Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 14817.720018/2020-93

Processo nº	14817.720018/2020-93
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	**1201-006.189 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	17 de outubro de 2023
Recorrente	BRINOX METALURGICA SA
Interessado	FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2014

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. A LEI 9.532/97

A Lei 9.532/97 permite ao contribuinte adquirir participações societárias mediante a interposição de empresas veículo, assegurando-lhe a amortização fiscal do ágio, inexistindo razões para demonizar sua utilização. A opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio. Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intenção, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si. O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito.

JUROS PAGOS NA EMISSÃO DE DEBÊNTURES. DEDUTIBILIDADE.

As despesas com juros pagos na emissão de debêntures emitidas para a captação dos recursos a serem aplicados em aquisições de participações societárias, são dedutíveis da base de cálculo do imposto (art. 374 do RIR/99 e art. 31 da Lei nº 11.727/2008).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Efigênio de Freitas Júnior, Fábio de Tarsis Gama

Cordeiro e José Eduardo Genero Serra, que davam parcial provimento ao recurso, para exonerar a qualificação da multa de ofício e para exonerar a imputação de responsabilidade tributária. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os Conselheiros Fredy José Gomes de Albuquerque, Alexandre Evaristo Pinto e Neudson Cavalcante Albuquerque.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Jeferson Teodorovicz - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Efigênio de Freitas Junior, Jeferson Teodorovicz, Fabio de Tarsis Gama Cordeiro, Fredy José Gomes de Albuquerque, José Eduardo Genero Serra, Alexandre Evaristo Pinto, Lucas Issa Halah e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

Trata-se de recursos voluntários do contribuinte e responsáveis solidários (efls. 5828/7295) contra acórdão da DRJ, efls. 5677/5707, que julgou improcedente impugnações administrativas do contribuinte e responsáveis solidários, contra lançamentos relativos ao ano calendário de 2014, e que geraram autuação de IRPJ e CSLL, multa de ofício qualificada de 150%, multa isolada de 50% e acréscimos legais.

Para síntese dos fatos, reproduzo o relatório do acórdão combatido:

> **1.** Trata o presente processo de **auto de infração** de IRPJ e CSLL (fls. 1324 a 1356), relativo ao **ano-calendário 2014**, que teve como escopo a verificação dos procedimentos societários e fiscais adotados pelo impugnante em relação a **amortização contábil de ágio** oriundo de investimento em capital de outra empresa, bem como de **despesas financeiras correlacionadas** e os seus respectivos reflexos na apuração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL.
>
> Com relação à amortização de ágio foram glosadas as exclusões do Lucro Líquido efetuadas pelo impugnante para fins de apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, reduzidas, respectivamente, no montante de **R$ 31.394.603,40**. (exclusões indevidas)
>
> Além disso, foram glosadas **despesas financeiras relacionadas a debêntures** utilizadas na **operação de reorganização societária** que originou a amortização de ágio acima, as quais se encontram registradas em contas de resultado na contabilidade societária, afetando igualmente o cálculo do IRPJ e da CSLL.(despesas não necessárias)
>
> Por fim, foi aplicada a **multa qualificada** (150%) e **multa isolada** (Fls. 1333), resultando nos seguintes valores de auto de infração:

Processo	Documento de Lançamento	Valor
14817-720.018/2020-93	IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA	R$ 25.084.540,27
14817-720.018/2020-93	CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO	R$ 8.946.455,64
Total		R$ 34.030.995,91

> DO RELATÓRIO FISCAL

Original

2. De acordo com as fls. 1357 a 1482, a autoridade administrativa apurou que:

 A empresa BRINOX METALÚRGICA LTDA, antiga denominação social da BRINOX METALURGIA S/A iniciou as suas atividades em 08 de março 1988;

 No ano de 2011, a empresa passou por uma reorganização societária;

 A empresa BRINOX METALURGIA S/A, fez uma cisão parcial do seu patrimônio, vertendo parle dele para a BRINOX UTENSÍLIOS DOMÉSTICOS LTDA, ambas estabelecidas no mesmo local;

 A justificativa da cisão foi descrita como uma reestruturação societária em curso, a qual, concretizou-se pela venda da BRINOX METALÚRGICA LTDA, em ato contínuo realizado na mesma data;

 A cisão teve reflexo no valor do capital social das empresas, reduzindo o da cindida para R$ 54.230.442,00 e aumentando o da receptora para R$ 15.989.476,00;

 A empresa receptora chamada de Brinox Utensílios Domésticos Ltda passou a se chamar VMR Participações Societárias Ltda, que por sua vez passou a ter o ingresso de receitas mensais oriundas da locação, efetuada aos antigos proprietários;

 A empresa BRINOX METALÚRGICA LTDA vendeu 90% de suas quotas para a empresa CELLE SP PARTICIPAÇÕES LTDA, subsidiária integral da RIO JARI SP PARTICIPAÇÕES S/A (intervenientes anuentes), totalizando a compra de 48.806.853 quotas e Valdomiro, restou com 5.423.045 (10%);

 O preço da cessão das quotas foi de R$ 279 milhões, com responsabilidade subsidiária pelo pagamento pela empresa RIO JARI (cláusula 1.3 do compromisso);

 Dessa transação surgiu a figura do ágio, conforme registros efetuados na contabilidade da CELLE em 19/05/2011, sendo ele posteriormente complementado em 14/07/2011, em decorrência de ajuste de caixa líquido e de capital de giro (cláusula 1.2), apurando-se o valor total de R$ 234.439.704,36.

 Segundo o laudo de avaliação apresentado pela BRINOX, o ágio teve origem preponderante em bens intangíveis, sendo amortizado com base no fundamento econômico de rentabilidade futura;

 A empresa BRINOX METALÚRGICA LTDA adotou então a denominação social de BRINOX METALÚRGICA S/A, com eleição para o conselho de administração as seguintes pessoas físicas: Norberto Oscar Morita, Norberto Oscar Morita, Rodrigo Lowndes, Angel Jose Uribe e Valdomiro Valente Remussi;

 Os recursos utilizados pela CELLE para a compra da BRINOX envolveram aportes financeiros da sua controladora RIO JARI e de empréstimo captado na forma de Cédula de Crédito Bancário nos valores de R$ 202.343.445,00 e R$ 80.000.000,00, respectivamente;

 As quotas foram alienadas fiduciariamente em benefício do credor Banco Itaú BBA S/A, a fim de garantir a dívida oriunda da Cédula de Crédito Bancário;

 A empresa CELLE SP PARTICIPAÇÕES LTDA foi transformada em CELLE SP PARTICIPAÇÕES S.A. e foram nomeados os diretores Diego Stark e Rodrigo Lowndes. O capital foi aumentado de R$500,00 (quinhentos reais) para R$ 202.343.945,00;

 O SCG II Fundo de Investimento em participações FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES, ANGEL JOSE URIBE e GUSTAVO ANDO FURUTA, acionistas representando a totalidade do capital social da Rio Jari SP Participações S.A., aprovaram o aumento do capital social, atualmente de RS 800,00 (oitocentos reais), para RS 202.434.245,00;

 Atendendo a intimação fiscal, a RIO JARI apresentou a composição acionária da empresa e a sua evolução desde a data em que foi constituída:

Original

ACIONISTA	04/11/2010	29/04/2011	19/05/2011	19/05/2011	14/07/2011	18/01/2012	13/02/2012	12/04/2013	03/11/2015
Eduardo Duarte	792	0	#	#	#	#	#	#	#
Simone Burck Silva	8	0	#	#	#	#	#	#	#
Southern Cross do Brasil Adm. Rec. Ltda.	#	800	0	#	#	#	#	#	#
SCG II Fundo de Invest. em Participações	#	#	798	202.434.243	208.754.243	208.754.244	233.370.715	277.931.900	277.931.900
Angel José Uribe	#	#	1	1	1	1	1	1	0
Gustavo Ando Furuta	#	#	1	1	1	0	#	#	#
Rodrigo Lowndes	#	#	#	#	#	#	#	#	1
AÇÕES ACUMULADAS (anteriormente)	#	800	800	800	202.434.245	208.754.245	208.754.245	233.370.716	277.931.901
AUMENTO AÇÕES REALIZADO NA DATA	#	#	#	202.433.445	6.320.000	#	24.616.471	44.561.185	#
TOTAL DE AÇÕES NA DATA	800	800	800	202.434.245	208.754.245	208.754.245	233.370.716	277.931.901	277.931.901

Em 29/04/2011, a tabela acima demonstra que a SOUTHERN CROSS DO BRASIL ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA, da qual os Srs. Angel José Uribe e Rodrigo Lowndes constam relacionados em seus atos constitutivos como sócios, adquire todas as ações da RIO JARI;

 Atas de assembleia e reunião da RIO JARI de 29/04/2011 descrevem que os Srs. Angel José Uribe e Gustavo Ando Furuta foram eleitos para o seu Conselho de Administração, com o primeiro ocupando o cargo de Presidente, e o

Sr. Rodrigo Lowndes e novamente o Sr. Angel José Uribe para a sua Diretoria, com este sendo eleito para o cargo de Diretor-Presidente;

 Altera-se outra vez a composição acionária da **RIO JARI**, com o ingresso de **novos sócios**, entre eles o fundo "SCG II FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES", o qual pertence a SOUTHERN CROSS GROUP, uma gestora de investimentos em fundos de "Private Equity", com forte atuação na região da América Latina, representada no Brasil pela SOUTHERN CROSS DO BRASIL ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA, que deixa de ser acionista;

 Em 30/08/2011, a CELLE, subsidiária integral da RIO JARI, é incorporada pela BRINOX, conforme "Protocolo e Justificação de Incorporação da Celle SP Participações S.A. pela Brinox Metalúrgica S.A.;

 Os bens e direitos constantes no Balanço Patrimonial (anexo I) estão representados conforme abaixo, estando tudo respaldado por documentação hábil e idônea:

Investimento - Equivalência Patrimonial - BRINOX	R$ 56.034.955,06
Ágio de Investimentos	R$ 234.439.704,36

 O ágio inicialmente apurado em R$ 234.439.704,36 foi posteriormente ajustado para R$ 219.768.064,47, conforme registros efetuados na contabilidade da BRINOX, em razão de parte dele se referir a valor de mercado de bens do ativo imobilizado e não a rentabilidade futura;

 O ágio então gerado pela compra da BRINOX pela CELLE está sendo amortizado a razão de 1/84 avos ao mês após a incorporação reversa efetuada, com o primeiro registro contábil da despesa na BRINOX ocorrendo em 30/09/2011;

 Os atos constitutivos da CELLE evidenciam que ela teve uma existência curtíssima, sendo constituída em janeiro de 2011 e incorporada alguns meses depois pela própria BRINOX METALÚRGICA S/A, seu único investimento realizado;

 A CELLE, quando da sua constituição, girava sob o tipo societário de "Limitada", tendo como sócios os Srs. Eduardo Duarte e Vinicius Aguillar Duarte. Em alteração contratual registrada na JUCESP em 18/05/2011, mesma data do "Contrato de Compra e Venda de Quotas" da BRINOX, esses sócios se retiraram da sociedade e cederam as suas quotas para a empresa RIO JARI;

Original

 A sócia RIO JARÍ SP PARTICIPAÇÕES S.A. decide nomear o Sr. Rodrigo Lowndes como administrador;

 As empresas RIO JARI e CELLE sempre estiveram estabelecidas nos **mesmos endereços**, conforme seus atos constitutivos, os quais descrevem ainda outras semelhanças, como o fato de as empresas apresentarem **sócios em comum**, **explorarem o mesmo objeto social e serem constituídas quase que na mesma época;**

 Os documentos apresentados demonstram que concomitante à compra da BRINOX, as sedes das empresas **RIO JARI e CELLE foram transferidas para a Avenida Brigadeiro Faria Lima, n° 2.277, 6° andar, sala 604, Torre B, Edifício Plaza Iguatemi**, São Paulo, SP. Nesse endereço se encontrava estabelecida também a empresa **SOUTHERN CROSS DO BRASIL ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA**, a qual, conforme descrevemos anteriormente**, representa no Brasil a SOUTHERN CROSS GROUP – gestora de investimentos em fundos de "Private Equity**". Segundo o contrato de locação apresentado e o seu respectivo distrato, a **SOUTHERN CROSS DO BRASIL foi a locatária desse imóvel no período de 12/01/2009 a 29/02/2016**;

 Examinando as contabilidades disponibilizadas pelas empresas RIO JARI e CELLE, verificamos que elas não apresentam **nenhum registro** efetuado em relação a gastos com **aluguéis, energia elétrica, água, imposto predial, condomínio e outros afins relacionados a locação de imóveis;**

 O endereço informado pela RIO JARI é onde se encontra atualmente estabelecida a SOUTHERN CROSS DO BRASIL, cujo contrato de locação foi incluído no processo;

 A empresa SOUTHERN CROSS DO BRASIL, de acordo com a GFIP, teve como gerente o Sr. Gustavo Pereira de Freitas Santos, sendo admitido em 25/07/2011. Segundo atas de assembleias e de reunião do conselho de administração da RIO JARI, ele foi eleito o seu Diretor-Presidente para o período de 04/11/2015 a 04/11/2017, ocasião em que foi destituído do cargo de Conselheiro Administrativo;

 As GFIPs entregues pela CELLE e a RIO JARI informam que elas nunca contrataram nenhum segurado empregado e ou contribuinte individual;

 O Srs. Angel Jose Uribe, Rodrigo Lowndes e Diego Stark, que também constam relacionados em atas ocupando cargos em Diretorias e Conselhos de Administração nas empresas RIO JARI, CELLE e BRINOX, são sócios minoritários da **SOUTHERN CROSS DO BRASIL** durante o período auditado, cujo acionista principal está estabelecido no exterior;

 O Sr. Norberto Oscar Morita, de nacionalidade argentina, foi descrito como um dos sócios e fundadores da SOUTHERN CROSS GROUP;

 O jornal El País também publicou recentemente informações sobre os sócios da SOUTHERN CROSS GROUP, em reportagem sobre o Sr. Horácio Reyser Travers;

 Quando da aquisição da **BRINOX pela CELLE**, conforme o documento "Instrumento Particular de Alteração de Contrato Social, Transformação do Tipo Jurídico da Sociedade de Sociedade Limitada para Sociedade por Ações", acostado ao processo, os Srs. Norberto Oscar Morita, Horácio Reyser Travers, Angel Jose Uribe e Rodrigo Lowndes foram eleitos membros do conselho de administração da BRINOX, com os dois primeiros ocupando os cargos de Presidente e Vice-Presidente;

 Consta nos atos constitutivos da SOUTHERN CROSS DO BRASIL, que o seu fundador majoritário foi o Sr. Marco Aurélio Rogério Franco, **contador dessa empresa, da RIO JARI e da CELLE**, conforme documentos que apensamos ao processo. Na época era detentor de 99,9% das quotas do capital social, tendo a constituído em 03/12/2007 – registrada na JUCESP em 10/12/2007 – e se retirado dela na primeira alteração contratual em 09/01/2008 – registrada na JUCESP em 20/02/2008, quando ingressaram na sociedade os sócios sediados no exterior;

Original

 Do exame da contabilidade da CELLE, referente ao período compreendido entre as datas da sua constituição e da transação envolvendo a compra da BRINOX, evidenciamos que o seu Livro Diário apresenta apenas os registros contábeis referentes a subscrição do capital a integralizar pelos seus antigos sócios. Esses registros contábeis não materializam a cláusula 5ª do seu contrato social, reproduzida abaixo, a qual descreve que o seu capital social teria sido totalmente integralizado no momento da sua constituição em 28/01/2011;

 O registro dessa integralização somente ocorreu em 19/05/2011, data da aquisição da BRINOX, cujos recursos teriam ingressado na conta "CAIXA;

 Em sua existência de pouco mais de 7 meses, a CELLE não apresenta em sua contabilidade nenhum registro referente a receitas, tampouco em relação a custos e ou despesas que evidenciem a existência de uma estrutura organizacional mínima para o desenvolvimento de sua atividade econômica de forma organizada. Custos e ou despesas com equipamentos, empregados, encargos sociais, consumo de energia elétrica, água, telefone, pagamento de aluguel, para citar apenas alguns, são gastos mínimos relacionados a sociedades empresárias na consecução dos seus objetos sociais, os quais não incorreram para a CELLE;

 O cenário encontrado na análise da contabilidade da empresa RIO JARI não difere em nada daquele encontrado na sua subsidiária integral CELLE, apresentando as mesmas características em seus registros, os quais iniciaram em 19/05/2011, quando da aquisição da BRINOX, muito embora ela tenha sido constituída em 03/12/2010;

 Essas empresas não demonstraram nenhuma capacidade econômica e financeira que viabilizasse a aquisição da BRINOX ou de qualquer outro investimento;

 As empresas envolvidas orquestraram um planejamento tributário abusivo, com manifesto prejuízo aos cofres públicos;

 O conluio entre elas proporcionou atingirem o objetivo tributário lesivo a que se propuseram, com as empresas CELLE e RIO JARI desempenhando um papel intermediário para a concretização do investimento realizado pela SOUTHERN CROSS GROUP, através de um fundo de investimento em participações societárias denominado "SCG II FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES".

 Notícias publicadas na mídia sobre a venda da BRINOX na época, conforme amostragem abaixo, corroboram que a SOUTHERN CROSS é a sua investidora: Fabricante de utilidades domésticas Brinox vende controle acionário para fundo de investimentos latino-americano;

 O acordo de acionistas e seus aditivos, os quais foram estabelecidos entre as partes envolvidas quando da negociação da BRINOX, onde se observa que por vezes a CELLE e a RIO JARI são designadas neles como SOUTHERN CROSS: CONSIDERANDO que, em 18 de maio de 2011, Valdomiro e Luz Marina Remussi, na qualidade de Vendedores, Southern Cross, como Compradora e, Companhia e Rio Jari, como partes intervenientes, celebraram um contrato de compra e venda de ações ("Contrato de Compra e Venda"), de forma a regular a compra pela Southern Cross de 90% (noventa por cento) do capital votante e total da Companhia;

 O "Contrato de Compra e Venda de Quotas" datado de 18/05/2011 destaca a SOUTHERN CROSS, mesmo ela não estando relacionada em seu preâmbulo: "5.12 No caso de ocorrer a incorporação da CELLE SP PARTICIPAÇÕES LTDA na Companhia (a "Incorporação"), com o que desde já concorda Valdomiro, a Rio Jari, sua atual Controladora, passará a deter ações da Companhia então detidas pela Compradora e, por conseguinte, os direitos e obrigações aqui conferidos à Southern Cross";

 Comparando as datas de constituição do fundo e das empresas CELLE e RIO JARI, vemos que todas ocorreram bem próximas, com estas sendo criadas em 28/01/2011 e 03/12/2010, respectivamente, conforme registros efetuados na JUCESP, e aquele em 06/12/2010, segundo o "Instrumento Particular de Constituição do SCG II – Fundo de Investimento em Participações;

Original

 O gestor do fundo é a SOUTHERN CROSS DO BRASIL ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA;

 Os termos de adesão dos quotistas do "SCG II FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES" – COOKWARE CAPITAL INVESTMENTS LP, BOWL CAPITAL LP e PAN CAPITAL LP –, todos assinados pelo Sr. Horácio Reyser Travers, um dos sócios da SOUTHERN CROSS GROUP;

 Segundo informações do Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas – CNPJ, todos os quotistas acima foram constituídos em 10/05/2011, estão estabelecidos no exterior, não possuem filiais e suas sedes apresentam endereço em comum;

 Os fatos apurados demonstram que a BRINOX foi adquirida por um fundo de investimentos da SOUTHERN CROSS, representada no Brasil pela SOUTHERN CROSS DO BRASIL, com esta se utilizando de toda a sua estrutura para aquiescer as vazias coadjuvantes CELLE e RIO JARI, buscando elas dessa forma, todas reunidas em conluio, uma vantagem tributária ilícita definida como evasão;

 A Lei 10.406/2002 - Código Civil, em seu artigo 966, define empresário da seguinte forma: "Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços." A doutrina sobeja em conceitos que apontam sempre o risco como um dos principais elementos de um empreendimento empresarial. Portanto, um mero CNPJ não pode ser considerado empresa, assim como meras assinaturas em contratos não significam assumir riscos;

 No caso concreto, quem assumiu os riscos do investimento não foi a empresa veículo, mas a verdadeira investidora;

 O referido parágrafo único do artigo 116 do CTN articula-se com outro dispositivo da mesma Lei. Mesmo antes da inserção deste parágrafo, o CTN já previa a desconsideração dos atos ou negócios jurídicos, quando em seu artigo 149 estabelece que o lançamento é efetuado e revisto de ofício na hipótese de ocorrência dos casos previstos nos incisos I a IX. Note-se que os incisos III, IV, V e VII são pontuais ao estabelecerem as condições em que o lançamento será realizado, seja por omissão, erro, falsidade na declaração prestada, e principalmente quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

