



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720077/2019-01
ACÓRDÃO	1101-001.388 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	11 de setembro de 2024
RECURSO	DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO
RECORRENTES	GENERAL MILLS BRASIL ALIMENTOS LTDA FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2014, 2015

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. REQUISITO.

Tendo sido cumprido os requisitos previstos no art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, a dedutibilidade de ágio é permitida. Desse modo, havendo a confusão patrimonial entre o investidor e o investimento adquirido com ágio, resta configurada a referida hipótese legal, razão pela qual o ágio pode ser amortizado.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2014, 2015

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. REQUISITO.

Do mesmo modo, aplica-se à CSLL os mesmos requisitos aplicados ao IRPJ, sendo a dedutibilidade de ágio permitida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado:

- i) Por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso de ofício;
- ii) por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário.

Vencidos os Conselheiros Edmilson Borges Gomes (Relator) e Itamar Artur Magalhães Alves Ruga que davam provimento ao recurso voluntário em menor extensão, nos termos do voto vencido, para permitir a amortização proporcional do ágio tão somente do goodwill, no valor de R\$ 743.132.000,00. Designado para redigir o voto vencedor, o Conselheiro Jeferson Teodorovicz.

Sala de Sessões, em 11 de setembro de 2024.

assinado digitalmente

Conselheiro Edmilson Borges Gomes – Relator

assinado digitalmente

Conselheiro Efigênio de Freitas Júnior – Presidente

assinado digitalmente

Conselheiro Jeferson Teodorovicz – Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros, Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho, Edmilson Borges Gomes (Relator), Efigênio de Freitas Júnior (Presidente), Itamar Artur Magalhães Alves Ruga, Jeferson Teodorovicz.

RELATÓRIO

- 1 Trata-se de Recurso de Ofício e de Recurso Voluntário interpostos face decisão exarada pelo ACÓRDÃO Nº 108-002.271 - 8ª TURMA DA DRJ08 (e-fls. 2883/2938) , que julgou parcialmente improcedente a impugnação apresentada que manteve os lançamentos de IRPJ e de CSLL perpetrados pela Fiscalização, anos-calendário 2014 e 2015 relativamente a glosa de despesas com amortização de ágio e multa isolada por insuficiência ou falta de pagamento de estimativas mensais e decidiu afastar a multa qualificada e a responsabilidade solidária dos administradores (AI – e-fls.1965/2000 e TVF e-fls.2004/2084).
2. De forma resumida, as operações societárias objeto da glosa das despesas com ágio são as seguintes:
 - ✓ No caso em epígrafe, a empresa GENERAL MILLS ONE foi criada no Brasil em 04/05/2012 e tinha como sócios fundadores, as empresas GENERAL MILLS NETHERLANDS e GENERAL MILLS HOLDING, com capital de R\$ 9.999,00 subscrito pela primeira e R\$ 1,00 pela segunda.
 - ✓ Em 20/07/2012, a GENERAL MILLS ONE incorporou a GENERAL MILLS BRASIL Ltda, que era a representante do grupo Americano GENERAL MILLS no Brasil, deslocando o controle e representação da empresa Brasileira para a empresa Holandesa GENERAL MILLS NETHERLANDS.
 - ✓ Em seguida, houve os aportes de capital estrangeiro na empresa, no montante de R\$ 439.250.000,00 em 26/07/2012 e R\$ 1.317.750.000,00 em 27/07/2012.
 - ✓ Em 01/08/2012, a GENERAL MILLS ONE adquire a YOKI, sendo que houve um terceiro aporte de capital na empresa, em 14/08/2012, no valor de R\$ 213.000.000,00.

- ✓ Neste momento, com a aquisição das ações da YOKI, a GMBOne registrou ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura de R\$ 1.487.444.000,00.
- ✓ Por fim, a empresa foi incorporada pela YOKI, em 31/08/2012 (incorporação reversa), 30 dias após a compra.

3. No Termo de Verificação Fiscal – TVF, foi descrito uma sucessão de operações societárias feitas pelo grupo General Mills, que ocorreram no exterior, entretanto não são aqui descritas por entender que não interferem diretamente na acusação fiscal.

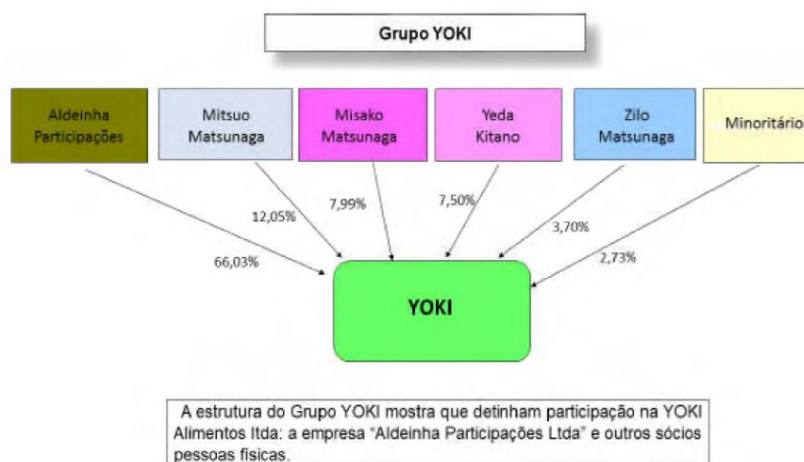
4. Tais operações foram descobertas por meio do Relatório do CADE (e-fls 1311/1386) sobre a aquisição da YOKI).

5. Ao analisar as operações societária acima descritas, a Fiscalização entendeu e considerou que:

- I. O cerne desta fiscalização trata da análise da reestruturação societária da antiga Yoki Alimentos Ltda, cuja denominação resultou na fiscalizada General Mills Brasil Alimentos Ltda.
- II. Com fundamento nos documentos e esclarecimentos que foram apresentados nesta fiscalização, bem como em documentos extraídos do Processo Administrativo Fiscal (PAF) nº 16561.720021/2017-86 – os quais instruíram auto de infração previamente lavrado referente a anos-calendário anteriores (2012 e 2013), os fatos que guardam conexão com a infração aqui apurada serão cronologicamente expostos a seguir.
- III. Estão envolvidas nas reorganizações societárias objeto da fiscalização, entre outras, as seguintes empresas: *General Mills Brasil Alimentos Ltda. (GENERAL MILLS), CNPJ 61.586.558/0013-20, antiga Yoki Alimentos Ltda. (YOKI), a empresa fiscalizada; General Mills Brasil One Ltda. (GENERAL MILLS ONE), CNPJ 15.715.537/0001-05, empresa controladora da YOKI/GENERAL MILLS e que foi incorporada pela fiscalizada; General Mills Brasil Ltda (GENERAL MILLS BRASIL), CNPJ 01.269.194/0001-981, empresa incorporada pela GENERAL MILLS ONE; General Mills Holding G (Netherlands) BV (GENERAL MILLS NETHERLANDS), CNPJ 15.364.932/0001-90, empresa holandesa controladora da GENERAL MILLS BRASIL; General Mills Holding BV (GENERAL MILLS HOLDING), CNPJ 12.510.296/0001-70, empresa holandesa, sócia minoritária da GENERAL MILLS BRASIL; General Mills International Business Inc (GENERAL MILLS INTERNATIONAL), empresa Americana do grupo General Mills; General Mills International Business Two Inc (GENERAL MILLS INTERNATIONAL TWO), empresa Americana do grupo General Mills; General Mills, Inc (GENERAL MILLS INC), empresa Americana do grupo General Mills, primeira adquirente da YOKI; Yoplait Opco Cooperatief UA (YOPLAIT), empresa holandesa do grupo General Mills no exterior.*

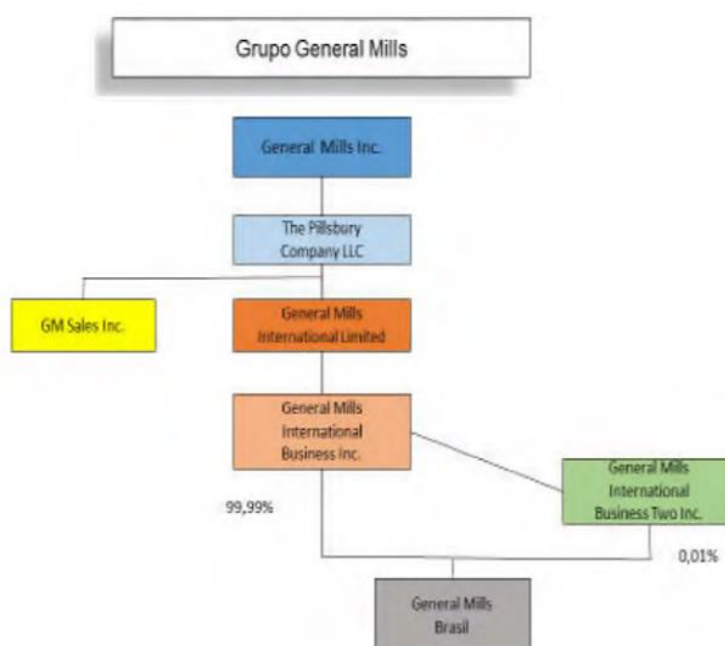
- IV. Vejamos, então, as diversas etapas que constituíram a reorganização societária para a aquisição da YOKI. No início de 2012, a YOKI tinha como sócios a empresa ALDEINHA PARTICIPAÇÕES e diversos sócios pessoas físicas:

Início de 2012 - Organograma 01

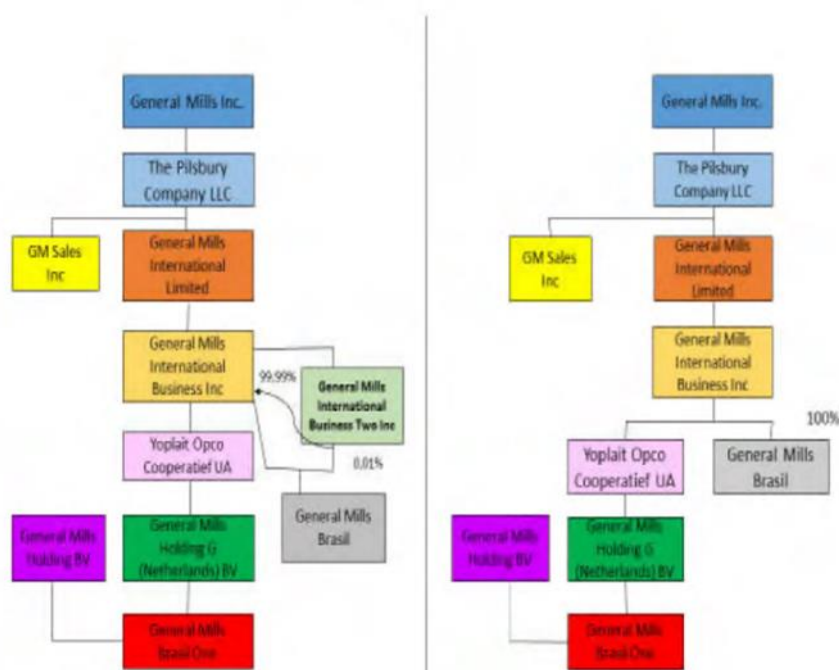


- V. O grupo GENERAL MILLS, por sua vez, era representado no Brasil pela empresa GENERAL MILLS BRASIL, que tinha dois sócios americanos, a GENERAL MILLS INTERNATIONAL e a GENERAL MILLS INTERNATIONAL TWO, com 99,99% e 0,01% de participação, respectivamente.

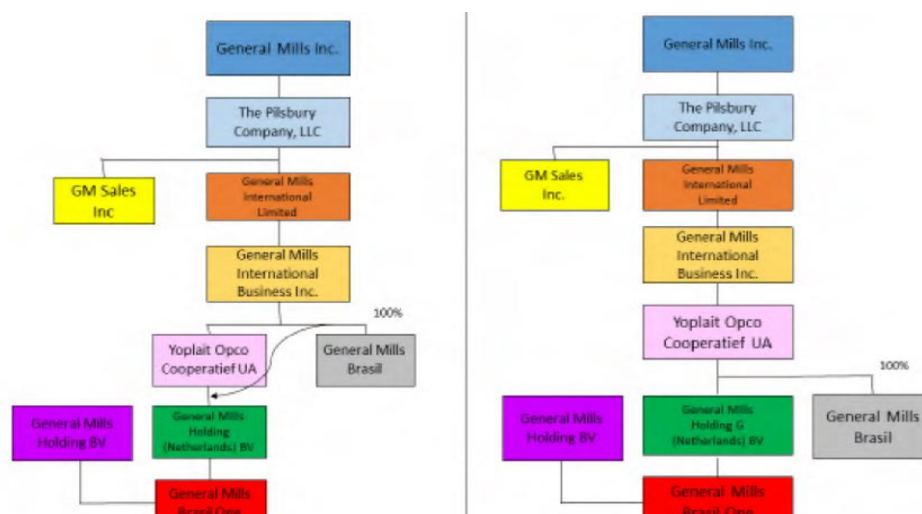
Organograma 02



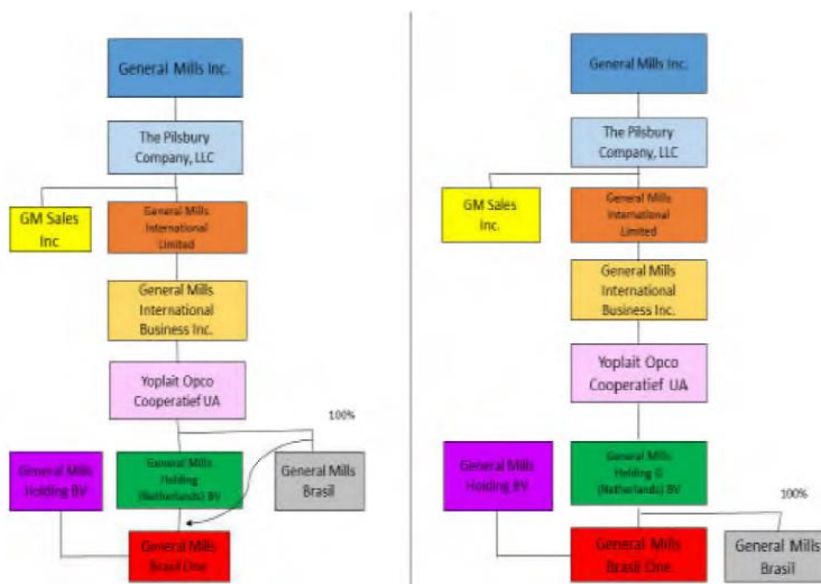
- Organograma 03 – Fase anterior a 20/07/2012, data da incorporação da General Mills Brasil**



- 5

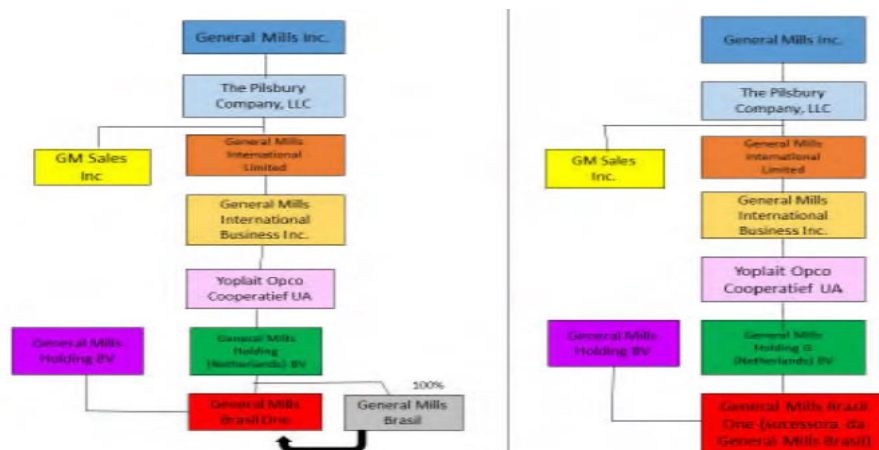
Organograma 04 – Data em que ocorreu a incorporação da General Mills Brasil

- XI. Em 19/07/2012, a YOPLAT contribuiu, a preço de custo, sua participação na GENERAL MILLS BRASIL para a GENERAL MILLS NETHERLANDS. Tal operação foi realizada a preço de custo, conforme 39ª alteração e consolidação do contrato social da General Mills Brasil.

Organograma 05 – Data em que ocorreu a incorporação da General Mills Brasil

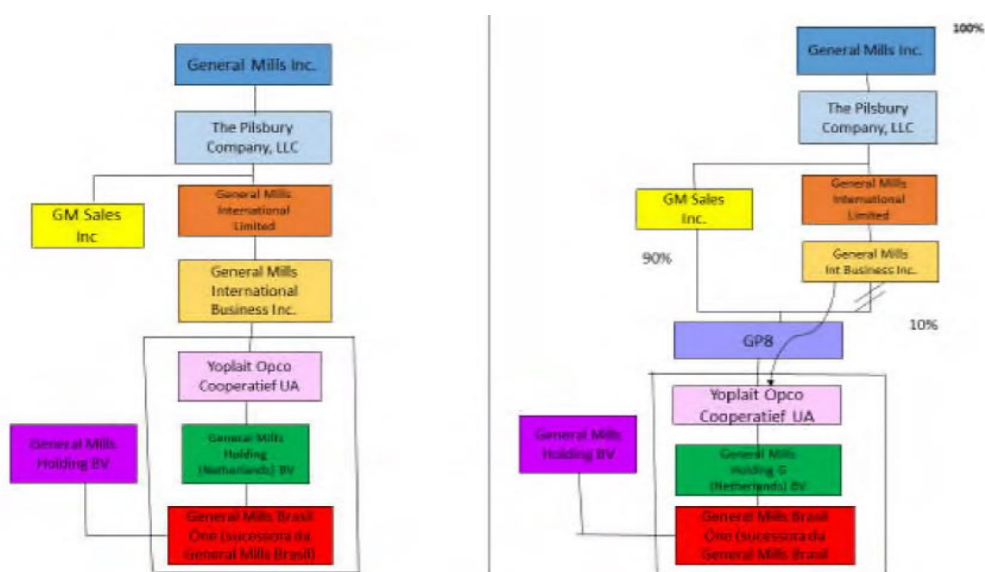
- XII. Em 20/07/2012, a GENERAL MILLS ONE incorporou a GENERAL MILLS BRASIL e teve o seu capital aumentado para R\$ 28.607.943,00:

Organograma 06 -Incorporação da General Mills Brasil



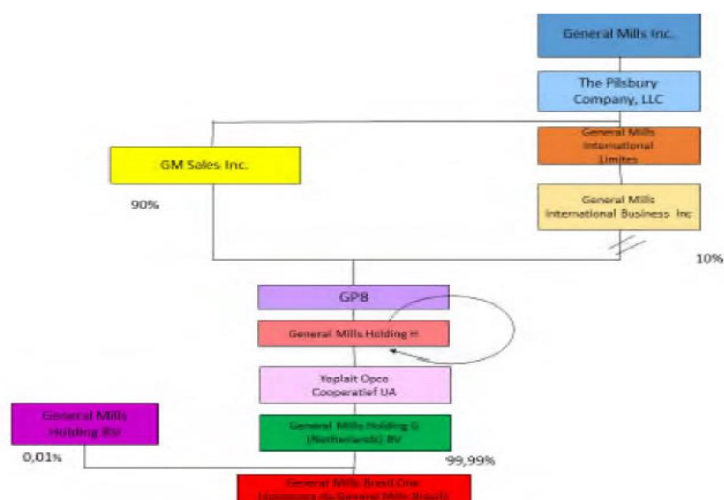
- XIII. Ainda em 20/07/2012, a GENERAL MILLS INTERNATIONAL vendeu sua participação na YOPLAIT para outra empresa do grupo (GP8), detida no percentual de 90% pela GM Sales, Inc. e indiretamente 10% pela GENERAL MILLS INTERNATIONAL.

Organograma 07 – fase anterior a data de 31/08/2012, quando ocorreu a incorporação da General Mills Brasil



- XIV. Em 27/07/2012, a GP8 contribuiu sua participação na YOPLAIT para a GENERAL MILLS HOLDING H.:

Organograma 08

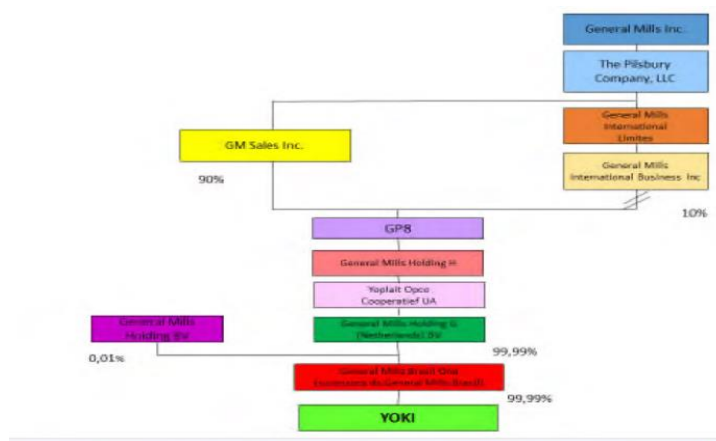


XV. Também em 27/07/2012, nos termos da Seção 8.11 do memorando de compra assinado em 24/05/2012, a empresa adquirente da YOKI foi alterada de GENERAL MILLS INC (americana) para GENERAL MILLS ONE (brasileira).

XVI. Em 01/08/2012, foi concluída a compra da YOKI pelo grupo GENERAL MILLS, no montante de R\$ 1,75 bilhão, baseando-se nas informações contidas no laudo elaborado pela empresa Ernst & Young. O ágio foi de R\$ 1.487.444.000,00 e o valor do patrimônio da YOKI, conforme balanço patrimonial obtido em 31/07/2012 era de R\$ 262.944.000,00.

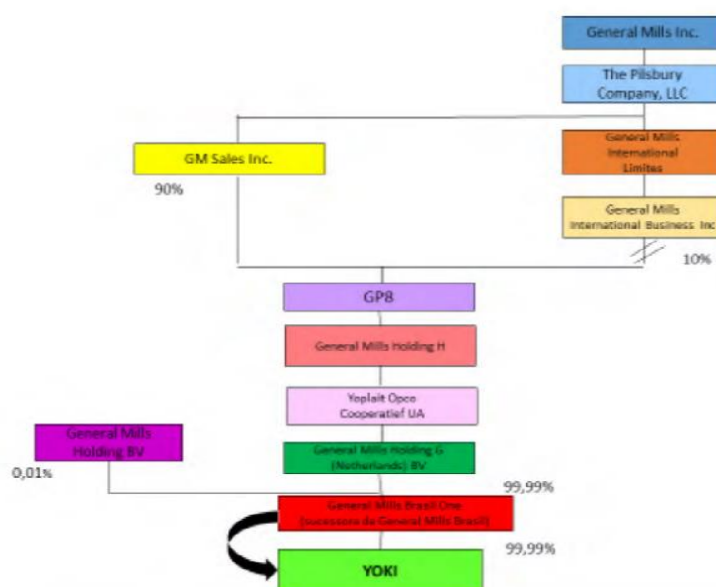
XVII. Por não possuir capital suficiente para a compra, a empresa adquirente GENERAL MILLS ONE recebeu aportes de capital das sócias estrangeiras GENERAL MILLS NETHERLANDS e GENERAL MILLS HOLDING. Constituída em 23/04/2012, o seu capital foi aumentado de R\$ 10.000,00 para R\$ 1.998.607.943,00 em um curto prazo de aproximadamente três meses e meio, com a integralização de quotas em moeda corrente em três parcelas: i) R\$ 439.250.000,00 em 26/07/2012; ii) R\$ 1.317.750.000,00 em 27/07/2012; e iii) R\$ 213.000.000,00 em 14/08/2012.

