de valer-se de economia de opção (cf. o art. 2º, § 3º da Lei nº 6.404/76) que portanto, por seus objetivos tanto fiscais quanto extrafiscais lícitos, teria duração efêmera por prazo curto de tempo*.

DOCUMENTO VALIDADO

O voto condutor do acórdão recorrido afirma que a simulação apontada estaria calcada em *elementos frágeis pelos quais se considerou a Mandala "empresa veículo" sem existência fática, como a duração de cerca de 1 ano, a alegação de que teria na realidade ocorrido permuta de ações entre a Globex e a CBD, e a alegação de que o passo a passo da operação revelaria que a motivação para a estrutura adotada era eminentemente tributária,* e assim valida a formação de ágio por vislumbrar que *Mandala juridicamente e efetivamente praticou os atos inerentes à aquisição do investimento, sendo a pessoa jurídica que assinou os documentos, assumiu juridicamente os encargos da transação e transmitiu comunicados ao mercado.*

Assim, embora sem vislumbrar como elemento distintivo no acórdão recorrido o fato de MANDALA ter sido a ofertante na OPA, as demais referências às suas operações no âmbito da aquisição em debate permitem que esta Conselheira concorde com a conclusão da I. Relatora que o paradigma nº 9101-003.363 também não se presta a caracterizar o dissídio jurisprudencial, vez que as empresas-veículo lá referidas não apresentavam qualquer substância.

O presente voto, portanto, concorda com a conclusão a I. Relatora de NEGAR CONHECIMENTO ao recurso especial na matéria "real adquirente (ausência de confusão patrimonial — empresa veículo)".

Por fim, na matéria "(im)possibilidade de classificação de intangível como rentabilidade futura", a I. Relatora bem observa que, com respeito ao paradigma nº 1102-001.389, há circunstância fática que desassemelha, de forma relevante, os casos comparados. Isto porque havia, ali, *documento, elaborado para outros fins, atribuindo parte do sobrepreço aos ativos intangíveis*. De fato, embora o relatório do paradigma refira genericamente a motivação fiscal, o outro Colegiado do CARF, à unanimidade, manteve *a glosa da amortização do ágio sob o fundamento dos ativos intangíveis* com aquela referência, valendo também destacar os seguintes trechos adotados no voto condutor do acórdão paradigma a partir do que consignado pela autoridade julgadora de 1ª instância:

> O laudo econômico-financeiro encomendado pela MOLSON INC. faz uso do método do fluxo de caixa descontado. A despeito de avaliar o valor da participação societária que se pretendia adquirir com base em projeções de rentabilidade da empresa, trata-se apenas de um método que o comprador pode utilizar para avaliação. Como asseverado anteriormente, pode se fazer uso do método que melhor aprouver às partes para valorar o empreendimento que está sendo transacionado.
>
> A expectativa da rentabilidade é valor residual a ser apurado depois de valorados a mercado os passivos e os ativos identificáveis, e esse levantamento não se encontra presente naquele relatório técnico, lembrando que o §3º, do inciso II, do artigo 385 do RIR/99, exige que na hipótese que impacta diretamente a apuração do lucro real (ágio por rentabilidade futura) a fundamentação deve estar escorada em demonstração que será arquivada como comprovante da escrituração.

DOCUMENTO VALIDADO

Outro estudo, também encomendado pela MOLSON INC, mas mantido distante do escrutínio das autoridades brasileiras, teve suas conclusões reveladas nas informações prestadas pela empresa a Securities and Exchange Commission – SEC, agência do governo dos Estados Unidos da América.

No documento intitulado SCHEDULE 14A, a MOLSON INC, detalhou a composição do sobrepreço pago na aquisição das CERVEJARIAS KAISER. **Consta na página R-9 e R-10 da declaração prestada às autoridades norte americanas que, da composição do preço, 325 milhões de dólares canadenses devem ser alocados ao valor das marcas e 35 milhões de dólares canadenses são atribuídos ao direito de acesso às redes de distribuição.** (fls. 1.293 e 1.294).

Utilizando-se a cotação do dólar canadense do dia 19/03/2002 (1,47863), o valor dos dois intangíveis identificáveis, avaliados em 360 milhões de dólares canadenses, equivale a R$ 532.306.800,00.

