



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720111/2019-39
ACÓRDÃO	1102-001.579 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	12 de dezembro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	RAIZEN ENERGIA S.A
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016

AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

A Lei 9.532/97 permite ao contribuinte adquirir participações societárias mediante a interposição de empresas veículo, assegurando-lhe a amortização fiscal do ágio, inexistindo razões para demonizar sua utilização. A opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio. Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intensão, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si.

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

DEVER LEGAL DE PAGAR (LICITAMENTE) TRIBUTOS. DEVER DE SOLIDARIEDADE SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO LÍCITO. INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE DE

DIREITO, ARTIFICIALIDADE DE FORMAS, FRAUDE, DOLO, CONLUIO OU QUALQUER PATOLOGIA DO ATO JURÍDICO PRATICADO.

Nas circunstâncias em que, licitamente, o contribuinte realizar ato jurídico que importe em economia tributária válida, sem mácula ou vício previsto no ordenamento jurídico, ou seja, sem patologia de forma, de vontade, de intenção ou ocultação, torna-se ilegítima a autuação que dele decorra, inexistindo dever fundamental de pagar ilicitamente tributos.

A inexistência norma jurídica específica que discipline a desconstituição de negócios jurídicos válidos não autoriza a administração tributária a se valer de critérios gerais, claramente subjetivos, para atribuir a pecha de planejamento tributário abusivo ao exercício regular de direitos de cunho empresarial e societário, de forma que a norma geral antielisiva do art. 116 do CTN possui mero comando autorizador do exercício secundário de competência legislativa ordinária.

Admite-se combate ao abuso, à fraude, à simulação, ao dolo e ao conluio, não sob o prisma da norma geral antielisiva, mas pela prática de ato antijurídico a que o ordenamento jurídico preveja tipo infracional específico.

COMPROVAÇÃO DO FUNDAMENTO ECONÔMICO DO ÁGIO. REQUISITOS PARA COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE DA TRANSAÇÃO.

O fundamento econômico da transação que gera o ágio pode ser comprovado mediante meios de prova que verdadeiramente demonstrem a efetiva existência de diferença entre a despesa incorrida e o patrimônio líquido registrado contabilmente, inclusive, mediante laudos de avaliação que a revele e comprove.

Não cabe à administração tributária desconsiderar o fundamento econômico com base apenas na tese que inadmite a dedutibilidade da despesa com pagamento de ágio, devendo apontar elementos fáticos que tornem inservíveis ou insuficientes os documentos da contribuinte para justificar a dedução realizada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento aos recursos voluntários do contribuinte e do responsável solidário, vencidos os Conselheiros Lizandro

Rodrigues de Sousa e Fenelon Moscoso de Almeida, que davam provimento parcial ao recurso do contribuinte, para afastar a qualificação da multa de ofício, e parcial provimento ao recurso do responsável solidário, para afastá-lo do polo passivo.

Assinado Digitalmente

Fredy José Gomes de Albuquerque – Relator

Assinado Digitalmente

Fernando Beltcher da Silva – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Lizandro Rodrigues de Sousa, Fredy Jose Gomes de Albuquerque, Fenelon Moscoso de Almeida, Cristiane Pires Mcnaughton, Gustavo Schneider Fossati e Fernando Beltcher da Silva (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de lançamentos de IRPJ e CSLL referentes aos anos-calendários de 2014, 2015 e 2016, decorrentes de alegada amortização fiscal indevida de ágio por aquisição de participação societária, mediante interposição de empresa veículo, cuja realização foi considerada artificial e sem propósito negocial, tendente ao aproveitamento ilegal do benefício fiscal ora referenciado.

Além do IRPJ e da CSLL, foram cobrados juros de mora, multa de ofício qualificada (150%) e multa isolada, totalizando crédito tributário global de R\$ 6.515.784,14. Por bem condensar o histórico dos fatos, acolhe-se trecho do relatório do acórdão recorrido para sintetizar os acontecimentos trazidos no TVF:

Trata-se de autos de infração do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ, às fls. 1.064 a 1.082, e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, às fls. 1.083 a 1.099, lavrados para formalização e exigência de crédito tributário no montante de R\$ 6.515.784,14. A São Martinho S.A (CNPJ nº 51.466.860/0001-56) foi responsabilizada pelo crédito. Qualificou-se a multa. Efetuou-se Representação Fiscal para Fins Penais (Processo nº 16561.720113/2019-28).

2. De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, às fls. 1.048 a 1.063, o lançamento decorreu de dedução indevida de amortizações de ágio na apuração do imposto e da contribuição. Verificou-se, as operações que (formalmente) teriam proporcionado o gozo do benefício (amortização fiscal do ágio) não diriam respeito à aquisição de participação societária, mas sim à “aquisição de um conjunto de ativos”.

3. A Raizen simulara a aquisição (com ágio) da participação societária da São Martinho S.A. detida na Cerrado Açúcar e Álcool (CNPJ nº 19.257.469/0001-39) - empresa veículo adrede criada para implementar o planejamento ilícito - quando, em verdade, o que ocorrera fora a compra de ativos da São Martinho S.A.

4. Em decorrência da glosa das amortizações, antecipações mensais do imposto e da contribuição (lucro real anual), apuradas mediante balancetes de suspensão/redução, revelaram-se indevidamente reduzidas, o que ensejou lançamento de multas isoladas.

5. A Raizen e a São Martinho apresentaram as impugnações das fls. 1.119 a 1.180 e 1.343 a 1.405, contrapondo, em síntese:

6. Os autos de Infração seriam nulos, porquanto não teriam sido indicados os dispositivos legais que foram infringidos e porque não competiria à fiscalização “fazer juízo de valor em relação a forma pela qual o particular opta por realizar um investimento”.

7. A Raizen teria comprado quotas da Cerrado detidas pela São Martinho e “não apenas ativos isolados”. Teriam existido “razões econômicas e negociais para a Constituição da Cerrado, afastando-se qualquer alegação de existência de 'empresa-veículo' ou de estrutura simulada com a única intenção de criar ágio amortizável para fins fiscais.”

8. Vários fatos confirmariam essa “realidade”, dentre eles “a impossibilidade de vendas de ativos isoladamente, em razão das restrições de cessão existentes nos contratos de parceria firmados entre a São Martinho e os seus parceiros”.

9. Além disso, não havia interesse pelos ativos isolados, mas sim pelo “negócio de plantio e de fornecimento de cana-de-açúcar detido pela São Martinho. Logo, caso o negócio não fosse vendido contendo a integralidade de seus ativos, a Requerente não efetuará a transação”.

10. A Fiscalização teria se enganado, pois que, “quando se fala em transferência do negócio e de fornecimento de cana-de-açúcar, não está se falando apenas de ativos (i.e. de plantações), mas sim de um conjunto de ativos, passivos e contratos que permitem o fornecimento da matéria prima para as atividades da Requerente.”

11. Ao transportar-se “esse conceito” para o caso em análise, ficaria claro a única forma de, “com segurança”, transferir “todos esses ativos e passivos vinculados a 100 contratos era a contribuição do acervo líquido em aumento de capital de uma sociedade (Cerrado) que posteriormente seria vendida para a Requerente, como de fato foi”.

12. Ao “reclassificar a operação para uma simples compra e venda de ativos isolados”, a fiscalização não teria “enfrentado como as partes deveriam ter solucionado os problemas (muitas vezes intransponíveis) para a implementação do negócio, como é o caso da restrição de cessão contida nos contratos firmados entre a São Martinho e os seus parceiros agrícolas” (fl. 1.145).

13. Teria sido adquirido “uma empresa que tinha ativos, passivos, custos e despesas a serem incorridos e diversos contratos firmados com parceiros comerciais. Desta forma, o valor do negócio não estava nos ativos (plantações, contratos e soqueiras), mas no resultado que seria auferido com esse negócio adquirido.”

14. Ainda que a Cerrado não tivesse substância econômica, o “ordenamento jurídico brasileiro” preveria de forma expressa a “possibilidade de se constituir pessoas jurídicas para realizarem um negócio jurídico determinado (ainda que para se beneficiar de incentivos fiscais).”

15. Caso não haja a configuração de dolo, fraude ou simulação, não se poderia “desconsiderar e reclassificar atos e negócios jurídicos perfeitamente acabados, pois o parágrafo único do art. 116 do CTN, único dispositivo que permitiria essa possibilidade, ainda sequer está produzindo efeitos”.

16. Mesmo que se considere a aquisição da Cerrado como “compra de ativos isolados”, ainda assim dever-se-ia reconhecer o direito da “Requerente à amortização, exaustão ou depreciação do valor dos bens e direitos adquiridos em razão da referida aquisição”.

17. Todos os requisitos previstos nos art. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, teriam sido atendidos.

18. Ainda que a Cerrado se trate de empresa veículo, dever-se-ia reconhecer as condutas perpetradas pela requerente “estavam respaldadas no entendimento da jurisprudência administrativa”, de sorte que elas não poderiam ser invalidadas, por força do art. 24 da LINDB.

19. Haveria diversos “precedentes recentes no E. Carf no sentido de que a utilização de ‘empresa veículo’ não é suficiente para justificar sua desconsideração para fins de aproveitamento do benefício previsto na Lei nº 9.532/97 e não tem o condão de tornar as contrapartidas de amortização do ágio indedutíveis”.

20. Os valores recebidos pela Martinho em decorrência da venda da participação societária na Cerrado teriam sido devidamente tributados pelo IRPJ e pela CSLL a título de ganho de capital. Por conta disso, o excedente de preço pago (ágio) “deveria ser considerado válido para fins de aproveitamento fiscal.”

21. A multa de 150% não poderia subsistir, ante a inexistência de “fraude, sonegação ou conluio”. Mesmo que se entenda as operações praticadas pela Raizen não lhe davam o direito de proceder como procedeu, ainda assim não haveria falar “em qualquer tipo de fraude”. De sorte que a multa deveria ser reduzida para 75%. Ela também não poderia ser exigida de forma concomitante à multa isolada.

22. O Termo de Responsabilização da São Martinho seria nulo, porquanto não teriam sido descritos com clareza quais “os atos incorridos pela Requerente que resultaram em sua responsabilização pelo crédito tributário exigido da Raizen”.

23. A fiscalização não teria demonstrado que houvera “ação conjunta e coordenada das empresas Raizen e São Martinho” na perpetração da simulação. Por serem concorrentes, não haveria sentido alegar que elas agiram em conjunto e de maneira coordenada. Não haveria nos autos “qualquer documento que comprove que a Requerente1 tinha pleno conhecimento dos objetivos pretendidos com a reorganização societária realizada pela Raizen”.

24. A São Martinho não possuía controle ou conhecimento da forma como a Raizen avaliaria e registraria a participação societária adquirida na Cerrado. Até a sua intimação do inteiro teor do auto de infração, ela “sequer sabia o que havia ocorrido com a Cerrado após a alienação para a Raizen”. De sorte que a sua imputação tratar-se-ia de presunção.

