



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10882.723563/2016-11
ACÓRDÃO	1101-001.398 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	8 de outubro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	ACECO TI S.A.
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2012

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. LEI 9.532/1997. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE.

O artigo 20 do Decreto-lei 1.598/1977, determina a segregação do ágio nas hipóteses de aquisição da participação societária, o qual, nos termos da Lei 9.532/1997, pode ser dedutível quando realizada operação de incorporação, fusão ou cisão a consolidar, em uma mesma entidade, patrimônio de investidora e investida. O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que detém o investimento pela empresa investida (incorporação reversa).

O uso de holding (ou empresa veículo) para adquirir a participação societária com ágio e, posteriormente, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio, especialmente quando motivada por questões societárias, regulatórias, de financiamento, negociais, dentre outras, não afasta a dedutibilidade do ágio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Vencidos os conselheiros Itamar Artur Magalhães Alves

Ruga e Edmilson Borges Gomes que davam provimento parcial para afastar a multa qualificada e a responsabilidade solidária.

Sala de Sessões, em 8 de outubro de 2024.

Assinado Digitalmente

Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho – Relator

Assinado Digitalmente

Efigenio de Freitas Junior – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Itamar Artur Magalhaes Alves Ruga, Jeferson Teodorovicz, Edmilson Borges Gomes, Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho, Rycardo Henrique Magalhaes de Oliveira, Efigenio de Freitas Junior (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário (e-fls. 1201-1242) interposto contra decisão da 5ª Turma da DRJ/REC (e-fls. 1163-1191) que julgou improcedente impugnação (e-fls. 853-895) apresentada contra autos de infração de IRPJ e CSLL (e-fls. 801-821) que tem por objeto as seguintes infrações apontadas, relativamente ao ano-calendário 2012:

A) IRPJ:

EXCLUSÕES/COMPENSAÇÕES NÃO AUTORIZADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL
INFRAÇÃO: EXCLUSÕES INDEVIDAS

Valor excluído indevidamente do Lucro Líquido do período, na determinação do Lucro Real, conforme Termo de Verificação Fiscal

MULTA OU JUROS ISOLADOS

INFRAÇÃO: FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA

Falta de pagamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, incidente sobre a base de cálculo estimada em função da receita bruta e acréscimos e/ou balanços de suspensão ou redução.

B) CSLL:

EXCLUSÕES INDEVIDAS DA BASE DE CÁLCULO AJUSTADA DA CSLL

INFRAÇÃO: EXCLUSÕES INDEVIDAS

Valor excluído indevidamente do Lucro Líquido do período, na determinação do Lucro Real, conforme Termo de Verificação Fiscal.

MULTA OU JUROS ISOLADOS

INFRAÇÃO: FALTA DE RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE A BASE ESTIMADA

Falta de pagamento da Contribuição Social incidente sobre a base de cálculo estimada em função da receita bruta e acréscimos e/ou balanços de suspensão ou redução.

Conforme consta do Termo de Verificação Fiscal, em síntese, os fatos apurados dizem respeito à apontada irregularidade da amortização de ágio em reorganização societária. Os principais fatos narrados seriam os seguintes:

2 AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO EM REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA

2.1 DA REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA CONSTATADA NA AÇÃO FISCAL

5. A reorganização societária apurada nesta ação fiscal, que teve como consequência a geração do ágio e sua respectiva amortização, pode ser sintetizada nos eventos a seguir descritos:

5.1. A empresa General Atlantic Investimentos S.A. (CNPJ 14.033.850/0001-09) foi constituída em 18/07/11, com nome de CMNPar Twenty-Two Participações S.A., com capital social de apenas R\$ 500,00.

5.2. Posteriormente, a empresa registrou alteração de sócios e diretoria, sendo seus novos sócios G.A. Brasil III Fundo de Investimento em Participações (CNPJ 14.960.714/0001-56) e G.A. Latin America Investments LLC (CNPJ 09.170.298/0001-52). Seu nome também foi alterado para General Atlantic Investimentos S.A.

5.3. Em Assembleia Geral Extraordinária (AGE) de 20/12/11, foi aprovada a celebração de contrato de compra e venda de 48% de participação societária na ACECO TI Participações S.A., gerando ágio por expectativa de rentabilidade futura (Goodwill), no montante de R\$ 219.935.316,42, conforme laudo apresentado pelo contribuinte.

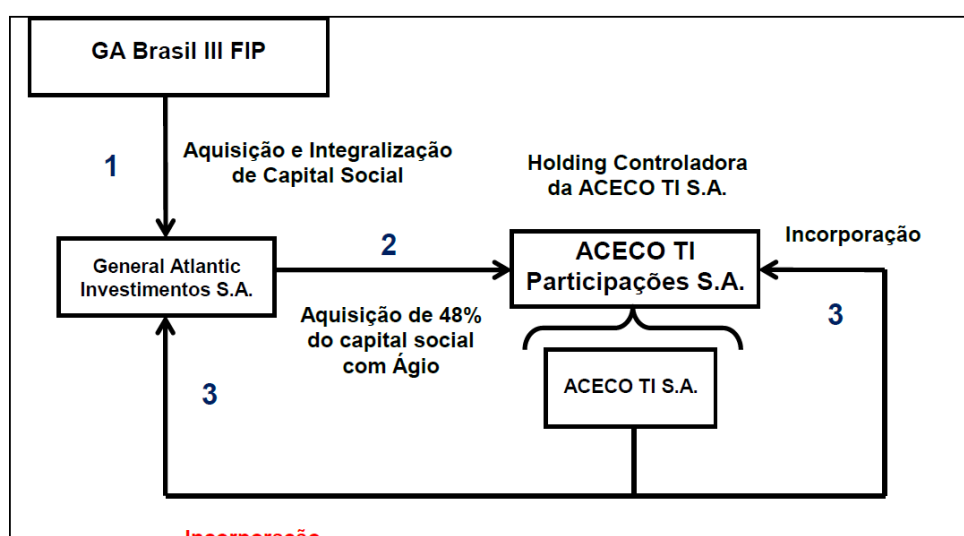
5.4. Em 22/03/2012, a ACECO TI Participações S.A. figurava como única acionista do capital social da ACECO TI S.A., conforme resta claro no Instrumento Particular de 47ª Alteração e Consolidação do Contrato Social da ACECO TI Ltda., extraído do banco de dados da Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP), e anexado nos autos deste PAF, às fls 563 a 577.

5.5. Em AGE de 26/03/12, o capital social da empresa General Atlantic Investimentos S.A. foi alterado para R\$ 230.000.500,00, com subscrição apenas do fundo G.A.

Brasil III Fundo de Investimento em Participações.

5.6. Em AGE de 18/07/12, o capital da empresa General Atlantic Investimentos S.A. foi alterado para R\$ 245.001.221,00, com subscrição novamente apenas do fundo G.A. Brasil III Fundo de Investimento em Participações.