A parcela do ágio contabilizado como rentabilidade futura para fins fiscais (marcas e acesso à rede de distribuição), não poderia ser deduzida na apuração do imposto de renda, haja vista que **engloba valores que devem ser imputados à avaliação de certos intangíveis identificáveis**, que por sua natureza ou não são amortizáveis ou depreciáveis ou são contemplados por regime jurídico próprio que regem o momento e quantidade a ser deduzida na base de cálculo do imposto.

As parcelas do ágio que vem sendo deduzidas como se decorressem da rentabilidade futura da adquirida, **mas que devem ser imputados à avaliação de intangíveis identificáveis (marcas e acesso à rede de distribuição)**, não são amortizáveis ou tem sua dedutibilidade na base de cálculo do imposto vedada, **quando surgidos no bojo de uma combinação de negócios**.

Marcas têm vida útil indefinida, uma vez que se espera que o produto com a marca comercial gere fluxos de caixa líquidos indefinidamente para a entidade, no pressuposto de que terá continuidade no futuro. Portanto, não são depreciáveis ou amortizáveis, nem contábil nem tributariamente. O regulamento do imposto de renda é explícito ao admitir apenas a amortização dos direitos de vida limitada:

[...]

Quando se alocam ativos de vida útil indefinida ao ágio por rentabilidade futura, que tributariamente tem vida útil de no mínimo 5 anos, cria-se uma redução ilegal e indevida da base tributária.

A parcela do sobrepreço paga pela aquisição da participação societária, que deve ser conferida ao acesso à rede para a distribuição dos produtos da adquirida também não é amortizável, conforme claramente determinado no inciso II, do art. 7º, da Lei nº 9.532, de 1997, base legal do artigo 386 do RIR/99, antes transcrito.

DOCUMENTO VALIDADO

> **Os valores atribuídos às marcas e ao direito ao acesso à rede de distribuição não estavam reconhecidos no balanço da adquirida, não compunham seu patrimônio líquido, mas faziam parte do preço total de aquisição**. Desse modo, mesmo que não tenha havido a individualização dos intangíveis no ativo da adquirida após a concretização do negócio, requer-se que seus valores sejam descontados do ágio pago pela participação societária, para fins de apuração da quantia amortizável nas bases de cálculo do imposto de renda.
>
> Dito isso, descontando-se os itens que não podem compor o ágio resultante do pagamento pelos lucros futuros da investida, o valor máximo que poderia ser amortizado, se fosse superado o impeditivo legal atinente a não ocorrência de confusão patrimonial entre a adquirida e real adquirente, seria de R$ 649.223.152,42 (R$ 1.181.529.952,42 - R$ 532.306.800,00).
>
> A requalificação do ágio atribuível aos ativos intangíveis (R$ 532.306.800,00), indevidamente fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, faz com que não haja parcela passível de amortização naqueles anos 2016, 2017, e 2018:
>
> [...] *(destacou-se)*

Assim, tratava-se ali de *valores atribuídos às marcas e ao direito ao acesso à rede de distribuição* que, apesar de não *reconhecidos no balanço da adquirida*, fizeram *parte do preço total de aquisição*, como expresso em documento que informou às *autoridades norte americanas* o fundamento do sobrepreço pago na aquisição do investimento.

Quanto ao paradigma nº 1401-006.923, a I. Relatora nele vislumbra uma análise eminentemente fática, mas vale adicionar que também naquele caso havia informação às autoridades norte-americanas que influenciaram a decisão do outro Colegiado do CARF. O relator do paradigma aponta no voto condutor:

> Conforme relato fiscal supra (TVF), todo o ágio pago na operação de aquisição da CiaFlu e da Spaipa foi classificado como baseado em rentabilidade futura (item 172), ao passo que o informado à SEC pela FEMSA era outro (valor justo), inferior ao considerado no Brasil, não havendo nos autos nenhuma explicação sobre a diferença.