25. O “interesse comum na obrigação que constitua fato gerador”, previsto no inciso I do art. 124 do CTN – fundamento da imputação – não teria sido evidenciado; a fiscalização teria sido “omissa em apontar, com clareza e objetividade, quais seriam os interesses comuns entre a Raizen e a Requerente”.

26. Não seria “dado às Autoridades Fiscais atribuir responsabilidade tributária solidária” a terceiro, com fundamento no inciso I do art. 124 do CTN, que não esteja no mesmo polo da obrigação tributária. O “interesse comum” previsto no dispositivo poria os “devedores solidários numa posição também comum”.

27. A Raizen e a São Martinho estavam em lados opostos, “com interesses opostos”. De sorte que seria “impossível sustentar a alegação de existência de ‘interesse comum’”. Seria “absolutamente” ilegal atribuir às sociedades vendedoras a responsabilidade tributária pelos tributos supostamente devidos pelas sociedades compradoras.

28. Não existiria qualquer base legal a “exigir do vendedor a responsabilidade de verificar o correto recolhimento dos tributos devidos pelo comprador”, tampouco “existiriam meios jurídicos para que o vendedor realize essa verificação”.

A DRJ manteve os lançamentos em decisão assim ementada (fls. 1531/1552):

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. Estando o auto de infração revestido das necessárias formalidades legais e não se constatando nenhuma das hipóteses dos incisos do art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, não há falar em nulidade.

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. DELEGACIAS DE JULGAMENTO. APRECIACÃO. INCOMPETÊNCIA. As Delegacias de Julgamento devem observar a legislação tributária vigente no País, sendo-lhes defeso apreciar

arguições de inconstitucionalidade e de ilegalidade de normas regularmente editadas.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. SIMULAÇÃO. A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. A caracterização dos atos como simulados, e não reais, autoriza a glosa da amortização fiscal do ágio.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. SIMULAÇÃO. A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. A caracterização dos atos como simulados, e não reais, autoriza a glosa da amortização fiscal do ágio.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016

MULTA ISOLADA. MULTA PROPORCIONAL. CONCOMITÂNCIA. Com o advento da Medida Provisória nº 351, de 2007, convertida na Lei nº11.488, de 2007, tornou-se juridicamente indiscutível o cabimento da multa isolada imposta pela falta de pagamento das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL, ainda que cumulativamente haja imposição da multa de ofício proporcional ao imposto e à contribuição social devidos ao final do respectivo ano-calendário.

ART. 24 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO - LINDB. LANÇAMENTO FISCAL. INAPLICABILIDADE. O artigo 24 da LINDB trata-se de revisão da validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado, não se aplicando ipso facto a lançamento fiscal, já que este não encerra caráter revisional, nos termos previstos no dispositivo.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INTERESSE COMUM. MESMO LADO DA OBRIGAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE. A responsabilidade solidária do inciso I do art. 124 do CTN prescinde de que o imputado e o contribuinte estejam no mesmo lado da obrigação. O interesse comum previsto no dispositivo caracteriza-se pelo envolvimento direto e de forma intencional do responsável na situação constitutiva do fato gerador.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Irresignada, a contribuinte manejou Recurso Voluntário ao CARF (fls. 1678/1746), juntamente com a responsável tributária SÃO MARTINHO (1556/1627), em que repetem os argumentos acima indicados, os quais serão apreciados ao longo do voto.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Fredy José Gomes de Albuquerque**, Relator

Os recursos são tempestivos e admitem conhecimento. A contribuinte foi intimada da decisão da DRJ em 13/10/2020 (certidão de fls. 1674) e apresentou recurso em 23/10/2020 (protocolo de fls. 1677). A responsável solidária interpôs recurso em 29/09/2020, antes mesmo de sua intimação, ocorrida em 13/10/2020 (certidão de fls. 1675), posteriormente reiterado em petição de fls. 1759. Assim, conheço dos recursos, porquanto interpostos no prazo legal.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO DA CONTRIBUINTE (RAIZEN)

DAS NULIDADES

A recorrente suscita nulidade das autuações em razão da **(a) ausência de capitulação legal objetiva e precisa e (b) ingerência da fiscalização da liberdade da esfera privada**, nesses termos:

(i) Fundamentação Legal | Ausência de Capitulação Legal Objetiva e Precisa: a Fiscalização não capitulou com a precisão necessária os dispositivos legais que teriam sido infringidos, limitando-se a apresentar um apanhado de normas descontextualizadas, sem vincular a previsão descrita na norma aos fatos ocorridos – i.e., não restou demonstrada a subsunção dos fatos às normas. Não basta que a Fiscalização copie trechos de dispositivos legais, sendo necessário que seja demonstrado qual fato concreto infringiu disposição prevista em norma. Essa demonstração não foi feita;

(ii) Ingerência da Fiscalização na Liberdade da Esfera Privada: ainda que se entenda que os Autos de Infração ora discutidos estão devidamente fundamentados em relação aos fatos e ao Direito, o que se admite apenas para argumentar, deverá ser reconhecida a nulidade do lançamento pela tentativa da Fiscalização de ingerir na liberdade da esfera privada. Como descrito acima, a aquisição do negócio pela Recorrente dependeu da segregação do negócio de fornecimento de cana-de-açúcar das demais atividades da São Martinho, o que é plenamente válido e corriqueiro. Apesar das justificativas negociais, a Fiscalização questiona a estrutura, presumindo que a Recorrente poderia ter realizado as

aquisições de outra forma! Ora, além de isso não ser verdade, pois a única forma de viabilizar a estrutura era segregando os contratos via aumento de capital da Cerrado, não compete à Fiscalização fazer juízo de valor em relação à forma pela qual o particular optou por realizar um investimento. No caso, não há infração a nenhuma norma tributária, societária, cível, regulatória ou penal que possa ser imputada. A tentativa da Fiscalização de questionar a estrutura é contrária a todos os princípios que norteiam a atividade privada e também implica a nulidade dos Autos de Infração objeto do Processo Administrativo em referência.

Entendo que não há nulidade a ser reconhecida, seja porque a administração tributária indicou todos os fundamentos que ensejam o lançamento em questão, seja porque o exercício da competência para cobrar tributos não pode ser tratada como ingerência do Poder Público limitadora da liberdade privada do indivíduo.

A contribuinte alega que *“não há nenhum dispositivo legal que possa ser imputado à Recorrente”*, mas o Fisco manifestou todos os fundamentos nos autos de infração e no TVF, dos quais a própria recorrente se defende com toda amplitude. Apenas para fins de registro, além de todos os inúmeros fundamentos do TVF, consta a clara informação de que os lançamentos decorrem da *“glosa da exclusão indevida registrada no Livro de Apuração do Lucro Real (LALUR) e no Livro de Apuração da Contribuição Social (LACS), referente à amortização de ágio, aproveitada fiscalmente nos anos-calendário de 2014 a 2016, por serem indedutíveis na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, na forma dos artigos 247 e 250, inciso I, do RIR/99 (Decreto nº 3.000, de 26/03/99) e artigo 57 da Lei nº 8.981/95. No referido período, foram lançadas pelo sujeito passivo despesas indedutíveis na sua contabilidade e na apuração do Lucro Real e do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL (constante das ECF entregues), no valor de R\$ 622,292,20 no ano de 2014 e R\$ 7.467.506,40 nos anos de 2015 e 2016. Logo, essas despesas serão tributadas de ofício por esta fiscalização com a constituição do correspondente crédito tributário de IRPJ e CSLL, mediante lavratura de auto de infração, do qual o presente Termo de Verificação Fiscal é parte integrante”*.

Os demais dados constantes do TVF revelam que não há nulidade por ausência de capitulação legal, que, aliás, consta dos próprios autos de infração. Portanto, afasta-se a primeira nulidade ora indicada.

No tocante à pretensa nulidade por *“ingerência da fiscalização na liberdade privada”*, entendo que não está configurada, uma vez que o art. 142 do CTN outorga competência à autoridade administrativa para constituir o crédito tributário pelo lançamento, sempre que entender ocorrido o fato gerador da obrigação correspondente. A recorrente não demonstra nenhum excesso procedimental, nem há nos autos qualquer mácula ao trabalho da fiscalização, ainda que a parte possa discordar dos seus fundamentos.

Assim, afasto a segunda nulidade suscitada.

Complementarmente, incorporo os fundamentos da decisão da DRJ para afastar as nulidades em questão, utilizando-as como razões de decidir adicionais deste voto, nos termos no art. 114, § 12, do RICARF:

Das Preliminares de Nulidade.

29. Arguiu-se na impugnação, os autos de infração seriam nulos, porquanto: a) a fiscalização não teria capitulado com precisão os dispositivos legais que foram infringidos, de maneira que não teria sido “demonstrada a subsunção dos fatos às normas”, e b) não competiria à fiscalização “fazer juízo de valor em relação à forma pela qual o particular” opta por realizar determinado investimento.

30. Não há concordar com a arguição. Os casos de nulidade do Processo Administrativo Fiscal estão previstos no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, verbis:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

31. Da leitura do dispositivo, resta claro, só há cogitar nulidade do auto de infração - que se insere na categoria de atos ou termos - quando ele é lavrado por autoridade incompetente, o que não ocorre no caso em questão. Já a nulidade por preterição do direito de defesa diz com despachos ou decisões, que não se trata de auto de infração.

32. Quaisquer outras irregularidades, incorreções e omissões não importam nulidade, e devem ser sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, a teor do disposto no art. 60 do Decreto nº 70.235, de 1972.

33. Sem embargo, o auto de infração não prescinde da descrição dos fatos e da respectiva legislação de regência, ex vi art. 10 do referido Decreto nº 70.235, de 1972. Disso não destoa o lançamento em questão, haja vista a infração e a sua capitulação legal, bem assim as evidências da subsunção, terem sido descritas, de forma clara e objetiva, tanto no Termo de Verificação Fiscal, como nos autos de infração.

34. Em substância, descreveu-se teriam sido deduzidas, de forma indevida, na apuração do lucro real - base de cálculo do imposto e da contribuição - despesas de amortizações de 5%; no Termo de Verificação Fiscal, concluiu-se, ante evidências levantadas ao longo do procedimento, a dedução fora indevida, porquanto não ocorreria no plano fático a hipótese do art. 386 do RIR, de 1999.

35. Da leitura dos dispositivos legais apontados no Quadro da Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, resta claro eles subsumem a infração apontada pela fiscalização, ou seja, dedução indevida de despesas.

36. Por outro lado, ante o que se descreveu no Termo de Verificação, não há dizer o autuante tenha “feito” juízo de valor6 acerca das operações que culminaram com a dedução fiscal das amortizações de ágio; constatou-se a infração, ou seja, o planejamento tributário ilícito, à vista de evidências fáticas inelutáveis, como se verá a seguir na análise do mérito do lançamento.

37. Em suma, não há falar em nulidade.

Assim, afasto as nulidades suscitadas pela recorrente.