Aquisição da Yoki – Organograma 09

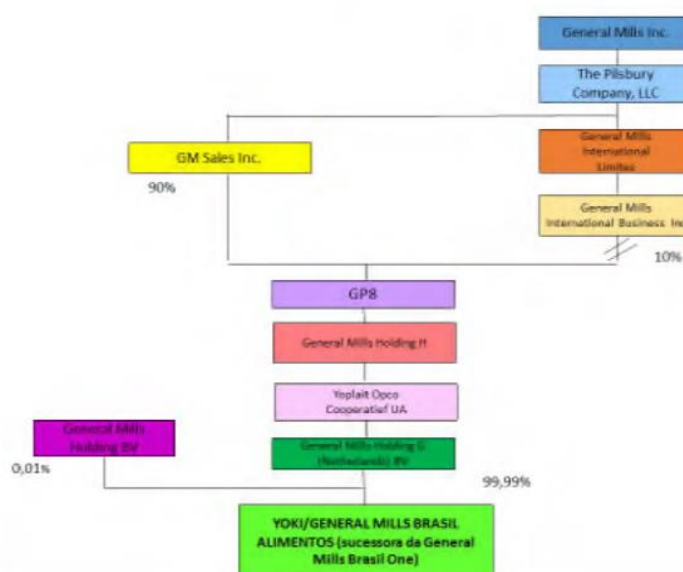


XVIII. Em 31/08/2012, a GENERAL MILLS ONE foi incorporada pela YOKI, ocorrendo, portanto, uma incorporação reversa e a YOKI passou a assumir a dívida da compra dela mesma. Os ex-sócios da incorporada GENERAL MILLS ONE, as holandesas GENERAL MILLS NETHERLANDS e a GENERAL MILLS HOLDING, passaram a ser os novos sócios da YOKI. Deste modo, todo o capital subscrito na primeira teve origem no exterior.

Incorporação da General Mills Brasil One – Organograma 10



XIX. Esta é a estrutura das empresas, resultado das operações de incorporações. A YOKI alterou sua denominação social para “GENERAL MILLS BRASIL ALIMENTOS LTDA” em 18/07/2014 – 4ª alteração do contrato social da YOKI ALIMENTOS LTDA.



XX. Após o evento da incorporação (31/08/2012), a fiscalizada YOKI (GENERAL MILLS) passou a amortizar o vultoso ágio que estava registrado na GENERAL MILLS ONE e que depois foi transferido para a empresa incorporadora.

Apropriação do ágio pela General Mills Alimentos Ltda

6. Este ágio passou a ser amortizado a partir do mês de setembro/2012 e seguintes.

7. Segundo informou a fiscalizada, os valores amortizados no ano-calendário de 2014 foram alocados na linha 167 dos registros “M300-Demonstração do Lucro Real” e “M350-Demonstração da base de cálculo da CSLL”. O controle do saldo a amortizar estava indicado na conta 1.12.40.007 do registro “M500 - Controle de Saldos das Contas do e-lalur e do e-lacs”.

8. No ano-calendário de 2015, os valores amortizados foram informados na linha 167.01 dos registros “M300-Demonstração do Lucro Real” e “M350-Demonstração da Base de cálculo da CSLL”. E o controle do saldo a amortizar estava indicado na conta 1.12.40.007 do registro “M500-Controle de Saldos das Contas do e-lalur e do e-lacs”.

9. Os valores de amortização do ágio apresentados pela fiscalizada, nos anos de 2014 e 2015 são os seguintes:

ANO/MÊS	2014	2015
JANEIRO	12.395.366,67	12.395.366,67
FEVEREIRO	12.395.366,67	12.395.366,67
MARÇO	12.395.366,67	12.395.366,67
ABRIL	12.395.366,67	12.395.366,67
MAIO	12.395.366,67	12.395.366,67
JUNHO	12.395.366,67	12.395.366,67
JULHO	12.395.366,67	12.395.366,67
AGOSTO	12.395.366,67	12.395.366,67
SETEMBRO	12.395.366,67	12.395.366,67
OUTUBRO	12.395.366,67	12.395.366,67
NOVEMBRO	12.395.366,67	12.395.366,67
DEZEMBRO	12.395.366,67	12.395.366,67
TOTAL	148.744.400,04	148.744.400,04

10. A General Mills Brasil Alimentos Ltda, passou a amortizar os ágios provenientes da aquisição da Yoki, desde o ano-calendário de 2012, conforme apurado por prévia fiscalização, que resultou no auto de infração referente ao Processo Administrativo Fiscal nº 16561.720.021/2017-86 (AC 2012-2013).

11. Para os anos-calendário 2016 a 2018, conforme também apurado pela fiscalização, que resultou no auto de infração referente ao Processo Administrativo Fiscal nº 17459.720.019/2021-23.

12. A fiscalização entendeu que o ágio gerado na aquisição da YOKI ALIMENTOS S/A no valor de R\$ 1.487.444.000,40, contabilizado pela GENERAL MILLS BRASIL ONE com fundamento na expectativa dos resultados futuros da adquirida, não pode ser amortizado. A Lei nº 9.532/97 não seria aplicável porquanto não cumprida a hipótese da confusão patrimonial, que também tornaria impossível a recuperação do ágio na alienação do investimento. Assim, glosou os valores amortizados.

13. Subsidiariamente, entendeu que parte do valor que foi deduzido nas bases de cálculo não deve ser amortizado, em razão da inobservância dos requisitos legais (dedutibilidade indevida dos valores relativos às marcas e decorrentes da avaliação de ativos não sujeitos à depreciação/amortização).

Dedutibilidade indevida dos valores relativos às marcas e decorrentes da avaliação de ativos não sujeitos à depreciação/amortização.

14. Da leitura do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, em especial o inciso II e o § 2º, o qual é retratado no artigo 385 do RIR/99, Decreto nº 3.000, de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda de 1999), a fiscalização afirma exsurgirem alguns requisitos a serem observados quando se trata de aquisição e posterior amortização de investimento com ágio:

“Desdobramento do custo de aquisição

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: (grifo nosso)

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

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

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

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

[...]

15. Enfatiza a autoridade fiscal que determinado o valor do ágio, a legislação tributária estabelecia a obrigatoriedade da indicação do fundamento econômico que lhe deu causa, sendo que eram previstos três fundamentos:

a) Ágio decorrente do valor de mercado dos ativos da investida ser maior que o seu valor patrimonial.

b) Ágio por expectativa de rentabilidade futura e,

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

16. Menciona a doura fiscalização que pela leitura dos fundamentos do citado dispositivo legal, depreende-se que:

letra a: o ágio a valor de mercado era originário de um ativo tangível;

letra b: era o próprio intangível decorrente da expectativa de rentabilidade futura e;

letra c: o valor do fundo de comércio ou de qualquer intangível não contabilizado (exceto o intangível decorrente da rentabilidade futura) deveriam ser classificados no 3º fundamento.

17. Destaca a fiscalização que no presente caso, temos o ágio por expectativa de rentabilidade futura, que deriva da interação dos ativos e da capacidade técnica e intelectual existente na empresa e tal interação dos ativos na consecução dos objetivos sociais da empresa gera uma

sinergia, redundando em benefícios econômicos futuros, que não são identificados individualmente e reconhecidos separadamente.

18. E observa que ocorrendo a incorporação, fusão ou cisão, o ágio por expectativa de rentabilidade futura torna-se dedutível na apuração do Imposto de Renda – PJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, conforme permissiva constante do inciso III do artigo 7º da Lei nº 9.532/97, em um prazo mínimo de 60 meses:

“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 1997:

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.”

19. A autoridade autuante, destaca que, ativos intangíveis como marcas, por exemplo, não deveriam fazer parte do ágio por expectativa de rentabilidade futura, vez que identificados e avaliados individualmente, devendo ser classificados no terceiro fundamento econômico listado acima (letra ‘c’) e não estão sujeitos à amortização.

Obrigatoriedade de separar os componentes do preço de aquisição

20. Observou-se que antes da Lei nº 12.973/2014, não havia vedação para que houvesse mais de um fundamento econômico do ágio, isto é, a aquisição poderia ser feita pagando-se um adicional sobre o valor dos ativos contabilizados por estarem subavaliados em relação ao valor de mercado, um adicional por ter uma expectativa de uma rentabilidade futura, ou também, com base em intangíveis que não estavam contabilizados Mas , menciona que é falsa a ideia de que o fundamento pudesse ser escolhido ao bel prazer no momento da aquisição.

A neutralidade tributária

21. A douta autoridade fiscal menciona sobre a Lei nº 11.941/2009 que instituiu o Regime Tributário de Transição (RTT) e estabeleceu que as alterações introduzidas nos métodos e critérios contábeis pela Lei nº 11.638/2007 e pela própria Lei nº 11.941/2009 não teriam efeitos para fins de apuração do lucro real da pessoa jurídica sujeita ao RTT, devendo ser considerados, para fins tributários, os métodos e critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007.

22. Observa que a alteração do art. 20 do DL 1.598/77, promovida pela Lei nº 12.973/2014, tornou a redação mais explícita, evitando, inclusive, que valores não amortizáveis fossem considerados como ágio por expectativa de rentabilidade futura, passando a exigir, primeiramente, o reconhecimento dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos a valor justo e, posteriormente, do ágio por rentabilidade futura (goodwill) ou do ganho proveniente de compra vantajosa.

23. Relata que a alteração da legislação societária teve como objetivo harmonizar as normas contábeis brasileiras com as normas internacionais emitidas pelo *International Accounting Standards Board – IASB* e não influenciou na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Desdobramento da contabilidade em subcontas no ano-calendário de 2015 – ágio

24. A Fiscalização relata que intimada a apresentar esclarecimentos quanto a divergência de valores do ágio por rentabilidade futura identificada entre as contas contábeis nº 1.1.2.4.0007.112.407 e 112407, a fiscalizada respondeu que “para atendimento ao disposto na IN RFB n. 1.515/2014 (artigos 163 a 168), apresentou uma tabela onde evidencia as diferenças entre a contabilidade societária e a fiscal em subcontas, utilizando a data base de 31/12/2013, quando a conta 112407 apresentava o saldo de R\$ 743.398.363,56, sendo que na composição deste saldo, apenas o valor de R\$ 743.131.819,30 referia-se ao Ágio por Rentabilidade Futura; a diferença identificada foi regularizada em 2015”:

31/12/2013	Ágio por Rentabilidade Futura	743.131.819,30
31/12/2013	Ponto Lojas HD	266.544,26
31/12/2013	Saldo Total Conta	743.398.363,56
31/08/2015	Reclassificação Ponto Lojas HD	-266.544,26
31/08/2015	Regularização Ágio	180,70
31/12/2015	Saldo Total Conta	743.132.000,00

25. Detalha, ainda, os valores que compuseram o ágio gerado na operação de aquisição da YOKI:

Valor pago na aquisição da Yoki Alimentos		1.750.000.000,00
Valor contábil dos ativos adquiridos		-262.944.000,00
Provisão para imposto de renda e contribuição social diferidos		388.000,00
Ágio		1.487.444.000,00
112.407	Ágio por Rentabilidade Futura	743.132.000,00
112.411	Ágio por Rentabilidade Futura (subconta adoção inicial)	-744.312.000,00
112.412	Ágio por Rentabilidade Futura (subconta auxiliar adoção inicial)	744.312.000,00
132.103	Terrenos - Mais Valia 2012	32.345.000,00
132.204	Edifícios - Mais Valia 2012	62.899.000,00
132.305	Equipamentos - Mais Valia 2012	68.980.000,00
132.803	Marcas Yoki	434.777.000,00
132.804	Marcas Kitano	85.487.000,00
132.805	Cust. Relationship	36.024.000,00
132.807	Outros Intangíveis	10.000.000,00
112.104	Produto Acabado	13.800.000,00
Ágio		1.487.444.000,00

26. A autoridade fiscal conclui que o contribuinte interpretou o art. 385 do RIR/99, para calcular o ágio por expectativa de rentabilidade futura, de uma forma que lhe trouxesse vantagem tributária indevida. Os razões das contas 132.103 (terrenos), 132.204 (edifícios), 132.305 (equipamentos), 132.803 (Marcas Yoki) e 132.804 (Marcas Kitano), que foram incluídos no valor total do ágio, tratam de fundo de comércio ou intangível e são classificados no inciso III, § 2º do citado artigo.

27. Relata a autoridade autuante que não é cabível o entendimento de que a fundamentação do ágio, sob a égide do antigo artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, seria de livre escolha do contribuinte na época em que surgiu o ágio nas operações efetuadas pelo Grupo General Mills. Marcas, terrenos, edifícios e equipamentos são classificados como fundo de comércio e intangível e não podem ser englobados no ágio gerado na expectativa de rentabilidade futura, como fez a fiscalizada.

28. Observa que o § 3º do citado artigo obrigava que os fundamentos, referentes às letras 'a' e 'b', fossem baseados em demonstração que os comprovasse, ou seja, que se indicassem as verdadeiras razões que motivaram o pagamento do ágio e ainda que a fiscalizada não apresentou uma demonstração para seu ágio fiscal, haja visto que o laudo de rentabilidade futura elaborado pela Ernst & Young apresentado como suporte ao ágio serviu mais como balizador do preço a ser pago pelo investimento do que propriamente uma demonstração do ágio por rentabilidade futura.

Mandado de Segurança nº 5004335-50.2017.4.03.6114 e glosa dos valores (2012 e 2015) - exclusão da base de cálculo do IRPJ e da CSLL dos montantes de benefícios fiscais/financeiros de ICMS (subvenções).

29. A fiscalizada informa que impetrou o Mandado de Segurança Nº 5004335-50.2017.4.03.6114 junto à 3ª Vara Federal de São Bernardo do Campo pleiteando o reconhecimento do direito de excluir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL os montantes de benefícios fiscais/financeiros de ICMS (subvenções), bem como reaver eventuais pagamentos indevidos a tal título em relação aos anos de 2012 a 2016, inclusive por meio de ajuste de prejuízos fiscais em tais anos. Obteve sentença favorável, confirmada em 2ª instância, que transitou em julgado.

30. Relata que a decisão judicial autorizou a retificação das ECFs dos anos-calendário de 2014 e 2015, porém não alterou valores referentes à verificação do ágio gerado pela reestruturação societária na aquisição da YOKI. Intimada, a fiscalizada informou que utilizou saldos de prejuízo fiscal e base negativa de CSLL referente ao ano-calendário de 2012, no montante de R\$ 18.081.040,32, na consolidação do PERT - Demais Débitos. Manifestou interesse em aproveitar, no lançamento fiscal, os saldos de prejuízos fiscais e de base negativa da CSLL.

Multa de ofício. Qualificação

31. A fiscalização entendeu que o complexo procedimento envolvendo as tratativas com vistas à aquisição da participação societária, o qual requer avaliação jurídica, econômica, financeira, contábil, etc. do negócio e como consequência exige a intervenção de vários profissionais altamente especializados, foi efetuado no exterior e restou concluído mediante a assinatura do acordo de compra e venda, estando a parte compradora sediada fora do País.

32. Observa que a GENERAL MILLS sabia que ao adotar tal configuração para o negócio jurídico que o registro do investimento na controladora, efetiva compradora, sediada na Holanda, somente lhe permitiria o aproveitamento fiscal do ágio no momento da alienação da participação societária ou da extinção do investimento na YOKI.

33. A fiscalização entende que foi adotado conduta simulatória que consistiu em criar a aparência de que a aquisição se dera por empresa controlada residente no Brasil, de modo a possibilitar a amortização do ágio, mediante a incorporação dos patrimônios da adquirida e da GENERAL MILLS BRASIL ONE. Há clara divergência entre a *intentio facti* e a *intentio juris*, típica da simulação relativa.

34. Assim, com a cessão para a GENERAL MILLS BRASIL ONE do direito à aquisição da participação societária da YOKI, inicia-se a produção concatenada de uma série de atos simulados. A pessoa jurídica brasileira, embora constituída e funcionando há quinze anos, estava, a partir da concretização do negócio, destinada a não perdurar. Foi utilizada como canal de passagem dos recursos necessários para a aquisição da YOKI e para dar a necessária aparência de aderência à legislação tributária dos atos que se seguiriam, que exigiam a confusão dos patrimônios da adquirente e da adquirida.

35. Cita que conforme artigos 966, 981 e 982 da Lei nº 10.406/2002, - Código Civil (CC), as sociedades têm como finalidade a realização de negócios que caracterizem o exercício de atividade econômica, materializada pela produção e circulação de bens e serviços, mediante organização de fatores de produção, capital, trabalho, etc. A formação das sociedades está adstrita ao ânimo do exercício de atividade econômica. E sem esta atividade econômica, está caracterizada a ausência de propósito societário e a motivação para a própria celebração do contrato de sociedade.

36. Observa que a fiscalizada, GENERAL MILLS BRASIL ALIMENTOS LTDA, juntamente com sua controladora GENERAL MILLS NETHERLANDS, agiu dolosamente de forma a se beneficiar com a amortização de ágio transferido artificialmente, com o resultado na redução indevida do IRPJ e da CSLL no período fiscalizado de janeiro de 2014 a dezembro de 2015.

37. As peças probatórias revelam que a principal conduta adotada foi a de impedir, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador, excluir ou modificar suas características essenciais, de modo a reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, tendo como resultado, a falta de pagamento destes tributos, em montantes proporcionais ao ágio amortizado, transferido para a fiscalizada por meio de empresa veículo criada exclusivamente para essa finalidade.

38. A autoridade autuante menciona que o dolo, neste caso, é a intenção de ludibriar o fisco, visando redução indevida da base tributária, revela-se pela interposição de pessoa jurídica com o intuito de dissimular o real sujeito da relação jurídica, o verdadeiro comprador da participação societária, que não poderia usufruir da amortização na hipótese de incorporação.

39. Observa que, após a integração dos patrimônios da YOKI e da GENERAL MILLS BRASIL ONE, o controle da adquirida passa diretamente para a GENERAL MILLS HOLDING G., evidenciando a real proprietária da participação societária da YOKI, que havia sido ocultada.

40. E que não se pode aceitar o argumento da prática de mera conduta culposa, na medida em que se mantém o investimento registrado no balanço da GENERAL MILLS HOLDING G, disponível

para aproveitamento fiscal futuro e, ao mesmo tempo, promove-se a amortização do sobrepreço pago na apuração dos tributos devidos pela adquirida.

41. Fundamenta a aplicação da multa qualificada no artigo 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que menciona intuito de fraude em sua redação original e que, na atual, limita-se a remeter aos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964. Nesses termos, o que qualifica o agir do sujeito passivo como sonegação ou fraude é o dolo. Significa, portanto, que basta evidenciar o dolo para que se justifique a qualificação da multa de ofício.

Da Responsabilidade solidária

42. A fiscalização afirma que os diretores e representantes da General Mills são responsáveis pelos atos praticados com infração de lei ou excesso de poderes, porque criaram condições artificiais para justificar a amortização indevida de um ágio que não poderia ser amortizado. Deste modo, é aplicável o artigo 135, II, do CTN.

43. Que os administradores respondem solidariamente, perante a sociedade e terceiros prejudicados (Fazenda Pública, inclusive), por culpa no desempenho de suas funções, ou seja, pelos fatos decorrentes de sua má gestão, consoante disposto no artigo 1.016 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

44. Que o ato ilícito ensejador da responsabilidade tributária do administrador pode ser tanto culposo quanto doloso, mas tanto um quanto outro satisfaz a hipótese do artigo 135 do CTN, consoante manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no Parecer PGFN/CRJ/CAT nº 55/2009. O referido parecer concluiu, ainda, que o terceiro que for administrador e cometer o ato ilícito no exercício da gerência da empresa responde solidariamente com a pessoa jurídica pelo pagamento do crédito tributário, sendo sua responsabilidade autônoma da obrigação da empresa quanto ao nascimento, à natureza e à cobrança, mas subordinada quanto à existência, validade e eficácia.

45. Assim, sem prejuízo das consequências atinentes à esfera penal, impõe-se a responsabilização de diretores e representantes das pessoas jurídicas que participaram das transações, à época dos fatos geradores. Em decorrência dos cargos que ocupavam, essas pessoas possuíam relevantes poderes administrativos (e decisórios) sobre atos praticados em nome da empresa, incluído o artifício doloso, demonstrado pela fiscalização, para redução dos tributos devidos através da amortização de despesas com ágio.

46. Conclui a fiscalização que com base no art. 135, III, do CTN, foram serão notificados como responsáveis solidários:

a. JORGE FERNANDO KOURY LOPES, procurador das empresas GENERAL MILLS INTERNATIONAL e GENERAL MILLS INTERNATIONAL TWO., empresas estas únicas sócias da GENERAL MILLS BRASIL, conforme 36ª Alteração Contratual de 27/06/2012, registrada na Jucesp;

b. **MELISSA CARVALHO KANO**, procuradora das empresas GENERAL MILLS NETHERLANDS e GENERAL MILLS HOLDING, únicas sócias da GENERAL MILLS ONE, conforme o Instrumento Particular de Constituição desta última;

c. **PRISCILA DOS REIS PIZANO**, Diretora e Representante da GENERAL MILLS ONE, conforme 2ª Alteração Contratual datada de 23/05/2012, registrada na Jucesp;

d. **SEAN NATHAN WALKER**, jamaicano, empresário, Diretor Presidente da GENERAL MILLS BRASIL, conforme 37ª, 38ª e 39ª Alterações Contratuais registradas na Jucesp;

e. **JAIME WELTER CALLEYA**, eleito Diretor Comercial da GENERAL MILLS BRASIL, conforme 36ª, 37ª, 39ª Alterações Contratuais registradas na Jucesp;

f. **WALDEMAR THIAGO JÚNIOR**, eleito Diretor de Marketing da GENERAL MILLS BRASIL, conforme 36ª, 37ª, 38ª e 39ª Alterações Contratuais registradas na Jucesp;

g. **CRISTIANE MARI YAMAMOTO RETES**, eleita Diretora de Recursos Humanos da GENERAL MILLS BRASIL, conforme 36ª, 37ª, 38ª e 39ª Alterações Contratuais registradas na Jucesp; e

h. **WELLINGTON PASSIANI PAUPERIO**, eleito Diretor de Logística da GENERAL MILLS BRASIL, conforme 36ª, 37ª, 38ª e 39ª Alterações Contratuais registradas na Jucesp.

47. Observa a autoridade autuante que o Sr. Jorge Fernando Koury Lopes, representante das empresas GENERAL MILLS INTERNATIONAL e GENERAL MILLS INTERNATIONAL TWO, sócias da GENERAL MILLS BRASIL, e os diretores desta última (responsáveis “d” a “h”, conforme as 36ª, 37ª, 38ª e 39ª Alterações do Contrato Social), anteriormente à época da sua incorporação pela GENERAL MILLS ONE, foram aqueles que decidiram por proceder à reestruturação societária que suscitou na aquisição da YOKI, da forma como esta foi estruturada (incorporação da GENERAL MILLS BRASIL pela “veículo” GENERAL MILLS ONE, aquisição da YOKI e incorporação da GENERAL MILLS ONE pela YOKI).

48. E que a Sra. Melissa Kano era a representante das empresas GENERAL MILLS NETHERLANDS e GENERAL MILLS HOLDING, que eram as sócias da GENERAL MILLS ONE, aparecendo no Instrumento de constituição desta última. As duas primeiras, após a incorporação da GENERAL MILLS BRASIL pela GENERAL MILLS ONE, passaram a ser, portanto, as novas sócias da incorporada. Não há como negar a sua participação nas operações de reestruturação societária.

49. E ainda a sra. Patrícia dos Reis Pizano era a representante da empresa GENERAL MILLS ONE, nas operações de incorporação desta última pela YOKI.