5.7. Em 30/09/12, a empresa ACECO TI S.A. incorpora as empresas General Atlantic Investimentos S.A. e ACECO TI Participações S.A., gerando a sucessão de fatos ilustrada e sintetizada nas imagens a seguir (os números indicam a sequência cronológica dos fatos):



5.8. A partir de outubro de 2012, a empresa ACECO TI S.A. inicia a amortização do ágio gerado na empresa General Atlantic Investimentos S.A. pela aquisição de 48% de participação na empresa ACECO TI Participações S.A.

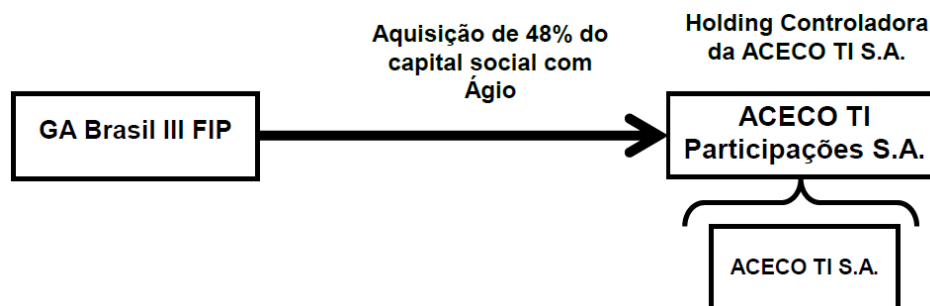
2.2 DA CONSTITUIÇÃO DO ÁGIO

6. Em resposta ao Termo de Início do Procedimento Fiscal, a empresa informou que o valor pago pela aquisição corresponde a R\$ 245 milhões (R\$ 245.000.721,90, precisamente). Em 26/03/2012, a empresa GENERAL ATLANTIC efetuou o pagamento de R\$ 230.000.000,00, conforme comprovante apresentado em resposta ao Termo de Intimação Fiscal N° 02. Quanto ao saldo restante, no valor de R\$ 15.000.721,90, consta na cláusula 5.2.2, do contrato de compra e venda, que seria pago 30 dias após terem sido determinados o EBITDA Final Conclusivo, a Dívida Final Conclusiva e o Capital de Giro Final Conclusivo.

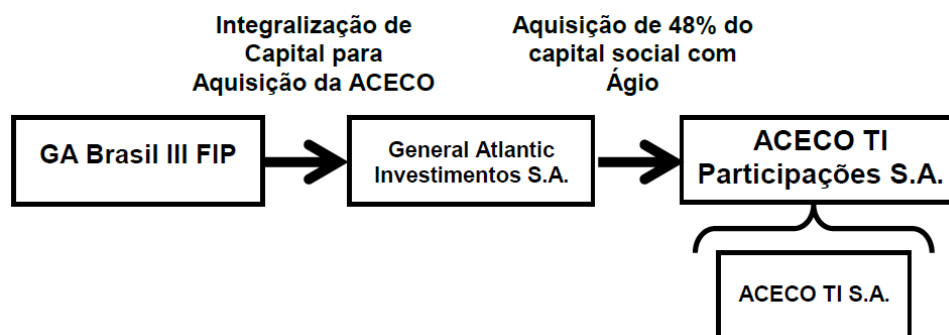
7. Não obstante tal cláusula contratual, mesmo diante da intimação realizada no Termo de Intimação Fiscal N° 02, e a reintimação, quanto a esse aspecto, no Termo de Intimação Fiscal N° 03, não foi apresentada qualquer documentação comprobatória do pagamento pela empresa General Atlantic Investimentos S.A. do saldo remanescente no valor de R\$ 15.000.721,90.

2.3 DA AMORTIZAÇÃO INDEVIDA DO ÁGIO

13. Durante a ação fiscal, identificamos elementos que evidenciam que o objetivo das partes na operação foi a aquisição de participação societária na ACECO TI S.A. pelo fundo de investimentos GA Brasil III FIP, por meio da aquisição de 48% das ações pertencentes à Sra. Evelina Justus Nitzan na ACECO TI Participações S.A., que é a holding controladora da ACECO TI S.A., da seguinte forma:



14. Porém, a aquisição da participação societária foi formalizada por outra empresa (General Atlantic Investimentos S.A., CNPJ 14.033.850/0001-09), incluída na operação com esta única finalidade, conforme se demonstrará ao longo deste Termo de Verificação Fiscal, resultando na seguinte estrutura:



15. Embora tenha se formalizado esta reorganização societária incluindo outra empresa (General Atlantic Investimentos S.A., CNPJ 14.033.850/0001-09), na essência a operação ocorre entre o Fundo de Investimentos G.A. Brasil III Fundo de Investimento em Participações, CNPJ 14.960.714/0001-56, e a empresa ACECO TI Participações.

16. A inclusão da empresa GENERAL ATLANTIC é artificial e não corresponde ao objetivo real da operação, valendo-se tão somente para viabilizar a amortização do ágio gerado na aquisição da participação societária, conforme será demonstrado nos parágrafos subsequentes.

2.3.1 SOBRE A EMPRESA GENERAL ATLANTIC INVESTIMENTOS S.A.

A. CICLO DE VIDA EFÊMERO

(...)

B. INEXISTÊNCIA DE OUTRAS ATIVIDADES

25. Conforme já informado, a empresa General Atlantic Investimentos S.A. foi constituída em 18/07/2011 e extinta em 30/09/2012, por incorporação.

26. Nesse curto período de existência, verificamos que a única operação realizada por esta empresa foi a aquisição da participação societária na ACECO TI Participações S.A.

(...)

31. Observamos, no referido extrato bancário, que o saldo bancário inicial e final do dia 26/03 é zero, isto é, o objetivo das partes foi apenas fazer o dinheiro transitar pela conta bancária da General Atlantic Investimentos S.A., a fim de incluí-la nesta operação, viabilizando a amortização indevida do ágio na empresa ACECO TI S.A. em momento posterior.

(...)

C. FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL

32. Na linha do que já expusemos até este ponto, da mesma forma que é questionável o motivo que levou a G.A. Brasil III Fundo de Investimento em Participações adquirir a ACECO por meio de outra empresa (General Atlantic Investimentos S.A.), utilizada unicamente para este fim, também é questionável o motivo que levou a ACECO TI S.A. a incorporar esta empresa.

(...)

34. Alega-se no referido Protocolo que a incorporação reversa tem por objetivo a simplificação da estrutura societária, alcançando maior eficiência e redução de custos operacionais, administrativos e financeiros. Contudo, como já demonstrado ao longo deste termo, mesmo estando ativa, tal empresa não gerava custos, uma vez que sua única atividade foi a aquisição da ACECO.

35. Além disso, não há o menor sentido sob o prisma empresarial em incluir General Atlantic Investimentos na operação e, pouco tempo depois, incorporá-la, com o intuito de simplificar a estrutura societária.

36. Concluímos durante a ação fiscal que o real objetivo da incorporação reversa não é reduzir custos ou buscar maior eficiência, mas sim transferir o ágio constituído na investidora para a investida, a qual poderia, a partir de então, amortizá-lo.

37. Trata-se de uma forma de amoldar a situação fática aos requisitos legais para amortização do ágio, ainda que de forma artificial, utilizando empresa que serviu apenas de veículo para transferência do ágio e o seu aproveitamento, mantendo incólume a investidora original, que é a G.A. Brasil III Fundo de Investimento em Participações, configurando completa falta de propósito negocial.