 A lei tributária não autoriza que as sociedades desprovidas de substância econômica sejam interpostas entre o vendedor e o adquirente real, apenas para fins de obtenção de vantagem tributária, o que o artigo 386, inciso III, do Decreto 3.000/99 autoriza é o aproveitamento do ágio por quem de fato o suportou na aquisição, sendo que no presente caso, subsistem, após a reorganização societária, tanto o adquirente real, como a adquirida, sem que tenha ocorrido uma confusão patrimonial entre ambas;

 A glosa do valor do ágio tratado neste relatório monta em **R$ 31.394.603,40**, cuja amortização pelo CONTRIBUINTE foi excluída das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL durante o ano-calendário de 2014;

 O ágio total contabilizado pela BRINOX decorrente da incorporação reversa efetuada monta em R$ 219.768.064,47, tendo sido amortizado 12/84 avos do seu valor no ano-calendário de 2014, sendo excluída mensalmente o valor de R$ 2.616.216,95 das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL no LALUR e LACS;

 Em relação as **debêntures** emitidas pela CELLE durante a reorganização societária, a "Escritura Particular da 1ª Emissão de Debêntures Simples ... da CELLE S/P Participações S.A." e seus respectivos aditamentos descrevem, entre outros, que **os recursos obtidos serão destinados ao pagamento da Cédula de Crédito Bancário** emitida pela CELLE em 18/11/2011 em favor do Banco Itaú BBA S/A e que 90% das ações da BRINOX serão alienadas fiduciariamente em garantia aos debenturistas, prestando também a BRINOX fiança de forma solidária aos titulares das debêntures pelo pagamento de todos os valores devidos nos termos da referida escritura. Após a incorporação da CELLE pela BRINOX em 30/08/2011, esta passou a figurar como

Original

emissora das debêntures, **deixando de existir a garantia fidejussória, permanecendo, contudo, a garantia real referente a alienação fiduciária das ações**. Essas ações já haviam sido alienadas fiduciariamente ao Banco Itaú BBA S/A na época da emissão da Cédula de Crédito Bancário em nome da CELLE, a fim de garantir a dívida contraída para captar recursos complementares utilizados na aquisição da BRINOX;

 Essa negociação foi encaminhada pela SOUTHERN CROSS DO BRASIL, antes mesmo de restar configurada a cessão das quotas da Brinox para a Celle em 18/05/2011, conforme "Proposta para Emissão de Debêntures no Mercado de Capitais Local" apresentada pelo Banco Itaú BBA S/A. (fl. 1432)

 A incorporação da CELLE pela BRINOX se justificou pelos seguintes motivos: (...) (v) a incorporação da CELLE pela BRINOX é **uma exigência constante da Escritura Particular da Ia Emissão de Debêntures Simples**, Não Conversíveis em Ações, em Série Única, da Espécie Quirografária, com Garantias Real e Fidejussória Adicionais, para Distribuição Pública com Esforços Restritos de Distribuição da Celie SP Participações S.A. e do Instrumento Particular de Alienação Fiduciária de Ações em Garantia da Ia Emissão de Debêntures Simples, Não Conversíveis em Ações, em Série Única, da Espécie Quirografária, com Garantias Real e Fidejussória adicionais da Celie SP Participações S.A., sob pena de vencimento antecipado das debêntures. (fls. 1434);

 Dentre outras garantias prestadas, deslindou-se para o credor financeiro a arquitetura do planejamento tributário que seria realizado, revelando-se que a CELLE seria apenas uma mera interposta nesse processo e a BRINOX a verdadeira devedora dos recursos captados;

 Nas fls. 1465, foram listadas as despesas financeiras relacionadas a debêntures durante o ano de 2014;

 Essas despesas também reduziram a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, contudo, entendemos que elas se distanciam da finalidade operacional que permitiria a sua dedutibilidade, haja vista não se enquadrarem na época no conceito de despesas necessárias previstas no Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (atualmente disciplinadas pelos artigos 311 e 312 do Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018);

 No caso da BRINOX, segundo o seu estatuto social, a empresa atua no ramo de fabricação e comercialização de vários produtos de utilidades domésticas. As despesas que vem apropriando em seu resultado referem-se a encargos financeiros oriundos da emissão de debêntures, cuja destinação dos recursos foi utilizada para o pagamento de empréstimo contraído para a compra das suas próprias ações. Desse modo, entendemos haver um enorme descompasso entre a finalidade do gasto e a atividade exercida pela BRINOX, estando tais despesas no campo das não necessárias, ainda mais sendo elas decorrentes de um empréstimo obtido para adquirir as suas próprias ações, cujas circunstâncias descritas ao longo deste relatório evidenciam a existência de um planejamento tributário abusivo oriundo de simulação efetuada por empresas que agem em conluio;

 A dedutibilidade da despesa financeira deve ser uma prerrogativa de quem teve o ônus da aquisição da participação societária. Conceder o benefício fiscal da dedutibilidade da despesa financeira à BRINOX é aceitar o que na presente ação fiscal está sendo desconsiderado: a aquisição realizada por uma interposta pessoa jurídica, no caso, a CELLE;

 Pelos fatos aqui constatados, vemos que as práticas adotadas pelo CONTRIBUINTE, RIO JARI, CELLE, SOUTHERN CROSS DO BRASIL e SOUTHERN CROSS GROUP, em tese, configuram as hipóteses de fraude e de conluio, conceituadas no texto legal acima. Conforme demonstrado ao longo deste relatório, e por meio dos documentos acostados aos autos, foi gestada uma arquitetura simulatória, com a constituição de pessoas jurídicas apenas sob aspecto formal, visando dar uma aparente legalidade a um ágio e o seu consequente aproveitamento para fins fiscais mediante a sua amortização. Verifica-se que a referida prática fraudulenta teve a participação dos seus representantes legais, arrolados neste relatório, os quais investidos em cargos de

Original

diretores e conselheiros administram essas empresas. Portanto, com a finalidade de reduzir a carga tributária de forma ilegal, todas as partes citadas concordaram em manter a simulação e a amortização indevida do ágio, aceitando participar da evidente fraude fiscal;

 Foi aplicada a multa qualificada;

 Foi aplicada Multa isolada por falta de pagamentos de estimativas mensais, apuradas sobre bases de cálculo mensais estimadas, nos termos do artigo 2º da Lei nº 9.430/96, apuradas através dos Balancetes de Suspensão ou Redução, nos termos do artigo 35 da Lei nº 8.981/1995, conforme previsão contida no artigo 2º da Lei nº 9.430/96. A forma de apuração foi declarada na ECF do ano calendário de 2014 nos registros "N620 – Apuração do IRPJ mensal por estimativa" e "N620 – Apuração da CSLL mensal por estimativa". A multa isolada aplicada refere-se as glosas das amortizações de ágio e de despesas financeiras relacionadas a debêntures, objeto da presente auditoria fiscal;

DAS IMPUGNAÇÕES

3. Ao todo foram protocoladas 13(treze) impugnações, conforme abaixo demonstradas:

AC 2014				
	nome	qualificação	ciência	impugnação
1	Brinox Metalurgica S/A	Sujeito passivo	02/12/2020	28/12/2020
2	Julio Moura Neto	Solidário	01/12/2020	28/12/2020
3	Ricardo Heber	Solidário	01/12/2020	28/12/2020
4	Raul Francisco Sotomayor Valenzuela	Solidário	01/12/2020	28/12/2020
5	Norberto Oscar Morita	Solidário	01/12/2020	28/12/2020
6	Diego Starck	Solidário	01/12/2020	28/12/2020
7	Rodrigo Lowndes	Solidário	01/12/2020	28/12/2020
8	Christian Emilio Hartenstein	Solidário	01/12/2020	28/12/2020
9	Angel José Uribe	Solidário	02/12/2020	28/12/2020
10	Aguinaldo Fantinelli	Solidário	02/12/2020	28/12/2020
11	Tércio Hartmann Konig	Solidário	01/12/2020	28/12/2020
12	Southern Crosso do Brasil Adm de Recursos Humanos	Solidário	01/12/2020	28/12/2020
13	Rio Jari SP Participações S/A	Solidário	01/12/2020	28/12/2020

Abaixo, seguem os fatos trazidos nas impugnações protocoladas pelos solidários:

Trata-se de processo administrativo decorrente de autos de infração lavrados para a cobrança do IRPJ e da CSLL, relativos ao ano-base de 2014, cumulados com juros de mora e multas de ofício qualificada e isolada, no valor total de R$ 34.030.995,91, abaixo descritos:

	IRPJ	CSLL
Principal	7.117.332,55	2.537.961,81
Juros de Mora	3.542.296,41	1.263.143,59
Multa de Ofício	10.675.998,82	3.806.942,71
Multa Isolada	3.748.912,49	1.338.407,53
Total	25.084.540,27	8.946.455,64

Original

Conforme informações extraídas do Relatório Fiscal ("RF"), fls. 1.357 a 1.481 dos autos, e dos aludidos autos de infração, no entender da Autoridade Fiscal, a Brinox teria incorrido nas seguintes infrações:

(i) exclusão indevida de despesa com amortização de **ágio considerada indedutível para fins fiscais**, sob o fundamento de que, na visão da Autoridade Fiscal, ***(i)*** as sociedades Celle SP Participações Ltda. ("Celle") e Rio Jari SP Participações S.A. ("Rio Jari") seriam, supostamente, empresas veículo, sem propósito negocial; e, por consequência, ***(ii)*** não teria havido a confusão patrimonial entre o "real adquirente" e a sociedade investida, necessária ao aproveitamento do ágio; e

(ii) indevido **aproveitamento de despesas** pela Brinox, incorridas pela incorporada Celle, uma vez que se tratariam de despesas "decorrentes de um empréstimo obtido para adquirir as suas próprias ações, cujas circunstâncias descritas ao longo deste relatório evidenciam a existência de um planejamento tributário abusivo oriundo de simulação efetuada por empresas que agem em conluio" (fl. 112 do RF).

Ademais, por ter entendido a Autoridade Fiscal que a Brinox teria praticado **fraude** e **conluio** nas operações analisadas nos presentes autos, por intermédio de um planejamento tributário abusivo, procedeu à **qualificação da multa** de ofício (item 4.6 do RF, fls. 112 a 115).

Além disso, a Autoridade Fiscal lançou multa isolada, no percentual de 50%, pela alegada ausência do recolhimento das estimativas do IRPJ e da CSLL no período fiscalizado (fls. 115 a 119 do RF).

Por fim, a Autoridade Fiscal entendeu por imputar como sujeitos passivos os Srs. ***(i)*** Norberto Oscar Morita, ***(ii)*** Aguinaldo Fantinelli, ***(iii)*** Raul Francisco Sotomayor Valenzuela, ***(iv)*** Angel Jose Uribe, ***(v)*** Rodrigo Lowndes, ***(vi)*** Diego Stark, ***(vii)*** Júlio Moura Neto (Impugnante), ***(viii)*** Christian Emilio Hartenstein, ***(ix)*** Tércio Hartmann Konig, ***(x)*** Ricardo Herber e as pessoas jurídicas ***(xi)*** Southern Cross do Brasil Administradora de Recursos Ltda. ("Southern Cross Brasil") e ***(xii)*** Rio Jari SP Participações S.A. quanto as supostas infrações acima referidas.

De acordo com o descrito no RF, a responsabilidade das pessoas supracitadas decorreria de seu enquadramento no artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional ("CTN"), sendo que a responsabilidade das pessoas físicas também decorreria do 135, inciso III, do mesmo diploma.

Dentre os argumentos dos **solidários**, verificamos as seguintes linhas de defesa:

a) Inclusão de novos solidários no AC 2014, diferentemente dos AC 2011 e 2012;

b) Ausência de fundamentação das responsabilidades tributárias atribuídas e confusão entre os institutos de responsabilidade tributária;

c) Ratificação e aproveitamento da defesa do sujeito passivo principal;

d) Improcedência da responsabilização dos impugnantes solidários e inocorrência de atos praticados com excesso de poderes ou infração a lei, estatuto ou contrato social (art. 135, III);

e) Falta de comprovação do dolo e nexo causal

f) Nulidade do Termo de Sujeição Passiva;

g) Inexistência de interesse comum no caso concreto (art. 124, I);

h) Sejam afastadas as multas de ofício, qualificada e isolada indevidamente impostas aos solidários;

Por outro lado, o sujeito passivo BRINOX METALÚRGICA S/A, apresentou as seguintes linhas de defesa na sua impugnação:

- Preliminar de nulidade;
- Legitimidade da amortização do ágio;
- Ausência de dolo, fraude, sonegação ou simulação no caso concreto;

Original

- Decadência do crédito tributário (art. 150, § 4º do CTN);
- Insubsistência da multa qualificada;
- Da impossibilidade da cobrança da multa isolada;
- Da impossibilidade de exigência das multas em caso de dúvida;
- Das compensações e retificações indevidas de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL;
- Impossibilidade de adição à base de cálculo da CSLL das despesas supostamente não dedutíveis da base de cálculo do IRPJ;
- Legitimidade das despesas financeiras e possibilidade de sua dedução;

DOS JULGAMENTOS REALIZADOS DOS ANOS-CALENDÁRIO DE 2011, 2012 E 2013

4. Os lançamentos ora analisados já foram objeto de julgamento em três oportunidades, conforme abaixo demonstrado:

Acordão	Turma	Data	Processo	Decisão
12-94.595	12ª Turma da DRJ/RJO	19/12/2017	11080.729510/2016-10	Impugnações improcedentes e responsáveis solidários mantidos
12-100-235	12ª Turma da DRJ/RJO	10/08/2018	11080.733632/2017-83	Impugnações improcedentes e responsáveis solidários mantidos
16-96.049	8ª Turma DRJ/SP	16/06/2020	11080.744590/2019-78	Impugnação Procedente em Parte *

* Por maioria de votos exonerou exigências de IRPJ e de CSLL pertinentes à infração relativa à dedução de despesas financeiras com debêntures, reduzindo a multa sobre estimativas. Por maioria de votos excluiu a responsabilidade tributária de Norberto Oscar Morita, Horácio Reyses Travers, Raul Francisco Sotomayor Valenzuela, Everaldo Luiz Boschetti; Ricardo Herber e Southern Cross do Brasil Administradora de Recursos Ltda.

É O RELATÓRIO. PASSO AO VOTO.

Nada obstante a apresentação das impugnações pelo contribuinte e responsáveis solidários, o Acórdão recorrido, efls. 5677/5707, nos termos do voto condutor, julgou-as improcedentes, conforme ementa abaixo:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2014

Ementa:

TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL.

A legislação tributária autoriza a dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura quando a incorporação ocorrer entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.

EMPRESA VEÍCULO. UTILIZAÇÃO. EFEITOS IMPONÍVEIS PERANTE O FISCO.

A empresa veículo, em geral, caracteriza-se por não possuir atividade econômica antes do processo de reorganização societária, ser de curta duração e cuja existência se justifica pela passagem de patrimônio com propósito predominante de economia fiscal. Constata-se que, na aquisição da investida, foram utilizadas empresas veículo num processo de planejamento tributário, o qual não pode produzir efeitos perante o Fisco.

Original

Os motivos extra tributários alegados para a utilização de empresa veículo não são aptos a afastar a constatação de que sem a utilização dessas empresas, não seria possível compor a situação em que se deu a amortização do ágio.

MULTA QUALIFICADA. NEGÓCIO JURÍDICO FICTÍCIO.

Sujeita-se a multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício, que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos.

SIMULAÇÃO. DOLO. MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

A simulação tem ínsita no seu conceito a fraude, que se subsume à definição contida no art. 72 da Lei n° 4.502, de 1964, e à ação dolosa tendente a modificar as características essenciais da obrigação tributária, de modo a reduzir o montante do imposto devido, sendo aplicável a multa qualificada.

MULTA DE OFÍCIO ISOLADA E MULTA PROPORCIONAL. APLICAÇÃO.

A materialidade da multa proporcional calculada sobre a totalidade ou diferença de contribuição nos casos de falta de pagamento/declaração inexata, não se confunde com aquela calculada sobre a base estimada ao longo do ano-calendário e que deixou de ser paga.

CSLL. DECORRÊNCIA.

O resultado do julgamento do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica -IRPJ espraia seus efeitos sobre a CSLL lançada em decorrência das mesmas infrações.

DECADÊNCIA. CONDUTA FRAUDULENTA.

O direito de constituição do crédito tributário relativo a tributos e contribuições sociais decai em 5 anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído, quando comprovada a ocorrência de dolo fraude ou simulação.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INTERESSE COMUM. ART. 124.1. DO CTN. PARECER NORMATIVO Nº 04/2018.

São solidariamente obrigadas as pessoas físicas e jurídicas que tenham, comprovadamente interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária. São atos ilícitos que ensejam a responsabilidade solidária: (i) abuso da personalidade jurídica em que se desrespeita a autonomia patrimonial e operacional das pessoas jurídicas mediante direção única ("grupo econômico irregular"); (ii) evasão e simulação e demais atos deles decorrentes; (iii) abuso de personalidade jurídica pela sua utilização para operações realizadas com o intuito de acarretar a supressão ou a redução de tributos mediante manipulação artificial do fato gerador (planejamento tributário abusivo).

ADMINISTRADORES. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA.

Cabe a responsabilização tributária solidária, com base no art. 135, III do CTN, dos administradores que tenham praticado diretamente ou tolerado a prática do ato abusivo e ilegal quando em posição de influir para sua não ocorrência.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Ainda, o acórdão recorrido manteve a responsabilização solidária, com supedâneo nos artigos 124, I e 135, III, do CTN, dos Srs. **Norberto Oscar Morita, Raul Francisco Sotomayor Valenzuela, Angel José Uribe, Rodrigo Lowndes, Diego Stark, Júlio Moura Neto**, **Christian Emilio Hartenstein, Ricardo Herber, Aguinaldo Fantinelli e Tercio**

Original

Hartmann Kong, com base nas provas trazidas no processo, na legislação e jurisprudência acima citada e na planilha inserida no início deste tópico; manteve também, a responsabilização solidária, com fundamento no art. 124, I, do CTN, das empresas **RIO JARI SP PARTICIPAÇÕES S/A** e **SOUTHERN CROSS DO BRASIL ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA**.

Ainda, **preliminarmente**: afastou a preliminar de nulidade consubstanciada em potencial violação ao art. 59 do Decreto 70.235/72 e art. 12 do Decreto 7574/2011; afastou também a preliminar de nulidade fundamentada em potencial violação ao art. 24 da LINDB, já que este dispositivo legal, nos termos da Súmula CARF n. 169, teria aplicabilidade ao processo administrativo tributário federal;

No mérito: i) manteve a autuação fundamentada na ilegitimidade de amortização do ágio nas operações analisadas; ii) manteve a qualificação da multa de ofício, considerando que houve dolo com base no art. 44, inciso I, parágrafo 1º da Lei nº 9.430, de 1996, tendo em vista que a forma artificial adotada na reorganização societária, o que configuraria, em tese, hipótese de fraude e conluio, conceituadas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964; iii) da mesma forma considerou prejudicada a análise do pedido de decadência com base no § 4º, art. 150 do CTN; iv) considerou adequada a cobrança concomitante de multa isolada com a multa de ofício; considerou que as compensações de prejuízos fiscais e de base de cálculo negativa de CSLL foi correta e não merece reparos o procedimento adotado pela autoridade de origem, assim como também o sobrestamento deste julgamento até decisão nos processos anteriores; v) concordou com a possibilidade de adição à base de cálculo da csll das despesas não dedutíveis da base de cálculo do IRPJ; vi) afastou a dedutibilidade das despesas financeiras no presente caso, por não se tratar de despesa necessária do real adquirente e a operação envolve atos praticados de simulação e conluio; vii) afastou a alegação de mudança de critério jurídico com base nos lançamentos anteriores; viii) julgou improcedentes as impugnações apresentadas, mantendo o lançamento (e respectivos créditos tributários) em sua integralidade.