Das multas isoladas

50. A fiscalização relata que conforme se verifica nas ECF dos anos-calendário de 2014 e 2015, o contribuinte apurou o seu resultado tributável pela sistemática do lucro real anual. Em razão da amortização do ágio, deixou de recolher valores a título de estimativas mensais de IRPJ e CSLL,

ensejando a aplicação de multas isoladas, nos termos do art. 44, II, da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007, conforme demonstrativos às fls. 2079/2081.

51. Finaliza que em face das constatações, além da autuação objeto deste processo (16561.720077/2019-01), foi também formalizada a Representação Fiscal para Fins Penais que deu origem ao processo nº 16561.720092/2019-41, apensado ao presente lançamento.

52. Ciente da autuação o interessado apresenta impugnação administrativa (e-fls. 2546/2592), em 18/12/2019.

53. Os responsáveis solidários foram cientificados por AR via postal nas seguintes datas: Melissa Carvalho Kano e Jorge Fernando Koury Lopes (21/11/2019); Cristiane Mari Yamamoto Retes, Priscila dos Reis Pizzano, Jaime Welter Calleya, Valdemar Thiago Junior e Wellington Pasiani Pauperio (19/11/2019). O responsável solidário Sean Nathan Walker foi cientificado por edital eletrônico n. 006257805 em 02/12/2019 (v. e-fls. 2206, 2205, 2203, 2207, 2204, 2208 e 2209) e também apresentaram as respectivas impugnações.

54. O contribuinte apresentou os seguintes argumentos:

1. O ágio em questão foi apurado em operação ocorrida em 2012, pela qual a General Mills Brasil One Ltda. ("GMBOne") adquiriu 100% do capital social da Yoki Alimentos S.A. ("YOKI"), antiga denominação da ora Impugnante;
2. Antes da aquisição da YOKI, o Grupo General Mills já atuava no Brasil há muitos anos por meio da empresa General Mills Brasil Ltda. ("GMB"), a qual explorava produtos de marcas como HÄAGEN DAZS e NATURE VALLEY;
3. No contexto de uma reestruturação global do Grupo, a GMB foi incorporada pela GMBOne. Nesse seguir, a GMBOne, como empresa efetivamente operacional, sucedeu todos os direitos e deveres, inclusive a exploração das referidas marcas HÄAGEN DAZS e NATURE VALLEY. Tal incorporação não gerou qualquer vantagem tributária.
4. Com o objetivo de expandir as suas atividades no setor de alimentos, a GMBOne adquiriu, em 2012, 100% do capital social da YOKI. Assim, a GMBOne continuou a exploração direta dos produtos com os quais já trabalhava (HÄAGEN DAZS e NATURE VALLEY, por exemplo), bem como passou a controlar a YOKI, que explorava um leque de outros produtos alimentícios;
5. A aquisição da YOKI pela a GMBOne foi firmada no valor de 1.750.000.000,00, pago em dinheiro. Em face dessa operação, a GMBOne apurou ágio no valor de R\$ 1.487.444.000,00, fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, conforme demonstrativo elaborado por auditoria independente em conformidade com o parágrafo 3º do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977. Do lado dos antigos acionistas da

Yoki, a operação em tela ocasionou a apuração de ganho de capital, apto a gerar reflexos nas apurações de seus anteriores acionistas.

6. Por fim, a GMBOne foi incorporada pela YOKI, que sucedeu todos os seus direitos e deveres, com destaque à exploração das marcas HÄAGEN DAZS e NATURE VALLEY.
7. Ademais, a YOKI passou a amortizar fiscalmente o ágio em questão à razão de 1/120, conforme autorizado pelo artigo 7º, inciso III, da Lei nº 9.532/1997.
8. Cumpre observar que os efeitos fiscais de tal operação já foram objeto de fiscalização, que resultou na autuação discutida nos autos do PAF nº 16561.720021/2017-86 (abrangendo os anos-calendário 2012 e 2013), no qual a qualificação da multa de ofício e a atribuição de responsabilidade tributária foram afastadas tanto pela DRJ quanto pelo CARF. Por sua vez, a autuação fiscal ora impugnada abrange as amortizações fiscais do referido ágio referentes aos anos-calendário de 2014 e 2015.
9. Os elementos a seguir não foram questionados pelo Auto de Infração. Essa consideração é de suma importância, pois a regularidade de tais fatores pela fiscalização conduz à legitimidade do ágio conforme diversos julgamentos proferidos pelo CARF. Vejamos:
 - I) *o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio, em dinheiro, no valor de R\$ 1.750.000.000,00;*
 - II) *a realização das operações entre partes não ligadas: de um lado, as ações da Yoki foram adquiridas pela GMBOne, e de outro, essas ações foram vendidas pelos membros da família Matsunaga (como bem relata o TVF);*
 - III) *a apresentação de laudo contemporâneo à aquisição: a Impugnante apresentou relatório de “Avaliação Econômico-financeira da Yoki Alimentos S.A.” (fls. 770 a 832), o qual justifica o ágio pago na aquisição, nos termos da legislação à época vigente;*
 - IV) *o valor do sobre-preço pago pela GMBOne, no valor de R\$ 1.487.444.000,00: confirmado pela fiscalização na página 15 do TVF;*
 - V) *subscrição e integralização, em dinheiro, do capital da GMBOne no valor de R\$ 1.970.000.000,00: confirmada na página 15 do TVF; e*
 - VI) *incorporação da GMBOne pela YOKI, ora Impugnante: confirmada na página 17 do TVF.*
10. Nenhum dos fatos acima foi objeto de questionamentos por parte do TVF. Logo, qualquer discussão a eles relacionada encontra-se fora dos limites da lide instaurada nestes autos.
11. Por sua vez, conforme se extrai do TVF, os pontos controvertidos no presente processo administrativo, e que fundamentaram o Auto de Infração, são os seguintes:

- i) *os recursos empregados no pagamento do preço de aquisição das ações da Yoki teriam sido integralizados capital social da GMBOne pela General Mills Holding G (Netherlands) B.V. ("GMNetherlands"). A GMNetherlands seria, então, a real adquirente das ações da Yoki (páginas 15, 26 e 30 do TVF);*
 - ii) *o ágio apurado no balanço patrimonial de GMBOne teria sido registrado como "reflexo contábil" do investimento registrado na contabilidade de GMNetherlands (páginas 27 e 28 do TVF);*
 - iii) *a GMBOne seria uma "empresa veículo" sem substância nem função efetiva na aquisição das ações da Yoki, exceto a de "gerar" o ágio amortizado depois da incorporação (páginas 24 e 25 do TVF). as operações societárias, registradas nos respectivos órgãos competentes, teriam sido "simuladas", carecendo de "propósito negocial" porque fizeram uso de "empresa veículo" (páginas 49 a 55 TVF);*
 - iv) *A ausência de custos de produção, receitas de vendas, estoques, empregados e encargos sociais demonstraria a falta de "atividades operacionais" e comprovaria a função exclusiva da GMBOne de servir de veículo para a criação do ágio (página 24 do TVF);*
 - v) *a reorganização societária ocorrida exclusivamente no exterior, na qual as quotas da General Mills Brasil (incorporada pela GMBOne) foram transferidas de General Mills International Business Inc. e General Mills International Business Two Inc. para GMNetherlands; e a venda da participação em Yoplait Cooperatief U.A. para General Mills Holding H teria a finalidade de ocultar os sócios verdadeiros da GMBOne e evidencia o "objetivo oculto" de amortizar ágio indevido (página 51 do TVF);*
 - vi) *os atos societários realizados no Brasil teriam sido simulados, pois houve a manipulação das informações inseridas nesses documentos (páginas 54 e 55 do TVF);*
 - vii) *referida "manipulação" dos atos societários e a participação da GMBOne na aquisição das ações da Yoki teriam sido realizadas com o propósito de evasão de tributos e dificultar a identificação desse objetivo (página 51 do TVF); e*
 - viii) *o ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura seria de R\$ 743.132.000,00 (e não R\$ 1.487.056.180,70), conforme supostamente demonstraria o posterior desmembramento da contabilidade em subcontas (páginas 34 a 44 do TVF).*
12. A possibilidade de deduzir das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL as despesas com a amortização do ágio baseado em rentabilidade futura foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n' 9.532, de 10 de dezembro de 1997, que determina em seu artigo 7', inciso III.
13. O ágio de que trata a alínea "b" do parágrafo 2º do artigo 20 do Decreto-lei n' 1.598/1977 é aquele que tem como fundamento econômico o "valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros".

14. Após intenso debate, a jurisprudência do CARF se consolidou no sentido de estabelecer requisitos para que o ágio pago com base em expectativa de rentabilidade futura fosse considerado legítimo, e, por conseguinte, sua amortização dedutível.
15. Como se vê, são três os requisitos estabelecidos pela jurisprudência do CARF para que a amortização do ágio pago com base em expectativa de rentabilidade futura seja considerada dedutível: *i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas; iii) a demonstração da lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura.*
16. No presente caso, a operação jurídica cujos detalhes foram acima descritos atende a todos esses requisitos, e, por conseguinte, a dedutibilidade da amortização do ágio em questão deve ser reconhecida. De fato, houve: *(i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive do ágio; (ii) a realização das operações originais entre partes independentes; e (iii) a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a efetiva existência do ágio pago em razão da expectativa de rentabilidade futura, nos termos da legislação à época vigente.*
17. Ocorreu o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive do ágio. O preço acordado pelas partes pela aquisição de 100% das ações da Yoki foi de R\$ 1.750.000.000,00. Tal preço foi pago pela GMBOne em dinheiro. Os termos do pagamento foram definidos pelas partes no SPA.
18. Não há dúvidas, portanto, que o preço acordado pelas partes pela aquisição de 100% das ações da Yoki foi efetivamente pago pela GMBOne. Cumpre destacar que a autoridade fiscal não questionou o pagamento do preço de compra, fato este considerado incontroverso no presente processo administrativo.
19. A operação na qual foi apurado o ágio amortizado pela Impugnante foi realizada entre partes independentes, conforme reconhecido pelo próprio TVF. As alienantes da participação societária adquirida pela GMBOne eram os acionistas identificados como “Grupo Yoki”, grupo empresarial absolutamente independente do Grupo General Mills, do qual a GMBOne fazia parte.
20. Não há qualquer ligação entre a GMBOne (empresa do Grupo General Mills) com os antigos acionistas da YOKI (membros da família Matsunaga, ou mesmo a antiga Aldeinha Participações Ltda.). Por essa razão, impõe-se reconhecer que a aquisição se deu entre partes absolutamente independentes, como admitido pelo próprio Termo de Verificação Fiscal.
21. A lisura na avaliação da empresa adquirida e a existência do ágio pago em razão da expectativa de rentabilidade futura, pois o ágio fundado em

expectativa de rentabilidade futura foi apurado em demonstrativo elaborado pela Ernst & Young (fls. 770 a 832) segundo os critérios estabelecidos pelo artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, à época dos fatos.

22. O laudo elaborado pela Ernst & Young (fls. 770 a 832) cumpre com os requisitos para demonstração de que o negócio se deu em razão da expectativa da Impugnante quanto ao retorno financeiro do investimento por meio de lucros futuros, nos termos do Decreto-Lei nº 1.598/1977, art. 20, §2º, II. O fundamento para o pagamento do sobrepreço não teve qualquer relação com um suposto valor que se poderia eventualmente receber caso se decidisse alienar um ou outro bem da empresa, ainda que intangível (Decreto-Lei nº 1.598/1977, art. 20, §2º, I e III).
23. Este documento traz a análise sobre o mercado brasileiro à época da operação (fls. 783 a 785) e sobre a inserção da Yoki neste mercado (fls. 785). Na sequência, traz uma análise detalhada da indústria alimentícia e da empresa Yoki (fls. 787 a 798). O laudo, então, passa a projetar, num período determinado, o volume de vendas de cada um dos produtos fornecidos pela empresa, com base nas perspectivas de crescimento de mercado para cada um deles, bem como custos diretos e indiretos envolvidos na operação de vendas de maneira geral (fls. 806 e 810).
24. Uma vez analisado o mercado, a indústria em si, a empresa, suas demonstrações contábeis, a operação e os custos nela envolvidos, o laudo chega ao valor de aproximadamente R\$ 1.900.000.000,00 para o investimento. Isso significa dizer que, considerando a capacidade da empresa de gerar lucros futuros, este seria o valor capaz de remunerar os vendedores pelos lucros que deixariam de receber e viabilizar o investimento por parte dos compradores. É o preço de mercado, obtido com base na expectativa da compradora de que o investimento seria rentável.
25. Assim, o laudo é plenamente capaz de demonstrar que a Impugnante adquiriu a Yoki com sobrepreço pois acreditava no retorno sobre o investimento nos anos subsequentes à operação. Assim, não se pode aceitar qualquer alegação no sentido da invalidação da demonstração arquivada à época da operação para fins de comprovação da rentabilidade futura.
26. Vale observar que, no PAF nº 16561.720021/2017-86, que trata dos mesmos fatos e do mesmo ágio do caso presente (amortizações realizadas em 2012 e 2013), a autoridade fiscal concluiu que o ágio (todo ele) fundou-se em expectativa de rentabilidade futura. É o que se depreende do trecho do TVF lavrado naqueles autos, abaixo reproduzido (páginas 26 e 27): *“O interesse no patrimônio tangível e intangível desta empresa teria justificado, assim, o pagamento da “mais valia” pelo grupo*

GENERAL MILLS. Estas informações podem ser confirmadas também mediante o Laudo elaborado pela Ernst & Young em 04/01/2013, segundo o qual foram quantificados os valores reais da empresa e aqueles referentes à expectativa de rentabilidade futura da empresa YOKI (às fls. 613 a 616) (sic). Acerca do substrato econômico do ágio, esse aspecto é ainda mais inegável. A transferência de riquezas que deu origem ao ágio relacionado à aquisição da YOKI ocorreu de fato entre as empresas do grupo GENERAL MILLS e os antigos sócios da primeira.”

27. No presente caso, por sua vez, não há qualquer alegação quanto a eventual falha metodológica afeita ao demonstrativo preparado e arquivado pela Impugnante à época da operação. Nenhum apontamento sobre as premissas consideradas para a avaliação da rentabilidade futura da Yoki, sejam dados macroeconômicos ou a taxa de desconto considerada, foi suscitado pela autoridade fiscal. No lugar disso, o TVF alega que o laudo apresentado teria servido “mais como balizador do preço a ser pago pelo investimento do que propriamente uma demonstração do ágio por rentabilidade futura” (página 44 do TVF). Ora, se chegou a um preço determinado foi com base na análise da capacidade de empresa em gerar lucros.
28. Para que não restem dúvidas quanto à improcedência das alegações fiscais também no sentido de que a Impugnante teria amortizado indevidamente valores relativos a fundo de comércio e intangíveis (página 44 do TVF), note-se que o laudo traz o balanço patrimonial da Yoki entre os períodos de 2009 a 2011 (fls. 805). Conforme se verifica dos dados ali constantes, neste período, os valores atribuídos a intangíveis eram próximos a zero.
29. Assim, se o laudo elaborado à época da operação justificava o pagamento do sobrepreço com base na capacidade da empresa de gerar lucros, sem trazer quaisquer comentários sobre os intangíveis da adquirida – que sequer apresentavam valores significativos –, não é aceitável cogitar que o fundamento econômico do ágio não seria a expectativa de rentabilidade futura de que trata o Decreto-Lei nº 1.598/1977, art. 20, §2º, inciso II.
30. A lei não impunha um critério de precedência entre os fundamentos econômico trazidos pelo Decreto-Lei nº 1.598/1977, art. 20, §2º. Nesse sentido, deve-se ter em mente que uma mesma situação objetiva poderia ter fundamentos diversos, a depender do investidor interessado na aquisição do investimento. Isto é, enquanto a Impugnante estava disposta a pagar sobrepreço na monta de R\$ 1.487.444.000,00, outros investidores poderiam ofertar valores inferiores ou superiores, a depender de suas convicções quanto ao retorno do negócio.
31. De plano, os fundamentos trazidos pelo Decreto-Lei nº 1.598/1977, art. 20, §2º representam, todos, formas de chegar ao preço de mercado

estabelecido para a operação. Qualquer que seja o critério efetivamente eleito como fundamento para o ágio (ou seja, os motivos que levaram o comprador a pagar por determinado investimento preço superior ao seu valor patrimonial), ele justificará o preço estabelecido entre as partes.

32. A referida questão da contemporaneidade é de grande relevância ao presente caso. A contabilidade brasileira passou por transformação nos últimos anos, com a adoção de novos padrões contábeis. Na toada dessa alteração de padrões contábeis, o Pronunciamento Técnico n. 15, do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, passou a regular a contabilização das chamadas “Combinações de Negócios”, incluindo, entre outras coisas, o goodwill daí decorrente.
33. Nesse contexto, em 15/06/2015, cumprindo o que passou a ser exigido pela contabilidade, bem como as determinações da Lei 12.973/2014 e da Instrução Normativa 1515/2014, a Impugnante realizou uma nova mensuração quanto à aquisição da YOKI, ocorrida em 2012. Essa nova mensuração adotou novos padrões a fim de evidenciar, para fins exclusivamente contábeis, o goodwill envolvido nessa aquisição.
34. Imbuída de boa-fé, a Impugnante não se escusou em apresentar à fiscalização essa segunda análise contábil, recentemente elaborada com base nos novos padrões contábeis, a qual avaliou que o sobrepreço incorrido na aquisição da YOKI poderia ser avaliado, a partir dos novos padrões contábeis.
35. Ocorre que a i. agente fiscal passou a desconsiderar o laudo elaborado por perito independente à época da operação que deu origem ao ágio ora em discussão, passando a considerar, de forma equivocada, essa recente evidenciação contábil, emitida muitos anos após a operação em questão.
36. No caso, a autoridade fiscal alega que o ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura seria de R\$ 743.132.000,00, e não R\$ 1.487.444.000,00. Ainda que esta segunda orientação contábil tenha atribuído valores específicos a cada um dos incisos do §2º do art. 20, designando à rentabilidade futura apenas R\$ 743.132.000,00, este resultado não tem qualquer relevância para a amortização do ágio ora em discussão. Esse segundo laudo não pode ser considerado para valoração retroativa da operação, especialmente diante da existência de lido laudo técnico contemporâneo à operação, elaborado nos estritos termos do §3º do art. 20 do Decreto nº 1.598/77, o qual demonstrou que o fundamento para o pagamento do sobrepreço foi a expectativa de rentabilidade futura.
37. É necessário que se mantenha a coerência da jurisprudência do CARF. Se a jurisprudência administrativa se sedimentou no sentido de somente ser aceitável o laudo contemporâneo à operação para a demonstração do fundamento do ágio, é certo que laudos eventualmente elaborados após

a consolidação do investimento não possuem relevância para fins do disposto nos parágrafos 2º e 3º do art. 20.

38. O ágio apurado no momento da aquisição, em 2012 vs. a nova evidenciação puramente contábil, em 2015, nas operações realizadas antes da edição da Lei n. 12.973/2014, há, portanto, um grande risco em se procurar atribuir consequências tributárias às informações produzidas pelas companhias para fins contábeis. Infelizmente, a i. agente fiscal incorreu em tal equívoco.
39. Induzida por esse novo apontamento contábil realizada pela Impugnante em 2015, a autoridade fiscal passou a considerar que o ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura seria de R\$ 743.132.000,00, desconsiderando a demonstração realizada por meio de laudo elaborado por perito independente à época da operação que deu origem ao ágio ora em discussão, que evidenciou a expectativa de rentabilidade futura de R\$ 1.487.444.000,00.
40. Não se pode confundir o aludido apontamento contábil, realizado em 2015 a partir do novo método de alocação do preço pago (PPA), com o ágio fiscal apurado em conformidade com a Lei n. 9.532/97, devidamente mensurado e demonstrado à época da operação (2012).
41. De fato, especialmente para operações realizadas anteriormente à Lei n. 12.973/2014, como é o presente caso, o aludido apontamento contábil, conduzido pelos novos padrões contábeis do CPC 15, deve ser considerado absolutamente neutro e irrelevante para fins fiscais, em nada interferindo no ágio apurado com a aquisição de investimento fundamentado em expectativa de rentabilidade futura calculado em conformidade com a Lei n. 9.532/97.
42. A autoridade fiscal lançou mão do argumento de que a GMBOne não teria sido a real adquirente da participação na Yoki. A GMBOne jamais foi uma “empresa veículo” (conduit company).
43. Pela leitura do TVF, verifica-se que a autoridade fiscal desconsiderou a legitimidade da GMBOne não só pelo seu papel como adquirente das ações da Yoki, mas também com base no argumento de que a sociedade não teria realizado atividades operacionais antes de incorporar a General Mills Brasil.
44. Não ocasiona a simulação a inatividade da sociedade, ou a exploração de um objeto distinto daquele descrito no contrato social. Se a sociedade não desempenha atividade econômica, ou desempenha atividade econômica diversa daquela para o exercício da qual foi constituída, a organização societária deixa de mostrar-se capaz de atender à sua função própria, sujeitando-se à dissolução – mas, enquanto não dissolvida, foi real, pois a dissolução somente produz efeitos ex nunc.

45. Ademais, a análise fática do presente caso também demonstra a efetiva existência da GMBOne. A GMBOne era uma empresa operacional, que contava com outras atividades muito relevantes (por exemplo, a exploração das marcas HÄAGEN DAZS e NATURE VALLEY), estrutura física e número considerável de funcionários.
46. A General Mills Brasil (GMB), existente há muitos anos, responsável pela importação e revenda das barras de cereais (NATURE VALLEY) e sorvetes (HÄAGEN DAZS), possuía atuação expressiva nesses respectivos mercados, o que se demonstra pelo faturamento, em 2011, no valor de R\$ 67.494.000,00. Ocorre que a GMBOne, em meio à referida reorganização societária, incorporou a GMB e passou, por sucessão, a exercer todas as suas atividades operacionais, assumindo todos os seus direitos e deveres.
47. A autoridade fiscal afirma que “a GMBOne seria uma ‘empresa veículo’ cuja única função seria a de ‘gerar’ o ágio amortizado depois da incorporação”; e que “a ausência de custos de produção, receitas de vendas, estoques, empregados e encargos sociais demonstraria a falta de ‘atividades operacionais’ e comprovaria a função exclusiva da GMBOne de servir de veículo para a criação do ágio (página 24 do TVF)”.
48. Tais afirmações não refletem, como se viu, nem os aspectos legais ou fáticos pertinentes à GMBOne, que sucedeu de forma legítima a GMB, empresa operacional, existente, viva e cheia de substância. O que trouxe certa confusão à autoridade fiscal é que, por razões não tributárias, o Grupo General Mills passou por uma reestruturação antes da aquisição da YOKI.
49. Não houve qualquer vantagem fiscal com a incorporação da GMB pela GMBOne. No contexto de uma reestruturação global do Grupo, a GMB foi incorporada pela GMBOne. Nesse seguir, a GMBOne, como empresa efetivamente operacional, sucedeu todos os direitos e deveres. Tal incorporação não gerou qualquer vantagem tributária!
50. Especialmente quanto à apuração e aproveitamento do ágio ora em análise, o fato de a GMBOne ter incorporado a GMB não trouxe qualquer vantagem fiscal à operação em análise. Se a YOKI tivesse sido adquirida pela GMB (e não pela GMBOne), as consequências tributárias seriam absolutamente as mesmas.
51. Nesse seguir, é preciso reconhecer que o mesmo montante de ágio seria apurado caso a aquisição da YOKI houvesse sido realizada pela extinta GMB. Da mesma forma, seria igualmente possível o aproveitamento fiscal do ágio caso a YOKI houvesse incorporado a GMB, ou vice-versa. O fato de a GMBOne ter sucedido a GMB e adquirido a YOKI não trouxe qualquer alteração a esse quadro.