O citado item 172 do Termo de Verificação Fiscal está assim reproduzido no relatório do paradigma:

> 172. Analisando as informações contidas no formulário 20-F (SEC)apresentando pela Coca-Cola FEMSA, constatou-se que houve uma classificação diversa no ágio pago na operação para seus acionistas e para a autoridade tributária brasileira, sendo que para o Fisco todo o ágio pago na operação foi classificado como baseado em rentabilidade futura. Segue abaixo as informações contidas no 20-F AC 2014 sobre esta operação:
>
> 4.1.2 Acquisition of Companhia Fluminense de Refrigerantes On August 22, 2013, the Company through its Brazilian subsidiary Spal Industria Brasileira de Bebidas S.A., completed the acquisition of 100% of Companhia Fluminense de

DOCUMENTO VALIDADO

> Refrigerantes ("Companhia Fluminense") for Ps. 4,657 in an all cash transaction. Companhia Fluminense was a bottler of Coca-Cola trademark products which operated in the states of Minas Gerais, Rio de Janeiro, and Sao Paulo, Brazil. This acquisition was made to reinforce the Company's leadership position in Brazil. Transaction related costs of Ps. 11 were expensed by the Company as incurred, and recorded as a component of administrative expenses in the accompanying consolidated income statements. Companhia Fluminense was included in operating results from September 2013. The fair value of Companhia Fluminense net assets acquired is as follows:

	Preliminary estimate disclosed in 2013	Additional Fair value Adjustments	Final purchase price allocation
Total current assets, including cash acquired of Ps. 9	Ps. 515	Ps. —	Ps. 515
Total non-current assets	1,467	254(1)	1,721
Distribution rights	2,634	(557)	2,077
Total assets	4,616	(303)	4,313
Total liabilities	(1,581)	(382)(2)	(1,963)
Net assets acquired	3,035	(685)	2,350
Goodwill	1,622	685	2,307
Total consideration transferred	Ps. 4,657	Ps. —	Ps. 4,657

(1) Originated by changes in fair value of property, plant and equipment and investment in associates.
(2) Originated by changes in valuation of contingencies identified at adquisition date.
The Company expects to recover the amount recorded as goodwill through synergies related to the available production

Já no acórdão recorrido, a existência de intangíveis é afirmada a partir da escrituração da adquirente do investimento, conforme acusação fiscal assim sintetizada no relatório:

> 3) Não se pode alocar todo o ágio pago à expectativa de rentabilidade futura, devendo-se primeiro alocar parcela a título de ativos intangíveis e reavaliação de ativos imobilizados, sendo que os intangíveis "Marca Ponto Frio e Pontofrio.com" encontravam-se quantificados nas demonstrações financeiras do ano de 2010 da real adquirente CBD. Segundo a atuação, tais ativos deveriam ter sido avaliados a mercado no momento da aquisição e apenas o restante seria ágio por expectativa de rentabilidade futura, muito embora reconheça que "até a edição do CPC 15, a normatização contábil para fins societários não determinava a forma de cálculo do ágio por rentabilidade futura e a consequente ordem de alocação", e o laudo utilizado não fez tal alocação e nem mesmo teria especificado que o ágio seria por expectativa de rentabilidade futura.

O Colegiado *a quo,* portanto, avalia a obrigatoriedade de o ágio pago ser estratificado em diferentes fundamentos conforme a contabilidade exigia antes da edição da Lei nº 12.973/2014, mas em contexto fático no qual o único fundamento expresso em demonstração apresentada é a expectativa de rentabilidade futura. Vale a reprodução de trecho do voto condutor do acórdão recorrido:

> Sob essa ótica, notadamente em um cenário de negociação entre partes independentes sobre cuja idoneidade não se coloca dúvidas, a documentação apresentada pelo contribuinte é prova suficiente da existência do ágio por expectativa de rentabilidade futura, **sendo notável a presença de laudo de avaliação contemporâneo à operação que inquestionavelmente avaliou o investimento feito sob a metodologia do fluxo de caixa descontado**, que, muito

DOCUMENTO VALIDADO

> embora comporte variações a depender das premissas técnicas e negociais adotadas, precipuamente busca a avaliação do investimento à luz das expectativa de rentabilidade futura valorada e trazida a valor presente. *(destacou-se)*

Os paradigmas, portanto, apresentam questionamentos aos laudos de avaliação que fundamentaram os ágios pagos em expectativa de rentabilidade futura, em face de demonstrações que vinculariam parte do valor pago a intangíveis. Não se tratou, como aqui, de divergência constatada entre a escrituração contábil do ágio pela investidora e o laudo de avaliação do investimento.

Assim, também aqui se concorda com a conclusão a I. Relatora de NEGAR CONHECIMENTO ao recurso especial na matéria "(im)possibilidade de classificação de intangível como rentabilidade futura".

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa

DOCUMENTO VALIDADO