Devidamente cientificados, os seguintes interessados apresentaram respectivos recursos voluntários, repisando os fundamentos de fato e de direito já expostos nas respectivas petições impugnatórias:

a) **BRINOX METALÚGICA S/A (efls. 5828/5981);**

b) **DIEGO STARK (efls. 6031/6103);**

c) **TÉRCIO HARTMANN KONIG (efls. 6142/6218);**

d) **RODRIGO LOWNDES (efls. 6256/6329);**

e) **RIO JARI SP PARTICIPAÇÕES S/A (efls. 6367/6410);**

f) **SOUTHERN CROSS DO BRASIL ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA. (efls. 6448/6484);**

g) **ANGEL JOSÉ URIBE (efls.6522/6595);**

h) **RICARDO HERBER (efls. 6635/6714);**

i) **NORBERTO OSCAR MORITA (efls.6753/6826);**

j) **AGUINALDO FANTINELLI (efls.6865/6944);**

k) **RAUL FRANCISCO SOTOMAYOR VALENZUELA (efls.6983/7063);**

l) **CHRISTIAN EMILIO HARTENSTEIN (efls.7102/7176);**

Original

m) **JÚLIO MOURA NETO (efls. 7215/7295)**

Em síntese, as petições recursais pleitearam:

> (i) reconhecimento das nulidades do acórdão recorrido, em virtude das preliminares aduzidas, ou (ii) o cancelamento de todo o crédito tributário controlado no presente PAF, reiterando-se e ratificando-se todos os argumentos do Recurso Voluntário da Brinox (sujeito passivo principal).
>
> Caso sejam superadas, o que se alega a título argumentativo, no tocante ao mérito, requer-se o cancelamento do Termo de Responsabilidade lavrado contra o Recorrente, porquanto não cumpridos os requisitos dos artigos 124, inciso I e 135, inciso III, ambos do CTN.
>
> Caso ainda assim não se entenda – o que também se alega ad argumentandum – pleiteia-se, em caráter subsidiário, o cancelamento das multas (de ofício, qualificada e isolada) aplicadas.
>
> Por fim, caso ocorra julgamento com empate de votos, requer-se a aplicação do disposto no artigo 112 do CTN, bem como da regra contida no artigo 19-E da Lei nº 10.522/2002, e o consequente cancelamento do lançamento em face do Recorrente.

Finalmente, foram juntados aos autos petição judicial (mandado de segurança) e despacho judicial referente à mesma petição (às efls. 7383/7397), bem como a sentença judicial referida (efls.7399/7405).

Após, os autos foram encaminhados a esta Turma para julgamento extraordinário.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Jeferson Teodorovicz, Relator.

Dos requisitos de Admissibilidade dos Recursos

Os Recursos foram interpostos por partes legítimas.

A Contribuinte **BRINOX METALÚGICA S/A** foi intimada do acórdão de Impugnação 05/10/2021 e apresentou Recurso Voluntário em 28/10/2021, portanto, tempestivamente.

A Responsável Southern Cross do Brasil Administradora de Recursos LTDA foi intimada em 14/10/2021 e apresentou Recurso Voluntário em 29/10/2021, portanto, tempestivamente.

A Responsável RIO JARI SP PARTICIPAÇÕES S/A foi intimada em 18/10/20201 e apresentou Recurso Voluntário em 29/10/2021, portanto, tempestivamente.

O Responsável Diego Stark foi intimado em 14/11/2021 e apresentou Recurso Voluntário em 29/10/2021, portanto, tempestivamente.

O Responsável Rodrigo Lowndes foi intimado 14/10/2021 e apresentou Recurso Voluntário em 29/10/2021, portanto, tempestivamente.

Original

O Responsável **RAUL FRANCISCO SOTOMAYOR VALENZUELA** foi intimado em 13/10//2021, mas já havia apresentado seu Recurso Voluntário em 05/11/2021, portanto, tempestivamente.

O Responsável **TÉRCIO HARTMANN KONIG** foi intimado em 11/10/2021, apresentado seu Recurso Voluntário em 29/10/2021, portanto, tempestivamente.

O Responsável **JULIO MOURA NETO** foi intimado em 15/10/2021, apresentado seu Recurso Voluntário em 11/11/2021, portanto, tempestivamente

O Responsável ANGEL JOSÉ URIBE foi intimado em 05/10/2021 e apresentou Recurso Voluntário em 04/11/2021, portanto, tempestivamente.

O Responsável **AGUINALDO FANTINELLI** foi intimado em 10/11/2021 e apresentou Recurso Voluntário em 05/11/2021, portanto, tempestivamente.

Os responsáveis **CHRISTIAN EMILIO HARTENSTEIN**, **NORBERTO OSCAR MORITA** e **RICARDO HERBER**, apresentaram Recurso Voluntário antes de qualquer intimação válida, os quais devem ser considerados tempestivos face ao disposto no art. 2018, §4º do CPC/2015.

Portanto, todos devem ser conhecidos.

Do mérito – da dedutibilidade do ágio

Importa registrar inicialmente que o ágio discutido deve ser analisado à luz do disposto nos arts. 20 e seguintes do Decreto-lei n. 1.598/77, por se referir a período anterior a publicação da Lei 12.973/2014:

> 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.

Original

> § 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.

O mesmo raciocínio aplica-se à necessidade de análise dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997:

> 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: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)
>
> 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 § 2° do art. 20 do Decreto-lei n° 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)
>
> IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.
>
> § 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;

Original

> 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.

Abstrai-se dos referidos dispositivos que a **amortização do ágio apenas pressupõe uma operação incorporação, fusão ou cisão entre a pessoa jurídica que detinha a participação societária adquirida com ágio e a pessoa jurídica investida.**

No caso concreto, conforme amplamente relatado, um dos aspectos da acusação fiscal guerreada é a dedutibilidade ou não do ágio gerado na aquisição direta do investimento na Brinox Metalúrgica Ltda. (antiga razão social da Brinox) pela Celle SP Participações Ltda. ("Celle"), conforme se depreende do relatório fiscal:

> Salientamos que tanto o caput do artigo 7º como a alínea "b" do artigo 8º determinam que, para o possível aproveitamento fiscal de eventual ágio, necessariamente este tem de ter origem em sociedade efetivamente adquirente da participação societária em negociação.
>
> Como se vê a lei exige que ocorra, necessariamente, a confusão patrimonial entre investida e investidora, com a migração do patrimônio para uma ou para outra. Ou seja, o investimento deve ser extinto para que se possa amortizar fiscalmente o ágio.
>
> No caso concreto em tela, conforme fatos descritos neste relatório, criou-se um planejamento tributário abusivo através de empresas interpostas que simulam um fato gerador imponível que ainda não surgiu, pois a CELLE nunca foi a verdadeira adquirente da BRINOX, tampouco a RIO JARI, uma vez que ambas não dispunham de substância econômica para um investimento de tal envergadura.
>
> Assim, o investimento continua existindo, com a real investidora permanecendo no controle da investida através da RIO JARI. O que ocorreu foi a extinção de uma das sociedades intermediárias, no caso a CELLE, que detinha apenas participação formal.
>
> **A aquisição da BRINOX, conforme provas acostadas aos autos, é um investimento da SOUTHERN CROSS através de um fundo de**

Original

> **participações societárias.** Quando houver o desinvestimento desse fundo, materializar-se-á o fato gerador imponível previsto na legislação, com o consequente tratamento adequado da confusão patrimonial que surgirá.
>
> Dessa forma, as amortizações fiscais do ágio realizadas pelo CONTRIBUINTE estão sendo glosadas na sua totalidade pelos motivos descritos neste relatório fiscal, uma vez que elas foram efetuadas ao arrepio da legislação vigente à época dos fatos analisados, **haja vista entendermos ter ocorrido uma simulação efetuada em conluio por ele e outras empresas, os quais objetivaram a evasão de tributos através de uma indevida antecipação da amortização do ágio.**
>
> **(...)**
>
> Os fatos apurados demonstram que a BRINOX foi adquirida por um fundo de investimentos da SOUTHERN CROSS, representada no Brasil pela SOUTHERN CROSS DO BRASIL, com esta se utilizando de toda a sua estrutura para aquiescer as vazias coadjuvantes CELLE e RIO JARI, buscando elas dessa forma, todas reunidas em conluio, uma vantagem tributária ilícita definida como evasão.
>
> Discorremos também, entre outros, que todas essas empresas são administradas pelas mesmas pessoas, que atendem aos interesses determinados pela SOUTHERN CROSS GROUP.
>
> Assim, considerando a situação simulatória com a falta de propósito negocial de uma empresa definida como veículo, temos a caracterização de uma interposição fraudulenta.

Do extrato acima transcrito, **infere-se que o caso concreto se trata de do que se convencionou chamar de utilização de empresa veículo para transferência de ágio, não se questionando qualquer outro elemento do referido ágio, como a correção de sua apuração, o efetivo pagamento, controle contábil, etc.**

Nesse aspecto, a possibilidade de amortização do ágio em operações que contaram com a utilização de empresa veículo tem sido assunto recorrente no âmbito do contencioso administrativo tributário, inclusive com diversas manifestações da 1ª Câmara Superior de Recursos Fiscais, entre os quais cito o acórdão n. 9101-006.486 proferido no processo n. 16561.720180/2014-38, de 07/03/2023:

> ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012 RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS COMPARADOS. NÃO CONHECIMENTO. A ausência de similitude fático-jurídica entre as decisões comparadas (acórdão recorrido x paradigmas) impede a caracterização do dissídio, prejudicando o conhecimento recursal. RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL. MULTA QUALIFICADA. FUNDAMENTO AUTÔNOMO NÃO ATACADO. NÃO CONHECIMENTO. Não se conhece do Recurso Especial que não logra demonstrar a necessária divergência jurisprudencial em relação a

Original

um dos fundamentos jurídicos autônomos que, por si só, seja apto a motivar a conclusão da decisão recorrida sobre a matéria em debate. ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012 UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO. O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que detém o investimento pela empresa investida (incorporação reversa). **O uso de holding (ou empresa veículo), constituída no Brasil com recursos provenientes do exterior, para adquirir a participação societária com ágio e, em seguida, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio, não caracteriza simulação, de modo que é indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes.** TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS POR EMPRESA CONTROLADORA DOMICILIADA NO EXTERIOR PARA SOCIEDADE HOLDING. LEGITIMIDADE DA DEDUÇÃO DO ÁGIO. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DO REAL ADQUIRENTE. A transferência, por controladora domiciliada no exterior, dos recursos empregados na aquisição de participação societária por empresa holding constituída no Brasil não impede a amortização fiscal do ágio após esta ser incorporada pela investida. A tese do "real adquirente", que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de simulação, o que não se revela no caso.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado em: (i) por maioria de votos, não conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional, vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli (relator), Edeli Pereira Bessa e Alexandre Evaristo Pinto que votaram pelo conhecimento parcial, apenas em relação à matéria "multa qualificada"; (ii) por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Especial do Contribuinte; (iii) no mérito, por maioria de votos, dar provimento ao recurso do contribuinte, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que votaram por negar-lhe provimento. Votaram pelas conclusões os conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Livia De Carli Germano. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano e Luiz Tadeu Matosinho Machado. (documento assinado digitalmente) Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício (documento assinado digitalmente) Luis Henrique Marotti Toselli – Relator (documento assinado digitalmente) Livia De Carli Germano– Redatora Designada Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado,

Original

Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

Na ocasião, o Conselheiro Luís Toselli em seu voto assim se posicionou:

> Posto isso, a conclusão que se chega é a de que a simulação, enquanto limitadora de planejamentos tributários e gatilho para legitimar a requalificação jurídica dos fatos declarados, resta caracterizada quando: (i) há interposição fictícia de pessoas; ou (ii) quando há declaração não verdadeira emitida pelas partes, podendo esta se dar (ii.i) de forma consciente, isto é, com emprego de conduta dolosa ou fraudulenta ou (ii.ii) inconsciente (culposa), na hipótese do contribuinte se valer de tipos ou institutos jurídicos que não atendam sua causa ou finalidade.
>
> Na prática, a existência ou não de adoção de estrutura simulada como meio de gerar economia tributária vai depender das circunstâncias e elementos probatórios trazidos pela fiscalização em cada situação fática. Apenas com a reunião de indícios precisos e que se convergem para uma convicção segura de que houve simulação é que uma requalificação jurídica fundada na ineficácia dos atos/negócios formalizados se justifica.
>
> Trazendo essas considerações para o presente cenário, as questões que se colocam são as seguintes: empresas holdings podem, aos olhos jurídicos, receber recursos de controladoras localizadas no exterior para adquirir empresas alvo (investidas) com ágio e, em seguida, serem extintas por incorporação? Uma empresa veículo assim interposta possui causa jurídica? Enfim, o Direito permite que uma empresa não operacional tenha como única finalidade criar as condições para o aproveitamento fiscal do ágio?
>
> As respostas a meu ver são positivas.
>
> Tratam-se as rotuladas empresas veículos, de holdings, ou seja, sociedades que têm por objeto social justamente a participação em outras empresas, em plena conformidade com o comando previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/76:
>
> 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. Grifamos
>
> Sobre esse tipo de sociedade, Modesto Carvalhosa esclarece que "tem assim a sociedade holding como característica diferencial e objetivo principal a participação relevante em uma atividade econômica de terceiros, em vez de exercício de atividade produtiva ou comercial".

Original

A ideia, então, de que toda sociedade deve necessariamente possuir estrutura física, portaria, prédio, funcionários, máquinas, etc., não se aplica para uma holding, cuja causa jurídica ou finalidade social, conforme visto, consiste justamente na participação em outras sociedades enquanto objeto social típico.

Ao contrário de uma empresa industrial, comercial ou uma prestadora de serviços que, como regra geral, demandam um mínimo de estrutura física e de pessoal para operarem com autonomia, a prova da existência e objeto de uma holding se dá justamente com seu ato constitutivo, inscrição perante o fisco e declarações dos sócios.

Quanto à duração de uma sociedade, cumpre notar que esta varia conforme o interesse das partes, lembrando que, de acordo com o parágrafo único do artigo 981 do Código Civil - que trata da Sociedade de Propósito Específico – SPE -, a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

O artigo 997, também do Código Civil, aliás, estabelece, em seu inciso II, que os atos constitutivos de uma sociedade devem conter, além das cláusulas estipuladas pelas partes, "a denominação, objeto, sede e prazo", o que ratifica a liberdade quanto à duração e finalidade de uma holding.

Nas palavras de Edmar Oliveira Andrade Filho?

No Brasil, o problema do prazo de duração passou a ser secundário após o advento do parágrafo único do art. 981 do CC, segundo o qual 'a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados'. Portanto, a permanência ou duração de uma sociedade não é um requisito de validade para a constituição e utilização de uma pessoa jurídica, pois o próprio ordenamento jurídico já se encarregou de realizar as valorações pertinentes ao tempo de duração de uma sociedade.

Verifica-se, assim, que é perfeitamente válido e eficaz, sob o prisma jurídico, a existência de sociedades efêmeras e outras de longa duração, com capital social ínfimo ou substancial, umas com operações mercantis, outras produtivas ou prestadoras de serviços e outras ainda como canais de investimento, o que vai depender dos fins sociais e econômicos estabelecidos pelos sócios dentro de sua autonomia de empreender e de buscar maximizar os resultados da companhia nos limites da lei.

Ora, se a própria legislação tipifica uma "holding pura com fins específicos" como uma espécie societária própria do Direito, conferindo-lhe tipicidade e legitimidade para praticar uma única operação, inclusive para fins de economia tributária, não vejo como não admitir o uso de uma holding para servir de veículo para provocar a baixa de um investimento com o consequente gatilho para deduzir fiscalmente o ágio.

Ao tratar especificamente sobre as formas de investimento no Brasil por empresa estrangeira, assim leciona Charles William McNaughton32:

Original

(...) por causa finalística de uma sociedade, podemos entender como sua própria função social.

Uma sociedade possui um objeto social que é justamente a atividade econômica efetivada para gerar resultados aos sócios. Nesse sentido, todo ato que uma sociedade pratica para contribuir na formação desse resultado há de ser tido como englobado na função social da sociedade.

O que se opera no caso da empresa-veículo utilizada para aproveitamento do ágio? O investidor paga um sobrepreço para adquirir um ativo (uma sociedade) com a expectativa de ter um resultado (lucro) no futuro. A obtenção desse resultado é justamente o tipo de ato que se enquadra na função social daquela pessoa jurídica.

O aproveitamento fiscal do ágio nada mais é do que o reconhecimento do ordenamento jurídico de que a renda auferida pelo investidor será o resultado futuro menos o valor pago por esse resultado.

Mas, por certos motivos, como por exemplo, o fato de o investidor estar situado no exterior, o sistema jurídico pode colocar barreiras procedimentais de que esse ágio seja aproveitado. Nesse sentido, a empresa-veículo é um meio para que essas barreiras sejam ultrapassadas.

E o que o uso da empresa-veículo permite? Ao superar tais empecilhos procedimentais para o aproveitamento do ágio e reduzir a tributação incidente sobre o empreendimento econômico que poderá ser aproveitado pelo investidor graças a aquisição de participação societária da investida, o uso da empresa veículo nada mais faz senão contribuir para aumentar aquele resultado futuro almejado pelo investidor, reduzindo uma despesa com tributação.

A empresa veículo holding que participa de outra pessoa jurídica cumprindo seu objeto social, portanto, e incrementa, assim, o resultado dos sócios está sim cumprindo sua função social. A função social do contrato, previsto no artigo 421 do Código Civil, está sendo atingida.

De fato, é plenamente lícito o financiamento estrangeiro no Brasil por controladoras sediadas no exterior, o que se faz justamente com empresas holdings, espécie de sociedade que inclusive é usualmente utilizada como meio próprio e legítimo de grupos internacionais investirem e se estabelecerem no país.

(...)

Caminhando nesse mesmo sentido, entendo que não há nenhum vício ou aparência sobre a existência, causa e finalidade das empresas veículos envolvidas nesse caso concreto. E qual foi a finalidade? Ora, foi a de instrumentalizar a aquisição do investimento com ágio, pago a parte não relacionada, de forma também a reunir as condições necessárias para o seu aproveitamento fiscal pós incorporações reversas.

Reitera-se, desculpe a insistência, que o § 3º, do artigo 2º, da Lei nº 6.404/76 acima transcrito reconhece expressamente a possibilidade de uma sociedade ser constituída para beneficiar-se de incentivos fiscais, o

Original

> que não é bem o caso, mas que indubitavelmente ratifica a legitimidade do uso das holdings nas diversas operações de aquisição envolvidas nesse caso.
>
> Pelo exposto, conclui-se que a utilização de empresa-veículo que viabilize o aproveitamento fiscal do ágio por si só não configura ato ilícito ou simulação, não constituindo, portanto, fundamento hábil a manutenção das glosas ora tratadas.

Referido entendimento não destoa do adotado recentemente por esta turma ao julgar o processo n. 16561.720030/2017-77, consubstanciado no acórdão n. 1201-005.622, em que foi designado redator o Conselheiro Fredy Albuquerque:

> ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Período de apuração: 31/01/2012 a 31/12/2012 O ÓRGÃO JULGADOR NÃO ESTÁ OBRIGADO A SE PRONUNCIAR ACERCA DE TODOS ARGUMENTOS SUSCITADOS PELA RECORRENTE. O órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todos argumentos suscitados pela parte se os pontos analisados são suficientes para motivar e fundamentar sua decisão. O inconformismo com o resultado do acórdão, contrário aos interesses da recorrente, não significa haver falta de motivação ou cerceamento do direito à ampla defesa (EDcl no Mandado de Segurança nº 21.315 - DF, Diva Malerbi, STJ - Primeira Seção, DJE 15.06.2018). ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Período de apuração: 31/01/2012 a 31/12/2012 **AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. A Lei 9.532/97 permite ao contribuinte adquirir participações societárias mediante a interposição de empresas veículo, assegurando-lhe a amortização fiscal do ágio, inexistindo razões para demonizar sua utilização. A opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio. Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intensão, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si. O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito.** DEVER LEGAL DE PAGAR (LICITAMENTE) TRIBUTOS. DEVER DE SOLIDARIEDADE

Original

> SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO LÍCITO. INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE DE DIREITO, ARTIFICIALIDADE DE FORMAS, FRAUDE, DOLO, CONLUIO OU QUALQUER PATOLOGIA DO ATO JURÍDICO PRATICADO. Nas circunstâncias em que, licitamente, o contribuinte realizar ato jurídico que importe em economia tributária válida, sem mácula ou vício previsto no ordenamento jurídico, ou seja, sem patologia de forma, de vontade, de intenção ou ocultação, torna-se ilegítima a autuação que dele decorra, inexistindo dever fundamental de pagar ilicitamente tributos. A inexistência norma jurídica específica que discipline a desconstituição de negócios jurídicos válidos não autoriza a administração tributária a se valer de critérios gerais, claramente subjetivos, para atribuir a pecha de planejamento tributário abusivo ao exercício regular de direitos de cunho empresarial e societário, de forma que a norma geral antielisiva do art. 116 do CTN possui mero comando autorizador do exercício secundário de competência legislativa ordinária. Admite-se combate ao abuso, à fraude, à simulação, ao dolo e ao conluio, não sob o prisma da norma geral antielisiva, mas pela prática de ato antijurídico a que o ordenamento jurídico preveja tipo infracional específico.
>
> Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. **Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário.** Vencidos os Conselheiros Efigênio de Freitas Júnior (Relator) e Sérgio Magalhães Lima, que negavam provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque. (documento assinado digitalmente) Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente (documento assinado digitalmente)Efigênio de Freitas Júnior - Relator (documento assinado digitalmente) Fredy José Gomes de Albuquerque - Redator Designado Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Efigênio de Freitas Júnior, Jeferson Teodorovicz, Wilson Kazumi Nakayama, Fredy José Gomes de Albuquerque, Sérgio Magalhães Lima, Viviani Aparecida Bacchmi, Thais De Laurentiis Galkowicz e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Sobre este ponto, peço vênia para transcrever o seguinte excerto do voto:

> 149. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si, não havendo nos autos elementos que comportem tal providência, porquanto a parte haver demonstrado a intenção em promover mudanças no mercado lácteo brasileiro mediante investimentos em terceiros.
>
> 150. Nesse sentido, colhe-se da doutrina de Carlos Augusto Daniel Neto, ex Conselheiro do CARF, importantes luzes à análise do aproveitamento do ágio, porquanto "Compreende e, sobretudo, respeitar os efeitos tributários legítimos de uma LBO é, afinal, uma segurança e um estímulo aos crescentes investimentos em empresas brasileiras e ao próprio

Original

desenvolvimento econômico nacional, e demonstra a compreensão da relevância desse negócio para viabilizar a aquisição de participações societárias, o que, em muito, transborda as vantagens tributárias que lhe são acessórias" 13 .

151. Calha à fiveleta trazer a análise doutrinária de Marcos Vinicius Neder e Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira14, acerca da interposição de empresas para assegurar o aproveitamento do ágio, sob o enfoque das holdings como as empresas veículo, chegando-se às mesmas conclusões até aqui demonstradas neste voto, a saber:

Lei nº 9.532/1997 expressamente veio a permitir a dedução do ágio, no caso da "incorporação reversa", algo que não estava claro na legislação anterior. Ou seja, o ágio passou a ser dedutível também no momento em que a investida incorpora a investidora. Trata-se, claramente, da incorporação da investidora direta. Essa permissão expressa que autoriza deduzir o ágio na "incorporação reversa" teve como objetivo estimular o interesse da iniciativa privada na aquisição de participação societária em empresas públicas em fase de privatização. (...)

A Lei não proibiu o aproveitamento do ágio no caso de incorporação de empresas holdings, constituídas pelos controladores indiretos com o propósito de adquirir, consolidar e gerir a participação na empresa investida. Não apenas isso não foi proibido como foi expressamente autorizado, na medida em que a Lei permitiu a dedução do ágio no caso da incorporação reversa pela empresa investida na empresa que nela detém a participação acionária e estimulou os processos de privatização (...)

A norma tributária, ao conceder o incentivo tributário de aproveitamento do ágio na Lei 9.532/1997, não fez restrição ao uso de holdings, muito pelo contrário as incentivou, como comentamos anteriormente, inclusive ao permitir a dedução do ágio na incorporação reversa. Assim, a mera existência da Instrução CVM 349/2001, que dispõe sobre o tratamento contábil do ágio na incorporação reversa de holdings em empresas de capital aberto, e a existência dos procedimentos contábeis nela sugeridos não afetam em nada a possibilidade de dedução do ágio na incorporação reversa da holding. (...)

A Lei não restringiu a apuração ou a dedução fiscal de ágio quando a empresa incorporada, adquirente do investimento, fosse empresa pura de holding, ou quando a empresa tivesse recebido recursos de seu sócio ou acionista em aumento de capital, ou ainda quando tivesse recebido a participação acionária em subscrição de ações de sua emissão. Logo, o tratamento de todas essas hipóteses, quando da incorporação reversa da holding Y, é alcançado, de forma equivalente, pela Lei".

152. O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados

Original

com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito.

Assim, convencido de que a utilização de empresa veículo não é elemento que de qualquer forma proíba a amortização do ágio, e não tendo sido questionado qualquer outro aspecto da apuração do ágio no caso concreto, **entendo que deve ser dado provimento aos Recursos Voluntários neste ponto.**

Dos juros do financiamento

A segunda acusação fiscal diz respeito à dedutibilidade dos juros pagos em decorrência da emissão de debêntures para captar recursos no mercado de capitais destinados a financiar a aquisição de 90% do Grupo Brinox Metalúrgica Ltda. Importa registrar, portanto, algumas palavras acerca do conceito de despesa.

A Legislação Tributária também estabeleceu distinções entre custos e despesas, conforme pode ser observado no próprio artigo 47 da Lei 4506 de 1964:

> **Art. 47. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da emprêsa e a manutenção da respectiva fonte produtora.**
>
> **§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da emprêsa.**
>
> **§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da emprêsa.**
>
> § 3º Sòmente serão dedutíveis como despesas os prejuízos por desfalque, apropriação indébita, furto, por empregados ou terceiros, quando houver inquérito instaurado nos têrmos da legislação trabalhista ou quando apresentada queixa perante a autoridade policial.
>
> § 4º No caso de emprêsa individual, a administração do impôsto poderá impugnar as despesas pessoais do titular da emprêsa que não forem expressamente previstas na lei como deduções admitidas se êsse não puder provar a relação da despesa com a atividade da emprêsa.
>
> § 5º Os pagamentos de qualquer natureza a titular, sócio ou dirigente da emprêsa, ou a parente dos mesmos, poderão ser impugnados pela administração do impôsto, se o contribuinte não provar:
>
> a) no caso de compensação por trabalho assalariado, autônomo ou profissional, a prestação efetiva dos serviços;
>
> b) no caso de outros rendimentos ou pagamentos, a origem e a efetividade da operação ou transação.

Original

> § 6º Poderão ainda ser deduzidas como despesas operacionais as perdas extraordinárias de bens objeto da inversão, quando decorrerem de condições excepcionais de obsolescência de casos fortuitos ou de fôrça maior, cujos riscos não estejam cobertos por seguros, desde que não compensadas por indenizações de terceiros.

Esse dispositivo legal também foi absorvido pelo próprio RIR/99 (Decreto-Lei 3000/99), no artigo 299[1].

Na prática, o art. 311 do Decreto n. 9580 de 2018 praticamente repetiu o disposto já estabelecido em regulamentos anteriores e substanciado no mesmo diploma legal[2]. Da mesma forma, pode-se dizer que as discussões envolvendo os requisitos ou critérios (e limites) para a dedutibilidade das despesas operacionais mantiveram-se e atualizaram-se, mas sempre se centrando nas dificuldades de delimitação desses critérios em casos concretos.

Em outras palavras, o reconhecimento da dedutibilidade das despesas operacionais demanda o cumprimento de certos requisitos: ser a despesa necessária; ser, via de regra (mas admitindo exceções), a despesa normal ou usual no âmbito da atividade produtiva da empresa.

Por outro lado, assevera Schoueri:

> "(...) é insuficiente pensar em renda tributável considerando elementos de efeito positivo (ou aumentativo) no patrimônio do contribuinte. Para se chegar à renda tributável, impõe-se o cálculo de todos os ingressos e saídas apurados em um determinado período de tempo, para que, então, se possa falar em saldo positivo ou negativo. Dessa forma, a renda bruta não passa de uma zona cinzenta onde é impossível determinar a renda tributável (líquida) sem antes separar as despesas que foram necessárias para a obtenção da riqueza. O direito à dedutibilidade de despesa baseia-se, portanto, na concepção de que apenas a renda líquida deve ser tributada. Se houve custos para obter determinada, devem ser eles dedutíveis. De outro modo, tributar-se-ia parcela que não constitui renda.

---

[1] Decreto 3000/99: Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).
§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).
§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).
§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.

[2] "Despesas necessárias
Art. 311. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, caput).
§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º)
§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º) .
§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, independentemente da designação que tiverem".

Original

> É, por isso, que somente após afastados os ônus suportados ara sua aquisição, pode a renda ser tributada"[3].

Passando à análise do caso concreto e, sobre este ponto, o Relatório Fiscal assevera:

> No caso da BRINOX, segundo o seu estatuto social em apertada síntese, a empresa atua no ramo de fabricação e comercialização de vários produtos de utilidades domésticas.
>
> As despesas que vem apropriando em seu resultado referem-se a encargos financeiros oriundos da emissão de debêntures, cuja destinação dos recursos foi utilizada para o pagamento de empréstimo contraído para a compra das suas próprias ações.
>
> Desse modo, entendemos haver um enorme descompasso entre a finalidade do gasto e a atividade exercida pela BRINOX, estando tais despesas no campo das não necessárias, ainda mais sendo elas decorrentes de um empréstimo obtido para adquirir as suas próprias ações, cujas circunstâncias descritas ao longo deste relatório evidenciam a existência de um planejamento tributário abusivo oriundo de simulação efetuada por empresas que agem em conluio.
>
> Relembramos que a BRINOX é um investimento da SOUTHERN CROSS através de um fundo de participações societárias, sendo a CELLE e RIO JARI meras interpostas.
>
> A dedutibilidade da despesa financeira deve ser uma prerrogativa de quem teve o ônus da aquisição da participação societária. Conceder o benefício fiscal da dedutibilidade da despesa financeira à BRINOX é aceitar o que na presente ação fiscal está sendo desconsiderado: a aquisição realizada por uma interposta pessoa jurídica, no caso, a CELLE.
>
> Assim, diante do exposto, entendemos serem despesas não necessárias ao CONTRIBUINTE, não podendo ele usufruir da sua dedutibilidade.

Por outro lado, segundo a Recorrente:

> Ou seja, a Celle, como sociedade de investimentos do Grupo, na consecução de sua finalidade, tomou empréstimo para possibilitar a aquisição da Brinox e incorreu desde logo em despesas financeiras. **Não há dúvida que, no nascimento dessa obrigação (e respectivas despesas financeiras), o requisito da necessidade das despesas estava presente**!

---

[3] SCHOUERI, Luís Eduardo. Considerações acerca da Disponibilidade da Renda: Renda Disponível é Renda Líquida. In: Direito Tributário. Princípio da Realização no Imposto sobre a Renda. Estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira. Organização: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da. São Paulo: IBDT, 2019, p. 26-27.

Original

> Ora, após o posterior evento de incorporação da Celle pela Brinox, que é um evento de sucessão universal reconhecido por lei18, a Brinox sucedeu a Celle em todos os direitos e obrigações, o que inclui o próprio empréstimo tomado para a sua aquisição. Afirmar que o evento de sucessão universal tem o condão de alterar a natureza da operação de financiamento originalmente tomada e prejudicar a dedutibilidade dos juros não encontra qualquer respaldo na legislação tributária vigente.
>
> O racional absurdo adotado pela D. Fiscalização é de que, nesse caso, houve transferência da dívida para a Recorrente por sucessão universal, mas despesas de juros seriam desnecessárias, portanto, não dedutíveis para fins de IRPJ/CSLL. Como se disse, tal alegação pretende desconsiderar que, na criação da obrigação referente ao empréstimo, e o mero fato de que houve sucessão da dívida à Recorrente em virtude de incorporação da devedora original (Celle), seria evento que, como um **passe de mágica**, desvirtuaria todo o planejamento de *funding* da operação de aquisição e a necessidade da captação de recursos via dívida pela Celle.
>
> (...)
>
> **Ou seja, como já se demonstrou, não há dúvida que as despesas com juros decorrentes de financiamento para viabilizar a aquisição foram essenciais à consecução do objeto social da Celle (sendo, portanto, necessárias e dedutíveis) e que sua posterior incorporação pela Recorrente não pode, de maneira alguma, alterar esse cenário!**

Nesta linha, **parece-me que se está a sustentar que os requisitos de dedutibilidade devem ser contrapostos com as atividades da Celle, quem emitiu as debentures originalmente.**

Ademais, considerando a validade da operação de ágio, e que a empresa-veículo cumpriu sua função social, não merece acolhimento a tese de que a Brinox teria emitido debêntures para compra de suas próprias ações.

Em caso semelhante, o Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, no âmbito desta turma, manifestou-se com precisão no acórdão n. 1201-003.579:

> Vale dizer que a operação de emissão de debêntures foi feita por partes independentes com condições normais de mercado, havendo inclusive intermediação de instituição financeira, de modo que não há que se falar em conluio no presente caso, sob risco de afirmar que os terceiros credores (debenturistas) também fizeram parte da simulação.
>
> Cumpre lembrar também que as debêntures foram emitidas no mercado brasileiro, não podendo confundir os recursos delas oriundo para aquisição da participação da Recorrente com ágio dos recursos originados do exterior.
>
> Não se pode negar no presente caso a necessidade das debêntures para a capitalização da empresa e aquisição da Atento. Por esse motivo, entendo presentes os requisitos de dedutibilidade das despesas financeiras.

Original

Assim, entendo também deva ser revertida a glosa em relação aos juros pagos em decorrência da emissão de debêntures para financiamento da aquisição da empresa Brinox.

Quanto aos argumentos suplementares dos recorrentes

Por outro lado, entendo também que a alegação relacionada à decadência, referente ao recolhimento de IRPJ, retido na fonte em nome da Recorrente, e CSLL, no decorrer do ano-calendário 2014 (vide **Doc. 04** da Impugnação), **perde objeto**, em virtude do provimento da presente pretensão recursal.

Por fim, sobre a discussão sobre o reajuste ocorrido na compensação e prejuízos fiscais de IRPJ e base de cálculo negativa de CSLL, que, segundo o contribuinte, teriam sido recalculados considerando os processos administrativos referidos (**processos administrativos nº 11080.733632/2017-83 e nº 11080-744.590/2019-78**) e a respectiva autuação, entendo que os efeitos da decisão favorável sobre os mesmos também surtirão os efeitos devidos para a recomposição dos mesmos, o que deve ser feito no momento da liquidação do crédito tributário.

Conclusão

Diante do exposto, dou provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Jeferson Teodorovicz

Declaração de Voto

Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque

2. Apesar do bem construído voto do Conselheiro Relator, a presente declaração de voto objetiva esclarecer as razões que me levaram a concluir que a operação da qual resultou o ágio é plenamente válida, a permitir o aproveitamento de sua amortização fiscal.

3. Importa registrar que a matéria trata de ágio decorrente de operação entre partes independentes, não versa sobre o chamado "ágio interno", onde o benefício tributário decorreria (no ágio interno) de operações societárias entre partes dependentes, com a contumaz pecha de artificialidade e os consectários legais decorrentes de alegadas simulações.

Original

4. É importante fazer esse *distinguishing* para evitar controvérsias específicas relacionadas àqueles casos, que não contaminam a presente análise, uma vez que os autos de infração em apreço tratam de glosa da amortização de ágio decorrente de incorporação reversa havida entre partes independentes, mediante a interposição de empresa veículo.

5. O caso em análise trata de ágio decorrente de constituição de FIP (Fundo de Investimento em Participações) que foi constituído para captar recursos no mercado e, ao final, adquirir a companhia BRINOX, que é a empresa operacional, ou seja, aquela que detém os ativos e o fundo de comércio objeto da transação. Não há qualquer irregularidade na constituição desse tipo de fundo por partes independentes para viabilizar transações dessa natureza.

6. Note-se que o FIP não pode deduzir o ágio nem pode realizar nenhum tipo de operação que tenha natureza comercial, pois sua função é unicamente a formação de investimento privado para participar do capital social de empresas que atuam no mercado e, com isso, obter ganho para seus investidores.

7. Assim, nada mais natural que a participação de outras companhias, criadas para viabilizar operações lícitas com terceiros, como se vê do caso em análise, onde não houve qualquer tipo de operação fraudulenta. O ágio decorrente dessas transações regulares, ainda que o investimento tenha decorrido da formação de um FIP, em nada modifica o contexto fático e jurídico relacionado ao aproveitamento fiscal do ágio decorrente das operações realizadas.

8. Sobre essa questão, a matéria já foi apreciada por esta Turma de Julgamento, em formação diversa, no acórdão 1201-001.267, razão pela qual, tratando de assunto idêntico e bem condensar o que fora debatido atualmente pelo atual Colegiado na sessão de julgamento, adoto a fundamentação do acórdão e a adoto como razões de decidir na presente análise, ao final complementada por esta Relatoria:

> Pois bem, desde logo deve-se deixar claro que a fiscalização em momento algum alega que o ágio nasceu de uma operação realizada entre empresas que fazem parte do mesmo grupo econômico. Ao contrário, pelo que se vê no TVF o ágio decorreu de uma transação entre partes independentes e em pé de igualdade (*arm's length transaction*). Resumindo, não se trata aqui de "*ágio interno*".
>
> São, como visto acima, duas as razões pelas quais o auditor se convenceu da ilegalidade do aproveitamento do ágio pela fiscalizada: (i) falta de propósito negocial, e; (ii) emprego de empresa veículo.
>
> Quanto à falta de propósito negocial, há que se distinguir dentre as operações levadas a efeito pelos interessados, aquelas que tiveram por objetivo ocultar o ganho de capital auferido pelos alienantes, daquelas cujo objeto foi a transferência do ágio para a autuada.
>
> As primeiras não interessam ao presente processo, e são objeto do PA nº 10380.726.493/201018, que trata do ganho de capital.
>
> As últimas foram realizadas com o propósito do aproveitamento do ágio na aquisição da participação societária, e estão amparadas na interpretação que esta Turma vem emprestando aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, qual seja, a de que a finalidade daquelas normas é incentivar a absorção do patrimônio de empresas nacionais por outras, sejam nacionais, sejam estrangeiras. Em outras palavras, o propósito negocial foi exatamente o aproveitamento do ágio, propósito esse amparado pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Original

Repare que a abusividade do planejamento tributário pode ter como característica (desde que não seja a única) justamente a ausência de propósito negocial.

Entretanto, quando exista uma norma jurídica incentivando, sob o ponto de vista fiscal, a realização de um negócio jurídico, seria absurdo imaginar-se que além do propósito de economia fiscal deveria haver também algum outro propósito. Esse é exatamente o caso dos presentes autos.

Em relação ao emprego da chamada "empresa veículo" cumpre destacar que tal expressão tem sido utilizada pela fiscalização de uma maneira pejorativa, no sentido de um "mal em si mesmo".

No entanto, como é cediço, não é possível sustentar-se uma autuação fiscal lastreada na simples acusação de emprego de "empresa veículo", até porque o simples emprego de "empresa veículo" não é tipificado como infração à legislação tributária.

Caberia então à fiscalização apontar a relação entre o emprego da "empresa veículo" e a prática de alguma infração à legislação tributária. E, no caso dos autos, como o autor da ação fiscal não se desincumbiu de seu ônus, isso já seria razão suficiente para afastar-se, de pronto, a autuação.

Todavia, tendo em vista que existem algumas decisões do CARF mantendo a glosa da amortização do ágio justamente pelo emprego de "empresa veículo" (vide, por exemplo, o Acórdão 1101001.113), entendo cabível o exame da matéria.

Em breve síntese, aqueles que defendem a impossibilidade do aproveitamento do ágio nestas condições sustentam que o emprego de empresa veículo, que ao fim incorpora ou é incorporada pela investida, “oculta” o verdadeiro investidor, qual seja, aquele que fornece os recursos para que a empresa veículo faça o investimento.

Desse modo, dizem eles, não há incorporação entre o “verdadeiro investidor” e a investida, sendo portanto inaplicável os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Pois bem, quanto a este argumento deve-se ter em conta que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram originalmente criados com a finalidade de incentivo à aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares, no âmbito do chamado Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491/97).

E uma vez que pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras têm direito a adquirir até 100% das ações ou quotas da empresa nacional objeto de desestatização (vide art. 12 da referida Lei nº 9.491/97), é de se perguntar: como poderia um investidor estrangeiro se beneficiar dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 senão por meio da constituição e capitalização de uma pessoa jurídica nacional que fizesse o investimento na empresa objeto da desestatização? Esse foi, de fato, o caminho adotado pelos investidores estrangeiros (vide também caso Celpe, Acórdão nº 1201-00.689).

Ocorre que, de acordo com a teoria da "empresa veículo", ora sob exame, nem assim os investidores estrangeiros poderiam se beneficiar dos disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois a pessoa jurídica nacional por eles constituída e capitalizada não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Na mesma situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estaria, por exemplo, um grupo de pessoas físicas nacionais que desejasse adquirir as ações ou quotas de uma empresa objeto de desestatização. Se fizessem o investimento diretamente, as pessoas físicas não poderiam se beneficiar das referidas normas (por óbvio, pessoa física não incorpora nem é incorporada por pessoa jurídica).

Original

> A solução seria, novamente, a constituição e capitalização de uma pessoa jurídica justamente para que esta fizesse o investimento. Entretanto, de acordo com a aludida teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo grupo de pessoas físicas poderia se beneficiar do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.
>
> Também em idêntica situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estariam as pessoas jurídicas nacionais que em razão de vedação contida em norma legal ou infralegal estejam impedidas de exercer atividades econômicas diversas daquelas previstas naquelas normas. Seria o caso, por exemplo, de um banco comercial adquirir as ações ou quotas de uma concessionária de energia elétrica. Tal aquisição é possível, desde que autorizada pelo Banco Central. O que não é juridicamente possível é a absorção do patrimônio da concessionária pelo banco comercial (ou vice-versa) uma vez que o Banco Central proíbe que os bancos comercias exerçam atividades distintas daquelas previstas em Regulamento.
>
> A solução, mais uma vez, seria o banco comercial constituir e capitalizar uma pessoa jurídica a fim de que esta adquira as ações ou quotas da empresa objeto de desestatização. Ocorre que, segundo a mencionada teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo banco comercial poderia se beneficiar do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor".
>
> Os exemplos acima, que a outros poderiam se somar, demonstram que a propalada teoria da "empresa veículo" aplicada aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ensejaria uma interpretação restritiva dessas normas no tocante à idéia de "verdadeiro investidor".
>
> Todavia, a interpretação restritiva, tal como as demais espécies interpretativas, não é fruto da vontade do intérprete. Ao contrário, deve ser juridicamente fundamentada. No caso dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 tal interpretação restritiva reduziria significativamente as hipóteses de aproveitamento fiscal da amortização do ágio ali prevista, algo que vai de encontro (e não ao encontro) à finalidade do Programa Nacional de Desestatização, o qual, como dito antes, incentiva a aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares. Em outras palavras, a teoria da "empresa veículo" defendida por alguns é frontalmente contrária à finalidade para à qual foram criados os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, daí porque não pode ser acolhida.
>
> Registre-se que os casos que envolvem amortização do ágio por incorporações societárias não decorrem de uma invencionice do contribuinte para obter benefício tributário. Com efeito, é uma opção legislativa surgida em virtude da promulgação da Lei 9.532/97 – a qual permanece vigente – para assegurar a promoção do Programa Nacional de Desestatização do Governo Federal.

9. Naquela ocasião – e já se vão longínquos 25 anos –, as privatizações das empresas estatais demandava investimentos estrangeiros no país, mediante aportes em companhias cujo valor contábil estava muito aquém dos possíveis investimentos em leilões de telecomunicações e que geraria imenso ágio entre o valor investido e o valor contábil das mesmas.

10. Como forma de estimular tais investimentos, o Poder Executivo da época publicou a MP nº 1.602, de 1997, posteriormente convertida da citada Lei 9.532/97, admitindo objetivamente que:

Original

11. a) Fossem criadas “empresas veículo” para receber o aporte internacional e participar efetivamente dos leilões, podendo essas, ao final do processo em que saíssem vencedoras, serem incorporadas pelas companhias estatais investidas (conforme regra do art. 8º, b, da citada lei);

12. b) Em decorrência dessas operações, o ágio de tais investimentos pudesse ser amortizado do lucro real, à razão de 1/60 por mês em cada período de apuração, o que levava a um benefício tributário estimulado por decisão governamental (conforme art. 7º, III, da lei).

13. Importa transcrever os termos da Lei 9.532/97, para uma melhor visualização dos termos aqui tratados:

> Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:
>
> I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;
>
> II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;
>
> III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)
>
> IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.
>
> § 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

Original

> 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.

14. Anote-se que a opção legislativa para a utilização desse modelo de negócios continua vigente no ordenamento brasileiro, inexistindo razões para demonizar sua utilização. É dizer: a opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio.

15. Entendo que não há elementos para vedar a amortização do ágio por considerar elusiva a instrumentalização de mecanismos previstos, autorizados e estimulados pela legislação consubstanciaria revogação tácita da Lei 9.532/97. Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intensão, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado.

16. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si, não havendo nos autos elementos que comportem tal providência, porquanto a parte haver demonstrado a intenção em promover mudanças no mercado lácteo brasileiro mediante investimentos em terceiros.

17. Nesse sentido, colhe-se da doutrina de Carlos Augusto Daniel Neto, ex Conselheiro do CARF, importantes luzes à análise do aproveitamento do ágio, porquanto "*Compreende e, sobretudo, respeitar os efeitos tributários legítimos de uma LBO é, afinal, uma segurança e um estímulo aos crescentes investimentos em empresas brasileiras e ao próprio desenvolvimento econômico nacional, e demonstra a compreensão da relevância desse negócio para viabilizar a aquisição de participações societárias, o que, em muito, transborda as vantagens tributárias que lhe são acessórias*"[4].

18. Calha à fiveleta trazer a análise doutrinária de Marcos Vinicius Neder e Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira[5], acerca da interposição de empresas para assegurar o

---

[4] DANIEL NETO, Carlos Augusto. A amortização do ágio gerado em operações de compra alavancada de participações societárias. _____ In: ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de (Coord.). Série Controvérsias Tributárias e os Precedentes do CARF: Tributação sobre a Renda (IPRJ/CSLL). Vol. I. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2022, p. 78.

[5] NEDER, Marcos Vinicius; JUNQUEIRA, Lavínia Moraes de Almeida Nogueira. Análise do tratamento contábil e fiscal do ágio em estrutura de aquisição ou titularidade de sociedades quanto há a interposição de holding. In: Controvérsias Jurídico Contábeis, 4ª Volume. São Paulo: Dialética, 2013, fls. 161, 162 e 179.

Original

aproveitamento do ágio, sob o enfoque das holdings como as empresas veículo, chegando-se às mesmas conclusões até aqui demonstradas neste voto, a saber:

> *Lei nº 9.532/1997 expressamente veio a permitir a dedução do ágio, no caso da "incorporação reversa", algo que não estava claro na legislação anterior. Ou seja, o ágio passou a ser dedutível também no momento em que a investida incorpora a investidora. Trata-se, claramente, da incorporação da investidora direta. Essa permissão expressa que autoriza deduzir o ágio na "incorporação reversa" teve como objetivo estimular o interesse da iniciativa privada na aquisição de participação societária em empresas públicas em fase de privatização. (...)*
>
> *A Lei não proibiu o aproveitamento do ágio no caso de incorporação de empresas holdings, constituídas pelos controladores indiretos com o propósito de adquirir, consolidar e gerir a participação na empresa investida. Não apenas isso não foi proibido como foi expressamente autorizado, na medida em que a Lei permitiu a dedução do ágio no caso da incorporação reversa pela empresa investida na empresa que nela detém a participação acionária e estimulou os processos de privatização (...)*
>
> *A norma tributária, ao conceder o incentivo tributário de aproveitamento do ágio na Lei 9.532/1997, não fez restrição ao uso de holdings, muito pelo contrário as incentivou, como comentamos anteriormente, inclusive ao permitir a dedução do ágio na incorporação reversa. Assim, a mera existência da Instrução CVM 349/2001, que dispõe sobre o tratamento contábil do ágio na incorporação reversa de holdings em empresas de capital aberto, e a existência dos procedimentos contábeis nela sugeridos não afetam em nada a possibilidade de dedução do ágio na incorporação reversa da holding. (...)*
>
> *A Lei não restringiu a apuração ou a dedução fiscal de ágio quando a empresa incorporada, adquirente do investimento, fosse empresa pura de holding, ou quando a empresa tivesse recebido recursos de seu sócio ou acionista em aumento de capital, ou ainda quando tivesse recebido a participação acionária em subscrição de ações de sua emissão. Logo, o tratamento de todas essas hipóteses, quando da incorporação reversa da holding Y, é alcançado, de forma equivalente, pela Lei".*

19. O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito.

20. Apontar ilegalidade inexistente é tão deletério quanto a praticar!

21. Não obstante, as conclusões apriorísticas do fisco sobre as escolhas que levam companhias a buscarem estruturas societárias e instalação de operações lícitas em diversos países reflete muito mais o desconhecimento dos agentes administrativos quanto às demandas econômicas internacionais do que verdadeira relevância argumentativa. Com efeito, em excelente estudo doutrinário sobre *"O planeamento Tributário Abusivo das Transnacionais e a Erosão das Bases Tributárias: entre a Legalidade e a Moralidade"*, vê-se as seguintes e lúcidas conclusões:

Original

> Embora a tributação seja um influenciados na atração de empresas, não é ele o que prepondera. Quando o assunto é investimento estrangeiro direto (IED) genuíno, os tributos ocupam a quarta ou quinta posição na ordem do que é considerado pelos investidores. Antes, são apontados outros fatores tidos como mais importantes, a exemplo de: estabilidade política e instituições fortes, infraestrutura, acesso a mercados e matérias-primas e mão de obra qualificada.
>
> No mesmo sentido, a OCDE estende que a política fiscal e seus incentivos ocupam um espaço limitado na tomada de decisão do local onde será alocado o IED. Assim, é errado analisar a questão a partir de uma lógica essencialmente do país, mas, numa perspectiva nacional, não é estatisticamente tão relevante, uma vez que isso não torna o país desinteressante a investimentos externos por si, o que parece ser verificado no mundo real.
>
> (OLIVEIRA, José André Wanderley Dandas de; HOLMES, João Marcelo. *O planeamento Tributário Abusivo das Transnacionais e a Erosão das Bases Tributárias: entre a Legalidade e a Moralidade. In* RDTA Revista Direito Tributário Atual. vol. 48. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, p. 658).

22. Conhecer os senões que estão além da fria relação tributária demanda interesse pela investigação da realidade que cerca o intérprete e o aplicador do direito, que deve estar atento ao conteúdo interdisciplinar com áreas afins ao Direito Tributário, historicamente encaixotado no conforto de repetições apriorísticas. Seja porque, no mundo real, o direito mais se cumpre do que se descumpre, o propósito negocial mais existe do que se simula, mas conceber isso como uma realidade demanda escolha interpretativa que exige do ourives jurídico lapidar os porquês e os "praquês" da fenomenologia jurídica ao par da realidade econômica, nem sempre transparente às lentes de quem a investiga. Cotejar a interdisciplinaridade destes senões, conforme notável lição do Professor – e também i. Conselheiro deste Colegiado – Jeferson Teodorovicz, "*Trata-se, portanto, de uma atitude de abertura epistemológica ou 'abertura de pensamento'. O diálogo (recíproco) entre disciplinas é essencial para a efetivação da interdisciplinaridade. O cientista avança sobre o campo de interesse comum de outros ramos do conhecimento, permitindo-se receber contribuições de outras áreas."* (TEODOROVICZ, Jeferson. *O Direito Tributário Brasileiro e a Interdisciplinaridade: Perspectivas, Possibilidades e Desafios. In* RDTA Revista Direito Tributário Atual. vol. 48. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, p. 578).

23. Ressalte-se, ainda, que as conclusões a que chegou a administração tributária para concluir por uma pretensa – e ao meu ver inexistente – artificialidade na conduta do contribuinte em manter a estrutura societária proposta para, supostamente, reduzir artificialmente a carga tributária como no caso em apreço, não encontra guarida na realidade indicada nos autos processuais, nem se justifica pelas teorias de escol que pretendem desconstituir negócios sob o prisma do dever de solidariedade que subjaz ao denominado *Dever Fundamental de Pagar Tributos*, conforme ensino do professor português José Casalta Nabais[6].

24. É bem verdade que tal teoria, utilizada inadequadamente, pode levar o intérprete apressado a pressupor que, sendo fundamental o dever do contribuinte de pagar tributo, deve o mesmo organizar seus negócios de forma a sujeitar-se à opção tributária mais onerosa. Ora, se

[6] NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Almedina: Coimbra, 1998.

Original

pagar é um dever, tudo aquilo que fosse contrário ao pagamento seria ilegal (reitere-se que é um argumento hipotético e equivocado).

25. Trata-se de equívoco interpretativo, até porque não é isso que a teoria prega. *Não se pode conceber um livro pela capa ou uma teoria pelo título!*

26. No Brasil, há grandes professores que defendem o dever de pagar tributos como algo ínsito às sociedades modernas, a exemplo do professores Ricardo Lobo Torres[7], Marcus Abraham[8], Marco Aurélio Greco[9], Marciano Seabra de Godoi[10], Sérgio André Rocha[11], Carlos Alexandre de Azevedo Campos[12], Klaus Tipke[13], Douglas Yamashita[14], dentre outros. Citam o dever de solidariedade social e as exigências ínsitas coexistência da vida comum como elemento que torna admissível um dever coletivo fundamental de pagar tributos.

27. Mas a doutrina nunca pretendeu justificar – e isso fica evidente em todas as obras citadas – pela opção da ilegalidade, do excesso, da desproporção ou da injustiça na cobrança de tributos, assim como não serve de parâmetro nem justifica qualquer tentativa de maximização de arrecadação, nem impõe ao contribuinte o exercício de escolha à tributação mais onerosa.

28. Note-se que os defensores da teoria do dever fundamental de pagar tributos *não afastam*, em nenhuma hipótese, todos os limites e travas do ordenamento jurídico ao exercício do poder de tributar[15]. O próprio Prof. José Casalta Nabais dedica grande parte de sua obra para

---

[7] TORRES, Ricardo Lobo. *Solidariedade e justica fiscal*, In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). *Estudos de Direito Tributário: Homenagem à memória de Gilberto de Ulhôa Canto*, Rio: Forense, 1998; TORRES, Ricardo Lobo. *Sistemas constitucionais tributários.* In: BALEEIRO, Aliomar (Org.). *Tratado de direito tributário brasileiro*. t. II. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

[8] ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Tributário Brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 2018.

[9] GRECO, Marco Aurélio. Do Poder à Função Tributária. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). *Princípios e Limites da Tributação 2*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

[10] GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sergio André (Organizadores). *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. GODOI, Marciano Seabra de. *Tributo e solidariedade social*. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coordenadoires). *Solidariedade social e tributação.* São Paulo: Dialética, 2005, p.158).

[11] ROCHA, Sérgio André. *Fundamentos do Direito Tributário Brasileiro*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

[12] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Interpretação e Elusão Legislativa da Constituição do Crédito Tributário*. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; MACEDO, Marco Antonio Ferreira (Coordenadores). *Direitos Fundamentais e Estado Fiscal: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Salvador: Jus Podivm, 2019.

[13] TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva.* São Paulo: Malheiros, 2002.

[14] Idem.

[15] Cite-se o Professor Marciano Seabra de Godoi, também, um dos grandes defensores da teoria, para quem *"a afirmação das íntimas relações entre solidariedade e tributo e o reconhecimento da existência de um dever fundamental de pagar impostos poderão causar espécie e ser mal compreendidos. Poder-se-ia pensar que o reconhecimento de um dever fundamental de pagar impostos credenciaria o Estado a exigir dos contribuintes qualquer tipo de prestações tributarias, enfraquecendo os limites formais e materiais do poder de tributar. De outra*

Original

advertir que as limitações constitucionais e legais protetivas do contribuinte não são afetadas pelo reconhecimento desse dever coletivo.

29. É dizer: Não há dever fundamental de pagar *ilegalmente* tributo, tanto quanto inexiste dever fundamental do contribuinte de sujeitar-se a excessos ou a qualquer exigência que não esteja objetivamente parametrizada pela licitude.

30. Exatamente por isso, propõe-se aqui um novo olhar hermenêutico que afaste as amarras interpretativas sobre a teoria, passando a concebê-la não apenas sob a égide do dever fundamental de pagar tributos, mas sob a compreensão do dever fundamental de pagar *(legalmente*) tributos[16].

31. Essa proposta autoriza admitir que todos estão conectados às demandas sociais exigidas pela solidariedade comunitária ínsita ao Estado Fiscal, exigindo de pessoas físicas e jurídicas o cumprimento do dever colaborativo tributário, porém, reforça que o dever fundamental de pagar tributo nunca nascerá da ilegalidade, em quaisquer de suas modalidades.

32. Dito de outro modo, nas circunstâncias em que, licitamente, o contribuinte realizar ato jurídico que importe em economia tributária válida, sem mácula ou vício previsto no ordenamento jurídico, ou seja, sem patologia de forma, de vontade, de intenção ou ocultação, ter-se-á como inválida a exigência da exação que dele decorra, inexistindo dever fundamental de pagar *ilicitamente* tributos. Trata-se da realização do *princípio da tributação conforme a lei*[17], em última instância, o princípio da legalidade, como elemento basilar do ordenamento jurídico, cuja aplicação conjunta torna possível o reconhecimento do dever jurídico em apreço.

33. Assim, ainda que se admita que a existência do princípio da solidariedade social que justifica a existência do dever fundamental de pagar (legalmente) tributo, tal fato não tem a aptidão de afastar, limitar ou inviabilizar outros princípios e regras que integram a ordem constitucional e validam juridicamente o fenômeno da tributação, sobretudo, as limitações constitucionais ao poder de tributar e os direitos fundamentais do contribuinte. Em circunstâncias que desafiem o intérprete à derrotabilidade (*defeasibility*)[18] de algum deles, o dever fundamental de pagar (legalmente) tributos não terá ascendência sobre os demais, sugerindo-se a solução a partir do sobreprincípio da proporcionalidade e da técnica do balanceamento (*balancing)*, a fim

---

parte, poder-se-ia concluir que a vinculação do tributo com a solidariedade constitui uma 'desculpa' ou um 'pretexto' para justificar a cobrança de exações com graves violações das limitações constitucionais do poder de tributar" (GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e solidariedade social. In: _____ (Coords.) GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. *Solidariedade social e tributação.* São Paulo: Dialética, 2005, p.158).

[16] Tais reflexões levaram este Relator a produzir texto acadêmico tratando do assunto, cf. ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de. O Dever Fundamental de Pagar (legalmente) Tributos: Significado, Alcance e Análise de Precedentes do Carf. Revista Direito Tributário Atual nº 51. ano 40. p. 197-224. São Paulo: IBDT, 2º quadrimestre 2022.

[17] PONTES, Helenilson Cunha. Rev*isitando o tema da obrigação tributária.* In: _____ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário – Homenagem a Alcides Jorge Costa*, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2003 .

[18] HART, Herbert Lionel Adolphus. The ascription of responsibility and rights: *Proceedings of the Aristotelian Society*. Londres, XLIX, p. 171-194, 1948.

Original

de alcançar solução verdadeiramente justa, servindo de freios e contrapesos do próprio ordenamento jurídico.[19]

34. Penso ser essa a hipótese em análise, onde não é possível vislumbrar, a meu sentir, qualquer pecha de ilegalidade que justifique a desconsideração da realidade fática que levou a administração tributária de atribuir artificialidade à conduta do sujeito passivo. Não houve simulação, dolo, fraude, conluio, não se comprovou ausência de propósito negocial na composição societária em apreço, não houve omissão de registros contábeis nos balanços das companhias envolvidas, razão pela qual não é possível validar a pretensão fazendária de alcançar os fatos econômicos indicados nos autos de infração.

35. Consigne-se que a administração tributária presume a artificialidade da estrutura sociedade da contribuinte a partir de um critério de abusividade e, ainda que não deixe claro, pretende justificar a autuação na norma geral antielisiva prevista no parágrafo único do art. 116 do CTN, segundo o qual a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, *observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.*

36. Impende ressaltar que este julgamento não desconsidera o julgamento da ADI 2.446 pelo STF, que julgou constitucional o art. 1º da LC 104/2001, o qual acrescentou o parágrafo único do art. 116 do CTN. Em nenhum momento esta Relatoria entende ser inconstitucional tal texto normativo, apenas reconhece o fato de que a desconstituição de negócios jurídicos há de ser pautado mediante critérios jurídicos complementares, a serem definidos em lei ordinária (conforme textualmente prevê a norma).

37. Penso que inexistência atual de norma específica que discipline a pretensa desconstituição de negócios jurídicos válidos não autoriza a administração tributária a se valer de critérios gerais, claramente subjetivos, para atribuir a pecha de planejamento tributário "abusivo" ao exercício regular de direitos de cunho empresarial e societário. Cabe ao legislador – e somente a ele – indicar normas ordinárias de reação ou proibição a planejamentos tributários específicos (assim entendidos as "*SAAR – Special Anti Avoidance Rules*") ou normas gerais de idêntica natureza ("*GAAR – General Anti Avoidance Rules*"), sob pena de se admitir que a generalidade da norma geral antielisiva, que possui mero comando autorizador do exercício secundário de competência legislativa ordinária, autorize o fisco a indicar limites à regular prática de planejamento tributário lícito, que não representa qualquer prática de ato ilegal, não enseja presunção de abuso, não demanda ser combatido (até porque é lícito) ou justifica autuações subjetivas. Com efeito, conforme leciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior, "*a liberdade*

[19] ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de. *A proporcionalidade e os limites ao poder sancionador tributário*. In:_____ (Coords.) VIANA FILHO, Jefferson de Paula; CELESTINO JUNIOR, José Osmar; FILGUEIRAS, Ingrid Baltazar Ribeiro; GOMES, Pryscilla Régia de Olveira. *Novos tempos do direito tributário.* Curitiba: Editora Íthala, 2020, p.71;73.

Original

pode ser disciplinada, mas não pode ser eliminada"[20], cabendo ao legislador, portanto, discipliná-la e a administração cumprir a disciplina. Fora daí repousará o excesso!

38. Cito a doutrina de Marco Aurélio Greco em torno do tema do planejamento tributário, cuja obra é fruto de muita incompreensão, mas que busca compreender os limites a essa prática, mesmo que parametrizada por atos lícitos (sem patologias), porém, com a intenção exclusiva de obter economia tributária. O ilustre Professor *afasta a possibilidade de desconsideração primária dos negócios jurídicos*, sob o entendimento de que o CTN impõe a necessidade de promulgação de lei ordinária que fixe os limites ao agir estatal, nos seguintes termos:

> Ou seja, na medida em que o CTN, neste parágrafo único do artigo 116, prevê a necessidade de uma lei ordinária para disciplinar os procedimentos de aplicação do dispositivo, está determinando que *a competência em questão não pode ser exercida de modo e sob forma livremente escolhidos pela Administração Tributária. A desconsideração só poderá ocorrer nos termos que vierem a ser previstos em lei, como corolário da garantia individual do devido processo legal.*
>
> Em suma, o CTN deferiu à lei ordinária a *disciplina indispensável*, de caráter procedimental (e não de direito material), para que a norma possa ser aplicada. Com isto, *não veiculou uma norma de eficácia plena, mas uma norma de eficácia limitada,* na medida em que a plenitude da eficácia somente será obtida após a edição da lei ordinária dispondo sobre tais procedimentos. Vale dizer, antes da mencionada lei ordinária, o conteúdo preceptivo do dispositivo não comporta aplicação.
>
> Isso significa que, *enquanto não for devidamente editada a lei ordinária dispondo a respeito, falta um elemento essencial à aplicabilidade do parágrafo examinado, sendo ilegal o ato administrativo fiscal que, nesse interregno, pretender nele apoiar-se.* Enquanto não vier a ser editada a lei ordinária prevista no dispositivo, falta ao dispositivo a plenitude da produção dos seus efeitos e, por consequência, a autoridade administrativa não pode praticar ato de desconsideração nele fundamentado (o que não impede, porém, as reações já examinadas, nos casos de abuso ou fraude à lei)[21]. (Grifou-se)

39. Luís Eduardo Schoueri confirma tal entendimento, ao estatuir que "*não há lei que obrigue alguém a incorrer em fato jurídico tributário. Ao contrário, sob pena de caracterização de confisco, a hipótese tributária não pode ser conduta obrigatória. Ora, se ao*

[20] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007, p. 196.
[21] GRECO, Op. Cit. p. 568.

Original

particular é assegurado o direito de incorrer, ou não, naquela hipótese, então não se pode considerar fraudulenta a decisão do planejamento tributário"[22].

40. Não obstante, admite-se, sim, o combate ao abuso, à fraude, à simulação, ao dolo e ao conluio, não sob o prisma da norma geral antielisiva, mas pela prática de ato antijurídico a que o ordenamento jurídico preveja conduta específica. Nesses casos, o contribuinte transmuda artificiosamente a realidade de forma simulada, como forma de obter proveito ilícito, cabendo nesses casos – *diferentes do que ora se julga* – a aplicação firme da lei para impedir a perpetuação da ilegalidade praticada. Neste sentido, cite-se decisão deste Colegiado, relatada pelo voto do i. Conselheiro Efigênio Freitas Junior (Relator do presente processo), neste sentido, a saber:

> SIMULAÇÃO. MULTA QUALIFICADA
>
> No cenário em que há cumprimento formal da lei - emissão de nota fiscal e respectiva contabilização - se analisados os fatos sob a lente restritiva do Direito Privado não há falar-se em simulação, afinal seguiu-se a letra da lei, a despeito da *artificialidade*. Analisar o conceito de simulação sob essa lente restritiva significa, por via indireta, restringir a atuação do fisco; permitir que o sujeito passivo, a despeito do exercício de atividade empresarial, cubra-se com o manto da isenção. O que, além de ilegal, vai de encontro ao princípio da livre concorrência e ao cumprimento do *dever fundamental de pagar tributos.*
>
> *Arranjo tributário simulado, artificioso, com vistas a transparecer para o fisco inocorrência de ilegalidade ou descumprimento dos requisitos* previstos no artigo 14 do CTN, e artigo 12 e parágrafos da Lei nº 9.532, de 1997. *Agir com consciência e vontade, e modificar características essenciais da ocorrência do fato gerador, as quais impactam na redução do montante devido de tributo, é conduta que atrai a incidência da multa qualificada*, prevista no art. 44, § 1º, da Lei 9.430, de 1996 c/c art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. (Grifou-se)

41. A necessidade de se combater *atos ilícitos*, mediante elementos de controle ou de fiscalização que demandem do ente tributante afastar do mundo jurídico atos jurídicos eivados da pecha do dolo, fraude, simulação ou abuso, tem como fundamento da desconstituição do ato uma contrariedade objetiva à norma vigente e se justificam no dever geral de combate à evasão (ilícita). Existe um defeito do ato ou negócio jurídico por patologia invencível, seja por defeito forma, seja por vício da manifestação da vontade.

42. E quando o ato praticado leva a uma economia tributária? Nesse caso, entendo ter razão Sérgio André Rocha, em obra que versa sobre Planejamento Tributário e Liberdade Não Simulada, ao estatuir que "*O querer pagar menos tributo é ubíquo tanto na evasão quanto na elisão fiscal, não sendo, assim, critério relevante para separar uma situação da outra. Logo, é no campo da divergência objetiva entre o ato praticado e a realidade que deve ser identificada a simulação, não no campo das intenções subjetivas do contribuinte*"[23].

---

[22] SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento Tributário: Limites à Norma Antiabuso. São Paulo: Revista Direito Tributário Atual, n. 24, 2010, p. 355.

[23] ROCHA, Sérgio André. Planejamento tributário e liberdade não simulada. 2ª ed. Belo Horizonte-MG: Letramento; Casa do Direito, 2022, p. 137.

Original

43. É no âmbito da simulação que se revolvem os problemas de planejamento tributário. Fora dele, não cabe ao intérprete desejar que o contribuinte pense como o fisco, pois o parâmetro não é o fisco, é a lei!

44. Todas as razões de mérito apontadas trazem a esta Relatoria conclusões contrárias a que chegou a administração tributária e a douta instância de piso, a ensejarem a desconstituição dos autos de infração, devendo-se dar provimento ao apelo administrativo do sujeito passivo.

45. Outrossim, consigne-se que há de se promover, em maior escala possível, o princípio constitucional da segurança jurídica, sob a égide da cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade das normas jurídicas postas, *in casu*, nos reflexos jurídicos possíveis decorrente da aplicação da Lei 9.532/97, que continua vigente. Não se trata de princípio abstrato, pelo contrário, cabe ao intérprete conferir à norma, na análise do caso concreto, a maior realização possível da segurança jurídica, pautado nos critérios acima apontados, considerando-se a acessibilidade do conteúdo normativo, sua anterioridade, inteligibilidade, continuidade e estabilidade.

46. Levando-se em consideração tais premissas, penso que a interpretação que melhor assegura a realização da segurança jurídica para os casos de amortização de ágio deve considerar como regra geral a licitude das operações, salvo as exceções onde a simulação (em sentido lato) seja comprovada. Com isso:

47. a) Assegura-se ao destinatário da norma a cognoscibilidade do conteúdo da expressa previsão normativa da Lei 9.532/97;

48. b) Modela-se a confiabilidade no texto normativo, que assegura ao contribuinte a escolha societária ora controvertida;

49. c) Viabiliza-se calcular os efeitos jurídicos das opções lícitas realizadas através de atos jurídicos autorizados pela norma.

50. Sobre o assunto, cite-se a notória contribuição acadêmica de Humberto Ávila, para quem "*Só se pode planejar e agir quando há segurança para planejar e para agir. Segurança é, deste modo, um meio à realização das liberdades individuais, uma espécie de princípio funcional relativamente àquelas. Afinal, quem não pode confiar nas condições jurídicas para a realização de seus atos guardará distância das grandes realizações, já que a liberdade significa, justamente, a possibilidade plasmar a própria via de acordo com os próprios projeto*"[24]. O autor ainda que controverte a necessidade de realização da segurança com foco nos três problemas interpretativos centrais:

> O primeiro problema refere-se à falta de inteligibilidade do ordenamento jurídico. O cidadão não sabe exatamente qual é a regra válida. Se aquele sabe qual é esta última, não conhece bem o que ela determina, proíbe ou permite. As regras não são acessíveis, abrangentes, compreensíveis ou inclusive suficientemente determinadas. Elas não são,

[24] ÁVILA, Humbert. Teoria do Ordenamento Jurídico. 6ª ed.São Paulo: Malheiros, 2021, p. 80.

Original

> enfim, orientadas para o usuário, já que deixam de prever as informações relevantes para o comportamento que aquele deve adotar. Com isso, o Direito perde a sua função orientadora. O direito, para usar aqui uma expressão enfática, deixa de ser sério. O cidadão torna-se dominado por leis que desconhece, relevando o princípio de que a ignorância das leis não escusa o seu cumprimento quase um sarcasmo.
>
> A segunda questão diz respeito à carência de confiabilidade do ordenamento jurídico. O cidadão não sabe se a regra, que era e é válida, ainda continuará válida. E, quando ele sabe disso, não está segundo se essa regra, embora válida, será efetivamente aplicada ao seu caso. Regras e decisões são, pois, inconstantes. O Direito não é sério – e também deixa de ser levado a sério.
>
> O terceiro entrave diz com a falta de calculabilidade do ordenamento jurídico. Em outras palavras, o cidadão não sabe bem qual norma irá valer. As possibilidades de apreensão de informações sobre futuras decisões são muito pequenas. O Direito, por conseguinte, não é previsível nem calculável. O cidadão, assim, não sabe se o Direito, que já não é sério nem é levado a sério no presente, serão também levado a sério no futuro.
>
> A ausência ou pouca intensidade dos ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito instalam a incerteza, a descrença, a indecisão no meio social, fazendo com que se coloquem dúvida até mesmo princípios tradicionais, como a segurança jurídica, a capacidade contributiva, a igualdade e a legalidade.

51. Penso que se faz necessário assegurar previsibilidade às relações jurídicas e, nesse contexto, não vejo problemas jurídicos em se admitir que a Lei 9.532/97 assegura ao contribuinte, como regra geral, a interposição de empresa veículo para estruturação de seus negócios que lhe assegure amortizar o ágio em decorrência de incorporação reversa para fins de apuração do lucro real. Portanto, as glosas demonstram-se indevidas, a ensejar a desconstituição das autuações.

52. Considerando que este voto desconstitui as autuações em seu mérito principal, todos os acessórios caem por consequência lógica, sobretudo a qualificação da multa, que também resta afastada em razão da inexistência de simulação que justifique a majoração dos valores.

53. Por fim, ressalte-se que também houve a glosa da dedutibilidade das despesas financeiras pela Brinox (operacional), em razão da dívida ter sido contraída com debêntures do Itaú pela empresa veículo (Celle) e só por ela poderia ser deduzida. Como ela foi adquirida (aquisição reversa) pela Brinox, esta perderia tal direito, pois não seria despesa operacional, pois não seria despesa necessária ou usual (art. 299 RIR).

54. Não obstante, tal despesa é dedutível não por ser operacional (usual e necessária), mas por ser dedutível totalmente como despesa financeira, conforme dispunha o art. 374 do RIR/99, à época de sua vigência:

> Art. 374. Os juros pagos ou incorridos pelo contribuinte são dedutíveis, como custo ou despesa operacional, observadas as seguintes normas:
>
> I - os juros pagos antecipadamente, os descontos de títulos de crédito, e o deságio concedido na colocação de debêntures ou títulos de crédito deverão ser apropriados, *pro rata temporis*, nos períodos de apuração a que competirem;

Original

> II - os juros de empréstimos contraídos para financiar a aquisição ou construção de bens do ativo permanente, incorridos durante as fases de construção e pré-operacional, podem ser registrados no ativo diferido, para serem amortizados.

55. Portanto, não se vislumbra qualquer impedimento à dedutibilidade da despesa financeira em referência, independentemente de quem a tenha assumido, devendo ser desconstituída a autuação também nesse ponto.

CONCLUSÕES

56. Ante o exposto, dou provimento ao Recurso Voluntário.

57. É a declaração de voto.

(documento assinado digitalmente)

Fredy José Gomes de Albuquerque

Declaração de Voto

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto

Embora de acordo com o voto do ilustre conselheiro relator, apresento aqui declaração de voto ressaltando alguns pontos importantes da discussão em sessão.

Dedução do ágio: considerações gerais

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que todos os atos societários relacionados à operação foram devidamente formalizados e registrados perante os órgãos competentes, de forma que todas as operações foram feitas "às claras".

Também se torna relevante destacar o ordenamento jurídico ao qual estava submetida a amortização do ágio, isto é, o artigo 20 do Decreto-lei n. 1.598/77 e o artigo 7º da Lei n. 9.532/97.

Nesse sentido, houve total cumprimento ao disposto no artigo 7º da Lei n. 9.532/97, que assim dispõe:

> *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: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)*
>
> *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*

Original

> *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 § 2° do art. 20 do Decreto-lei n° 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)*
>
> *IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.*

Assim, houve operação de incorporação entre investida e investidora (a chamada "confusão patrimonial"), sendo que o investimento da investidora na investida havia sido feito com ágio nos termos do artigo 20 do Decreto-lei n. 1.598/77 e houve a amortização do ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura no prazo previsto em lei.

A inglória busca de um "real adquirente" e o uso da teoria alienígena do propósito negocial

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 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.

Original

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.

No caso concreto, nota-se que o adquirente jurídico do investimento com ágio foi incorporado pela adquirida, ou seja, todos os requisitos formais foram devidamente cumpridos.

A busca por uma eventual real adquirente deixa de lado todos os atos jurídicos que foram devidamente praticados e passa a adotar uma busca de cunho econômico. Vale notar que a pessoa jurídica é uma ficção jurídica, de forma que se levarmos a fundo a ideia do real adquirente, se buscará sempre uma "pessoa física", que será em último caso a sócia "final" de uma pessoa jurídica ou de um grupo econômico.

Se partirmos do pressuposto que temos que olhar a origem dos recursos econômicos de uma pessoa jurídica para determinar a real adquirente, chegaríamos ao extremo de dizer que se um pai faz uma doação a um filho para que o filho adquira um imóvel, temos que embora o adquirente jurídico do imóvel seja o filho com recursos oriundos da doação, o real adquirente do imóvel é o pai. Note-se como essa busca por um real adquirente faz de todo o ordenamento jurídico uma tábula rasa.

Geralmente nos casos de aquisição de investimento com ágio, é comum que uma pessoa jurídica constitua uma outra pessoa jurídica (ou se utilize de uma pessoa jurídica já existente) e faça uma integralização de capital nessa investida, sendo que a investida é que fara a aquisição de uma outra pessoa jurídica com ágio.

Por mais que possamos fazer o caminho dos recursos econômicos, houve uma operação de integralização de capital, de forma que a investida possui recursos para fazer uma aquisição com ágio, tal qual o exemplo do pai que doou recursos para que seu filho adquira o imóvel. Não me parece que o problema esteja no fato da integralização de capital em si, pois se os recursos tivessem sido obtidos por doação, muito provavelmente a autuação continuaria sendo fundamentada na questão da real adquirente.

Vale notar que não há dispositivo legal autorizando uma fundamentação do auto de infração com base no fato de que a investidora não é a real adquirente. O artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional permite a revisão do lançamento tributário quando há comprovação de que o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação.

Tal comprovação deve ser inequívoca, o que somente pode ser feito quando se comprova que o contribuinte agiu em desacordo com a lei.

Mais uma vez, no caso concreto, o contribuinte seguiu o artigo 7º da Lei n. 9.532/97. A conduta dolosa exigida pelo artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional pressupõe que o contribuinte tenha total ciência de que esteja agindo em desacordo, o que não acontece em um caso em que inexiste uma vedação expressa.

O artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional também se refere à ocorrência de fraude ou simulação, o que não ocorre no caso concreto em que todo o fluxo dos recursos financeiros foi devidamente formalizado e registrado publicamente. Não há nada escondido. Se entendermos que não é possível a integralização de capital em uma pessoa jurídica para que esta realize uma aquisição de participação societária com ágio, também é impossível por decorrência lógica que um pai doe recursos para um filho, para que este faça a aquisição de um veículo, pois o "real adquirente" do imóvel seria o pai.

Original

Feitas tais considerações, o uso da teoria do propósito negocial sem que ela esteja internalizada em nosso ordenamento jurídico (e muito pelo contrário tenha sido expressamente rechaçada em duas oportunidades pelo Congresso Nacional) acaba funcionando como um atalho para que não haja a devida fundamentação dos fatos como fraude ou simulação.

Em outras palavras, em um cenário em que não há proibição legal à constituição de uma pessoa jurídica como "empresa veículo" e que não há a adoção da teoria do propósito negocial no ordenamento jurídico, a fiscalização ampara suas conclusões em duas frágeis colunas não amparadas por lei, quando até poderia tentar comprovar eventualmente que se trataria de uma operação fraudulenta ou simulada.

Em suma, o uso de uma "empresa veículo" é uma decorrência lógica da própria amortização fiscal do ágio, uma vez que o artigo 7º da Lei n. 9.532/97 exige a dita "confusão patrimonial" entre investidora e investida, não cabendo se falar em proibição ao seu uso e muito menos é lógico buscar uma "real adquirente" de um investimento, visto que no fundo sempre haverá uma "pessoa física", além do que fazer com que a busca da origem dos recursos econômicos ultrapasse os "contratos jurídicos" faz com que diversas situações possam também a vir ser desconsideradas no futuro.

Além disso, em que pese a não adoção do propósito negocial no ordenamento jurídico brasileiro e rejeições expressas de sua adoção pelo Poder Legislativo, o fato é que a criação de uma "empresa veículo" para viabilizar a amortização fiscal do ágio seria um propósito por si só.

Por fim, é importante notar que a constituição da "empresa veículo" se deu por parte do alienante, isto é, com vistas à uma melhor estruturação societária (e talvez até visando uma futura alienação), foi constituída uma holding pelos alienantes (de modo que se existisse alguma discussão seria relativa à "real adquirida", o que por si só seria estranho), o que garante uma melhor gestão e governança por parte dos antigos proprietários da pessoa jurídica operacional.

A irrelevância no caso concreto do uso de um fundo de investimento em participações (FIP)

Os primeiros agrupamentos para realização de investimentos coletivos no Brasil se davam sob a forma jurídica de sociedades de investimento, conforme apontam os estudos de Oscar Barreto Filho[25] e Peter Walter Ashton[26].

Todavia, Ricardo de Santos Freitas assinala que a disciplina jurídica atual dos fundos de investimento se fundamenta nos artigos 49 e 50 da Lei n. 4.278/65, que os qualificam como um condomínio cujo objetivo é a aplicação em títulos e valores mobiliários[27].

Assim, vale notar que o fundo de investimento é um condomínio, não possuindo personalidade jurídica, embora deva possuir registro no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) e escrituração contábil própria, que seguirá as regras do Cosif[28].

---

[25] BARRETO FILHO, Oscar. Regime Jurídico das Sociedades de Investimento. São Paulo: Max Limonad, 1956.
[26] ASHTON, Peter Walter. Companhias de Investimentos. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1963.
[27] FREITAS, Ricardo de Santos. Natureza Jurídica dos Fundos de Investimento. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 268.

Original

Com relação à tributação dos fundos de investimento, cumpre ressaltar que há isenção do imposto de renda para todos os rendimentos e ganhos de capital auferidos pelos fundos nas operações com títulos, valores mobiliários e aplicações financeiras que compõem a sua carteira.

Elidie Bifano aponta a importância da classificação dos fundos em de renda fixa e de renda variável com base no percentual de ações em suas carteiras, dado que há consequências tributárias distintas, tal como os eventuais ganhos líquidos no mercado variável serem tributados como ganhos a título de valorização da quota dos fundos de renda fixa e não como ganhos líquidos[29].

Conforme bem resumido por Rodrigo Pará Diniz, os rendimentos auferidos pelos quotistas dos fundos de investimento são geralmente tributados pelo imposto de renda, de acordo com as alíquotas regressivas em função do período das aplicações e dos ativos componentes das carteiras, no momento do resgate das respectivas quotas ou do encerramento dos fundos, no entanto, há o regime de "come-quotas" aplicável aos fundos de renda fixa e multimercado, pelo qual ocorre uma tributação nos meses de maio e novembro pelo imposto de renda sobre a valorização das quotas detidas pelos quotistas do fundo independentemente de seu resgate[30].

No que tange especificamente ao fundo de investimento em participações (FIP), este foi regulamentado inicialmente pela Instrução CVM n. 391/03, que dispôs sobre constituição, a administração e funcionamento. Atualmente, os FIPs são regulamentados pela Instrução CVM n. 578/16.

Dessa forma, segundo a referida norma, um FIP é uma comunhão de recursos, constituída sob a forma de condomínio fechado, destinada à aquisição de ações, bônus de subscrição, debêntures simples, outros títulos e valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações de emissão de companhias, abertas ou fechadas, bem como títulos e valores mobiliários representativos de participação em sociedades limitadas, que deve participar do processo decisório da sociedade investida, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão.

No tocante à tributação do FIP, Rodrigo Pará Diniz assinala que ela se equipara àquela aplicável aos fundos de investimento em ações, isto é, o imposto de renda incidirá no resgate ou amortização das quotas à alíquota de 15%[31].

Como se observa, não há tributação "come-quotas" no FIP, embora já tenha havido tentativas de inclusão de tal regime para os FIPs na Medida Provisória n. 806/17 e nos Projetos de Lei n. 336/18 (do Senado) e 10.638/18 (da Câmara dos Deputados).

Assim, o FIP deve ser entendido como instrumento para a realização de investimentos (o que acabou acontecendo de fato), garantindo uma melhor governança na gestão de tais investimentos.

---

[28] LIMA, Iran Siqueira; LISBOA, Lázaro Plácido; LOPES, Alexsandro Broedel; ANTUNES, Maria Thereza Pompa; EL HAJJ, Zaina Said. Fundos de Investimentos: Aspectos Operacionais e Contábeis. São Paulo: Atlas, 2004.

[29] BIFANO, Elidie Palma. O Mercado Financeiro e o Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 301-302.

[30] DINIZ, Rodrigo Madureira Pará. Fundos de Investimento no Direito Brasileiro. São Paulo: Almedina,2014. p. 30-31.

[31] DINIZ, Rodrigo Madureira Pará. Fundos de Investimento no Direito Brasileiro. São Paulo: Almedina,2014. p. 58-59.

Original

Na discussão em sessão, foi trazido o argumento de que o contribuinte queria se beneficiar do uso do FIP para obtenção de recursos para investimento e ao mesmo tempo queria se aproveitar da amortização do ágio.

É importante notar que o FIP foi devidamente constituído por pessoa jurídica não residente e vem cumprindo a sua função de ser um instrumento para a realização de investimentos em participações societárias, sendo importante destacar que diferentemente de outros investimentos que são feitos por outras modalidades de fundos de investimentos (renda fixa, renda variável, direitos creditórios, dentre outros), o retorno regular de um FIP se dá por meio do recebimento de lucros e dividendos, rendimentos que são atualmente isentos nos termos do artigo 10 da Lei n. 9.249/95.

Dessa forma, o FIP em questão não tem nenhum objetivo tributário específico, mas tão somente um objetivo de garantir uma melhor governança, ao contrário do afirmado na sustentação oral da PGFN.

Ao adquirir a dita "empresa veículo" constituída pelos alienantes, o FIP cumpriu com seus objetivos e caso não houvesse tal veículo não haveria outra forma de ocorrer o aproveitamento do ágio diante da impossibilidade de fusão ou incorporação entre a Recorrente e o FIP. A "empresa veículo" é a única forma de garantir o aproveitamento do ágio no presente caso e destaque-se mais uma vez que ela foi constituída pelos alienantes.

Dedutibilidade dos juros das debêntures – despesas necessárias

No âmbito do Direito Privado, há a premissa de que o ordenamento jurídico positivado não teria as condições de previsão em seus textos legais de todos os institutos e contratos, mas apenas estabelece os limites para que as relações contratuais não sejam desequilibradas[32].

Aliás, a própria prática negocial reiterada originou diversos modelos contratuais atualmente regulados em lei, que passaram de contratos atípicos para típicos a partir do momento em que os legisladores os transportaram para a lei[33].

Dessa forma, se estivéssemos em um modelo no qual houvesse necessidade de previsão expressa das despesas dedutíveis, teríamos uma situação na qual os gastos relacionados a novos institutos ou contratos não estariam previstos como dedutíveis até que o legislador alterasse a lei para prever expressamente esta dedutibilidade.

Como decorrência, para fins de apuração de dedutibilidade das despesas da pessoa jurídica, a lógica é inversa àquela das deduções expressas do IRPF, na medida em que são dedutíveis as despesas a menos que haja uma previsão expressa de indedutibilidade.

Nessa linha, Ricardo Mariz de Oliveira observa que o regime legal de dedutibilidade do IRPJ instituído no Brasil possui duas fases: (i) uma primeira fase em que "a priori" todas as despesas da pessoa jurídica são dedutíveis[34]; e (ii) uma segunda fase em que

---

[32] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos inominados ou atípicos*. 2ª ed. Belém: CEJUP, 1984. p. 17.
[33] SZTAJN, Rachel. *Contrato de Sociedade*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 12.
[34] OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Dedutibilidade de Despesas (O que é despesa necessária?)*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo. *100 anos do Imposto sobre a Renda no Brasil (1922-2022)*. São Paulo: MP, 2022. p. 463-465.

Original

somente não são dedutíveis as despesas que tenham essa indedutibilidade total ou parcial determinada por uma norma legal[35].

Como se nota, a indedutibilidade de uma despesa é estabelecida nessa segunda fase por um regime de exceção[36].

Ricardo Mariz de Oliveira pondera ainda que a previsão expressa em lei das exceções à dedutibilidade configura um roteiro seguro para que o contribuinte possa efetuar o cálculo de sua base do IRPJ[37].

O artigo 47 da Lei n. 4.506/64 estabelece uma regra geral de dedutibilidade de despesas, pela qual são operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da fonte produtora.

A partir do referido dispositivo legal, Ricardo Mariz de Oliveira assevera que os critérios para que uma despesa seja classificada como dedutível são os seguintes: (i) não serem custos; (ii) serem despesas necessárias; (iii) serem comprovadas e escrituradas; (iv) serem deduzidas no período-base competente[38].

Segundo Luís Eduardo Schoueri, os critérios presentes no artigo 47 da Lei n. 4.506/64 decorrem da própria noção de renda líquida[39].

Embora cada um dos referidos critérios seja extremamente relevantes, o foco do presente tópico se dará sobre o conceito de despesa necessária.

Ao comentar o então vigente artigo 299 do RIR/99, dispositivo normativo lastreado no artigo 47 da Lei n. 4.506/64, Noé Winkler acentuava a grande subjetividade presente no conceito de despesas necessárias, o que ocorreria até pelo fato de que inexiste ainda que a título exemplificativo uma lista das despesas desnecessárias[40].

Mas afinal o que vem a ser uma despesa necessária para fins de dedutibilidade na apuração do IRPJ?

Ricardo Mariz de Oliveira pondera que o conceito de necessidade deve ser estabelecido de forma objetiva, evitando interpretações subjetivas, que pode variar de indivíduo para indivíduo[41].

Nesse sentido, o referido autor propõe que a necessidade de uma despesa não deve ser entendida à luz da característica de obrigatoriedade ou compulsoriedade, mas sim

---

[35] OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Dedutibilidade de Despesas (O que é despesa necessária?)*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo. *100 anos do Imposto sobre a Renda no Brasil (1922-2022)*. São Paulo: MP, 2022. p. 463-465.

[36] OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Dedutibilidade de Despesas (O que é despesa necessária?)*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo. *100 anos do Imposto sobre a Renda no Brasil (1922-2022)*. São Paulo: MP, 2022. p. 463-465.

[37] OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Dedutibilidade de Despesas (O que é despesa necessária?)*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo. *100 anos do Imposto sobre a Renda no Brasil (1922-2022)*. São Paulo: MP, 2022. p. 463-465.

[38] OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. Vol. 1. São Paulo: IBDT, 2020. p. 827-910.

[39] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Considerações acerca da Disponibilidade da Renda: Renda Disponível é Renda Líquida*. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Direito Tributário – Princípio da Realização no Imposto sobre a Renda: Estudos em Homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019. p. 19-31.

[40] WINKLER, Noé. *Imposto de Renda*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 430.

[41] OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. RT Informa n. 241/242, 1980.

Original

identificando se ela é inerente à atividade da empresa, ou dela decorrente, ou com ela relacionada, ou até mesmo que surja em virtude da simples existência da empresa e do papel social que desempenha[42].

Em sentido oposto, a despesa não é necessária quando decorrer de ato de liberalidade, mas esta não deve ser entendida no sentido de espontaneidade, mas no sentido de ato de favor, estranho aos objetivos sociais[43].

Em outras palavras, não são necessárias (e não deveriam ser assumidas pela empresa) as despesas que não estejam ligadas, vinculadas, relacionadas ou não sejam inerentes ou pertinentes à pessoa jurídica às suas atividades empresariais[44]

Ricardo Mariz de Oliveira aponta que o critério da necessidade não se relaciona com a existência de algo melhor ou mais barato, ou algo que não deveria ser feito, mas uma necessidade de manutenção da fonte produtora[45].

Sobre a manutenção da fonte produtora, Kevin Holmes destaca que a doutrina de manutenção da fonte produtora tem origem na doutrina de Friedrich Benedict Wilhelm von Hermann, que escreveu sobre o tema ainda no século XIX[46]

Para Friedrich Hermann, renda seria a parcela dos rendimentos obtidos que são passíveis de serem consumidos por um individuo sem que haja prejuízo ao seu capital[47].

Na mesma linha, Heleno Torres assevera que somente pode haver produção de renda quando preservada a manutenção do capital original, daí a imprescindibilidade de dedução das despesas incorridas[48].

Assim, segundo o referido autor as autoridades tributárias somente podem glosar despesas suportadas por documentação hábil e corretamente escrituradas se houver a comprovação de forma contundente dos seguintes aspectos: (i) desnecessidade da despesa; (ii) ausência de correlação com a fonte produtora de rendimentos; e (iii) ausência de causa jurídica dos contratos geradores[49].

Ademais, em sentido semelhante ao de Ricardo Mariz de Oliveira, Heleno Torres afirma que somente se configura despesa não necessária aquela que envolva liberalidade no

---

[42] OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. RT Informa n. 241/242, 1980.
[43] OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. RT Informa n. 241/242, 1980.
[44] OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Dedutibilidade de Despesas (O que é despesa necessária?)*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo. *100 anos do Imposto sobre a Renda no Brasil (1922-2022)*. São Paulo: MP, 2022. p. 463-465.
[45] OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Dedutibilidade de Despesas (O que é despesa necessária?)*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo. *100 anos do Imposto sobre a Renda no Brasil (1922-2022)*. São Paulo: MP, 2022. p. 463-465.
[46] HOLMES, Kevin. The Concept of Income. The Netherlands: IBDF, 2000. p. 86.
[47] HOLMES, Kevin. The Concept of Income. The Netherlands: IBDF, 2000. p. 86.
[48] TORRES, Heleno Taveira. *Tributação da Renda e Causa Jurídica na Dedutibilidade de Despesas (*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo. *100 anos do Imposto sobre a Renda no Brasil (1922-2022)*. São Paulo: MP, 2022. p. 477-497.
[49] TORRES, Heleno Taveira. *Tributação da Renda e Causa Jurídica na Dedutibilidade de Despesas (*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo. *100 anos do Imposto sobre a Renda no Brasil (1922-2022)*. São Paulo: MP, 2022. p. 477-497.

Original

sentido objetivo legal, ou seja, ato de favor, estranho aos fins e estatutos sociais, ficando para além dos poderes conferidos à da administração da empresa[50].

Considerando que são indedutíveis as despesas estranhas aos objetivos da entidade, Edmar Andrade menciona quais são os interesses que giram em torno da atividade empresarial e que justificariam a dedutibilidade despesas: (i) a manutenção da empresa como tal e agregação de valor a si própria de modo contínuo e crescente; e (ii) o cumprimento do desiderato que é obter resultados que possam ser repartidos entre os sócios ou acionistas[51].

Como se observa, são interesses amplos e somente não se enquadram neles os gastos que são suportados pela empresa e que são estranhos ao interesse da empresa, tais como gastos pessoais dos sócios e administradores cujo ônus foi suportado pela empresa.

A alusão à ideia que "não existe almoço grátis" populariza por Milton Friedman é relevante, na medida em que muitas decisões dos gestores que aparentemente podem parecer graciosas pelo fato de não serem obrigatórias, tem um objetivo mediato mais amplo de consecução dos objetivos de agregar valor à empresa, no interesse da empresa e de seus sócios ou acionistas.

Aliás, esta ideia de atendimento aos interesses da empresa (que é ignorada em grande parte das decisões do CARF, que ainda se lastreiam na questão da compulsoriedade ou não da despesa) parece levar Noé Winkler a entender que seriam dedutíveis tanto brindes oferecidos em festas natalinas, desde que os montantes a ele relativos não extrapolem os limites da modicidade, quanto gastos com reuniões de confraternização, que são usuais, além de constituírem um fator psicológico gerador de ambiente positivo, contribuindo para o melhor desempenho da atividade da empresa[52].

Por fim, cumpre citar que sob a perspectiva da usualidade das despesas e como ela se relaciona com o momento e contexto fático em que a despesa foi incorrida, Elidie Bifano aponta que as características das despesas operacionais variam no tempo, quer por força de novos negócios, quer por novos contextos sociais, econômicos e empresariais que se desenham, bem como pela mudança de costumes, de modo que despesas atualmente consideradas extremamente usuais como teletrabalho, 13º salário e gastos com assistência médica dos empregados nem sempre foram assim consideradas[53].

Após delinear o que seria uma despesa necessária, cumpre citar outras teorias que auxiliam no teste de verificação se uma determinada despesa é ou não necessária, isto é, se aquela despesa foi tomada no interesse da empresa ou em nome de algum interesse externo, como os interesses pessoais dos sócios ou administradores.

A ideia de um gasto ser estranho à empresa também pode ser explicada à luz da teoria do ato anormal de gestão.

---

[50] TORRES, Heleno Taveira. *Tributação da Renda e Causa Jurídica na Dedutibilidade de Despesas (*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo. *100 anos do Imposto sobre a Renda no Brasil (1922-2022)*. São Paulo: MP, 2022. p. 477-497.
[51] ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de Renda das Empresas*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 496.
[52] WINKLER, Noé. *Imposto de Renda*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 430.
[53] BIFANO, Elidie Palma. *Reflexões sobre as Despesas Operacionais e o IRPJ – uma História de 100 anos*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FERNANDES, Edison Carlos. Revista de Direito Contábil Fiscal. Volume 5. Número 9. São Paulo: MP, 2023. p. 39-55.

Original

Em sua tese de livre docência sobre "Distribuição Disfarçada de Lucros"[54], Luís Eduardo Schoueri analisa a teoria do ato anormal de gestão, pela qual não cabe às autoridades fiscais julgar a qualidade ou os resultados da testão financeira ou comercial de uma empresa.

Conforme o referido autor, a atividade dos administradores deveria se fundamentar no interesse das sociedades e não nos interesses pessoais, de forma que se esta regra fosse seguida, todas as despesas seriam necessárias[55].

Ocorre que na prática pode ocorrer um desvio de conduta por parte dos administradores na hipótese em que eles tomem uma decisão com reflexo patrimonial na entidade que eles gerem, mas tal decisão tenha sido tomada com base nos interesses pessoais.

Nesta situação, estaríamos diante de um ato anormal de gestão. Citando o pensamento de Masson, Luís Eduardo Schoueri aponta que, para aquele autor, a anormalidade dos atos de gestão deve ser auferida por meio de critérios matemáticos, a partir da comparação de gastos da entidade com gastos equivalentes de terceiros, bem como por meio de uma análise da relação custo e benefício do ato praticado pelo gestor[56].

Diante de tal cenário, Luís Eduardo Schoueri entende que a teoria do ato anormal de gestão foi positivada no artigo 47 da Lei n. 4.506/64, de modo que despesa necessária é aquela que se voltou ao incremento da empresa sob a perspectiva operacional ou econômica, não sendo seriam dedutíveis as despesas que não possuem qualquer ligação com o interesse da empresa, tais como gastos com liberalidades concedidas a um parente dos sócios ou administradores[57].

De acordo com a teoria do ato anormal de gestão, não caberia às autoridades fiscais julgar a qualidade ou os resultados da gestão financeira ou comercial de uma empresa. Nesse diapasão, ainda que eventualmente um sócio ou acionista até pudesse questionar os atos praticados pelos gestores, não há como tal questionamento se dar pelas autoridades fiscais[58].

No mesmo sentido, Humberto Ávila acentua que as autoridades fiscais não têm qualquer ingerência sobre as escolhas diretivas a respeito da estratégia empresarial adotada ou mesmo sobre o modo pelo qual o contribuinte decide realizar o negócio ou operação[59], assim

---

[54] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Distribuição Disfarçada de Lucros*. São Paulo: Dialética, 1996. p. 155-159.
[55] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Considerações acerca da Disponibilidade da Renda: Renda Disponível é Renda Líquida*. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Direito Tributário – Princípio da Realização no Imposto sobre a Renda: Estudos em Homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019. p. 19-31.
[56] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Distribuição Disfarçada de Lucros*. São Paulo: Dialética, 1996. p. 155-159.
[57] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Considerações acerca da Disponibilidade da Renda: Renda Disponível é Renda Líquida*. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Direito Tributário – Princípio da Realização no Imposto sobre a Renda: Estudos em Homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019. p. 19-31.
[58] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Considerações acerca da Disponibilidade da Renda: Renda Disponível é Renda Líquida*. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Direito Tributário – Princípio da Realização no Imposto sobre a Renda: Estudos em Homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019. p. 19-31.
[59] ÁVILA, Humberto. *Dedutibilidade de Despesas com Pagamento de Indenização decorrente de Ilícitos Praticados por ex-funcionários*. In: ADAMY, Pedro Augustin; FERREIRA NETO, Arthur Maria (coords.). *Tributação do Ilícito*. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 91.

Original

como Ricardo Mariz de Oliveira pondera que não é lícito às autoridades fiscais se imiscuir nas decisões dos contribuintes, as quais competem aos administradores da pessoa jurídica[60].

Sobre este ponto acerca do questionamento sobre as decisões dos gestores de uma entidade, cabe ressaltar que gestores têm que tomar uma série de decisões relativas à vida econômica de uma empresa.

Como quaisquer seres humanos, as decisões podem estar sujeitas a falhas, de modo que todos os administradores tomam decisões certas e erradas.

No âmbito do Direito Societário, a discussão sobre responsabilização dos administradores fez com que fosse criada nos Estados Unidos da América a teoria do "business judgement rule". Tal teoria teve origem no caso "Percy v. Millaudon, julgado pela Suprema Corte da Louisiana em 1829, em cuja decisão foi consignado que o simples prejuízo decorrente de uma decisão não faz o administrador responsável, sendo imprescindível a comprovação de que o seu ato era inadmissível ao padrão do homem comum[61].

Outros casos judiciais relevantes ajudaram a conferir maiores contornos à referida teoria. No caso "Goldbold v. Branch", julgado pela Suprema Corte do Alabama em 1847, foi consignado na decisão que se os administradores fossem responsabilizados por todos os atos praticados ou decisões erradas, nenhum homem probo aceitaria esse tipo de cargo. Por sua vez, no caso "Hodges v. New England Screw", julgado pela Suprema Corte de Rhode Island em 1850, foi decidido que o administrador não deve ser responsabilizado pelas consequências do erro se teve boa fé e agiu nos interesses da sociedade com o devido cuidado e diligência[62].

No âmbito do ordenamento jurídico pátrio, cumpre citar que o artigo 154, §2º, "a", da Lei n. 6.404/76 estabelece que o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa, sendo vedado a ele praticar ato de liberalidade à custa da companhia.

Dessa forma, para fins de exclusão da sua responsabilização, é fundamental que o administrador tome suas decisões com base no interesse da empresa e não pratique ato de liberalidade cujo ônus recaia sobre a empresa.

Ao tratar do conceito de liberalidade para fins de responsabilização dos administradores, Trajano de Miranda Valverde acentua que atos de liberalidade são os que diminuem o patrimônio social sem que tragam para a sociedade nenhum benefício ou vantagem de ordem econômica[63]. De igual forma, Modesto Carvalhosa pondera que os atos de liberalidade constituem fraude à lei e a sua antijuridicidade decorre da redução do patrimônio social ou a prática de negócios que impeça o crescimento imediato ou mediato deste patrimônio[64].

---

[60] OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Dedutibilidade de Despesas (O que é despesa necessária?)*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo. *100 anos do Imposto sobre a Renda no Brasil (1922-2022)*. São Paulo: MP, 2022. p. 463-465.
[61] SILVA, Alexandre Couto. *Responsabilidade dos Administradores de S/A – Business Judgement Rule*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 141.
[62] SILVA, Alexandre Couto. *Responsabilidade dos Administradores de S/A – Business Judgement Rule*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 141.
[63] VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por Ações*. Vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 322.
[64] CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 402.