52. Se por um lado essa incorporação não gerou nenhuma vantagem fiscal, por outro, houve inclusive desvantagens fiscais. Ocorre que a GMB possuía prejuízos fiscais em valores importantes, o qual deixou de ser aproveitado em razão de sua incorporação pela GMBOne, evidenciando que nenhuma vantagem fiscal decorreu dessa operação.
53. Ausência de interposição fictícia e de simulação. Para justificar a eleição da GMNetherlands como “real adquirente” da Yoki, a autoridade fiscal utiliza como fundamento normativo os artigos 981 e 982 do Código Civil, que tratam das disposições gerais aplicáveis às sociedades, especificamente nos que se refere aos objetivos destas. Para a autoridade fiscal, a finalidade de qualquer empresa é a realização de negócios que caracterizem o exercício de atividade econômica. Com base nessa afirmação, conclui que a curta duração da GMBOne e o fato de não ter produzido “resultados a serem partilhados” demonstrariam a ausência de propósito negocial para a sua existência e, por conseguinte, a necessidade da sua desconsideração para fins fiscais, haja vista ter sido criada “apenas para transferir o ágio para a fiscalizada” (página 23 do TVF).
54. Compulsando os autos, tais efeitos diretos não podem ser vislumbrados. Entre a aquisição da Yoki e a incorporação da GMBOne, a única sócia da Yoki foi a GMBOne. Não havia ações da Yoki no patrimônio da GMNetherlands. Não há registro de direitos políticos, ex. votação em assembleias da Yoki, sendo exercidos diretamente pela GMNetherlands. Não há sinal de que a GMNetherlands tenha recebido, diretamente, dividendos, juros sobre o capital próprio ou quaisquer outros frutos financeiros derivados as ações da Yoki. Não há, ainda, qualquer indício de que a GMNetherlands poderia, neste período, dispor (alienar) as ações da Yoki – faculdade que notabiliza a propriedade de uma coisa. Enfim, não há prova alguma de efeitos diretos produzidos pelos atos da GMBOne sobre a esfera de direitos da GMNetherlands.
55. Muito pelo contrário: todos os atos praticados pela GMBOne produziram efeitos diretamente sobre sua esfera de direitos, fato que afasta, tecnicamente, a simulação.
56. Veja-se, neste sentido, a questão da titularidade dos recursos utilizados para a aquisição da Yoki. Segundo a fiscalização, o preço de compra de R\$ 1.750.000.000,00 teria sido arcado pela GMNetherlands e não pela GMBOne. Tal situação levaria à conclusão de que, “na essência”, as ações da Yoki foram adquiridas pela controladora estrangeira e que o ágio somente poderia ser registrado no balanço patrimonial desta, e não da sociedade brasileira GMBOne.
57. Pelo exposto, vê-se que os recursos empregados no pagamento do preço das ações da Yoki eram de efetiva titularidade da GMBOne, que os recebeu em troca da entrega de quotas do seu capital social. O sacrifício

econômico por parte da GMBOne na aquisição da Yoki é real, e a consequência jurídica disto é o afastamento da simulação subjetiva.

58. Impossibilidade da discriminação de capital originalmente estrangeiro. Não se pode deixar de observar que a norma de dedutibilidade das despesas de ágio, prescrita pelos arts. 7 e 8 da Lei n. 9.532/97, não discrimina o capital originalmente estrangeiro integralizado em empresas brasileiras, ainda que o referido capital venha posteriormente a compor os recursos empregados para a aquisição de investimentos em outras empresas nacionais.
59. Assim, permissa vênua, ao negar à Impugnante o direito à amortização do ágio efetivamente apurado e pago, sob o fundamento de que o capital social da GMBOne teria sido originalmente integralizado com capital estrangeiro, a i. agente fiscal incorreu em inadmissível discriminação à revelia de qualquer fundamento legal para tanto. Tal discriminação afronta não apenas as normas da Lei n. 9.532/97, mas ofende a diversas outras normas basilares do sistema jurídico brasileiro, razão pela qual não pode acolhida.
60. Descabimento da multa isolada. Ainda que se possa admitir, remotamente, que os argumentos acima não sejam suficientes para cancelar todas as exigências formuladas pelos AIIM, não pode ser mantida a multa isolada em virtude de suposta falta de recolhimento das estimativas mensais de IRPJ e CSLL nos períodos de fevereiro, março, maio e junho de 2014, bem como janeiro, março, abril e maio de 2015.
61. Conforme se verifica das ECFs entregues pela Impugnante, o IRPJ e a CSLL foram apurados mediante o levantamento de balancetes de suspensão e/ou redução. Ocorre que, ao glosar as despesas de ágio amortizadas ao longo dos anos de 2014 e 2015, a autoridade fiscal recompôs os cálculos dos referidos balancetes e compreendeu que existiriam estimativas de IRPJ e CSLL não pagas ou pagas a menor nos meses acima mencionados.
62. Por sua vez, a fiscalização entendeu ser cabível a aplicação de multa isolada equivalente a 50% das estimativas supostamente devidas, nos termos do artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/1996.
63. Ocorre que, no presente caso, há algumas razões pelas quais não se deve exigir multa isolada da Recorrente, quais sejam: (i) a impossibilidade de se penalizar duplamente um mesmo fato “ilícito”; (ii) impossibilidade de exigência da multa isolada após o fim do exercício fiscal; (iii) a inadequação lógica do dispositivo legal relativo à multa isolada com o caso concreto (em que se verifica a exigência de tributo).
64. A Súmula CARF n. 82 dispõe que, “após o encerramento do ano-calendário, é incabível lançamento de ofício de IRPJ ou CSLL para exigir

estimativas não recolhidas.” Ocorre que a multa (acessório) segue por esse mesmo caminho do tributo (principal).

65. Após o fim do exercício fiscal sem o recolhimento da referida estimativa mensal, nem esta e nem a corresponde penalidade seriam cabíveis, devendo a fiscalização exigir o recolhimento do efetivo tributo (IRPJ e CSL) por ventura devido e não recolhido a seu tempo, com a multa cabível em razão desse atraso (qualificada, se for o caso). Após esse marco temporal, o bem jurídico em questão (estimativas mensais) deixa de ser exigível, bem como a corresponde penalidade que busca garantir a seu cumprimento espontâneo pelo contribuinte também não é mais exigida pelo legislador.
66. Nessa mesma linha, ainda que por hipótese se admitisse a exigência da multa isolada após o fim do exercício, a base de cálculo da referida penalidade jamais poderia ultrapassar o valor do tributo efetivamente devido. No caso, a autuação fiscal não observou tal questão. Assim, por mais esse fundamento, deve ser cancelada a multa isolada.
67. Descabimento da qualificação da multa de ofício. É descabido a qualificação da multa de ofício com base na acusação de suposto intuito de fraude por parte da Impugnante.
68. Frise-se que, com relação ao PAF nº 16561.720021/2017-86 (relacionado ao mesmo contribuinte e baseado na mesma operação que deu origem à presente autuação), a improcedência da responsabilização foi reconhecida já em primeira instância administrativa, e posteriormente confirmada pelo CARF, nos seguintes termos:

“Com base nos elementos constantes dos autos, não considero possível apontar, com plena certeza, a existência de simulação ou fraude que justificassem a exacerbação da penalidade. Para caracterizar simulação ou fraude é necessária a presença de dolo. Age com dolo aquele que, tendo ânimo de prejudicar alguém, adota conduta nesse sentido. No caso presente em apreço, contudo, é possível admitir que a contribuinte tenha agido com a plena convicção de que seu comportamento estava de acordo com a lei. Com base nesses argumentos, considero ausente o elemento subjetivo na prática do ilícito, ou seja, a intenção de praticar o ato e de produzir o resultado. (...)”

Assim, considero que no presente caso a multa qualificada é inaplicável, razão pela qual em relação a este tema o recurso voluntário merece ser provido, reduzindo-se a multa de ofício de 150% (cento e cinquenta por cento) para 75% (setenta e cinco por cento). (Trecho do Acórdão da DRJ)”

69. Diante das considerações precedentes, é de se concluir que o Auto de Infração tem origem nos equívocos cometidos pela fiscalização, que podem ser enumerados abaixo:

i) as operações societárias, registradas nos respectivos órgãos competentes, teriam sido “simuladas”, carecendo de “propósito negocial” porque fizeram uso de empresa veículo (páginas 49 A 55 do TVF); ERRADO: a compra da Yoki pela GMBOne (empresa operacional) não foi simulada. Foram utilizados recursos próprios da GMBOne (obtidos onerosamente, mediante aumento de capital), e a GMBOne assumiu, diretamente, a titularidade do investimento na Yoki (pré-incorporação). A operação teve propósito negocial: a compra da Yoki.

ii) embora integralizados como capital social, os recursos empregados no pagamento do preço de aquisição das ações da Yoki não seriam de titularidade efetiva de GMBOne (páginas 15, 26 E 30 do TVF); ERRADO: a GMBOne “pagou” pelos recursos por ela utilizados para a compra da Yoki, entregando cotas de sua emissão à GMNetherlands. Após o aumento de capital integralizado na GMBOne (ato societário contra o qual a fiscalização não se insurgiu), a GMNetherlands não mais possui o dinheiro conferido à GMBOne, mas cotas da GMBOne. Demais disso, a GMBOne não atuou como mandatária ou representante da GMNetherlands. Em tal contexto, os recursos utilizados para a compra da Yoki eram de titularidade da GMBOne.

iii) consequentemente, a sócia de GMBOne, GMNetherlands, teria sido a real adquirente das ações da Yoki (página 26 do TVF); ERRADO: como visto, a GMNetherlands não pagou qualquer preço aos antigos titulares da Yoki (pois injetou dinheiro na GMBOne, empresa operacional de que era controladora), nem recebeu as ações da Yoki, direta ou indiretamente. A GMNetherlands nunca teve investimento direto na Yoki. Na verdade, a empresa holandesa somente teve participação direta na GMBOne, e, depois, na sociedade resultante da incorporação da GMBOne pela Yoki (que não se confunde com a Yoki, pois, como visto acima, a GMBOne era uma empresa operacional).

iv) o ágio registrado no balanço patrimonial de GMBOne teria sido registrado como “reflexo contábil” do investimento registrado na contabilidade de GMNetherlands entre 2012 e 2014 (páginas 27 e 28 do TVF); ERRADO: não há ágio no balanço da GMNetherlands. A empresa expressamente registrou seu investimento na GMBOne pelo critério de custo (sem desdobramento de ágio/PL). De todo modo, não faria qualquer sentido ter ágio registrado na contabilidade da GMNetherlands, pois não foi ela que adquiriu a Yoki.

v) apesar do disposto no item “ii” acima, a GMBOne teria “substituído” a General Mills Inc. no papel de adquirente das ações da Yoki (página 15 e 31 do TVF); ERRADO: conforme se depreende da leitura do item 8.11 do SPA, não houve qualquer substituição de parte, pois a aquisição das ações da Yoki foi celebrada pelos Grupos General Mills Inc. e Yoki como um todo, sem se definir a priori qual sociedade integrante do Grupo General Mills seria efetivamente a responsável por executar a operação de compra. Ademais, sugerir que haveria qualquer irregularidade em eleger a GMBOne como adquirente das ações da Yoki em momento posterior ao da assinatura do SPA é ignorar que a celebração de contratos com pessoa a declarar é mecanismo jurídico legítimo, que possui disciplina própria nos artigos 467 a 471 do Código Civil, garantindo assim a possibilidade de conclusão do contrato (e dos termos do negócio), deixando pendente somente definição da pessoa que deverá adquirir os direitos e assumir as obrigações decorrentes desse contrato.

vi) a GMBOne seria uma “empresa veículo” sem substância nem função efetiva na aquisição das ações da Yoki, exceto a de “gerar” o ágio amortizado depois da incorporação (páginas 24 e 25); ERRADO: a GMBOne, quando adquiriu a Yoki, era empresa operacional (pois, neste momento, tal empresa era a resultante da incorporação da GMB, que era, e continuou sendo – enquanto GMBOne – operacional).

vii) a ausência de custos de produção, receitas de vendas, estoques, empregados e encargos sociais demonstraria a falta de “atividades operacionais” e comprovaria a função exclusiva da GMBOne de servir de veículo para a criação do ágio (página 24 do TVF); ERRADO: quando da aquisição da Yoki, a GMBOne na verdade era a encarnação da GMB (em virtude da incorporação desta). Logo, no momento da aquisição da Yoki, a GMBOne, entidade operacional que era, possuía atividades, receitas, estoques, empregados etc.

viii) a reorganização societária ocorrida exclusivamente no exterior, na qual as quotas da General Mills Brasil (incorporada pela GMBOne) foram transferidas de General Mills International Business Inc. e General Mills International Business Two Inc. para GMNetherlands; e a venda da participação em Yoplait Cooperatief U.A. para General Mills Holding H teria a finalidade de ocultar os sócios verdadeiros da GMBOne e evidencia o “objetivo oculto” de amortizar ágio indevido (página 51 do TVF); ERRADO: a sócia da GMBOne (GMNetherlands) sempre esteve à mostra; não foi ocultada por qualquer das etapas da reorganização societária ocorrida no exterior.

ix) os atos societários realizados no Brasil teriam sido simulados, pois houve a manipulação das informações inseridas nesses documentos (páginas 54 e 55 do TVF); ERRADO: é tecnicamente impossível a simulação de atos societários; ainda que assim não fosse, não há qualquer discrepância entre a aparência dos atos societários praticados, e seus efeitos, que justifique o diagnóstico da simulação.

x) referida “manipulação” dos atos societários e a participação da GMBOne na aquisição das ações da Yoki teriam sido realizadas com o propósito de evasão de tributos e dificultar a identificação desse objetivo (páginas 51 do TVF); e ERRADO: retire-se a GMBOne, mentalmente, do caso; imagine-se a GMB comprando a Yoki; o resultado tributário seria o mesmo. Não houve “fabricação” de ágio.

xi) o ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura seria de R\$ 743.132.000,00 (e não R\$ 1.487.444.000,00), conforme supostamente demonstraria o desmembramento da contabilidade em subcontas (páginas 34 a 44 do TVF).

ERRADO: o ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura resta amplamente comprovado por demonstração elaborada à época da operação e arquivada pela Impugnante. O laudo elaborado exclusivamente para fins contábeis, em atendimento aos requisitos da Instrução Normativa nº 1.515/14, não tem o condão de invalidar a demonstração de rentabilidade futura arquivada pela Impugnante, especialmente quando realizada anos após a operação.

70. Por todo o exposto, requer a Impugnante seja o Auto de Infração julgado integralmente improcedente, protestando, desde já, pela produção de todas as provas admitidas em direito.

55. Com base no art. 135, III, do CTN, foram notificados como responsáveis solidários as pessoas físicas a seguir relacionadas e todos apresentaram impugnações, alegando em sínteses:

a) O responsável tributário solidário JORGE FERNANDO KOURY LOPES apresentou, em 19/12/2019, a sua impugnação de fls. 2686/2709 em que, além de diversas questões já apresentadas na peça impugnatória do contribuinte, aduz:

i) inicialmente, observa que na autuação objeto do processo 16561.720021/2017-86, fundamentada em fatos idênticos aos presentes e atinentes às amortizações fiscais realizadas em 2012 e 2013, o impugnante foi prontamente excluído do polo passivo da exigência fiscal em julgamento proferido pela DRJ e confirmado pelo CARF;

ii) é nulo o feito fiscal, por ausência de certeza quanto ao fundamento legal para a atribuição de responsabilidade;

iii) o impugnante não tem condições de compreender o fundamento legal que levou a fiscalização a lhe atribuir a condição de responsável tributário, pois ora é apontado com único fundamento legal o art. 124, II, do CTN, ora o art. 135, II, do CTN, ou, ainda, o inciso III do referido art. 135 do CTN;

iv) também há de se reconhecer a nulidade do Termo de Responsabilidade Tributária, em razão da ausência de individualização da conduta do impugnante que supostamente ensejaria a sua responsabilização pelo crédito tributário lançado;

v) a autoridade limitou-se a indicar o cargo exercido pelos diretores e representantes das companhias envolvidas na operação que gerou o ágio em discussão, sem justificar os motivos que ensejariam a aplicação da responsabilização de que trata o art. 135 do CTN;

vi) em nenhum momento a autoridade fiscal indica em qual medida alguma conduta específica do impugnante seria apta a atrair a aplicabilidade do art. 135, II ou III do CTN, ou tampouco o art. 124 do mesmo diploma, que sequer é mencionado no TVF;

vii) o impugnante foi incluído indevidamente no polo passivo por ser representante legal das empresas estrangeiras General Mills Netherlands e General Mills Holding, com base no art. 135, III, do CTN; entretanto, referido dispositivo legal aplica-se apenas para representantes de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil e que, portanto, incorrem no fato gerador de obrigação tributária alcançável pela legislação brasileira;

viii) a GM Brasil é a pessoa jurídica domiciliada no País que apropriou a despesa de amortização de ágio; a aplicação do art. 135, III, do CTN, se presentes suas condições, deve afetar apenas os diretores, gerentes ou representantes da GM Brasil;

ix) na hipótese do art. 135, III, do CTN, o agente fiscal deveria provar que o impugnante agiu com infração à lei, ou em contrariedade aos limites do desempenho de sua função de procurador ou administrador, e que tal conduta teria resultado no descumprimento da obrigação tributária imputada à GM Brasil, ou na ocultação da ocorrência do fato gerador; deveria, assim comprovar a sua participação direta nos atos alegadamente fraudulentos, mas nada disso consta no TVF;

x) no caso do impugnante, ele foi responsabilizado pelo simples fato de ser procurador de duas empresas estrangeiras; entretanto a sua relação com referidas empresas está devidamente amparada pelo código de ética da Ordem dos Advogados do Brasil, não havendo que se confundir o representante legal de que trata o art. 135, III, do CTN, com a

relação de “representação” que o investidor estrangeiro contrata de seu advogado ou consultor legal;

xi) ressalta ainda que, caso se decida pela inaplicabilidade da multa qualificada da presente exigência fiscal, resta igualmente insustentável a imputação de responsabilidade ao impugnante, haja vista que aquela multa é o elemento que o conecta à responsabilidade tributária prevista no art. 135, III, do CTN;

xii) também não há fundamento para a atribuição de responsabilidade com base no art. 124, II, do CTN, mormente porque não foi indicado qual seria a lei que, nos termos desse dispositivo legal, determinaria a solidariedade do impugnante quanto aos débitos lançados de ofício;

xiii) além disso, o impugnante não pode ser responsabilizado pelas penalidades aplicadas ao contribuinte, tendo em vista o que dispõe o art. 137 do CTN, bem assim o art. 5º, XLV, da Constituição Federal.

b) Os demais sete responsáveis solidários também apresentaram impugnações, cujo teor em muito se assemelha ao da impugnação do Sr. Jorge Fernando Koury Lopes acima resumida, motivo pelo qual destaco a seguir apenas os aspectos específicos de cada uma das peças impugnatórias.

c) Em sua impugnação (fls. 19/12/2019, fls. 2781/2804), a responsável solidária MELISSA CARVALHO KANO traz as mesmas argumentações já apresentadas pelo responsável Jorge Fernando Koury Lopes, notadamente a sua idêntica situação como representante das empresas estrangeiras General Mills Netherlands e General Mills Holding que, no seu entendimento, a excluiria da hipótese do art. 135, III, do CTN.

d) A responsável tributária solidária PRISCILA DOS REIS PIZANO (18/12/2019, fls. 2222/2245) ressalta que a análise dos atos societários registrados no decorrer dos anos-calendário de 2014 e 2015 (períodos fiscalizados) demonstra que a impugnante nunca assumiu cargo de direção na sociedade autuada. A justificativa da fiscalização para lavratura do Termo de Responsabilidade Tributária foi o cargo diretivo exercido na antiga empresa General Mills Brasil Ltda. (GMB), extinta antes da operação que gerou ágio. Assim, a impugnante não tem qualquer relação com a amortização do ágio objeto da presente autuação, pois a decisão de amortizar o ágio no referido período foi tomada pelos diretores da sociedade autuada. Além disso, a impugnante ocupa o cargo de gerência de produtos e marketing, cuidando de operações cujo foco é a aquisição e a distribuição promocional de produtos como, por exemplo, o sorvete da marca Häagen-Dazs, produto que estava sob sua supervisão. A impugnante não tinha qualquer poder de gerência sobre decisões relacionadas a aquisições e reestruturações societárias.

e) O impugnante SEAN NATHAN WALKER (18/12/2019, fls. 2336/2358) alega que deixou de ser sócio da GM Brasil no início de 2015, sendo assim não poderia ser responsabilizado pelo tributo relativo ao fato gerador ocorrido em 31/12/2015. Argumenta ainda que a autoridade fiscal não conseguiu reunir nenhum

documento que demonstrasse a prática de ato irregular pelo impugnante, pois o fato de ocupar o cargo de diretor presidente da sociedade autuada não significa que ele se responsabiliza por todos os atos da empresa, ainda que não os tenha praticado.

f) O responsável solidário JAIME WELTER CALLEYA aduz em sua peça impugnatória (18/12/2019, fls. 2279/2301) que no decorrer dos ano-calendário de 2014 e 2015 nunca assumiu cargo de direção na sociedade autuada, tendo exercido cargo diretivo apenas na antiga General Mills Brasil Ltda. (GMB), extinta antes da operação que gerou o ágio. Ademais, o impugnante deixou a empresa em 2015 e atualmente não possui qualquer relação com esta.

g) WALDEMAR THIAGO JUNIOR apresentou impugnação (18/12/2019, fls. 2493/2514) alegando que ocupava o cargo de diretor de marketing da GM Brasil e a sua função está ligada ao gerenciamento das relações institucionais e de promoção da empresa, tendo como foco a coordenação da logística dos produtos e também a obtenção de dados de mercado sobre preço, espaço e pontos de venda para definição da melhor estratégia comercial. Assim, não tinha poder de ingerência sobre decisões relacionadas a aquisições e reestruturações societárias.

h) A impugnante CRISTIANE MARI YAMAMOTO RETES (18/12/2019, fls. 2441/2462) afirma que era diretora de recursos humanos da GM Brasil, cuja função está ligada ao gerenciamento de pessoal. Não tinha, portanto, nenhum poder de ingerência sobre decisões relacionadas a aquisições e reestruturações societárias.

i) E o responsável tributário WELLINGTON PASIANI PAUPERIO (18/12/2019, fls. 2380/2402) alega que no decorrer dos ano-calendário de 2014 e 2015 nunca assumiu cargo de direção na sociedade autuada, tendo exercido cargo diretivo apenas na antiga General Mills Brasil Ltda. (GMB), extinta antes da operação que gerou o ágio. Deixou a empresa em 2018 e atualmente não possui qualquer relação com esta. Além disso, exercia o cargo de diretor de logística, função ligada ao planejamento e gerenciamento de compras e entregas da empresa. Não tinha, portanto, nenhum poder de ingerência sobre decisões relacionadas a aquisições e reestruturações societárias.

56. A autuação fiscal foi mantida parcialmente pela DRJ (Acórdão nº 108-002.271 - 8ª TURMA DA DRJ08), data da sessão de 15 de setembro de 2020, com a seguinte ementa (e-fls. 2883/2938):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2014, 2015

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. REAL ADQUIRENTE. REQUISITO.

A dedução das despesas de amortização de ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, somente está autorizada quando, mediante evento de incorporação, se verificar a confusão patrimonial entre a sociedade adquirida e a sua real adquirente. No contexto da reorganização societária implementada pelo grupo empresarial

estrangeiro para adquirir participação societária, ainda que não caracterizada a irregularidade dos atos formalmente realizados, não se considera sociedade adquirente, para fins da norma tributária, a controlada nacional do grupo que figurou formalmente como compradora quando demonstrado nos autos que quem efetivamente negociou com os alienantes, decidiu e formalizou a compra e suportou o ônus do pagamento do preço com ágio foi uma empresa estrangeira do grupo.

AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. ÁGIO. FUNDAMENTO ECONÔMICO. DEDUTIBILIDADE.