2.3.2 ENDEREÇAMENTO DO LAUDO À INVESTIDORA ORIGINAL

(...)

42. Não obstante o fato de o laudo ter sido encomendado pela General Atlantic Investimentos, e ter sido esta a empresa que figurou como adquirente no contrato de compra e venda da participação acionária da ACECO TI Participações S.A. (contrato esta anexado ao próprio laudo), fica claramente demonstrado que as características da empresa descrita no laudo não se confunde com a empresa que adquiriu a participação acionária, tendo em vista que a empresa General Atlantic Investimentos S.A. foi constituída somente em 18/07/11, não havendo contratado qualquer funcionário em seu efêmero ciclo de vida, não havendo, ainda, qualquer outra operação a não ser a formal aquisição da ACECO TI Participações.

(...)

2.3.3 NOTÍCIAS INDICANDO A COMPRA PELA INVESTIDORA ORIGINAL

(...)

50. Resta claro e incontestável que a General Atlantic a que se faz referência não é a empresa que serviu de veículo para a amortização do ágio na ACECO TI S.A., mas sim o investidor a que se refere o próprio laudo de avaliação já analisado neste Termo de Verificação Fiscal.

(...)

2.4 DA INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA

(...)

57. No presente caso, o ágio é gerado pela aquisição de 48% da participação societária na empresa ACECO TI Participações S.A. pela General Atlantic Investimentos S.A., nº valor contratual de R\$ 245 milhões, resultando em R\$ 219.935.316,42 a título de ágio supostamente amortizável, conforme relatório apresentado pelo contribuinte, no curso desta ação fiscal.

58. Após a geração do ágio, isto é, em 30/09/12, a empresa ACECO TI S.A. incorpora as empresas General Atlantic Investimentos S.A. e ACECO TI Participações S.A.

59. Nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2012, a empresa ACECO TI S.A. amortiza parte do ágio gerado na empresa General Atlantic Investimentos S.A. pela aquisição de 48% de participação na empresa ACECO TI Participações S.A., em três parcelas mensais de R\$ 3.665.588,60, deduzindo este valor na determinação do lucro real, conforme resposta apresentada pelo contribuinte ao Termo de Início do Procedimento Fiscal.

60. Ocorre que tal situação não se enquadra no que prevê a legislação tributária como condição para amortização do ágio, uma vez que a investidora original (G.A. Brasil III Fundo de Investimento em Participações) continua existindo, com seu patrimônio incólume, subsistindo na condição de investidora após a referida incorporação. Tal situação não permite a amortização do ágio gerado na própria investida, conforme dispõe a legislação supracitada, e o que vem decidindo o

Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), como se observa na ementa do acórdão N° 1101-000.899 deste tribunal administrativo transcrita a seguir:

(...)

62. O ágio deveria ter sido constituído no investidor original, isto é, o fundo G.A. Brasil III Fundo de Investimento em Participações, assim considerado aquele que realmente suportou o encargo do investimento, realizando o pagamento pela aquisição da participação acionária na ACECO TI Participações S.A. Em vez disso, as partes optaram por utilizar uma outra empresa (General Atlantic Investimentos S.A.), constituída exclusivamente para este fim, integralizando nesta capital social que seria utilizando unicamente para aquisição de participação acionária em outra empresa, que, repetimos, poderia ser adquirida diretamente pelo referido fundo de investimentos.

63. Resta evidente, portanto, que o intuito desta operação (inclusão de terceira empresa) foi transferir o ágio que seria constituído no investidor original para uma empresa, desprovida de materialidade e substância econômica, como já relatado ao longo deste termo, para que posteriormente pudesse ser incorporada, sem envolver o patrimônio do investidor original, viabilizando-se, assim, a amortização do ágio na própria investida (ACECO TI S.A.).

64. Não há outra motivação sob a ótica empresarial que justifique tais operações, senão a redução indevida do pagamento de tributos, iludindo a fiscalização com uma operação claramente planejada e simulada.

65. A operação se caracteriza pela falta de propósito negocial, uma vez que a empresa General Atlantic Investimentos S.A. foi constituída apenas para servir de veículo à amortização do ágio.

66. Soma-se aos argumentos acima expostos o fato de o laudo apresentado pela empresa conter diversas divergências sobre a identificação da empresa avaliada, havendo referência, inclusive, à investidora original.

67. Ademais, as notícias publicadas na imprensa denotam que o real adquirente é a gestora de fundos americanas, sendo a General Atlantic Investimentos S.A. um mero instrumento para transferência do ágio amortizável.

68. Ademais, a apuração do ágio a ser amortizado foi computada com base no preço de aquisição da participação societária da empresa ACECO TI Participações (R\$ 245.000.721,90). Contudo, foi comprovado pela empresa fiscalizada apenas o pagamento de R\$ 230.000.000,00. Quanto ao valor de 15.000.721,90, o contribuinte foi intimado (Termo de Intimação Fiscal N° 03) e reintimado (Termo de Intimação Fiscal N° 04) a apresentar documentação comprobatória do pagamento, não havendo qualquer manifestação dentro do prazo legalmente previsto e estipulado nos referidos termos de intimação.

69. No caso da ACECO TI S.A., como já mencionado, nos meses de outubro, novembro e dezembro do ano-calendário 2012, a empresa amortizou

mensalmente o valor de R\$ 3.665.589,00, que corresponde a 1/60 avos do valor total de R\$ 219.935.316,42, apontado no laudo como ágio supostamente amortizável.

70. Porém, tal amortização é completamente indevida, para fins de redução da base de cálculo do IRPJ, pois decorre de operação simulada, infringindo o art. 247, do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), cuja redação é a seguinte:

(...)

3 DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO

3.1 IRPJ E CSLL

75. De acordo com informações prestadas pelo próprio contribuinte ao longo da ação fiscal, a amortização do ágio, no ano-calendário 2012, ocorreu nos períodos e valores descritos na tabela abaixo:

MÊS/ANO VALOR AMORTIZADO

10/2012 R\$ 3.665.589,00

11/2012 R\$ 3.665.589,00

12/2012 R\$ 3.665.589,00

76. A amortização desses valores consta no Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur), referente ao ano-calendário 2012.

77. Tais valores foram glosados e lançados de ofício no Auto de Infração constante nº processo administrativo fiscal em epígrafe.

78. O montante total amortizado pela empresa ACECO TI S.A., durante o ano-calendário 2012, (10/2012 a 12/2012) corresponde a R\$ 10.996.767,00.

4.1 MULTA ISOLADA POR INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE IRPJ E CSLL 79. No ano-calendário 2012, a fiscalizada optou pela apuração anual do IRPJ e CSLL.

Dessa forma, tinha o dever de realizar antecipações mensais com base na receita bruta e acréscimos ou em balanço ou balancete de suspensão ou redução, de acordo com os artigos 222 a 230 Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000, de 26/03/1999).