Original

Mais uma vez, há uma certa aproximação entre o conceito de despesa não necessária e o conceito de despesa praticada com liberalidade, que seria aquela passível de indedutibilidade e de responsabilização do administrador.

Nesse sentido, é interessante mencionar que Fran Martins afirma que os administradores prejudicam os acionistas e por isso devem responder aos prejuízos quando praticam atos de liberalidade à custa da companhia, no entanto, nos termos do artigo 154, §4º, da Lei n. 6.404/76 pode ser autorizada a prática de atos gratuitos razoáveis diante das responsabilidades sociais da empresa, entendidos tais atos como aqueles de pequeno valor bem como aqueles capazes de ser justificados em benefícios do empregado ou da comunidade de que participe a empresa. Como exemplo, o referido autor cita gastos com natal dos filhos dos empregados, distribuição de brindes e contribuições para campanhas de interesse público[65].

Sampaio de Lacerda destaca também que há atos que são aparentemente graciosos, no entanto, são passíveis de gerar negócios vantajosos para a companhia no futuro, tais como o pagamento de bolsas de estudos e contribuições a entidades científicas[66].

Por estas razões, o conceito de liberalidade a ser utilizado para determinação se uma despesa é necessária ou não para fins de apuração do IRPJ é aquele da legislação societária, que não está vinculado ao fato de uma despesa não ser obrigatória, mas sim de uma despesa ser incorrida de forma estranha aos interesses da companhia, situação na qual a despesa será indedutível, assim como será passível de gerar responsabilização patrimonial dos administradores.

No caso em tela, não há como atribuir um caráter de liberalidade à tomada do empréstimo que gerou os juros que estão sendo registrados como despesas e estão sendo considerados dedutíveis. Também não há se que se falar em indedutibilidade dos juros devido ao fato do empréstimo ter sido efetuado para a própria aquisição da ora recorrente, uma vez que tal transferência de ônus se dá em função da sucessão patrimonial da incorporada pelo incorporada, noção que rege as reorganizações societárias e garante que tais operações possam ocorrer sem a liquidação de todas as entidades envolvidas e assegurando o direito dos credores da sociedade incorporada.

Diante do exposto, voto por dar provimento ao Recurso da Contribuinte.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

ALEXANDRE EVARISTO PINTO

Declaração de Voto

Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque.

---

[65] MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das S.A.* Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 373
[66] LACERDA, J. C. Sampaio de. *Comentários à Lei das S.A.* Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 193.

Original

O presente processo tem como cenário fático a aquisição alavancada de empresa nacional, com ágio, por empresa estrangeira. A empresa adquirente interpôs no negócio uma empresa nacional (empresa veículo) com o propósito de adquirir crédito no mercado financeiro nacional e realizar a compra. A empresa interposta foi incorporada pela empresa adquirida logo depois da aquisição (incorporação reversa).

A fiscalização entendeu que a relatada constituição de empresa veículo teria a intenção de dissimular a real adquirente, que seria a empresa estrangeira, o que caracterizaria uma fraude. Com isso, glosou as despesas de amortização do ágio e as despesas financeiras relativas à captação dos recursos pela empresa interposta.

O ilustre relator afastou a ocorrência de fraude e votou por exonerar a exigência tributária. O meu voto é no mesmo sentido. Contudo, solicitei a oportunidade de apresentar a presente declaração de voto para deixar claros os meus elementos de convicção.

Amortização do ágio

As operações societárias em tela estão formalmente corretas. A fiscalização não apontou qualquer vício nos procedimentos adotados para a realização do negócio. A divergência instaurada no presente processo diz respeito à apreciação jurídica desses fatos. A fiscalização entendeu que a empresa CELLE foi interposta na aquisição da BRINOX sem qualquer propósito negocial, sendo utilizada apenas para possibilitar a incorporação reversa e a consequente amortização do ágio, caracterizando assim uma fraude. Para a fiscalização, a real adquirente da BRINOX é a empresa estrangeira SOUTHERN CROSS, o que afastaria a incidência do artigo 7º da Lei nº 9.532/1997, ou seja, a BRINOX não poderia realizar a dedução com a amortização do ágil em razão da incorporação da CELLE.

A solução requerida exige perquirir se a interposição de empresa veículo, com o único objetivo de possibilitar a amortização do ágio e a sua dedução, configura uma fraude.

Inicialmente, deve ser salientado que a CELLE, apesar de ter sido criada com o propósito específico de intermediar a aquisição da BRINOX pela SOUTHERN CROSS, também foi veículo para a colheita dos recursos financeiros que possibilitaram a aquisição almejada, em um procedimento usual no mercado corporativo, conhecido como "aquisição alavancada".

Em uma aquisição alavancada, a compra não se dá com os recursos financeiros da adquirente, mas sim com recursos captados no mercado financeiro e lastreados no patrimônio da própria empresa adquirida.

Tal fato, no meu entendimento, ainda que não afaste em definitivo a presente acusação fiscal, mitiga o seu acolhimento, exigindo outros elementos de convicção que apontem para a existência de um ilícito.

Sabe-se que a fiscalização tributária tem o dever de verificar a ocorrência de fato gerador de obrigação tributária, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido e identificar o sujeito passivo, nos termos do artigo 142 do CTN[67]. Nesse mister, a fiscalização pode, em determinadas situações, superar a aparência formal e identificar a verdade

[67] Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Original

material. É nesse sentido que o artigo 149, VII, do CTN[68] determina a imposição de lançamento tributário "quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação".

Entendo que o dolo ocorre quando o agente deseja ou tolera um injusto, ou seja, um resultado antijurídico. Não há dolo quando a pessoa deseja ou tolera aquilo que lhe é permitido ou não lhe é defeso.

Entendo que a fraude ocorre quando o agente adota uma conduta ardilosa para obter uma vantagem que, sem o ardil, não lhe seria lícita.

Entendo que a simulação ocorre quando o agente constrói uma situação lícita para ocultar uma situação ilícita que, de outra forma, não seria tolerada.

A acusação fiscal aponta uma fraude, cujo ardil seria transferir a titularidade do investimento para terceiro (CELLE). Para tanto, demonstra que a empresa CELLE foi criada com essa finalidade, que nunca possuiu uma atividade econômica real e que foi incorporada logo em seguida da realização da aquisição. Por fim, demonstra que a CELLE não possuía recursos econômicos e financeiros para efetuar a aquisição, tendo agido apenas como veículo dos recursos oriundos da "real adquirente" SOUTHERN CROSS.

Entendo que o fluxo financeiro, tomado isoladamente, não é determinante para apontar o real adquirente de uma empresa, principalmente quando a aquisição se dá por um grupo econômico, constituído por várias empresas, em que a decisão de adquirir é feita em conjunto, com o esforço financeiro de uma ou mais empresas do grupo, mas a efetivação se dá por apenas uma das empresas do grupo, aquela que terá a titularidade da empresa adquirida. Na espécie, há também a participação de um Fundo de Investimento em Participações (FIP), o que dificulta a identificação de um "real adquirente" diferente do adquirente formal (SELLE).

Saliente-se que o valor total da aquisição da BRINOX não foi o valor aportado na SELLE pela sua controladora. A este, deve ser somado o valor captado pela SELLE no mercado financeiro nacional. A se adotar o critério do fluxo financeiro, também deveria ser dito que os investidores nacionais também são adquirentes, o que não seria de todo absurdo, considerando que a garantia dos títulos financeiros emitidos estão ancorados nas ações da empresa adquirida. Mas é certo que isso não é o entendimento correto, assim como não é correto para o aporte recebido pela SELLE.

Também entendo que a ausência de atividade operacional da empresa SELLE, tomada isoladamente, não é determinante para afastar a sua titularidade na aquisição da empresa BRINOX.

Inicialmente, verifico que a empresa SELLE teve uma atividade operacional, que foi a captação de parte relevante dos recursos necessários para a aquisição em tela. Embora esta tenha sido a única atividade operacional na breve existência da empresa, não é possível afirmar que ela possuiu uma existência meramente formal.

Contudo, ainda que essa atividade econômica concreta não tivesse sido realizada, entendo que a utilização de uma empresa veículo, sem uma atividade econômica real, não é

---

[68] Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:
[...]
VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

Original

suficiente, isoladamente, para configurar a alegada fraude. Para tanto, seria necessário demonstrar que a empresa veículo foi o meio utilizado para o contribuinte obter uma vantagem antijurídica, seja por falta de previsão legal, seja por ser defesa em lei, seja por desviar a finalidade da lei.

Na espécie, é pacífico o entendimento de que a aquisição da BRINOX foi realizada por uma parte não relacionada e com um efetivo ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura. A questão está na determinação do real adquirente, a empresa SOUTHERN CROSS ou a empresa SELLE. Contudo, em qualquer uma dessas possibilidades, a BRINOX poderia amortizar o ágio, desde que incorporasse a empresa adquirente.

Verifico que a aquisição em tela poderia ter sido realizada diretamente pela SOUTHERN CROSS e esta poderia ter sido incorporada pela BRINOX, o que configuraria uma operação regular, conforme o critério adotado pela fiscalização. Não foi essa a opção do grupo adquirente, mas é preciso verificar a lisura da alternativa adotada antes de se apontar uma fraude. Em princípio, o procedimento adotado não configurou uma fraude, uma vez que está previsto na norma e atingiu a finalidade legítima da norma.

A hipótese legal da norma que autoriza a antecipação da amortização do ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura (Lei nº 9.532/1997) é a incorporação entre adquirente e adquirido, caso em que o ágio pago não poderia reduzir o ganho de capital apurado em futura liquidação da participação societária, pois o patrimônio de ambas se funde (confunde) com a incorporação e não há mais como apurar a equivalência patrimonial, necessária para o cálculo do ganho de capital. Para evitar essa possível perda, que desestimula as aquisições entre empresas, a lei criou uma nova hipótese de amortização do ágio, que não depende de uma liquidação do bem adquirido, mas apenas da sua incorporação ao patrimônio da adquirente e vice versa. Entendo que tal medida implementa uma política tributária que estimula a mobilidade econômica no âmbito corporativo. Não é coincidência o fato de essa lei ter surgido no momento em que o Governo Federal estava realizando um amplo e profundo processo de privatização das empresas estatais, assim necessitando que a iniciativa privada fosse estimulada a adquirir as empresas estatais colocadas à venda.

Saliente-se que a incorporação reversa, prevista no artigo 8º da referida Lei nº 9.532/1997 é contra intuitiva, pois, em princípio, numa economia real, não faz sentido uma empresa recém adquirida incorporar a empresa que a adquiriu. O sentido somente desponta quando se constata que a empresa adquirida tem mais valor econômico do que a sua adquirente, situação que encontra o seu extremo quando a empresa adquirente é uma empresa constituída com o propósito específico de realizar a aquisição, o que é comum em uma economia financeira. Tal constatação me leva a crer que a permissão legal para a amortização do ágio quando ocorre uma incorporação reversa, trazida no dispositivo supracitado, permite entender que a utilização de uma empresa veículo, tomada isoladamente, não deve ser determinante para a configuração de uma fraude tributária, exigindo uma análise circunstancial que aponte outros elementos tendentes a demonstrar a fraude alegada.

Tal entendimento é, de fato, controverso no âmbito deste Tribunal Administrativo. Há decisões que adotam esse entendimento e há decisões contrárias a esse entendimento tanto na Câmara Baixa quanto na Câmara Superior deste CARF, muitas delas tomadas com o empate na votação, resolvido apenas pelo voto de qualidade do Presidente da Turma Julgadora ou pelo benefício dado ao contribuinte no caso de impasse, conforme o artigo 19-E da Lei nº 10.522/2002 (já revogado). Todavia, gostaria de citar uma recente decisão da 1ª Turma da CSRF, para um caso muito semelhante ao presente, em que a alegada fraude configurada pela utilização

Original

de empresa veículo foi afastada por maioria de votos. Trata-se do Acórdão nº 9101-006.486, de 07/03/2023, o qual adotou a seguinte ementa:

> UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.
>
> O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7o e 8o da Lei n° 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que detém o investimento pela empresa investida (incorporação reversa).
>
> O uso de holding (ou empresa veículo), constituída no Brasil com recursos provenientes do exterior, para adquirir a participação societária com ágio e, em seguida, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio. não caracteriza simulação, de modo que é indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes.
>
> TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS POR EMPRESA CONTROLADORA DOMICILIADA NO EXTERIOR PARA SOCIEDADE HOLDING.
>
> LEGITIMIDADE DA DEDUÇÃO DO ÁGIO. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DO REAL ADQUIRENTE.
>
> A transferência, por controladora domiciliada no exterior, dos recursos empregados na aquisição de participação societária por empresa holding constituída no Brasil não impede a amortização fiscal do ágio após esta ser incorporada pela investida.
>
> A tese do "real adquirente", que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de simulação, o que não se revela no caso.

Também não poderia deixar de ser citada a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 2.026.473-SC, a primeira a abordar matéria sobre o ágio veiculado por meio de empresa efêmera, quando foi adotada a seguinte ementa:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FIM DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA. DESCABIMENTO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. ÁGIO. DESPESA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES DEPENDENTES. POSSIBILIDADE. 'NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR À ALTERAÇÃO LEGAL. EMPRESA-VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE INDEDUTIBILIDADE. ILEGALIDADE.
>
> [...]
>
> 4. A controvérsia principal dos autos consiste em saber se agiu bem o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7o e 8o da Lei n. 9.532/1997. sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de "empresa-veículo".
>
> 5. Ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença (para mais) entre o custo de aquisição do investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977).
>
> 6. Em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.
>
> 7. A exceção à regra da indedutibilidade do ágio está inserida nos arts. 7o e 8o da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

Original

> 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.
>
> [...]

Assim, entendo que as operações de aquisição e incorporação, tomadas em conjunto, possuíam um propósito negocial, não produziram uma vantagem tributária antijurídica e não configuram uma fraude, de forma que a desconsideração laborada pela fiscalização não possui suporte fático/jurídico, pelo que as correspondentes exigências devem ser exoneradas.

Dedução de despesas financeiras

A empresa CELLE, com o fito de adquirir a empresa BRINOX, capitou recursos no mercado financeiro, por meio da emissão de títulos privados, assim adquirindo correspondentes obrigações financeiras. Por ocasião da incorporação reversa que se seguiu, a empresa BRINOX passou a deduzir do lucro real, no período alcançado pela auditoria, valores correspondentes a essas despesas financeiras, assumidas inicialmente pela empresa CELLE.

Conforme o entendimento da fiscalização, embora a empresa BRINOX tenha adquirido as obrigações financeiras da empresa CELLE, as correspondentes despesas não são dedutíveis na apuração do lucro real, uma vez que não podem ser caracterizadas como despesas

Original

operacionais usuais e necessárias para a BRINOX, considerando que a finalidade dos títulos emitidos pela CELLE em nada se relacionariam com a atividade operacional da BRINOX.

A acusação fiscal ainda apresenta argumentos relacionados ao contexto da operação de aquisição da BRINOX pela SOUTHERN CROSS, inquinada de fraude pela fiscalização em razão da interposição de empresa veículo (CELLE). Contudo, conforme demonstrado no item anterior do presente voto, a alegada fraude não se configurou, de sorte que tais argumentos não serão aqui considerados.

A Procuradoria da Fazenda, em sua sustentação, reforça o entendimento adotado pela fiscalização, ao interpretar o artigo 374 do RIR/99, no sentido de que as despesas financeiras somente são dedutíveis quando forem despesas operacionais e uma despesa somente é operacional quando atende aos requisitos contidos no artigo 299 do RIR/99. Prossegue reforçando o mesmo entendimento adotado pela fiscalização de que as presentes despesas financeiras não são normais e necessárias para a BRINOX.

O artigo 300 do RIR/99 determina a dedutibilidade dos custos e despesas operacionais e o artigo 299 do mesmo Regulamento estabelece as condições para que uma despesa seja considerada como operacional, conforme a seguinte transcrição:

> Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).
>
> § 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).
>
> § 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).
>
> § 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.
>
> Art. 300. Aplicam-se aos custos e despesas operacionais as disposições sobre dedutibilidade de rendimentos pagos a terceiros (Lei nº 4.506, de 1964, art. 45, § 2º).

A fiscalização entendeu que as despesas financeiras em tela não poderiam ser classificadas como despesa operacional, por não se adequarem ao artigo 299, ou seja, por não serem usuais ou normais e necessárias para a empresa BRINOX. Para tanto, a fiscalização buscou a finalidade da operação financeira que deu origem às referidas despesas e constatou que esta finalidade, a aquisição da empresa BRINOX, não era necessária para ela mesma.

Devo concordar com a fiscalização em que a transferência de titularidade da empresa não pode ser considerada como uma atividade operacional da própria empresa. Contudo, devo concordar com o recorrente que a dedução de despesa financeira não se dá pela aplicação do artigo 300 do RIR/99, mas pela aplicação de outro dispositivo pelo qual não é necessário averiguar a normalidade e necessidade da despesa.

Verifico que existem outras hipóteses de dedução de despesa que não atendem ao critério do artigo 299 do RIR/99, por exemplo, a dedução de juros sobre o capital próprio. Não é possível afirmar que o pagamento aos sócios de juros sobre o capital da empresa é uma necessidade, quando é apenas uma faculdade. Mesmo assim, essa despesa é claramente dedutível. Para isso, há um dispositivo legal que determina a dedução de juros sobre o capital próprio, a saber, o artigo 347 do RIR/99, com fundamento legal no artigo 9º da Lei nº 9.249/1995.

Original

Da mesma maneira, há um dispositivo legal que prevê a dedução dos juros pagos pelo contribuinte, a saber, o artigo 17 do Decreto-Lei nº 1.598/77, carreado no RIR/99 por meio do seu artigo 374, a seguir transcrito:

> Art. 374. Os juros pagos ou incorridos pelo contribuinte são dedutíveis, como custo ou despesa operacional, observadas as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 17, parágrafo único):
>
> I - os juros pagos antecipadamente, os descontos de títulos de crédito, e o deságio concedido na colocação de debêntures ou títulos de crédito deverão ser apropriados, pro rata temporis, nos períodos de apuração a que competirem;
>
> II - os juros de empréstimos contraídos para financiar a aquisição ou construção de bens do ativo permanente, incorridos durante as fases de construção e pré-operacional, podem ser registrados no ativo diferido, para serem amortizados.
>
> Parágrafo único. Não serão dedutíveis na determinação do lucro real, os juros, pagos ou creditados a empresas controladas ou coligadas, domiciliadas no exterior, relativos a empréstimos contraídos, quando, no balanço da coligada ou controlada, constar a existência de lucros não disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil (Lei nº 9.532, de 1997, art. 1º, § 3º).

Portanto, ressalvadas as exceções trazidas no referido artigo 17 do Decreto-Lei nº 1.598/77, entendo que os juros pagos ou incorridos pelo contribuinte são dedutíveis, independentemente da averiguação da sua necessidade, normalidade ou usualidade, uma vez que a lei determina que estes devem ser deduzidos. Saliente-se que a referência feita pela norma a custo e despesa operacional indica a forma em que a despesa deve ser registrada para fins de dedução, não havendo confusão com o artigo 199 do RIR/99, que trata da natureza da despesa para poder ser considerada operacional. Por fim, também devem ser ressalvados os casos de fraude, simulação e dolo, mas essas hipóteses foram afastadas, conforme a motivação contida no item anterior.

Não há dúvida de que a empresa BRINOX está obrigada a pagar os apontados juros, em razão dos títulos emitidos pela empresa CELLE, a partir do momento em que esta foi incorporada pela empresa autuada. Sendo assim, tais despesas são dedutíveis para fins de apuração do IRPJ e da CSLL. Tal entendimento já foi adotado em outras decisões deste CARF, dentre as quais destaco o Acórdão nº 1302-003.474, de 15/04/2019, o qual tratou de situação fática similar, quando foi adotada a seguinte ementa:

> JUROS PAGOS NA EMISSÃO DE DEBENTURES. INDEDUTIBILIDADE
>
> As despesas com juros pagos na emissão de debêntures emitidas para a capitação dos recursos a serem aplicados em aquisições societárias, são dedutíveis da base de cálculo do imposto (art. 398, Dec. 9.580/2018 - RIR/18).

Assim, entendo que as despesas financeiras originalmente de responsabilidade da empresa CELLE e arcadas pela empresa BRINOX em razão da incorporação reversa realizada podem ser deduzidas na apuração do IRPJ e da CSLL da empresa autuada, pelo que as correspondentes exigências devem ser exoneradas, por falta de fundamento legal.

Conclusão

Diante das razões acima expostas, voto por dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque

Original

Original