DO MÉRITO

DOS FUNDAMENTOS DO TVF QUE TRATAM DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO: OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS REALIZADAS QUE ENSEJARAM O LANÇAMENTO

Importa conhecer as operações que foram realizadas pelas companhias envolvidas, a fim de se analisar se houve artificialidade que justifique as conclusões a que chegou a administração tributária.

O ágio objeto da presente análise decorre de transação entre as empresas SÃO MARTINHO (responsável) e RAIZEN (contribuinte). Segundo o TVF, a RAIZEN teria interesse nos ativos da SÃO MARTINHO, tendo instrumentalizado um planejamento tributário supostamente ilícito para interpor uma “*empresa veículo*” a fim de receber tais ativos, qual seja, a empresa CERRADO.

O TVF informa que o objetivo era realizar “*compra e venda de ativos de propriedade da SÃO MARTINHO e de interesse da RAIZEN (lavouras de cana de açúcar, contratos de compra e venda de cana de açúcar, contratos de parceria agrícola e arrendamento rural). O negócio jurídico real foi a compra de ativos da SÃO MARTINHO pela RAIZEN, enquanto o negócio jurídico aparente era a aquisição de participação societária da CERRADO*”.

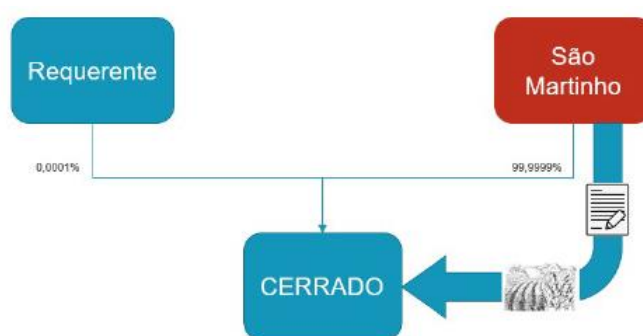
Assim, haveria uma simulação na estruturação de negócios societários, criando empresa de passagem (CERRADO), a qual teria sido “*utilizada como empresa-veículo na operação, pois durante seu breve período de existência, sua principal função foi a de servir como canal de passagem ou “conta-caixa” para os recursos que viriam a ser utilizados na aquisição dos bens da SÃO MARTINHO pela RAIZEN, nenhum desses recursos proveniente de suas próprias atividades, a fim de transferir para a própria empresa que adquiriu os bens, o ágio proveniente da operação, promovendo uma redução indevida da tributação da fiscalizada*”.

A contribuinte explica em seu recurso tratar-se de um grande conglomerado empresarial do setor sucroenergético, tendo realizado expansão de suas atividades após sua fundação em 2011.

O negócio em questão foi firmado em 2013, onde havia tratativas com a SÃO MARTINHO para adquirir sua operação no setor de plantio e fornecimento de cana de açúcar. **Tratavam-se grupos independentes, sem nenhuma relação societária.**

Pensando em estruturar a operação e segregar o investimento das demais áreas, o GRUPO RAIZEN criou a CERRADO, que titularizaria todo o investimento a ser negociado com a SÃO MARTINHO.

Após a realização da contratação, os envolvidos decidiram que os ativos e a operação da SÃO MARTINHO (bens e direitos, contratos agrícolas com fornecedores, com parceiros e com arrendadores, bem como o próprio canavial plantado, incluindo soqueiras (emaranhado de raízes que ficam na terra após o corte da cana-de-açúcar)) seriam ativados na CERRADO, mediante aumento de capital com emissão de novas ações, subscritas e integralizadas pela SÃO MARTINHO com tais bens, passando ela (SÃO MARTINHO) a ser sócia da CERRADO, com a seguinte formatação:



O ato seguinte foi a compra da participação da SÃO MARTINHO pela RAIZEN, com o desembolso de R\$ 48.903.000,00, passando a RAIZEN a ser titular única da CERRADO, reconhecendo o respectivo ágio.



Por fim, a CERRADO foi incorporada pela RAIZEN, transferindo-lhe direitos e obrigações e deixando de existir.

Observa-se que o negócio firmado entre RAIZEN e SÃO MARTINHO ocorreu entre empresas com autonomia, portanto, inexistente neste processo qualquer discussão sobre “ÁGIO INTERNO”, uma vez que compra da participação societária da SÃO MARTINHO pela RAIZEN foi resultado de transação não simulada.

Além disso, o contrato previa diversas exigências para que a SÃO MARTINHO envidasse esforços para a manutenção da produção de cana de açúcar, como se vê da cláusula 6.2,

obrigando-se a manter os contratos agrários e de fornecimento do insumo, dentre outras garantias para explorar a produção, dentro da empresa criada para receber o investimento (CERRADO).

A recorrente também esclarece que não poderia adquirir diretamente o negócio da SÃO MARTINHO – e com isso assumir a operação de plantio e fornecimento de cana de açúcar –, pois a mesma detinha contratos comerciais com terceiros que vedavam a cessão dos contratos sem prévia anuência dos mesmos. Não obstante, havia uma exceção para essa proibição, quando tratasse de operações com empresa controlada, coligada ou subsidiária da SÃO MARTINHO, fato que justificou a criação da CERRADO, que passaria a ser uma controlada da empresa, como se vê do contrato juntando com a impugnação (fls. 1320/1340):

19. Nenhuma das **Partes** poderá ceder ou transferir, direta ou indiretamente, os direitos e obrigações aqui estabelecidos a terceiros, sem a prévia e expressa concordância por escrito da outra **Parte**.

19.1. Não obstante o disposto nesta cláusula, quaisquer das **Partes** poderá, independentemente de prévia autorização, ceder os direitos e obrigações estabelecidas neste **Contrato**, a sua controladora, coligada ou subsidiária, desde que, em qualquer caso, o cessionário se comprometa, por escrito, a aceitar e a respeitar os seus termos, permanecendo todas as sucessivas transferências sujeitas ao presente e aos demais contratos firmados em razão de suas disposições.

A SÃO MARTINHO possuía quase 100 contratos com terceiros e certamente a cessão do negócio envolveria a renegociação de todas as contratações anteriores, as quais vedavam a cessão dos contratos. Haveria grande dificuldade de viabilizar tais renegociações, que àquela altura estavam proibidas. A criação da CERRADO mostrava-se, portanto, inteiramente pertinente e necessária, conforme aduz a recorrente.

Nesse aspecto, não procede a informação contida no TVF de que a CERRADO teria sido *“utilizada como empresa-veículo na operação, pois durante seu breve período de existência, sua principal função foi a de servir como canal de passagem ou “conta-caixa” para os recursos que viriam a ser utilizados na aquisição dos bens da SÃO MARTINHO pela RAIZEN”*.

Não há indicação de prova de que tal conclusão seja verdadeira, porque sempre existiram tratativas societárias regulares e a operação foi inteiramente publicizada. Assim, não é possível validar o fundamento do TVF no sentido de impedir que a SÃO MARTINHO ativasse seu investimento na criação da CERRADO através de ativos regularmente escriturados, vindo a alienar posteriormente sua participação societária com ágio posteriormente aproveitado pela RAIZEN.

Destaque-se que a operação foi lastreada com laudo da KPMG (fls. 1250/1319), que registra a expectativa de rentabilidade futura que levou à realização da operação, o qual sequer foi contestado no TVF, razão pela qual não há razões para ser desconsiderado.

Assim, entendo que não há razões para desconstituir a operação societária realizada, sob o pretexto de que a criação da CERRADO seria um ato de simulação tendente a gerar um benefício tributário indevido. Não há evidências que autorizem tal conclusão, de forma que as autuações devem ser desconstituídas.

TESE DA REAL ADQUIRENTE DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA

A administração tributária não adentrou na tese da real adquirente das ações com ágio, apenas questionou a existência da companhia CERRADO, que seria uma empresa veículo para adquirir os bens da SÃO MARTINHO. Considerou tratar-se de pretensão artifício ilegal apenas para aproveitar a amortização fiscal do ágio gerado na aquisição do negócio.

Por sua vez, a contribuinte demonstrou que a existência da empresa intermediária, que efetivamente realizou a aquisição, tratava-se de empresa atuante no setor.

A existência de capital social considerável nas empresas *holdings*, por si só, já revela que não se tratava de “empresa veículo”, nem de uma empresa de papel.

Evidencio a autonomia operacional da empresa intermediária, pelas razões expostas anteriormente neste voto, de forma que os negócios realizados não demonstram qualquer sinal de artificialidade.

Entendo que não havia qualquer impedimento à realização do negócio em questão nem da incorporação posterior que efetivamente ocorreu, fato muito comum nos modelos operacionais de diversos segmentos. Isso permite manter concessões, autorizações e outorgas governamentais. Não raro, permite-se a manutenção de estruturas econômicas que facilitam a operação conjunta das companhias sob a égide da existência da empresa investida.

Assim, uma vez ocorrida a incorporação, o ágio registrado na investidora pode ser aproveitado após a operação. A legislação autorizava o aproveitamento do ágio quando a pessoa jurídica intermediária absorvesse patrimônio de outra em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detivesse participação societária adquirida com expectativa de rentabilidade futura.

O caso dos autos ocorreu antes dos efeitos dos impedimentos trazidos pela Lei nº 12.973/2014, que manteve a autorização para o aproveitamento do ágio às operações de incorporação, fusão e cisão ocorridas até 31 de dezembro de 2017, cuja participação societária tenha sido adquirida até 31 de dezembro de 2014. Assim, plenamente aplicável os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, que à época permitiam o aproveitamento fiscal em questão.

O argumento trazido pela administração tributária para impedir a realização do negócio não encontra fundamento no Ordenamento Jurídico nacional, ao contrário, os dispositivos legais não continham nenhum dispositivo que convergisse para a tese de que apenas os ativos eram alvo do investimento, por pretensa artificialidade do negócio.

Diante desse cenário, penso ser importante complementar tais fundamentos, trazendo razões adicionais para esclarecer o posicionamento manifestado em outros julgamentos sobre o mesmo tema, a fim de motivar meu posicionamento.

DAS JUSTIFICATIVAS PARA A AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

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

É importante fazer esse *distinguishing* para evitar controvérsias específicas relacionadas àqueles casos, que não contaminam a presente análise, uma vez que os autos de

infração em apreço tratam de glosa da amortização de ágio decorrente de incorporação reversa havida entre partes independentes, mediante a interposição de empresa veículo.

O caso em análise trata de ágio decorrente de constituição empresa nacional para adquirir negócios operacionais no Brasil, com ativos e o fundo de comércio objeto da transação. Nesse aspecto, nenhuma irregularidade, seja de natureza societária ou fiscal.

Verifica-se a existência de substrato econômico para a existência da companhia em questão, que não representava uma empresa de passagem (*empresa veículo*) para instrumentalizar nenhum tipo de aproveitamento indevido de benefício fiscal, no caso, a amortização do ágio, que foi regularmente contabilizado e apurado.