80. Como consequência da amortização indevida do ágio, ocorreu a insuficiência de recolhimento do IRPJ e da CSLL sobre as bases de cálculo estimadas apuradas com base em balanço ou balancete de suspensão ou redução os meses dos referidos anos-calendário.

(...)

4.2 REDUÇÃO DO PREJUÍZO FISCAL E DA BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DA CSLL

85. As irregularidades demonstradas ao longo deste termo de verificação fiscal resultaram na glosa de exclusões que tiveram por consequência a lavratura de autos de infração, relativos ao IRPJ e CSLL.

86. Na autuação, foram compensados saldos de prejuízos fiscais (IRPJ) de períodos anteriores. A compensação dos prejuízos fiscais ocorreu, conforme tabela abaixo:

(...)

87. No ano-calendário 2012, a empresa possuía saldo de R\$ 319.852,07 de prejuízos fiscais de períodos anteriores não compensados, os quais foram compensados na autuação. Não havia, porém, saldo de base de cálculo negativa de CSLL no período em comento.

88. Além disso, como a empresa apurou lucro no ano-calendário 2012, não houve compensação de prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa do próprio período (AC 2012).

4.3 MULTA POR LANÇAMENTO DE OFÍCIO E QUALIFICAÇÃO

91. Ao lançamento de ofício, será aplicada multa de 150%, pelas razões expostas a seguir, em conformidade com o art. 44 da Lei 9430/96:

(...)

93. Constatamos, no caso em tela, que o contribuinte claramente buscou reduzir o montante dos tributos pagos (IRPJ e CSLL), por meio de simulação em reorganização societária. Isso resultou benefícios fiscais ao contribuinte no ano-calendário 2012.

94. A partir das evidências objetivas coletadas, restou claro e largamente comprovado que o contribuinte agiu de forma consciente e minuciosamente planejada para se furtar ao recolhimento dos tributos objeto desta autuação fiscal.

5 RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PESSOAL

96. Prevê o Código Tributário Nacional, no Capítulo V, Seção III, como hipótese de responsabilidade tributária, no artigo 135, a figura dos pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto.

(...)

98. A fraude ocorreu pela amortização indevida de ágio, uma vez que este só foi transferido para a empresa ACECO TI por meio da construção de um cenário fictício, mediante inclusão de terceira empresa criada exclusivamente com esta finalidade.

99. Diversos elementos foram trazidos a este Termo de Verificação Fiscal, como forma de comprovação de que os atos praticados pela administração da empresa fiscalizada coadunam com o instituto da responsabilidade pessoal acima descrito, por configurar infração de lei.

100. Nesse contexto, responsabilizamos o administrador Jorge Justus Nitzan (CPF nº 050.972.738-77), pelas infrações praticadas e discriminadas neste termo de forma consciente e reiterada, nos termos do já transcrito art .135, III, do Código Tributário Nacional.

(...)

6 REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS 102. Ao longo deste Termo de Verificação Fiscal, foi evidenciada a intenção dolosa do contribuinte em praticar a sonegação, cabendo a qualificação da multa de ofício, nos termos do disposto no artigo 44, I, e § 1º, da Lei nº 9.430/96, combinado com os arts. 71 e 72 da Lei nº 4.502/64.

Em face da autuação, contribuinte apresentou impugnação (e-fls. 853-895), em que alegou defendeu ser o ágio válido e legítimo, “*pois decorreu de uma aquisição: (1) realizada entre partes não-relacionadas em condições de mercado; (2) com efetivo pagamento de preço; (3) com tributação do ganho de capital pela acionista vendedora; (4) com estudos contemporâneos preparados por terceiros para justificar o valor de mercado das sociedades a serem adquiridas; e, sobretudo, (5) com razões empresariais não-tributárias*”, bem como alegou a improcedência das multas e juros.

Igualmente apresentou impugnação o responsável solidário Sr. Jorge Justus Nizan (e-fls. 1087-1147), em que apresentou preliminar de nulidade por falta de intimação no curso da fiscalização, bem como defendeu a inexistência de responsabilidade tributária solidária.

Apreciando as impugnações, a 5ª Turma da DRJ/REC proferiu acórdão (e-fls. 1163-1191) negando provimento integralmente às impugnações, o qual restou a seguir ementado:

NULIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Além de não se enquadrar nas causas enumeradas no artigo 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, e não se tratar de caso de inobservância dos pressupostos legais para lavratura do auto de infração, é incabível falar em nulidade do lançamento quando não houve transgressão alguma ao devido processo legal, meio pelo qual se oportuniza o contraditório e a ampla defesa.

ULTERIOR PRODUÇÃO DE MAIS PROVAS.

A juntada de mais provas após a apresentação da impugnação está condicionada ao enquadramento nas hipóteses previstas na legislação do processo administrativo fiscal.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2012 AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. SOCIEDADE VEÍCULO. INCORPORAÇÃO FICTA. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. INDEDUTIBILIDADE.

A utilização de sociedade veículo, de curta duração e sem substância econômica, objetivando atingir posição legal privilegiada, quando ausente o propósito negocial, constitui prova da artificialidade daquela sociedade e das operações nas quais ela tomou parte. As operações levada a termo nesses moldes devem ser

desqualificadas para fins tributários. Assim, indedutível a amortização do ágio, quando uma sociedade, investidora, tendo como único objetivo a obtenção de benefício fiscal (amortização do ágio), incorpora a sociedade investida (“empresa veículo”), em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura da própria investida.

A incorporação sem substância econômica que une em uma única sociedade uma pessoa jurídica existente no mundo dos negócios e outra sem existência econômica não é bastante para configurar o requisito legal que autoriza a amortização fiscal do ágio sob pena de fazer letra morta do dispositivo que prevê a necessidade da ocorrência de reorganização societária sob uma de suas formas: incorporação, cisão ou fusão para a amortização fiscal do ágio.

MULTA QUALIFICADA. APLICAÇÃO.

Aplicável a multa qualificada de 150% quando caracterizado o intuito de fraude para possibilitar à contribuinte a amortização de ágio gerado artificialmente, mediante a utilização de “empresa veículo” ou operações realizadas intragupo, em transações que não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO SOBRE A BASE DE CÁLCULO ESTIMADA.

Uma vez efetuada a opção pela forma de tributação com base no lucro real anual, a pessoa jurídica fica sujeita a antecipações mensais do imposto/contribuição, calculadas com base em estimativa. O não recolhimento ou o recolhimento a menor do tributo sujeita a pessoa jurídica à multa de ofício isolada prevista na Lei nº 9.430, de 1996.

MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO INCIDENTE SOBRE O TRIBUTO APURADO COM BASE NO LUCRO REAL ANUAL. COMPATIBILIDADE.

Tratando-se de infrações distintas, é perfeitamente possível a exigência concomitante da multa de ofício isolada sobre estimativa obrigatória, não recolhida ou recolhida a menor, com a multa de ofício incidente sobre o tributo apurado, ao final do ano-calendário, com base no lucro real anual.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Sendo a multa de ofício classificada como débito para com a União, decorrente de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, é regular a incidência dos juros de mora, a partir de seu vencimento.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. DIRIGENTE.

