



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10980.730175/2019-21
ACÓRDÃO	1201-007.171 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	20 de fevereiro de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	COMPANHIA PROVIDENCIA INDUSTRIA E COMERCIO
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2014, 2015

O Fundo de Investimento em Participação (FIP) não pode contrair empréstimos, de forma que a utilização de sua controlada (empresa holding) para aquisição de participação societária, com grande parte dos recursos provenientes de terceiros (financiamento bancário do exterior e emissão de debentures) **revela um propósito negocial específico** dentro de um amplo contexto operacional.

Incabível, no caso dos autos, de se atribuir à holding a pecha de empresa veículo e/ou falsa adquirente, uma vez que o ágio surgido na operação de aquisição foi legítimo, assim como foram legítimos os atos posteriores que resultaram na sua dedutibilidade fiscal.

ACÓRDÃO

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário.

Assinado Digitalmente

Lucas Issa Halah – Relator

Assinado Digitalmente

Neudson Cavalcante Albuquerque – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Jose Eduardo Genero Serra, Renato Rodrigues Gomes, Raimundo Pires de Santana Filho, Isabelle Resende Alves Rocha, Lucas Issa Halah, Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se, na origem, de autos de infração com exigências de IRPJ e CSLL relativos aos anos-calendário de 2014 e 2015, bem como com reversões de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL. Foi lançada também multa isolada pela consequente insuficiência no recolhimento de estimativas.

O lançamento sustenta-se no argumento de que o ora Recorrente teria excluído indevidamente das bases tributáveis os valores relativos ao ágio por expectativa de rentabilidade futura apurado na aquisição do próprio Recorrente por sua incorporada e então controladora (incorporação reversa) Alnilan S/A (“ALNILAN”). Segundo a fiscalização, a ALNILAN seria **empresa veículo** interposta **dolosamente** e **sem propósito negocial**, com o **intuito fraudulento** de propiciar a **transferência do ágio** para a própria investida Recorrente por meio de **incorporação reversa**, em detrimento de seus **reais adquirentes**, que em determinados casos fizeram pagamentos diretamente ao Recorrente sem que os recursos transitassem fisicamente pela ALNILAN, razões que ensejaram também a **qualificação da multa de ofício** para 150%.

Tratou-se de operação de compra alavancada, em que, ao final, a dívida assumida para financiar a aquisição do Recorrente foi nele alocada. Entretanto, tal fato não ensejou qualquer glosa nem consistiu em fundamento da presente autuação.

O Contribuinte impugnou o lançamento alegando:

(i) Decadência. Impossibilidade de o Fisco impugnar as operações mais de 5 anos após terem sido realizadas. As transações ora tratadas, que culminaram na incorporação de ALNILAN por PROVIDÊNCIA e permitiram a amortização do ágio, se deram entre 2007 e 2008. Como o IRPJ e a CSLL são tributos sujeitos a lançamento por homologação, o Fisco dispunha do prazo de cinco anos contados, no mais tardar, do último negócio (incorporação da investidora pela investida) para efetuar os lançamentos (CTN, art. 150, §4º). Não o tendo feito, já que a intimação do lançamento se deu em 2019, houve decadência do direito de impugnar o regime tributário aplicado, o que redundou no cancelamento integral das autuações.

(ii) Mérito. Direito à amortização do ágio. As operações, da forma como realizadas:

(ii.i) Vão ao encontro dos objetivos da Lei 9.532/97, sem atribuir vantagem adicional àquela já naturalmente oriunda do negócio. A essência das

transações revela que a acusação fiscal, ao invés de avaliar substância das operações, prende-se a mero formalismo para imputar as alegadas infrações perpetradas. A constituição de sociedade com o propósito específico da prática de única operação não tem qualquer impedimento legal.

(ii.i) São explicáveis por motivos extrafiscais, dada a multiplicidade de investidores (8 no total), a diferente origem deles (2 estrangeiros e 6 nacionais) e a necessidade de ter canal para o financiamento de parte da compra (o que não seria possível pelos FIPs nacionais e tampouco pelos estrangeiros). Por isso foi necessária a formação de sociedade destinada a conduzir a aquisição da participação que se almejava, de forma que, uma vez concretizada, a sua subsistência deixou de ter razão, justificando a extinção. Foi o que concluiu o CARF em processo de interesse da Recorrente.

A transferência do ágio para a própria investida, mediante a incorporação da sua investidora, que efetuou o pagamento de dita importância, não revela anormalidade, caracterizadora da simulação, como imaginou a fiscalização. Ao inverso. A junção de patrimônios da investidora e investida, mediante a incorporação da primeira pela segunda (“incorporação às avessas”) é necessária para que se dê o encontro de contas que dá azo ao ativo diferido amortizável na pessoa jurídica resultante. Há expressa autorização legal para a incorporação da investidora pela investida (“incorporação às avessas”), do que se constata que, no caso em análise, não houve negócio simulado, mas regular exercício de direito;

(iii) Impossibilidade de exigência de crédito tributário fundada em novel interpretação, distinta da que vigora à época dos fatos. O artigo 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LIND, objeto da recente Lei 13.655/2018, veda que haja a cobrança de crédito tributário com base em revisão de orientação geral que existia à época em que praticados os fatos, considerando-se como tal, inclusive, a existência de jurisprudência majoritária de tribunal administrativo que respaldasse justamente o que sucede na presente hipótese;

(iv) Impossibilidade de exclusão da amortização do ágio da base de cálculo da CSLL. Devem, quando menos, ser tidas por indiferentes para justificar a exclusão dos dispêndios com ágio na base de cálculo da CSLL, uma vez que as condições tidas por descumpridas condicionam o registro da parcela unicamente no cálculo do “lucro real” – base do IRPJ. Os mesmos pressupostos não se aplicam à formação do lucro tributado pela CSLL por falta de previsão legal;

(v) Improcedência da multa qualificada. Independentemente do exposto, é descabida a multa qualificada de 150%, uma vez que todos os atos foram praticados à luz do dia, não havendo ocultação de nenhum deles que revele intuito de fraude, mesmo porque levados ao conhecimento das autoridades públicas na forma exigida pela legislação.

(vi) Descabimento das multas isoladas. Semelhantemente à multa qualificada, quanto às multas isoladas sobre estimativas, a improcedência das exigências decorre:

(vi.i) Do descabimento de sua imposição por ausência de recolhimento de estimativas, por terem origem nos mesmos fatos e serem aplicadas simultaneamente com as multas de ofício lançadas quando das exigências de IRPJ e CSLL objeto do mesmo feito. O procedimento representa a imputação de dupla pena às mesmas e únicas supostas infrações; e

(vi.ii) Independentemente do exposto no item anterior, a aplicação das multas isoladas por ausência de recolhimento de estimativas é igualmente improcedente, por terem sido constituídas em 2019, ou seja, após o encerramento dos períodos de apuração apenados (2014 e 2015), o que é vedado.”

O Acórdão Recorrido negou provimento à Impugnação, afastando os argumentos de defesa do contribuinte e acrescentando às causas de manutenção da autuação a alegação de que o ágio em questão seria interno e, como causa de manutenção da qualificação da multa, a alegação de que a conduta de deduzir indevidamente o ágio seria reiterada. Vejamos a ementa, que traz maiores detalhes.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2014, 2015

PRELIMINAR. INAPLICABILIDADE DO INSTITUTO DA DECADÊNCIA. FATOS PASSADOS COM REPERCUSSÃO EM EXERCÍCIOS FUTUROS. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO NO EXAME DE SEUS EFEITOS TRIBUTÁRIOS. SÚMULA CARF Nº 116.

O sujeito passivo da obrigação tributária está subordinado à fiscalização de fatos ocorridos em períodos passados que gerem repercussão em exercícios financeiros futuros mediante reconhecimento de despesas ou custos operacionais, bem assim exclusões da base tributável do imposto ou de contribuição social administrada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

Diante disso, torna-se imperativo a conservação de acervo documental adstrito às referidas escriturações até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública promover a constituição de ofício de créditos tributários referentes aos fatos geradores alcançados pelos efeitos fiscais decorrentes de transações de reorganização societária. Nesse sentido, inexistente preclusão administrativa na execução de análise dos eventos societários vinculados aos efeitos tributários incidentes sobre o período fiscalizado afetados por fatos pretéritos, operando-se a decadência no decurso de prazo de cinco anos, a contar da ocorrência dos respectivos fatos geradores (art. 150, § 4º, do CTN), desde que observada a existência de pagamento antecipado do tributo correspondente, bem como a inoccorrência de dolo, fraude ou simulação praticado pelo sujeito passivo (art. 173 do CTN).

REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA E SEM PROPÓSITO NEGOCIAL. ÁGIO TRANSFERIDO MEDIANTE NEGÓCIO INTRAGRUPO POR MEIO DE MECANISMO DE NATUREZA ARTIFICIAL.

A outorga da dedutibilidade da amortização do ágio de operação de incorporação inserida em um contexto de operações estruturadas e coordenadas em sequência no âmbito de reestruturação societária demanda que as transações estejam regularmente amparadas em atos empresariais não atingidos por manobras artificiais ou vícios sociais albergados por práticas abusivas entre companhias participantes do mesmo grupo societário.

Demonstrada a irregularidade do arranjo societário ante a ausência de propósito negocial e da artificialidade de transações engendradas por meio de negócios intragrupo, torna imperativo a decretação da ineficácia para fins tributários das transações norteadoras dos processos de incorporação entre partes relacionadas levadas a efeito forçosamente em sequência e desprovidos de qualquer propósito negocial.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO GERADO MEDIANTE NEGÓCIO INTRAGRUPO. INCORPORAÇÃO ÀS AVESSAS. ÁGIO DE SI MESMA. EMPRESA VEÍCULO. REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE TRIBUTÁVEL. NÃO OCORRÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL ENTRE O EFETIVO INVESTIDOR E A PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA ADQUIRIDO COM SOBREPREGO. INDEDUTIBILIDADE.

De acordo com os termos da legislação de regência, a dedutibilidade da amortização de ágio proveniente de aquisição de negócio empresarial mediante operação de incorporação demanda a plena observância dos seguintes requisitos essenciais: (i) a realização de operações entre partes não relacionadas e independentes; (ii) a prova do efetivo fluxo financeiro que evidencie o pagamento do custo aquisição celebrado entre as partes negociantes (incluindo-se o montante do ágio), bem assim a demonstração de que o adquirente, positivamente, suportou o ônus decorrente da transação; (iii) comprovação do respectivo fundamento econômico do ágio gerado na operação societária que norteou a deliberação em assembleia do corpo diretivo do conglomerado, respeitada as hipóteses prescritas na legislação de regência.

As operações de arranjo societário entre companhias integrantes do mesmo grupo econômico cuja indução das transações revela-se tendente à redução imprópria da base impositiva do imposto de renda, bem assim a obtenção vantagem tributária indevida desamparada de propósito negocial, são circunstâncias bastantes para determinar a perda da eficácia do sobrepreço avaliado e ratificar a negativa de dedutibilidade das parcelas de amortização de ágio computadas no resultado fiscal do impugnante.

Outrossim, para fins de caracterização da hipótese prevista no art. 7º da Lei nº 9.532/1997, é imprescindível que o ágio tenha sido efetivamente suportado pelo investidor adquirente da participação societária. Configurada a incoerência de confusão patrimonial entre o efetivo investidor e o investimento adquirido com

sobrepreço, não resta configurada a plenitude da subsunção do fato à norma para admissão dos efeitos fiscais decorrentes do reconhecimento da amortização do ágio.

Evidenciado que o bojo das transações ilegítimas das companhias advém de centralização decisória da cúpula diretiva do conglomerado, bem assim desprovido de negociação em ambiente de livre mercado e independência entre as partes contratantes, retira-se a eficácia tributária para fins de outorga da dedutibilidade das despesas com amortização de sobrepreço negociado em operação societária progressa ante a configuração da ocorrência de incorporação de uma companhia controladora (“empresa veículo”) por sua controlada.

A perda da eficácia dos atos praticados mostra-se ainda mais impróprio na situação na qual a empresa veículo participa tão somente como intermediadora de natureza meramente formal tendente à geração benefícios fiscais insubsistentes e conseqüente redução indevida das respectivas bases tributáveis auditadas.

ESTIMATIVAS MENSAIS DE IRPJ E CSLL NÃO RECOLHIDAS. MULTA ISOLADA. CABIMENTO APÓS O ENCERRAMENTO DO PERÍODO. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO INCIDENTE SOBRE O TRIBUTADO APURADO COM BASE NO LUCRO REAL ANUAL.

Nos casos de lançamento de ofício, é aplicável a multa de 50%, isoladamente, sobre o valor de estimativa mensal que deixou de ser recolhido, mesmo após o encerramento do exercício, e ainda que seja apurado prejuízo fiscal e base de cálculo negativa para a CSLL no ano-calendário correspondente. A hipótese normativa de imputação da multa isolada não se confunde com a motivação determinante de aplicação da multa de ofício, pois aquela é cabível defronte a constatação da falta de pagamento da importância devida da estimativa mensal de IRPJ e da CSLL aferida com base nos ditames do regime de apuração do lucro real anual. Tratam-se de infrações distintas e autônomas, razão pela qual ambas as sanções são passíveis atribuição concomitante em face do sujeito passivo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2014, 2015

EXCLUSÃO INDEVIDA DE ÁGIO NA BASE DE CÁLCULO DA CSLL. EFEITOS REFLEXIVOS DA TRIBUTAÇÃO DE IRPJ.

As hipóteses de negativa de dedutibilidade de despesas de ágio são, igualmente, aplicáveis à aferição da base de cálculo da CSLL. Outrossim, aplicam-se aos lançamentos tidos como reflexos as mesmas razões de decidir do lançamento principal (Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ), em razão de sua íntima relação de causa e efeito, na medida em que não há fatos jurídicos ou elementos probatórios a ensejar conclusões com atributos distintos. ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2014, 2015

MULTA QUALIFICADA. PRÁTICA REITERADA OMISSIVA. SONEGAÇÃO FISCAL E PRÁTICA DE CONDUTA FRAUDULENTA. ADMISSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE SANÇÃO DE MAIOR GRAVAME. DELITO EM OFENSA À ORDEM TRIBUTÁRIA. DOLO. VEDAÇÃO DE APRECIAÇÃO DE DIVERGÊNCIA DE NATUREZA CONSTITUCIONAL. SÚMULA CARF Nº 2.

A prática de condutas delitivas de natureza dolosa em ofensa à ordem tributária, executada sob a gestão dos administradores da companhia, todas elas tendentes a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a cognição por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias essenciais e materiais, norteia a legitimidade de aplicação da multa de ofício qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento) ante a configuração de sonegação e de fraude à ordem tributária, tipificados nos arts. 71 e 72 da Lei nº 4.502/1964.

A ocorrência de atos omissivos ou comissivos traduz-se diante da dissimulação da substância de evidências reportadas na contabilidade da entidade e no conteúdo de seus deveres instrumentais, gerando o ocultamento do fato gerador da obrigação tributária e a distorção da apuração das bases impositivas e dos créditos tributários devidos nos respectivos períodos-base.

A alegação dirigida em relação à pretensa inobservância de princípios constitucionais adstritos à multa aplicada no lançamento tributário não escapa de uma necessária avaliação de divergência de natureza estritamente constitucional acerca de norma tributária tipificadora de conduta infracional e da sanção fiscal correspondente, hipótese que não comporta juízo cognitivo no âmbito do órgão de julgamento na esfera administrativa.

DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS. ALCANCE NA ESFERA ADMINISTRATIVA. OFENSA DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

Ressalvando-se as súmulas e/ou acórdãos prolatados em sede de Cortes Superiores que versem sobre a inconstitucionalidade de normas jurídicas de natureza tributária federal, os demais precedentes forenses inter-partes não vinculam as instâncias julgadoras de primeira instância, pois se restringem às matérias e partes envolvidas no respectivo litígio.

LINDB. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 24. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TRIBUTÁRIA.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) em nada altera o manuseio do Direito no campo da Administração Pública Tributária.

A ordem normativa nela preceituada insere-se de forma material nas regras disciplinadas no Código Tributário Nacional e são concretizadas pela Fazenda Pública mediante as figuras nas normas complementares (art. 100 do CTN) instituídas para fins de regulamentação e alinhamento de decisões na esfera administrativa fiscal. Sob esta perspectiva, em respeito ao princípio da

especialidade, notadamente inaplicável a incidência do art. 24 da LINDB em relação ao instituto do lançamento tributário por força da compulsoriedade de observância estrita de normas gerais e específicas aplicáveis em matéria tributária.

Em Recurso Voluntário, o Contribuinte:

Alega ter havido inovação de fundamentação por parte do Acórdão Recorrido em relação ao Lançamento Tributário, porque não haveria a acusação de que o ágio seria interno ou que não teria sido pago, bem como defendeu ser tal imputação improcedente, por porque o ágio não foi interno e acarretou efetivo sacrifício econômico do adquirente, incorporado em incorporação reversa pelo Recorrente.