Consoante legislação de regência, a dedução fiscal admitida restringe-se ao ágio que tem por fundamento econômico a expectativa de rentabilidade futura da adquirida. Comprovado por registros contábeis da própria adquirente que parcela do ágio foi atribuída a ativos intangíveis, descabe a dedução desta parcela, por corresponder a fundamento econômico cuja dedução é vedada pela norma tributária.

MULTA QUALIFICADA.

Por não caracterizada a conduta dolosa do contribuinte, descabe a aplicação da multa qualificada. Na reestruturação societária implementada, que compreende sobretudo a aquisição de sociedade e a subsequente incorporação da adquirente pela adquirida, não se verificou a ocorrência de simulação mormente porque envolveu empresas com efetiva atividade operacional, evidenciando a substância econômica da operação.

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA DE OFÍCIO PELA FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE TRIBUTO. MATERIALIDADES DISTINTAS. LANÇAMENTO APÓS O ENCERRAMENTO DO PERÍODO. POSSIBILIDADE.

A partir do advento da MP nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007 a multa isolada passa a incidir sobre o valor não recolhido da estimativa mensal independentemente do valor do tributo devido ao final do ano, cuja falta ou insuficiência, se apurada, estaria sujeita à incidência da multa de ofício. São duas materialidades distintas, uma refere-se ao ressarcimento ao Estado pela não entrada de recursos no tempo determinado e a outra pelo não oferecimento à tributação de valores que estariam sujeitos à mesma. Conforme se extrai diretamente do texto legal, o lançamento da multa isolada pode ser efetuado após o encerramento do ano-calendário.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. INFRAÇÃO DE LEI. INOCORRÊNCIA.

Afastada a conduta dolosa do contribuinte, e não caracterizada a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos por parte dos administradores ou representantes da pessoa jurídica, resta incabível a imputação de responsabilidade tributária solidária com fulcro no art. 135, III, do CTN, não podendo ser considerada infração de lei o mero inadimplemento da obrigação tributária.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSLL

Ano-calendário: 2014, 2015

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. REAL ADQUIRENTE. REQUISITO.

A dedução das despesas de amortização de ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, somente está autorizada quando, mediante evento de incorporação, se verificar a confusão patrimonial entre a sociedade adquirida e a sua real adquirente. No contexto da reorganização societária implementada pelo grupo empresarial estrangeiro para adquirir participação societária, ainda que não caracterizada a irregularidade dos atos formalmente realizados, não se considera sociedade adquirente, para fins da norma tributária, a controlada nacional do grupo que figurou formalmente como compradora quando demonstrado nos autos que quem efetivamente negociou com os alienantes, decidiu e formalizou a compra e suportou o ônus do pagamento do preço com ágio foi uma empresa estrangeira do grupo.

AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. ÁGIO. FUNDAMENTO ECONÔMICO. DEDUTIBILIDADE.

Consoante legislação de regência, a dedução fiscal admitida restringe-se ao ágio que tem por fundamento econômico a expectativa de rentabilidade futura da adquirida. Comprovado por registros contábeis da própria adquirente que parcela do ágio foi atribuída a ativos intangíveis, descabe a dedução desta parcela, por corresponder a fundamento econômico cuja dedução é vedada pela norma tributária.

MULTA QUALIFICADA.

Por não caracterizada a conduta dolosa do contribuinte, descabe a aplicação da multa qualificada. Na reestruturação societária implementada, que compreende sobretudo a aquisição de sociedade e a subsequente incorporação da adquirente pela adquirida, não se verificou a ocorrência de simulação mormente porque envolveu empresas com efetiva atividade operacional, evidenciando a substância econômica da operação.

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA DE OFÍCIO PELA FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE TRIBUTO. MATERIALIDADES DISTINTAS. LANÇAMENTO APÓS O ENCERRAMENTO DO PERÍODO. POSSIBILIDADE.

A partir do advento da MP nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007 a multa isolada passa a incidir sobre o valor não recolhido da estimativa mensal independentemente do valor do tributo devido ao final do ano, cuja falta ou insuficiência, se apurada, estaria sujeita à incidência da multa de ofício. São duas materialidades distintas, uma refere-se ao ressarcimento ao Estado pela não entrada de recursos no tempo determinado e a outra pelo não oferecimento à tributação de valores que estariam sujeitos à mesma. Conforme se extrai

diretamente do texto legal, o lançamento da multa isolada pode ser efetuado após o encerramento do ano-calendário.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. INFRAÇÃO DE LEI. INOCORRÊNCIA.

Afastada a conduta dolosa do contribuinte, e não caracterizada a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos por parte dos administradores ou representantes da pessoa jurídica, resta incabível a imputação de responsabilidade tributária solidária com fulcro no art. 135, III, do CTN, não podendo ser considerada infração de lei o mero inadimplemento da obrigação tributária.

Impugnação Procedente em Parte. Crédito Tributário Mantido em Parte.

ACÓRDÃO Acordam os membros da 8ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar:

- i) procedente em parte a impugnação do contribuinte, reduzindo o percentual da multa de ofício para 75%, e*
- ii) julgar procedentes as impugnações dos responsáveis tributários solidários, que devem ser excluídos do polo passivo da obrigação tributária.*

Submeta-se à apreciação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, nos termos do art. 34 do Decreto nº 70.235/1972, com a redação dada pela Lei nº 9.532/1997, do § 3º do art. 70 do Decreto nº 7.574/2011, incluído pelo Decreto nº 8.853/2016, e do art. 1º e seu § 2º da Portaria MF nº 63/2017, por força de recurso necessário. A exoneração do crédito procedida por este acórdão e a exclusão dos responsáveis solidários tributários somente serão definitivas após o julgamento em segunda instância.

Intime-se para pagamento do crédito mantido no prazo de 30 dias da ciência, salvo interposição de recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em igual prazo, conforme facultado pelo art. 33, caput, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Sala de Sessões, em 15 de setembro de 2020.

[assinado digitalmente]

HUGO HASHIMOTO – Relator e Presidente Participaram ainda do presente julgamento os julgadores Cesar Leony Fonseca da Cunha, Oscar Dias Moreira de Carvalho Lima e Silvia Helena Stefani Bismara Antico. Ausente, justificadamente, a julgadora Maria do Socorro Pereira de Carvalho.

57. Em seguida, foi interposto Recurso de Ofício face o v. acórdão proferido pela DRJ08, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário requerendo praticamente as mesmas alegações da impugnação (e-fls. 2972/3036).

58. É o relatório do essencial.

VOTO VENCIDO

Conselheiro Edmilson Borges Gomes, Relator

59. O valor exonerado a título de IRPJ e CSLL monta a R\$ 9.088.627,51, e tendo em vista a Portaria MF nº 2, de 17/01/2023, que alterou o limite para interposição de recurso de ofício para R\$ 15.000.000,00, deixo de conhecer do Recurso de Ofício, nos termos da Súmula CARF nº 103.

60. O Recurso Voluntário (e-fls. 2972/3036) é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade, portanto dele conheço.

61. Concordo com o que foi decidido na primeira instância. Transcrevo os excertos que expõem as razões de decidir, que acolho como parte integrante do meu voto.

Mérito: glosa do ágio devido a utilização da empresa veículo GMBOne.

62. Para relembrar a situação fática dos autos, as operações societárias em análise ocorreram devido a aquisição de participação societária da YOKI (posteriormente denominada General Mills Brasil Alimentos Ltda., a Recorrente) pela GMBOne (considerada pela autoridade autuante como empresa veículo), empresa representante do grupo General Mills no Brasil.

63. Entendo importante ressaltar, que tais operações societárias ocorreram entre empresas independentes e foi feito o devido pagamento das aquisições de participação societária para terceiros não vinculados. Ou seja, não se trata de ágio gerado internamente.

64. Também não foi levantado pela acusação qualquer dúvida quanto a documento que comprovou a rentabilidade futura do ágio e cobrança relativa ao ganho de capital ou IRRF das pessoas físicas representantes da YOKI.

65. A glosa do ágio ocorreu devido a utilização da empresa veículo, a empresa GMBOne (posteriormente incorporada pela YOKI, hoje a Recorrente) criada no Brasil para representar sua controladora, a GENERAL MILLS NETHERLANDS, empresa sediada na Holanda, que segundo a fiscalização foram constatados os seguinte pontos:

1 - a Recorrente criou no Brasil a empresa veículo apenas para poder amortizar o ágio.

2 - que a real adquirente do investimento que gerou o ágio foi a GENERAL MILLS NETHERLANDS, e não a empresa veículo GMBOne;

3 - a empresa veículo, não tinha propósito comercial para o registro e aproveitamento fiscal do ágio;

4 - não ocorreu a confusão patrimonial entre a real adquirente GENERAL MILLS NETHERLANDS e o investimento adquirido na YOKI, posteriormente denominada General Mills Brasil Alimentos Ltda, a Recorrente.

66. Ou seja, a fiscalização entende que foi irregular a conduta de constituir uma empresa no Brasil (empresa veículo GMBOne) para adquirir a participação na YOKI em 2012 e posteriormente

amortizar o ágio, quando já havia acertado a compra da YOKI com o grupo estrangeiro GENERAL MILLS.

67. Assim, a fiscalização entendeu que a real adquirente era a empresa GENERAL MILLS NETHERLANDS e não a empresa GMBOne e devido a tal fato, não foram respeitados os requisitos para amortização do ágio previstos nos artigos 385 e 386 do RIR/99, eis que a empresa veículo não tinha propósito negocial e também não ocorreu a confusão patrimonial entre a adquirente e adquirida.

68. Assim, é necessário verificar, o tratamento previsto na legislação aplicável para a escrituração do ágio e sua posterior amortização.

Tratamento fiscal do ágio

69. O ágio na aquisição de participações societárias decorre da aplicação do método da equivalência patrimonial (MEP), prescrito pela legislação societária (art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976 – Lei das S.A.), cuja regra geral para fins fiscais definida nos arts. 20 e 25 do Decreto-lei nº 1.598/1977, segundo a redação vigente à época da aquisição da YOKI, era a seguinte:

SUBSEÇÃO II

Investimento em Sociedades Coligadas ou Controladas Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido

Desdobramento do Custo de Aquisição

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

Amortização do Ágio ou Deságio

Art. 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979).

70. Conforme os dispositivos do Decreto-lei nº 1.598/1977 acima reproduzidos (que correspondem aos artigos 385 e 391 do RIR/99), o ágio corresponde à diferença positiva entre o custo de aquisição e o valor do investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial. O lançamento do ágio por ocasião da aquisição do investimento haveria de indicar o seu fundamento econômico, podendo ele ser: 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; ou c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

71. E, como regra geral, a amortização do ágio não era dedutível para fins fiscais (art. 25, DL 1.598/77), ressalvado o cômputo do ágio, ainda que amortizado na escrituração comercial, no valor contábil a ser considerado na apuração do ganho ou perda de capital por ocasião da alienação ou liquidação do investimento (art. 33, II, DL 1.598/77).

72. Mas o legislador introduziu, com a edição da Lei nº 9.532, de 1997, uma hipótese especial em que seria dedutível, para fins fiscais, a amortização do ágio (**em negrito**):

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 subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

...

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

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

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

73. Assim, se a pessoa jurídica absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, prevê o inc. III, do art. 7º, da Lei nº 9.532/1997, com a redação dada pela Lei nº 9.718/1998, que o contribuinte pode amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b", do § 2º, do art. 20, do Decreto-lei nº 1.598/1977 ("valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros") nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de até um sessenta avos por mês.

74. Deste modo, conforme a hipótese excepcional acima delineada, apenas o ágio com fundamento em rentabilidade futura (alínea 'b', do § 2º, do art. 20) é passível de amortização fiscal – na situação definida em lei – remanescendo indedutível na base de cálculo do IRPJ e da CSLL a amortização de ágios com outros fundamentos (alínea 'a': valor de mercado de ativos e alínea 'c': fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas).

75. Assim, utilizando-se do voto do relatório da autoridade julgadora de 1ª instância, pode-se visualizar a seguir esquematicamente a hipótese prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (base legal do art. 386 do RIR/99).

“ Tudo tem início com a aquisição de participação societária por uma outra pessoa jurídica, num contexto de combinação de negócios. Vale lembrar que nosso interesse, na presente análise, recai sobre os casos em que uma pessoa jurídica está disposta a adquirir participação societária por valor superior ao seu valor patrimonial, determinado segundo o método da equivalência patrimonial, por vislumbrar que os resultados previstos para os exercícios futuros justificam o pagamento do ágio.

Obviamente, estamos a falar de combinação de negócios envolvendo duas empresas operacionais, isto é, que tenham atividade produtiva.

No exemplo da Figura 1, a pessoa jurídica C (operacional) adquire a participação societária na pessoa jurídica B (também operacional) que antes pertencia aos

sócios/acionistas representados pela letra A, que poderiam ser tanto pessoas físicas como pessoas jurídicas.”

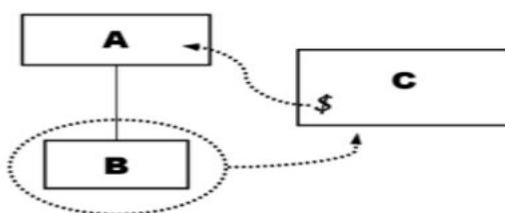


Figura 1 - Aquisição da Participação Societária

Efetivada a aquisição, os alienantes A apuram eventual ganho de capital e a adquirente C passa a deter a participação societária na sociedade B. Em seu ativo, o investimento é registrado pelo valor patrimonial e a diferença entre este valor e o custo de aquisição será registrado como ágio (Figura 2). Este ágio não é amortizável fiscalmente enquanto o investimento em B estiver constando no ativo da adquirente C.

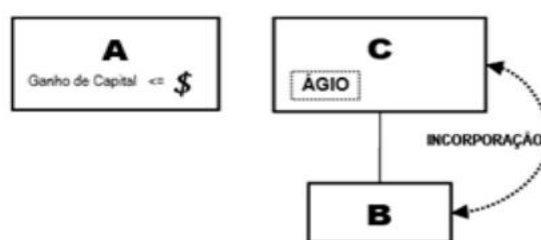


Figura 2 - Incorporação Adquirente/Adquirida

Posteriormente, se a adquirente C incorporar a adquirida B, os seus respectivos patrimônios passam a formar um único patrimônio (Figura 3). Nesta situação, resta caracterizada a hipótese prevista no caput do art. 7º da Lei nº 9.532/1997: “A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação [...], na qual detenha participação societária adquirida com ágio”.

A legislação também aceita a situação em que há a chamada incorporação reversa, ou seja, quando a controlada incorpora a controladora (letra ‘b’, art. 8º, Lei nº 9.532/1997) – no nosso exemplo, teríamos B incorporando C.

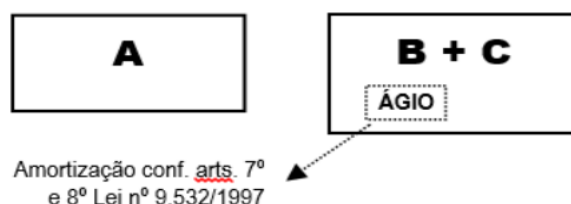


Figura 3 - Confusão Patrimonial

Após a incorporação de B por C, ou vice-versa, ocorre a confusão patrimonial entre a adquirente e a adquirida, e a sociedade resultante da incorporação pode

amortizar o ágio que tiver como fundamento a expectativa de rentabilidade futura (alínea 'b', § 2º, art. 20, DL 1.598/77) à razão de 1/60 avos por mês, consoante autoriza a Lei nº 9.532/1997.

76. Este importante aspecto foi corretamente destacado pela autoridade fiscal autuante pois, conforme se extrai diretamente do texto do caput do art. 7º supracitado, apenas é possível a amortização fiscal do ágio quando a adquirente absorve o patrimônio da adquirida, formando um novo e único patrimônio. Vejamos o relato da autoridade autuante (fls. 29 do TVF):

“ No presente caso, ocorreu a incorporação às avessas ou incorporação reversa, onde a YOKI incorporou a sua controladora, GENERAL MILLS ONE. Apesar deste tipo de incorporação ter previsão na Lei das S/A, a regra geral seria a incorporação da controlada pela controladora.

A incorporação reversa pode estar ocultando uma operação realizada abusivamente ou como negócio indireto em fraude à lei, tanto societária como tributária. Deve ser justificada por motivos adequados aos acontecimentos de cada caso.

Em matéria tributária, tão ou mais importante do que o preenchimento das formalidades legais para sua constituição é a identificação do empreendimento que justifica sua existência. O que se quer dizer é que a criação de uma pessoa jurídica tem sentido na medida em que está associada à ideia de empreendimento econômico ou profissional, onde haja propósito negocial. Ou seja, a ideia de empresa é o núcleo a ser investigado.”

77. Coerente o legislador ao prever esta hipótese de dedução tributária de amortização de ágio. Resumindo o que explica Luis Eduardo Schoueri¹, reza a boa prática contábil que o valor do ágio pago pela pessoa jurídica investidora com base em expectativa de rentabilidade futura da investida tenha a dedução de sua amortização confrontada, ao longo do tempo, com os correspondentes rendimentos auferidos com o investimento. Acontece que, conforme a legislação pátria, as receitas de equivalência patrimonial auferidas pelo investidor não são tributáveis (são excluídas da base de cálculo do IRPJ e da CSLL) e, portanto, seria um contrassenso permitir a dedução fiscal da correspondente amortização do ágio.

78. A situação se altera quando a investidora incorpora a investida (ou vice-versa), pois a partir desse momento os ativos que geram os rendimentos e o ágio a ser amortizado passam a compor o mesmo patrimônio, eis que ocorrida a confusão patrimonial entre adquirente e adquirida. Nesse caso, tanto os rendimentos gerados são tributáveis como as amortizações são dedutíveis pela pessoa jurídica resultante da incorporação, sendo esse o sentido da norma prevista na Lei nº 9.532/1997.

Reorganização societária – aspectos comumente questionados

¹ SCHOUERI, Luis Eduardo, “Ágio em Reorganizações Societárias (aspectos tributários)”, São Paulo: Dialética, 2012, pp. 61 e 62 e 77 a 79

79. Conforme descrito no TVF, o grupo estrangeiro General Mills, que já atuava no País com a empresa GENERAL MILLS BRASIL, estava interessado em adquirir a empresa nacional YOKI (GENERAL MILLS, ora Recorrente). Num período de aproximadamente quatro meses, implementou uma sequência de eventos societários que se iniciou com a constituição da empresa GENERAL MILLS ONE, a qual incorporou a GENERAL MILLS BRASIL e adquiriu a YOKI com ágio. A reestruturação societária findou com a incorporação da sociedade GENERAL MILLS ONE pela própria YOKI que, ato contínuo, passou a amortizar fiscalmente o ágio oriundo da sua própria aquisição. Muitas etapas da reestruturação societária envolveram empresas do grupo situadas no exterior e pouco repercutem na análise do presente caso.

80. A jurisprudência deste Conselho (CARF) tem apontado diversas condutas inaceitáveis em casos de planejamento tributário abusivo envolvendo amortização de ágio. Mas, consoante destaca a Recorrente, na reorganização societária do grupo General Mills ficou caracterizada a inocorrência de diversas condutas irregulares comumente identificadas pelo Fisco.

81. Primeiramente, restou demonstrado que:

- i) a operação que deu origem ao ágio foi realizada entre partes não relacionadas, ou seja, entre pessoas jurídicas de grupos econômicos distintos;
- ii) A família Matsunaga e o grupo General Mills eram independentes entre si antes da compra das ações, a indicar que estaria atendido o princípio Arm's Length ("à distância de um braço"). Tal princípio, consiste em tratar as empresas vinculadas, pertencentes ao mesmo grupo multinacional, como se fossem independentes, e;
- iii) que o preço de aquisição foi estabelecido em condições usuais de mercado.

82. Também não se questiona aqui o efetivo o pagamento do preço em moeda corrente, aspecto frequentemente levantado pelo Fisco em casos de planejamento tributário abusivo. O pagamento efetuado em dinheiro aos alienantes, no valor de R\$ 1.750.000.000,00, para a aquisição das ações da YOKI não foi objeto de contestação pela autoridade fiscal e não integra a presente lide.

83. Como consequência dos dois aspectos acima, e tendo em vista que o valor patrimonial da sociedade adquirida YOKI (R\$ 262.944.000,00) foi igualmente aceito pela fiscalização, não há controvérsia sobre a efetiva apuração de sobrepreço na aquisição da participação societária, e tampouco se lançou dúvida quanto ao montante original desse sobrepreço, da ordem de R\$ 1,49 bilhão.

84. A recorrente menciona que não foram questionadas pela fiscalização a subscrição e a integralização de capital em dinheiro na GENERAL MILLS ONE, no valor de R\$ 1,97 bilhão, bem como a ocorrência da sua incorporação pela YOKI. Porém, a discussão não repousa na validade dos atos jurídicos praticados pelo contribuinte, mas sim nos efeitos tributários que decorrem desses atos jurídicos.

85. Por esse motivo, aliás, corroborando com o voto do relator a quo, entendo também ser irrelevante ao caso em tela, a alteração promovida em 27/07/2012 pela GENERAL MILLS INC que,

apoiando-se em cláusula prevista no contrato assinado em 24/05/2012, cedeu os seus direitos e obrigações para a GENERAL MILLS ONE, que passou a figurar como a compradora das ações da YOKI.

86. É pertinente a ponderação da recorrente ao lembrar que o próprio Código Civil disciplina o chamado “contrato com pessoa a declarar” (arts. 467 a 471), de sorte que descabe apontar qualquer irregularidade nesta operação, e muito menos atribuir caráter doloso à conduta com base neste fato.

87. Outra irregularidade identificada em alguns planejamentos tributários abusivos é a produção de laudo justificando o fundamento econômico do ágio em momento posterior à aquisição. Contudo, este aspecto temporal do laudo não é objeto de questionamento pela autoridade fiscal e não integra a presente questão.

88. A autoridade autuante confere especial destaque à ocorrência, nas operações analisadas, da chamada incorporação reversa, pela qual a controlada YOKI incorporou a sua controladora GENERAL MILLS ONE. Cumpre ressaltar, porém, que a incorporação reversa (também conhecida como “incorporação às avessas”) está expressamente prevista no art. 264, § 4º, da Lei nº 6.404/1976, com a redação dada pela Lei nº 10.303/2001, para fins societários, e no art. 8º, letra ‘b’, da Lei nº 9.532/97, no contexto de amortização fiscal de ágio, de sorte que não há como apontar a priori qualquer estranhamento quanto à sua utilização na reestruturação societária.

89. No TVF, às fls. 2054, a autoridade fiscal argumenta que a “operação de incorporação reversa, não teria sido praticada se não fosse a possibilidade de usufruir o benefício fiscal” e lança dúvidas quanto ao fundamento econômico que justifique a incorporação da controladora. Não se esqueça, entretanto, que se fosse realizada a incorporação na forma mais “comum”, isto é, se a controladora GENERAL MILLS ONE houvesse incorporado a controlada YOKI, ainda assim a incorporação citada no caput do art. 7º da Lei nº 9.532/97 estaria formalmente caracterizada e, portanto, a amortização do ágio ainda seria dedutível em tese, desde que atendidas as demais condições legais. Ou seja, na reorganização societária implementada pelo grupo General Mills, para fins de enquadramento formal nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 seria indiferente se a incorporação realizada fosse a direta (“comum”) ou a reversa (“às avessas”). Não se constata vantagem ou desvantagem fiscal em nenhuma das duas alternativas, se comparadas entre si.

90. Ademais, seria de se esperar, intuitivamente, que a empresa de maior porte operacional incorporasse a de menor porte. Nesse diapasão, a YOKI haveria de incorporar a GENERAL MILLS ONE – como de fato ocorreu – e não o inverso, pois o patrimônio e a atividade operacional da primeira eram muito maiores, se comparado com a última.