Cabível a atribuição da responsabilidade solidária aos sócios administradores ou dirigente da pessoa jurídica, quando os créditos tributários exigidos no lançamento de ofício decorram de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

CSLL. REFLEXO Aplica-se a CSLL o decidido no IRPJ, vez que compartilha a mesma matéria fática.

Inconformada, a Recorrente interpôs recurso voluntário em que defende: (a) o ágio devidamente constituído; (b) a consistência do laudo apresentado; (c) a existência de Propósito Negocial da G.A.: Aspectos extrafiscais que levaram à sua constituição; (d) Autorização legal para amortização do ágio; (e) Da inexigibilidade da multa qualificada (150%): inexistência de dolo, fraude ou simulação.

O responsável solidário igualmente apresentou recurso voluntário, em que reiterou as razões apresentadas na impugnação.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho**, Relator

1. Os recursos voluntários são tempestivos e preenchem os demais requisitos de admissibilidade, portanto deles tomo conhecimento.

2. Discute-se nestes autos, em síntese, auto de infração cujo objeto é a glosa de amortização de ágio, justificando-se o TVF que *“tal amortização é completamente indevida, para fins de redução da base de cálculo do IRPJ, pois decorre de operação simulada”*. Afirma-se que *“a inclusão da empresa GENERAL ATLANTIC é artificial e não corresponde ao objetivo real da operação, valendo-se tão somente para viabilizar a amortização do ágio gerado na aquisição da participação societária, conforme será demonstrado nos parágrafos subsequentes”*.

3. Portanto, o cerne da acusação fiscal é a de que, *“embora tenha se formalizado esta reorganização societária incluindo outra empresa (General Atlantic Investimentos S.A., CNPJ 14.033.850/0001-09), na essência a operação ocorre entre o Fundo de Investimentos G.A. Brasil III Fundo de Investimento em Participações, CNPJ 14.960.714/0001-56, e a empresa ACECO TI Participações”*.

4. A empresa GENERAL ATLANTIC seria, portanto, uma “empresa-veículo”, ou, como nominou a DRJ, uma “sociedade-veículo” utilizada pelo real adquirente (Fundo GA Brasil III) para adquirir a participação societária da empresa ACECO TI.

5. Como elementos fáticos a suportar tais conclusões, o TVF aponta: (a) a empresa-veículo GENERAL ATLANTIC teria tido ciclo de vida efêmero; (b) teria tido como única atividade a aquisição da ACECO TI e, posteriormente, sua incorporação por aquela; (c) que o endereçamento do laudo utilizado para justificar o preço de aquisição demonstra que, na verdade, o real adquirente seria o Fundo GA Brasil III; (d) que notícias demonstram que o real adquirente seria o Fundo GA Brasil III; (e) e que, em síntese, não haveria propósito negocial a justificar a utilização da empresa-veículo e a operação de incorporação posterior.

6. A partir de referida glosa, foram apurados IRPJ e CSLL, sobre os quais também foram lançadas multa de ofício qualificada, multa isolada por falta de recolhimento da estimativa mensal, bem como atribuída responsabilidade solidária.

7. Cumpre observar que, **no presente caso, a glosa da amortização cinge-se unicamente na (i)legalidade da utilização de empresa-veículo para aquisição do investimento**, sendo a adquirente posteriormente incorporada de forma “reversa”. **Não se discute, nestes autos, aspectos relacionados à mensuração do ágio, ordem de alocação do sobrepreço, aspectos formais ou materiais quanto ao laudo/demonstração, sua tempestividade, “ágio interno” ou quaisquer outras questões que, não raro, são conjuntamente relacionadas.**

Preliminar de nulidade do auto de infração. Falta de intimação do responsável solidário no curso da fiscalização.

8. Inicialmente, formula o responsável solidário preliminar de nulidade do auto de infração, em face de não ter sido “intimado a apresentar esclarecimentos e documentos no curso da fiscalização”.

9. Sobre a matéria, a DRJ se manifestou nos seguintes termos:

15.1. O Sr. Jorge Justus Nitzan, ora impugnante, levanta causa de nulidade do lançamento, tendo em vista não ter sido intimado previamente, antes da lavratura do Auto de Infração, caracterizando assim cerceamento ao direito de defesa. Mas, não há cerceamento, como veremos.

15.2 No caso, o lançamento ocorreu no curso da chamada fase inquisitória, que antecede a fase processual propriamente dita. Nos termos da legislação constitucional e infraconstitucional vigente, há que se distinguir a fase inquisitória da fase processual. A investigação fiscal, que se dá no curso daquela primeira fase, pode culminar no lançamento mesmo antes que tenha havido qualquer intimação prévia. A fase processual somente se inicia com a contestação do contribuinte devidamente cientificado do lançamento. É na fase processual que se impõe a garantia ao contraditório e à ampla defesa, desde que obedecidos os prazos legais para o exercício desses direitos.

15.3. A rigor, antes do lançamento não existia ainda um processo administrativo em sentido material, razão pela qual não há que se falar nessa fase em direito a contraditório e ampla defesa. Na fase inquisitiva cabe ao fisco investigar a ocorrência do fato gerador e/ou se a obrigação tributária se extinguiu. Esse procedimento administrativo pode transcorrer antes da formalização de qualquer processo. A Súmula CARF Nº 46, não deixa dúvidas a esse respeito:

"O lançamento de ofício pode ser realizado sem prévia intimação do sujeito passivo, nos casos em que o Fisco dispuser de elementos suficientes à constituição dos créditos tributários." E, de fato, todos os fatos tinham sido

apurados por meio das verificações e intimações realizadas sobre a pessoa jurídica.

Somente após a ocorrência do lançamento, isto é, da cientificação do lançamento ao contribuinte, abre-se a oportunidade de ampla defesa e exercício do contraditório, que devem ser exercidos nos prazos legais estabelecidos na lei regente.

15.4. No caso concreto, o responsabilizado não teve seu direito à ampla defesa cerceado, pois foi formalmente cientificado do lançamento e de todos os elementos e razões que embasaram o lançamento, correndo a partir dessa ciência, nos termos estabelecidos pelo Decreto 70.235/72, art.15, o prazo de 30 (trinta) dias para que apresentasse sua impugnação e todos os elementos de defesa que fossem necessários, tais como documentos comprobatórios dos dados declarados ao fisco e questionados no lançamento. Não há dúvida, pois, de que lhe foi devidamente proporcionada a oportunidade de exercício de ampla defesa, e foi nessa intenção que apresentou a impugnação acostada às fls. 1.087 a 1.147, acompanhada de documentos em suporte aos seus argumentos.

10. A decisão da DRJ é, quanto ao ponto, irreparável.

11. Com efeito, não há que se falar em nulidade. De acordo com a Súmula CARF 162, “o direito ao contraditório e à ampla defesa somente se instaura com a apresentação de impugnação ao lançamento”. A Súmula em questão fundamenta-se no fato de que a etapa litigiosa – isto é, o processo administrativo propriamente dito – inicia-se tão somente com a impugnação/manifestação de inconformidade, nos termos do art. 14 do Decreto 70.235/1972.