Afirma que, nos casos em que os investidores indiretos transferiram o preço diretamente ao alienante tais transferência se deram por conta e ordem da ALNILAN, que sempre figurou nos contratos como adquirente.

Reprisa e aprofunda a demonstração do propósito negocial da estrutura adotada, pontuando a utilidade e necessidade da constituição da ALNILAN por conta da multiplicidade de compradores, das diferentes nacionalidades dos múltiplos compradores, da aquisição ter sido financiada em procedimento de compra alavancada (*leveraged buyout*), e do fato de que alguns dos adquirentes eram Fundos de Investimento em Participações, que não poderiam contrair empréstimos por vedação regulatória, conforme excerto que a seguir transcrevo:

“1. Multiplicidade de investidores: Como a operação envolveu 8 investidores, era inviável fazer a compra sem utilizar instrumento jurídico por meio do qual os direitos e obrigações de cada interessado fossem previamente definidos. Para tanto, optou-se pela formação de SPE. Nela não só foi estabelecida a indispensável governança corporativa entre eles, através de acordo de acionistas, bem como se permitiu concentrar os esforços para a compra. Foi ALNILAN quem figurou nos atos perante o antigo acionista da PROVIDÊNCIA e os financiadores (ainda que parte do pagamento tenha saído das contas de alguns dos seus sócios direto para a conta do alienante).

2. Assegurar a disponibilidade una dos recursos: Em razão de a operação compreender investidores nacionais e estrangeiros, parte das disponibilidades próprias utilizadas por eles teve origem no exterior. Para assegurar que todos os acionistas honrariam o seu compromisso, dando a sua “cota” para a aquisição, foi convencionado que os valores seriam transmitidos à ALNILAN como aumento de capital para posteriormente serem utilizados no pagamento do antigo acionista de PROVIDÊNCIA.

3. Segurança exigida pelo vendedor e pelos acionistas/investidores: Se, ao invés de uma única parte contratante (ALNILAN), os antigos donos da PROVIDÊNCIA tivessem que tratar e contratar individualmente com cada um dos investidores, o

negócio certamente não seria concretizado. O vendedor ficaria receoso, pois não teria condições de saber se receberia o pagamento de um ou mais interessados, em especial dos estrangeiros. Também o risco de inadimplência aumentaria consideravelmente, bem como os controles necessários à consecução da operação, pois, ao invés de receber os valores de uma única fonte, o antigo dono da PROVIDÊNCIA receberia de 8 pagadores diferentes. Ao mesmo tempo, do lado dos investidores, a complexidade seria grande, pois, sem a ALNILAN as garantias dadas (inclusive depósito em conta vinculada – escrow account – para eventuais indenizações) teriam que se controladas e liquidadas individualizadamente, quando acabaram por ser realizadas pela ALNILAN como uma única parte.

4. Garantir a obtenção do financiamento de parte do preço de compra: Seria impraticável obter o financiamento se cada um dos investidores tivesse de captar individualmente os valores (cada qual a parcela que lhe caberia no negócio) necessários à aquisição da PROVIDÊNCIA. Teria que haver diferentes empréstimos em quantias inferiores ao financiamento obtido, sendo todos concatenados entre si, um para cada punhado das ações a ser adquirido e com as mesmas condições, o que é irreal. A prática comum de mercado é que o financiamento da compra de uma empresa seja concedido, garantido e tenha o seu pagamento calcado no próprio ativo adquirido. Ainda que pudessem ser coordenados e obtidos os financiamentos individuais, o risco de crédito aumentaria consideravelmente (em comparação a um financiamento único, tendo o mesmo tomador, detido pelos investidores conjuntamente, para a totalidade do ativo), o que poderia inviabilizar a operação.

5. Vedação à concessão de empréstimo a estrangeiro: Dois dos investidores eram não residentes. A legislação impede que as instituições financeiras brasileiras concedam financiamentos para estrangeiros com recursos captados no Brasil (MNI 02-01-06, art. 2º IX, “c”), como, aliás, informou o Santander à Fiscalização. Desse modo, não fosse a formação de ALNILAN, tais investidores não poderiam participar do negócio e, conseqüentemente, a transação não ocorreria.

6. Vedação à concessão de empréstimos diretamente a FIPs: Quatro dos investidores eram Fundos de Investimento em Participações – FIPs. A legislação vigente à época dos fatos, bem como aquela que lhe sucedeu, vedam que obtenham financiamento diretamente em seu nome (Instrução CVM 391/03, art. 35, II). Apenas as empresas em que participam podem contraí-lo. Portanto, não tivesse havido a formação de ALNILAN, não seria possível obter o empréstimo utilizado no pagamento de parte do preço e, portanto, não haveria a transação.”

Por fim, reitera os demais argumentos já expostos em Impugnação

É a síntese do necessário.

VOTO

1 ADMISSIBILIDADE

O Recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, portanto dele conheço.

2 PRELIMINARES

Em sede de preliminar, o Recorrente argui o decurso do prazo decadencial se computados 5 anos a partir da formação do ágio cuja dedução foi ora glosada.

Trata-se de matéria pacificada pela Súmula CARF nº 116.

“Súmula CARF nº 116

Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em 03/09/2018

Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129, de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).”

Trata-se de posicionamento que vincula os membros deste Conselho sob pena de perda de mandato, razão pela qual afasto a preliminar.

3 MÉRITO

A análise de mérito deve centrar-se nos elementos focais da acusação fiscal, que destaquei no início do relatório, quais sejam, o uso da ALNILAN como **empresa veículo** interposta **dolosamente** e **sem propósito comercial**, com o **intuito fraudulento** de propiciar a **transferência do ágio** para o próprio investido Recorrente por meio de **incorporação reversa**, em detrimento de seus **reais adquirentes**, que fizeram pagamentos diretamente ao Recorrente sem que os recursos transitassem pela ALNILAN.

Devemos, portanto, endereçar as figuras acima destacadas, pois elas que fundamentam a acusação fiscal. É o que faremos após endereçar a tese de defesa que pugna pela aplicação da LINDB.

3.1 APLICAÇÃO DO ART 24 DA LINDB

O Recorrente defende a aplicação do art. 24 da LINDB.

Particularmente, simpatizo em grande medida com a tese defendida pelo Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto ao fazer referência a voto da Conselheira Gisele Bossa, no Acórdão 1201-003.579, de fevereiro de 2020, que defende a aplicabilidade da LINDB ao Direito Tributário. Vejamos:

“De minha parte, tenho entendido que a Lei de Introdução em sua generalidade produz efeitos no Direito Tributário. O que seria de se questionar seria em verdade qual a extensão e o objetivo dos artigos introduzidos pela Lei nº 13.655/2018.

Nesse interim, transcrevo excerto do voto da i. Conselheira Gisele Bossa, aposto ao acórdão nº 1201-003.310 que com clareza expõe a questão:

112. Da simples leitura do caput do artigo 24, da LINDB é possível evidenciar sua clara convergência e perfeita conformação com os preceitos contidos no artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei nº 9.784/1999 e artigo 100, incisos II, III. Confira-se: Lei nº 9.784/1999

‘Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...)

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.’ CTN

‘Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos: (...)

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.”

113. A expressão "prática reiterada" impõe que seja dado o mesmo tratamento jurídico-tributário para os contribuintes que estejam em situação equivalente, sob pena de afronta aos princípios da igualdade e da capacidade contribuinte. Aliás, deixar de observar esse regramento cria, além de injustiça fiscal, disfunções concorrenciais têm termos comerciais.

114. É certo que, o objetivo dos novos artigos da LINDB, dentre eles o artigo 24, não foi alterar regras de caráter específico (e.g. CTN ou legislação relativa ao PAF), de modo que estas continuam em vigor, sem qualquer alteração, mas contribuir para dar maior eficácia e aumentar o grau de segurança jurídica na aplicação

dessas disposições setoriais. Daí, inclusive, ser irrelevante o fato de a LINDB ter sido instituída por lei ordinária e não lei complementar. Os efeitos indicados por esta relatoria estão atrelados às próprias disposições do artigo 100, III e § único, do CTN, combinadas com o artigo 24, da LINDB - dispositivo de caráter geral que tem, justamente, a finalidade de trazer diretrizes interpretativas.

115. Outro aspecto relevante que merece ser superado diz respeito à expressão “revisão” constante do caput do artigo 24 da LINDB, considero que o dispositivo também protege em concreto o auto lançamento – “situação plenamente constituída”. Isso porque, o contribuinte agiu segundo as “orientações gerais da época” - os julgados deste E. CARF são interpretações públicas e, por conseguinte, o contribuinte não se baseou nas suas próprias visões privadas sobre o critério jurídico que seria aplicável. Em outros termos, o Estado não pode, com base em nova interpretação, contestar auto lançamento que se limitou a acolher interpretação pública que vigorava.

116. Por fim, com relação à preferência pela aplicação do artigo 100, II, do CTN em detrimento do artigo 100, III, do mesmo dispositivo, por potencial especialidade, considero o inciso II (II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa) é aplicável aos casos em que o reconhecimento do valor normativo às interpretações já contém estabilidade de grau máximo, leia-se Súmulas deste E. CARF, decisões proferidas sobre o regime de repetitivo e repercussão geral. Nessas hipóteses, o próprio lançamento deve ser afastado.

117. Já o inciso III (“III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas”), é aplicável, em linha com as próprias diretrizes do artigo 24 da LINDB (§ único. “Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”), quando à época do fato gerador, existam manifestações equivalentes que, por seu maior volume ou pelo grau superior do órgão de que emanadas, bastem para sinalizar ao contribuinte de boa-fé que a interpretação da lei tributária feita por certo órgão administrativo ou judicial foi superada, ainda que incerta. Para ambos os diplomas normativos, basta a existência de costume administrativo tributário quanto ao critério jurídico de interpretação da lei, não se exige a definitividade dessa jurisprudência administrativa, tampouco sua formalização em grau máximo (edição de Súmula CARF).

118. Em síntese, considero que a LINDB: (i) é aplicável em matéria tributária; (ii) a norma geral constante do artigo 24 da LINDB, em linha com os citados dispositivos da legislação tributária proíbe, a retroação de nova orientação; (iii) sua função é contribuir de modo importante para eficácia das disposições particulares, especialmente o artigo 100, III, do CTN. Com efeito, não cabe no presente processo a aplicação de qualquer penalidade – multas em geral.

Isto posto, entendo que (i) o referido artigo autoriza afastarmos o lançamento no caso concreto; subsidiariamente (ii) ao menos a multa deva ser afastada em sua integralidade; subsidiariamente (iii). o art. 24 da LINDB supracitado deveria servir para afastar a qualificação da multa, haja vista que não se pode cogitar em dolo

em um cenário em que havia manifestações do tribunal administrativo respaldando operações semelhantes.’

De todo modo, trata-se de questão pacificada pelo verbete sumular de nº 169, que impõe a rejeição da tese de defesa.

“Súmula CARF nº 169

Aprovada pelo Pleno em sessão de 06/08/2021 – vigência em 16/08/2021

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. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

Acórdãos Precedentes: 1402-004.202, 9101-004.217, 9101-003.839, 1302-003.821, 9202-007.943, 3302-007.542, 1401-003.632, 3401-007.043 e 1201-002.982.”

Pelo exposto afasto o pedido.

3.2 PREMISSAS TEÓRICAS

A análise dos requisitos legais e dos *safe harbours* construídos pela jurisprudência e doutrina para delimitar as situações em que o aproveitamento fiscal do ágio seria ilegítimo foi feita de maneira lapidar pelo Conselheiro Luiz Flávio Neto no Acórdão nº 9101-003.468.

O Conselheiro, de maneira bastante didática e sistematizada, elencou e classificou os principais elementos considerados como essenciais, úteis e irrelevantes para a avaliação da dedutibilidade fiscal do ágio.

A transcrição de tal escólio, embora longa, é valiosa, por classificar com propriedade os elementos essenciais, distinguindo-os dos úteis e dos irrelevantes à dedutibilidade do ágio.

“1. A amortização fiscal das despesas de ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura.

A palavra “ágio” conduz à ideia de um sobrepreço que se paga por algo, um valor superior a determinado parâmetro. O ágio analisado no presente processo administrativo se refere à aquisição de participação societária relevante em empresas (investidas) por outras empresas (investidoras). No período atinente ao caso ora sob julgamento, como se verá a seguir, o legislador reconhecia como justificativa comercial para o pagamento de ágio (ou deságio) a expectativa de rentabilidade futura da empresa investida, o valor de mercado de bens do ativo da empresa investida superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, o fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Quando uma pessoa jurídica possui participação societária relevante em outra pessoa jurídica (controlada ou coligada), deve refletir em sua contabilidade tal investimento avaliando-o conforme o método da equivalência patrimonial (doravante “MEP”). Por sua vez, “ágios” e “deságios” são itens evidenciados nas demonstrações contábeis pelo MEP: a companhia deve evidenciar que parte do investimento mantido em sua controlada ou coligada não se justifica pelo valor patrimonial desta, mas sim por um ágio despendido quando de sua aquisição, considerando o fundamento pelo pagamento deste¹.

Nos idos de 1976, a Lei 6.404 (“Lei das SAs”) regulou a adoção do MEP, especialmente em seu art. 248:

Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos relevantes (artigo 247, parágrafo único) em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, e em sociedades controladas, serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido, de acordo com as seguintes normas:

(...)

A legislação brasileira passou a prever que as pessoas jurídicas que detenham investimentos em controladas ou coligadas devem, ao realizar sua escrituração pelo MEP, desdobrar o custo destas **(i)** no valor do patrimônio líquido existente no momento da aquisição da respectiva empresa investida e **(ii)** no ágio ou deságio eventualmente suportado para a aludida aquisição:

Decreto-lei n. 1.598/77

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.

Avaliação do Investimento no Balanço

Art 21 - Em cada balanço o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no artigo 248 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as seguintes normas:

I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até 2 meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda.

II - se os critérios contábeis adotados pela coligada ou controlada e pelo contribuinte não forem uniformes, o contribuinte deverá fazer no balanço ou balancete da coligada ou controlada os ajustes necessários para eliminar as diferenças relevantes decorrentes da diversidade de critérios;

III - o balanço ou balancete da coligada ou controlada levantado em data anterior à do balanço do contribuinte deverá ser ajustado para registrar os efeitos relevantes de fatos extraordinários ocorridos no período;

IV - o prazo de 2 meses de que trata o item I aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades, de que trata o § 4º do artigo 20, de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente.

V - o valor do investimento do contribuinte será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido ajustado de acordo com os números anteriores, da porcentagem da participação do contribuinte na coligada ou controlada.

Note-se que, *para fins meramente contábeis e sem consequências tributárias*, na empresa investidora, o ágio (ou deságio) lançado no ativo permanente, na conta de investimento, como ativo diferido, devendo ser deverá ser amortizado mediante débito ou crédito ao seu lucro líquido. Na empresa investida, por sua vez, o ágio componente do preço de emissão de ações, lançado como reserva de capital, não está sujeito à amortização e não afeta de modo algum o resultado.²

Ainda sob a perspectiva contábil, vale observar que, contabilmente, o desdobramento do referido ágio também pode ser observado sob a *perspectiva da pessoa jurídica investida*, embora tais registros contábeis não apresentem qualquer importância para a questão em análise. Supondo-se que uma pessoa jurídica (investidora) realize aumento de capital com sobrepreço em uma outra empresa (investida), referido ágio seria escriturado em conta do ativo, de *investimento*. Já as demonstrações financeiras da investida, em tese, deveriam evidenciar o ágio em questão em conta de *reserva de capital*³.

A referida escrituração de ágio pela investida não possui relevância para a análise em tela, pois não há comunicação necessária com os lançamentos contábeis realizados pela empresa investidora. Por essa razão, em nenhum momento a legislação que rege a matéria se volta aos valores contabilizados como ágio pela empresa investida, sendo relevante, apenas, a conta de investimento presente nas demonstrações financeiras da empresa investidora.

A apuração ou mesmo amortização contábil do aludido ágio por expectativa de rentabilidade futura, escriturados pela empresa investidora em função do

MEP, ***sempre permaneceram neutros para fins tributários nas diversas alterações legislativas atinentes à matéria.*** No que é mais relevante ao presente caso, prescreve o Decreto-lei 1.598/77:

Art. 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33.

Conforme será evidenciado nos tópicos “2” e “3” e “4” a seguir, as consequências tributárias apenas surgiriam com a realização do investimento, com a apuração do ganho (ou perda) de capital prescrita pelo art. 33 do Decreto-lei 1.598/77, ou com a amortização do ágio à fração 1/60 decorrente da implementação da *fórmula operacional básica* prescrita pelo art. 7º da Lei n. 9.532/97.

2. A evolução da legislação e do tratamento jurídico-tributário do “ágio”.

No período que antecedeu a Lei n. 12.973/2014, vigorou no sistema jurídico brasileiro dois regimes distintos relacionados ao ágio, dedicados a funções bastante distintas: um *regime contábil* e outro *regime tributário*.⁴ Embora possuíssem pontos em comum, eram evidentes os seus distanciamentos.

Sob a perspectiva do Direito tributário, as três grandes reformas atinentes ao ágio se deram em 1977, 1997 e 2014, como será brevemente explicitado abaixo.

Já sob a ótica do Direito contábil, é possível identificar apenas dois períodos, um anterior e outro posterior à Lei n. 11.638/2007. Note-se que essa lei introduziu alterações marcantes à matéria contábil, com a convergência das normas brasileiras aos padrões internacionais, mas não afetou em nada a apuração do *ágio* para fins fiscais.⁵ Tais alterações de métodos contábeis, contudo, permaneceram neutras para fins fiscais até a edição da Lei n. 12.973/2014.

Nos subtópicos a seguir, com a necessária ênfase ao que importa para a solução do caso concreto, o tratamento tributário do ágio nos marcos temporais de 1977, 1997 e 2014 serão analisados com paralelos à contabilidade, de forma a evidenciar a comunicação e os distanciamentos dessas searas.

2.1. A legislação do período pré-1997.

Conforme se expôs acima, a apuração do ágio conforme os arts. 20 e 21 do Decreto-lei 1.598/77 jamais apresentou consequências tributárias imediatas. É realmente possível dizer que a amortização contábil das despesas de ágio ***sempre permaneceu neutra para fins tributários nas diversas alterações legislativas atinentes à matéria.***

Até 1997, a única consequência tributária para o ágio por expectativa de rentabilidade futura, apurado na contabilidade da empresa investidora pela adoção MEP, se daria apenas em caso de futura realização do investimento (por exemplo, futura venda da empresa investida), no momento da apuração

do ganho ou perda de capital então apurado. Foi o que prescreveu o art. 33 do Decreto-lei 1.598/77:

Investimento Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido

Art. 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real.

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento com fundamento nas letras *b* e *c* do § 2º do artigo 20, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte

III - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.

§ 1º - Os valores de que tratam os itens II a IV serão corrigidos monetariamente.

§ 2º - Serão computados na determinação do lucro real:

a) como ganho de capital, o acréscimo do valor de patrimônio líquido decorrente de aumento na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada, resultante de modificação do capital social desta com diluição da participação dos demais sócios;

b) como perda de capital, a diminuição do valor de patrimônio líquido decorrente de redução na porcentagem da participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada, em virtude de modificação no capital social desta com diluição da participação do contribuinte.

Dessa forma, desde a década de 70 até 1997, o ágio suportado pela investidora com fundamento em expectativa de rentabilidade futura teria relevância para fins tributários apenas no momento de eventual e posterior realização do investimento, com a redução proporcional da base de cálculo do ganho de capital então apurado. **Em tal momento, tais despesas poderiam ser aproveitadas integralmente na apuração do ganho (ou perda) de capital, sem qualquer fracionamento.**

Essa possibilidade de aproveitamento fiscal integral do ágio pago conduziu a debates em torno de situações consideradas abusivas, à certa insegurança jurídica e, finalmente, à alteração de sua sistemática pela edição da Lei n. 9.532, de 10.12.1997

2.2. A legislação que perdurou de 1997 a 2014, aplicável ao caso dos autos.

Com edição da Lei n. 9.532/97, o legislador ordinário alterou sensivelmente as consequências fiscais do ágio por expectativa de rentabilidade futura. A partir de então, passou a ser possível o aproveitamento do ágio à fração 1/60 ao mês, desde o momento em que o ágio escriturado pela investidora viesse

a ser confrontado, em um mesmo acervo patrimonial, com os lucros advindos da empresa investida que justificaram o pagamento desse sobrepreço por expectativa de rentabilidade futura.

A possibilidade de amortização das despesas de ágio por expectativa de rentabilidade futura, da forma prescrita pela Lei n. 9.532/97, depende do cumprimento de uma **fórmula operacional básica**, que pressupõe o fenômeno societário da *absorção patrimonial*, com a reunião (por *incorporação, fusão ou cisão*) do patrimônio da pessoa jurídica investidora com a pessoa jurídica investida, a fim de que o aludido ágio registrado naquela seja emparelhado com os lucros gerados por esta. Concretizada a *absorção patrimonial* exigida pelo legislador, o ágio apurado em aquisição precedente pode ser amortizado nos balanços levantados após a ocorrência de um desses eventos, ainda que a incorporada ou cindida seja a investidora (incorporação reversa).

É o que se observa dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97:

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;

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.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

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

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

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do caput:

- a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;
- b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

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.

Há quem aponte que os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 veiculariam *benefício fiscal*⁷. Para LUCIANO AMARO, tratar-se-ia de “*estímulo a investimento na aquisição de empresas privadas com perspectivas de crescimento de rentabilidade, como incentivo à geração de riqueza, de empregos e, como consequência, de incrementar a própria arrecadação tributária*”.

Ainda que tais efeitos indutores possam ser observados em alguns casos, parece mais correto compreender que os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 enunciam mera norma de dedutibilidade para apuração fiscal, que inclusive limita quantitativamente a amortização do ágio em questão à fração 1/60 ao mês (ao contrário de “ampliar”, ao que seria um benefício), antes consumada em um único ato⁸.

De *benefício fiscal* não se trata. O legislador simplesmente impõe que o *sobrepreço* em questão seja processado contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição. Trata-se de norma que regula a amortização fiscal de despesas com ágio por meio de uma *fórmula operacional básica*, bem como limita quantitativamente o exercício de tal direito à fração 1/60 ao mês.

Ainda que não seja determinante para a interpretação da norma em apreço, a exposição de motivos da Lei n. 9.532/97 é ilustrativa, *in verbis*⁹:

“11. O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já conhecidos 'planejamentos tributários', vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo”.

A exposição de motivos reafirma algo que está claro no texto legislado: o legislador não pretendeu restringir o legítimo aproveitamento do ágio por expectativa de rentabilidade futura, mas sim regular a sua fruição aos casos em que realmente ocorra aquisição de investimento relevante em pessoa jurídica com efetivo sobrepreço. A decisão do legislador foi segregar situações em que há correta apuração do ágio por expectativa de rentabilidade futura de outras que, por corresponderem a operações fictícias, realmente não poderiam ser tratadas da mesma forma.

Se algum “benefício” foi pretendido em 1997 pelo legislador ordinário, este consistiu no estabelecimento de ambiente de **segurança jurídica** para a realização de aquisições de empresas privadas brasileiras. Em franco plano econômico de desestatização¹ aclamado pelo governo, seguido de período de intenso movimento econômico e investimentos em empresas privadas brasileiras (“M&A”), seria relevante aos investidores ter ambiente jurídico seguro, com uma objetiva *fórmula operacional básica* a ser seguida. As discussões existentes sobre o ágio até 1997 poderiam fragilizar o ambiente de confiança jurídica e econômica com inevitável inibição de investimentos, o que foi remediado pelo legislador ordinário com a edição da Lei n. 9.532/97.

No entanto, o presente julgamento, ocorrido aproximadamente 20 anos após a enunciação da Lei n. 9.532/97, demonstra que a sua aplicação tem gerado uma série de outras incertezas. E, permissa vênua, a interpretação adotada pela fiscalização na lavratura do auto de infração em tela demonstra que uma enorme *insegurança jurídica* – justamente o contrário do pretendido com a Lei n. 9.532/97 – está sendo imposta à contribuinte, ora Recorrente, o que não deve prosperar.

2.3. Período pós 2014: alterações trazidas pela Lei n. 12.973 ao reconhecimento e aproveitamento fiscal do ágio.

Desde a edição da Lei n. 12.973/2014, o tratamento fiscal do ágio sofreu algumas modificações, mas manteve-se em boa medida incólume.

¹ O Projeto de Lei 2.922/00 propôs extinguir a faculdade, sob a justificativa de ter ocorrido o esvaziamento de sua finalidade com o término das privatizações. O Projeto de Lei 5.339/01, por sua vez, propunha diluir a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura em 30 anos. Ambos foram arquivados, mantendo o tratamento a despeito do fim do Programa Nacional de Desestatização.

Note-se que, em 2014, o legislador mais uma vez manifestou a sua decisão sobre a apuração e o aproveitamento do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura. O legislador teve a oportunidade para aprimorar o sistema jurídico de forma a reduzir o contencioso com nova regulamentação quanto às exigências para a amortização do ágio. Tal decisão legislativa restou bastante aclarada em relação a discussões como a demonstração do valor do ágio por expectativa de rentabilidade futura (agora a lei exige a elaboração de um laudo específico e em determinado prazo, o que não existia anteriormente)¹⁰ e a validade do “ágio interno” (agora a lei veda a apuração de ágio na aquisição de investimento relevante realizada entre partes dependentes, o que não existia anteriormente)¹¹.

O silêncio do legislador, na reforma de 2014, em relação a temas igualmente contenciosos, como o da **transferência de investimento com ágio analisado nos presentes autos**, pode ser compreendido como inexistência de oposição às possíveis reestruturações societárias que o participar venha a sofrer. Referido silêncio pode ser considerado como reconhecimento do direito de auto-organização garantido ao particular pelo princípio da livre iniciativa, de forma que não haverá nenhuma sanção a isso no que concerne ao aproveitamento do ágio legitimamente apurado na operação originária de aquisição de investimento relevante. **Trata-se de um silêncio eloquente.**

3. A norma de dedutibilidade fiscal das despesas de amortização de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.

A norma em questão prescreve que, na **hipótese** de aquisição de investimento relevante com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, com a correta adoção do MEP para apuração pela investidora do patrimônio líquido da investida e do correspondente ágio, acompanhada da *fórmula operacional básica* estipulada em lei para a absorção, pela pessoa jurídica investidora, do acervo patrimonial da controlada ou coligada que justificou o ágio incorrido em sua aquisição (ou vice versa), **então a consequência jurídico-tributária** deverá ser a amortização da fração de 1/60 por mês do ágio por expectativa de rentabilidade futura contra as receitas da empresa investida (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição).

4. Evidenciação analítica dos elementos componentes da norma de dedutibilidade fiscal das despesas de amortização de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura

Este tópico se dedica à exposição analítica da norma de amortização do ágio, com o isolamento de elementos essenciais à sua aplicação. Também serão suscitados fatores que, embora não sejam determinantes, corroboram para o reconhecimento da legitimidade das operações envolvidas, bem como outros que são indiferentes e não devem interferir na fruição da amortização das despesas com ágio.

A doutrina do Direito tributário há muito evidencia que, para que se desencadeiem as consequências jurídicas da norma, devem ser verificadas

no mundo fenomênico todas as notas previstas em sua hipótese de incidência pelo legislador. O princípio da legalidade, explicado por essa formulação, se consubstancia na exigência de lei em sentido estrito para a eleição dos elementos essenciais tanto da *hipótese de incidência* do tributo quando do seu *consequente normativo* (obrigação tributária).

A norma de amortização do ágio está sujeita a tais exigências, pois interfere diretamente na apuração da base de cálculo do IRPJ. Desse modo, no subtópico “4.1” a seguir, serão identificados quais elementos são requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio por expectativa de rentabilidade futura.

A jurisprudência do CARF, por sua vez, passou a consagrar fatores que corroborariam para que a estrutura jurídica adotada pelo contribuinte seja considerada “real”. Tais elementos não são requisitos essenciais, por não terem sido erigidos de tal forma pelo legislador, mas tem corroborado para a formação do convencimento em algumas decisões proferidas no âmbito do CARF, como uma espécie de *safe harbour*. Em homenagem a essa jurisprudência administrativa e à função de uniformização da CSRF, os aludidos fatores serão analisados adiante.

Por fim, não se pode deixar de sublinhar alguns elementos cuja ocorrência é completamente indiferente para que o contribuinte possa ou não amortizar do ágio na forma prescrita pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, os quais serão analisados no subtópico “4.3”.

4.1. Elementos que são requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio.

A hipótese de incidência da norma que atribui consequências tributárias ao ágio incorrido por expectativa de rentabilidade futura apresenta elementos cuja presença é essencial, como:

- Aquisição de investimento relevante com contraprestação de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura;
- Fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição;
- Desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial da investida e ágio ou deságio incorrido;
- A amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição);
- Absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou vice-versa).

4.1.1. Demonstração da aquisição de investimento relevante com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.

O art. 7º da Lei n. 9.532/97 estabelece um marco originário para a apuração do ágio potencialmente dedutível da base de cálculo tributária: o momento da aquisição de investimento com *sobrepreço* fundado em expectativa de

rentabilidade futura. Essa operação é que será determinante para a apuração do ágio que, caso cumprida *fórmula operacional básica* prescrita pelo legislador, dará ensejo à amortização fiscal.

O art. 20, §3º, do Decreto-lei 1.598/77 (redação anterior à Lei 12.973.2014), prescreve que o ágio desdobrado por ocasião da aquisição de participação, com justificativa no valor de mercado dos bens do ativo ou na expectativa de rentabilidade futura da investida, “deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”.

Quando se investiga o Decreto-lei 1.598/77, a Lei 6.404, a Lei 9.532/97 e o Decreto 3.000/99 (antes das alterações introduzidas pela Lei n. 12.973), há uma constatação comum: nenhum desses enunciados prescritivos requer qualquer forma específica de demonstração do ágio apurado pela pessoa jurídica investidora, no momento da aquisição, por expectativa de rentabilidade futura da pessoa jurídica investida.

O meio de prova a ser adotado pelo contribuinte, então, deve estar circunscritos àqueles permitidos ou não vedados pelo Direito, mas ao seu critério e conveniência.¹²

A investigação pelas normas jurídicas brasileiras que tutelam em geral a questão da prova conduz ao menos aos seguintes enunciados prescritivos:

Código Civil

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:

I - confissão;
II - documento; III-
testemunha;

IV - presunção;

V - perícia.

Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.

Parágrafo único. A prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos.

Código de Processo Civil (“antigo”, Lei n. 5.869, de 11.01.1973)

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

A conclusão inevitável é que a “demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração” não possuem forma e conteúdo pré-determinados pelo legislador, que conferiu ao contribuinte liberdade para a adoção dos meio jurídico probatório que lhe convier, observadas as normas gerais do Direito quanto às provas em geral que não demandam forma específica.¹³

Assim, é requisito essencial da norma analisada que seja realizada, por pessoa jurídica, uma operação (real, obviamente) de aquisição de investimento em outra pessoa jurídica, na qual haja contraprestação pela investidora de um *sobrepreço* fundado em expectativa de rentabilidade futura por parte da investida, devidamente demonstrada por todas as formas em Direito admitidas.

4.1.2. Fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição.

A Lei n. 9.532/97, em seu art. 7º, apenas faz referência à “participação societária adquirida com ágio ou deságio”, sem especificar a forma como deve ser implementada tal aquisição. A maneira mais óbvia de aquisição seria o pagamento em moeda, embora seja muito comum que aquisições desse tipo ocorram, por exemplo, por meio de integralização de ações. O legislador não restringiu qualquer dessas possibilidades.

Pelo contrário, o legislador utilizou de termos amplos o suficiente para abarcar aquisições realizadas por quaisquer formas de contraprestação: o pressuposto de aplicação da norma é a aquisição, por qualquer forma jurídica, na qual exista **contraprestação com ágio**, o que pressupõe a existência de *fluxo financeiro ou quaisquer outras formas de sacrifícios econômicos* envolvidos na operação.

Do legado do Conselheiro MARCOS SHIGUEO TAKATA¹⁴, observa-se que “esse preço, repita-se, pode dar-se em ‘moeda’ diversa a dinheiro, como ações emitidas pela companhia incorporadora de ações, como já descrito, no caso de incorporação de ações”.

4.1.3. Desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial e ágio por expectativa de rentabilidade futura.

A legislação brasileira dispõe sobre pessoas jurídicas obrigadas à adoção do MEP para refletir em suas demonstrações contábeis o valor do investimento mantido em sociedades coligadas ou controladas pelo valor do patrimônio líquido destas. Por sua vez, também há pessoas jurídicas que, embora não possuam *a priori* tal obrigação, tornam-se igualmente obrigadas a adotar o MEP em situações específicas.

No caso, a norma obtida dos arts. 7º e art. 8º da Lei n. 9.532/97 e art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/77, torna obrigatória a avaliação do investimento pelo MEP a toda pessoa jurídica que realizar aquisição, por qualquer forma jurídica, na qual exista contraprestação com ágio. O contribuinte que realizar

a referida aquisição de investimento deverá, por ocasião desse evento, desdobrar o custo de aquisição em:

- (i) valor do patrimônio líquido da empresa investida verificado no momento de sua aquisição e;
- (ii) ágio por expectativa de rentabilidade futura incorrido na referida aquisição.

O art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/77 prevê que o ágio por expectativa de rentabilidade futura “deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”.

Há, assim, determinação para que o contribuinte realize tal segregação e a demonstração dos fundamentos adotados, de tal forma que não lhe é dado seguir por outro caminho caso pretenda amortizar as fiscalmente tais despesas.¹⁵ A decomposição do investimento nesses dois elementos é mandatória, apenas sendo facultativa a amortização do ágio para fins fiscais na proporção máxima de 1/60 ao mês. Tratando-se de deságio, por sua vez, as suas consequências fiscais são naturalmente cogentes.¹⁶

4.1.4. A amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.

A regra de amortização do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura não traz ao contribuinte um benefício fiscal pela criação de “créditos presumidos” ou “fictícios”. O legislador simplesmente recorresse (sic.) um sobrepreço efetivamente incorrido e impõe que este seja processado contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição. Ao conceber a amortização do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura como mera *norma de dedutibilidade em conformidade com o conceito de renda tributável*, o legislador, então, prescreveu o necessário emparelhamento dos lucros efetivamente gerados pela empresa adquirida com o ágio incorrido pela sua aquisição.

O legislador se baseou no “*princípio do emparelhamento das receitas e despesas*”, que é decorrência *princípio da competência*, aplicável como regra geral para a apuração tributária¹⁷. Mais do que ter se baseado, é possível afirmar que o legislador tributário, ao tutelar a amortização fiscal do ágio, se manteve coerente com o regime de competência e com as normas que o regulam no Direito societário. Note-se o que prescreve o art. 177 da Lein. 6.404/76:

Art. 177. A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos **princípios de contabilidade geralmente aceitos**, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o **regime de competência**. (grifos acrescidos)

O legislador foi enfático, pois entre os “princípios de contabilidade

geralmente aceitos” ou “princípios fundamentais da de contabilidade”¹⁸ está justamente o princípio da competência, do qual decorre o “*princípio do emparelhamento das receitas e despesas*”. A adoção de tais princípios contábeis como regra geral para a apuração do resultado das companhias também foi prescrita de forma expressa no art. 187 da Lei n. 6.404/76:

Art. 187. A demonstração do resultado do exercício discriminará:

(...)

§ 1º Na determinação do resultado do exercício serão computados:

a) as receitas e os rendimentos ganhos no período, independentemente da sua realização em moeda; e os custos, despesas, encargos e perdas, pagos ou incorridos, correspondentes a essas receitas e rendimentos.

A Resolução CFC n. 750/93 também exprimiu ser decorrência necessária do princípio da competência a adoção do método (ou “princípio”) do confronto das receitas e despesas, como se observa do art. 9º da aludida norma contábil:

Art. 9º. As receitas e as despesas devem ser incluídas na apuração do resultado do período em que ocorrerem, sempre simultaneamente quando se correlacionarem, independentemente de recebimento ou pagamento.

§ 1º O Princípio da COMPETÊNCIA determina quando as alterações no ativo ou no passivo resultam em aumento ou diminuição no patrimônio líquido, estabelecendo diretrizes para classificação das mutações patrimoniais, resultantes da observância do Princípio da OPORTUNIDADE.

§ 2º O reconhecimento simultâneo das receitas e despesas, quando correlatas, é consequência natural do respeito ao período em que ocorrer sua geração.

Com as alterações introduzidas pela Resolução CFC n. 1.282/10, o aludido dispositivo passou a constar com outra redação, sem alterar em nada o princípio do emparelhamento das receitas e despesas. Como nem poderia ser diferente, a norma contábil reafirma o método do emparelhamento de receitas e despesas como pressuposto para a concretização do princípio da competência:

Art. 9º. O Princípio da Competência determina que os efeitos das transações e outros eventos sejam reconhecidos nos períodos a que se referem, independentemente do recebimento ou pagamento.

Parágrafo único. O Princípio da Competência pressupõe a simultaneidade da confrontação de receitas e de despesas correlatas.

No caso da amortização fiscal das despesas de ágio por expectativa de rentabilidade futura, o referido método (ou princípio) contábil é vivificado sob a premissa de que “despesas antecipadas devem ser ‘guardadas’ (ativadas) até que se verifiquem as receitas que lhe são correspondentes.”¹⁹, o que condiz com a observância do princípio da competência e do emparelhamento de

receitas e despesas: a amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.

A questão técnica imediatamente surgida ao legislador foi identificar, nas normas societárias e contábeis brasileiras, formas possíveis para operar o aludido emparelhamento dos lucros efetivamente gerados pela empresa investida com o ágio apurado pela investidora quando de sua aquisição. Afinal, a despesa com o ágio por expectativa de rentabilidade futura se encontraria em um entidade (empresa investidora), enquanto que as receitas que ocasionariam a geração dos lucros futuros seriam gerados por outra entidade (empresa investida).

Em alguns países, a exemplo dos Estados Unidos, em que o princípio da entidade é tratado de forma diversa e há a consolidação dos demonstrativos financeiros da controladora e de suas subsidiárias, é comum verificar-se o que se chama de “*push down accounting*”. Por meio desse, em hipótese, com a consolidação dos balanços da controladora e de suas subsidiárias, as despesas de ágio apuradas por aquela seriam trazidos para baixo e confrontados com lucros gerados por esta.

Se o legislador tributário brasileiro estivesse imerso em tal tradição jurídica, certamente não teria qualquer desafio para implementar um permissivo legal à amortização do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura: em razão da consolidação dos balanços e do “*push down accounting*”, haveria comunicação natural das despesas com o ágio e as receitas cuja expectativa de geração futura justificou a sua assunção.

No Brasil, no entanto, não há correspondente ao chamado “*push down accounting*”, com uma tradição societária e contábil firme no *princípio da entidade*. O problema se mostrou evidente: como possibilitar que a empresa investidora amortize o ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, deduzindo-o dos aludidos lucros quando se concretizarem, se estes (ágio e lucro) se encontram em entidades distintas (controladora e controlada)?

Assim, com base nas normas societárias e contábeis brasileiras, coube ao legislador tributário estabelecer uma *fórmula operacional básica* apta a emparelhar o ágio escriturado pela investidora com os efetivos lucros gerados pela empresa investida, cuja expectativa tenha dado causa ao ágio apurado quando de sua aquisição.

4.1.5. Fórmula operacional básica: absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou vice-versa).

Caso se adote o sentido estrito da expressão “planejamento tributário”²⁰, a questão do ágio estará fora de sua matéria. Ocorre que a regra expressa

pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 situa a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, em termos estritos, entre as “*economias de opção*” ou “*opções fiscais*”²¹.

Nas chamadas *opções fiscais*, o sistema jurídico tributário oferece ao contribuinte mais de uma sistemática para que submeta os seus signos de riqueza à tributação: é garantida ao contribuinte a liberdade para optar pelo caminho que lhe parecer mais adequado, seja por praticidade ou por lhe proporcionar menor ônus tributário.

Explorando o exemplo da DIRPF²², com opção pela *sistemática simplificada* ou *completa*, verifica-se que o legislador prescreveu ao contribuinte uma **fórmula procedimental básica** a ser seguida pela pessoa física: no programa de computador fornecido pela Receita Federal, o contribuinte deve pura e simplesmente optar pelo modelo *simplificado* ou *completo*. O programa de computador calcula para o contribuinte qual opção lhe trará o menor custo de IRPF e, caso se opte pelo modelo mais oneroso, o sistema não prossegue até que o contribuinte confirme estar certo de que realmente irá optar por pagar mais (mensagem semelhante não aparece caso o contribuinte opte pelo caminho mais natural de poupar despesas tributárias). Neste exemplo, não estaria o contribuinte realizando um “planejamento tributário”, mas algo não apenas tolerado como regulado e incentivado pelo legislador: “*opções fiscais*” ou “*economias de opção*”.

Por sua vez, com o objetivo de permitir expressamente a amortização fiscal do ágio por expectativa de rentabilidade futura, o legislador tributário também forneceu a **fórmula operacional básica** a ser seguida:

- *os lucros gerados pela pessoa jurídica investida devem ser confrontados com a fração de amortização do ágio apurado pela empresa (coerência do legislador com tradicional método do emparelhamento de receitas e despesas para a apuração do IRPJ).*
- *como não há no sistema jurídico brasileiro norma de consolidação de balanços que conduza ao “push down accounting”, o legislador tributário prescreveu ao contribuinte a necessidade de reunião das pessoas jurídicas investidora e investida (absorção patrimonial), por meio de incorporação, fusão ou cisão.*

É necessário deixar claro que **o legislador não buscou induzir a concentração de empresas** por meio das normas do art. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97. Não há vestígios de discussões legislativas nesse sentido, não há indicações de tal jaez no texto legislativo e também não se concebe plausibilidade em indução de concentração econômica das empresas.

O legislador não buscou induzir a concentração de empresas pura e simplesmente, como se isso fosse algum valor a ser alcançado pela sociedade. Caso a tradição jurídica brasileira consagrasse norma geral

consolidação de balanços, o referido “*push down accounting*” tornaria prescindível o fenômeno da absorção para a reunião patrimonial das empresas investida e investidora, pois a adoção deste método faria com que a empresa investida *trouxesse para si* (“*para baixo*”) as despesas de ágio apurado pela empresa investidora.

A exigência normativa, portanto, reside simplesmente em uma necessidade técnica de reunião **(i)** do *acervo patrimonial cuja rentabilidade futura justificou o ágio* com **(ii)** o *acervo patrimonial em que estão registrados os sacrifícios do investimento realizado, com a segregação, pelo MEP, dos valores atinentes ao ágio e ao valor patrimonial da investida identificado quando de sua aquisição*. A exigência do legislador consiste simplesmente no emparelhamento de receitas e despesas, o que se dá com “a realização’ do investimento, mediante operação que integre, numa mesma entidade, a investidora e o acervo objeto do investimento”²³.

Essa *fórmula operacional básica* é bem descrita por LUCIANO AMARO²⁴, quando identifica que “o que autorizará a amortização do ágio é a operação de incorporação(ou fusão ou cisão) que implique a “confusão” na mesma entidade (investidora ou investida, ou terceira empresa resultante de fusão de ambas) do investimento societário e do acervo da investida que justificou o ágio pago na aquisição desse investimento”. Conclui esse professor, acertadamente, que “A lei não criou obstáculos. Pelo contrário, afastou-os expressamente”²⁵.

Para que a junção em uma mesma entidade do fluxo futuro de renda (gerado pelo acervo da investida) com as despesas de ágio para a aquisição do investimento (contabilizado na empresa investidora), a norma prevê amplas formas jurídicas, contemplando *incorporações, fusões* ou mesmo *cisões*.

Assim, considerando que uma empresa (“X”) adquire investimento relevante de outra empresa (“Y”), com o pagamento de *sobre preço* (ágio) justificado por *expectativa de rentabilidade futura*, a norma conduz a situações como:

- se a empresa investidora (“X”) **incorporar** a empresa investida (“Y”), esta deixaria de existir, passando a existir apenas aquela (“X”) com a sucessão universal de todos os direitos e obrigações desta (“Y”). Assim, das receitas da então empresa investida (“Y”) poderiam ser deduzidas, no limite de 1/60 mensais, as despesas de amortização de ágio apuradas pela investidora (“X”). O mesmo se daria com a *incorporação reversa*, na hipótese da empresa investida (“Y”) incorporar a investidora (“X”), por permissivo expresso do art. 8º, “b” da Lei n. 9.532/97.
- se a empresa investidora (“X”) for **cindida**, resultando na criação de nova empresa (“X2”) com o investimento detido na investida (“Y”) e, posteriormente, incorporar esta, a empresa investida (“Y”) deixará de existir, passando a existir apenas cindida (“X2”). Devido à sucessão universal de

todos os direitos e obrigações, as receitas da então empresa investida (“Y”) poderão ser amortizadas, no limite de 1/60 mensais, com as despesas de ágio apuradas pela investidora (“X2”). A cisão parcial seguida da incorporação reversa também seria possível, por permissivo expresso do art. 8º, “b” da Lei n. 9.532/97.

- se a empresa investidora (“X”) e a investida (“Y”) forem **fusionadas**, deixando de existir para dar lugar ao nascimento da empresa fundida (“Z”), a qual receberá por sucessão universal todos os direitos e obrigações daquelas (“X” e “Y”), as receitas da então empresa investida (“Y”) poderão ser amortizadas, no limite de 1/60 mensais, com as despesas de ágio apuradas pela investidora (“X”).

Nesse seguir, a *mens legis* ou *ratio legis* das regras em análise se torna evidente: o ágio decorrente da aquisição deverá ser amortizado do lucro obtida pela empresa adquirida, o que demanda comunicação entre ambas ou seja, “absorção”. É dizer: para que o objetivo da norma seja alcançado (qual seja, a amortização do ágio), o meio selecionado como requisito essencial foi a reunião, “absorção” das pessoas jurídicas investidora e investida.

Permitam-me a transcrição das acertadas ponderações de RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA²⁶, emitidas em âmbito acadêmico:

“Destarte, para que esse objetivo legal seja atingido, é necessário trazer o lucro para dentro da pessoa jurídica que tenha adquirido a participação societária com a expectativa de rentabilidade da mesma, ou levar o ágio ou deságio para dentro da pessoa jurídica produtora do resultado esperado, o que se faz por incorporação ou cisão de uma delas e absorção pela outra. Ou, ainda, o mesmo objetivo pode ser alcançado levando-se o ágio ou deságio e o lucro para dentro de uma nova pessoa jurídica, o que se faz por fusão das duas pessoas jurídicas, que ficam absorvidas pela nova.

Em suma, no contexto dos arts. 7º e 8º é essencial que haja absorção de patrimônio por via de incorporação, fusão ou cisão, de maneira a reunir ágio ou deságio e lucro numa única pessoa jurídica.

É por isso mesmo – por ser acontecimento inerente ao tratamento objetivado pela lei – que a reunião das pessoas jurídicas é coisa natural e não deve ser vista com a desconfiança que tem caracterizado alguns procedimentos fiscais, a qual é totalmente descabida quando efetivamente tenha ocorrido uma aquisição com ágio, eis que o passo subsequente inevitável, previsto na lei, é a incorporação, fusão ou cisão das pessoas jurídicas investidora e investida.”

É importante observar que as operações referidas nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 não devem ser consideradas fora de seu contexto. Assim, se uma empresa (“X”) adquire investimento relevante de outra empresa (“Y”), com o

pagamento de ágio justificado por *expectativa de rentabilidade futura*, a norma fiscal não autoriza a amortização do referido ágio, por exemplo, se a empresa investidora (“X”) for incorporada por uma terceira empresa (“Z”). Nesse caso, a referida empresa incorporadora (“Z”), por sucessão universal de todos os direitos e obrigações, passaria a deter o investimento da empresa cuja expectativa de rentabilidade futura justificou o pagamento de ágio (“Y”). Ocorre a *transferência do investimento e do respectivo ágio*, o que é **indiferente sob a perspectiva tributária, isto é, nem é vedado e nem gera o direito à amortização**, conforme será melhor analisado no tópico “4.3.2”. Apenas se a aludida incorporadora (“Z”), por exemplo, incorporar, ser incorporada ou realizar fusão com a empresa investida (“Y”), é que estaria autorizada a amortização fiscal do ágio em questão.²⁷

É correta, então, a afirmação de RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA²⁸, de que “a condição legal de reunião das pessoas jurídicas não é simplesmente formal, vazia de conteúdo racional, pois a absorção, seja por via de fusão ou de incorporação ou de cisão, é verdadeiramente necessária para que se possa dar a reunião do ágio ou deságio e do lucro numa única pessoa jurídica.” A precisão dessa assertiva é confirmada com o requisito analisado no subtópico anterior, qual seja: o legislador impõe que o ágio em questão seja processado contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.

4.2. Elementos que não são requisitos essenciais, mas que corroboram para reconhecimento dos elementos da hipótese de incidência e, assim, com o desencadeamento da consequência tributária (amortização fiscal do ágio).

Desde a edição da Lei n. 9.532/97, uma série de questionamentos passaram a ser suscitados diante de casos concretos.

Em uma era farta de reestruturações societárias (“M&A”) impulsionadas por ambiente econômico favorável ao investimento doméstico e estrangeiro, os contribuintes e seus consultores jurídicos precisaram analisar a aplicação das regras de amortização de ágio às peculiaridades dos mais variados negócios jurídicos. A administração tributária, por sua vez, passou a acompanhar e a identificar casos de possível “abuso” no aproveitamento do ágio fiscal.

A jurisprudência administrativa, por sua vez, empiricamente gravou situações como indicativas de “abuso”, o que viciaria de tal modo as operações que lhe destituíam o direito à amortização de “ágio” referido nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97.

Ao mesmo tempo, a pragmática do CARF também resultou em progressiva indicação de *safe harbours*, fatores que, quando presentes, evidenciariam à administração fiscal a legitimidade fiscal dos negócios praticados pelo

contribuinte, colocando-o em um *porto seguro*. Muitas vezes, a presença de algum desses fatores resulta na consideração de uma operação como a *priori* legítima.

Há um limite que deve ser observado em relação a tais critérios de análise colhidos da experiência e de julgados do CARF. Embora sejam importantes para a sistematização da forma como os casos são julgados em vista de elementos em comum, não podem descarrilhar para uma legislativa imprópria desse Tribunal, com enunciação de critérios não previstos nos enunciados legislativos vigentes à época dos fatos geradores.

Não se trata de lista exaustiva, pois tem como propósito a análise do caso concreto dos presentes autos, de forma que está sujeita a atualização e consideração de especificidades.

4.2.1. Aquisição de investimento de partes não relacionadas.

Até a edição da Lei n. 12.973/2014, não havia, na legislação, vedação expressa ou mesmo qualquer referência à figura do “ágio interno”. Tal rótulo surgiu da experiência e do manejo de situações concretas e passou a ser regulada expressamente pelo legislador a partir produção da aludida lei. Por se tratar de um rótulo, é preciso compreender a sua extensão e as consequência jurídicas que emanam da qualificação de uma operação como “ágio interno”.

Em termos muito gerais, o chamado “ágio interno” consiste em situações nas quais não se encontram presentes partes independentes, com a transmissão do investimento em uma pessoa jurídica para outra, pertencente ao mesmo grupo empresarial. Diz-se, então, que o ágio foi constituído “*internamente*”, sem a participação de nenhum participante *externo*.

Em face de uma série de casos considerados abusivos, em que particulares constituiriam ágios internamente, sem qualquer causa, com o propósito exclusivo de reduzir a base de cálculo do tributo, passou-se a considerar que a presença de um terceiro independente na operação originária de aquisição representaria um *safe harbour* ao contribuinte. Nesse contexto, as *aquisições de investimento entre partes não relacionadas* passaram a ser consideradas a *priori* legítimas para fins fiscais.

Para KAREM JUREIDINI DIAS e RAPHAEL ASSEF LAVEZ²⁹, nas situações em que operações são realizadas entre partes relacionadas, a fiscalização poderia contestar a apuração de ágio “se, e somente se, identificarem-se elementos com base nos quais o laudo ou demonstrativo do ágio possa ser questionado pela administração tributária – à parte disso, reputa-se *arm’s length* o ágio realizado entre partes dependentes, na condição de que amparado em laudo ou demonstrativo condizente com a legislação fiscal”.

Tal fator, embora possa ter elevada capacidade de influenciar a decisão do intérprete, não é, por si só, decisivo (ao menos até a edição da Lei n. 12.973). Ocorre que outros fatores devem ser verificados, como, por exemplo, o requisito fundamental da existência de fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição.

Além disso, quando se está diante de operações rotuladas de “ágio interno”, é necessário investigar as suas peculiaridades, a fim de atribuir-lhes a qualificante “válido” ou “inválido”. Enquanto o primeiro, válido, mantém incólume a possibilidade de amortização fiscal, este, inválido, não. Ocorre que, sob a perspectiva fiscal, as modalidades de *ágios internos* podem ser agrupadas em dois grupos: *válidos* ou *inválidos*. Nas palavras de MARCOS SHIGUEO TAKATA³⁰, “há *ágios internos* e ‘*ágios internos*”.

4.2.2. Inexistência de “prejuízos” à Fazenda Pública decorrente das reestruturações societárias realizadas.

A crescente complexidade dos negócios é naturalmente refletida na organização societária das empresas. Por isso, não se pode atribuir à complexidade de operações realizadas pelo contribuinte qualquer pré-conceito que resvale em “ilegitimidade *a priori*” para fins fiscais, bem como não se pode esperar ser possível enquadrar todas as inumeráveis variáveis dos mais diversos negócios jurídicos em apenas algumas poucas caixas hermeticamente fechadas a revisões conceituais. Na verdade, há na Constituição Federal garantia à liberdade auto-organização.

Como o particular possui liberdade de auto-organização, decorrente imediatamente do princípio da livre iniciativa, reestruturações societárias realizadas no âmbito da empresa investidora ou em suas controladas/coligadas (investida) são plenamente possíveis. Se uma reestruturação societária não conduzir à minoração de ônus tributário em comparação com aquele que seria suportado com a mais simples e direta absorção da empresa adquirida pela adquirente e, inclusive, não multiplicar ou de alguma forma ampliar o ágio, então a administração fiscal sequer teria interesse de agir.

A inexistência de “prejuízos” à Fazenda Pública decorrente das reestruturações societárias realizadas passou, então, a ser considerada como um *safe harbour* em acórdãos do CARF. Como exemplo, é possível observar a decisão a seguir, a qual confirmou a legitimidade da amortização fiscal do ágio:

“A efetivação da reorganização societária, mediante a utilização de empresa veículo, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco. O “abuso de direito” pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas

minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio”

(BANCO GMAC S.A. Acórdão n. 1301-001.224. Processo n. 16327.001482/2010-52)

Como inflexão imediata desse *safe harbour*, é necessário reconhecer que também não é lícito à Fazenda Nacional tributar mais a renda em questão do que seria tributado em comparação com o ônus que seria suportado com a mais simples absorção da empresa adquirida pela adquirente. A máxima jurídica de que é preciso dar a cada um o que lhe pertence (“*Suum Cuique Tribuere*”) também se aplica ao Direito público e vale tanto para o contribuinte quanto para a fisco.

É, então, defeso à administração fiscal sancionar o contribuinte pelo exercício de sua liberdade de auto-organização, apenas possuindo interesse de agir na hipótese das reestruturações societárias implementadas de alguma forma majorarem a amortização das despesas de ágio que seria possível com a mais simples absorção da empresa adquirida pela adquirente.

4.2.3. A apuração de ganho de capital pelo alienante da empresa adquirida com sobrepreço fundado em expectativa de rentabilidade futura.

A jurisprudência do CARF, com contribuição digna de nota de MARCOS SHIGUEO TAKATA, caminhou para o estabelecimento de *safe harbours* em reestruturações societárias que, embora não tivessem a participação de terceiros estranhos ao grupo econômico, poderiam apurar ágio potencialmente amortizável para fins tributários. Surgiu a proposta para a apuração de ganho de capital por parte da empresa alienante do investimento seja tomada como uma salvaguarda, que influenciaria para a validação de ágio apurado em operações com partes relacionadas (“*ágio interno*”). Em declaração de voto no acórdão 1103-000.501³¹, tal questão foi muito bem colocada, *in verbis*:

“Mais um exemplo. Uma investida pode se encontrar com passivo a descoberto (PL negativo). Não obstante, sua controladora acredita na capacidade de recuperação e de rentabilidade da empresa. Para tanto, a controladora injeta dinheiro na empresa, por aumento de capital, revertendo o passivo a descoberto da investida (PL positivo), para a capacitar à sua recuperação e à geração de rentabilidade. O novo valor de investimento da controladora é o custo de aquisição no aumento de capital (valor em dinheiro aportado): a diferença entre o valor patrimonial da investida segundo o percentual de participação da controladora (equivalência patrimonial) e o custo de aquisição é ágio. Há efetividade econômica nesse ágio. Há pagamento em dinheiro pelo aumento de capital

feito: sua contrapartida é aumento do investimento com ágio. O ágio interno é real ou efetivo”.

Duas considerações são necessárias quanto à referida salvaguarda. Primeiro, não se descarta que a apuração de ganho de capital pela empresa alienante possa influenciar o julgador quanto à legitimidade das operações realizadas, tratando-se ou não de casos de *ágio interno*. Segundo, embora este possa ser um elemento relevante e persuasivo, que corrobora para o reconhecimento da lisura das operações realizadas pelo contribuinte, não se trata de um requisito essencial, de forma que a sua ausência não conduziria à inoponibilidade fiscal das operações.

4.3. Elementos que são indiferentes e não interferem na amortização fiscal do ágio.

Na mesma marcha para a interpretação e aplicação das regras da Lei 9.532/97 relacionadas à amortização do ágio fundado na expectativa de rentabilidade futura, alguns fatores passaram a ganhar atenção da jurisprudência administrativa. No entanto, “*permissa maxima venia*”, conforme explicitado nos subtópicos seguintes, tais fatores não apresentam qualquer relevância para a aplicação ou não da norma dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97.

Deve-se repetir a advertência de que os elementos a seguir não compõem uma lista exaustiva. Trata-se apenas de coleção de fatores corriqueiros no debate sobre o tema em análise e que estão presentes no caso concreto ora sob julgamento.

4.3.1. Aspectos temporais da norma de aproveitamento do ágio e as “entidades efêmeras”.

Como se viu, buscando racionalidade no sistema jurídico brasileiro – que tem como premissa fundamental o emparelhamento de receitas e despesas, mas não possui regra geral e automática de consolidação de balanços que possibilite o chamado “*push down accounting*”, o legislador prescreveu como condição para a amortização do ágio a reunião do patrimônio da empresa investida com o da investidora, de forma que os lucros daquela possam ser amortizados com as despesas de ágio escriturados por esta.

Em nenhum momento o legislador exigiu que o contribuinte aguardasse algum lapso temporal mínimo para levar a cabo as operações necessárias para o aproveitamento do ágio em questão. A fórmula operacional básica prescrita para viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio simplesmente não estabelece exigências temporais: não consta qualquer prazo nos enunciados prescritivos da Lei n. 9.532/97, tal como não há prazos nas normas societárias que regulam aquisições, fusões e cisões societárias.

Nessa mesma linha, RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA³² apresenta ponderações relevantes não apenas em âmbito acadêmico, mas de grande valia para a adequada compreensão de casos concretos:

“É ainda por isso que, nestes casos, se torna irrelevante como se processa a reunião das duas pessoas jurídicas, para o que a lei abre inúmeras alternativas, e nem mesmo é prejudicial aos efeitos da lei que essa reunião se tenha realizado em curto ou em largo prazo, podendo mesmo efetivar-se no próprio dia da aquisição investimento”.

Dessa forma, não possui qualquer relevância para a análise do presente caso argumentos que demonstrem o decurso de longo lapso temporal entre as operações realizadas pelo contribuinte ou, ainda, que tenham sido utilizadas estruturas por curso espaço de tempo (“efêmeras”).

4.3.2. Operações periféricas, adjacentes, intermediárias à reestruturação societária para absorção patrimonial requerida pela Lei n. 9.532/97.

A Lei n. 9.532/97 estabeleceu uma *fórmula operacional básica*, segundo a qual, por meio de determinados atos societários, deverá haver a reunião do *acervo patrimonial cuja rentabilidade futura justificou o ágio com o acervo patrimonial em que se localiza o investimento realizado com o respectivo ágio*: receitas e despesas devem ser emparelhadas, com “a realização’ do investimento, mediante operação que integre, numa mesma entidade, a investidora e o acervo objeto do investimento”³³.

Ocorre que muitas outras operações podem ser realizadas na órbita reestruturação societária requerida pela Lei n. 9.532/97, antes ou após a aquisição da pessoa jurídica com ágio, como por exemplo:

- constituição de pessoa jurídica com aporte de capital necessário à aquisição de investimentos, com diversificação ou não de suas atividades. Após a aquisição de um investimento em outra pessoa jurídica com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, a chamada “**empresa-veículo**” poderia executar a *fórmula operacional básica* prescrita pelo legislador, com a incorporação, cisão ou fusão que dá ensejo ao direito de amortização das despesas de ágio contra os lucros da empresa adquirida.
- nos casos rotulados de “**transferência de ágio**”, ocorre uma operação de aquisição precedente, entre partes independentes, com a posterior *transferência* do investimento adquirido para outra empresa do grupo. Em outras palavras, após a aquisição de investimento em outra pessoa jurídica com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, este investimento é transferido para outra pessoa dentro do mesmo grupo econômico, previamente à operação de incorporação, cisão ou fusão que dá ensejo ao direito de amortização das despesas de ágio contra os lucros da empresa adquirida.³⁴

Para o caso em exame nos presentes autos, interessa analisar com mais detalhes a questão da “empresa-veículo”.

Com paralelo nas “*conduit companies*”, a expressão acolhida na pragmática do CARF pode, em si, dar ensejo a confusões, pois pode abarcar situações distintas e encontrar justificativa por razões variadas, atinentes a fatores de mercado, regulatórios, societários ou mesmo exclusivamente tributários.

Salvo hipótese de fraude, a utilização de “empresa-veículo” não gera qualquer efeito tributário, isto é, não altera o potencial de amortização deste em caso de posterior operação de fusão, incorporação ou cisão que ocasione o encontro patrimonial requerido pelo legislador. **Por isso é correto afirmar que tais operações são neutras, não alterando a esfera de direitos dos contribuintes ou do fisco no que concerne a efetiva amortização do ágio.**

A Lei n. 9.532/97 não veda, expressa ou implicitamente, a prática de tais operações intermediárias, que são indiferentes ao legislador, gozando daquilo que TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.³⁵ classifica de “*permissão fraca*”. Ensina o Professor que:

“Permissões, no entanto, não resultam apenas de um preceito expresso, mas também da ausência de norma, do que decorre a chamada liberdade negativa. A permissão por ausência de norma (livre por não estar proibido nem ser obrigado) chama-se *permissão fraca*. Já a permissão que resulta da norma se chama *permissão forte*, que aponta para a liberdade no sentido positivo.”

De fato, não há disposição expressa na Lei n. 9.532/97 que vede expressamente a realização de reorganizações societárias periféricas e intermediárias ao evento de absorção eleito para ensejar a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, a exemplo da constituição de empresa-veículo. O que há é uma tese sobre uma “interpretação” da Lei n. 9.532/97, pela qual a PFN sustenta a perda da possibilidade de amortização do ágio em face de reorganizações societárias com empresas-veículo.

Como não há disposição expressa nesse sentido que dê ensejo a argumentos contundentes apoiados em *interpretação literal*, é necessário investigar se uma interpretação sistemática, teleológica ou mesmo histórica apoiariam tal tese.

De início, não se pode jamais perder de vista que, na *receita procedimental básica* prescrita pelo legislador para que o contribuinte opte (*economia de opção*) pela amortização fiscal do ágio em aquisição oneroso de investimento, a chamada *empresa veículo* funciona como instrumento para o emparelhamento das receitas (da empresa investida) com as despesas da amortização do ágio (apurados pela empresa investidora), o que, afinal, pressupõe alguma forma de “*push down accounting*”. Daí a assertiva de VICTOR BORGES POLIZELLI³⁶: “Enfatiza-se: a ‘empresa veículo’ foi legalmente criada pela Lei n. 9.532/1997 como condição para o carregamento do ágio para baixo, para a empresa investida”.

Além disso, parece fora de dúvida que, ausente manifestação clara e expressa do legislador para a limitação de liberdades fundamentais, qualquer interpretação que conduza a tal limitação deverá ser avaliada a partir das normas constitucionais que tutelam a liberdade que se pretende restringir. **Na ausência de tal manifestação expressa de forma clara pelo legislador, a análise sistemática do ordenamento demanda, antes de tudo, verificar se a interpretação em questão contraria liberdade constitucional de empresa, de investimento, de organização e de contratação, me parece ser dever do julgador administrativo evitá-la. A razoabilidade dessa tese deve enfrentar esse teste fatal.**

A tese em questão evidencia duas interpretações antagônicas do art. 25 da Lei

n. 9.532/97:

1ª) A utilização de empresa-veículo é indiferente ou mesmo goza de permissão do sistema jurídico: por esta, não há ampliação ou redução de qualquer direito à amortização de ágio por parte do contribuinte e nem o Estado amplia ou reduz a sua esfera de direitos em relação à amortização de tais despesas;

2ª) A utilização de empresa-veículo faz com que pereça o direito à amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura, ainda que este tenha sido legitimamente apurado: por esta, há restrição ao direito do contribuinte à amortização de despesas com ágio, com a consequente ampliação da participação do Estado no patrimônio privado.

É premissa inafastável que a atividade arrecadatória do Estado deve observar todo o repertório de direitos assegurados às pessoas físicas e jurídicas, o que evidentemente inclui as *liberdades econômicas*. Desrespeitado esse limite, a tributação perde legitimidade. E, no Brasil, a Ordem Econômica é amparada por normas constitucionais³⁷ geralmente suscitadas para fundamentar o direito do contribuinte à auto-organização de suas atividades sem a interferência do fisco: a *garantia à livre iniciativa* e à *livre concorrência*.

A *livre iniciativa* foi erigida como fundamento da ordem econômica pelo *caput* do art. 170 da Constituição Federal³⁸. Como observa EROS ROBERTO GRAU³⁹, a livre iniciativa assume uma dupla feição, protegendo ao capital e ao trabalho. Na explicação de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR⁴⁰, trata-se de mandamento para que o Estado atue de forma *negativa*, no sentido de não interferir na expansão da criatividade do indivíduo e, ainda, *positiva*, de atuação para a valorização do *trabalho humano*. A esse propósito, leciona esse professor:

“Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que

não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado”.

A *autonomia privada* decorre do *princípio da livre iniciativa*, atribuindo aos particulares o direito à *liberdade contratual*, isto é, de livremente celebrar ou não um contrato (liberdade de celebração), bem como de eleger o tipo contratual mais adequado (liberdade de seleção do tipo contratual) e de preencher o seu conteúdo de acordo com os seus interesses (liberdade de fixação do conteúdo do contrato ou de estipulação).⁴¹ Garante-se, por esse princípio, a liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação⁴².

A *liberdade contratual*, que garante ao particular a faculdade de *contratar ou não contratar*, de escolher *como* e com *quem* estabelecer uma relação contratual e, por óbvio, de decidir qual o conteúdo dos contratos, decorre da *autonomia privada*.⁴³ TULLIO ROSEMBUJ⁴⁴ observa que a *liberdade da empresa* não se esgota no exercício da *liberdade contratual*, no exercício do *direito de propriedade* ou na atividade de produção de bens de terceiros no mercado livre: trata-se da garantia de se poder combinar fatores de produção e de utilizar de riqueza para produzir nova riqueza.

Já o *princípio da livre concorrência* pode ser compreendido como garantia de oportunidades iguais a todos os agentes do mercado, de tal forma que o particular possui a faculdade de conquistar a clientela por seus próprios méritos e na expectativa de que sejam premiados os eficientes e excluídos os ineficientes, embora seja vedada a detenção do mercado e a prática de concorrência desleal. A *livre concorrência* tem como pressuposto a *livre iniciativa* e induz à distribuição de recursos a preços mais baixos ao consumidor. Não se exige, contudo, identidade de condições entre os partícipes do mercado, que, respeitados os limites prescritos pelo Direito econômico, podem se valer de todas as suas forças para conquistar a clientela⁴⁵.

Note-se que nenhuma dessas liberdades é absoluta. As *liberdades econômicas*, segundo EROS GRAU⁴⁶, nem mesmo em sua formulação original (*Édito de Turgot, de 1776*) pretendiam a omissão total do Estado. Em trabalho publicado em 1969, LUIGI FERRI⁴⁷ já apontava que: “*El problema de la autonomia es ante de todo um problema de limites, y de limites que son siempre el reflejo de normas jurídicas, a falta de las cuales el mismo problema no podría siquiera plantearse a menos que se quiera identificar la autonomía con la libertad natural o moral del hombre*”.

O que se coloca em questão é a necessidade de *manifestação expressa e clara do legislador* para a restrição de tal liberdade ou, ao menos, a existência de razoabilidade na interpretação conduzida pela administração

fiscal que conduza à tal restrição. Afinal, como ensina TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR⁴⁸, a “intervenção que possa afetar a liberdade deve, antes de tudo, estar pautada por regras claras e públicas, que permitam ao indivíduo planejar seu curso de vida, ciente das consequências jurídicas de seus atos.” Resta evidenciado, então, que, a ausência de decisão clara do agente competente (Poder Legislativo) é realmente fator suficiente afastar restrição à liberdade de auto-organização consubstanciada na penalização de operações societárias intermediárias, como é o caso da constituição de empresas-veículo.

Por maior que seja o esforço dialético, uma investigação sistemática, com o cotejo analítico das aludidas normas constitucionais, torna evidente não ser razoável a interpretação que, à revelia de lei em sentido estrito nesse sentido, conclua que as reorganizações societárias intermediárias ao encontro patrimonial da entidade investida com o investimento faz que pereça o direito à amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura legitimamente apurado.

Se há limites ao exercício da liberdade, também há limites à sua restrição, pois “a liberdade pode ser disciplinada, mas não pode ser eliminada”⁴⁹. A exigência de congelamento completo da estrutura societária do grupo empresarial, sob pena de perda do direito à potencial amortização do ágio legitimamente apurado, sem dúvida consiste em uma liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação.

Em linha com o quanto exposto acima, se uma liberdade econômica é bloqueada, ainda que por via obtusa, o Estado deixa de “normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado”, o que é consentâneo com a Constituição. Ocorre que a liberdade de empresa, que pressupõe a livre contratação e auto-organização colocam em xeque a tese ora em análise, pela qual uma operação válida perante o Direito privado e que não traz qualquer “prejuízo” ao erário, seria sancionada com o perecimento do direito à amortização fiscal das despesas de ágio garantida pela Lei n. 9.532/97.

Afinal, porque seria válida interpretação que conduz à manifesta desigualdade tributária, autorizando a amortização do ágio a algumas empresas, mas negando-a para outras? O exemplo dos fundos de previdência é muito ilustrativo, pois geralmente há normas regulatórias que não permitem a absorção das empresas investidas ou, ainda, que sejam absorvidas por estas. Porque seria legítimo restringir o direito à livre iniciativa e de contratar de tais entidades, com a vedação à utilização de empresas veículo que pudesse adquirir o investimento e após realizar os procedimentos societários necessários à amortização do ágio? Ou, com olhos ao princípio da livre concorrência, porque tais fundos deveriam ser submetidos a condições desiguais, com o cerceamento de seu direito à amortização do ágio?

Tal consideração não se aplica apenas quando empresa adquirente do investimento seja um fundo de previdência, instituição bancária ou outras

entidades com normas regulatórias próprias. A interpretação proposta pela PFN imputaria à mais comum das empresas desigualdade em relação a outras que se encontrem em situação semelhante, o que redundaria em inevitável vilipêndio do princípio da livre concorrência. Para que reste evidenciada a seriedade de tal constatação, suponha-se que três grupos empresariais do mesmo seguimento econômico concorram por uma mesma fatia do mercado e todos realizaram recentes aquisições de participação relevante em controladas e coligadas:

“**Empresa A**”: Nacional. Adquire os investimentos em outras pessoas jurídicas nacionais e posteriormente os incorpora;

“**Empresa B**”: Nacional. Por *motivos* gerenciais, decide constituir uma empresa veículo para a aquisição de investimento e a posterior incorporação da investida (ou ser incorporada por esta);

“**Empresa C**”: Estrangeira. Por *motivos* gerenciais e também para viabilizar a posterior amortização fiscal do ágio, decide constituir uma empresa veículo para a aquisição de investimento e a posterior incorporação da investida (ou ser incorporada por esta).

Se a interpretação sustentada pela PFN for levada a termo, apenas a “Empresa A” estaria livre para se valer da *opção fiscal* outorgada pela Lei n. 9.532/97 e amortizar o ágio à fração de 1/60 ao mês. Tanto a “Empresa B” quanto a empresa “C” seriam privadas da possibilidade de se valer da *economia de opção* em questão.

O tratamento desigual e o desequilíbrio concorrencial evidenciados nesse exemplo hipotético denunciam a desproporcionalidade e ausência de razoabilidade dessa interpretação que restringe direitos à revelia de lei que lhe dê suporte.

A desigualdade perpetrada por essa interpretação se mostra mais discriminatória, no exemplo acima, em relação à “Empresa C”. Tratando-se de empresa estrangeira, não se poderia cogitar que incorporasse diretamente a empresa brasileira investida ou, ainda, que fosse incorporada por esta. A isonomia entre esta empresa e as demais concorrentes de mercado apenas se verificaria se, por exemplo, a “Empresa C” constituísse uma pessoa jurídica no Brasil (empresa-veículo), na qual pudesse integralizar capital suficiente para a aquisição do investimento para, após, executar a fórmula prescrita pelo legislador.

A restrição ao direito do contribuinte à amortização de despesas com ágio, com a conseqüente ampliação da maior participação do Estado no patrimônio privado, encontra como obstáculo a liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação, torna defesa à administração fiscal ingerências às lícitas decisões empresariais. Ausente lei em sentido estrito, sob pena de arbitrariedade, não pode a administração

fiscal se opor às aludidas reorganizações societárias, especialmente quando tal ato conduza, por si só, à maior tributação do patrimônio privado.

4.3.3. Propósitos negociais e extratributários nas operações fiscalizadas.

A existência de propósitos unicamente fiscais como locomotiva para o exercício de liberdades econômicas tem polarizado a doutrina brasileira. De um lado, por exemplo, PAULO AYRES BARRETO⁵⁰, leciona que o contribuinte possui o direito de gerir as suas atividades com o menor ônus fiscal possível, desde que aja de forma lícita, ou seja, sem a prática de atos qualificados como *ilícitos*, *simulados* ou *fraudulentos*. Para esse professor, a tese que defende a desqualificação dos negócios realizados exclusivamente para a redução da carga tributária conduziria à obrigação de o contribuinte sempre ter de escolher a forma mais onerosa em termos fiscais para a sua atividade.⁵¹ Em outra direção, por exemplo, MARCO AURÉLIO GRECO⁵² sustenta que “a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios privados somente poderá ocorrer se puder demonstrar de forma inequívoca que o ato foi abusivo porque sua única ou principal finalidade foi conduzir a um menor pagamento de imposto”.

No caso dos autos, a discussão ganha novas cores. Afinal, o legislador tributário prescreveu, por meio dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, uma *receita operacional básica* que deve ser seguida pelo contribuinte, que exige basicamente que seja realizada operação de absorção patrimonial (incorporação, fusão ou cisão) por razões exclusivamente tributárias: a amortização do ágio.

Tratando-se de **opção fiscal** (ou *economia de opção*, conforme exposto adiante), o legislador abre caminhos diversos ao contribuinte, entre os quais este poderá escolher aquele que melhor lhe aprouver e assumidamente interessado na carga fiscal que lhe seja menos onerosa. Assim como uma pessoa física não precisa demonstrar por quais razões deseja adotar o modelo “simplificado” ou “completo” para sua DIRPF, a investidora e investida não precisam demonstrar quaisquer razões extratributárias para que procedam a absorção patrimonial necessária à operacionalizar a amortização fiscal do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.

Uma operação realizada por determinado partilhar, que trilhe um caminho aberto por lei que prescreve *opções fiscais*, encontra-se legitimada imediatamente pelo legislador ordinário. Nesse caso, é impróprio inquirir do particular qualquer outra justificativa, sob pena subjugar-se a competência do Poder Legislativo. Se o legislador outorgou uma *economia de opção* às empresas que adquiram investimento em controladas ou coligadas com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, prescrevendo uma *fórmula operacional básica* para a implementação dessa *opção fiscal*, então aqueles

que estiverem dispostos a implementar uma incorporação, fusão ou cisão (absorção patrimonial) estarão suficientemente legitimados pelo agente competente (Poder Legislativo) a fazê-lo ainda que exclusivamente para a implementação dessa condição.

Se por qualquer *motivo* determinada empresa (investidora), que tenha adquirido investimento relevante em outra pessoa jurídica (investida) com sobrepreço fundado em expectativa de rentabilidade futura, **restar impossibilitada ou encontrar obstáculos para absorver o patrimônio da empresa investida (ou vice-versa)**, poderá, ainda que imbuída única e exclusivamente no propósito de se valer da *economia de opção* e aproveitar a amortização fiscal do ágio, realizar as reestruturações societárias necessárias para desobstruir o seu caminho. Se a constituição de uma outra subsidiária para lhe transferir o investimento for a solução, a operação estará suficientemente justificada pelo propósito de viabilizar a *fórmula operacional básica* prescrita pelos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, não lhe sendo exigida a demonstração de qualquer outro propósito extratributário. Não há, nessa hipótese, qualquer óbice no Direito privado ou no Direito tributária para a realização da referida reestruturação societária e transferência do investimento com ágio.

De fato, o legislador tributário estabeleceu uma *fórmula operacional básica* para que fossem emparelhados o ágio escriturado pela investidora com os efetivos lucros gerados pela empresa investida, cuja expectativa tenha dado causa ao ágio apurado quando de sua aquisição. O propósito da realização das operações de absorção patrimonial é justamente cumprir com a necessidade técnica do emparelhamento de receitas e despesas observada pelo legislador para possibilitar a amortização do ágio.

Nesse cenário, por ser impróprio inquirir do particular propósitos extratributários para a implementação de opção fiscal prescrita pelo legislador competente, o chamado “propósito negocial” nas operações para a implementação da *fórmula operacional básica* prescrita nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 é indiferente e não interfere na legitimidade da amortização fiscal do ágio.

Em síntese, parece-me mais harmônico com a fórmula tributária do aproveitamento fiscal do ágio introduzida pela Lei nº 9.532/97 como forma de reger 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 investida² (ou suas respectivas sucessoras), atendendo ao *matching principle* e superando os efeitos da ausência, no sistema brasileiro, da apuração

² AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, in Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 719.

consolidada dos balanços das empresas subsidiárias e sua respectiva controladora (*push down accounting*).

Não me parece ter sido a intenção minifesta no texto legal (artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97), que criou economia de opção sem vedar (nem mesmo com as alterações promovidas pela Lei nº 12.973/2014) a reorganização e segregação de ativos partir de sua alocação em sociedades (ainda que intermediárias) por meio de mecanismos societários variados (e.g. cisão parcial ou mera constituição com conferência dos ativos a título de integralização ou aumento de capital).

Tampouco se exige propósito comercial extrafiscal na eleição pelas partes da forma por meio da qual será realizada a aquisição do bem desejado, nem mesmo se exige a existência de substância econômica operacional nas sociedades intermediárias usualmente alcunhadas de “veículo”. A Lei nº 6.404/76, afastando-se da exigência de propósito comercial, prevê expressamente a possibilidade de constituição de sociedade cujo único propósito seja beneficiar-se de incentivo fiscal, conforme seu artigo 2º, § 3.³

A legislação apenas exigiu *a união não simulada* da investida e da investidora (ou as sucessoras de seus acervos) *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.

Assim, não encontram respaldo no direito Brasileiro as teorias estrangeiras, como a teoria do propósito comercial e da substância econômica. Ademais, admitir tais figuras implica ampla indeterminação legal e conseqüentemente a transferência, para a administração tributária, do papel de suprir tal indeterminação, violando a separação entre os Poderes, a segurança jurídica, e a legalidade material escorada no art. 150, I da Constituição Federal⁴.

Nesse sentido, partilho das considerações expostas pelo Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, no julgamento do Acórdão nº 1201-006.328, que a seguir transcrevo:

“Considerando que o sistema jurídico tributário brasileiro tem como premissa a segurança jurídica, é fundamental que os contribuintes possuam uma previsibilidade acerca das conseqüências dos atos que serão praticados para que eles possam decidir por fazê-los ou não diante de tais conseqüências.

Uma das principais faces da segurança jurídica no âmbito do Direito Tributário se dá com base no princípio da legalidade, por meio do qual toda e qualquer tributação

³ “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.”

⁴ ÁVILA, Humberto. Legalidade tributária material: conteúdo, critérios e medida do dever de determinação. 2.ED. São Paulo: Malheiros, 2023.

dependerá de previsão legal, assim como as proibições a determinados comportamentos devem ser expressas.

No âmbito do Direito Tributário, já houve tentativas de se estabelecer uma norma geral anti elisiva, no entanto, até hoje esta norma não foi instituída. Nessa linha, o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional (incluído pela Lei Complementar n. 104/01), trouxe apenas uma norma anti dissimulação e ainda expressa previsão legal de que tal norma será regulamentada, o que não veio a acontecer.

Muito pelo contrário, já houve tentativa de regulamentação tanto na Medida Provisória n. 66/02, quanto pela Medida Provisória n. 685/15, mas em ambas as situações o Congresso Nacional rejeitou explicitamente essa regulamentação, por mais que ambas as medidas provisórias tenham sido convertidas em lei ordinária.

Assim, teorias estrangeiras de combate aos planejamentos tributários como propósito negocial, abuso de forma, abuso de direito, consideração econômica, dentre outras, permanecem alienígenas em relação ao nosso ordenamento jurídico brasileiro.

Com fundamento na premissa da segurança jurídica, cabe ao contribuinte verificar a legalidade ou ilegalidade de uma determinada situação jurídica a ser por ele praticada.

Dessa forma, entendo que aos julgadores de um processo administrativo ou judicial caberia a análise tão somente se os atos praticados pelo contribuinte estão de acordo ou contrários à lei.

Aliás, nessas premissas se alicerçaram o julgamento do Superior Tribunal de Justiça quando julgou a validade do ágio interno anteriormente à Lei 12.793/2014:

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.

1. Não há violação do art. 1.022, II, do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado, como no caso dos autos.

2. Hipótese em que a Corte Regional apresentou motivação clara e expressa a respeito: a) da possibilidade de dedução do ágio no caso concreto, visto que o instituto teria efetivamente ocorrido (e não artificialmente criado); b) da impossibilidade de criação de hipóteses de "inedutibilidade" não previstas na lei, tal como pretendeu fazer o Fisco; c) da extensão da Lei n. 9.532/1997, notadamente dos seus arts. 7º e 8º; d) da ocorrência efetiva de investimento (aporte de recursos), tendo enfrentado diretamente as questões postas em discussão e entregue a prestação jurisdicional nos limites da lide.

3. Quanto à alegada violação do art. 1.026, § 2º, do CPC, assiste razão jurídica à recorrente, uma vez que os aclaratórios foram interpostos com o objetivo de prequestionamento, pelo que aplicável a Súmula 98 do STJ no particular.

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.

(REsp n. 2.026.473/SC, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 19/9/2023.)

Com efeito, na oportunidade, consignou o relator em seu voto:

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...)."

Estabelecemos, portanto, que o Direito Brasileiro não possui uma norma tributária antielisão nem figuras típicas (como exige a regra constitucional da legalidade)⁵ 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, VIII, 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.

Firmadas estas premissas, a autuação somente poderia, em tese, amparar-se na figura da simulação, cuja presença no caso em tela passaremos a avaliar.

Ao desempenhar este mister, acabaremos por apreciar a própria presença de motivos extrafiscais e substância econômica da operação, para a eventualidade de tais elementos eleitos pela fiscalização serem relevantes para algum membro do colegiado.

⁵ "Essas considerações demonstram que as regras comportamentais constitutivas da legalidade não podem ser simplesmente afastadas por princípios ou finalidades estatais relativas ao aumento da arrecadação. Só o Poder Legislativo pode votar uma lei, sendo vedado a qualquer outro Poder o exercício dessa função⁷. Só a lei pode instituir ou aumentar tributo, sendo a lei o ato normativo aprovado de acordo com o procedimento legislativo. Sendo assim, não se pode aceitar que razões fiscais, mesmo que bem fundamentadas, venham a superar a razão para obedecer às regras." Cf. ÁVILA, Humberto. "Legalidade tributária multidimensional". In FERRAZ, Roberto. (Coord.). Princípios e Limites da Tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 277-291.

3.3 O CASO CONCRETO

O passo a passo da operação questionada pode ser assim sintetizado, conforme quadro esquemático fielmente elaborado pelo Recorrente:

- “1. 26/09/2001: Constituição de ALNILAM.
2. 26/10/2006: Celebração pelos Investidores do contrato denominado Participation Agreement, estabelecendo as linhas gerais iniciais de sua associação na ALNILAN e da pretendida aquisição, pela ALNILAN, de todas as ações da PROVIDÊNCIA.
3. 27/10/2006: AGEs de ALNILAN com a reforma do estatuto pelos novos acionistas (“Investidores”) e aprovação da aquisição da Recorrente e da contratação do financiamento necessário para viabilizar a operação.
4. 27/10/2006: Celebração pelos Investidores, na condição de sócios de ALNILAN, de acordo de acionistas com o fim de reger sua relação e as medidas para o investimento na PROVIDÊNCIA.
5. 27/10/2006: O Banco Santander apresenta aos acionistas da ALNILAN duas linhas de crédito para que a ALNILAN pudesse adquirir 100% das ações da PROVIDÊNCIA.
6. 28/10/2006: Assinatura do “Contrato de compra e venda de ações” (“Share Purchase and Sale Agreement – SPA”), tendo a ALNILAN como legítima adquirente da participação societária da PROVIDÊNCIA. Na mesma data, é formalizada a transferências das ações da Recorrente para ALNILAN.
7. 22/12/2006: AGE dos acionistas da ALNILAN, na qual há a aprovação de captação de recursos mediante a emissão para distribuição pública, de notas promissórias comerciais (commercial paper) de emissão da companhia, com prazo de vencimento de até 180 dias. Na mesma data, o Banco Santander expede em favor dos acionistas da ALNILAN um novo documento (Commitment Ammendment) em complemento àquele expedido em 27.10.2006.
8. 02/01/2007: A ALNILAN registra junto à CVM a oferta da “1ª Emissão Pública de Notas Promissórias Comerciais da ALNILAN S/A”.
9. 24/01/2007: AGE dos acionistas da ALNILAN para aumentar o seu capital social para R\$ 458.329.111,00 e alteração do estatuto social para refletir tal aumento.
10. 31/01/2007: Emissão das notas promissórias da ALNILAN, no valor total de R\$ 475.000.000,00, cujo beneficiário é o Banco Santander.
11. 31.01.2007: A ALNILAN efetuou os pagamentos pelo preço de PROVIDENÇA ao seu alienante (STAR FIP), incluindo os R\$ 475.000.0000,00, captados mediante empréstimo bancário.
12. 31.01.2007: Relatório de avaliação econômico-financeira da PROVIDÊNCIA elaborado pela Deloitte. Elaboração do laudo de justificativa econômica do ágio, com data-base de 31.01.2007.

13. 28.02.2007: Uma vez concretizado o negócio para o qual havia sido constituída, ALNILAN foi incorporada por sua controlada (ora Recorrente). Como o preço pago foi superior ao valor de patrimônio líquido contábil, ALNILAN registrou a diferença a maior no seu custo de aquisição como ágio por expectativa de rentabilidade futura, na forma do artigo 385 do Decreto n. 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda – “RIR/99”), com fundamento em estudo econômico elaborado à época da transação (laudo da Deloitte).”

A cronologia acima estabelecida será explorada na análise.

3.3.1 ÁGIO INTERNO

Iniciando a análise da presença dos safe harbours elencados no tópico destinado às premissas teóricas, cabe de plano afastar um dos argumentos pelos quais o Acórdão Recorrido manteve a autuação, qual seja, a alegação de que o ágio em questão seria *interno*, gerado em operação *entre partes relacionadas*.

Trata-se de acusação que não compôs o arsenal do qual lançou mão o Lançamento Tributário, e do qual não se pode lançar mão sob pena de inovação e conseqüente alteração do critério jurídico do lançamento tributário, o que viola o art. 146 do CTN, razão pela qual de pronto merece ser afastado.

De todo modo, no caso em questão não se pode sequer falar em *ágio interno*, já que o ágio se formou na aquisição do Recorrente por terceiros sem qualquer comprovada relação com o alienante ou com o próprio Recorrente.

O TVF confirma não se tratar de ágio interno, pois elenca os quadros societários de cada um dos envolvidos na operação, quadros não coincidentes nem mesmo em parte, conforme o item 4 do TVF, que a seguir transcrevo.

4 – DA COMPOSIÇÃO ACIONÁRIA DA CIA PROVIDÊNCIA**4.1 – ACIONISTAS DA CIA PROVIDÊNCIA ANTES DA ALIENAÇÃO**

Segundo a ata da 84ª Assembleia Geral Extraordinária de 18 de janeiro de 2007 (fls. 2326 a 2350), a composição acionária da Cia Providência Indústria e Comércio passou a ser o seguinte:

Acionista	Quantidade de ações	Participação relativa (%)
Milan Starostik	191	0,0003092%
Ana Seles Mekis de Starostik	100	
William Starostik Filho	30	0,0000486%
Karoline Zak Starostik	30	0,0000486%

15/56

TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL

Milena Zak Starostik	30	0,0000486%
Vicente Batista de Lima	1	0,0000016%
Carlos José Rolim de Mello	1	0,0000016%
Star Fundo de Investimento em Participações	61.771.289	99,9993800%
Total	61.771.672	100,0000000%

4.2 - ACIONISTAS DA CIA PROVIDÊNCIA APÓS A ALIENAÇÃO

Após a alienação das ações da Cia Providência aos novos investidores, ocorrido em 31 de janeiro de 2007, conforme Livro Registro de Transferência de Ações Nominativas (fls. 259 a 272), a nova composição acionária ficou a seguinte maneira:

Acionista	Quantidade de ações
ALNILAN S/A	61.771.665
Fernando César Dantas Porfírio Borges	1
Cristiano Gioia Lauretti	1
Joaquim Constantino Neto	1
Henrique Constantino	1
Antonio Kandir	1
Gonçalo Borges Torrealba	1
Manuel Maria Pulido Garcia Ferrão de Sousa	1
Total	61.771.672

4.3 - ACIONISTAS DA CIA PROVIDÊNCIA APÓS A INCORPORAÇÃO

Conforme Ata da Assembleia Geral Extraordinária ocorrida em 28 de fevereiro de 2007 (fls. 2372 a 2391), com a incorporação da Anilan S/A pela Cia Providência, houve a emissão de 46.873.071 novas ações, sendo as ações já existentes e as novas distribuídas entre os acionistas da Alnilan S/A na mesma proporção em que participavam na Alnilan. A nova composição acionária da Cia Providência passou a ser o seguinte.

Acionista	Quantidade de ações
AIG Global Asset Management Holdings Corp.	18.835.473
Fundo de Investimento em Participações AIG Brasil Equity II	12.556.983
Fundo de Investimento em Participações ASAS	27.904.406
Patrocínio Administração e Participações S.A.	2.325.366

Fundo de Investimento em Participações Governança e Gestão	20.148.846
Boreal Fundo de Investimento em Participações	9.302.161
Fundo de Investimento em Participações GGPAR	1.941.449
Banco Espírito Santo, SA.	11.722.539
Espirito Santo Capital - Sociedade de Capital de Risco, S.A.	3.907.513
Fernando César Dantas Porfírio Borges	1
Cristiano Gioia Lauretti	1
Joaquim Constantino Neto	1
Henrique Constantino	1
Antonio Kandir	1
Gonçalo Borges Torrealba	1
Manuel Maria Pulido Garcia Ferrão de Sousa	1
Total	108.644.743

Talvez o Acórdão Recorrido tenha pretendido afirmar que o ágio seria interno pois sua dedução foi viabilizada tão somente a partir da incorporação da ALNILAN pelo Recorrente, uma operação societária realizada entre partes já relacionadas. Trata-se, contudo de união que, no contexto de uma operação de aquisição com ágio, só pode ser realizada entre partes relacionadas, já que a união dá-se entre adquirente e adquirida, sendo esta a própria premissa do ato de confusão patrimonial exigido pela Lei nº 9.532/95. Não pode, contudo, a premissa do aproveitamento do ágio ser interpretada como a própria negação ao direito correspondente.

O afastamento deste fundamento, contudo, não enseja o provimento do Recurso nem a nulidade do Acórdão Recorrido, pois outros fundamentos autônomo suscitados pela autoridade autuante foram endossados pelo Acórdão Recorrido para negar provimento à Impugnação. Passemos a enfrentá-los.

3.3.2 TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO, E INCORPORAÇÃO REVERSA

A chamada “transferência de ágio” é fenômeno admitido por parte da Doutrina e rechaçado por outra parcela. Na presente Turma de Julgamento, embora sob composição distinta, a última consolidação de ambas as posições foi consignada no Acórdão 1201-006.269, de minha relatoria.

A ementa consolida as razões pelas quais a vertente encampada por esta relatoria admite a transferência do ágio. Transcrevo:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)Ano-calendário: 2014, 2015 ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. LIBERDADE DE ORGANIZAÇÃO. POSSIBILIDADE.

A transferência do ágio entre empresas do mesmo grupo do adquirente que tenha como consequência a dedução fiscal do ágio por pessoa distinta da adquirente original é legítima, decorre da liberdade empresarial de organizar seus negócios sob a estrutura que lhe for mais conveniente, e não macula o ágio legitimamente gerado em operação praticada a preços de mercado entre partes independentes. Vale ressaltar, a transferência do ágio, assunto já polêmico quando da edição da Lei nº 12.973/2014, não foi vedada nem sofreu inovação por esse diploma legal.

Ainda que não seja necessário haver razões extrafiscais para a adoção de estruturas menos onerosas fiscalmente (pois o intento de economizar tributo não é ilícito), desde que sua adoção não seja simulada, o caso em tela conta com a comprovação da existência de diversas razões extrafiscais para a escolha da estrutura por meio da qual o ágio viria a ser aproveitado, o que afasta sob qualquer ângulo a imputação de intento doloso em cometer fraude.”

De outro lado, consta na Declaração de Voto do Ilustre presidente Neudson Cavalcante Albuquerque o raciocínio pelo qual enxergava vedada a transferência do ágio. Vejamos excerto da declaração de voto que elucida o posicionamento:

“O contribuinte defende a tese de que o direito à dedução do ágio anotado pela JBS S.A. teria sido transferido para a VIGOR ALIMENTOS. Todavia, não há previsão legal para essa alegada transferência. O contribuinte tenta dar uma interpretação deveras extensiva para o texto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, o que não é permitido dentro da técnica da hermenêutica jurídica, quando a regra em tela tem natureza de exceção. Embora a vedação à interpretação extensiva de regras de exceção seja elementar na ciência jurídica, vou buscá-la em uma fonte jurisdicional, para tê-la em redobrada legitimidade, no caso, a decisão do REsp 853086/RS, relatada pela Ministra Denise Arruda, de cuja ementa transcrevo o seguinte excerto:

9. Ademais, relativamente à Lei 6.681/79, a qual estabeleceu ressalva à fiscalização dos médicos, cirurgiões-dentistas e farmacêuticos militares pelas Forças Armadas, saliente-se que, em se tratando de regra de exceção, torna-se inviável a utilização de exegese ampliativa ou analógica. É inadequada a interpretação extensiva e a aplicação da analogia em relação a dispositivos infraconstitucionais que regulam situações excepcionais, porquanto enseja privilégio não previsto em lei.

10. "As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente" (MAXIMILIANO, Carlos, ob. cit., pp. 225/227).

[...]

12. Por fim, ressalte-se que a Administração Pública, direta ou indireta, somente pode atuar dentro dos limites da lei, de maneira que a ausência de previsão legal há de ser interpretada como ausência de liberação para o

exercício de poder jurídico. Desse modo, "em atendimento ao princípio da legalidade estrita, o administrador público, na sua atuação, está limitado aos balizamentos contidos na lei, sendo descabido imprimir interpretação extensiva ou restritivamente à norma, quando esta assim não permitir" (AgRg no REsp 809.259/RJ, Rei. Min. Laurita Vaz, DJe de 13.10.2008).

Além de não possuir previsão legal, a tese do recorrente esbarra em uma impossibilidade material, a ver.

O Código Civil Brasileiro, no seu artigo 9974, III, permite que o capital da sociedade empresária seja compreendido por qualquer espécie de bens, desde que suscetíveis de avaliação pecuniária. Esse dispositivo legal não menciona, mas é certo que a expressão "qualquer espécie de bens" não é absoluta, pois o bem indicado para compor o capital social de uma sociedade deve ser disponibilizado pelo seu proprietário e sabe-se que há bens indisponíveis, em razão de lei ou em razão de sua própria natureza. Na ciência jurídica, tais bens são denominados "fora de comércio".

Por exemplo, não se pode integralizar o capital de uma sociedade com um automóvel se ele tiver sido declarado indisponível por meio de uma decisão judicial. Também, por exemplo, não se pode fazer uma integralização de capital com o conhecimento em Direito detido pelo pretendido sócio, por ser impossível destacá-lo da pessoa que o detém. Nesses casos, a eventual cláusula contratual correspondente não teria validade jurídica.

Na espécie, não há dúvida de que as ações da VIGOR FÁBRICA são bens e podem ser alienados. Também não há dúvida de que o ágio é um bem, mas perquire-se se ele pode ser alienado. Para tanto, é necessário um aprofundamento quanto a sua natureza.

Saliente-se que aquilo que temos chamado aqui de "ágio" não é o recurso financeiro dado a mais do valor patrimonial das ações da VIGOR FÁBRICA, isso é apenas a sua medida. Tampouco é o registro contábil desse valor. O que temos chamado de "ágio" é uma expectativa de direito, oponível contra o Fisco, de pagar menos tributo no momento da alienação ou liquidação das ações da VIGOR FÁBRICA (artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977) ou de pagar menos tributo se houver a absorção do patrimônio da VIGOR FÁBRICA pela sua adquirente (artigo 7º Lei nº 9.532/1997), ou o contrário (artigo 8º da mesma lei). Trata-se de uma expectativa, pois o direito, na verdade, somente surge quando atendidas as condições legais.

Em razão de ser criado por uma lei, em que são estipuladas condições para o seu exercício, o que temos chamado de "ágio" é um bem jurídico condicionado, ou seja, uma expectativa de direito que somente ganha concretude mediante o atendimento das condições estipuladas nas leis que a criou. Por ser oponível apenas contra o Fisco, o "ágio" é bem jurídico condicionado de natureza tributária.

Saliente-se, ainda, que as condições legais para o surgimento do direito subjetivo somente pode ocorrer uma única vez (artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977) e somente pode haver a absorção de um patrimônio entre adquirente e adquirida apenas uma única vez. Assim, o "ágio" é um bem que se exaure no momento em que surge.

Em resumo, o "ágio" é uma expectativa de direito condicional que se exaure no momento de sua realização e, sendo assim, é um bem indisponível, pela sua própria natureza, não sendo apto a integralizar capital social subscrito.

Em razão dessa sua natureza, as normas contábeis brasileiras determinam que o registro do "ágio" com fundamento em expectativa de rentabilidade futura seja escriturado como um "ativo fiscal diferido", nos termos dos itens 5 e 32A do Pronunciamento Técnico CPC 32, do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, que trata dos Tributos sobre o Lucro, verbis:

5. Os seguintes termos são utilizados neste Pronunciamento com os significados especificados:

[...]

Ativo fiscal diferido é o valor do tributo sobre o lucro recuperável em período futuro relacionado a:

(a) diferenças temporárias dedutíveis;

(b) compensação futura de prejuízos fiscais não utilizados; e(c) compensação futura de créditos fiscais não utilizados.

[...]

32 A. Se o valor contábil do ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) que surgir de combinação de negócios for menor do que a sua base fiscal, a diferença dá margem a ativo fiscal diferido. O ativo fiscal diferido advindo do reconhecimento inicial do ágio será reconhecido como parte da contabilização de combinação de negócios na medida em que for provável que estará disponível lucro tributável contra o qual a diferença temporária dedutível poderá ser utilizada.

A fiscalização admitiu que a JBS S.A. era titular do "ágio". Mas é inquestionável o fato de que nunca houve absorção patrimonial entre as entidades JBS S.A. e VIGOR ALIMENTOS, o que implica dizer que a VIGOR ALIMENTOS nunca adquiriu o direito de reduzir o pagamento de tributos em razão do artigo 7º Lei nº 9.532/1997.

Portando, a VIGOR ALIMENTOS não pode deduzir as correspondentes amortizações.

Com esses fundamentos, voto por negar provimento ao recurso de ofício e ao recurso voluntário." (g.n.)

No referido Acórdão, tratava-se de transferência do ágio ocorrida por meio da integralização de capital de pessoa jurídica alheia à aquisição, com as ações adquiridas com ágio e, s.m.j., mesmo para a vertente encampada pelo N. Presidente, eventos extintivos da personalidade jurídica que tenham como consequência a transferência do ágio, como a fusão, a cisão, ou a incorporação não configuraram transferência ilícita, sendo admitidas por consequência da sucessão universal prevista pelo art. 227 da Lei nº 6.404/76⁶.

No caso sob questão não há integralização do capital social com as quotas da sociedade que registrava o ágio, nem tampouco eventos extintivos que impliquem o deslocamento do ágio anotado na escrita da investidora para o patrimônio *de um terceiro alheio ao negócio que gerou o ágio*.

O que aqui se verifica é tão somente o dedução das quotas de amortização do ágio contabilizado na ALNILAN em virtude do sobrepreço pago pelo Recorrente a partir do momento de uma incorporação reversa, da investidora pela investida, como ainda hoje permite expressamente o artigo 8º, “b” da Lei nº 9.532/95.

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

(...)

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

Nota-se, portanto, que a autoridade autuante denominou de transferência do ágio esse movimento de incorporação reversa expressamente admitido pela legislação.

É verdade que, na acepção literal do termo, a incorporação da investidora implica que o ágio seja transferido para a escrita da investida incorporadora (no caso, o Recorrente). Trata-se, contudo, de transferência lícita por força de previsão legal expressa e específica, em nada assemelhada à transferência que a vertente encampada pela divergência no Acórdão 1201-006.269 alega estar desamparada por permissivo normativo expresso.

A operação, neste ponto, é lícita e oponível ao Fisco.

3.3.3 REAL ADQUIRENTE, EMPRESA VEÍCULO E PROPÓSITO NEGOCIAL

A autoridade autuante também questiona a existência de propósito negocial da estrutura, alegando que a ALNILAN teria sido constituída tão somente para viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio que não seria possível ao adquirente estrangeiro e aos FIPs sócios da ALNILAN.

⁶ “Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.”

Alega, assim, que não teria havido a confusão patrimonial entre os “reais adquirentes” e a sociedade investida, o que impediria o aproveitamento fiscal do ágio, restando demonstrado e reconhecido em diversos documentos relacionados à emissão das notas promissórias em favor do banco Santander, financiador da operação, que a ALNILAN seria uma sociedade de passagem que seria incorporada pelo Recorrente (fls. 2846), e que a incorporação da ALNILAN foi justificada no Protocolo de Justificação para Incorporação justamente na possibilidade de se aproveitar o ágio.

Passando ao voto, firmamos no tópico 3 as premissas de que inexistente a necessidade de demonstração de propósito negocial distinto da fruição de tratamento fiscal favorecido, bem como de que a liberdade organizacional justifica a aquisição de investimento por meio de pessoas jurídicas intermediárias, ainda que somente para simplificar a fruição de benefícios fiscais.

De todo modo, há no caso diversas razões extrafiscais que justificam a criação da ALNILAN, veículo de investimento no Recorrente.

O Recorrente elencou tais razões de maneira bastante clara, resumindo-as ao final do Recurso Voluntário, sendo que a leitura do resumo basta para trazer ao voto os diversos propósitos extrafiscais:

“1. Multiplicidade de investidores: Como a operação envolveu 8 investidores, era inviável fazer a compra sem utilizar instrumento jurídico por meio do qual os direitos e obrigações de cada interessado fossem previamente definidos. Para tanto, optou-se pela formação de SPE. Nela não só foi estabelecida a indispensável governança corporativa entre eles, através de acordo de acionistas, bem como se permitiu concentrar os esforços para a compra. Foi ALNILAN quem figurou nos atos perante o antigo acionista da PROVIDÊNCIA e os financiadores (ainda que parte do pagamento tenha saído das contas de alguns dos seus sócios direto para a conta do alienante).

2. Assegurar a disponibilidade una dos recursos: Em razão de a operação compreender investidores nacionais e estrangeiros, parte das disponibilidades próprias utilizadas por eles teve origem no exterior. Para assegurar que todos os acionistas honrariam o seu compromisso, dando a sua “cota” para a aquisição, foi convencionado que os valores seriam transmitidos à ALNILAN como aumento de capital para posteriormente serem utilizados no pagamento do antigo acionista de PROVIDÊNCIA.

3. Segurança exigida pelo vendedor e pelos acionistas/investidores: Se, ao invés de uma única parte contratante (ALNILAN), os antigos donos da PROVIDÊNCIA tivessem que tratar e contratar individualmente com cada um dos investidores, o negócio certamente não seria concretizado. O vendedor ficaria receoso, pois não teria condições de saber se receberia o pagamento de um ou mais interessados, em especial dos estrangeiros. Também o risco de inadimplência aumentaria consideravelmente, bem como os controles necessários à consecução da operação, pois, ao invés de receber os valores de uma única fonte, o antigo dono

da PROVIDÊNCIA receberia de 8 pagadores diferentes. Ao mesmo tempo, do lado dos investidores, a complexidade seria grande, pois, sem a ALNILAN as garantias dadas (inclusive depósito em conta vinculada – escrow account – para eventuais indenizações) teriam que se controladas e liquidadas individualizadamente, quando acabaram por ser realizadas pela ALNILAN como uma única parte.

4. Garantir a obtenção do financiamento de parte do preço de compra: Seria impraticável obter o financiamento se cada um dos investidores tivesse de captar individualmente os valores (cada qual a parcela que lhe caberia no negócio) necessários à aquisição da PROVIDÊNCIA. Teria que haver diferentes empréstimos em quantias inferiores ao financiamento obtido, sendo todos concatenados entre si, um para cada punhado das ações a ser adquirido e com as mesmas condições, o que é irreal. A prática comum de mercado é que o financiamento da compra de uma empresa seja concedido, garantido e tenha o seu pagamento calcado no próprio ativo adquirido. Ainda que pudessem ser coordenados e obtidos os financiamentos individuais, o risco de crédito aumentaria consideravelmente (em comparação a um financiamento único, tendo o mesmo tomador, detido pelos investidores conjuntamente, para a totalidade do ativo), o que poderia inviabilizar a operação.

5. Vedação à concessão de empréstimo a estrangeiro: Dois dos investidores eram não residentes. A legislação impede que as instituições financeiras brasileiras concedam financiamentos para estrangeiros com recursos captados no Brasil (MNI 02-01-06, art. 2º IX, “c”), como, aliás, informou o Santander à Fiscalização. Desse modo, não fosse a formação de ALNILAN, tais investidores não poderiam participar do negócio e, conseqüentemente, a transação não ocorreria.

6. Vedação à concessão de empréstimos diretamente a FIPs: Quatro dos investidores eram Fundos de Investimento em Participações – FIPs. A legislação vigente à época dos fatos, bem como aquela que lhe sucedeu, vedam que obtenham financiamento diretamente em seu nome (Instrução CVM 391/03, art. 35, II). Apenas as empresas em que participam podem contraí-lo. Portanto, não tivesse havido a formação de ALNILAN, não seria possível obter o empréstimo utilizado no pagamento de parte do preço e, portanto, não haveria a transação.”

A autoridade autuante e a autoridade julgadora de piso tentaram afastar tais propósitos sem sucesso.

Buscando investigar a necessidade de constituição da ALNILAN para reunir investidores nacionais e estrangeiros de modo a obter financiamento perante o banco Santander, a autoridade autuante diligenciou perante o Banco Santander, que confirmou a assertiva do Recorrente de que o banco não concederia empréstimo a pessoa jurídica estrangeira, por vedação do Banco Central⁷, conforme reproduz o TVF a partir das fls. 2818 e ss.

⁷ MNI 02-01-06, art. 2º IX, “c” “1 - É vedada as instituições financeiras privadas, nacionais e estrangeiras, a concessão de empréstimos ou adiantamentos a empresas: (Circ 30 IV a, b; Lei 7.492) IX; Res 2488 art. 1º;

A isso se irressignou a autoridade autuante, alegando que os sócios da ALNILAN, dentre os quais Pessoas jurídicas estrangeiras, ingressaram na sociedade 1 dia antes da concessão do empréstimo ponte utilizado para adquirir o Recorrente, o que não afasta a meu ver a necessidade e utilidade da estrutura.

Não defende o Recorrente que a decisão de todos os investidores por tornarem-se sócios da ALNILAN deu-se antes que se cogitasse da aquisição do Recorrente, sendo fruto do acaso após uma associação já consolidada. Tratou-se, isso é incontroverso, de estrutura desenhada para tornar a operação viável além de fiscalmente interessante, dentro da regra da legalidade.

Vale frisar, não estamos diante de uma situação em que a aquisição foi feita em nome da ALNILAN como forma de mascarar uma real aquisição firmada por seus 8 sócios, trata-se aqui da utilização de sociedade intermediária como forma de regrar e tornar mais segura e simples para todas as partes a aquisição do Recorrente, considerando que tratavam-se de 8 “reais adquirentes”.

Estes 8 sócios constituem os “reais adquirentes” a que alude a fiscalização, mas tão somente no sentido de que, ao fim e ao cabo, eles é que tiveram a pretensão original de adquirir o Recorrente. Entretanto, também tiveram a intenção de implementar legitimamente a aquisição por meio da ALNILAN, que, sem qualquer intento simulado, figurou como parte no negócio e inclusive na contratação perante o Banco Santander⁸, do financiamento por meio do qual o negócio foi viabilizado.

Assim, a ALNILAN, cumpriu seu propósito lícito, tornando pertinente sua extinção, tal qual o fazem as sociedades de propósito específico admitidas e em certos casos exigidas pela legislação.⁹

Não custa mencionar que o financiamento da operação foi condicionado pelo Banco Santander a que, após a aquisição, a ALNILAN e o Recorrente se “fundissem”, de maneira a transferir para a investida as obrigações relacionadas ao financiamento da própria operação de *leveraged buyout*. É o que nos revela a carta de crédito emitida pelo Banco Santander, de fls. 320 e ss., conforme se verifica da seguinte transcrição presente à fl. 321.

Res 3258 art. 1º) c) aplicar ou promover a colocação, no exterior, por qualquer forma, de recursos coletados no País”.

⁸ “The Acquisition shall be carried out through ALNILAN S.A., a special purpose company (“SPC”) owned by AIG Global Asset Management Holdings Corp., AIG Global Emerging Markets Fund II, L.P., Fundo de Investimento em Participações ASAS, Patrocínio Administração e Participações S.A., Fundo de Investimento em Participações, Governança & Gestão Participações S.A. and Espírito Santo Investimentos S.A. (collectively, the ‘Investors’)” (vide fl. 321).

⁹ Nesse sentido, o Poder Público exige, por força de lei, a formação de sociedade também com propósito específico quando se contrata a construção de bem público ou a exploração de serviço público por PPP - Parceria Público-Privada, Lei 11.079/04, art.9º “Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria”.

1.3. As a way to transfer the asset to be booked in the SPC for the premium to be paid by it in the Acquisition, it is anticipated that the SPC shall be merged into Providência after completion of the Acquisition, with Providência being the surviving company and assuming all rights and obligations of the SPC, including those in respect of the Bridge Loan (as defined in Section 2.1 below) (“Merger”).

A restrição nas modalidades de obtenção de financiamento por FIPs¹⁰ também justifica a operação, já que parte dos investidores era Fundo de Investimento em Participações, sendo a necessidade de superar restrições regulatórias vista como propósito negocial suficiente p por aqueles que o exigem.

Nesse sentido, vejamos o Acórdão 1401-006.921, de abril de 2024, que se amolda à perfeição aos presentes fatos:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA(IRPJ)Ano-calendário: 2016, 2017 HOLDING. EMPRESA VEÍCULO. PROPÓSITO NEGOCIAL.

AQUISIÇÃO. PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. ÁGIO. RECURSOS DE TERCEIROS.

O Fundo de Investimento em Participação (FIP) não pode contrair empréstimos, de forma que a utilização de sua controlada (empresa holding)para aquisição de participação societária, com grande parte dos recursos serem provenientes de terceiros (financiamento bancário do exterior e emissão de debentures) **revela um propósito negocial específico** e dentro de um amplo contexto operacional/societário de um grupo econômico.

Incabível, no caso dos autos, de se atribuir à holding a pecha de empresa veículo e/ou falsa adquirente, uma vez que o ágio surgido na operação de aquisição foi legítimo, assim como foram os atos posteriores que resultaram na sua dedutibilidade fiscal.

Constatada a legitimidade das operações de aquisição e incorporação, restam canceladas as demais infrações apontadas nos autos de infração de IRPJ e de CSLL.”

Por fim, a acusação aponta que parte dos recursos financeiros não teriam sequer transitado na conta bancária da ALNILAN, pois os cheques firmados pelos sócios da ALNILAN para pagamento do preço aos alienantes do Recorrente foram endossados pela ALNILAN diretamente aos alienantes da sociedade investida. Vejamos:

“Em Assembleia Geral Extraordinária, realizada em 24 de janeiro de 2007 (fls. 1170 a 1181), este grupo de investidores aprovou um aumento do capital social da Alnilan S/A de R\$ 458.329.111,00, com a emissão de 458.329.711 novas ações ordinárias. Cerca de R\$ 145.396402,00,00 foram integralizados em 24 de janeiro de 2007, via contrato de câmbio (fls. 280 a 311), e R\$ 312.932.709,00 foram integralizados através de vários cheques emitidos pelos investidores/proprietários

¹⁰ Instrução CVM, nº 391/03, art. 35, II: ““Art. 35 - É vedado ao administrador, direta ou indiretamente, em nome do fundo: [...] II - contrair ou efetuar empréstimos, salvo nas modalidades estabelecidas pela CVM”.”

da Alnilan (fls. 273 a 279) e foram repassados diretamente aos acionistas da Cia Providência em 31 de janeiro de 2007 como pagamento pela aquisição das ações, não transitando pela conta bancária da Alnilan S/A.”

Trata-se de trânsito que se valeu de forma jurídica válida, o endosso de cheques, que tem como consequência o trânsito jurídico dos recursos nas contas do endossante. Assim, considerando que o objetivo declarado da união dos investidores na ALNILAN era justamente canalizar os recursos para a compra do Recorrente, a prática não é de causar estranheza.

Verifica-se, portanto, a presença de inúmeras razões extrafiscais que justificam a legitimidade da criação da sociedade intermediária eleita como veículo para viabilizar a aquisição do Recorrente de maneira tal que se permitisse o aproveitamento fiscal do ágio.

4 DISPOSITIVO

Pelo exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário para, no mérito, dar-lhe provimento, cancelando integralmente o lançamento tributário.

Assinado Digitalmente

Lucas Issa Halah