91. Logo, a utilização da incorporação reversa na reestruturação societária não pode servir como fundamento para desqualificar a conduta do interessado. Não obstante o acima exposto, há outros aspectos que não se combinam com a pretendida dedução fiscal do ágio segundo a legislação de regência, exposta a seguir.

Da aquisição da Yoki e da amortização do ágio

92. Como já anotado anteriormente, a amortização fiscal do ágio somente está autorizada quando uma sociedade incorporar outra sociedade na qual detenha participação societária adquirida com ágio (art. 7º, caput, Lei nº 9.532/97), ou vice-versa (art. 8º, 'b'). Nessa hipótese, ocorre a confusão patrimonial entre a adquirente e a adquirida, que passam a formar um único empreendimento econômico, o que justifica a dedução da amortização do ágio pago, desde que o seu fundamento econômico tenha sido a expectativa de rentabilidade futura (art. 20, §2º, 'b', do DL nº 1.598/77).

93. Alega a Recorrente que tal hipótese estaria atendida porque a GENERAL MILLS ONE adquiriu a YOKI com ágio e posteriormente foi incorporada por esta última. Afirmar ainda que a GENERAL MILLS ONE efetuou os pagamentos aos alienantes das ações com recursos recebidos de sua controladora GENERAL MILLS NETHERLANDS a título de integralização de capital e que, portanto, o Fisco não pode desconsiderar esses negócios jurídicos regularmente formalizados.

94. Em que pese não estar evidenciada nos autos qualquer irregularidade de atos praticados pela recorrente e por todas as demais sociedades envolvidas na reestruturação societária que culminou na aquisição da YOKI e na incorporação da GENERAL MILLS ONE, cabe advertir, conforme menciona a autoridade julgadora a quo, que a correta aplicação da legislação tributária deve se pautar pela prevalência da essência sobre a forma. Ou seja, há que se perquirir sobre o real negócio celebrado entre as diversas partes, ainda que os atos tal como individualmente formalizados possam sugerir negócios distintos.

95. No presente caso, conforme relatado no acórdão "a quo", trata-se de uma reorganização societária implementada mediante operações estruturadas em sequência (step transactions), ou seja, diversos atos societários (etapas) encadeados para a consecução de um determinado objetivo. Em tais situações, ensina o ilustre professor Marco Aurélio Greco² que "ao invés de analisar cada fotografia (etapa) é importante analisar o filme (conjunto delas). Mais do que um evento (etapa) é importante interpretar a estória (conjunto)".

96. Vejamos, então, a sequência de atos societários formalizados na reorganização societária em apreço que compõem o "filme", citados pelo TVF. Cabe resumir os fatos relevantes para que se possa compreender o efetivo negócio que ocorreu com a reestruturação societária, iniciada em 24/04/2012 e finalizada em 31/08/2012.

O grupo General Mills atuava no mercado brasileiro com a GENERAL MILLS BRASIL, empresa que em 2011 auferiu receitas líquidas de R\$ 46.968.005,29 e que, em 31/12/2011, detinha ativos que totalizavam R\$ 92.535.460,50 e patrimônio líquido de R\$ 24.488.381,93 (valores extraídos de sua DIPJ). Em 2012, a GENERAL MILLS BRASIL era inicialmente controlada pela americana GENERAL MILLS INTERNATIONAL (99,99%), mas seu controle foi transferido para a YOPLAIT (em 18/07/2012) e finalmente para a holandesa GENERAL MILLS NETHERLANDS (em 19/07/2012). E, em 20/07/2012, a GENERAL MILLS BRASIL foi extinta, pois foi incorporada pela GENERAL MILLS ONE.

² GRECO, Marco Aurélio. "Planejamento Tributário", 3ª edição, São Paulo, Dialética, 2011, p. 456.

A GENERAL MILLS ONE, por sua vez, havia sido constituída em 23/04/2012 com capital social de R\$ 10.000,00, tendo como controladora também a GENERAL MILLS NETHERLANDS. Não teve nenhuma atividade operacional até 20/07/2012, quando incorporou a GENERAL MILLS BRASIL e o seu capital social passou a ser de R\$28.607.943,00 (fls. 233). Alguns dias depois (26-27/07/2012), a GENERAL MILLS ONE recebeu R\$ 1.757.000.000,00 de sua controladora GENERAL MILLS NETHERLANDS a título de integralização de capital e, com esses recursos, adquiriu 100% das ações da YOKI em 01/08/2012.

Finalmente, em 31/08/2012, a então controlada YOKI incorporou a sua controladora GENERAL MILLS ONE. Após este evento, a YOKI passou a amortizar o ágio alegando estar amparada pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Considerando que as condições da compra das ações da YOKI já estavam detalhadamente pactuadas pelas partes no Contrato de Compra e Venda de Participação Societária (Stock Purchase Agreement) assinado em 24/05/2012 (fls. 1490/1553, tradução às fls. 1563/1637), é inegável que toda a sequência de atos societários acima descrita (incluindo a constituição da GENERAL MILLS ONE em 24/04/2012) forma um conjunto único e coeso que tinha como objetivo final a aquisição da YOKI. Resta-nos verificar se ficou caracterizada a hipótese legal de amortização fiscal do ágio.

Antes, cumpre reconhecer que o Fisco não pode se imiscuir na condução dos negócios da pessoa jurídica e apontar, entre os diversos caminhos lícitos disponíveis, qual deles deve ser percorrido pelo contribuinte. Todavia, não é essa a questão ora posta.

Ademais, analisando o “filme”, é possível identificar propósito negocial na reestruturação societária promovida pelo grupo General Mills por restar evidenciado que o seu objetivo final era a aquisição da YOKI e a sua combinação com a GENERAL MILLS BRASIL, obtendo-se ao final uma única empresa operacional. Também ficou claro que um outro objetivo foi transferir o controle das atividades desenvolvidas no mercado brasileiro para outra empresa do grupo. Anteriormente, o controle era exercido pela americana GENERAL MILLS INTERNATIONAL e ao final da reorganização tal controle passou a ser exercido pela holandesa GENERAL MILLS NETHERLANDS. Tais aspectos específicos da reorganização societária são condizentes com a liberdade de auto-organização dos negócios da pessoa jurídica e não revelam artificialismo ou qualquer forma de abuso.

97. Há, no entanto, determinadas características de algumas etapas da reestruturação societária promovida pelo grupo General Mills que merecem ressalvas, conforme abaixo, citadas no TVF e mencionadas na decisão de primeira instância.

Subsunção dos fatos à norma dos artigos. 7º e 8º da lei nº 9.532/97

98. Uma etapa da reestruturação societária que suscitou questionamento pela autoridade autuante foi a constituição e a extinção, no prazo de poucos meses, da GENERAL MILLS ONE.

Conforme relatório fiscal, esta sociedade surgiu como uma típica “empresa de papel”, pois foi constituída com pequeno capital social (não integralizado) e ficou inativa por alguns meses. Ocorre que, em 20/07/2012, ela incorporou a empresa operacional GENERAL MILLS BRASIL e, ainda que por um breve período de 41 dias, teve substância econômica e foi titular de direitos e obrigações como sucessora da incorporada.

99. Assim, não é totalmente verdadeiro que a GENERAL MILLS ONE tenha participado como uma típica empresa veículo, haja visto que quando adquiriu a YOKI ela possuía atividade operacional, patrimônio, etc. Ou seja, não se pode dizer que a empresa tinha como único e exclusivo propósito a passagem dos recursos destinados para a aquisição das ações da YOKI.

100. Verifica-se, ainda, que a incorporação da GENERAL MILLS ONE pela YOKI ocorreu entre duas empresas operacionais, o que afasta qualquer pretensão fiscal de conferir à operação o atributo de artificialidade, pois reveste-se de substância econômica.

101. As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7º, inciso III, e 8º da Lei 9.532 de 1997, são: i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas; iii) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura. Nesse contexto não há espaço para a dedutibilidade do chamado “ágio de si mesmo”, cuja amortização é vedada para fins fiscais, sendo que no caso em questão essa prática não ocorreu”.

102. Isto não implica, porém, em aceitar automaticamente todos os atos formalizados pela GENERAL MILLS ONE no contexto da reorganização societária e reconhecer os efeitos tributários inerentes às formas praticadas. Não basta que se verifique a regularidade dos atos formais para se definir o correto tratamento tributário a ser aplicado ao caso, é preciso verificar se as demais formalidades guardam correspondência com o verdadeiro negócio realizado.

Fundamento econômico do ágio – parcela não amortizável

103. Além das constatações tratadas no item anterior, que já autorizam a glosa integral da dedução da amortização de ágio, a autoridade fiscal autuante identificou um fundamento adicional para glosar parte do valor do ágio amortizado.

104. A partir dos esclarecimentos apresentados pela fiscalizada sobre diferenças entre os valores do ágio fiscal e do ágio contábil identificadas no ano-calendário de 2015, verificou-se a existência de alguns ajustes efetuados para atendimento ao disposto na IN RFB nº 1.515/2014. No entanto, ao detalhar os valores que compuseram o ágio gerado na aquisição da YOKI, em resposta ao Termo de Intimação nº 04, o contribuinte apresentou o seguinte desmembramento do ágio em subcontas:

Valor pago na aquisição da Yoki Alimentos	1.750.000.000,00
Valor contábil dos ativos adquiridos	-262.944.000,00
Provisão para imposto de renda e contribuição social diferidos	388.000,00
Ágio	1.487.444.000,00

112.407	Ágio por Rentabilidade Futura	743.132.000,00
112.411	Ágio por Rentabilidade Futura (subconta adoção inicial)	-744.312.000,00
112.412	Ágio por Rentabilidade Futura (subconta auxiliar adoção inicial)	744.312.000,00
132.103	Terrenos - Mais Valia 2012	32.345.000,00
132.204	Edifícios - Mais Valia 2012	62.899.000,00
132.305	Equipamentos - Mais Valia 2012	68.980.000,00
132.803	Marcas Yoki	434.777.000,00
132.804	Marcas Kitano	85.487.000,00
132.805	Cust. Relationship	36.024.000,00
132.807	Outros Intangíveis	10.000.000,00
112.104	Produto Acabado	13.800.000,00
Ágio		1.487.444.000,00

105. Ante as informações acima, a fiscalização entendeu que estão sendo objeto de amortização diversas parcelas que não se enquadram no fundamento de expectativa de rentabilidade futura. Ficou evidenciado que há relevantes parcelas do ágio que se referem a fundo de comércio ou intangíveis, que deveriam ser classificados no inc. III, §2º, do art. 385 do RIR/99, e que não podem ser amortizados. Assim, a parcela de ágio amortizável, com fundamento econômico na rentabilidade futura, limita-se ao valor de R\$ 743.132.000,00.

106. A recorrente alega que o laudo demonstrando o fundamento do ágio trazia o balanço patrimonial da YOKI com valores atribuídos a intangíveis próximos a zero e que ele não pode ser desconsiderado pela fiscalização. Afirmar ainda que, equivocadamente, a autoridade fiscal tomou em consideração a nova evidenciação do goodwill determinada posteriormente pela Lei nº 12.973/2014 e pela IN RFB 1.515/2014, cuja aplicação tem fins exclusivamente contábeis e não repercute na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

107. Não obstante, há que se advertir que, conforme consta nos autos, o desmembramento em subcontas acima discriminado já constava na escrituração do contribuinte antes da Lei nº 12.973/2014 e da IN RFB nº 1.515/2014. Na realidade, na DIPJ de incorporação/incorporada³ da própria adquirente GENERAL MILLS ONE constava um ágio de R\$ 743.132.000,00 com fundamento em rentabilidade futura no Balanço Patrimonial de 31/08/2012 (Ficha 36A):

³ Cópia da DIPJ AC2012 (período 21/07/2012 a 31/08/2012) consta juntada no PA 16561.720021/2017-86.

Ficha 36A - Ativo - Balanço Patrimonial

Discriminação	Último Balanço do Ano	
	Imediatamente Anterior	da Declaração
NÃO CIRCULANTE - INVESTIMENTOS		
28.Participações Permanentes em Coligadas ou Controladas	0,00	474.319.314,40
29.Investimentos Decorrentes de Incentivos Fiscais	0,00	0,00
30.Outros Investimentos	0,00	1.082.007,26
31.Ágios em Investimentos		
32.Ágios em Investimentos - Mais Valia	0,00	744.312.000,00
33.Ágios em Investimentos - Rentabilidade Futura	0,00	743.132.000,00
34.Correção Monetária - Dif. IPC/BTNF (Lei nº 8.200/1991)	0,00	0,00
35.Correção Monetária Especial (Lei nº 8.200/1991)	0,00	0,00
36.(-)Deságios	0,00	0,00
37.(-)Provisão para Perdas Prováveis em Investimentos	0,00	0,00
38.TOTAL DOS INVESTIMENTOS	0,00	1.962.845.321,66

Ficha 36E - Ativo - Balanço Patrimonial - Critérios em 31/12/2007 - PJ em Geral

Discriminação	Último Balanço do Ano	
	Imediatamente Anterior	da Declaração
PERMANENTE - INVESTIMENTOS		
28.Participações Permanentes em Coligadas ou Controladas	0,00	474.319.314,40
29.Investimentos Decorrentes de Incentivos Fiscais	0,00	0,00
30.Outros Investimentos	0,00	1.082.007,26
31.Ágios em Investimentos	0,00	1.487.444.000,00
32.Ágios em Investimentos - Mais Valia		
33.Ágios em Investimentos - Rentabilidade Futura		
34.Correção Monetária - Dif. IPC/BTNF (Lei nº 8.200/1991)	0,00	0,00
35.Correção Monetária Especial (Lei nº 8.200/1991)	0,00	0,00
36.(-)Deságios	0,00	0,00
37.(-)Provisão para Perdas Prováveis em Investimentos	0,00	0,00
38.TOTAL DOS INVESTIMENTOS	0,00	1.962.845.321,66

108. É bem verdade que o Pronunciamento Técnico CPC 15 (R1) – Combinação de Negócios, aprovado em 2011, já trazia as normas contábeis para a evidenciação do goodwill. Ou seja, os novos padrões contábeis que deram ensejo à ulterior alteração da legislação tributária que regula a matéria foram estabelecidos antes da aquisição da YOKI.

109. Conforme lembrou a autoridade fiscal, a Lei nº 11.941/2009 instituiu o Regime Tributário de Transição (RTT) e estabeleceu a neutralidade tributária com relação às alterações das normas contábeis introduzidas pela Lei nº 11.638/2007 e pela própria Lei nº 11.941/2009 que modificassem o critério de reconhecimento de receitas, custos e despesas computadas na apuração do lucro líquido. Assim, para fins tributários, seriam considerados os métodos e critérios contábeis vigentes em 31/12/2007.

110. O texto original do Decreto-Lei nº 1.598/77, ao elencar os três fundamentos econômicos do ágio no §2º de seu art. 20, não estabelecia nenhum critério de precedência entre eles, tal como o fez posteriormente o legislador ao introduzir as alterações da Lei nº 12.973/2014. Mas, havendo parcelas do ágio atribuíveis a mais de um fundamento, é plenamente cabível o desmembramento do ágio para a correta escrituração segundo os correspondentes incisos do referido § 2º, do art. 20.

111. Por sua vez, a própria escrituração do ágio efetuada pela GENERAL MILLS ONE atesta que apenas o montante de R\$ 743.132.000,00 se refere a expectativa de rentabilidade futura. Outras parcelas importantes do ágio foram expressamente destinadas a ativos intangíveis (marcas Yoki e Kitano, Cust. Relationship e Outros Intangíveis), que notadamente correspondem ao fundamento previsto na alínea 'c', do § 2º, do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, ou seja, "fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas". Não há autorização para a amortização fiscal dessas parcelas do ágio.

112. Importante notar que estamos a falar de parcelas de ágio escrituradas pela adquirente GENERAL MILLS ONE em 31/08/2012, trinta dias após a aquisição da participação societária. Não se trata de reconhecimento de fatos supervenientes à aquisição e tampouco de reclassificação em virtude de alteração de critérios contábeis. Referidas parcelas de ágio foram contabilmente escrituradas como intangíveis no momento da aquisição da participação societária.

113. Desse modo, revela-se descabida a amortização dessas parcelas do ágio, por caracterizada a sua indedutibilidade segundo a legislação de regência. Não pode o contribuinte considerar para fins fiscais estas parcelas com fundamento em expectativa de rentabilidade futura e, ao mesmo tempo, escriturar contabilmente tais valores como ativos intangíveis (outro fundamento de ágio). A neutralidade tributária diz respeito à mudança de critérios contábeis, o que não significa que o ágio possa ser livremente classificado pelo contribuinte segundo um critério para fins fiscais e outro critério para fins contábeis.

114. Portanto, voto, no sentido de permitir a amortização do ágio proporcional tão somente do goodwill, no valor de R\$ 743.132.000,00.

Da multa qualificada

115. A recorrente contesta a qualificação da multa de ofício, alegando que não ocorreu simulação e que inexistente jurisprudência pacificada no sentido de rejeitar a utilização de empresa veículo, devendo tal fato ser devidamente considerado no presente julgamento, consoante prevê a Lei nº 13.655/2018 (LINDB). Não teria havido benefício fiscal pois, se a GENERAL MILLS BRASIL tivesse adquirido diretamente a YOKI, o efeito seria o mesmo. Além disso, existia o propósito negocial da operação e não houve ocultamento de qualquer parte das etapas da reorganização societária.

116. De fato, entendo que não ficou demonstrado o intuito doloso do contribuinte, pois não se vislumbra a sua intenção "de impedir, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador, excluir ou modificar suas características essenciais, de modo a reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL", como acusa a fiscalização.

117. Não se identificou, em nenhuma etapa da reorganização societária, a ocorrência de vícios ou de nulidades que justifiquem a aplicação da multa qualificada de 150% prevista no art. 44, inc. I, e § 1º, da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007. A aquisição de participação societária e a posterior incorporação reversa se deu entre empresas operacionais, que tinham substância econômica. O preço foi estabelecido entre partes independentes e não se questiona a efetiva quitação financeira da compra.

118. A indedutibilidade da amortização do ágio decorre tão somente da falta de subsunção dos fatos à norma fiscal, ou seja, em virtude da incoerência de confusão patrimonial entre a real adquirente e a adquirida, adotando a melhor hermenêutica da Lei nº 9.532/97. Também se comprovou indedutível uma parcela do ágio, cujo fundamento não é a expectativa de rentabilidade futura. Mas não ficou caracterizada a ocorrência de fraude ou simulação do sujeito passivo e tampouco se verificou alguma das hipóteses previstas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964.

119. Este entendimento é idêntico ao da 3ª Turma da DRJ/FNS que afastou a multa qualificada no Processo Administrativo Fiscal nº 16561.720021/2017-86, que trata dos mesmos fatos aqui tratados e que repercutiram nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL do interessado nos anos-calendário de 2012 e 2013. Essa decisão foi confirmada, por maioria de votos, pela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção do CARF, com o Acórdão nº 1402-004.009, de 15/10/2019, cuja ementa reproduzo abaixo, e a matéria encontra-se atualmente pendente de apreciação, na Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF, de recurso especial apresentado pela PGFN:

*ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2012, 2013
MULTA QUALIFICADA.*

É incabível qualificação da multa de ofício quando inexistente hipótese de dolo, fraude ou simulação. O fato de o contribuinte buscar uma maneira menos onerosa de conduzir seus negócios, seja por motivos tributários, societários, econômicos ou quaisquer outros, desde que o faça lícitamente, não enseja a qualificação da multa. A reestruturação societária perpetrada pelo contribuinte, por si só, não desfigura a operação, notadamente quando a fiscalização não demonstra a ocorrência dolo, fraude ou simulação.

Sendo assim, o emprego de empresa veículo para viabilizar a compra de participação societária não basta para justificar a qualificação da multa de ofício.

120. Tenho a mesma linha de raciocínio da autoridade julgadora “a quo”.

121. Dessa forma, é incabível a aplicação da multa qualificada, devendo ser reduzida para 75%.

Da multa isolada

122. Afirma a recorrente ser descabida a exigência de multa isolada concomitantemente com a multa de ofício proporcional, pois neste caso haveria dupla incidência sobre a mesma materialidade.

123. Releva ponderar que, no presente caso, a multa isolada foi lançada nos termos do que dispõe o art. 44, inc. II, alínea ‘b’, da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007, que por sua vez é resultante da conversão da MP nº 351/2007:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:
(...)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

(...)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

124. A atual redação do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, dada pela Lei nº 11.488/2007, demonstra que a multa de ofício é de 75% “sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento” (inc. I), enquanto a multa isolada é de 50% “sobre o valor do pagamento mensal” a título de estimativa “que deixar de ser efetuado” (inc. II, alínea ‘b’).

125. A partir da nova redação dada pela MP 351/2007, convertida na Lei 11.488/2007, fica evidente a distinção entre a multa isolada e a multa de ofício proporcional. São duas materialidades distintas: uma refere-se ao ressarcimento ao Estado pela não entrada de recursos no tempo determinado e a outra pelo não oferecimento à tributação de valores que estariam sujeitos à mesma.

126. Portanto, incorre a dupla incidência sobre a mesma materialidade alegada pela recorrente.

127. A Súmula Carf nº 178 determina:

Súmula CARF nº 178: A inexistência de tributo apurado ao final do ano-calendário não impede a aplicação de multa isolada por falta de recolhimento de estimativa na forma autorizada desde a redação original do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

128. Como se vê, as multas têm suporte fático e legal diversos e são aplicadas em momentos distintos. O que significa dizer que é possível a convivência harmônica de ambas as multas, a de ofício (qualificada ou não) e a isolada; com efeito, não há falar-se em bis in idem.

129. Portanto, voto pela manutenção da multa isolada.

Da responsabilidade solidária tributária

130. Com relação à imputação de responsabilidade tributária solidária às oito pessoas físicas indicadas no auto de infração, cumpre inicialmente registrar que o fundamento legal utilizado pela fiscalização em seu TVF é o art. 135, inc. III, do CTN, ao entendimento que referidas pessoas teriam criado condições artificiais para justificar a amortização indevida de ágio, ou seja, teriam participado ativamente de diversos atos em nome da empresa, a qual, de forma dolosa, reduziu indevidamente os tributos recolhidos ao Fisco.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

[...]

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado

131. Por outro lado, nos autos de infração constou, para todos os responsáveis tributários, o art. 124, inc. II, do CTN, como enquadramento legal. Tal fato foi objeto de questionamento dos responsáveis solidários recorrentes.

132. Entretanto, fica claro que ocorreu mero erro material na lavratura do auto de infração. A fundamentação consignada no TVF é detalhada e permite aos recorrentes exercer plenamente o seu direito de defesa, formulando as suas alegações e apresentando as provas que desejar, como, aliás, efetivamente o fazem nos presentes autos.

133. Destarte, não se verifica a nulidade alegada pelos recorrentes.

134. No mérito, cabe de plano a exclusão de todos os responsáveis tributários do polo passivo da obrigação tributária.

135. Conforme exposto neste voto, não restou demonstrada a conduta dolosa do contribuinte.

136. Não se comprovou a ocorrência de falsidade ou artificialidade nas etapas da reorganização societária, pois a aquisição de participação societária e a subsequente incorporação ocorreu entre empresas operacionais, evidenciando a substância econômica da operação.

137. O negócio foi celebrado entre partes não relacionadas com efetiva quitação financeira da compra. Não está caracterizada a ocorrência de fraude ou simulação. Assim, em que pese a amortização fiscal do ágio ser indedutível, sendo justificada a sua glosa, não se vislumbra nenhuma das hipóteses dos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964.

138. Os diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica somente poderão ser considerados responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias, nos termos do art. 135, III, do CTN, quando restar comprovado que, no exercício de sua administração, eles praticaram atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Vale lembrar que não se considera infração de lei o mero inadimplemento da obrigação tributária (Súmula 430 do STJ).

139. Por conseguinte, afigura-se descabida a imputação de responsabilidade tributária com fundamento no art. 135, III, do CTN, conforme decidiu também a DRJ/Florianópolis no PA 16561.720021/2017-86 (Acórdão nº 07-41.327, de 09/02/2018), decisão essa que foi confirmada por esse CARF em 15/10/2019, por unanimidade de votos no tocante a esta questão (Acórdão nº 1402-004.099, de 15/10/2019, ementa abaixo reproduzida):

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

O fato de as pessoas físicas constarem no contrato social em cargos de direção no momento em que ocorreu o fato gerador não justifica a imputação de responsabilidade solidária nos termos do artigo 135, inciso III do CTN, devendo restar demonstrado nos autos o intuito doloso e a participação efetiva do processo

decisório para engendrar operações ilícitas com objetivo de reduzir a carga tributária. Como não restou demonstrado nos autos o interesse comum das pessoas físicas de auferir direta ou indiretamente os benefícios delas decorrentes, não pode ser mantida a responsabilização solidária.

140. Vale observar que, no citado processo 16561.720021/2017-86, que trata da amortização do mesmo ágio nos anos-calendário de 2012 e 2013, a decisão do CARF acima é definitiva quanto a esta matéria, haja visto que o recurso especial interposto pela PGFN não foi admitido, na parte que versa sobre exclusão dos responsáveis tributários solidários.

141. Ante todo o exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário relativo ao goodwill no valor de R\$ 743.132.000,00.

assinado digitalmente

Conselheiro Edmilson Borges Gomes - Relator

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Jeferson Teodorovicz - Redator designado.

O Recurso Voluntário é tempestivo e dele tomo conhecimento.

No que tange ao Recurso de Ofício, deixo também de conhecê-lo, pelos fundamentos já adotados pelo Ilustre Relator.

De antemão, coube-me redigir o voto vencedor do Acórdão, naquilo em que o Ilustre Relator, não obstante seu substancioso voto, foi vencido.

Nesse aspecto, apenas foi vencido o voto do Ilustre Relator no que diz respeito à amplitude material concedida no provimento ao recurso voluntário, permitindo apenas a amortização do ágio tão somente do goodwill, no valor de R\$ 743.132.000,00.

No caso em tela, porém, a Turma votou, por maioria, em dar provimento integral ao recurso voluntário, para permitir o cancelamento integral da glosa do ágio, por prevalecer o entendimento de que a operação realizada que culminou na dedutibilidade do ágio gerado cumpriu os requisitos legais.

No caso, o principal fundamento para a manutenção da glosa do ágio foi, em síntese, a consideração de que a Recorrente se utilizou de empresa veículo para viabilizar a amortização do ágio, motivo pelo qual o Ilustre Relator manteve consonância com o entendimento da decisão de primeira instância, conforme abaixo ilustrado:

Tratamento fiscal do ágio 69. O ágio na aquisição de participações societárias decorre da aplicação do método da equivalência patrimonial (MEP), prescrito pela legislação societária (art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976 – Lei das S.A.), cuja regra geral para fins fiscais definida nos arts. 20 e 25 do Decreto-lei nº 1.598/1977, segundo a redação vigente à época da aquisição da YOKI, era a seguinte:

SUBSEÇÃO II Investimento em Sociedades Coligadas ou Controladas Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido Desdobramento do Custo de Aquisição Art. 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

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

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

- a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
- b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;
- c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

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

...

Amortização do Ágio ou Deságio Art. 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979).

70. Conforme os dispositivos do Decreto-lei nº 1.598/1977 acima reproduzidos (que correspondem aos artigos 385 e 391 do RIR/99), o ágio corresponde à diferença positiva entre o custo de aquisição e o valor do investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial. O lançamento do ágio por ocasião da aquisição do investimento haveria de indicar o seu fundamento econômico, podendo ele ser: 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; ou c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

71. E, como regra geral, a amortização do ágio não era dedutível para fins fiscais (art. 25, DL 1.598/77), ressalvado o cômputo do ágio, ainda que amortizado na escrituração comercial, no valor contábil a ser considerado na apuração do ganho ou perda de capital por ocasião da alienação ou liquidação do investimento (art. 33, II, DL 1.598/77).

72. Mas o legislador introduziu, com a edição da Lei nº 9.532, de 1997, uma hipótese especial em que seria dedutível, para fins fiscais, a amortização do ágio (em negrito):

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 subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

...

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

- a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;
- b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

73. Assim, se a pessoa jurídica absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, prevê o inc. III, do art. 7º, da Lei nº 9.532/1997, com a redação dada pela Lei nº 9.718/1998, que o contribuinte pode amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b", do § 2º, do art. 20, do Decreto-lei nº 1.598/1977 ("valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros") nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de até um sessenta avos por mês.

74. Deste modo, conforme a hipótese excepcional acima delineada, apenas o ágio com fundamento em rentabilidade futura (alínea 'b', do § 2º, do art. 20) é passível

de amortização fiscal – na situação definida em lei – remanescendo indedutível na base de cálculo do IRPJ e da CSLL a amortização de ágios com outros fundamentos (alínea 'a': valor de mercado de ativos e alínea 'c': fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas).

75. Assim, utilizando-se do voto do relatório da autoridade julgadora de 1ª instância, pode-se visualizar a seguir esquematicamente a hipótese prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (base legal do art. 386 do RIR/99).

“Tudo tem início com a aquisição de participação societária por uma outra pessoa jurídica, num contexto de combinação de negócios. Vale lembrar que nosso interesse, na presente análise, recai sobre os casos em que uma pessoa jurídica está disposta a adquirir participação societária por valor superior ao seu valor patrimonial, determinado segundo o método da equivalência patrimonial, por vislumbrar que os resultados previstos para os exercícios futuros justificam o pagamento do ágio.

Obviamente, estamos a falar de combinação de negócios envolvendo duas empresas operacionais, isto é, que tenham atividade produtiva.

No exemplo da Figura 1, a pessoa jurídica C (operacional) adquire a participação societária na pessoa jurídica B (também operacional) que antes pertencia aos sócios/acionistas representados pela letra A, que poderiam ser tanto pessoas físicas como pessoas jurídicas.”

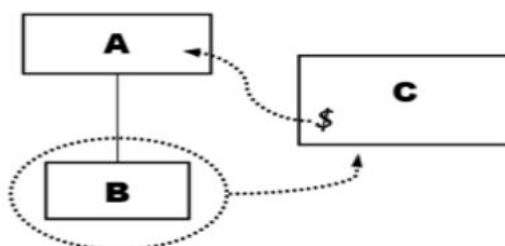


Figura 1 - Aquisição da Participação Societária

Efetivada a aquisição, os alienantes A apuram eventual ganho de capital e a adquirente C passa a deter a participação societária na sociedade B. Em seu ativo, o investimento é registrado pelo valor patrimonial e a diferença entre este valor e o custo de aquisição será registrado como ágio (Figura 2). Este ágio não é amortizável fiscalmente enquanto o investimento em B estiver constando no ativo da adquirente C.

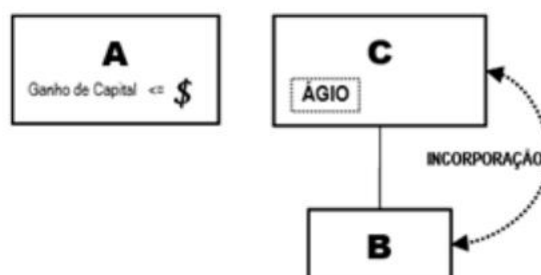


Figura 2 - Incorporação Adquirente/Adquirida

Posteriormente, se a adquirente C incorporar a adquirida B, os seus respectivos patrimônios passam a formar um único patrimônio (Figura 3). Nesta situação, resta caracterizada a hipótese prevista no caput do art. 7º da Lei nº 9.532/1997: “A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação [...], na qual detenha participação societária adquirida com ágio”.

A legislação também aceita a situação em que há a chamada incorporação reversa, ou seja, quando a controlada incorpora a controladora (letra ‘b’, art. 8º, Lei nº 9.532/1997) – no nosso exemplo, teríamos B incorporando C.

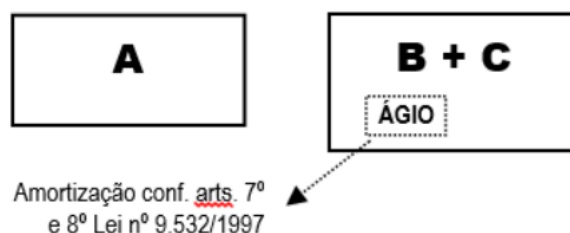


Figura 3 - Confusão Patrimonial

Após a incorporação de B por C, ou vice-versa, ocorre a confusão patrimonial entre a adquirente e a adquirida, e a sociedade resultante da incorporação pode amortizar o ágio que tiver como fundamento a expectativa de rentabilidade futura (alínea ‘b’, § 2º, art. 20, DL 1.598/77) à razão de 1/60 avos por mês, consoante autoriza a Lei nº 9.532/1997.

76. Este importante aspecto foi corretamente destacado pela autoridade fiscal autuante pois, conforme se extrai diretamente do texto do caput do art. 7º supracitado, apenas é possível a amortização fiscal do ágio quando a adquirente absorve o patrimônio da adquirida, formando um novo e único patrimônio. Vejamos o relato da autoridade autuante (fls. 29 do TVF):

“ No presente caso, ocorreu a incorporação às avessas ou incorporação reversa, onde a YOKI incorporou a sua controladora, GENERAL MILLS ONE. Apesar deste tipo de incorporação ter previsão na Lei das S/A, a regra geral seria a incorporação da controlada pela controladora.

A incorporação reversa pode estar ocultando uma operação realizada abusivamente ou como negócio indireto em fraude à lei, tanto societária como tributária. Deve ser justificada por motivos adequados aos acontecimentos de cada caso.

Em matéria tributária, tão ou mais importante do que o preenchimento das formalidades legais para sua constituição é a identificação do empreendimento que justifica sua existência. O que se quer dizer é que a criação de uma pessoa jurídica tem sentido na medida em que está associada à ideia de empreendimento econômico ou profissional, onde haja propósito negocial. Ou seja, a ideia de empresa é o núcleo a ser investigado.”

77. Coerente o legislador ao prever esta hipótese de dedução tributária de amortização de ágio. Resumindo o que explica Luis Eduardo Schoueri⁴, reza a boa prática contábil que o valor do ágio pago pela pessoa jurídica investidora com base em expectativa de rentabilidade futura da investida tenha a dedução de sua amortização confrontada, ao longo do tempo, com os correspondentes rendimentos auferidos com o investimento. Acontece que, conforme a legislação pátria, as receitas de equivalência patrimonial auferidas pelo investidor não são tributáveis (são excluídas da base de cálculo do IRPJ e da CSLL) e, portanto, seria um contrassenso permitir a dedução fiscal da correspondente amortização do ágio.

78. A situação se altera quando a investidora incorpora a investida (ou vice-versa), pois a partir desse momento os ativos que geram os rendimentos e o ágio a ser amortizado passam a compor o mesmo patrimônio, eis que ocorrida a confusão patrimonial entre adquirente e adquirida. Nesse caso, tanto os rendimentos gerados são tributáveis como as amortizações são dedutíveis pela pessoa jurídica resultante da incorporação, sendo esse o sentido da norma prevista na Lei nº 9.532/1997.

Reorganização societária – aspectos comumente questionados 79. Conforme descrito no TVF, o grupo estrangeiro General Mills, que já atuava no País com a empresa GENERAL MILLS BRASIL, estava interessado em adquirir a empresa nacional YOKI (GENERAL MILLS, ora Recorrente). Num período de aproximadamente quatro meses, implementou uma sequência de eventos societários que se iniciou com a constituição da empresa GENERAL MILLS ONE, a qual incorporou a GENERAL MILLS BRASIL e adquiriu a YOKI com ágio. A reestruturação societária findou com a incorporação da sociedade GENERAL MILLS ONE pela própria YOKI que, ato contínuo, passou a amortizar fiscalmente o ágio oriundo da sua própria aquisição. Muitas etapas da reestruturação societária envolveram empresas do grupo situadas no exterior e pouco repercutem na análise do presente caso.

⁴ SCHOUERI, Luis Eduardo, “Ágio em Reorganizações Societárias (aspectos tributários)”, São Paulo: Dialética, 2012, pp. 61 e 62 e 77 a 79

80. A jurisprudência deste Conselho (CARF) tem apontado diversas condutas inaceitáveis em casos de planejamento tributário abusivo envolvendo amortização de ágio. Mas, consoante destaca a Recorrente, na reorganização societária do grupo General Mills ficou caracterizada a inocorrência de diversas condutas irregulares comumente identificadas pelo Fisco.

81. Primeiramente, restou demonstrado que:

i) a operação que deu origem ao ágio foi realizada entre partes não relacionadas, ou seja, entre pessoas jurídicas de grupos econômicos distintos;

ii) A família Matsunaga e o grupo General Mills eram independentes entre si antes da compra das ações, a indicar que estaria atendido o princípio Arm's Length ("à distância de um braço"). Tal princípio, consiste em tratar as empresas vinculadas, pertencentes ao mesmo grupo multinacional, como se fossem independentes, e;

iii) que o preço de aquisição foi estabelecido em condições usuais de mercado.

82. Também não se questiona aqui o efetivo o pagamento do preço em moeda corrente, aspecto frequentemente levantado pelo Fisco em casos de planejamento tributário abusivo. O pagamento efetuado em dinheiro aos alienantes, no valor de R\$ 1.750.000.000,00, para a aquisição das ações da YOKI não foi objeto de contestação pela autoridade fiscal e não integra a presente lide.

83. Como consequência dos dois aspectos acima, e tendo em vista que o valor patrimonial da sociedade adquirida YOKI (R\$ 262.944.000,00) foi igualmente aceito pela fiscalização, não há controvérsia sobre a efetiva apuração de sobrepreço na aquisição da participação societária, e tampouco se lançou dúvida quanto ao montante original desse sobrepreço, da ordem de R\$ 1,49 bilhão.

84. A recorrente menciona que não foram questionadas pela fiscalização a subscrição e a integralização de capital em dinheiro na GENERAL MILLS ONE, no valor de R\$ 1,97 bilhão, bem como a ocorrência da sua incorporação pela YOKI. Porém, a discussão não repousa na validade dos atos jurídicos praticados pelo contribuinte, mas sim nos efeitos tributários que decorrem desses atos jurídicos.

85. Por esse motivo, aliás, corroborando com o voto do relator a quo, entendo também ser irrelevante ao caso em tela, a alteração promovida em 27/07/2012 pela GENERAL MILLS INC que, apoiando-se em cláusula prevista no contrato assinado em 24/05/2012, cedeu os seus direitos e obrigações para a GENERAL MILLS ONE, que passou a figurar como a compradora das ações da YOKI.

86. É pertinente a ponderação da recorrente ao lembrar que o próprio Código Civil disciplina o chamado "contrato com pessoa a declarar" (arts. 467 a 471), de sorte que descabe apontar qualquer irregularidade nesta operação, e muito menos atribuir caráter doloso à conduta com base neste fato.

87. Outra irregularidade identificada em alguns planejamentos tributários abusivos é a produção de laudo justificando o fundamento econômico do ágio em momento posterior à aquisição. Contudo, este aspecto temporal do laudo não é

objeto de questionamento pela autoridade fiscal e não integra a presente questão.

88. A autoridade autuante confere especial destaque à ocorrência, nas operações analisadas, da chamada incorporação reversa, pela qual a controlada YOKI incorporou a sua controladora GENERAL MILLS ONE. Cumpre ressaltar, porém, que a incorporação reversa (também conhecida como “incorporação às avessas”) está expressamente prevista no art. 264, § 4º, da Lei nº 6.404/1976, com a redação dada pela Lei nº 10.303/2001, para fins societários, e no art. 8º, letra ‘b’, da Lei nº 9.532/97, no contexto de amortização fiscal de ágio, de sorte que não há como apontar a priori qualquer estranhamento quanto à sua utilização na reestruturação societária.

89. No TVF, às fls. 2054, a autoridade fiscal argumenta que a “operação de incorporação reversa, não teria sido praticada se não fosse a possibilidade de usufruir o benefício fiscal” e lança dúvidas quanto ao fundamento econômico que justifique a incorporação da controladora. Não se esqueça, entretanto, que se fosse realizada a incorporação na forma mais “comum”, isto é, se a controladora GENERAL MILLS ONE houvesse incorporado a controlada YOKI, ainda assim a incorporação citada no caput do art. 7º da Lei nº 9.532/97 estaria formalmente caracterizada e, portanto, a amortização do ágio ainda seria dedutível em tese, desde que atendidas as demais condições legais. Ou seja, na reorganização societária implementada pelo grupo General Mills, para fins de enquadramento formal nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 seria indiferente se a incorporação realizada fosse a direta (“comum”) ou a reversa (“às avessas”). Não se constata vantagem ou desvantagem fiscal em nenhuma das duas alternativas, se comparadas entre si.

90. Ademais, seria de se esperar, intuitivamente, que a empresa de maior porte operacional incorporasse a de menor porte. Nesse diapasão, a YOKI haveria de incorporar a GENERAL MILLS ONE – como de fato ocorreu – e não o inverso, pois o patrimônio e a atividade operacional da primeira eram muito maiores, se comparado com a última.

91. Logo, a utilização da incorporação reversa na reestruturação societária não pode servir como fundamento para desqualificar a conduta do interessado. Não obstante o acima exposto, há outros aspectos que não se combinam com a pretendida dedução fiscal do ágio segundo a legislação de regência, exposta a seguir.

Da aquisição da Yoki e da amortização do ágio.

92. Como já anotado anteriormente, a amortização fiscal do ágio somente está autorizada quando uma sociedade incorporar outra sociedade na qual detenha participação societária adquirida com ágio (art. 7º, caput, Lei nº 9.532/97), ou vice-versa (art. 8º, ‘b’). Nessa hipótese, ocorre a confusão patrimonial entre a adquirente e a adquirida, que passam a formar um único empreendimento econômico, o que justifica a dedução da amortização do ágio pago, desde que o

seu fundamento econômico tenha sido a expectativa de rentabilidade futura (art. 20, §2º, 'b', do DL nº 1.598/77).

93. Alega a Recorrente que tal hipótese estaria atendida porque a GENERAL MILLS ONE adquiriu a YOKI com ágio e posteriormente foi incorporada por esta última. Afirma ainda que a GENERAL MILLS ONE efetuou os pagamentos aos alienantes das ações com recursos recebidos de sua controladora GENERAL MILLS NETHERLANDS a título de integralização de capital e que, portanto, o Fisco não pode desconsiderar esses negócios jurídicos regularmente formalizados.

94. Em que pese não estar evidenciada nos autos qualquer irregularidade de atos praticados pela recorrente e por todas as demais sociedades envolvidas na reestruturação societária que culminou na aquisição da YOKI e na incorporação da GENERAL MILLS ONE, cabe advertir, conforme menciona a autoridade julgadora a quo, que a correta aplicação da legislação tributária deve se pautar pela prevalência da essência sobre a forma. Ou seja, há que se perquirir sobre o real negócio celebrado entre as diversas partes, ainda que os atos tal como individualmente formalizados possam sugerir negócios distintos.

95. No presente caso, conforme relatado no acórdão "a quo", trata-se de uma reorganização societária implementada mediante operações estruturadas em sequência (step transactions), ou seja, diversos atos societários (etapas) encadeados para a consecução de um determinado objetivo. Em tais situações, ensina o ilustre professor Marco Aurélio Greco⁵ que "ao invés de analisar cada fotografia (etapa) é importante analisar o filme (conjunto delas). Mais do que um evento (etapa) é importante interpretar a estória (conjunto)".

96. Vejamos, então, a sequência de atos societários formalizados na reorganização societária em apreço que compõem o "filme", citados pelo TVF. Cabe resumir os fatos relevantes para que se possa compreender o efetivo negócio que ocorreu com a reestruturação societária, iniciada em 24/04/2012 e finalizada em 31/08/2012.

O grupo General Mills atuava no mercado brasileiro com a GENERAL MILLS BRASIL, empresa que em 2011 auferiu receitas líquidas de R\$ 46.968.005,29 e que, em 31/12/2011, detinha ativos que totalizavam R\$ 92.535.460,50 e patrimônio líquido de R\$ 24.488.381,93 (valores extraídos de sua DIPJ). Em 2012, a GENERAL MILLS BRASIL era inicialmente controlada pela americana GENERAL MILLS INTERNATIONAL (99,99%), mas seu controle foi transferido para a YOPLAIT (em 18/07/2012) e finalmente para a holandesa GENERAL MILLS NETHERLANDS (em 19/07/2012). E, em 20/07/2012, a GENERAL MILLS BRASIL foi extinta, pois foi incorporada pela GENERAL MILLS ONE.

A GENERAL MILLS ONE, por sua vez, havia sido constituída em 23/04/2012 com capital social de R\$ 10.000,00, tendo como controladora também a GENERAL

⁵ GRECO, Marco Aurélio. "Planejamento Tributário", 3ª edição, São Paulo, Dialética, 2011, p. 456.

MILLS NETHERLANDS. Não teve nenhuma atividade operacional até 20/07/2012, quando incorporou a GENERAL MILLS BRASIL e o seu capital social passou a ser de R\$28.607.943,00 (fls. 233). Alguns dias depois (26-27/07/2012), a GENERAL MILLS ONE recebeu R\$ 1.757.000.000,00 de sua controladora GENERAL MILLS NETHERLANDS a título de integralização de capital e, com esses recursos, adquiriu 100% das ações da YOKI em 01/08/2012.

Finalmente, em 31/08/2012, a então controlada YOKI incorporou a sua controladora GENERAL MILLS ONE. Após este evento, a YOKI passou a amortizar o ágio alegando estar amparada pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Considerando que as condições da compra das ações da YOKI já estavam detalhadamente pactuadas pelas partes no Contrato de Compra e Venda de Participação Societária (Stock Purchase Agreement) assinado em 24/05/2012 (fls. 1490/1553, tradução às fls. 1563/1637), é inegável que toda a sequência de atos societários acima descrita (incluindo a constituição da GENERAL MILLS ONE em 24/04/2012) forma um conjunto único e coeso que tinha como objetivo final a aquisição da YOKI. Resta-nos verificar se ficou caracterizada a hipótese legal de amortização fiscal do ágio.

Antes, cumpre reconhecer que o Fisco não pode se imiscuir na condução dos negócios da pessoa jurídica e apontar, entre os diversos caminhos lícitos disponíveis, qual deles deve ser percorrido pelo contribuinte. Todavia, não é essa a questão ora posta.

Ademais, analisando o “filme”, é possível identificar propósito comercial na reestruturação societária promovida pelo grupo General Mills por restar evidenciado que o seu objetivo final era a aquisição da YOKI e a sua combinação com a GENERAL MILLS BRASIL, obtendo-se ao final uma única empresa operacional. Também ficou claro que um outro objetivo foi transferir o controle das atividades desenvolvidas no mercado brasileiro para outra empresa do grupo. Anteriormente, o controle era exercido pela americana GENERAL MILLS INTERNATIONAL e ao final da reorganização tal controle passou a ser exercido pela holandesa GENERAL MILLS NETHERLANDS. Tais aspectos específicos da reorganização societária são condizentes com a liberdade de auto-organização dos negócios da pessoa jurídica e não revelam artificialismo ou qualquer forma de abuso.

97. Há, no entanto, determinadas características de algumas etapas da reestruturação societária promovida pelo grupo General Mills que merecem ressalvas, conforme abaixo, citadas no TVF e mencionadas na decisão de primeira instância.

Inocorrência de subsunção dos fatos à norma dos artigos. 7º e 8º da lei nº 9.532/97

98. Uma etapa da reestruturação societária que suscitou questionamento pela autoridade autuante foi a constituição e a extinção, no prazo de poucos meses, da

GENERAL MILLS ONE. Realmente, esta sociedade surgiu como uma típica “empresa de papel”, pois foi constituída com pequeno capital social (não integralizado) e ficou inativa por alguns meses. Ocorre que, em 20/07/2012, ela incorporou a empresa operacional GENERAL MILLS BRASIL e, ainda que por um breve período de 41 dias, teve substância econômica e foi titular de direitos e obrigações como sucessora da incorporada.

99. Assim, não é totalmente verdadeiro que a GENERAL MILLS ONE tenha participado como uma típica empresa veículo, haja visto que quando adquiriu a YOKI ela possuía atividade operacional, patrimônio, etc. Ou seja, não se pode dizer que a empresa tinha como único e exclusivo propósito a passagem dos recursos destinados para a aquisição das ações da YOKI.

100. Verifica-se, ainda, que a incorporação da GENERAL MILLS ONE pela YOKI ocorreu entre duas empresas operacionais, o que afasta qualquer pretensão fiscal de conferir à operação o atributo de artificialidade, pois reveste-se de substância econômica.

101. Isto não implica, porém, em aceitar automaticamente todos os atos formalizados pela GENERAL MILLS ONE no contexto da reorganização societária e reconhecer os efeitos tributários inerentes às formas praticadas. Não basta que se verifique a regularidade dos atos formais para se definir o correto tratamento tributário a ser aplicado ao caso, é preciso verificar se as formalidades guardam correspondência com o verdadeiro negócio realizado.

102. A autoridade fiscal salienta o curtíssimo intervalo de tempo entre o recebimento de vultosos recursos da sua controladora estrangeira GENERAL MILLS NETHERLANDS e o pagamento efetuado aos vendedores das ações da YOKI (família Matsunaga). Nos dias 26 e 27 de julho de 2012, a GENERAL MILLS ONE recebeu R\$ 1,757 bilhão e, em 01/08/2012, esses recursos foram utilizados para a liquidação financeira da aquisição das ações (R\$ 1,75 bilhão). Este fluxo financeiro revelaria que o verdadeiro adquirente da YOKI foi a holandesa GENERAL MILLS NETHERLANDS, e não a GENERAL MILLS ONE, que serviu apenas para a passagem dos recursos financeiros.

103. Argumenta a recorrente que os recursos foram recebidos pela GENERAL MILLS ONE como integralização de capital, o que significa que houve ônus de sua parte, vez que cedeu à controladora holandesa cotas de seu capital social equivalentes ao montante recebido. Por essa razão, postula ser a verdadeira adquirente da YOKI.

104. Cabe aqui ressaltar que, segundo exposto, a hipótese definida nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 ocorre quando a adquirente de participação societária incorpora (ou é incorporado por) a sociedade adquirida com ágio. Obviamente, ao definir esta hipótese, o legislador pressupõe uma operação de compra direta, sem a intermediação de outras sociedades.

105. E tal pressuposto leva em consideração implicitamente que, quando alguém (pessoa física ou jurídica) adquire um negócio, é porque tem capacidade econômica para fazer a aquisição. Assim, é de se esperar que a sociedade adquirente tenha porte e atividade operacional condizente com a operação.

106. Acontece que o porte da GENERAL MILLS ONE era muito inferior ao que seria compatível numa situação dessas, pois é de se esperar que a compradora tenha um porte maior (pagando o preço com recursos próprios) ou, pelo menos, não muito menor (financiando a compra com recursos de terceiros) do que o da adquirida. Como exposto anteriormente, o patrimônio líquido da GENERAL MILLS ONE em 31/12/2011 era de R\$ 24.488.381,93 e seus ativos totalizavam R\$ 92.535.460,50. Não obstante este porte, ela figurou formalmente como compradora da YOKI, cujo valor do negócio foi de R\$ 1,75 bilhão, ou seja, pagou um preço equivalente a mais de 70 vezes o seu patrimônio líquido e quase 20 vezes o total de seus ativos.

107. Lembrando que o patrimônio da GENERAL MILLS ONE era idêntico ao da GENERAL MILLS BRASIL, após a incorporação desta última em 20/07/2012, discrimino a seguir alguns valores constantes nas DIPJ AC2011 da GENERAL MILLS BRASIL e da YOKI (adquirida em 01/08/2012), para ilustrar as diferenças entre as empresas.

108. Destarte, afigura-se flagrantemente desproporcional a aquisição da YOKI pela GENERAL MILLS ONE, tal como formalizada, a indicar que a real adquirente não foi esta última. O recebimento de vultosos recursos como integralização de capital poucos dias antes da quitação da aquisição das ações apenas corrobora esta conclusão. Sem dúvida, ao editar a Lei nº 9.532/97, o legislador se referiu a uma situação típica de compra direta de participação societária em que a compradora efetivamente suporta o ônus da aquisição e em seguida incorpora a adquirida, sendo esse o sentido da norma, consoante já explicado anteriormente.

109. Sendo assim, não se inclui na hipótese legal a situação em que: i) uma empresa estrangeira (ou grupo estrangeiro) tem interesse em adquirir a empresa alvo (target), ii) negocia com os vendedores as condições do negócio, iii) decide e formaliza o contrato de compra, iv) obtém e encaminha os recursos para efetuar o pagamento, arcando com o sacrifício econômico da aquisição, v) promove a passagem desses recursos (na forma de integralização de capital e posterior pagamento) por uma empresa nacional de porte muito menor para que esta figure como compradora, e vi) faz a empresa alvo incorporar a empresa menor que figurou formalmente como compradora.

110. Em que pese todos os atos jurídicos analisados sejam regulares e válidos nos âmbitos societário, civil, etc., a situação acima descrita não corresponde à hipótese prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, porquanto a real adquirente foi a empresa estrangeira, segundo a melhor exegese desses dispositivos legais. No presente caso, a verdadeira adquirente da YOKI foi a GENERAL MILLS NETHERLANDS, consoante ficou fartamente demonstrado nos

autos. E não houve efetiva confusão patrimonial entre a real adquirente e a adquirida. Portanto, não se verificou a subsunção da situação fática à norma legal.

111. Cabe ainda observar que fica superada a discussão acerca da ocorrência ou não da transferência de ágio, dada a constatação acima de que o verdadeiro adquirente das ações da YOKI foi a empresa estrangeira. Se a aquisição foi realizada por esta última, o ágio correspondente deveria ser originalmente escriturado no exterior. E eventuais alienações intragrupo da participação societária posteriormente efetuadas de forma alguma resultariam em ágio amortizável, porque nessa hipotética situação estaríamos diante do chamado ágio interno, apurado entre partes relacionadas. Logo, sob qualquer enfoque, não haveria como se admitir a amortização desse ágio pelo sujeito passivo.

112. Por fim, concordo com o voto do relator de primeiro piso, que não se trata de considerar fraudulentos ou inválidos os atos praticados pelo contribuinte, mas tão somente constatar que a situação fática não se amolda à hipótese prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 (art. 386 do RIR/99), motivo pelo qual a despesa é indedutível.

Fundamento econômico do ágio – parcela não amortizável

113. Além das constatações tratadas no item anterior, que já autorizam a glosa integral da dedução da amortização de ágio, a autoridade fiscal autuante identificou um fundamento adicional para glosar parte do valor do ágio amortizado.

114. A partir dos esclarecimentos apresentados pela fiscalizada sobre diferenças entre os valores do ágio fiscal e do ágio contábil identificadas no ano-calendário de 2015, verificou-se a existência de alguns ajustes efetuados para atendimento ao disposto na IN RFB nº 1.515/2014. No entanto, ao detalhar os valores que compuseram o ágio gerado na aquisição da YOKI, em resposta ao Termo de Intimação nº 04, o contribuinte apresentou o seguinte desmembramento do ágio em subcontas:

Valor pago na aquisição da Yoki Alimentos		1.750.000.000,00
Valor contábil dos ativos adquiridos		-262.944.000,00
Provisão para imposto de renda e contribuição social diferidos		388.000,00
Ágio		1.487.444.000,00
112.407	Ágio por Rentabilidade Futura	743.132.000,00
112.411	Ágio por Rentabilidade Futura (subconta adoção inicial)	-744.312.000,00
112.412	Ágio por Rentabilidade Futura (subconta auxiliar adoção inicial)	744.312.000,00
132.103	Terrenos - Mais Valia 2012	32.345.000,00
132.204	Edifícios - Mais Valia 2012	62.899.000,00
132.305	Equipamentos - Mais Valia 2012	68.980.000,00
132.803	Marcas Yoki	434.777.000,00
132.804	Marcas Kitano	85.487.000,00
132.805	Cust. Relationship	36.024.000,00
132.807	Outros Intangíveis	10.000.000,00
112.104	Produto Acabado	13.800.000,00
Ágio		1.487.444.000,00

115. Ante as informações acima, a fiscalização entendeu que estão sendo objeto de amortização diversas parcelas que não se enquadram no fundamento de expectativa de rentabilidade futura. Ficou evidenciado que há relevantes parcelas do ágio que se referem a fundo de comércio ou intangíveis, que deveriam ser classificados no inc. III, §2º, do art. 385 do RIR/99, e que não podem ser amortizados. Assim, a parcela de ágio amortizável, com fundamento econômico na rentabilidade futura, limita-se ao valor de R\$ 743.132.000,00.

116. A recorrente alega que o laudo demonstrando o fundamento do ágio trazia o balanço patrimonial da YOKI com valores atribuídos a intangíveis próximos a zero e que ele não pode ser desconsiderado pela fiscalização. Afirma ainda que, equivocadamente, a autoridade fiscal tomou em consideração a nova evidenciação do goodwill determinada posteriormente pela Lei nº 12.973/2014 e pela IN RFB 1.515/2014, cuja aplicação tem fins exclusivamente contábeis e não repercute na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

117. Não obstante, há que se advertir que, conforme consta nos autos, o desmembramento em subcontas acima discriminado já constava na escrituração do contribuinte antes da Lei nº 12.973/2014 e da IN RFB nº 1.515/2014. Na realidade, na DIPJ de incorporação/incorporada⁶ da própria adquirente GENERAL MILLS ONE constava um ágio de R\$ 743.132.000,00 com fundamento em rentabilidade futura no Balanço Patrimonial de 31/08/2012 (Ficha 36A):

Ficha 36A - Ativo - Balanço Patrimonial		
Discriminação	Último Balanço do Ano	
	Imediatamente Anterior	da Declaração
NÃO CIRCULANTE - INVESTIMENTOS		
28.Participações Permanentes em Coligadas ou Controladas	0,00	474.319.314,40
29.Investimentos Decorrentes de Incentivos Fiscais	0,00	0,00
30.Outros Investimentos	0,00	1.082.007,26
31.Ágios em Investimentos		
32.Ágios em Investimentos - Mais Valia	0,00	744.312.000,00
33.Ágios em Investimentos - Rentabilidade Futura	0,00	743.132.000,00
34.Correção Monetária - Dif. IPC/BTNF (Lei nº 8.200/1991)	0,00	0,00
35.Correção Monetária Especial (Lei nº 8.200/1991)	0,00	0,00
36.(-)Deságios	0,00	0,00
37.(-)Provisão para Perdas Prováveis em Investimentos	0,00	0,00
38.TOTAL DOS INVESTIMENTOS	0,00	1.962.845.321,66

Ficha 36E - Ativo - Balanço Patrimonial - Critérios em 31/12/2007 - PJ em Geral		
Discriminação	Último Balanço do Ano	
	Imediatamente Anterior	da Declaração
PERMANENTE - INVESTIMENTOS		
28.Participações Permanentes em Coligadas ou Controladas	0,00	474.319.314,40
29.Investimentos Decorrentes de Incentivos Fiscais	0,00	0,00
30.Outros Investimentos	0,00	1.082.007,26
31.Ágios em Investimentos	0,00	1.487.444.000,00
32.Ágios em Investimentos - Mais Valia		
33.Ágios em Investimentos - Rentabilidade Futura		
34.Correção Monetária - Dif. IPC/BTNF (Lei nº 8.200/1991)	0,00	0,00
35.Correção Monetária Especial (Lei nº 8.200/1991)	0,00	0,00
36.(-)Deságios	0,00	0,00
37.(-)Provisão para Perdas Prováveis em Investimentos	0,00	0,00
38.TOTAL DOS INVESTIMENTOS	0,00	1.962.845.321,66

⁶ Cópia da DIPJ AC2012 (período 21/07/2012 a 31/08/2012) consta juntada no PA 16561.720021/2017-86.

118. É bem verdade que o Pronunciamento Técnico CPC 15 (R1) – Combinação de Negócios, aprovado em 2011, já trazia as normas contábeis para a evidenciação do goodwill. Ou seja, os novos padrões contábeis que deram ensejo à ulterior alteração da legislação tributária que regula a matéria foram estabelecidos antes da aquisição da YOKI.

119. Conforme lembrou a autoridade fiscal, a Lei nº 11.941/2009 instituiu o Regime Tributário de Transição (RTT) e estabeleceu a neutralidade tributária com relação às alterações das normas contábeis introduzidas pela Lei nº 11.638/2007 e pela própria Lei nº 11.941/2009 que modificassem o critério de reconhecimento de receitas, custos e despesas computadas na apuração do lucro líquido. Assim, para fins tributários, seriam considerados os métodos e critérios contábeis vigentes em 31/12/2007.

120. O texto original do Decreto-Lei nº 1.598/77, ao elencar os três fundamentos econômicos do ágio no §2º de seu art. 20, não estabelecia nenhum critério de precedência entre eles, tal como o fez posteriormente o legislador ao introduzir as alterações da Lei 12.973/2014. Mas, havendo parcelas do ágio atribuíveis a mais de um fundamento, é plenamente cabível o desmembramento do ágio para a correta escrituração segundo os correspondentes incisos do referido § 2º, do art. 20.

121. Por sua vez, a própria escrituração do ágio efetuada pela GENERAL MILLS ONE atesta que apenas o montante de R\$ 743.132.000,00 se refere a expectativa de rentabilidade futura. Outras parcelas importantes do ágio foram expressamente destinadas a ativos intangíveis (marcas Yoki e Kitano, Cust. Relationship e Outros Intangíveis), que notadamente correspondem ao fundamento previsto na alínea 'c', do § 2º, do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, ou seja, "fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas". Não há autorização para a amortização fiscal dessas parcelas do ágio.

122. Importante notar que estamos a falar de parcelas de ágio escrituradas pela adquirente GENERAL MILLS ONE em 31/08/2012, trinta dias após a aquisição da participação societária. Não se trata de reconhecimento de fatos supervenientes à aquisição e tampouco de reclassificação em virtude de alteração de critérios contábeis. Referidas parcelas de ágio foram contabilmente escrituradas como intangíveis no momento da aquisição da participação societária.

123. Desse modo, revela-se descabida a amortização dessas parcelas do ágio, por caracterizada a sua indedutibilidade segundo a legislação de regência. Não pode o contribuinte considerar para fins fiscais estas parcelas com fundamento em expectativa de rentabilidade futura e, ao mesmo tempo, escriturar contabilmente tais valores como ativos intangíveis (outro fundamento de ágio). A neutralidade tributária diz respeito à mudança de critérios contábeis, o que não significa que o ágio possa ser livremente classificado pelo contribuinte segundo um critério para fins fiscais e outro critério para fins contábeis.

124. Portanto, voto, no sentido de manter as glosas das parcelas de amortização do ágio efetuado pela douda autoridade autuante.

Assim, para o Ilustre Relator, nesse ponto em linha com a decisão recorrida de primeira instância, a operação realizada pela Recorrente não seria oponível ao Fisco, por se tratar de utilização de empresa veículo para amortização de ágio e, além disso, como fundamento decorrente do primeiro para glosar parte do ágio amortizado concordou que diversas parcelas não se enquadram no fundamento de expectativa de rentabilidade futura e, portanto, mereciam a glosa.

Contudo, data vênia, **não concordo com a posição adotada pelo Ilustre Relator**, não obstante seus sempre bem fundamentados votos.

Isso porque 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.

§ 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 § 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 subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

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

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

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

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

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

a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

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

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

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

- a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;
- b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

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

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 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 Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, 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”.

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: (...) 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 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.

Mais recentemente, inclusive, esse posicionamento acabou sendo adotado pelo Ministro Gurgel de Faria ao julgar o REsp 2.026.473:

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

1. Não há violação do art. 1.022, II, do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado, como no caso dos autos.
2. Hipótese em que a Corte Regional apresentou motivação clara e expressa a respeito: a) da possibilidade de dedução do ágio no caso concreto, visto que o instituto teria efetivamente ocorrido (e não artificialmente criado); b) da impossibilidade de criação de hipóteses de "indedutibilidade" não previstas na lei, tal como pretendeu fazer o Fisco; c) da extensão da Lei n. 9.532/1997, notadamente dos seus arts. 7º e 8º; d) da ocorrência efetiva de investimento (aporte de recursos), tendo enfrentado diretamente as questões postas em discussão e entregue a prestação jurisdicional nos limites da lide.
3. Quanto à alegada violação do art. 1.026, § 2º, do CPC, assiste razão jurídica à recorrente, uma vez que os aclaratórios foram interpostos com o objetivo de prequestionamento, pelo que aplicável a Súmula 98 do STJ no particular.
4. A controvérsia principal dos autos consiste em saber se agiu bem o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de "empresa-veículo".
5. Ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença (para mais) entre o custo de aquisição do investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977).
6. Em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.
7. A exceção à regra da indedutibilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.
8. A exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997 (convertida na Lei n. 9.532/1997) visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que a justificassem.
9. O Código Tributário Nacional autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando "se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação" (art. 149, VII) e também contém norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), a qual poderia, em última análise, até mesmo justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a "plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos" (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

10. Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o "propósito negocial" das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre "partes dependentes" (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via "empresa-veículo"; ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.

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

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

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

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

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

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

Ali, o Ministro assevera com a clareza que lhe é característica que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Aliás, 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, e continua não havendo, ao uso de sociedade-veículo.

Segundo, porque 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 a só existência de ágio entre partes dependentes ou com o emprego de “empresa-veículo” já seria abusiva.

Assim, ao menos até 2014:

[...] parece claro que, em princípio, não há, na legislação tributária, qualquer dispositivo que impeça o reconhecimento e a utilização do ágio, gerado internamente, entre partes relacionadas.

O que se condena é a simulação, a mentira, a operação que não existiu na realidade: assim, se não houve preço em uma relação entre partes relacionadas na qual se registrou ágio, tal operação deverá ser desconsiderada. Resta evidente, aí, que não houve uma compra e venda, uma aquisição de participação societária na qual poderia haver o pagamento do ágio. Comprovada a simulação,

plenamente justificável e autorizada a desconsideração do planejamento realizado. (SCHOUERI, Luís Eduardo. *Ágio em reorganizações societárias [aspectos tributários]*. São Paulo: Dialética, 2012) Sobre o emprego da "empresa-veículo", a sua rejeição apriorística contraria o disposto no art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.404/1976 (o qual faculta a criação de holding "como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais").

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

A propósito, quando a investidora é empresa estrangeira, é ainda mais justificável a constituição de uma "empresa-veículo", por algumas razões práticas: confere mais segurança quanto à possibilidade de se valer da norma interna de dedução do ágio (o que não aconteceria se a incorporação fosse internacional); permite a negociação com base na moeda local; pode facilitar a realização de operações locais (por exemplo, dispensar garantias que seriam exigidas do investidor internacional) etc Assim, filio-me à orientação de que:

A Lei nº 9.532/1997 e a Lei nº 12.973/2014 apenas exigem a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que detém participação societária e a sociedade adquirida, não fazendo qualquer alusão, ainda que implícita, ao suposto "real adquirente", que segundo a tese do Fisco, teria fornecido os recursos financeiros ou ofertado garantia para aquisição do investimento. (SANTOS, Ramon Tomazela. *Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022) Em resumo, compreendo que a existência do ágio interno (ao menos até 2014) ou a constituição de sociedade-veículo não podem, por si sós, configurar impedimento para a dedução do ágio.

O mais importante, nessas situações, é investigar se:

Houve efetiva aquisição de participação societária? Há efetivo custo (sacrifício) de aquisição? Resta demonstrado que o ágio corresponde à diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento está fundamentado na expectativa de rentabilidade futura? Houve absorção do patrimônio da investida ou da investidora por meio de incorporação, fusão ou cisão?

[...]

Há efetiva aquisição/alienação de participação societária? (DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Assef. "Ágio interno" e "empresa veículo" na jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária In: *Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF*. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (coord). São Paulo: MP Editora, 2016).

Neste ponto, **resta demonstrado que a acusação de utilização de empresa-veículo per se não desnatura o aproveitamento fiscal do ágio.**

Acrescente-se ainda que **não houve qualquer irregularidade** nas operações praticadas pelas partes, inclusive na utilização da figura da incorporação reversa, conforme o Ilustre Relator também transparece concordar:

93. Alega a Recorrente que tal hipótese estaria atendida porque a GENERAL MILLS ONE adquiriu a YOKI com ágio e posteriormente foi incorporada por esta última. Afirma ainda que a GENERAL MILLS ONE efetuou os pagamentos aos alienantes das ações com recursos recebidos de sua controladora GENERAL MILLS NETHERLANDS a título de integralização de capital e que, portanto, o Fisco não pode desconsiderar esses negócios jurídicos regularmente formalizados.

94. **Em que pese não estar evidenciada nos autos qualquer irregularidade de atos praticados pela recorrente e por todas as demais sociedades envolvidas na reestruturação societária que culminou na aquisição da YOKI e na incorporação da GENERAL MILLS ONE**, cabe advertir, conforme menciona a autoridade julgadora a quo, que a correta aplicação da legislação tributária deve se pautar pela prevalência da essência sobre a forma. Ou seja, há que se perquirir sobre o real negócio celebrado entre as diversas partes, ainda que os atos tal como individualmente formalizados possam sugerir negócios distintos.

Assim, foi a interpretação quanto ao conjunto de etapas que, no entender da autoridade de origem, levou à glosa do ágio, como também concordou o Ilustre Relator.

Porém, em minha leitura, verificando-se que tais operações foram legítimas, incluindo-se a incorporação reversa, realizadas entre empresas operacionais, e em observância aos elementos que que trago nesse voto vencedor, leva-me a entender que o ágio foi legitimamente gerado e, portanto, deve ser afastada a glosa.

Da mesma forma, importante destacar até a alteração da legislação pertinente ao ágio, não existia no art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977 a exigência de laudo.

Com efeito, o parágrafo 3º do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77 exigia para o ágio ou deságio fundamentado no valor de mercado de ativos ou expectativa de rentabilidade um “demonstrativo”, que seria arquivado como comprovante de sua escrituração.

Por fim, sob o risco de ser repetitivo, entendo que antes do advento da Lei n. 12.973/2014 não havia precedência ou prevalência entre os possíveis fundamentos econômicos do ágio.

Logo, pelos fundamentos acima, ante o provimento do recurso, afasto também a discussão sobre o fundamento econômico do ágio, ante o entendimento prevalecente de que deve ser provida a pretensão recursal em sua integralidade.

Isso porque também a autoridade de origem adotou como suporte infralegal a IN 1.515/2014, instrumento infralegal que, à época, buscava complementar o novo tratamento

tributário do ágio trazido com a Lei 12.973/2014, **que não se aplica ao caso concreto, pois as operações foram realizadas anteriormente à citada Lei.**

Tanto a IN 1515/2014 quanto à Lei 12.973/2014 não se aplicam ao caso concreto, já que as operações que geraram o direito à amortização do ágio ocorreram no ano de 2012.

Logo, por esses motivos, entendo que a glosa relacionada ao fundamento do ágio também deve ser afastada.

Conclusão

Ante o exposto, não conheço do recurso de ofício e dou provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

assinado digitalmente

Conselheiro Jeferson Teodorovicz - Redator designado