12. No caso em tela, tanto a Recorrente, pessoa jurídica, quanto o responsável solidário, foram devidamente intimados do auto de infração e para apresentar impugnação, nos termos do art. 23 do Decreto 70.235/1972.

13. Como bem consignou a DRJ, importa ressaltar que a fiscalização se desenvolveu em face da ACECO TI LTDA., ora Recorrente, na condição de contribuinte, **cabendo tão somente a ela a prestação de informações quanto à sua sujeição passiva, fatos geradores praticados, operações desenvolvidas, regularidade e origem das informações constantes da escrituração contábil etc.**

14. Assim, não há que se falar em nulidade do auto de infração. Afasto, assim, a preliminar de nulidade suscitada pelo responsável solidário em seu recurso voluntário.

Glosa de amortização de ágio na aquisição de participação societária. Utilização de “empresa-veículo”.

15. De início, importa notar que tanto as operações societárias discutidas nos presentes autos se deram em 2012, período em que a matéria de fundo (dedutibilidade das despesas incorridas com a amortização de ágio) era regulada pela Lei 9.532/1997, a qual

efetivamente constitui um marco nas operações de reorganização societária no país, inclusive notadamente “popularizando” a temática do ágio, a refletir no número crescente de debates doutrinários e jurisprudenciais sobre a matéria a partir da edição de referida Lei.

16. Em referida Lei, a matéria era regulada nos seguintes termos:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

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

17. Ainda, dispunha o art. 20 do Decreto-lei 1.598/1977, em sua redação anterior à Lei 12.973/2014, vigente à época dos fatos:

Art 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

§ 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

18. Em curta síntese, sob a vigência de referido diploma legal, anteriormente à Lei 12.973/2014, o aproveitamento fiscal do ágio dependia tão somente da observância concomitante de três requisitos: (a) a efetiva aquisição de participação societária com ágio; (b) a fundamentação do ágio na expectativa de rentabilidade futura; e (c) a absorção do patrimônio da investida pela investidora, ou vice-versa, no que se convencionou chamar de “confusão patrimonial”.

19. Pois bem.

20. Ao justificar a indedutibilidade das despesas com amortização do ágio no caso em tela, o TVF assim fundamentou-se:

O ágio deveria ter sido constituído no investidor original, isto é, o fundo G.A. Brasil III Fundo de Investimento em Participações, assim considerado aquele que realmente suportou o encargo do investimento, realizando o pagamento pela aquisição da participação acionária na ACECO TI Participações S.A. Em vez disso, as partes optaram por utilizar uma outra empresa (General Atlantic Investimentos S.A.), constituída exclusivamente para este fim, integralizando nesta capital social que seria utilizando unicamente para aquisição de participação acionária em outra empresa, que, repetimos, poderia ser adquirida diretamente pelo referido fundo de investimentos.

63. Resta evidente, portanto, que o intuito desta operação (inclusão de terceira empresa) foi transferir o ágio que seria constituído no investidor original para uma empresa, desprovida de materialidade e substância econômica, como já relatado ao longo deste termo, para que posteriormente pudesse ser incorporada, sem envolver o patrimônio do investidor original, viabilizando-se, assim, a amortização do ágio na própria investida (ACECO TI S.A.).

64. Não há outra motivação sob a ótica empresarial que justifique tais operações, senão a redução indevida do pagamento de tributos, iludindo a fiscalização com uma operação claramente planejada e simulada.

65. A operação se caracteriza pela falta de propósito negocial, uma vez que a empresa General Atlantic Investimentos S.A. foi constituída apenas para servir de veículo à amortização do ágio.

66. Soma-se aos argumentos acima expostos o fato de o laudo apresentado pela empresa conter diversas divergências sobre a identificação da empresa avaliada, havendo referência, inclusive, à investidora original.

67. Ademais, as notícias publicadas na imprensa denotam que o real adquirente é a gestora de fundos americanas, sendo a General Atlantic Investimentos S.A. um mero instrumento para transferência do ágio amortizável.

21. Como se nota, o caso em tela reside basicamente na recorrente discussão em torno da possibilidade de utilização de “empresa-veículo” para fins de aquisição de participação societária com ágio, o qual, posteriormente, será fiscalmente aproveitado após uma operação de incorporação, seja esta a “tradicional” ou a “reversa”. Trata-se de uma empresa-veículo utilizada como “veículo de aquisição” do investimento, daí sua denominação.

22. A respeito da utilização de empresas-veículo em operações envolvendo a amortização de ágio, inclusive no contexto anterior à Lei 12.973/2014, este Relator assim se manifestou no voto vencedor no Acórdão 1101-001.398, em que consignei entendimento quanto ao cabimento da utilização de empresas-veículo em tais operações societárias.

23. Peço vênia para transcrever o que então apontado, uma vez que as premissas iniciais ali fixadas são igualmente aplicáveis ao caso em tela, cujos fatos aqui narrados também foram praticados na vigência da Lei 9.532/1997:

As chamadas “empresas-veículo” são, tipicamente, “holdings”, cujo objeto social é a participação no capital social de outras empresas, hipótese expressamente prevista pela Lei 6.404/1976:

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

[...]

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

A legislação ainda prescreve que as sociedades podem ter propósitos específicos (como realizar apenas um único negócio predeterminado), ou mesmo prazo determinado, a teor dos artigos 997, II, e 981 do Código Civil. Sociedades efêmeras, cujo objeto social é tão somente a participação societária ou a realização de um negócio jurídico não são estranhas ao Direito brasileiro. Pelo contrário, são possibilidades expressamente previstas pela legislação.

Tais organizações empresariais não podem, obviamente, ser comparadas com sociedades com objeto social industrial ou comercial, por exemplo. É natural que

suas estruturas físicas sejam distintas, que tenham poucas (ou nenhuma) despesa, que não tenham funcionários.

Todavia, sua efetiva existência, validade e eficácia jurídicas são incontestáveis, eis que, devidamente constituídas, registradas e praticados os atos societários e fiscais a elas impostos, cumpridas as formalidades previstas em Lei e sem vícios que os maculem, são empresas efetivamente existentes para todos os fins.

Assim, no que tange à matéria discutida nos presentes autos (ágio), a utilização da empresa veículo, ainda que de natureza efêmera, e cujo objeto social restringe-se à participação societária, não é por si só, ilícita para fins dos efeitos tributários, senão quando demonstrada, de forma cabal, a simulação (ou outro vício) do negócio jurídico, o que não é o caso em tela, cujo TVF não aprofunda tal percurso argumentativo.

A utilização de empresas como veículo de investimento não se situa apenas no âmbito da liberdade de conformação e estruturação dos negócios por parte dos particulares (o que de fato é verdade, inclusive por expressa possibilidade da Lei das S.A e do Código Civil), mas, no caso específico da aquisição de participações societárias com ágio, sob a vigência da Lei 9.532/1997, constitui parte essencial do “design normativo” escolhido pelo legislador.

A Lei 9.532/1997, criada no contexto das privatizações, não apenas passou a regular a dedutibilidade do ágio, mas expressamente permitiu seus efeitos em caso de incorporação “reversa” (até então não tratada na legislação sobre o tema), atendendo justamente à necessidade dos investidores nas privatizações (fundos de pensão, investidores estrangeiros, dentre outros) de realizar a aquisição das participações societárias mediante interposição de um veículo de investimento, por limitações regulatórias, de mercado, de estrutura de capital ou mesmo de contingências societárias.