Não bastasse o fato da operação ser regular, com substrato econômico válido, importa anotar elementos adicionais para desconstituir o lançamento tributário relacionados à alegada amortização ilegal do ágio em questão.

O direito brasileiro admite a participação de companhias no quadro social de outras criadas para viabilizar operações lícitas com terceiros, como se vê do caso em análise, onde não houve qualquer tipo de operação fraudulenta. O ágio decorrente dessas transações regulares em nada modifica o contexto fático e jurídico relacionado ao aproveitamento fiscal do ágio decorrente das operações realizadas.

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

Pois bem, desde logo deve-se deixar claro que a fiscalização em momento algum alega que o ágio nasceu de uma operação realizada entre empresas que fazem parte do mesmo grupo econômico. Ao contrário, pelo que se vê no TVF o ágio decorreu de uma transação entre partes independentes e em pé de igualdade (*arm's length transaction*). Resumindo, não se trata aqui de “*ágio interno*”.

São, como visto acima, duas as razões pelas quais o auditor se convenceu da ilegalidade do aproveitamento do ágio pela fiscalizada: (i) falta de propósito negocial, e; (ii) emprego de empresa veículo.

Quanto à falta de propósito negocial, há que se distinguir dentre as operações levadas a efeito pelos interessados, aquelas que tiveram por objetivo ocultar o ganho de capital auferido pelos alienantes, daquelas cujo objeto foi a transferência do ágio para a atuada.

As primeiras não interessam ao presente processo, e são objeto do PA nº 10380.726.493/201018, que trata do ganho de capital.

As últimas foram realizadas com o propósito do aproveitamento do ágio na aquisição da participação societária, e estão amparadas na interpretação que esta Turma vem emprestando aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, qual seja, a de que a finalidade daquelas normas é incentivar a absorção do patrimônio de empresas nacionais por outras, sejam nacionais, sejam estrangeiras. Em outras palavras, o propósito negocial foi exatamente o aproveitamento do ágio, propósito esse amparado pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A solução seria, novamente, a constituição e capitalização de uma pessoa jurídica justamente para que esta fizesse o investimento. Entretanto, de acordo com a aludida teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo grupo de pessoas físicas poderia se beneficiar do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Também em idêntica situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estariam as pessoas jurídicas nacionais que em razão de vedação contida em norma legal ou infralegal estejam impedidas de exercer atividades econômicas diversas daquelas previstas naquelas normas. Seria o caso, por exemplo, de um banco comercial adquirir as ações ou quotas de uma concessionária de energia elétrica. Tal aquisição é possível, desde que autorizada pelo Banco Central. O que não é juridicamente possível é a absorção do patrimônio da concessionária pelo banco comercial (ou vice-versa) uma vez que o Banco Central proíbe que os bancos comerciais exerçam atividades distintas daquelas previstas em Regulamento.

A solução, mais uma vez, seria o banco comercial constituir e capitalizar uma pessoa jurídica a fim de que esta adquira as ações ou quotas da empresa objeto de desestatização. Ocorre que, segundo a mencionada teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo banco comercial poderia se beneficiar do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor".

Os exemplos acima, que a outros poderiam se somar, demonstram que a propalada teoria da "empresa veículo" aplicada aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ensejaria uma interpretação restritiva dessas normas no tocante à ideia de "verdadeiro investidor".

Todavia, a interpretação restritiva, tal como as demais espécies interpretativas, não é fruto da vontade do intérprete. Ao contrário, deve ser juridicamente fundamentada. No caso dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 tal interpretação restritiva reduziria significativamente as hipóteses de aproveitamento fiscal da amortização do ágio ali prevista, algo que vai de encontro (e não ao encontro) à finalidade do Programa Nacional de Desestatização, o qual, como dito antes, incentiva a aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares. Em outras palavras, a teoria da "empresa veículo" defendida por alguns é frontalmente contrária à finalidade para a qual foram criados os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, daí porque não pode ser acolhida.

Registre-se que os casos que envolvem amortização do ágio por incorporações societárias não decorrem de uma invencione do contribuinte para obter benefício tributário. Com efeito, é uma opção legislativa surgida em virtude da promulgação da Lei 9.532/97 – a qual permanece vigente – para assegurar a promoção do Programa Nacional de Desestatização do Governo Federal.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao 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.

Anote-se que a opção legislativa para a utilização desse modelo de negócios sempre foi reconhecido pelo ordenamento brasileiro, inexistindo razões para demonizar sua utilização. É dizer: a opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio.

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

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

Nesse sentido, colhe-se da doutrina de Carlos Augusto Daniel Neto, ex Conselheiro do CARF, importantes luzes à análise do aproveitamento do ágio, porquanto *“Compreende e, sobretudo, respeitar os efeitos tributários legítimos de uma LBO é, afinal, uma segurança e um estímulo aos crescentes investimentos em empresas brasileiras e ao próprio desenvolvimento econômico nacional, e demonstra a compreensão da relevância desse negócio para viabilizar a aquisição de participações societárias, o que, em muito, transborda as vantagens tributárias que lhe são acessórias”*¹.

¹ DANIEL NETO, Carlos Augusto. A amortização do ágio gerado em operações de compra alavancada de participações societárias. _____ In: ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de (Coord.). Série Controvérsias Tributárias e os Precedentes do CARF: Tributação sobre a Renda (IPRJ/CSLL). Vol. I. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2022, p. 78.

Calha à fiveleta trazer a análise doutrinária de Marcos Vinicius Neder e Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira², acerca da interposição de empresas para assegurar o aproveitamento do ágio, sob o enfoque das holdings como as empresas veículo, chegando-se às mesmas conclusões até aqui demonstradas neste voto, a saber:

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

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

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

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

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

Apontar ilegalidade inexistente é tão deletério quanto a praticar!

Não obstante, as conclusões apriorísticas do fisco sobre as escolhas que levam companhias a buscarem estruturas societárias e instalação de operações lícitas em diversos países

² NEDER, Marcos Vinicius; JUNQUEIRA, Lavínia Moraes de Almeida Nogueira. Análise do tratamento contábil e fiscal do ágio em estrutura de aquisição ou titularidade de sociedades quanto há a interposição de holding. In: Controvérsias Jurídico Contábeis, 4º Volume. São Paulo: Dialética, 2013, fls. 161, 162 e 179.

reflete muito mais o desconhecimento dos agentes administrativos quanto às demandas econômicas internacionais do que verdadeira relevância argumentativa. Com efeito, em excelente estudo doutrinário sobre *“O planejamento Tributário Abusivo das Transnacionais e a Erosão das Bases Tributárias: entre a Legalidade e a Moralidade”*, vê-se as seguintes e lúcidas conclusões:

Embora a tributação seja um influenciados na atração de empresas, não é ele o que prepondera. Quando o assunto é investimento estrangeiro direto (IED) genuíno, os tributos ocupam a quarta ou quinta posição na ordem do que é considerado pelos investidores. Antes, são apontados outros fatores tidos como mais importantes, a exemplo de: estabilidade política e instituições fortes, infraestrutura, acesso a mercados e matérias-primas e mão de obra qualificada.

No mesmo sentido, a OCDE estende que a política fiscal e seus incentivos ocupam um espaço limitado na tomada de decisão do local onde será alocado o IED. Assim, é errado analisar a questão a partir de uma lógica essencialmente do país, mas, numa perspectiva nacional, não é estatisticamente tão relevante, uma vez que isso não torna o país desinteressante a investimentos externos por si, o que parece ser verificado no mundo real.

(OLIVEIRA, José André Wanderley Dandas de; HOLMES, João Marcelo. *O planejamento Tributário Abusivo das Transnacionais e a Erosão das Bases Tributárias: entre a Legalidade e a Moralidade*. In RDTA Revista Direito Tributário Atual. vol. 48. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, p. 658).

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

Ressalte-se, ainda, que as conclusões a que chegou a administração tributária para concluir por uma pretensa – e ao meu ver inexistente – artificialidade na conduta do contribuinte em manter a estrutura societária proposta para, supostamente, reduzir artificialmente a carga tributária como no caso em apreço, não encontra guarida na realidade indicada nos autos processuais, nem se justifica pelas teorias de escol que pretendem desconstituir negócios sob o prisma do dever de solidariedade que subjaz ao denominado *Dever Fundamental de Pagar Tributos*, conforme ensino do professor português José Casalta Nabais³.

³ NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Almedina: Coimbra, 1998.

É bem verdade que tal teoria, utilizada inadequadamente, pode levar o intérprete apressado a pressupor que, sendo fundamental o dever do contribuinte de pagar tributo, deve o mesmo organizar seus negócios de forma a sujeitar-se à opção tributária mais onerosa. Ora, se pagar é um dever, tudo aquilo que fosse contrário ao pagamento seria ilegal (reitere-se que é um argumento hipotético e equivocado).

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

No Brasil, há grandes professores que defendem o dever de pagar tributos como algo ínsito às sociedades modernas, a exemplo do professores Ricardo Lobo Torres⁴, Marcus Abraham⁵, Marco Aurélio Greco⁶, Marciano Seabra de Godoi⁷, Sérgio André Rocha⁸, Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁹, Klaus Tipke¹⁰, Douglas Yamashita¹¹, dentre outros. Citam o dever de solidariedade social e as exigências ínsitas coexistência da vida comum como elemento que torna admissível um dever coletivo fundamental de pagar tributos.

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

Note-se que os defensores da teoria do dever fundamental de pagar tributos *não afastam*, em nenhuma hipótese, todos os limites e travas do ordenamento jurídico ao exercício do poder de tributar¹². O próprio Prof. José Casalta Nabais dedica grande parte de sua obra para

⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Solidariedade e justiça fiscal*, In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). *Estudos de Direito Tributário: Homenagem à memória de Gilberto de Ulhôa Canto*, Rio: Forense, 1998; TORRES, Ricardo Lobo. *Sistemas constitucionais tributários*. In: BALEEIRO, Aliomar (Org.). *Tratado de direito tributário brasileiro*. t. II. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

⁵ ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁶ GRECO, Marco Aurélio. Do Poder à Função Tributária. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). *Princípios e Limites da Tributação* 2. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

⁷ GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sergio André (Organizadores). *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. GODOI, Marciano Seabra de. *Tributo e solidariedade social*. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coordenadores). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p.158).

⁸ ROCHA, Sérgio André. *Fundamentos do Direito Tributário Brasileiro*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Interpretação e Elusão Legislativa da Constituição do Crédito Tributário*. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; MACEDO, Marco Antonio Ferreira (Coordenadores). *Direitos Fundamentais e Estado Fiscal: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Salvador: Jus Podivm, 2019.

¹⁰ TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹¹ Idem.

¹² Cite-se o Professor Marciano Seabra de Godoi, também, um dos grandes defensores da teoria, para quem “a afirmação das íntimas relações entre solidariedade e tributo e o reconhecimento da existência de um dever fundamental de pagar impostos poderão causar espécie e ser mal compreendidos. Poder-se-ia pensar que o reconhecimento de um dever fundamental de pagar impostos credenciaria o Estado a exigir dos contribuintes qualquer tipo de prestações tributárias, enfraquecendo os limites formais e materiais do poder de tributar. De outra parte, poder-se-ia concluir que a vinculação do tributo com a solidariedade constitui uma ‘desculpa’ ou um ‘pretexto’ para justificar a cobrança de exações com graves violações das limitações constitucionais do poder de tributar” (GODOI, Marciano Seabra de. *Tributo*

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

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

Exatamente por isso, propõe-se aqui um novo olhar hermenêutico que afaste as amarras interpretativas sobre a teoria, passando a concebê-la não apenas sob a égide do dever fundamental de pagar tributos, mas sob a compreensão do dever fundamental de pagar (*legalmente*) tributos¹³.

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

Dito de outro modo, nas circunstâncias em que, licitamente, o contribuinte realizar ato jurídico que importe em economia tributária válida, sem mácula ou vício previsto no ordenamento jurídico, ou seja, sem patologia de forma, de vontade, de intenção ou ocultação, ter-se-á como inválida a exigência da exação que dele decorra, inexistindo dever fundamental de pagar *ilicitamente* tributos. Trata-se da realização do *princípio da tributação conforme a lei*¹⁴, em última instância, o princípio da legalidade, como elemento basilar do ordenamento jurídico, cuja aplicação conjunta torna possível o reconhecimento do dever jurídico em apreço.

Assim, ainda que se admita que a existência do princípio da solidariedade social que justifica a existência do dever fundamental de pagar (legalmente) tributo, tal fato não tem a aptidão de afastar, limitar ou inviabilizar outros princípios e regras que integram a ordem constitucional e validam juridicamente o fenômeno da tributação, sobretudo, as limitações constitucionais ao poder de tributar e os direitos fundamentais do contribuinte. Em circunstâncias que desafiem o intérprete à derrotabilidade (*defeasibility*)¹⁵ de algum deles, o dever fundamental de pagar (legalmente) tributos não terá ascendência sobre os demais, sugerindo-se a solução a partir do sobreprincípio da proporcionalidade e da técnica do balanceamento (*balancing*), a fim de alcançar solução verdadeiramente justa, servindo de freios e contrapesos do próprio ordenamento jurídico.¹⁶

e solidariedade social. In: _____ (Coords.) GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p.158).

¹³ Tais reflexões levaram este Relator a produzir texto acadêmico tratando do assunto, cf. ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de. O Dever Fundamental de Pagar (legalmente) Tributos: Significado, Alcance e Análise de Precedentes do Carf. Revista Direito Tributário Atual nº 51. ano 40. p. 197-224. São Paulo: IBDT, 2º quadrimestre 2022.

¹⁴ PONTES, Helenilson Cunha. *Revisitando o tema da obrigação tributária*. In: _____ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário – Homenagem a Alcides Jorge Costa*, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

¹⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. The ascription of responsibility and rights: *Proceedings of the Aristotelian Society*. Londres, XLIX, p. 171-194, 1948.

¹⁶ ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de. *A proporcionalidade e os limites ao poder sancionador tributário*. In: _____ (Coords.) VIANA FILHO, Jefferson de Paula; CELESTINO JUNIOR, José Osmar; FILGUEIRAS, Ingrid Baltazar Ribeiro; GOMES, Priscilla Régia de Oliveira. *Novos tempos do direito tributário*. Curitiba: Editora Íthala, 2020, p.71;73.

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

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

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

Penso que inexistência atual de norma específica que discipline a pretensa desconstituição de negócios jurídicos válidos não autoriza a administração tributária a se valer de critérios gerais, claramente subjetivos, para atribuir a pecha de planejamento tributário “abusivo” ao exercício regular de direitos de cunho empresarial e societário. Cabe ao legislador – e somente a ele – indicar normas ordinárias de reação ou proibição a planejamentos tributários específicos (assim entendidos as “SAAR – *Special Anti Avoidance Rules*”) ou normas gerais de idêntica natureza (“GAAR – *General Anti Avoidance Rules*”), sob pena de se admitir que a generalidade da norma geral antielisiva, que possui mero comando autorizador do exercício secundário de competência legislativa ordinária, autorize o fisco a indicar limites à regular prática de planejamento tributário lícito, que não representa qualquer prática de ato ilegal, não enseja presunção de abuso, não demanda ser combatido (até porque é lícito) ou justifica autuações subjetivas. Com efeito, conforme leciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “*a liberdade pode ser disciplinada, mas não pode ser eliminada*”¹⁷, cabendo ao legislador, portanto, discipliná-la e a administração cumprir a disciplina. Fora daí repousará o excesso!

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

¹⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007, p. 196.

Ou seja, na medida em que o CTN, neste parágrafo único do artigo 116, prevê a necessidade de uma lei ordinária para disciplinar os procedimentos de aplicação do dispositivo, está determinando que *a competência em questão não pode ser exercida de modo e sob forma livremente escolhidos pela Administração Tributária. A desconsideração só poderá ocorrer nos termos que vierem a ser previstos em lei, como corolário da garantia individual do devido processo legal.*

Em suma, o CTN deferiu à lei ordinária a *disciplina indispensável*, de caráter procedimental (e não de direito material), para que a norma possa ser aplicada. Com isto, *não veiculou uma norma de eficácia plena, mas uma norma de eficácia limitada*, na medida em que a plenitude da eficácia somente será obtida após a edição da lei ordinária dispondo sobre tais procedimentos. Vale dizer, antes da mencionada lei ordinária, o conteúdo preceptivo do dispositivo não comporta aplicação.

Isso significa que, *enquanto não for devidamente editada a lei ordinária dispondo a respeito, falta um elemento essencial à aplicabilidade do parágrafo examinado, sendo ilegal o ato administrativo fiscal que, nesse interregno, pretender nele apoiar-se.* Enquanto não vier a ser editada a lei ordinária prevista no dispositivo, falta ao dispositivo a plenitude da produção dos seus efeitos e, por consequência, a autoridade administrativa não pode praticar ato de desconsideração nele fundamentado (o que não impede, porém, as reações já examinadas, nos casos de abuso ou fraude à lei)¹⁸. (Grifou-se)

Luís Eduardo Schoueri confirma tal entendimento, ao estatuir que *“não há lei que obrigue alguém a incorrer em fato jurídico tributário. Ao contrário, sob pena de caracterização de confisco, a hipótese tributária não pode ser conduta obrigatória. Ora, se ao particular é assegurado o direito de incorrer, ou não, naquela hipótese, então não se pode considerar fraudulenta a decisão do planejamento tributário”*¹⁹.

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

SIMULAÇÃO. MULTA QUALIFICADA

No cenário em que há cumprimento formal da lei - emissão de nota fiscal e respectiva contabilização - se analisados os fatos sob a lente restritiva do Direito Privado não há falar-se em simulação, afinal seguiu-se a letra da lei, a despeito da *artificialidade*. Analisar o conceito de simulação sob essa lente restritiva significa, por via indireta, restringir a atuação do fisco; permitir que o sujeito passivo, a despeito do exercício de atividade empresarial, cubra-se com o manto da isenção. O que, além de ilegal, vai de encontro ao princípio da livre concorrência e ao cumprimento do *dever fundamental de pagar tributos*.

¹⁸ GRECO, Op. Cit. p. 568.

¹⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento Tributário: Limites à Norma Antiabuso. São Paulo: Revista Direito Tributário Atual, n. 24, 2010, p. 355.

Arranjo tributário simulado, artificioso, com vistas a transparecer para o fisco inoportunidade de ilegalidade ou descumprimento dos requisitos previstos no artigo 14 do CTN, e artigo 12 e parágrafos da Lei nº 9.532, de 1997. Agir com consciência e vontade, e modificar características essenciais da ocorrência do fato gerador, as quais impactam na redução do montante devido de tributo, é conduta que atrai a incidência da multa qualificada, prevista no art. 44, § 1º, da Lei 9.430, de 1996 c/c art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. (Grifou-se)

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

E quando o ato praticado leva a uma economia tributária? Nesse caso, entendo ter razão Sérgio André Rocha, em obra que versa sobre Planejamento Tributário e Liberdade Não Simulada, ao estatuir que “*O querer pagar menos tributo é ubíquo tanto na evasão quanto na elisão fiscal, não sendo, assim, critério relevante para separar uma situação da outra. Logo, é no campo da divergência objetiva entre o ato praticado e a realidade que deve ser identificada a simulação, não no campo das intenções subjetivas do contribuinte*”²⁰.

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

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

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

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

- a) Assegura-se ao destinatário da norma a *cognoscibilidade* do conteúdo da expressa previsão normativa da Lei 9.532/97;
- b) Modelar-se a *confiabilidade* no texto normativo, que assegura ao contribuinte a escolha societária ora controvertida;

²⁰ ROCHA, Sérgio André. Planejamento tributário e liberdade não simulada. 2ª ed. Belo Horizonte-MG: Letramento; Casa do Direito, 2022, p. 137.

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

Sobre o assunto, cite-se a notória contribuição acadêmica de Humberto Ávila, para quem *“Só se pode planejar e agir quando há segurança para planejar e para agir. Segurança é, deste modo, um meio à realização das liberdades individuais, uma espécie de princípio funcional relativamente àquelas. Afinal, quem não pode confiar nas condições jurídicas para a realização de seus atos guardará distância das grandes realizações, já que a liberdade significa, justamente, a possibilidade plasmar a própria via de acordo com os próprios projetos”*²¹. O autor ainda que controverte a necessidade de realização da segurança com foco nos três problemas interpretativos centrais:

O primeiro problema refere-se à falta de inteligibilidade do ordenamento jurídico. O cidadão não sabe exatamente qual é a regra válida. Se aquele sabe qual é esta última, não conhece bem o que ela determina, proíbe ou permite. As regras não são acessíveis, abrangentes, compreensíveis ou inclusive suficientemente determinadas. Elas não são, enfim, orientadas para o usuário, já que deixam de prever as informações relevantes para o comportamento que aquele deve adotar. Com isso, o Direito perde a sua função orientadora. O direito, para usar aqui uma expressão enfática, deixa de ser sério. O cidadão torna-se dominado por leis que desconhece, relevando o princípio de que a ignorância das leis não escusa o seu cumprimento quase um sarcasmo.

A segunda questão diz respeito à carência de confiabilidade do ordenamento jurídico. O cidadão não sabe se a regra, que era e é válida, ainda continuará válida. E, quando ele sabe disso, não está segundo se essa regra, embora válida, será efetivamente aplicada ao seu caso. Regras e decisões são, pois, inconstantes. O Direito não é sério – e também deixa de ser levado a sério.

O terceiro entrave diz com a falta de calculabilidade do ordenamento jurídico. Em outras palavras, o cidadão não sabe bem qual norma irá valer. As possibilidades de apreensão de informações sobre futuras decisões são muito pequenas. O Direito, por conseguinte, não é previsível nem calculável. O cidadão, assim, não sabe se o Direito, que já não é sério nem é levado a sério no presente, serão também levado a sério no futuro.

A ausência ou pouca intensidade dos ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito instalam a incerteza, a descrença, a indecisão no meio social, fazendo com que se coloquem dúvida até mesmo princípios tradicionais, como a segurança jurídica, a capacidade contributiva, a igualdade e a legalidade.

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

Destaco, ainda, que o tema foi analisado pela Turma de Julgamento 1201, a qual tive a honra de compor e realizar tais análises, com entendimento favorável à amortização do

²¹ ÁVILA, Humbert. Teoria do Ordenamento Jurídico. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 80.

ágio, conforme ementa abaixo transcrita, relacionada ao processo em que fui designado para produzir voto vencedor:

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

A Lei 9.532/97 permite ao contribuinte adquirir participações societárias mediante a interposição de empresas veículo, assegurando-lhe a amortização fiscal do ágio, inexistindo razões para demonizar sua utilização. A opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio. Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intensão, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si.

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

DEVER LEGAL DE PAGAR (LICITAMENTE) TRIBUTOS. DEVER DE SOLIDARIEDADE SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO LÍCITO. INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE DE DIREITO, ARTIFICIALIDADE DE FORMAS, FRAUDE, DOLO, CONLUIO OU QUALQUER PATOLOGIA DO ATO JURÍDICO PRATICADO.

Nas circunstâncias em que, licitamente, o contribuinte realizar ato jurídico que importe em economia tributária válida, sem mácula ou vício previsto no ordenamento jurídico, ou seja, sem patologia de forma, de vontade, de intenção ou ocultação, torna-se ilegítima a autuação que dele decorra, inexistindo dever fundamental de pagar ilicitamente tributos.

A inexistência norma jurídica específica que discipline a desconstituição de negócios jurídicos válidos não autoriza a administração tributária a se valer de critérios gerais, claramente subjetivos, para atribuir a pecha de planejamento tributário abusivo ao exercício regular de direitos de cunho empresarial e societário, de forma que a norma geral antielisiva do art. 116 do CTN possui mero comando autorizador do exercício secundário de competência legislativa ordinária.

Admite-se combate ao abuso, à fraude, à simulação, ao dolo e ao conluio, não sob o prisma da norma geral antielisiva, mas pela prática de ato antijurídico a que o ordenamento jurídico preveja tipo infracional específico.

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

No mesmo sentido, outros julgados daquela Turma de Julgamento, dos quais pude participar:

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO APÓS CONFUSÃO PATRIMONIAL. A amortização do ágio na apuração do imposto sobre a renda da pessoa jurídica, nos termos do art. 7º e art. 8º da Lei nº 9.532/97, somente é admissível quando se observa confusão patrimonial entre a investidora e investida. (Acórdão nº 1201-006.197 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 18 de outubro de 2023, Redator Designado Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, maioria)

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. FRAUDE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. A utilização de uma empresa veículo, com existência meramente formal, não é suficiente, tomada isoladamente, para configurar uma fraude tributária. Para tanto, é necessário que fique demonstrado que a empresa veículo foi o meio utilizado para o contribuinte obter uma vantagem antijurídica, seja por falta de previsão legal, seja por ser defesa em lei, seja por desviar a finalidade da lei.

ÁGIO. AQUISIÇÃO ALAVANCADA. EMPRESA DE PROPÓSITO ESPECÍFICO. CAPTAÇÃO DE RECURSOS. PROPÓSITO NEGOCIAL. OCORRÊNCIA. A empresa criada com o propósito específico de operacionalizar a aquisição de participação societária e que, para isso, capta recursos no mercado financeiro, realiza o seu objetivo econômico, demonstrando o propósito comercial da sua criação. (Acórdão nº 1201-006.257 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 21 de fevereiro de 2024, Redator Designado Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, maioria)

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO EFETIVAMENTE PAGO NA AQUISIÇÃO SOCIETÁRIA. PREMISSAS. As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7º, inciso III, e 8º. da Lei 9.532 de 1997, são: (i) aquisição de investimento relevante com contraprestação de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura; (ii) fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição; (iii) desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial da investida e ágio ou deságio incorrido; (iv) a amortização do ágio deve se processar com a união entre o acervo patrimonial investidor e o acervo patrimonial investido (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição); (v) absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou vice-versa).

Nesse contexto não há espaço para glosa de despesas de ágio cuja origem não é simulada, notadamente quando a autuação não imputa aos agentes a prática de ato simulado.

Não há qualquer previsão legal pela qual a incorporação da detentora original do ágio por empresa intermediária promoveria a extinção do ágio de pleno direito. A transferência do ágio é admitida no Direito Brasileiro e a conclusão fiscal contraria as consequências basilares da sucessão empresarial decorrente do ato de incorporação (art. 227 da Lei nº 6.404/76), bem como enfrentaria a autorização contida no art. 2º, § 3º da Lei nº 6.404/76.

A adoção de empresas intermediárias alcunhadas pejorativamente de “veículo” como meio de viabilizar as operações societárias amparadas no direito de auto-organização empresarial que levem à transferência do ágio permitindo seu aproveitamento de maneira mais conveniente ao contribuinte não encontra vedação no Direito Brasileiro, ainda que a sua constituição no Brasil se dê por empresa estrangeira para centralizar (de maneira temporária ou perene) os investimentos adquiridos no Brasil.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, tampouco estabelecem qualquer limitação no sentido de que somente seriam aplicáveis às participações societárias em pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil e, contrariamente ao que se assevera, o termo “pessoa jurídica” não é restrito às entidades domiciliadas no Brasil, conforme se extrai do art. 52 do ADCT e de atos emanados pela própria RFB, como a IN nº 1.005/2010 (art. 9º, I). Os arts 146 e 147 do RIR/99, por sua vez, não restringem o conceito de pessoa jurídica às domiciliadas em solo pátrio, mas apenas criam restrição conceitual para definir os sujeitos passivos do IRPJ brasileiro.

(Acórdão nº 1201-006.251 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 20 de fevereiro de 2024, Relator Lucas Issa Halah, maioria)

Todas essas razões são suficientes para afastar os argumentos suscitados pela administração tributária no sentido de atribuir artificialidade à operação realizada.

Assim, afastam-se as autuações no concernente à tese do real adquirente, afastando-se, em consequência, todos os fundamentos que atribuem a pecha da artificialidade e falta de propósito negocial à operação em referência.

COMPROVAÇÃO DO FUNDAMENTO ECONÔMICO DO ÁGIO

Esse ponto é trazido pela fiscalização como argumento adicional para glosar o ágio em questão, sob a premissa de que os laudos apresentados seriam inservíveis aos fins utilizados pela contribuinte.

Com efeito, vê-se dos autos que a contribuinte realizou análise econômica antes da operação, com base na expectativa de rentabilidade futura da aquisição societária.

Entendo que a desconsideração do laudo apresentado por pretensa impossibilidade de amortizar todo o ágio esbarra nos fundamentos apresentados no item anterior deste voto, pois considero como lícito o seu aproveitamento, independentemente da interposição da empresa considerada veículo, que detinha autonomia operacional.

Considere-se, ainda, o fato da legislação então vigente (§ 2º do art. 20 do Decreto-lei 1598/77, vigente até 2014) determinava que o lançamento do ágio deveria indicar seu fundamento econômico com base (a) no valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, (b) no valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros e (c) no fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

No mesmo sentido, a art. 20 do mesmo diploma legal (Decreto-lei 1598/77) considera a necessidade de desdobrar o custo de aquisição em (a) valor de patrimônio líquido na época da aquisição, (b) mais ou menos-valia, que corresponde à diferença proporcional entre o valor justo dos ativos líquidos da investida e o valor do patrimônio líquido e (c) ágio por rentabilidade futura (*goodwill*), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores anteriormente indicados.

A administração tributária não desconsiderou o ágio com base em ausência de substrato econômico dos laudos nem no contexto probatório que indicasse elementos (jamais indicados) de artificialidade dos números apresentados. O que pretendeu, em verdade, foi tornar inservível todo o arcabouço probatório trazido pela contribuinte para justificar o cômputo do ágio

amortizável, sob o fundamento de que a operação realizada através da empresa veículo não teria substrato econômico e revelaria pretensão planejamento tributário abusivo.

As razões da suposta abusividade e falta de propósito negocial foram analisadas quando se verificou a tese da real adquirente, que compõe o item anterior deste voto. Portanto, tendo sido afastados tais argumentos, entendo que a comprovação do fundamento econômico do ágio está devidamente registrado nos elementos de prova constantes dos autos, notadamente, os laudos apresentados e todos os demais documentos a ele relacionados.

Inexistem razões para desconsiderar tais fundamentos econômicos, sobretudo porque o elemento central sobre o qual se baseou a Fisco para afastá-lo foi o pretensão planejamento tributário abusivo ou sem propósito, fulcrado na tese do real adquirente sediado no exterior, matéria essa já julgada e afastada neste voto.

Outrossim, importa registrar que o laudo foi produzido antes do evento societário do qual resultou o aproveitamento fiscal do ágio. A Lei 12.973/2014, ao alterar o art. 20, § 3º, do Decreto-lei 1.598/77, passou a admitir que o laudo fosse registrado no período de 13 meses após a operação, a saber:

~~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:~~

Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em: (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

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.~~

II - mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput; e (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

III - ágio por rentabilidade futura (goodwill), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de que tratam os incisos I e II do caput. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

~~§ 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.~~

§ 3º O valor de que trata o inciso II do caput deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

~~§ 4º— As normas deste Decreto-lei sobre investimentos em coligada ou controlada avaliados pelo valor de patrimônio líquido aplicam-se às sociedades que, de acordo com~~

~~a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, tenham o dever legal de adotar esse critério de avaliação, inclusive as sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimento relevante, cuja avaliação segundo o mesmo critério seja necessária para determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada. (Revogado pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).~~

§ 5º A aquisição de participação societária sujeita à avaliação pelo valor do patrimônio líquido exige o reconhecimento e a mensuração: (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

I - primeiramente, dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos a valor justo; e (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

II - posteriormente, do ágio por rentabilidade futura (goodwill) ou do ganho proveniente de compra vantajosa. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 6º O ganho proveniente de compra vantajosa de que trata o § 5º, que corresponde ao excesso do valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da participação adquirida, em relação ao custo de aquisição do investimento, será computado na determinação do lucro real no período de apuração da alienação ou baixa do investimento. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 7º A Secretaria da Receita Federal do Brasil disciplinará o disposto neste artigo, podendo estabelecer formas alternativas de registro e de apresentação do laudo previsto no § 3º. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

Observe-se que o § 3º do art. 20 sequer exigia a necessidade de laudo, apenas a escrituração do registro da aquisição com ágio. Sua nova redação passou a determinar a prova do ágio através de laudo de avaliação, que pode ser registro em até 13 meses da data do evento societário.

Portanto, seja pela antiga redação do dispositivo, seja pela atual, não há nada que enseje a conclusão de que a confecção do laudo de avaliação após aquisição da participação que gerou a amortização do ágio seja ilegal ou ilegítima.

Sobre o tema, cite-se o acórdão nº 9101-005.974 da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

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

Ano-calendário: 2013

ÁGIO. LAUDO OU DOCUMENTAÇÃO DE DEMONSTRAÇÃO DOS FUNDAMENTOS ECONÔMICOS. AVALIAÇÃO DO INVESTIMENTO. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. REGISTRO CONTÁBIL. ANTERIORIDADE E SINCRONIA NÃO EXIGIDAS. NECESSIDADE APENAS DE CONTEMPORANEIDADE EM RELAÇÃO À OPERAÇÃO SOCIETÁRIA.

Antes do advento da MP nº 627/13, convertida na Lei nº 12.973/14, não existia dispositivo legal, próprio e expresso, quanto à temporalidade e à cronologia da produção e arquivamento de documento em que se demonstra o fundamento econômico do ágio registrado na contabilidade das empresas.

Porém, a redação original do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77 já estabelecia que, na ocasião da aquisição da participação, deveria se desdobrar o custo de aquisição em valor de

patrimônio líquido, na época da operação, e o ágio ou o deságio percebido na transação. A isso soma-se a determinação do §3º do mesmo dispositivo, que impõe que o fundamento econômico do ágio deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração, não restando dúvidas da exigência de contemporaneidade de tal demonstração com a manobra de aquisição e seu correspondente gasto.

A figura da contemporaneidade (condição temporal daquilo ocorrido no mesmo período) não guarda sinonímia ou se confunde com a da sincronia (condição temporal daquilo ocorrido no exato mesmo instante) e, muito menos, com aquela da anterioridade (condição temporal daquilo ocorrido em momento pretérito).

Tendo sido o Laudo de avaliação do investimento, que atesta a expectativa de rentabilidade futura, concluído entre a data da assinatura do contrato (signing) e o efetivo pagamento pela participação societária adquirida (closing), não pode tal documento ser rotulado de intempestivo pela Fiscalização, sendo manifestamente contemporâneo em relação à operação.

De qualquer forma, independentemente de se considerar o negócio realizado no momento da assinatura do pacto ou da efetivação do pagamento, uma vez que o Laudo foi elaborado no último dia do mês subsequente àquele da subscrição do Instrumento de aquisição pelas partes (signing), está certa e evidente a sua contemporaneidade, dentro da praxe dos lançamentos e registros contábeis e fiscais das transações. (Acórdão nº 9101-005.974 – CSRF / 1ª Turma, Sessão de 08 de fevereiro de 2022)

Todas essas razões revelam que a operação foi lícita e não houve nenhuma pecha de artificialidade que autorize desconsiderar as operações.

Assim, dou provimento ao Recurso Voluntário da contribuinte. Considerando o provimento do recurso, os demais argumentos alternativos não demandam análise, pela perda do objeto da insurgência recursal.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO DE SÃO MARTINHO (RESPONSÁVEL SOLIDÁRIA)

A responsável tributária contesta a autuação em termos semelhantes à contribuinte, porém, controverte a existência de interesse comum que autorize a aplicação do art. 124, I, do CTN.

Passa-se aos temas trazidos em seu recurso.

NULIDADES

A interessada argui que os autos de infração são nulos em relação à sua pessoa, uma vez que *“não descreveram claramente os atos cometidos pela Recorrente que resultaram em sua responsabilização pelo crédito tributário exigido da Raízen. Em outras palavras, a Fiscalização imputou genericamente a existência de um “interesse comum” entre a Raízen e a Recorrente, mas não foi capaz de prová-lo. Nesse sentido, foram descritos os fatos que levaram à lavratura do Auto de Infração objeto do Processo Administrativo em referência contra o contribuinte original, qual seja, a Raízen. Em nenhum momento, entretanto, a Fiscalização indicou com clareza e objetividade os fatos que levaram à imputação de responsabilidade à Recorrente”*.

Sem razão a recorrente, pois os fundamentos do TVF indicam a existência de simulação – afastada neste voto, mas o Fisco entende em sentido contrário – decorrente da criação da CERRADO para atrair ativação de patrimônio da SÃO MARTINHO.

A administração tributária concluiu que houve *“ação conjunta e coordenada das empresas que simularam a reorganização societária, através de seus agentes. Em razão das afirmações acima, SOLIDARIZAMOS a empresa São Martinho SA, CNPJ 51.466.860/0001-56, enquadrada nos artigos da Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966”*.

Penso que não há nulidade dos autos de infração apenas pela divergência dos motivos apresentados, que devem ser enfrentados no mérito. Nem há falta de informação que impeça o exercício do direito de defesa da parte.

Portanto, pelos mesmos fundamentos com os quais afastei a nulidade suscitada pela contribuinte, afasto a nulidade apontada pela responsável solidária.

MÉRITO

O presente voto apontou as razões de decidir que convencem este relator da regularidade das operações. Exatamente por isso, não há como deixar de reconhecer que a SÃO MARTINHO não realizou operação indevida em razão da ativação patrimonial na empresa CERRADO como subscrição e integralização de seu capital social.

Adicionalmente ao que manifestei na análise do recurso voluntário da contribuinte (RAIZEN), destaco que a transação não revela interesse comum da SÃO MARTINHO para a prática de nenhum ato ilícito que atraia a aplicação do art. 124, I, do CTN. De fato, houve transações regulares entre as partes, ressaltando-se o fato de que a SÃO MARTINHO, ao vender suas cotas sociais da CERRADO à RAIZEN, não tinha qualquer controle dos efeitos tributários que a RAIZEN promoveu ao amortizar o ágio.

A responsabilidade tributária prevista no art. 124, I, do CTN, indica que são solidariamente obrigadas as *“pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”*.

A esse respeito, o STJ²² firmou o entendimento segundo o qual *“o interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal implica que as pessoas solidariamente obrigadas sejam **sujeitos da relação jurídica que deu azo à ocorrência do fato imponible**”*. De forma complementar, aquele Tribunal decidiu que *“feriria a lógica jurídico-tributária a integração, no polo passivo da relação jurídica, de alguém que não tenha tido qualquer participação na ocorrência do fato gerador da obrigação”*²³.

Assim, o que define a atração da responsabilidade solidária pela existência de *interesse comum* demanda que se confirme a prática de ato consciente para ocultar a real

²² Ver: REsp 834.044/RS, DJe: 15 de dezembro de 2008 e REsp 884.845/SC, DJ: 18 de fevereiro de 2009. No mesmo sentido: REsp 611.964/SP, DJ: 10 de outubro de 2005; REsp 859.616/RS, DJ: 15 de outubro de 2007; AgInt no REsp 1.558.445/PE, DJe: 03 de maio de 2017; AgInt no AREsp 942.940/RJ, DJe: 12 de setembro de 2017; AgInt no AREsp 1.035.029/SP, DJe: 30 de maio de 2019.

²³ REsp 884.845/SC.

intenção de realizar negócios injustificáveis e irreais, a fim de modificar características do fato gerador ou impedir seu conhecimento. Cite-se neste sentido as seguintes decisões (grifou-se):

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. CONDUTA DO ADMINISTRADOR. NEXO CAUSAL. DESCRIÇÃO DOS FATOS.

A responsabilidade tributária de dirigentes, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado - resumidamente sócio-gerente -, prevista no art. 135, III, do CTN, não se confunde com a responsabilidade do sócio. Afinal, não é a condição de ser sócio da pessoa jurídica que atrai a responsabilidade tributária, mas sim a conduta, a atuação como gestor ou representante da pessoa jurídica e a prática de atos com excesso de poder, infração à lei, contrato social ou estatutos que resultaram em descumprimento de obrigação tributária. É necessário, portanto, a existência de nexo causal entre a conduta praticada e o respectivo resultado prejudicial ao Fisco. É imperioso que tal conduta esteja descrita nos autos.

O que atrai a responsabilidade solidária prevista no art. 124, I, do CTN, é a participação do terceiro no procedimento de atribuir ao fato ocorrido no mundo concreto uma roupagem diversa da hipótese descrita na lei, com vistas a alterar as características essenciais do fato gerador ou impedir o seu conhecimento; o interesse econômico nessa hipótese também pode existir, mas não é primordial, o que importa é a conduta do terceiro, tal qual na responsabilidade do art. 135, III, do CTN. (Acórdão nº 1201-005.960 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 18 de julho de 2023, maioria, Conselheiro Relator Efigênio de Freitas Júnior, disponível em https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/15956720178201462_6906804.pdf)

No mesmo sentido, decisão que afastou a responsabilidade solidária pela não aplicação do art. 124, I, do CTN, nos seguintes termos (grifou-se):

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. ART. 124, I, CTN. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. POR INTERESSE COMUM. AUSÊNCIA DE DOLO. A responsabilidade tributária prevista no artigo 124, inciso I do CTN pressupõe a partilha dolosa entre o sujeito passivo e o solidariamente responsável da conduta tendente a omitir o fato gerador, não sendo bastante para a definição de tal liame jurídico obrigacional a existência de proveito econômico mútuo. (Acórdão nº 1201-006.262 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 22 de fevereiro de 2024, maioria, Conselheiro Relator José Eduardo Genero Serra, disponível em https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/16561720082202049_7038726.pdf)

Observe, ainda, que a questão foi enfrentada pelo Parecer Normativo Cosit/RFB nº 04/18²⁴, que traz relevantes apontamentos que complementam as razões de decidir ora indicadas, no sentido de afastar o *interesse comum* atribuídos às pessoas à responsável solidária, porquanto não identificada a suposta prática de atos ilícitos perpetrados pela mesma. Segundo tal parecer, *o interesse comum ocorre no fato ou na relação jurídica vinculada ao fato gerador do tributo. É responsável solidário tanto quem atua de forma direta, realizando individual ou conjuntamente com outras pessoas atos que resultam na situação que constitui o fato gerador, como o que esteja em relação ativa com o ato, fato ou negócio que deu origem ao fato jurídico tributário mediante **cometimento de atos ilícitos que o manipularam.***

²⁴ Disponível em <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=97210&visao=anotado>

No referido parecer, consta o critério que serve de freio interpretativo para evitar excessos no sentido que a existência da previsão genérica “interesse comum” **não implica que qualquer pessoa possa ser responsabilizada.** *Esta deve ter vínculo com o ilícito e com a pessoa do contribuinte ou do responsável por substituição, **comprovando-se o nexó causal em sua participação comissiva ou omissiva, mas consciente, na configuração do ato ilícito com o resultado prejudicial ao Fisco dele advindo.***

Transcreve-se as partes relevantes ao deslinde da questão, com grifos:

10. Cabe observar que a responsabilização tributária pelo inciso I do art. 124 do CTN (doravante simplesmente denominada "responsabilidade solidária") **não pode se dar de forma indiscriminada, sem uma delimitação clara do seu alcance.** Ela não se confunde com a responsabilidade tributária de que trata o art. 135 do CTN, não obstante em algumas situações poderem estar presentes os elementos de ambas as responsabilidades. Seu signo distintivo é o interesse comum, e é por ele que a presente análise se inicia.

Sobre o Interesse Comum

11. **A terminologia "interesse comum" é juridicamente indeterminada.** A sua delimitação é o principal desafio deste Parecer Normativo. Ao analisá-la, normalmente a doutrina e a jurisprudência dispõem que **esse interesse comum é jurídico, e não apenas econômico.**

11.1. O interesse econômico aparentemente seria no sentido de que bastaria um proveito econômico para ensejar a aplicação do disposto no inciso I do art. 124 do CTN.

11.2. O interesse jurídico, por sua vez, se daria pelo vínculo jurídico entre as partes para a realização em conjunto do fato gerador. Para tanto, as pessoas deveriam estar do mesmo lado da relação jurídica, não podendo estar em lados contrapostos (como comprador e vendedor, por exemplo).

11.3. Ambas as construções doutrinárias são falhas e não devem ser aplicadas no âmbito da RFB, pois tenta-se interpretar um conceito indeterminado com outro conceito indeterminado.

12. Como norma geral à responsabilidade tributária, **o responsável deve ter vínculo com o fato gerador ou com o sujeito passivo que o praticou.** (...)

13. Voltando-se à responsabilidade solidária, **o interesse comum ocorre no fato ou na relação jurídica vinculada ao fato gerador do tributo. É responsável solidário tanto quem atua de forma direta, realizando individual ou conjuntamente com outras pessoas atos que resultam na situação que constitui o fato gerador, como o que esteja em relação ativa com o ato, fato ou negócio que deu origem ao fato jurídico tributário mediante cometimento de atos ilícitos que o manipularam.** Mesmo nesta última hipótese está configurada a situação que constitui o fato gerador, ainda que de forma indireta.

14. Para se chegar a essa conclusão, deve-se levar em conta que a interpretação do inciso I do art. 124 do CTN não pode estar dissociada do princípio da capacidade contributiva contida no § 1º do art. 145 da Constituição Federal (CF), o qual deve ser aplicado pelo seu duplo aspecto: (i) substantivo, em que a graduação do caráter pessoal do imposto ocorre "segundo a capacidade econômica"; (ii) adjetivo, na medida em que é facultado à administração tributária "identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte". (...)

15. Apesar de neste parecer concordar-se com a linha da consultante no sentido de ser possível a responsabilização pelo inciso I do art. 124 do CTN para situação de ilícitos, em

geral, ele não implica que qualquer pessoa possa ser responsabilizada. Esta deve ter vínculo com o ilícito e com a pessoa do contribuinte ou do responsável por substituição, comprovando-se o nexo causal em sua participação comissiva ou omissiva, mas consciente, na configuração do ato ilícito com o resultado prejudicial ao Fisco dele advindo.

16. Não é qualquer interesse comum que pode ensejar a aplicação do disposto no inciso I do art. 124 do CTN. O interesse deve ser no fato ou na relação jurídica relacionada ao fato jurídico tributário, como visto acima. Assim, o mero interesse econômico, sem comprovação do vínculo com o fato jurídico tributário (incluídos os atos ilícitos a ele vinculados) não pode caracterizar a responsabilização solidária, não obstante ser indício da concorrência do interesse comum daquela pessoa no cometimento do ilícito. (...)

17. Ao caracterizar o interesse comum como sendo aquele relacionado com algum vínculo ao fato jurídico tributário, pode-se criar a falsa impressão de que neste parecer se alinharia à tese de que o interesse comum seria o que se denominou interesse jurídico, o que não é verdade. (...)

19. Destarte, além do cometimento em conjunto do fato jurídico tributário, pode ensejar a responsabilização solidária a prática de atos ilícitos que englobam: (i) abuso da personalidade jurídica em que se desrespeita a autonomia patrimonial e operacional das pessoas jurídicas mediante direção única ("grupo econômico irregular"); (ii) evasão e simulação fiscal e demais atos deles decorrentes, notadamente quando se configuram crimes; (iii) abuso de personalidade jurídica pela sua utilização para operações realizadas com o intuito de acarretar a supressão ou a redução de tributos mediante manipulação artificial do fato gerador (planejamento tributário abusivo).

(...)

Cometimento de ilícito tributário doloso vinculado ao fato gerador. Evasão fiscal. Atos que configuram crimes.

26. Preliminarmente, esclareça-se um fato: não é qualquer ilícito que pode ensejar a responsabilidade solidária. Ela deve conter um elemento doloso a fim de manipular o fato vinculado ao fato jurídico tributário (vide item 13.1), uma vez que o interesse comum na situação que constitua o fato gerador surge exatamente na participação ativa e consciente de ilícito com esse objetivo. Há, portanto, em seu antecedente a ocorrência do ato ilícito, que necessariamente implica também a comprovação de vínculo entre todos os sujeitos passivos solidários.

26.1. O elemento doloso, por sua vez, constitui-se na vontade consciente de realizar o elemento do tipo ilícito. Seria a fraude, no sentido latu da palavra.

26.2. Como exaustivamente visto no presente parecer, o mero interesse econômico não pode ensejar a responsabilização solidária. Do mesmo modo, há que estar presente vínculo não só com o fato, mas também com o contribuinte ou com o responsável por substituição (vide item 15). Mera assessoria ou consultoria técnica, assim, não tem o condão de imputar a responsabilidade solidária, salvo na hipótese de cometimento doloso, comissivo ou omissivo, mas consciente, do ato ilícito.

(...)

27.1. Casos típicos de ilícitos tributários são as condutas de sonegação, fraude (strictu sensu) e conluio contidas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964:

(...)

27.2. Apesar de a sonegação e a fraude (no sentido strictu sensu de que trata o art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964) englobarem, em regra, a simulação, esta tem um espectro de incidência mais abrangente. Se o conceito de sonegação fiscal está ligada diretamente ao lançamento, a simulação pode ocorrer em outras hipóteses, como no reconhecimento de direito creditório, desde que presentes os seus elementos caracterizadores, consoante art. 167 do Código Civil:

(...)

Planejamento tributário abusivo. Ocorrência da operação antes do fato gerador

29. A responsabilização solidária pela constatação de planejamento tributário abusivo é uma variável em relação à do cometimento de ato simulado. Vide julgado do CARF que entende serem tais operações fruto de simulação:

(...)

30. Contudo, há a especificidade de se tratar de atos jurídicos complexos que não possuem essência condizente com a forma para supressão ou redução do tributo que seria devido na operação real (abuso de forma). Por tal motivo desenvolve-se esse tema de forma específica, inclusive pelo fato de que tais operações são normalmente realizadas antes da ocorrência do fato jurídico tributário.

30.1. O interesse comum resta caracterizado na medida em que a personalidade jurídica não está em consonância com as prescrições legais do direito privado, tampouco corresponde ao resultado econômico desejado. Em verdade, trata-se de atos anormais de gestão, que atentaram contra o próprio objeto social da sociedade e cujos efeitos não podem e não devem ser opostos ao Fisco.

30.2. O planejamento tributário abusivo ora tratado é o que envolve diversas pessoas jurídicas existentes com o único fito de reduzir ou suprimir tributo. A personalidade jurídica não cumpre a função social esperada da empresa, conforme arts. 116, parágrafo único, e 154 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, c/c art. 421 do Código Civil. Ora, nem o objetivo de obter lucro essa pessoa jurídica tem, pois esta apenas serve como meio para uma economia ilegítima para pagamento de tributo, contrariando o já mencionado princípio da capacidade contributiva. E daí se verifica a comunhão do interesse comum de todas elas, as quais não deixam de compor modalidade de grupo econômico irregular.

(...)

32. Como ocorrido em outras situações, o presente Parecer Normativo não tem por objetivo relacionar, de forma exaustiva, todas os negócios jurídicos que podem ser considerados planejamento tributário abusivo, até por depender da sua conformação e comprovação no caso concreto. Mas citam-se três situações típicas em que se configura o interesse comum para a responsabilização solidária, as quais podem estar todas presentes num mesmo planejamento: operações estruturadas em sequência, as realizadas com uso de sociedades-veículo e as que têm por objetivo o deslocamento da base tributável.

32.1. As operações estruturadas em sequência referem-se àquelas que contêm etapas em que cada uma, pretensamente isolada, corresponde a um tipo de ato ou deliberação societária ou comercial encadeado com a subsequente com o fito de reduzir ou suprimir tributo devido. Cada etapa dessa cadeia de operações estruturadas só faz sentido caso exista a etapa anterior e caso seja também deflagrada a operação posterior. Conforme Greco:

(...)

32.2. A empresa-veículo (conduit company) é uma pessoa jurídica intermediária utilizada apenas para servir como canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro sem que tenha efetivamente outra função dentro do contexto. Muito comum é a utilização de Sociedade de Propósito Específico para tanto. Em regra, ela se apresenta na estruturação de operações e em que há a utilização das mais diversas pessoas jurídicas, em direção única, com o fito de suprimir ou reduzir tributo devido.

32.3. Já o deslocamento da base tributária ocorre mediante utilização de pessoas jurídicas distintas com o propósito de transferir receitas ou despesas entre uma e outra de forma artificial, sem substrato na realidade das atividades por elas desenvolvidas.

33. Enfim, nessas hipóteses em que há desproporção entre a forma jurídica adotada e a intenção negocial, com vistas a desfigurar ou manipular o fato jurídico tributário, está configurado o interesse comum a ensejar a responsabilização solidária. Cita-se mais um paradigmático julgado do CARF, que corrobora o aqui exposto:

(...)

34. Ressalte-se, por fim, que para a responsabilização solidária há que restar comprovado o abuso da personalidade jurídica cuja existência é fictícia ou utilizada para uma sequência de transação com o fito de reduzir ou suprimir tributo. Esse nexos causal entre a artificialidade da personalidade jurídica e a operação em conjunta deve estar demonstrado, mesmo que mediante conjunto de provas indiciárias. Contudo, deve-se estabelecer que a pessoa jurídica ou física responsabilizada é partícipe direta e consciente da simulação. (...)"

Entendo que não há interesse comum em nenhum ato praticado pela responsável solidária que justifique sua manutenção.

Não há interesse comum nos casos que não houver relação entre o fato gerador e a conduta praticada por terceiro, quando esse não atuar de forma direta ou indireta para realizar atos que resultem na situação que constitua fatos jurídicos ou infracionais, quando sua participação não for determinante nem cause nenhum vínculo com o ilícito ou com o nascimento da obrigação tributária e quando não houver elemento intencional que revele interesse jurídico ou econômico com o fato objeto do lançamento.

Assim, dou provimento ao recurso voluntário e afasto a responsabilidade tributária de SÃO MARTINHO S.A.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, dou provimento aos Recursos Voluntários da contribuinte e do responsável solidário.

Assinado Digitalmente

Fredy José Gomes de Albuquerque