Ao fazê-lo, muito mais do que apenas simplesmente cancelar a “incorporação reversa”, a Lei 9.532/1997 estabeleceu expressamente que a sistemática do ágio poderia envolver a utilização de um veículo de investimento, o qual seria incorporado pela empresa operacional. A utilização da empresa veículo é, então, parte essencial do arranjo normativo escolhido pelo legislador ao tratar do ágio e não mera opção subsidiária, acidental e menos ainda indesejada.

Os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/1997 são verdadeiras normas indutoras de operações de fusão, cisão e incorporação de empresas investidas adquiridas com ágio e “de utilização de empresas veículos como forma de atração de investimentos, denotando o forte interesse do legislador em ampliar a abrangência do art. 20 e em estimular o aproveitamento fiscal do ágio”. A meu ver, esse contexto econômico, e a expressa possibilidade de incorporação reversa do veículo de investimento são dados inescapáveis na interpretação do texto legal, do que se conclui que a empresa-veículo é não só aceita como foi expressamente prevista (e até incentivada) pelo legislador.

A tese do “real adquirente” ou “real investidor” (ou “Beneficiário Efetivo do Planejamento Tributário”, expressão utilizada no TVF nos presentes autos), comumente suscitada para justificar a glosa da despesa com ágio, além de não encontrar respaldo legal, e contrariar a expressa previsão legal na Lei 9.532/1997, implica em um questionável campo fértil para a insegurança jurídica, pois a pretensão de identificar a “fonte” dos recursos financeiros é não só difícil como mesmo impossível, se levada a premissa do “ônus financeiro” às últimas consequências. Considerando a interdependência complexa das sociedades e mercados, como identificar a “fonte originária” de um recurso financeiro que, até chegar ao “destino final”, atravessa negócios jurídicos de dívida, crédito, alienações, integralizações, subscrições? Sob a ótica do “poder decisório”, tampouco há estabilidade jurídica da tese do “real adquirente”, eis que este igualmente pode se apresentar de forma interposta, pulverizada e em sucessivos níveis verticais de controle.

Assim, a utilização de empresa-veículo é, a meu ver, plenamente válida para fins de aproveitamento das consequências do ágio pago na aquisição de participação societária. Por si só, não é justificativa suficiente para a glosa da despesa, tal como no presente caso.

(...)

Destaco ainda que, muito embora os rótulos facilitem, em alguma medida, a compreensão e sistematização de ideias, reunindo sob uma denominação comum determinadas teses jurídicas semelhantes, há de se tomar alguma cautela na utilização de tais “jargões”, sob pena de tratar por presumidamente iguais situações que são verdadeiramente diferentes. É assim que, por exemplo, ao falar-se em “empresa-veículo”, pode-se estar diante de empresas veículo utilizadas para a própria criação do ágio, para a alienação de ativos (criadas pelo vendedor), para a aquisição de ativos (pelo comprador) – como no presente caso – ou para a movimentação/transferência de um ágio já reconhecido e registrado, dentre outras hipóteses de operações societárias destinadas a responder condicionantes específicas de cada cenário negocial. As distintas situações devem, então, ser encaradas na medida do possível em sua individualidade.

Não à toa, justamente reagindo às diferentes situações que se apresentam na realidade das operações societárias, cada vez mais complexas, este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais analisou a temática da “empresa-veículo” em dezenas de acórdãos ao longo dos últimos anos. Passou inclusive a identificar circunstâncias nas quais a utilização de uma empresa como adquirente responde a necessidades econômicas e negociais concretas, que ultrapassam a mera economia tributária. Condicionantes regulatórias, comerciais, societárias, e de financiamento representariam, então, propósitos legítimos para utilização de tal estrutura societária.

24. Não pode deixar de ser observado o fato de que também no Judiciário tal entendimento encontra guarida. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tais operações vêm

sendo reconhecidas como válidas para fins de aproveitamento fiscal do ágio, após incorporação da empresa veículo pela investida. Nesse sentido o Recurso Especial 2.026.473:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FIM DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA. DESCABIMENTO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. ÁGIO. DESPESA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES DEPENDENTES. POSSIBILIDADE. NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR À ALTERAÇÃO LEGAL. EMPRESA-VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE INDEDUTIBILIDADE. ILEGALIDADE.

(...)

4. A controvérsia principal dos autos consiste em saber se agiu bem o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de “empresa-veículo”.

5. Ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença (para mais) entre o custo de aquisição do investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977).

6. Em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

7. A exceção à regra da indedutibilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

8. A exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997(convertida na Lei n. 9.532/1997) visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que a justificassem.

9. O Código Tributário Nacional autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando “se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação” (art. 149, VII) e também contém norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), a qual poderia, em última análise, até mesmo justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a “plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos” (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

10. Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o “propósito negocial” das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio

nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre “partes dependentes” (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via “empresa-veículo”; ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.

11. Do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia o Fisco não resultam automaticamente na conclusão de que o “ágio interno” ou o ágio resultado de operação com o emprego de “empresa-veículo” impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real, especialmente porque, até 2014, a legislação era silente a esse respeito.

12. Quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação a ele.

13. Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que o ágio entre partes dependentes ou com o emprego de “empresa-veículo” já seria, por si só, abusivo.

14. No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, em razão dos limites impostos pela Súmula 7 do STJ, não há demonstração de que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social, a ponto de justificar a glosa na dedução do ágio.

15. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa imposta em face da interposição dos embargos de declaração.

25. Do voto condutor do Ministro Relator, extrai-se o seguinte racional específico sobre a utilização de empresa-veículo, que merece ser trazido à baila (grifos nossos):

A empresa-veículo, por sua vez, seria aquela constituída com a “função específica de transferir participação societária entre controladora e controlada”(MOREIRA JÚNIOR, Gilberto de Castro; SILVA JÚNIOR, Ademir Bernardo. Da dedutibilidade do ágio para fins fiscais: análise do precedente da Colombian Chemicals Brasil LTDA [Acórdão n. 1102-000.875] In: Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (coord). São Paulo: MP Editora, 2016).

Embora não haja consenso sobre o conceito de “empresa-veículo”, algumas características dessa entidade podem ser destacadas:

A “empresa-veículo” geralmente é constituída pela própria pessoa jurídica adquirente com o aporte do investimento na sociedade adquirida (“empresaalvo”), justamente para efetuar a transferência do ágio de rentabilidade futura;

A “empresa-veículo” tem duração efêmera;

A “empresa-veículo” é criada sem outro propósito econômico, além de facilitar o aproveitamento fiscal do ágio de rentabilidade futura;

A “empresa-veículo” é utilizada como instrumento para aquisição da participação societária na “empresa-alvo” ou como sociedade para a qual ocorre a transferência do ágio;

A “empresa-veículo” é controladora da pessoa jurídica sucessora, que continua a existir após o evento societário, na qual o ativo diferido (regime anterior) ou o ativo intangível (regime atual) relativo ao ágio de rentabilidade futura passa a produzir efeitos fiscais;

A “empresa-veículo” é extinta no evento societário de fusão, cisão ou incorporação;

A “empresa-veículo” possibilita que a sociedade investida por meio da incorporação reversa, amortize o ágio de rentabilidade futura.

(SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022).

Dito isso, tenho que, do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia a Fazenda passam longe de resultar automaticamente na conclusão de que o “ágio interno” ou o ágio resultado de operação com o emprego de “empresaveículo” impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real.

Primeiro, porque **os supracitados arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 em nenhum momento dispuseram de maneira expressa sobre a impossibilidade apriorística do aproveitamento do ágio nas operações de partes dependentes ou mediante o emprego de empresa interposta.**

(...)

Sobre o emprego da “empresa-veículo”, a sua rejeição apriorística contraria o disposto no art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.404/1976 (o qual faculta a criação de holding “como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais”).

Não há proibição legal para que uma sociedade empresária seja criada como “veículo” para facilitar a realização de um negócio jurídico; inclusive há razões reais (“propósito negocial”) para tanto, pois é possível que as pessoas jurídicas originais queiram manter sua segregação por diversas razões (estratégicas, econômicas, operacionais...).

A propósito, quando a investidora é empresa estrangeira, é ainda mais justificável a constituição de uma “empresa-veículo”, por algumas razões práticas: confere mais segurança quanto à possibilidade de se valer da norma interna de dedução do ágio (o que não aconteceria se a incorporação fosse internacional); permite a negociação com base na moeda local; pode facilitar a realização de operações

locais (por exemplo, dispensar garantias que seriam exigidas do investidor internacional) etc.

26. Portanto, o aproveitamento fiscal do ágio, no contexto anterior à Lei 12.973/2014, tem como condição tão somente a aquisição de participação societária com ágio pago por expectativa de rentabilidade futura e a posterior incorporação, cisão ou fusão, gerando a “confusão patrimonial” entre investidora e investida. É irrelevante, senão quando cabalmente demonstrada fraude, simulação, ter sido utilizada uma empresa veículo para aquisição do investimento.

27. À luz do exposto, para além do entendimento particular deste Conselheiro acima já delineado, **esta Turma vem reconhecendo a possibilidade de sua utilização, e a validade das estruturas assim montadas, à luz dos entendimentos acima apresentados, mormente quando apresentada justificativa comercial, societária, de financiamento, regulatória; isto é, justificativa “negocial” em sentido amplo. Nesse sentido os Acórdãos nº 1101-001.372, 1101-001.373, dentre outros.**

28. Assim, fixadas as premissas, voltemos uma vez mais às operações objeto da presente demanda.

29. No caso em tela, a empresa-veículo General Atlantic Investimentos S.A. tinha seu capital social integralmente subscrito e integralizado pelo Fundo de Investimentos GA Brasil III = FIP, constituindo-se em empresa autônoma, com atos societários devidamente registrados com as devidas formalidades, sem vícios que os maculem.

30. De acordo com o “Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças” (e-fl. 149 – Arquivo não paginável), que resultou na aquisição da participação societária com ágio, além de ter sido firmado entre partes independentes, com real pagamento do preço, como reconhecido pelo TVF, se inseriu em um contexto anterior de reorganização societária da empresa, com saída de acionistas minoritários nas empresas controladas pela ACECO TI e mudança na estrutura societária e criação de novos investimentos do grupo no Brasil e em outros países (Colômbia e Chile), o qual se encontra detalhado na “Demonstração Financeira Aceco TI S.A.” (e-fl. 149 – Arquivo não paginável).

31. Nessa reestruturação societária, verifica-se que a ACECO TI Participações passou a concentrar as participações societárias não apenas da ACECO TI, mas também de outras empresas do grupo econômico cuja participação era de acionistas minoritários (“Elston S.A.” e “L&M Projetos e Gerenciamento”) e nos quais não detinha participação anterior. Tais fatos demonstram, a princípio, justificativa extratributária relevante para a estrutura societária adotada na operação de compra e venda, uma vez que a concentração das participações na ACECO TI Participações simplificaria a operação de compra e venda.

32. Há, ainda, justificativa econômica formalizada nos atos societários e demonstrações contábeis da incorporação reversa da ACECO Participações pela ACECO TI, no

sentido de “unificação e centralização das atividades da Aceco Participações e Aceco TI, com o objetivo de otimizar as operações, aperfeiçoar a administração e maximizar o uso de recursos”.

33. Há de se observar, além disso, que a empresa apontada como “real adquirente” no TVF se trata do Fundo de Investimentos “GA Brasil III - FIP” que, por se tratar de um Fundo de Investimento em Participações, por questões regulatórias e de financiamento, necessita operacionalizar seus investimentos efetivamente através de empresas-veículo, sendo justamente esse o intuito da Lei 9.532/1997, como já destaquei.

34. Além disso, não obstante as razões já expostas acima quanto ao descabimento da tese do “real adquirente” na avaliação dos efeitos tributários de operações de aquisição e incorporação de empresas com aproveitamento fiscal de ágio, nota-se que o laudo confeccionado pela empresa de auditoria independente quando da aquisição da participação societária da ACECO TI Participações com ágio consigna expressamente:

“A BDO foi contratada pela G.A. para fazer a verificação e o enquadramento das informações financeiras da referida transação, ou seja, estabelecer os valores do PPA, em conformidade com as práticas contábeis (...). Esta alocação visa decompor o preço de compra da Aceco TI Participações (...)”.

35. Assim, com as devidas vênias ao entendimento adotado pelo TVF e seguido pela DRJ, parece-me que eventual menção à G.A. ou seus diretores no endereçamento do laudo não desnatura o fato de que o documento foi efetivamente produzido, por terceiro independente, a fim de embasar o racional econômico-financeiro de uma operação que, ao fim e ao cabo, efetivamente se realizou entre partes independentes com efetivo pagamento do preço.

36. Por fim, destaque-se ainda que houve o pagamento de IR sobre o ganho de capital auferido pela vendedora pessoa física (e-fls. 1036), fato não contestado na fiscalização.

37. Entendo, portanto, que, além da utilização de empresa-veículo não encontrar óbice na legislação pátria e, assim, não ser por si só motivo para a glosa do ágio, o contexto do caso em tela ainda demonstra que sua utilização respondia a um propósito negocial legítimo das partes envolvidas.

38. Por todo o exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário e, com isso, afastar a glosa da amortização do ágio.

Multa qualificada. Responsabilidade tributária. Multa isolada.

39. Em face do provimento do recurso voluntário no mérito, afastando-se integralmente a glosa da amortização do ágio, as demais matérias discutidas nos presentes autos restam prejudicadas.

Por todo o exposto, afasto a preliminar de nulidade do auto de infração, suscitada no recurso voluntário do responsável solidário e dou provimento ao recurso voluntário do contribuinte, para afastar a glosa da amortização de ágio, restando prejudicadas as demais matérias, em face do cancelamento integral do crédito tributário.

É como voto.

Assinado Digitalmente

Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho