



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720117/2017-44
ACÓRDÃO	1201-007.071 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	19 de novembro de 2024
RECURSO	DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO
RECORRENTES	CARGILL AGRÍCOLA S/A E OUTROS FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012

EMPRESA-VÉÍCULO. SIMULAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

A alocação dos ativos integrantes da linha de negócios que se pretende transacionar a uma pessoa jurídica nova para que esta seja adquirida com ágio não configura interposição de empresa-veículo e, ainda que o configurasse, tratar-se-ia de interposição lícita.

A requalificação jurídica dos fatos é possível, mas a legislação pátria elege a simulação como mote de superação de estruturas consideradas artificiais (art. 149, VIII, CTN), e o parágrafo único do art. 116 do CTN (que tampouco foi aventado pela autoridade autuante) trata de evasão fiscal (não de elisão), além de depender de regulamentação específica para que seja aplicado, conforme bem decidiu o STF ao julgar a ADI nº 2.446.

De qualquer maneira, não se demonstrou a ocorrência de simulação, seja porque desde o princípio o alienante ofertou ao mercado uma sociedade à qual seria alocada a linha de negócios cuja alienação se pretendia, seja porque a mera segregação de ativos ou linhas de negócios mediante operações societárias, como a cisão ou a constituição de nova sociedade cujo capital é integralizado ou aumentado com a linha de negócios que se pretende alienar, não configura simulação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, (i) por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e (ii) em dar parcial provimento aos recursos voluntários sendo (ii.a) por maioria de votos, em afastar a preliminar de nulidade dos autos de infração, vencidos os Conselheiros Lucas Issa Halah (relator) e Eduarda Lacerda Kanieski; (ii.b) por maioria de votos, em

afastar a preliminar de nulidade da decisão recorrida, vencidos os Conselheiros Lucas Issa Halah (relator) e Eduarda Lacerda Kanieski; (ii.c) por unanimidade de votos, em afastar a qualificação da multa de ofício, em reconhecer a decadência da exigência relativa ao ano 2011 e em afastar a exigência relativa ao ano 2012, bem como a exigência da multa isolada. O Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque acompanhou o relator pelas suas conclusões quanto à exoneração da exigência relativa ao ano 2012. O Conselheiro José Eduardo Genero Serra foi designado para redigir o voto vencedor sobre as preliminares de nulidade.

Assinado Digitalmente

Lucas Issa Halah – Relator

Assinado Digitalmente

José Eduardo Genero Serra – Redator do voto vencedor

Assinado Digitalmente

Neudson Cavalcante Albuquerque – Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Jose Eduardo Genero Serra, Lucas Issa Halah, Raimundo Pires de Santana Filho, Renato Rodrigues Gomes, Eduarda Lacerda Kanieski (substituto[a] integral), Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente),. Ausente(s) o conselheiro(a) Alexandre Evaristo Pinto.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Voluntários e de Ofício contra Acórdão da DRJ proferido no julgamento de primeira instância dos Auto de Infração e Termos de Sujeição Passiva Solidária lavrados no processo em epígrafe.

1 A AUTUAÇÃO

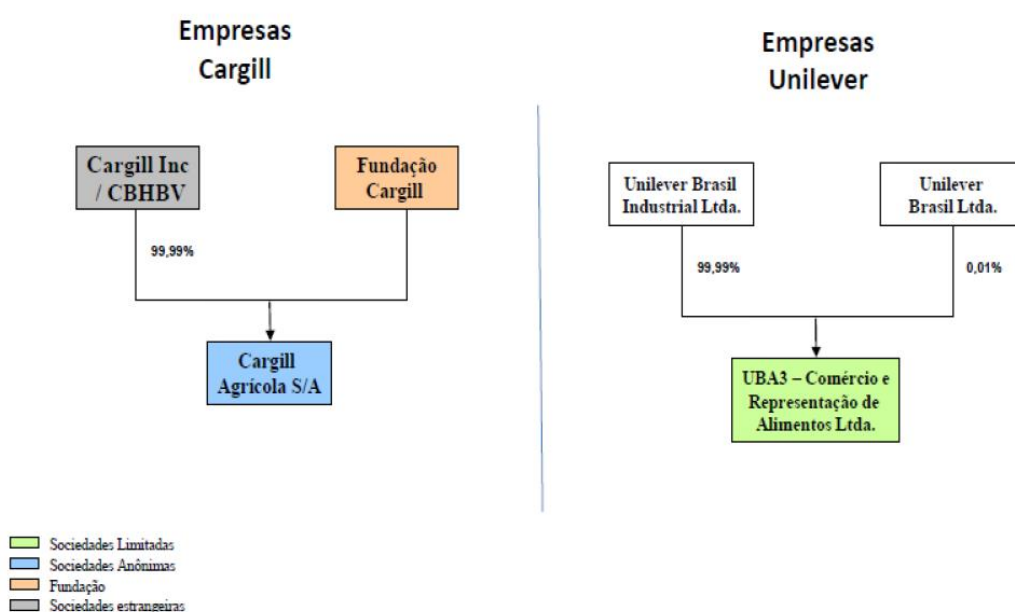
A autuação decorreu da glosa de despesas com amortização e ágio na aquisição de ativos voltados à produção de “atomatados” conferidos pelas Pessoas Jurídicas Unilever Brasil Industrial Ltda. (Unilever) e Unilever Brasil Ltda. (Unilever Brasil) na Pessoa Jurídica UBA3 Comércio e Representação de Alimentos Ltda. (UBA3), a qual foi adquirida com ágio, posteriormente amortizado, pela Cargill Agrícola S/A (Cargill, também denominada pela fiscalização de CASA ou Contribuinte).

Segundo o Termo de Verificação Fiscal (TVF) o grupo Unilever teria constituído a UBA3 e conferido a ela os ativos que seriam na realidade o alvo da aquisição, agindo em conluio com a Cargill para o adquirente gerar o ágio amortizado com a incorporação da UBA3 pela Cargill Agrícola S/A, também chamada pela fiscalização de “CASA”, ou simplesmente Cargill.

O TVF assim ilustra o passo a passo societário:

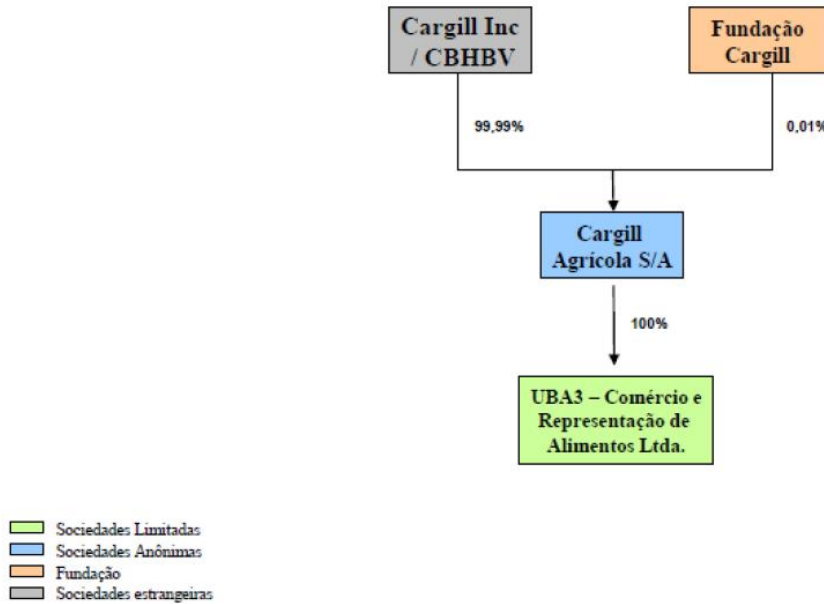
“1. Inicialmente, havia dois grupos distintos e independentes entre si: o grupo CARGILL e o grupo UNILEVER, conforme mostram os organogramas a seguir. A empresa UNILEVER “criou” a empresa inativa UBA3 e transferiu à mesma, parte de seus ativos, que seriam, em seguida, vendidos ao grupo CARGILL:

Estruturas Societárias antes da Aquisição da UBA3 pela Cargill da Unilever

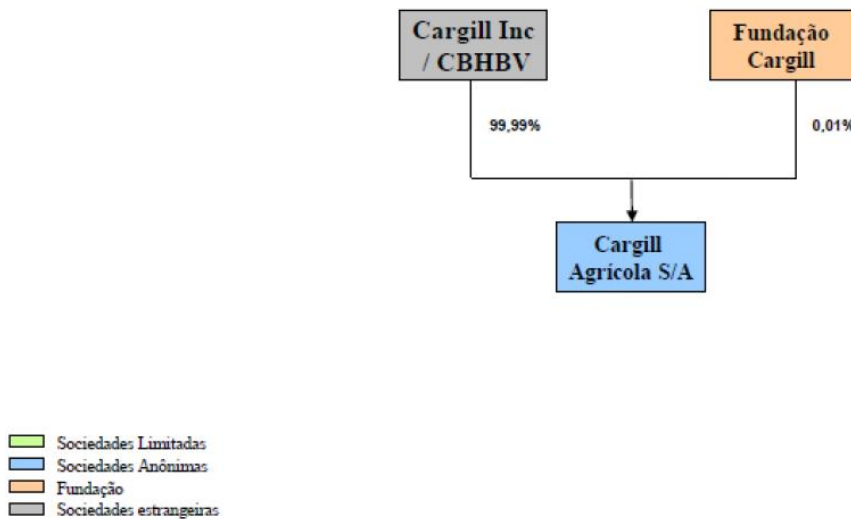


2. O Grupo Cargill, mediante a empresa CASA, adquiriu a empresa UBA3 da UNILEVER e UNILEVER BRASIL (contrato às fls. 1044 a 1085), em 24 de setembro de 2010, pagando, na aquisição, um valor aproximado de R\$ 600 milhões de reais. O valor do PL da empresa UBA3 era aproximadamente R\$ 185 milhões, de modo que o ágio total da operação girava em torno de R\$ 415 milhões.

Estrutura Após Aquisição da UBA3 pela Cargill da Unilever e Antes da Incorporação da UBA3 pela Cargill

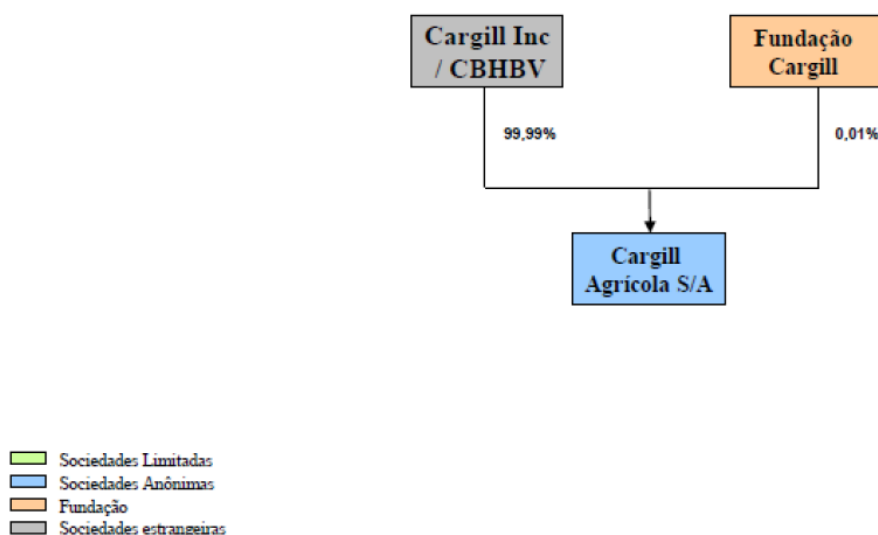


Estrutura Após da Incorporação da UBA3 pela Cargill



3. Em 1º de março de 2011, a empresa UBA3 é incorporada pela CASA (protocolo de incorporação às fls.1802 a 1827).

Estrutura Após da Incorporação da UBA3 pela Cargill



4. A partir da incorporação da UBA3, a CASA iniciou o processo de amortização do ágio (vide planilha “Controle de Amortização do Ágio” às fl. 1131).”

A autuação, diante da operação cima ilustrada, glosou as despesas com amortização de ágio para fins de IRPJ e CSLL, lançando os correspondentes tributos acrescidos de multa de ofício qualificada.

Lançou também a multa isolada por insuficiência no recolhimento de estimativas e responsabilizou solidariamente (i) a Unilever com fundamento no art. 124, I do CTN, e (ii) os administradores MARCELO TAUIL MARTINS, MAURÍCIO MANILE, LUIZ ANTÔNIO DOS SANTOS PRETTI, RUBENS FERNANDES PEREIRA, com fundamento no art. 135, III do CTN.

Foi também lavrada a representação fiscal para fins penais por vislumbrar-se a prática de crime contra a ordem tributária e, conseqüentemente, glosou-se em processo administrativo próprio apartado (PA nº 16561.720122/2015-95) os benefícios obtidos sobre os “Lucro da Exploração” com fundamento na aplicação do art. 59 da Lei 9.069/95, questão portanto não debatida nos presentes autos.

A glosa das despesas com amortização do ágio foi calcada, em suma, nas seguintes acusações:

- Simulação, falta de propósito comercial e de substrato econômico na operação e constituição de empresa veículo pela alienante, pois a intenção

seria tão somente alienar à compradora os ativos conferidos à empresa veículo UBA3, alegadamente sem estrutura operacional e criada em pouco tempo, apenas para permitir a amortização do ágio, já que não havia nenhuma empresa investida, mas apenas um conjunto de ativos e passivos relativos à linha de produtos atomatados da Unilever.

A qualificação da penalidade decorreu da identificação de:

- Dolo, consubstanciado na conduta de estruturar a aquisição para induzir a fiscalização a avalizar uma operação inoponível ao fisco, embora formalmente regular;
- Conluio, pois a UBA3 teria sido criada pelo alienante por solicitação do Contribuinte, por razões exclusivamente tributárias, prática que configura crime contra a ordem tributária, nos termos do art. 1º, inciso II, da Lei 8.137/90:

Foi lançada Multa Isolada pela conseqüente insuficiência no recolhimento de estimativas.

A Responsabilização solidária da Unilever, Alienante, foi calcada no art. 124, I do CTN, sob a alegação de que a constituição da UBA3 teria decorrido de pedido do Contribuinte Cargill, configurando atuação em conluio que caracterizaria o interesse comum na situação que constituiu o fato gerador.

Já a responsabilização solidária dos Administradores foi calcada no art. 135, III do CTN, e assim fundamentada, conforme o administrador em questão:

“a) Marcelo Tauil Martins foi Diretor Presidente da CASA entre 30/04/2009 e 12/09/2012. Na aquisição da UBA3, em 01/03/2011, além de representar a CASA como administrador, tornou-se sócio quotista e administrador da adquirida. Como diretor da CASA, assinou a Alteração Contratual desta última em que ocorreu a incorporação da UBA3. No protocolo de justificação da incorporação, figurou como representante da CASA e da UBA3.

b) Maurício Manile foi eleito Diretor da CASA em 25/02/2010. Na aquisição da UBA3, em 01/03/2011, representou a CASA como administrador. Como diretor da CASA, assinou a Alteração Contratual desta última em que ocorreu a incorporação da UBA3. No protocolo de justificação da incorporação, representou a CASA.

c) Luiz Antônio dos Santos Pretti foi Diretor da CASA entre 30/04/2009 e 12/09/2012, quando se tornou Diretor Presidente.

d) Rubens Fernandes Pereira tornou-se sócio quotista e administrador da UBA3, quando esta foi adquirida em 01/03/2011. Representou a UBA3 no protocolo de justificação da incorporação desta.

37 Com fundamento no art. 135, inciso III, do CTN, Martins, Manile, Pretti e Pereira foram arrolados entre os sujeitos passivos por “serem responsáveis por atos praticados com infração de lei ou excesso de poderes, porquanto criaram condições

artificiais para justificar a amortização indevida pela interessada, de um ágio que não poderia ser amortizado” (fl. 1959). Além disso, “em decorrência dos cargos que ocupavam, essas pessoas possuíam relevantes poderes administrativos (e decisórios) sobre atos praticados em nome da empresa, incluindo o artifício doloso, demonstrado por esta fiscalização, para redução dos tributos devidos através da amortização de despesas com ágio” (fl. 1964).

38 Martins foi Diretor Presidente da CASA até 12/09/2012, quando Pretti o substituiu. Sendo assim, “ambos tiveram sua parcela de responsabilidade no tocante à amortização indevida do ágio nos períodos aqui tratados (ACs 2011 e 2012)” (fl. 1966).

39 A Fiscalização acrescenta que “as razões determinantes para a atribuição da sujeição passiva dos administradores relacionados acima, se basearam particularmente na comprovação de sua participação direta, no negócio adstrito ao ágio transacionados” (fl. 1967).

40 O Parecer PGFN/CRJ/CAT nº 55/2009 conclui que o terceiro que for administrador e cometer ato ilícito no exercício da gerência da empresa responde solidariamente com a pessoa jurídica pelo pagamento do crédito tributário.”

2 IMPUGNAÇÕES

Contribuinte e Responsáveis Solidários ofereceram Impugnações autônomas.

2.1 IMPUGNAÇÃO DO CONTRIBUINTE CARGILL:

O Contribuinte Cargill, alega em sua Impugnação:

Nulidade do lançamento, pois:

- Pela tese Fiscal de Simulação, deveriam subsistir os atos simulados e seus respectivos efeitos (art. 167 do C.C), razão pela qual, se a tese fiscal é de que os alvos da aquisição eram ativos específicos, e não a sociedade UBA3, deveria considerar os efeitos fiscais de depreciação, amortização, exaustão e baixa desses ativos, avaliando a ocorrência potencial de mera postergação diante da possível descasamento temporal entre tais formas de perda de valor e as taxas de amortização do ágio.
- A autuação não recalculou os limites da parcela dedutível dos pagamentos via PAT (Programa de Alimentação do Trabalhador)
- Impossibilidade de fundamentar a glosa no art. 299 do RIR, pois o ágio tem regra de dedutibilidade específica, prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, que não representa benefício fiscal.

Decadência:

- Pelas regras do art. 150, § 4º, do CTN, pois não houve dolo e comprovou-se pagamento antecipado de IRPJ e CSLL.
- Também pelas regras do art. 173, I do CTN, pois o ágio glosado formou-se em 2011 e a ciência do Auto de Infração deu-se em 01/12/2017.

No mérito, sobre a glosa de despesas de amortização de ágio, o Contribuinte defende:

- A higidez do ágio e da estrutura adotada para a aquisição, contextualizando a operação, demonstrando que a UBA3 foi constituída pelo alienante sem participação do Contribuinte, expondo o propósito negocial da operação e defendendo a ausência de benefício fiscal face à operação tida por simulada pela fiscalização e a intenção real de transferir “um negócio em marcha”, e não ativos isolados.
- Que a Unilever pagou Ganho de Capital sobre o valor recebido em virtude da alienação.
- Que a transação envolveu a transferência de todos os empregados relativos à linha de negócio adquirida, conforme disporia o Memorando de Entendimentos (fl. 2069), evitando a necessidade de rescisão e formalização de novos contratos de trabalho e simplificando a operação por conta dos efeitos naturais da Sucessão (art. 227 da Lei nº 6.404/76), como a facilitação da transferência dos benefícios do programa de subvenções “Fomentar” do Estado de Goiás (onde se situava a planta produtiva); facilitando a obtenção e renovação de permissões e autorizações; facilitando a transferência do plano de previdência privada dos funcionários; a transferência de contratos com clientes e fornecedores; a sustentação de investimentos de marketing e trade marketing; dispensando a burocrática aquisição de cada bem do ativo imobilizado por meio de operações mercantis individuais; e reduzindo os custos de transferência de titularidade de bens móveis e imóveis.
- Que a fiscalização glosou prejuízos fiscais, como consequência de glosas realizadas no processo 16561.720148/2014-52, ainda aguardando julgamento do recurso voluntário. Como, naquele processo, será demonstrada a improcedência da autuação, a exigência deverá ser recalculada desconsiderando-se as glosas dos prejuízos.

Sobre as penalidades.

- **Impossibilidade qualificação da multa de ofício:** sustenta a falta de comprovação do intuito doloso e a existência de mera divergência interpretativa, já que havia norma permissiva em vigor e julgados favoráveis no próprio CARF que ao menos ensejariam a aplicação do art. 112 do CTN.
- Impossibilidade de aplicação concomitante da multa isolada com a multa de ofício.
- Inconstitucionalidade da aplicação de multas em patamar superior ao tributo devido (cf. RE 833.106 AgR, de 25/11/2014)

- Ausência de previsão legal para a incidência de juros moratórios pela Taxa Selic sobre a multa de ofício.

2.2 IMPUGNAÇÃO DA RESPONSÁVEL UNILEVER – 124, I DO CTN

O Responsável Solidário Unilever, responsabilizado com fundamento no art. 124, I do CTN, por sua vez, ratificou as alegações do Contribuinte, acrescentando as seguintes alegações:

Nulidade no Termo de Sujeição Passiva Solidária, uma vez que não estaria amparado em fundamentação e descrição clara dos fatos e da conduta supostamente praticada pela Unilever, mas em presunção.

Traz esclarecimentos operacionais e mercadológicos sobre a linha de atomatados alienada, esclarecendo que a venda foi agenciada pelo Banco Santander, e que o objetivo era alienar o conjunto formado por ativos como “(i) ativos imobilizados; (ii) diversas marcas renomadas de molhos, polpas e extratos, como a Pomarola, Tarantella, Elefante e Pomodoro; (iii) know how; (iv) working capital; (v) carteira de clientes; (vi) contratos com fornecedores etc.”, alienando assim um negócio completo em operação que seria acompanhado inclusive pelos empregados diretos e alguns indiretos, afeitos ao negócio (cerca de 670 no total), conforme descrito pelo *Memorandum* elaborado pelo Banco Santander, anexo à sua Impugnação.

Defende a necessidade de afastamento da responsabilização solidária, pois:

- Não teria interesse comum, mas contraposto ao Contribuinte
- Não teria interesse econômico no aproveitamento do ágio pelo Contribuinte
- Havia razões econômicas e negociais para a constituição da UBA3

2.3 IMPUGNAÇÃO DOS DEMAIS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIO – 135, III DO CTN

Os Responsáveis Solidários MARCELO TAUIL MARTINS, MAURÍCIO MANILE, LUIZ ANTÔNIO DOS SANTOS PRETTI, RUBENS FERNANDES PEREIRA cuja responsabilidade foi calcada no art. 135, III do CTN, por sua vez, também ofertaram impugnações específicas para cada responsável, endossando as razões de defesa já expostas pelos demais sujeitos passivos e acrescentando a elas as seguintes:

- As únicas razões que teriam atraído a responsabilização solidária dos Administradores em relação aos débitos autuados teriam sido (i) a assinatura dos atos societários relacionados à aquisição da empresa UBA3 e (ii) o fato de serem representantes do Contribuinte.
- Decurso do prazo decadencial, pois passados quase 7 anos desde a assinatura de referidos atos, já que o último ato societário relacionado pela acusação teria sido assinado em 01/03/2011.
- Não há atos praticados com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos.

- As condutas descritas pela acusação seriam todas típicas da atuação dos administradores, conforme preconiza o Direito Societário.
- Não houve prova de dolo específico, ainda confirmado pela aprovação da contabilidade pelos peritos independentes.
- Que a amortização do ágio não decorre de decisão da diretoria, mas da Lei, de observância obrigatória pela administração, sob pena de responsabilidade perante a sociedade.

3 DILIGÊNCIA

3.1 A DILIGÊNCIA DETERMINADA PELA DRJ

A DRJ converteu o julgamento do processo em diligência, para que a autoridade fiscal de origem se manifestasse sobre fatos alegados em defesa. A diligência teve o seguinte escopo e foi assim fundamentada:

“F SANEAMENTO DO CONTRADITÓRIO

10. A Fiscalização entende que se simulou a compra e venda de participação societária, para dissimular a de ativos e passivos, enquanto os Interessados defendem que desejavam realizar o negócio jurídico nos exatos termos em que foi celebrado. Ocorre que *as principais razões para justificar a operação só foram apresentadas nas Impugnações*: desnecessidade de contratação de mais de 650 empregados pela compradora; desnecessidade de demissão dos mesmos empregados pela vendedora; evitar custos de demissão; facilitar a transferência de contratos com clientes e fornecedores; sustentação de investimentos de marketing e trade marketing; transferência do plano de previdência privada dos funcionários; desnecessidade de adquirir cada bem do ativo imobilizado por meio de operações mercantis individuais; redução dos custos de transferência de titularidade de bens móveis e imóveis; facilitação da transferência do incentivo fiscal do Fomentar. Além disso, caso a transação tivesse recaído sobre ativos e passivos, *os Interessados entendem que a Contribuinte faria jus a deduções semelhantes às amortizações do ágio, à medida que os bens adquiridos fossem realizados* (depreciados, amortizados, exauridos, baixados).

11. Ao tratar do objeto negociado, a Fiscalização ora se refere apenas a ativos¹, ora a conjuntos de ativos e passivos². Diante dessa variação, *os Interessados se*

¹ “Assim, o caminho para poder amortizá-lo seria mediante a utilização de uma empresa “veículo”, a empresa UBA3, que serviria de ponte para carregar os ativos da UNILEVER à CARGILL e que, ao final de sua aquisição, seria incorporada pela adquirente, de modo que esta, em tese, usufruísse do benefício” (fl. 1942).

defenderam considerando que eram acusados de simular a compra e venda de participação societária, quando na verdade teriam negociado apenas ativos isolados, cuja depreciação deveria, inclusive, repercutir na apuração dos tributos devidos.

12. Essa interpretação não parece estar correta, pois era do conhecimento da Fiscalização que também haveria transferência de funcionários, além de ser notório que ativos e passivos valem mais quando estão organizados para a produção. Ao mencionar o conjunto de ativos e passivos, a Fiscalização sem dúvida não estava se referindo a ativos isolados, mas ao estabelecimento da alienante. Certamente, no entender da Fiscalização, a intenção das partes era transacionar o estabelecimento empresarial – fazer um *trespasse* – e a sua conversão em participação societária só teria ocorrido para ensejar a dedução das amortizações do ágio.

13. Diante desse quadro, é necessária a diligência para que a Fiscalização:

- a) Esclareça se entende que de fato foram negociados ativos isolados, ou o estabelecimento empresarial, ou um terceiro objeto;
- b) Diga se as razões apresentadas nas Impugnações atendem ao requisito de propósito negocial; e
- c) Manifeste-se a respeito das deduções a que a Contribuinte teria direito pela realização do preço pago.

G ALEGAÇÕES DE DIREITO ESTADUAL

14. A Contribuinte alega que “a constituição de uma pessoa jurídica pela vendedora também facilitou a transferência do incentivo fiscal FOMENTAR, concedido pelo estado de Goiás” (fl. 2071). Sendo assim, deverá a Contribuinte provar o teor e a vigência do direito estadual alegado, na forma do art. 16, § 3º, do Decreto nº 70.235/72.

“A constituição da empresa “veículo” UBA3, seu aumento de capital social mediante a transferência de ativos e, ato contínuo, transferência destes ativos por incorporação à empresa CARGILL denota situação que demonstra o fim exclusivo de suprimir ou reduzir o lucro tributável, mediante uma conduta simulada de reorganização societária” (fl. 1946).

“Esta é exatamente a situação em que enquadra a UNILEVER, criadora da veículo UBA3, para a qual transferiu a sua linha de atomatados, com subsequente alienação da mesma à CASA, visando simular uma operação de compra e venda de uma empresa, quando na verdade se tratava de simples negociação de ativos” (fl. 1968).

² “Uma vez acordada a aquisição dos ativos e passivos referentes à sua linha de atomatados, fora orquestrada uma sequência de operações artificiais que permitiriam a dedução do ágio, que inevitavelmente seria pago” (fl. 1940).

“Nesse caso, como já dito, não ocorre essa presunção, pois não há uma real empresa investida, mas sim um conjunto de ativos e passivos representando a linha de atomatados que era do grupo UNILEVER” (fl. 1941).

“(ii) Vontade real aferida – aquisição do Conjunto de Ativos e Passivos da “Linha de Atomatados” da UNILEVER, não se tratando de uma participação societária, com pagamento de ágio e aproveitamento fiscal da “mais valia” pela CASA, sem ter ocorrido a exigência prevista na Lei nº 9.532/1997 de compra de participação societária” (fl. 1941).

“Trata-se de uma operação que serve apenas para transitar um patrimônio ou um determinado recurso. No caso em questão, o conjunto de ativos e passivos transitou pela empresa UBA3” (fl. 1942).

“Porém, tal empresa nada mais foi do que uma invenção para dar aparência de empresa a um conjunto de Ativos e Passivos, que não eram uma Sociedade, tendo como finalidade única a redução de tributos. A nova empresa foi criada sem nenhum outro propósito. Quando tal função foi exercida, a empresa, obviamente, deixou de existir” (fl. 1952).

H DO GANHO DE CAPITAL AUFERIDO PELA UNILEVER

15. A Unilever afirma que:

realizou o recolhimento dos tributos incidentes sobre a integralidade do ganho de capital auferido na transação (doc. n° 7). (fl. 2288).

16. No referido doc. n° 7, destacam-se três parcelas (fls. 2573 e 2575) componentes do lucro líquido, que representariam o oferecimento do ganho de capital à tributação. Sendo assim, faz-se necessário que a Unilever comprove essas três parcelas, abaixo discriminadas:

Linha	Descrição	Saldo da conta	Folha
0051032002	GANHO COM VENDA DE NEGOCIO - INTANGÍVEL	539.498.796,00 C	2573
0085101001	GANHO/PERDA DNA VENDA DE ATIVOS INTANGÍVEIS	218.171.846,50 D	2575
0086010001	GANHOS OBTIDOS NA ALIENAÇÃO DE ATIVOS	185.009.970,15 D	2575

3.2 O RELATÓRIO DE DILIGÊNCIA ASSEVEROU:Quanto ao item F:

a) Esclareceu no tópico denominado “**DOS ATIVOS ISOLADOS E DA AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL**” que o objeto de alienação, segundo seu entendimento, seria: “ativos que estavam sendo vendidos, qual seja, a linha de atomatados, com suas marcas, produtos, processos, linhas de produção e rentabilidades”, reprisando o mesmo teor oscilante entre a venda de ativos isolados e a venda do estabelecimento que ensejou o pedido de esclarecimentos da DRJ.

b) Reforçou seu entender de que inexistiria propósito comercial.

c) Afirmou que a glosa de amortização de ágio seria trabalho que independeria do eventual direito à depreciação, exaustão, amortização e baixa dos ativos que, segundo a fiscalização, se pretendia adquirir.

Quanto ao item G:

Asseverou que não foi possível concluir existir óbice em se transferir o benefício do programa Fomentar, do qual era titular a alienante Unilever diretamente para a Cargill.

Quanto ao item H:

Afirmou que o pagamento do Imposto de Renda sobre os Ganhos de Capital seria irrelevante à presente autuação e responsabilização.

3.3 MANIFESTAÇÕES SOBRE O RELATÓRIO DE DILIGÊNCIA

Os Recorrentes se manifestaram sobre a diligência, trazendo os seguintes argumentos adicionais aos já relatados:

3.3.1 CONTRIBUINTE CARGILL

O contribuinte, Cargill, alega que:

- Não pode prosperar o entendimento da autoridade autuante rechaçado pela DRJ, de que se pretenderia alienar ativos isolados, pois era clara a intenção de alienar todo o negócio de atomatados, em marcha.
- “A autoridade fiscal insiste que não haveria referência no documento de licitação à sociedade UBA3, porém, contraditoriamente, cita no RCD trecho do documento licitatório, segundo o qual “*A maior parte dos funcionários dedicados ao Negócio de Tomate serão transferidos à nova empresa*” (fl. 3454). No referido documento há diversas referências à Newco, que veio a ser a UBA3.”
- A autoridade fiscal, ao analisar o propósito comercial a pedido da autoridade diligenciante, teria deixado de se pronunciar sobre elementos como, por exemplo, a transferência de contratos com clientes e fornecedores, a transferência do plano de previdência privada dos funcionários, e a diminuição dos custos de transferência dos ativos.
- A transferência de empregados a empresas relacionadas, permitidas pelo art. 448 da CLT seria muito mais simples e menos custosa;
- Para transferir o benefício do Fomentar (cujo teor legal foi comprovado) para a Cargill, deveria já ser dona do Estabelecimento, mas a transferência do benefício era condição *sine qua non* para o próprio negócio, de maneira que o comprador não aceitou correr o risco de operar sem o benefício ou ter alguma negativa após a aquisição do estabelecimento.

3.3.2 RESPONSÁVEL UNILEVER

O Responsável Unilever, por sua vez, alega em adição ao já defendido:

Que embora o “documento de licitação” (*Information Memorandum*) não se refira à UBA3, há diversas referências à aquisição de participação societária da pessoa jurídica que veio a ser constituída e nomeada de UBA3, e que mesmo se o *Memorandum* não mencionasse a aquisição de participações societárias, fato é que o negócio se concretizou por este meio.

A demissão de funcionários para posterior recontração seria mais onerosa e burocrática.

A transferência do Fomentar seria mais difícil e incerta caso se desse a terceiro independente em operação de trespasse de estabelecimento.

A autoridade fiscal não poderia lançar mão de presunção simples de que a constituição da UBA seria desnecessária.

O pagamento dos tributos sobre os Ganhos de Capital auferidos demonstraria a ausência de interesse econômico na reestruturação que antecedeu a venda.

3.3.3 RESPONSÁVEIS ADMINISTRADORES

Os administradores responsabilizados com base no art. 135, III do CTN, por sua vez, apresentaram manifestações, acrescentando, em síntese, que os fatos e argumentos trazidos pela empresa impugnante não teriam sido abordados, reiterando e ratificando os argumentos expostos em suas impugnações.

4 ACÓRDÃO RECORRIDO

O Acórdão Recorrido, por sua vez, deu provimento parcial para:

I) Por maioria:

- MANTER o lançamento de Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o lucro líquido, vencido o sr. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil julgador Guilherme Henrique da Silva Ribeiro, que reconheceria a decadência para fatos geradores do ano-calendário 2011, consoante sua declaração de voto;
- REDUZIR a multa de ofício para 75%, vencido o sr. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil julgador Justino Francisco Pires de Oliveira, consoante sua declaração de voto;
- MANTER como responsável tributário UNILEVER BRASIL INDUSTRIAL LTDA., vencido o sr. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil julgador Guilherme Henrique da Silva Ribeiro, consoante sua declaração de voto.
- EXONERAR da responsabilidade tributária LUIZ ANTÔNIO DOS SANTOS PRETTI, porque, embora fosse diretor da Cargill à época da aquisição e da incorporação e tenha se tornado diretor presidente em 12/09/2012, não figurou como diretor nem representante da Cargill nos atos praticados com abuso do direito de auto-organização, vencido o sr. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil julgador Justino Francisco Pires de Oliveira, consoante sua declaração de voto.
- MANTER como responsável tributário RUBENS FERNANDES PEREIRA, vencido o sr. relator Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil julgador Marco Meirelles Aurélio. Neste ponto, a maioria adotou os fundamentos

expostos na declaração de voto do sr. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil julgador Guilherme Henrique da Silva Ribeiro para manter a responsabilidade.

II) Por unanimidade:

- MANTER as multas isoladas por falta de recolhimento de IRPJ e CSLL sobre bases de cálculo estimadas;
- MANTER a incidência de juros sobre tributos e multas;
- MANTER como responsáveis tributários solidários MARCELO TAUIL MARTINS e MAURÍCIO MANILE;

5 RECURSOS INTERPOSTOS

O Recurso de Ofício Necessário foi declarado no próprio Acórdão. O Contribuinte e os Responsáveis, exceto o responsável exonerado Luiz Antônio dos Santos Pretti, apresentaram Recursos Voluntários, todos independentes.

5.1 RECURSO VOLUNTÁRIO DO CONTRIBUINTE, CARGILL

O Recurso Voluntário do Contribuinte Cargill, em distinção às teses já expostas acima:

Deixa de reprisar o argumento de que seria indevida a glosa de compensação de prejuízo fiscal efetuada pelo Recorrente no ano-calendário de 2011 em razão de glosas efetuadas no processo nº 16561.720148/2014-52.

Deixa de reiterar o argumento de impossibilidade de cobrança de juros moratórios sobre a Multa de Ofício.

Alega ter havido alteração de critério jurídico promovido pelo Acórdão Recorrido, pois a DRJ havia manifestado divergência quanto ao critério estabelecido pela autuação (de que a operação dissimulada seria a alienação de ativos isolados), razão pela qual determinou a realização da diligência e, a partir da guinada promovida pela Autoridade Autuante no Relatório de Diligência, encampou este novo critério jurídico pelo qual a operação dissimulada seria a alienação da universalidade de bens e direitos afeitos à linha de produtos atomatados, violando os artigos os arts. 142, 145, 146 e 149 do CTN, o art. 17 e 18 parágrafo 3º do Decreto nº 70.235, os princípios positivados pela Lei n. 9784, de 29.1.1999, dessumidos do devido processo constitucional (art. 5º, LIV e LV, da CR/88)

Reitera a necessidade de que se negue provimento ao Recurso de Ofício mantendo o Acórdão Recorrido quanto à exoneração da qualificação da Multa de Ofício.

5.2 RECURSO VOLUNTÁRIO DO RESPONSÁVEL UNILEVER – ART. 124, I DO CTN

O **Recurso Voluntário do Responsável Solidário Unilever**, em distinção às teses já expostas em sua Impugnação, afirma que o Acórdão Recorrido superou a acusação fiscal nos seguintes pontos:

- Que o objeto da aquisição seriam ativos e passivos isolados em vez de participações societárias, o que deveria ter ensejado a improcedência dos Autos de Infração
- Que haveria dolo, fraude ou conluio, razão pela qual afastou a qualificação penalidade e, por igual razão, a responsabilização do Recorrente tampouco poderia subsistir.

5.3 RECURSO VOLUNTÁRIO DOS DEMAIS RESPONSÁVEIS – ART. 135, III DO CTN

Já os Recursos Voluntários dos responsáveis solidários Marcelo Tauil, Maurício Manile e Rubens Fernandes Pereira não trazem inovações face às Respectivas Impugnações.

5.4 RECURSO DE OFÍCIO, RAZÕES E CONTRARRAZÕES AOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS

O Recurso de Ofício declarado no Acórdão Recorrido contou com razões ofertadas pela Fazenda Nacional em peça na qual também contra-arrazoou os Recursos Voluntários interpostos. Alega-se:

Uso de empresa veículo sem substrato econômico para alocar o fundo de comércio cuja alienação era pretendida (a “Linha de Atomatados”) e com isso dissimular que se adquiria em verdade o fundo de comércio de atomatados, havendo o trespasse de estabelecimento comercial que não constituía uma sociedade, mas era parte da sociedade alienante e assim não poderia gerar ágio dedutível em sua respectiva aquisição.

Necessidade de interpretação literal dos requisitos de dedução do ágio previstos pela Lei nº 9.532/1997.

Falta de propósito negocial na operação que gerou o ágio.

Divergência do entendimento da DRJ, de que a Fiscalização teria manifestado tratar-se de uma alienação de ativos isolados, e não de um estabelecimento/fundo de comércio³ (esta que, na visão da DRJ, poderia ser feita sem a constituição de uma sociedade, por isso tida pela DRJ como simulada). Afirma que a acusação fiscal sempre expressou que o negócio dissimulado seria o *trespasse do fundo de comércio* atinente à “linha de atomatados”, embora não tivesse utilizado literalmente os conceitos jurídicos de “fundo de comércio” e “estabelecimento”.

³ A autuação e o Acórdão Recorrido tratam de maneira indistinta os conceitos de estabelecimento e fundo de comércio. O optamos por não avançar nas distinções entre tais conceitos por tratar-se de detalhamento irrelevante à autuação sob análise, à luz do encaminhamento do voto.

Que o “Contrato de Compra e Venda” entre as partes estabelecia como condição precedente a transferência, para a sociedade que veio a se chamar UBA3 (a alegada veículo), da universalidade de direitos e obrigações usados na operação corrente dessa linha de negócios pelo alienante, demonstrando-se com isso não só o conluio, como também que o alvo de aquisição não era uma sociedade.

Que havia cláusula de não concorrência, inerente aos contratos de trespasse, cuja existência foi expressamente informada ao CADE no Ato de Concentração nº 08012.011026/2010-36 como decorrência da alienação do fundo de comércio.

Que o referido contrato também previa que, na impossibilidade de transferência dos benefícios fiscais do Programa Fomentar, do Estado de Goiás, apenas as marcas seriam adquiridas, e não a pessoa jurídica UBA3.

Defendeu assim a manutenção do auto de infração, inclusive da qualificação da Multa de Ofício Qualificada e da Multa Isolada.

Defendeu também a manutenção da responsabilização solidária de todos os sujeitos passivos, pois *“todos tinham poderes para decidir sobre os atos societários que culminaram na fraude perpetrada contra a Fazenda Pública”* e a vontade da pessoa jurídica nada mais seria do que a vontade majoritária de seus sócios e dirigentes.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheiro Lucas Issa Halah, Relator.

6 ADMISSIBILIDADE

6.1 RECURSO DE OFÍCIO

O Recurso de Ofício necessário foi declarado no próprio Acórdão Recorrido.

Conforme a Súmula CARF nº 103, para fins de conhecimento de recurso necessário, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância, estando, atualmente, fixado o teto mínimo para conhecimento em R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais) **considerados tão somente o montante principal e multas, mas não os juros moratórios**, na forma da Portaria MF n.º 2, de 17 de janeiro de 2022, que reza:

“Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento de Delegacia de Julgamento da

Receita Federal do Brasil (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais).

§ 1º O valor da exoneração deverá ser verificado por processo.

§ 2º Aplica-se o disposto no caput quando a decisão excluir sujeito passivo da lide, ainda que mantida a totalidade da exigência do crédito tributário.

Art. 2º Fica revogada a Portaria MF nº 63, de 9 de fevereiro de 2017.

Art. 3º Esta Portaria entrará em vigor em 1º de fevereiro de 2023.”

Concretamente, observo que a origem julgou o mérito em favor do contribuinte e de um responsável solidário exonerando-os de autuação em montante superior ao valor de alçada.

Portanto, o Recurso de Ofício necessário merece ser conhecido.

6.2 RECURSOS VOLUNTÁRIOS

Os Recursos Voluntários igualmente merecem ser conhecidos, pois são tempestivos e preenchem os demais requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno do CARF.

7 DIREITO

O Direito será avaliado sem segregação entre o Recurso de Ofício e os Recursos Voluntários, pois Fazenda e sujeitos passivos defendem teses contrapostas. A abordagem será, portanto, feita conforme a tese em questão.

As teses serão, contudo, segregadas e identificadas conforme digam respeito à autuação, à responsabilidade solidária da Unilever fundamentada no art. 124, I do CTN, e à responsabilidade dos administradores da Cargill, calcada no art. 135, III do CTN; caso se verifique necessário apreciar todas elas.

7.1 PRELIMINARES DE NULIDADE

7.1.1 VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL – INADEQUAÇÃO DO ART. 299 DO RIR/99

A defesa alega nulidade por vício de fundamentação, pois o Termo de Verificação Fiscal teria fundamentado a glosa no art. 299 do RIR/99, o qual replica o conteúdo do art. 47 da Lei nº 4.506/64, alegando que a glosa só poderia estar calcada em dispositivo específico relativo à dedução das despesas com ágio, previstas nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

O Acórdão Recorrido afastou a nulidade alegando que, consoante os arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235/72, somente a incompetência e o cerceamento do direito de defesa ensejam a decretação de nulidade do lançamento.

Alinho-me à posição que defende a verificação *objetiva* das nulidades a partir da análise da higidez do ato de lançamento face aos ditames do artigo 142 do CTN, *independentemente de qualquer análise subjetiva* que se possa fazer acerca dos efeitos que o desatendimento do comando legal possa ter causado no exercício do direito de defesa do contribuinte.

O posicionamento expresso no Voto Vencedor do Acórdão nº 9101-005.876, de relatoria do Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, cujas razões adoto, sintetiza o pensamento de forma lapidar:

“Rechaça-se – com veemência - o entendimento de que basta a Autoridade Tributária bem descrever *os fatos*, sendo irrelevante o *equivoco* na fundamentação jurídica do lançamento de ofício. Tal posição não só pressupõe que poderiam as Autoridades Julgadoras determinarem, posteriormente, a legislação aplicável, durante o contencioso, como contraria o ônus legal da Fiscalização, previsto no art. 142 do CTN e no art. 10 do Decreto nº 70.235/70 – além de *empobrecer* e *desmerecer* a tão nobre função técnica do Auditor Fiscal.

Não se está exigindo da Autoridade Fiscal *erudição acadêmica* ou magistério jurídico na sua atividade pública, mas o devido conhecimento do teor da Lei que ela mesma invoca e aplica, bem como do seu alcance e de suas consequências, assegurando coerência e consistência jurídica dos atos administrativos.”

No caso em questão, a autoridade autuante indicou no TVF como dispositivos legais fundantes da autuação tanto o art. 299 do RIR/99 (art. 47 da lei nº 4.506/64) quanto o art. 386 do mesmo regulamento (que abarca os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97).

A autoridade autuante também centra as razões da glosa na Lei nº 9.532/97, conforme fica claro no seguinte excerto, no qual deixa claro que a dedutibilidade do ágio decorre dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, que por veicular benefício fiscal (em sua visão) deveria ser interpretada de forma restritiva e literal:

“Diante do fato relatado, indaga-se: com base nos artigos 7º e 8º da lei nº 9.532/1997, o legislador ao permitir a dedutibilidade do ágio decorrente da aquisição das quotas da UBA3, quis abranger a criação artificial da referida empresa, tal que se implementasse artificialmente a confusão patrimonial entre adquirida e adquirente?

Conforme se pode depreender do Contrato de Compra e Venda (fls. 1044 a 1085) e da existência efêmera da empresa UBA3 (fls. 1770 a 1776), não há por que falar em dedutibilidade do ágio pago, dada a artificialidade da reorganização societária engendrada pelas empresas CASA e UNILEVER.

Deve-se sempre lembrar que a dedutibilidade do ágio é uma renúncia fiscal do Estado. Portanto, a lei nº 9.532/1997 deve ser interpretada de forma literal e restritiva. Ou seja, conforme o art. 386 do RIR/99, a investidora não é simplesmente a empresa que detém o ágio, mas sim aquela que efetivamente adquiriu uma participação societária com “mais valia”.

Pelas razões acima expostas, não vislumbro a nulidade.

7.1.2 VÍCIO DE MOTIVAÇÃO E ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO PELA DRJ

O Recurso Voluntário do Contribuinte assevera que o critério jurídico fixado pela autuação foi o de que o ato dissimulado teria sido a alienação de ativos isolados, e que a DRJ, ao asseverar que na realidade o ato dissimulado seria o trespasse do estabelecimento afeito aos produtos atomatados, teria alterado o critério jurídico do lançamento, violando os arts. 142, 145, 146 e 149 do CTN, o art. 17 e 18 parágrafo 3º do Decreto nº 70.235, e os princípios positivados pela Lei nº 9.784/99 inferidos do devido processo constitucional (art. 5º, LIV e LV, da CR/88).

A Fazenda Nacional, por sua vez, defende que o TVF teria sido claro ao apontar que o ato dissimulado seria a alienação da “linha de atomatados”, portanto, do *estabelecimento ou fundo de comércio*, e não de ativos isolados. Divergiu, portanto, da interpretação da DRJ e defendeu inexistir alteração do critério jurídico firmado de maneira clara pelo lançamento.

O primeiro ponto que chama atenção diz respeito à suposta clareza do TVF defendida pela PGFN. Fosse ele claro como pugna a Fazenda Nacional, creio que a DRJ não teria destinado tópico específico da Resolução para determinar que a autoridade julgadora esclarecesse qual foi o ato dissimulado, justificando a determinação na nítida afirmação de que o TVF era dúbio e que de sua dubiedade decorreu o direcionamento da Impugnação do Contribuinte a questionar a inexistência de alienação de “ativos isolados”. Reprisemos:

“11. Ao tratar do objeto negociado, a Fiscalização ora se refere apenas a ativos⁴, ora a conjuntos de ativos e passivos⁵. Diante dessa variação, os *Interessados se*

⁴ “Assim, o caminho para poder amortizá-lo seria mediante a utilização de uma empresa “veículo”, a empresa UBA3, que serviria de ponte para carregar os ativos da UNILEVER à CARGILL e que, ao final de sua aquisição, seria incorporada pela adquirente, de modo que esta, em tese, usufruísse do benefício” (fl. 1942).

“A constituição da empresa “veículo” UBA3, seu aumento de capital social mediante a transferência de ativos e, ato contínuo, transferência destes ativos por incorporação à empresa CARGILL denota situação que demonstra o fim exclusivo de suprimir ou reduzir o lucro tributável, mediante uma conduta simulada de reorganização societária” (fl. 1946).

“Esta é exatamente a situação em que enquadra a UNILEVER, criadora da veículo UBA3, para a qual transferiu a sua linha de atomatados, com subsequente alienação da mesma à CASA, visando simular uma operação de compra e venda de uma empresa, quando na verdade se tratava de simples negociação de ativos” (fl. 1968).

⁵ “Uma vez acordada a aquisição dos ativos e passivos referentes à sua linha de atomatados, fora orquestrada uma sequência de operações artificiais que permitiriam a dedução do ágio, que inevitavelmente seria pago” (fl. 1940).

“Nesse caso, como já dito, não ocorre essa presunção, pois não há uma real empresa investida, mas sim um conjunto de ativos e passivos representando a linha de atomatados que era do grupo UNILEVER” (fl. 1941).

defenderam considerando que eram acusados de simular a compra e venda de participação societária, quando na verdade teriam negociado apenas ativos isolados, cuja depreciação deveria, inclusive, repercutir na apuração dos tributos devidos.

12. Essa interpretação não parece estar correta, pois era do conhecimento da Fiscalização que também haveria transferência de funcionários, além de ser notório que ativos e passivos valem mais quando estão organizados para a produção. Ao mencionar o conjunto de ativos e passivos, a Fiscalização sem dúvida não estava se referindo a ativos isolados, mas ao estabelecimento da alienante. Certamente, no entender da Fiscalização, a intenção das partes era transacionar o estabelecimento empresarial – fazer um *trespasse* – e a sua conversão em participação societária só teria ocorrido para ensejar a dedução das amortizações do ágio.

13. Diante desse quadro, é necessária a diligência para que a Fiscalização:

- a) Esclareça se entende que de fato foram negociados ativos isolados, ou o estabelecimento empresarial, ou um terceiro objeto;”

A DRJ, assim, reconhece não só a variação de alegações feitas pela autoridade autuante, como os prejuízos à defesa, consignando na Resolução que “Diante dessa variação, os Interessados se defenderam considerando que eram acusados de simular a compra e venda de participação societária, quando na verdade teriam negociado apenas ativos isolados, cuja depreciação deveria, inclusive, repercutir na apuração dos tributos devidos.”

Vislumbro nessa constatação duas fortes causas de nulidade. A primeira consiste na evidente falta de clareza do Termo de Verificação Fiscal quanto à identificação dos fatos supostamente dissimulados, de fundamental importância à própria imputação de simulação bem como ao pleno exercício do direito de defesa.

O prejuízo ao direito de defesa foi constatado pela Resolução da DRJ, que identificou o direcionamento da defesa do Contribuinte à acusação de que o ato dissimulado seria a venda de ativos isolados, e não à venda de um *estabelecimento ou fundo de comércio*, o que aos olhos da DRJ teria consequências diversas.

Nesse sentido, curioso notar que, instada a se manifestar para esclarecer qual seria o negócio jurídico dissimulado, a autoridade lançadora reprisa em essência, no Relatório de

“(ii) Vontade real aferida – aquisição do Conjunto de Ativos e Passivos da “Linha de Atomatados” da UNILEVER, não se tratando de uma participação societária, com pagamento de ágio e aproveitamento fiscal da “mais valia” pela CASA, sem ter ocorrido a exigência prevista na Lei nº 9.532/1997 de compra de participação societária” (fl. 1941).

“Trata-se de uma operação que serve apenas para transitar um patrimônio ou um determinado recurso. No caso em questão, o conjunto de ativos e passivos transitou pela empresa UBA3” (fl. 1942).

“Porém, tal empresa nada mais foi do que uma invenção para dar aparência de empresa a um conjunto de Ativos e Passivos, que não eram uma Sociedade, tendo como finalidade única a redução de tributos. A nova empresa foi criada sem nenhum outro propósito. Quando tal função foi exercida, a empresa, obviamente, deixou de existir” (fl. 1952).

Diligência, a explicação recalcitrante cujo sentido supostamente claro extraído pela PGFN não restou claro nem à própria DRJ.

Por isso, o Acórdão Recorrido reitera ***discordar da fiscalização, por entender que não estavam sendo vendidos ativos isolados, mas um estabelecimento, consubstanciado no conjunto organizado para a produção envolvendo ativos e passivos.*** Transcrevamos, o seguinte excerto, com ênfase no parágrafo 186 do Acórdão:

“186 Neste ponto, discordamos da Fiscalização, pois os elementos do conjunto negociado estavam organizados para a produção, logo não se tratava de ativos isolados.

187 Por outro lado, a alienação de um conjunto organizado para a produção independe de sua integralização em participação societária. O alienante pode simplesmente se desfazer do estabelecimento, realizando transação conhecida como trespasse, cujos efeitos tributários são inclusive disciplinados pelo art. 133 do CTN8.

188 Sendo assim, deve-se questionar, como fez a Auditoria, se a integralização do conjunto em uma participação societária teve propósito extratributário, ou se foi realizada para ensejar a incorporação e consequente dedução das amortizações.”
(g.n.)

Ora, se mesmo diante dos esclarecimentos prestados pela autoridade fiscal de origem a DRJ entendeu que, para a acusação, o ato dissimulado seria a alienação de ativos isolados, é inviável admitir, como pugna a PGFN, que a acusação seria *de clareza solar*, até porque assumir a presença da clareza necessária, neste contexto, implicaria admitir tacitamente a incapacidade de compreensão de texto dos R. Julgadores de primeiro grau, o que sob hipótese alguma poderíamos admitir.

Há aqui, sem dúvida, nulidade da autuação por vício de motivação, com violação ao art. 142 do CTN e nítido cerceamento do direito de defesa que aciona o artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, a qual muito embora não tenha sido suscitada pela defesa, suscito e reconheço de ofício.

Mas há ainda outra nulidade, esta suscitada pela defesa, relativamente ao Acórdão Recorrido.

O Acórdão Recorrido também reconheceu expressamente que a interpretação dos fatos dada pela DRF acerca de qual seria o negócio jurídico dissimulado (a venda de ativos isolados) *seria improcedente*, pois se alienava um estabelecimento (trespasse) e não ativos isolados como defendeu a autoridade autuante.

Mais, reconheceu que o contribuinte se defendeu contra esta acusação reputada pela DRJ de equivocada.

A alegação de simulação relativa pressupõe a identificação do ato ou negócio que se busca ocultar (o ato dissimulado), bem como do ato ou negócio aparentado (o simulado).

Diante da discordância da DRJ quanto ao ato dissimulado cujos efeitos devem subsistir caso se constate haver simulação (conforme dicção do art. 167 do Código Civil), o Acórdão Recorrido proferiu decisão sob distinto critério jurídico, violando os artigos 145, 146 e 149 do CTN, notadamente o artigo 146.

“Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.”

Não se pode esperar do contribuinte que, recebendo ato administrativo sobre o qual paira presunção legal de legitimidade e coerência, presuma a atuação inconsistente da administração e busque defender-se contra acusação distinta da recebida.

A interpretação consistente dos atos administrativos leva, naturalmente, à presunção de que, se a administração pública empenhou esforços e recursos públicos para emitir ato de estabilização do lançamento, é inadmissível penalizar o contribuinte por dialogar com tal ato em seus estritos limites.

As seguintes lições da Conselheira ex-presidente deste E. CARF (acórdão nº 9101-002.814), Adriana Gomes do Rêgo são lapidares a este respeito:

“Nesse sentido, convém trazer à tona a doutrina de Maria Sylvia Zanella di Pietro, que, ao tratar sobre a presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo, assim enfoca:

Embora se fale em presunção de legitimidade ou de veracidade como se fossem expressões com o mesmo significado, as duas podem ser desdobradas, por abrangerem situações diferentes. A **presunção de legitimidade** diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei.

A **presunção de veracidade** diz respeito aos fatos, em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública.⁶

No mesmo sentido está a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, quando afirma:

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. DIREITO ADMINISTRATIVO. 10.ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 164.

Os atos administrativos, quando editados, trazem em si a presunção de legitimidade, ou seja, a presunção de que nasceram em conformidade com as devidas normas legais, como bem anota DIEZ. Essa característica não depende de lei expressa, mas deflui da própria natureza do ato administrativo, como ato emanado de agente integrante da estrutura do Estado.

Vários são os fundamentos dados a essa característica. O fundamento precípua, no entanto, reside na circunstância de que se cuida de atos emanados de agentes detentores de parcela do Poder Público, imbuídos, como é natural, do objetivo de alcançar o interesse público que lhes compete proteger. Desse modo, inconcebível seria admitir que não tivessem a aura da legitimidade, permitindo--se que a todo momento sofressem algum entrave oposto por pessoas de interesses contrários. Por esse motivo é que se há de supor que presumivelmente estão em conformidade com a lei.⁷

Ora, se não se pode esperar do contribuinte defesa dirigida a acusação não veiculada, qualquer alteração acerca do enquadramento de tais fatos promovida pela autoridade julgadora cerceia o direito de defesa de maneira irremediável, nos termos do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, violando diretamente o art. 146 do CTN e indiretamente os artigos 145, III e 149 do mesmo diploma.

Pelo exposto, são nulos por vício material insanável tanto os Autos de Infração, como o Acórdão Recorrido.

Entretanto, face ao disposto no parágrafo 3º do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, deixo de pronunciar a nulidade para decidir o mérito a favor dos sujeitos passivos.

7.1.3 DESCONSIDERAÇÃO DOS EFEITOS DOS NEGÓCIOS TIDOS POR DISSIMULADOS E EVENTUAL POSTERGAÇÃO

O Recorrente suscita também como causa de nulidade o desrespeito parcial às consequências previstas pelo art. 167 do Código Civil, bem como a ausência de verificação de potencial mera postergação quando do lançamento.

Em sua visão, ao considerar simulada a estrutura utilizada, por meio da qual adquiriu-se quotas da UBA3 quando na realidade se pretendia adquirir ativos isolados, o Fisco deveria ter considerado os efeitos tributários da operação tida por dissimulada, razão pela qual deveria ter considerado os efeitos fiscais da perda de valor dos ativos adquiridos, pois também representavam gastos que poderiam ser deduzidos à medida que fossem realizados *por depreciação, amortização, exaustão ou baixa*.

Ademais, defende que como trata-se de bens cuja perda de valor também produz efeitos fiscais, ressalvadas eventuais diferenças quanto às taxas e conseqüentemente aos prazos

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 116/117.

em que deduzidas, a fiscalização deveria ter avaliado, antes de proceder ao lançamento, se havia ocorrido mera postergação, nos termos do art. 273, §§ 1º e 2º.

Passando à análise, tem razão o contribuinte quando afirma que os atos tidos por dissimulados devem produzir seus efeitos regularmente, conforme preconiza o código civil, consequência deveras impactante quando o ato alegadamente dissimulado também gera despesas dedutíveis, embora não necessariamente nos mesmos montantes ou prazos.

Contudo, a verificação de eventual postergação, a meu ver, não acarreta nulidade da autuação. Sua ocorrência não identificada quando do lançamento enseja tão somente a dedução do montante do tributo quitado nos períodos subsequentes, incidindo sobre esta quantia apenas juros e multa moratórios, pelo período da postergação.

Nesse sentido o Acórdão 1401-002.072:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Ano-calendário: 2003

POSTERGAÇÃO. IMPUTAÇÃO PROPORCIONAL.

A postergação de tributo pago a menor será efetuada obedecendo-se à proporcionalidade entre o principal e respectivos acréscimos e encargos legais que deixaram de ser pagos, no caso em apreço, tão somente os juros de mora. A alteração legislativa da Lei nº 9.430/96 não retirou eficácia à imputação proporcional que ainda vige e é um procedimento válido e permitido pelo ordenamento jurídico.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2003

NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA. NULIDADE DO LANÇAMENTO. RECONHECIMENTO DA POSTERGAÇÃO. MUDANÇA DE CRITÉRIO JURÍDICO. INOCORRÊNCIA.

O reconhecimento da postergação não configura mudança de critério jurídico do lançamento, que não se altera em sua essência ou em seus fundamentos, tendo sido apenas ajustado em seus efeitos em relação ao crédito tributário a ser exigido. Incabível, portanto, a alegação de nulidade da decisão recorrida e do Auto de Infração.”

Trata-se, assim, de questão meritória, sendo necessário verificar a quem compete o ônus de tal verificação ou demonstração.

A inteligência da Súmula CARF nº 36 permite inferir tanto que da postergação não decorre a nulidade, quanto que, na visão então predominante deste Conselho, é dever do contribuinte comprovar ter ocorrido de fato a mera postergação, ou seja, comprovar que teria havido mera antecipação de despesas cujo impacto fiscal redutor foi neutralizado em períodos subsequentes anteriores ao lançamento.

“Súmula CARF nº 36**Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em 08/12/2009**

A inobservância do limite legal de trinta por cento para compensação de prejuízos fiscais ou bases negativas da CSLL, quando comprovado pelo sujeito passivo que o tributo que deixou de ser pago em razão dessas compensações o foi em período posterior, caracteriza postergação do pagamento do IRPJ ou da CSLL, o que implica em excluir da exigência a parcela paga posteriormente. **(Vinculante, conforme Portaria MF nº 383, de 12/07/2010, DOU de 14/07/2010).**”

No caso em questão, muito embora estivesse ao alcance da fiscalização a compreensão da natureza de cada ativo alienado, já que a acusação é justamente de alienação destes ativos identificados, alocados de maneira supostamente simulada na UBA3, não seria dever da autuação perquirir de ofício qual o tratamento fiscal dado pelo contribuinte para estes ativos *em períodos subsequentes*.

A demonstração não foi feita, o que nos impede de admitir seus efeitos e reconhecer a mera postergação.

Diferente é a situação tratando-se da consideração das despesas correspondentes à perda de valor dos ativos adquiridos *nos próprios anos-calendário autuados*. Isso porque a fiscalização conhecia de maneira minudente quais eram estes ativos, listando-os no TVF. Trata-se de decorrência legal da consideração de que a operação era simulada, conforme previsto pelo art. 167 do Código Civil.

Esta turma, inclusive, já se manifestou em sentido semelhante, ao julgar o Caso Vale do Corisco no Acórdão nº 1201-006.278, de 13/03/2024.

Na ocasião, a posição vencedora considerou que a parcela do sobrepreço pago atribuída à expectativa de rentabilidade futura deveria ser decotada diante da presença, nos autos, de demonstrativo de que terras e florestas detidas pela sociedade adquirida possuíam valor justo superior àquele atribuído (patrimonial) no demonstrativo de avaliação da sociedade investida utilizado para demonstrar o valor do ágio por expectativa de rentabilidade futura. Entretanto, admitiu-se que a fiscalização havia falhado ao não considerar, na reapuração do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL, as despesas correspondentes às cotas de exaustão dessas mesmas florestas.

Vejamos o resumo do Acórdão:

“Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em dar parcial provimento ao recurso voluntário, da seguinte forma: (i) por unanimidade de votos, em afastar a qualificação da multa de ofício e **(ii) pelo voto de qualidade, em manter apenas a parte da glosa apontada pela fiscalização como mais valia de bens imóveis e de florestas, sendo que esta última glosa deve ser reduzida pelo regular exaurimento que ocorreria se a mais valia das florestas tivesse sido assim contabilizada, nos**

termos do voto do redator designado. Vencidos os Conselheiros Fredy José Gomes de Albuquerque (relator), Lucas Issa Halah e Alexandre Evaristo Pinto. Na primeira votação: (i) acompanharam o relator, para dar provimento ao recurso voluntário, os Conselheiros Lucas Issa Halah e Alexandre Evaristo Pinto; (ii) votaram por dar parcial provimento ao recurso para afastar a qualificação da multa de ofício e para manter apenas a glosa da parte apontada pela fiscalização como mais valia de bens imóveis e de florestas, considerando o exaurimento das florestas, os Conselheiros José Eduardo Genero Serra e Neudson Cavalcante Albuquerque e (iii) votou por dar parcial provimento ao recurso apenas para afastar a qualificação da multa de ofício a Conselheira Carmen Ferreira Saraiva. Em razão do surgimento de três propostas, sem uma maioria definida, as propostas foram submetidas a mais duas votações sucessivas, nos termos do artigo 112 do RICARF. Na primeira votação sucessiva, entre as propostas menos votadas, votaram: (i) por dar parcial provimento ao recurso para afastar a qualificação da multa de ofício e para manter apenas a glosa da parte apontada pela fiscalização como mais valia de bens imóveis e de florestas, considerando o exaurimento das florestas, os Conselheiros José Eduardo Genero Serra, Neudson Cavalcante Albuquerque, Fredy José Gomes de Albuquerque, Lucas Issa Halah e Alexandre Evaristo Pinto e (ii) por dar parcial provimento ao recurso apenas para afastar a qualificação da multa de ofício a Conselheira Carmen Ferreira Saraiva. Na segunda votação sucessiva, definitiva, votaram: (i) por dar parcial provimento ao recurso para afastar a qualificação da multa de ofício e para manter apenas a glosa da parte apontada pela fiscalização como mais valia de bens imóveis e de florestas, considerando o exaurimento das florestas, os Conselheiros José Eduardo Genero Serra, Neudson Cavalcante Albuquerque (presidente) e a Conselheira Carmen Ferreira Saraiva e (ii) por dar provimento ao recurso voluntário, os Conselheiros Fredy José Gomes de Albuquerque (relator), Lucas Issa Halah e Alexandre Evaristo Pinto. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o conselheiro Alexandre Evaristo Pinto.

Assim, deve-se admitir ao menos a mesma sorte aos ativos considerados pela fiscalização como aqueles alienados, caso, subsidiariamente, subsista a autuação. Trata-se, de questão de mérito, mas que aprecie conjuntamente às preliminares de nulidade pois assim foram classificados os temas pela defesa.

7.1.4 FALTA DE RECÁLCULO DOS LIMITES DE DEDUTIBILIDADE DO PAT

A defesa alega que, ao glosar as despesas com amortização do ágio, a fiscalização cometeu erro na apuração do *quantum debeat*, no que se refere à dedução do Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), eis que, apesar de ter efetuado ajustes na apuração do IRPJ pelo impugnante, a fiscalização não considerou esses valores para proceder à dedução do benefício do PAT, limitada a 4% do IRPJ devido⁸.

⁸ Lei nº 9.532, art. 6º, II.

O Acórdão Recorrido afastou a tese da nulidade por não vislumbrar os requisitos dos arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235/72, mas reconheceu o acerto do pleito do contribuinte como questão de mérito. Negou, entretanto, o provimento do pedido por entender que caberia ao contribuinte sua liquidação ausente dos autos.

De fato, não se trata de nulidade, mas de questão de mérito, pois a falta de reavaliação do limite de dedutibilidade dos montantes pagos no âmbito do PAT em função do Imposto Devido implica ajuste puramente aritmético na apuração do Lucro Real, sem alterar o próprio regime de apuração.

Tampouco entendo ter havido preclusão do direito de pleitear tais deduções, a despeito de reconhecer a existência de decisões nesse sentido (e.g. 1402-005.946)

Assim, muito embora estivesse ao alcance do contribuinte comprovar que a glosa das despesas com amortização do ágio permitiria a ele deduzir montante maior de despesas com alimentação do trabalhador fornecida no âmbito do PAT, inexistindo nos autos prova de que o contribuinte teria despesas adicionais não deduzidas por sujeição ao limite, penso ser possível admitir o direito do contribuinte, relegando à fase de liquidação a demonstração de tais despesas cuja dedução foi obstada pelo limite imposto pelo art. 6º, II da Lei nº 9.532/97. Adoto, assim, racional semelhante ao encampado no caso Vale do Corisco e no tópico 7.1.3 do presente processo.

7.2 MÉRITO

7.2.1 DECADÊNCIA

A Análise da decadência é diretamente relacionada à qualificação da multa de ofício, razão pela qual será apreciada após o tópico a esta última destinado.

7.2.2 QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

Faz-se necessário apreciar a qualificação da penalidade, exonerada pelo Acórdão Recorrido e objeto do Recurso de Ofício.

A qualificação da multa de ofício também foi afastada por maioria de votos, vencido o julgador Justino Francisco Pires de Oliveira, de cuja declaração de voto se extrai sua concordância plena com os termos da acusação. Vejamos:

“Concordando com a Fiscalização, da análise do conjunto de argumentos por ela apresentados pode ser inferida a existência de conluio no presente caso, de acordo com o art. 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964:

“Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Para melhor esclarecer, em resumo, constatou a Fiscalização (fls. 1968):

(...)

Por fim, conforme anteriormente exposto, evidenciou-se o conluio entre as empresas CASA e UNILEVER, tendo em vista a constituição da veículo UBA3 ter sido efetuada pela UNILEVER, a pedido da CASA. Nestes termos, a UNILEVER também responde solidariamente pelo crédito tributário constituído no presente processo, nos termos do art. 124, inciso I, transcrito a seguir:

(...)

Em consequência, a multa de ofício deve ser qualificada, como bem agiu a Fiscalização ao aplicá-la.”

Entendo, contudo, acertada a conclusão que restou vencedora em primeira instância, pois inexistente, no caso, qualquer indício, quanto menos comprovação, de intuito doloso em valer-se de tratamento fiscal mais vantajoso sabidamente indevido, concretizado mediante ato de fraude ou sonegação praticado em conluio entre vendedor e alienante.

O Acórdão Recorrido, ademais, astutamente distinguiu o caso presente daqueles em que se verifica a típica “empresa veículo”:

“231) No tipo mais comum de enquadramento artificial na hipótese de dedução das amortizações, usa-se uma empresa veículo para figurar como investidora fictícia e ser incorporada. Nessas situações, a fraude é evidente, pois há a interposição de uma pessoa jurídica entre a empresa investida e a real investidora, para falsamente se promover a confusão patrimonial exigida por lei.

(...)

232) Por outro lado, o caso em questão é substancialmente distinto, já que inexistente a figura da investidora fictícia, que recebe recursos da real investidora, para adquirir participação societária e ser incorporada. A investidora era de fato a Cargill, que adquiriu a UBA3 e a incorporou. De fato, a inclusão do propósito comercial entre os requisitos para que o ato seja oponível ao Fisco é questão bastante polêmica, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Dessa forma, considerando que não houve interposição de investidora fictícia, é possível que os interessados tenham usado a UBA3 por entenderem que exerciam regularmente seu direito de auto-organização, ainda que sem motivação extratributária.

(...)

236) Haveria dolo e fraude se os envolvidos tivessem agido cientes de que infringiam a lei, empregando artifícios, ardis, artimanhas, para deixar de cumprir suas obrigações tributárias e não receberem a devida sanção. No caso sob análise, embora tenha havido um descompasso entre o negócio querido (compra e venda de estabelecimento industrial) e o negócio realizado (compra e venda de participação societária), é possível que os interessados tenham se conduzido de acordo com aquilo que consideravam ser o seu direito de auto-organização, sem intenção, portanto, de descumprir a lei e evadirem-se do cumprimento de suas obrigações tributárias.

237) Sendo assim, por não terem sido provados o dolo nem a fraude, deve-se reduzir a multa de ofício para 75%.”

Concordo com a conclusão do Acórdão Recorrido de afastar a qualificação da penalidade, mas dirijo de algumas premissas firmadas pelo Acórdão Recorrido, também, mas não só, por entender que mesmo a constituição da “típica empresa veículo” (que aqui não se verifica) não é vedada, senão expressamente permitida pelo direito brasileiro (nesse sentido o art. 2º, §3º da Lei nº 6.404/76⁹).

Como regra geral, a dedução considerada indevida de dispêndios com ágio não necessariamente decorre de prática imbuída do dolo específico que autorizaria a aplicação da multa qualificada de 150% prevista no §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96. Por isso, mesmo que prevaleça a glosa, não sendo demonstrada e comprovada cabalmente a prática de *fraude* ou *sonegação* nas transações que geraram as despesas com o ágio, a multa de ofício deve ser aplicada no patamar ordinário de 75%.

A multa qualificada no patamar de 150%, hoje reduzida ao patamar de 100%, é resultado da duplicação da multa regulamentar, na forma preconizada pelo art. 44, inciso I, §1º, da Lei nº 9.430/96.

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

[...]

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

A qualificação da multa, por sua vez, é fruto das condutas de sonegação ou de fraude praticadas dolosamente pelo sujeito passivo, na forma definida pelos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, a seguir transcritos:

“Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

⁹ § 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.”

Analisando-se a acusação fiscal, verifica-se que a fundamentação da qualificação da multa de ofício pode ser resumida nos seguintes excertos:

“Nesse sentido, o contribuinte, ao formalizar seus registros contábeis e societários de forma a dar uma aparência de correção à indedutibilidade das despesas de amortização de ágio e à reestruturação societária sem propósito comercial, pretende induzir a fiscalização a avaliar uma operação que, nessas circunstâncias, seria inoponível à Fazenda.

Age, portanto, com dolo, justificando a qualificação da multa nos termos da própria Lei nº 9.430, de 1996.

Não cabe invocar desconhecimento ou prática de erro escusável, quando ele começou a ser amortizado. Nem em qualquer outro momento anterior ou posterior.

As operações dolosamente engendradas pela CASA (com a intenção de praticar os atos, a fim de evitar a tributação) visaram reduzir o montante do IRPJ e da CSLL devidos (o que caracteriza a fraude).

Resta também evidente o conluio (“combinação maliciosa ajustada entre duas ou mais pessoas, com o objetivo de enganarem uma terceira pessoa, ou de se furtarem ao cumprimento da lei”, conforme Vocabulário Jurídico, 18ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2001, pág. 204) entre a CASA e a UNILEVER, visto que a UBA3 foi criada pelo grupo UNILEVER, por solicitação da CASA, por razões, se não exclusivamente, eminentemente tributárias.

(...)

Na simulação há um negócio aparente, celebrado entre as partes, ao mesmo tempo em que há um segundo negócio jurídico, este real e querido pelas partes, mas que não resulta visível. Além disso, a duplicidade de negócios existe, pois as partes têm a intenção de esconder o negócio real (fiscalmente mais oneroso).

(...)

No caso concreto, dos elementos juntados aos autos se constata uma sequência de negócios com aparência de regulares e visando certo efeito diverso do demonstrado. Nesse caso, o vício na causa do negócio complexo leva ao reconhecimento de simulação de todo o conjunto de atos e negócios parciais.”

Verifica-se do Termo de Verificação Fiscal, que a qualificação da penalidade deveu-se a uma suposta arquitetura societária engendrada em conluio, que teria levado a uma vantagem fiscal sabidamente indevida, mas a acusação em nenhum momento traz à baila qualquer elemento que permita identificar o dolo específico em auferir vantagem *sabidamente* indevida.

Não houve comprovação do dolo específico em lesar o erário, ou de que a ilicitude seria *sabida*. Sequer seria possível falar em dolo em um cenário de existência de precedentes administrativos de conhecimento público e notório, favoráveis ao entendimento encampado pelo Recorrente, contemporâneos à prática dos fatos, especialmente tendo em conta que, no caso em questão, sequer se trata de empresa veículo no sentido estrito atribuído pela Doutrina e jurisprudência dominantes.

Ademais, todos os atos foram praticados de forma clara e levados aos órgãos competentes, dentre os quais os de defesa da concorrência perante os quais se esclareceu haver no bojo do negócio uma aquisição de estabelecimento, *antes mesmo de efetivada*, atos estes públicos nos quais se evidencia o escopo do negócio, afastando a imputação de dolo.

Nesse sentido, vale colacionar as lições de Marco Aurélio Grecco¹⁰ pelas quais a explicitação dos atos impede a qualificação:

“Se não houve o intuito de enganar, esconder, iludir, mas se, pelo contrário, o contribuinte agiu de forma clara, deixando explícitos seus atos e negócios, de modo a permitir a ampla fiscalização pela autoridade fazendária, e se agiu na convicção e certeza de que seus atos tinham determinado perfil legalmente protegido — que levava ao enquadramento em regime ou previsão legal mais favorável — não se trata de caso regulador pelo §1º do artigo 44, mas de divergência na qualificação jurídica dos fatos; hipótese completamente distinta da fraude e da sonegação a que se referem os dispositivos para os quais o §1º remete.”

De fato, em um cenário de existência de precedentes administrativos contemporâneos à prática dos fatos, favoráveis ao uso de empresas veículo típicas amplamente combatidas pelo Fisco, assumir que a mera constituição de pessoa jurídica para viabilizar de maneira menos onerosa, burocrática e mais segura a segregação e alienação da linha de atomatados seria ato ilícito clarividente não me parece verossímil.

¹⁰ GRECO, Marco Aurélio. In Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011.

A divergência entre o contribuinte e as autoridades fiscais sobre a possibilidade de determinada dedução ou sobre os efeitos fiscais de certas estruturas societárias não permite a qualificação da penalidade.

É o que reconhece Marco Aurélio Grecco ao tratar da análise do elemento subjetivo do tipo¹¹ ao asseverar que “O dolo não se configura pela simples vontade de obter um resultado ou atingir uma finalidade. À vontade é indispensável associar a consciência de realizar a conduta descrita no tipo.”

Ou seja, não basta desejar praticar o ato para economizar tributos, é necessário praticá-lo com a consciência *inequívoca* de que tal ato configura ilícito, premissa que entendo inconcebível no ambiente de divergência jurisprudencial que pairava à época dos fatos (e ainda paira) sobre o tema.

Assumir a premissa fiscal, nesse contexto, seria criminalizar a mera vontade inerente a qualquer administração empresarial de incorrer na menor carga tributária lícitamente possível, o que não encontra amparo em um ordenamento que incorpora o intuito lucrativo das sociedades como mote da arrecadação tributária, e que legaliza até mesmo o uso de holdings puras como instrumento de se viabilizar o aproveitamento de benefícios fiscais (art. 2º, § 3º da Lei nº 6.404/76).

Em sentido semelhante, vale também mencionar o Acórdão de nº 9101-005.876, de 2021, cujo voto vencedor foi da lavra do Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella.

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

Ano-calendário: 2007

ÁGIO. MULTA QUALIFICADA. ADOÇÃO DE EMPRESA-VEÍCULO NA ESTRUTURA DE AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO. ACUSAÇÃO DE FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. GRUPO ECONÔMICO. CONTROLADORA COMO REAL ADQUIRENTE. IMPROCEDÊNCIA DO FUNDAMENTO DA PENA. INOCORRÊNCIA DE SIMULAÇÃO FRAUDE SONEGAÇÃO OU CONLUIO. REDUÇÃO DA SANÇÃO DUPLICADA.

A dedução indevida de dispêndios com ágio não se confunde com prática dolosa ou ilícita que autoriza a aplicação da multa duplicada de 150%, prevista no §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96. Ainda que prevalecendo a glosa, não sendo demonstrada e comprovada a prática de *fraude*, *sonegação* ou *conluio* nas transações que geraram a despesa com o *sobrepreço*, deve ser aplicada a monta ordinária da multa de ofício de 75%.

O simples emprego de companhias *holdings* em estrutura de aquisição de investimentos, mesmo que com a finalidade específica de viabilizar e promover a compra de participações societárias, rotuladas de *empresas-veículo*, não basta

¹¹ GRECO, Marco Aurélio. In Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011

para caracterizar *simulação*, *fraude* ou o seu intuito, tampouco qualquer outro ilícito.

A figura de origem estrangeira da *ausência de propósito negocial*, dentro da narrativa de que o contribuinte praticou determinado ato ou negócio jurídico visando exclusivamente obter vantagem tributária, não configura nenhuma das hipóteses legais de *simulação* e de *fraude*, conforme a devida conceituação de Direito Civil, e nem pode se amoldar às previsões dos arts. 71, 72 e 73da Lei nº 4.502/64.”

Nesse cenário em que há diversas justificativas plausíveis para se presumir a ausência de intuito ilícito doloso na estrutura adotada, e tratando-se de aquisição feita às claras, entre partes independentes, com sacrifício econômico e fundamento econômico inquestionados, mediante a constituição de empresas operacional cujo propósito verificado era de segregar a linha de negócios alienada de maneira a permitir a transição de maneira mais segura, menos onerosa e menos burocrática, não vejo o mínimo indício do dolo específico necessário à exasperação da multa de ofício.

7.2.3 DECADÊNCIA - DIREITO DE QUESTIONAR A GLOSA DO ÁGIO.

A defesa alega decadência do direito de constituir o crédito tributário lançado:

- Pelas regras do art. 150, § 4º, do CTN, pois não houve dolo e comprovou-se pagamento antecipado de IRPJ e CSLL.
- Também pelas regras do art. 173, I do CTN, pois o ágio glosado formou-se em 2011 e a ciência do Auto de Infração deu-se em 01/12/2017.

O Acórdão Recorrido afastou a decadência por maioria de votos. O voto vencido do julgador Guilherme Henrique da Silva Ribeiro reconhecia a decadência para fatos geradores do ano-calendário 2011. *Verbis*:

“O fato gerador do ano-calendário de 2011 ocorreu em 31/12/2011. Portanto, o crédito tributário já poderia ter sido constituído a partir de 01/01/2012, conforme dispõe o art. 150, § 4º, do CTN. Dessa forma, pedindo *vênia* ao nobre relator, houve decadência dos lançamentos referentes ao AC 2011, pois o prazo máximo para efetuar o lançamento seria 01/01/2017, sendo que o mesmo foi efetuado em 01/12/2017.

Afastada a qualificação da penalidade e verificada a existência de pagamentos de IRPJ e CSLL conforme comprova o Recorrente às fls. 2.241/2.251, nas quais traz comprovantes de quitação de estimativas de IRPJ e CSLL do respectivo ano-calendário, inquestionável a aplicação do art. 150, parágrafo 4º do CTN.

Conforme a Súmula CARF nº 116, “para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo à glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e

8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança”, independentemente do momento de sua constituição.

“Súmula CARF nº 116

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

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

Acórdãos Precedentes:

1101-000.961, de 08/10/2013; 1102-001.104, de 07/05/2014; 1301-000.999, de 07/08/2012; 1402-001.337, de 06/03/2013; 1402-001.460, de 08/10/2013; 9101-002.804, de 10/05/2017; 9101-003.131, de 03/10/2017.”

Ocorre que, no caso em questão, o contribuinte era optante pelo Lucro Real anual e foram glosadas despesas com amortização de ágio que repercutiu na apuração do contribuinte nos anos-calendário de 2011 e 2012. Os tributos relativos ao primeiro período de apuração, têm fato gerador verificado em 31/12/2011 e o Contribuinte Cargill foi intimado do lançamento em 01/12/2017 (fl. 2013), verificando-se a homologação tácita (“decadência”) relativamente ao IRPJ e à CSLL do ano-calendário de 2011, justificando-se o cancelamento dos correspondentes lançamentos.

7.3 ÁGIO

7.3.1 DELIMITAÇÃO DA ACUSAÇÃO FISCAL E SEUS EFEITOS

A autoridade Fiscal atuante glosou as despesas com amortização de ágio, basicamente sob os fundamentos de que:

- a) o ágio decorreu da aquisição de ativos, e não de participação societária; e
- b) a UBA3 era empresa veículo, desprovida de propósito comercial e substância econômica, utilizada para simular a aquisição de participação societária com ágio.

O Contribuinte e a PGFN divergem, inicialmente, quanto ao conteúdo material da acusação. Enquanto a PGFN entende que a acusação foi clara a esclarecer que vislumbrou como ato dissimulado a aquisição de uma universalidade (o estabelecimento ou fundo de comércio), o contribuinte sustenta, amparado na interpretação da própria DRJ, que a acusação materializada pela autoridade lançadora foi de dissimulação da aquisição de ativos isolados.

Esta divergência foi abordada na preliminar de nº 7.1.2, tópico no qual expus minha concordância com o Contribuinte e com a DRJ, de que a acusação era dúbia a tal ponto que foi

objeto de questão específica a ser respondida em diligência, após a qual a Autoridade Julgadora de piso concluiu que o ato dissimulado cuja prática foi imputada ao contribuinte foi a alienação de ativos isolados, imputação esta que inclusive levou o Contribuinte a direcionar sua Impugnação a refutar este ato tido por dissimulado.

O Acórdão Recorrido, por sua vez, entendeu inexistente este suposto ato dissimulado, pois não vislumbrou a intenção de alienar ativos isolados, a despeito disso, manteve a autuação vislumbrando a dissimulação da alienação de um estabelecimento ou fundo de comércio, o que, conforme acima expusemos, afronta o art. 146 do CTN.

Firme nessa premissa, superadas as nulidades, a acusação fiscal é improcedente, pois não houve a dissimulação da aquisição de ativos isolados, na medida em que os ativos pretendidos compunham uma universalidade afeita ao negócio de atomatados. Ou seja, se houve simulação, o ato dissimulado foi outro não captado pela fiscalização.

A carta-proposta de fls. 2.162 e ss. remetida pelo Banco Santander ao Contribuinte na qualidade de potencial adquirente do negócio, datada de 31 de Maio de 2010 (antes portanto da celebração do contrato de compra e venda) dá conta de indicar que o alienante Unilever propunha à Cargill a venda de 100% das quotas de uma nova sociedade (“Newco - alcunha usual para a expressão em inglês “new company”) a ser constituída antes da conclusão do negócio (“closing”), que agruparia todos os ativos relacionados ao negócio de atomatados. Vejamos o excerto:

The Non-binding Offer shall be formulated for the acquisition of 100% (one hundred percent) of the issued and outstanding share capital of the Newco that shall group all Business-related assets immediately prior to closing of the Transaction.

The Non-binding Offer shall include the following items:

- a) the amount, in Brazilian currency, that you would be prepared to pay, in cash, for the acquisition of 100% of the Business, on a cash-free and debt-free basis; including the real estate of the Unilever's industrial plant located in Goiânia considering that Unilever will use part of the area of this site as detailed within Information Memorandum for up to a 5-year timeframe on a rent-free basis;

Portanto, a premissa fiscal de fato encontra-se equivocada mesmo que se admita a existência de simulação, pois a intenção sempre foi a de alienar um negócio que não pode ser confundido com suas partes isoladas.

De todo modo, caso se entenda que o ato imputado como dissimulado foi a alienação do estabelecimento, ou ainda caso se entenda que essa distinção é irrelevante à subsistência da autuação, tanto sob a alegação de que o negócio dissimulado seria a aquisição de ativos isolados, quanto sob a visão de que a acusação teria vislumbrado a alienação de um fundo de comércio, alocado dentro de uma pessoa jurídica tão somente para fins da alienação, entendo que o deslinde do presente processo não socorreria a fiscalização, pois a dedução do ágio é lícita, conforme passaremos a expor após firmarmos algumas premissas teóricas.

7.3.2 PREMISSAS TEÓRICAS

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

A legislação brasileira passou a prever que as pessoas jurídicas que detenham investimentos em controladas ou coligadas devem, ao realizar sua escrituração pelo MEP, desdobrar o custo destas **(i)** no valor do patrimônio líquido existente no

momento da aquisição da respectiva empresa investida e **(ii)** no ágio ou deságio eventualmente suportado para a aludida aquisição:

Decreto-lei n. 1.598/77

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Avaliação do Investimento no Balanço

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A apuração ou mesmo amortização contábil do aludido ágio por expectativa de rentabilidade futura, escriturados pela empresa investidora em função do MEP, ***sempre permaneceram neutros para fins tributários nas diversas alterações legislativas atinentes à matéria***. No que é mais relevante ao presente caso, prescreve o Decreto-lei 1.598/77:

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

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

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

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

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

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

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

2.1. A legislação do período pré-1997.

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

Até 1997, a única consequência tributária para o *ágio* por expectativa de rentabilidade futura, apurado na contabilidade da empresa investidora pela adoção MEP, se daria apenas em caso de futura realização do investimento (por exemplo, futura venda da empresa investida), no momento da apuração do ganho ou perda de capital então apurado. Foi o que prescreveu o art. 33 do Decreto-lei 1.598/77:

Investimento Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido

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

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

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

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

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

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

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

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

b) como perda de capital, a diminuição do valor de patrimônio líquido decorrente de redução na porcentagem da participação do contribuinte no capital social da coligada

ou controlada, em virtude de modificação no capital social desta com diluição da participação do contribuinte.

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

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

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

Com edição da Lei n. 9.532/97, o legislador ordinário alterou sensivelmente as consequências fiscais do ágio por expectativa de rentabilidade futura. A partir de então, passou a ser possível o aproveitamento do ágio à fração 1/60 ao mês, desde o momento em que o ágio escriturado pela investidora viesse a ser confrontado, em um mesmo acervo patrimonial, com os lucros advindos da empresa investida que justificaram o pagamento desse sobrepreço por expectativa de rentabilidade futura.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;
- b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

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

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

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

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

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

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

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

Ainda que tais efeitos indutores possam ser observados em alguns casos, parece mais correto compreender que os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 enunciam mera

norma de dedutibilidade para apuração fiscal, que inclusive limita quantitativamente a amortização do ágio em questão à fração 1/60 ao mês (ao contrário de “ampliar”, ao que seria um benefício), antes consumada em um único ato⁸.

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

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

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

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

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

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

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

inibição de investimentos, o que foi remediado pelo legislador ordinário com a edição da Lei n. 9.532/97.

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

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

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

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

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

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

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

da empresa investida (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição).

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

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

A doutrina do Direito tributário há muito evidencia que, para que se desencadeiem as consequências jurídicas da norma, devem ser verificadas no mundo fenomênico todas as notas previstas em sua hipótese de incidência pelo legislador. O princípio da legalidade, explicado por essa formulação, se consubstancia na exigência de lei em sentido estrito para a eleição dos elementos essenciais tanto da *hipótese de incidência* do tributo quando do seu *consequente normativo* (obrigação tributária).

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

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

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

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

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

- Aquisição de investimento relevante com contraprestação de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura;
- Fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição;

- Desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial da investida e ágio ou deságio incorrido;

- A amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição);

- Absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou vice-versa).

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

O art. 7º da Lei n. 9.532/97 estabelece um marco originário para a apuração do ágio potencialmente dedutível da base de cálculo tributária: o momento da aquisição de investimento com *sobrepreço* fundado em expectativa de rentabilidade futura. Essa operação é que será determinante para a apuração do ágio que, caso cumprida *fórmula operacional básica* prescrita pelo legislador, dará ensejo à amortização fiscal.

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

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

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

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

Código Civil

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

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

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

IV - presunção;

V - perícia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O legislador se baseou no “*princípio do emparelhamento das receitas e despesas*”,

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

No caso da amortização fiscal das despesas de ágio por expectativa de rentabilidade futura, o referido método (ou princípio) contábil é vivificado sob a premissa de que “despesas antecipadas devem ser ‘guardadas’ (ativadas) até que se verifiquem as receitas que lhe são correspondentes.”¹⁹, o que condiz com a observância do princípio da competência e do emparelhamento de receitas e despesas: a amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.

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

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

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

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

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

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

Caso se adote o sentido estrito da expressão “planejamento tributário”²⁰, a questão do ágio estará fora de sua matéria. Ocorre que a regra expressa pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 situa a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, em termos estritos, entre as “*economias de opção*” ou “*opções fiscais*”²¹.

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

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

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

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

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

O legislador não buscou induzir a concentração de empresas pura e simplesmente, como se isso fosse algum valor a ser alcançado pela sociedade. Caso a tradição jurídica brasileira consagrasse norma geral consolidação de balanços, o referido “*push down accounting*” tornaria prescindível o fenômeno da absorção para a reunião patrimonial das empresas investida e investidora, pois a adoção deste método faria com que a empresa investida *trouxesse para si* (“*para baixo*”) as despesas de ágio apurado pela empresa investidora.

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

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

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

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

- se a empresa investidora (“X”) **incorporar** a empresa investida (“Y”), esta deixaria de existir, passando a existir apenas aquela (“X”) com a sucessão universal de todos os direitos e obrigações desta (“Y”). Assim, das receitas da então empresa investida (“Y”) poderiam ser deduzidas, no limite de 1/60 mensais, as despesas de

- amortização de ágio apuradas pela investidora (“X”). O mesmo se daria com a *incorporação reversa*, na hipótese da empresa investida (“Y”) incorporar a investidora (“X”), por permissivo expresso do art. 8º, “b” da Lei n. 9.532/97.
- se a empresa investidora (“X”) for **cindida**, resultando na criação de nova empresa (“X2”) com o investimento detido na investida (“Y”) e, posteriormente, incorporar esta, a empresa investida (“Y”) deixará de existir, passando a existir apenas cindida (“X2”). Devido à sucessão universal de todos os direitos e obrigações, as receitas da então empresa investida (“Y”) poderão ser amortizadas, no limite de 1/60 mensais, com as despesas de ágio apuradas pela investidora (“X2”). A cisão parcial seguida da incorporação reversa também seria possível, por permissivo expresso do art. 8º, “b” da Lei n. 9.532/97.
 - se a empresa investidora (“X”) e a investida (“Y”) forem **fusionadas**, deixando de existir para dar lugar ao nascimento da empresa fundida (“Z”), a qual receberá por sucessão universal todos os direitos e obrigações daquelas (“X” e “Y”), as receitas da então empresa investida (“Y”) poderão ser amortizadas, no limite de 1/60 mensais, com as despesas de ágio apuradas pela investidora (“X”).

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

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

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

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

É por isso mesmo – por ser acontecimento inerente ao tratamento objetivado pela lei – que a reunião das pessoas jurídicas é coisa natural e não deve ser vista com a desconfiança que tem caracterizado alguns procedimento fiscais, a qual é totalmente descabida quando efetivamente tenha ocorrido uma aquisição com

ágio, eis que o passo subsequente inevitável, previsto na lei, é a incorporação, fusão ou cisão das pessoas jurídicas investidora e investida.”

É importante observar que as operações referidas nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 não devem ser consideradas fora de seu contexto. Assim, se uma empresa (“X”) adquire investimento relevante de outra empresa (“Y”), com o pagamento de ágio justificado por *expectativa de rentabilidade futura*, a norma fiscal não autoriza a amortização do referido ágio, por exemplo, se a empresa investidora (“X”) for incorporada por uma terceira empresa (“Z”). Nesse caso, a referida empresa incorporadora (“Z”), por sucessão universal de todos os direitos e obrigações, passaria a deter o investimento da empresa cuja expectativa de rentabilidade futura justificou o pagamento de ágio (“Y”). Ocorre a *transferência do investimento e do respectivo ágio*, o que é **indiferente sob a perspectiva tributária, isto é, nem é vedado e nem gera o direito à amortização**, conforme será melhor analisado no tópico “4.3.2”. Apenas se a aludida incorporadora (“Z”), por exemplo, incorporar, ser incorporada ou realizar fusão com a empresa investida (“Y”), é que estaria autorizada a amortização fiscal do ágio em questão.²⁷

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

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

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

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

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

Ao mesmo tempo, a pragmática do CARF também resultou em progressiva indicação de *safe harbours*, fatores que, quando presentes, evidenciariam à administração fiscal a legitimidade fiscal dos negócios praticados pelo contribuinte, colocando-o em um *porto seguro*. Muitas vezes, a presença de algum desses fatores resulta na consideração de uma operação como *a priori* legítima.

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

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

4.2.1. Aquisição de investimento de partes não relacionadas.

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

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

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

Para KAREM JUREIDINI DIAS e RAPHAEL ASSEF LAVEZ²⁹, nas situações em que operações são realizadas entre partes relacionadas, a fiscalização poderia contestar a apuração de ágio “se, e somente se, identificarem-se elementos com base nos quais

o laudo ou demonstrativo do ágio possa ser questionado pela administração tributária – à parte disso, reputa-se *arm's length* o ágio realizado entre partes dependentes, na condição de que amparado em laudo ou demonstrativo condizente com a legislação fiscal”.

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

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

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

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

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

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

“A efetivação da reorganização societária, mediante a utilização de empresa veículo, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível

ao fisco. O “abuso de direito” pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“É ainda por isso que, nestes casos, se torna irrelevante como se processa a reunião

das duas pessoas jurídicas, para o que a lei abre inúmeras alternativas, e nem mesmo é prejudicial aos efeitos da lei que essa reunião se tenha realizado em curto ou em largo prazo, podendo mesmo efetivar-se no próprio dia da aquisição investimento”.

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

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

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

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

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

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

Com paralelo nas “*conduit companies*”, a expressão acolhida na pragmática do CARF pode, em si, dar ensejo a confusões, pois pode abarcar situações distintas e

encontrar justificativa por razões variadas, atinentes a fatores de mercado, regulatórios, societários ou mesmo exclusivamente tributários.

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

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

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

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

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

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

Além disso, parece fora de dúvida que, ausente manifestação clara e expressa do legislador para a limitação de liberdades fundamentais, qualquer interpretação que conduza a tal limitação deverá ser avaliada a partir das normas constitucionais que tutelam a liberdade que se pretende restringir. **Na ausência de tal manifestação expressa de forma clara pelo legislador, a análise sistemática do ordenamento demanda, antes de tudo, verificar se a interpretação em questão contraria**

liberdade constitucional de empresa, de investimento, de organização e de contratação, me parece ser dever do julgador administrativo evitá-la. A razoabilidade dessa tese deve enfrentar esse teste fatal.

A tese em questão evidencia duas interpretações antagônicas do art. 25 da Lei n. 9.532/97:

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

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

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

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

“Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado”.

A *autonomia privada* decorre do *princípio da livre iniciativa*, atribuindo aos particulares o direito à *liberdade contratual*, isto é, de livremente celebrar ou não um contrato (liberdade de celebração), bem como de eleger o tipo contratual mais adequado (liberdade de seleção do tipo contratual) e de preencher o seu conteúdo

de acordo com os seus interesses (liberdade de fixação do conteúdo do contrato ou de estipulação).⁴¹ Garante-se, por esse princípio, a liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação⁴².

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

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

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

O que se coloca em questão é a necessidade de *manifestação expressa e clara do legislador* para a restrição de tal liberdade ou, ao menos, a existência de razoabilidade na interpretação conduzida pela administração fiscal que conduza à tal restrição. Afinal, como ensina TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR⁴⁸, a “*intervenção que possa afetar a liberdade deve, antes de tudo, estar pautada por regras claras e públicas, que permitam ao indivíduo planejar seu curso de vida, ciente das consequências jurídicas de seus atos.*” Resta evidenciado, então, que, a ausência de decisão clara do agente competente (Poder Legislativo) é realmente fator suficiente afastar restrição à liberdade de auto-organização consubstanciada na penalização de operações societárias intermediárias, como é o caso da constituição de empresas-veículo.

Por maior que seja o esforço dialético, uma investigação sistemática, com o cotejo analítico das aludidas normas constitucionais, torna evidente não ser razoável a interpretação que, à revelia de lei em sentido estrito nesse sentido, conclua que as

reorganizações societárias intermediárias ao encontro patrimonial da entidade investida com o investimento faz que pereça o direito à amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura legitimamente apurado.

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

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

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

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

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

“Empresa B”: Nacional. Por *motivos* gerenciais, decide constituir uma empresa

veículo para a aquisição de investimento e a posterior incorporação da investida (ou ser incorporada por esta);

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

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

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

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

A restrição ao direito do contribuinte à amortização de despesas com ágio, com a consequente ampliação da maior participação do Estado no patrimônio privado, encontra como obstáculo a liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação, torna defesa à administração fiscal ingerências às lícitas decisões empresariais. Ausente lei em sentido estrito, sob pena de arbitrariedade, não pode a administração fiscal se opor às aludidas reorganizações societárias, especialmente quando tal ato conduza, por si só, à maior tributação do patrimônio privado.

4.3.3. Propósitos negociais e extratributários nas operações fiscalizadas.

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

forma inequívoca que o ato foi abusivo porque sua única ou principal finalidade foi conduzir a um menor pagamento de imposto”.

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

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

Uma operação realizada por determinado partilhar, que trilhe um caminho aberto por lei que prescreve *opções fiscais*, encontra-se legitimada imediatamente pelo legislador ordinário. Nesse caso, é impróprio inquirir do particular qualquer outra justificativa, sob pena subjugar-se a competência do Poder Legislativo. Se o legislador outorgou uma *economia de opção* às empresas que adquiram investimento em controladas ou coligadas com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, prescrevendo uma *fórmula operacional básica* para a implementação dessa *opção fiscal*, então aqueles que estiverem dispostos a implementar uma incorporação, fusão ou cisão (absorção patrimonial) estarão suficientemente legitimados pelo agente competente (Poder Legislativo) a fazê-lo ainda que exclusivamente para a implementação dessa condição.

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

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

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

Em síntese, parece-me mais harmônico com a fórmula tributária do aproveitamento fiscal do ágio introduzida pela Lei nº 9.532/97 como forma de reger de maneira clara o tratamento do ágio e, assim, conferir segurança jurídica para fomento das desestatizações e operações de M&A, interpretá-la como mecanismo para permitir o confronto de despesas com receitas na apuração do resultado a partir da confusão patrimonial entre investidora e investida¹² (ou suas respectivas sucessoras), atendendo ao *matching principle* e superando os efeitos da ausência, no sistema brasileiro, da apuração consolidada dos balanços das empresas subsidiárias e sua respectiva controladora (*push down accounting*).

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

Tampouco se exige propósito negocial extrafiscal na eleição pelas partes da forma por meio da qual será realizada a aquisição do bem desejado, nem mesmo se exige a existência de substância econômica operacional nas sociedades intermediárias usualmente alcunhadas de “veículo”.

A legislação apenas exigiu *a união não simulada* da investida e da investidora (ou as sucessoras de seus acervos) *em que registrado o ágio originado em legítima operação a mercado*, para que se emparelhem a despesa incorrida (o ágio, o valor pago pela expectativa de rentabilidade futura) e a própria rentabilidade futura pela qual se pagou o sobrepreço.

¹² AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, in Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 719.

Assim, não encontram respaldo no direito Brasileiro as teorias estrangeiras, como a teoria do propósito negocial e da substância econômica¹³. Ademais, admitir tais figuras implica ampla indeterminação legal e conseqüentemente a transferência, para a administração tributária, do papel de suprir tal indeterminação, violando a separação entre os Poderes, a segurança jurídica, e a legalidade material escorada no art. 150, I da Constituição Federal¹⁴.

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

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

Uma das principais faces da segurança jurídica no âmbito do Direito Tributário se dá com base no princípio da legalidade, por meio do qual toda e qualquer tributação dependerá de previsão legal, assim como as proibições a determinados comportamentos devem ser expressas.

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

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

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

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

¹³ “Essas considerações demonstram que as regras comportamentais constitutivas da legalidade não podem ser simplesmente afastadas por princípios ou finalidades estatais relativas ao aumento da arrecadação. Só o Poder Legislativo pode votar uma lei, sendo vedado a qualquer outro Poder o exercício dessa função⁷. Só a lei pode instituir ou aumentar tributo, sendo a lei o ato normativo aprovado de acordo com o procedimento legislativo. Sendo assim, não se pode aceitar que razões fiscais, mesmo que bem fundamentadas, venham a superar a razão para obedecer às regras.” Cf. ÁVILA, Humberto. “Legalidade tributária multidimensional”. In FERRAZ, Roberto. (Coord.). Princípios e Limites da Tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 277-291.

¹⁴ ÁVILA, Humberto. Legalidade tributária material: conteúdo, critérios e medida do dever de determinação. 2.ED. São Paulo: Malheiros, 2023.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Estabelecemos, portanto, que o Direito Brasileiro não possui uma norma tributária antielisão nem figuras típicas (como exige a regra constitucional da legalidade) que permitam a adoção de categorias do Direito estrangeiro (como propósito negocial, empresa veículo e real adquirente) ou a análise econômica das operações para desconsiderar estruturas societárias lícitas

adotadas pelo contribuinte visando à economia fiscal. A requalificação jurídica dos fatos é possível, mas a legislação pátria elege a simulação como mote de superação de estruturas consideradas artificiais (art. 149, VIII, CTN), e o parágrafo único do art. 116 do CTN (que tampouco foi aventado pela autoridade autuante) trata de evasão fiscal (não de elisão), além de depender de regulamentação específica para que seja aplicado, conforme bem decidiu o STF ao julgar a ADI nº 2.446.

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

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

7.3.3 O CASO CONCRETO

7.3.3.1 CASO A UBA3 SEJA EMPRESA-VEÍCULO, O ÁGIO TORNA-SE INDEDUTÍVEL?

As premissas teóricas firmadas acima levam inexoravelmente, e sem a necessidade de maiores elucubrações, à conclusão de que a adoção de empresa-veículo não permite por si só a glosa de despesas com amortização fiscal do ágio.

Neste sentido caminhou o entendimento deste colegiado em situação muito semelhante.

No Acórdão nº 1201-006.328, de 10 de abril de 2024, avaliava-se a licitude da cisão parcial de sociedade Fagundes Construção e Mineração S/A, por meio da qual a sociedade verteu à FACON Construção e Mineração S/A a linha de negócios que havia avençado alienar à Vale Fertilizantes S/A. A autuação recaiu sobre a Fagundes Construção e Mineração S/A, exigindo dela os tributos incidentes sobre Ganho de Capital, sob a alegação de que a operação de cisão teria sido engendrada tão somente para reduzir a carga tributária do alienante, tributando os Ganhos de Capital nos sócios Pessoas Físicas e não na sociedade detentora do negócio alienado (denominado de “Negócio de Mineração – Vale”).

Vejamos o seguinte excerto do relatório:

“3. Afirma a fiscalização:

A negociação tratava da aquisição de parte do patrimônio da fiscalizada, correspondente a filiais localizadas nos municípios de Araxá, Tapira, Patos de Minas, Catalão e Cajati, compreendendo o universo de bens das citadas filiais e que integravam os serviços de mineração previstos em contratos, desde 2005, entre Fagundes, fornecedora de serviços, e Vale Fertilizantes, tomadora dos mesmos, incluindo equipamentos, obrigações, estoques, mão de obra e licenças. **A esse conjunto de bens foi dado o nome de "Negócio de Mineração – Vale".** Vale Fertilizantes iniciou o processo de compra das filiais mineradoras de propriedade da Fagundes em 2013, conforme Memorando de Entendimentos

firmado em 08/11/2013 entre Vale Fertilizantes S/A e Fagundes Construção e Mineração Ltda, esta ainda não sociedade anônima (doc. 06). **O memorando trata de um acordo de vontades entre as partes para viabilizar a compra por parte da Vale do "Negócio de Mineração - Vale".**

Ficou entendido entre as partes **que a compra**, chamada de "transação" no memorando, **seria perfectibilizada, preferencialmente, por meio da compra da totalidade das ações ou quotas de emissão de uma nova companhia** a ser constituída pela Fagundes, para qual haveria de ser transferido o "Negócio de Mineração - Vale".

O Colegiado, na ocasião, entendeu por unanimidade de votos, pela licitude da operação de cisão, ainda que tivesse como único propósito segregar da sociedade preexistente a linha de negócios que se pretendia alienar.

O conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque acompanhou o relator pelas conclusões, por divergir das premissas teóricas estabelecidas pelo relator, que não afetaram, contudo, a consideração de que a segregação era de todo lícita.

Vejamos a ementa:

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

Ano-calendário: 2015

LICITUDE DE CISÃO PARCIAL.

Em atos de fusão, cisão ou incorporação, os fins dizem respeito aos propósitos a que servem as operações. Tais reestruturações têm por função possibilitar as alocações de patrimônio em diferentes sociedades, nos termos do artigo 225, 1 c/c artigo 229, 3º, da Lei nº 6.404/ 1976 (Lei das S/As). A cisão da Recorrida permitiu atribuir àquele que negociou a venda obter o ativo antes de aliená-lo.

MOTIVO DO NEGÓCIO. CONTEÚDO ECONÔMICO. PROPÓSITO NEGOCIAL. LICITUDE.

Não existe regra federal ou nacional que considere negócio jurídico inexistente ou sem efeito se o motivo de sua prática foi apenas economia tributária. Não tem amparo no sistema jurídico a tese de que negócios motivados por economia fiscal não teriam "conteúdo econômico" ou "propósito comercial" e poderiam ser desconsiderados pela fiscalização. O lançamento deve ser feito nos termos da lei.”

A situação é muito similar à ora sob julgamento, demandando o mesmo tratamento.

Veja-se que tanto lá quanto cá havia o interesse subjacente de alienar uma linha de negócios específica passível, em tese, de trespasse, mas avençou-se em memorando de entendimentos segregar o negócio em pessoa jurídica autônoma (lá via cisão, e aqui via constituição e aumento de capital mediante conferência do respectivo estabelecimento) de titularidade dos mesmos sócios da sociedade cindida, cujas quotas seriam então entregues ao

adquirente; para tornar menos burocrática e conferir segurança jurídica à operação, que envolvia a alienação de um negócio em marcha com contratos, licenças, funcionários, dentre outros bens e direitos.

No caso presente há ainda prova adicional que reforça a defesa do Contribuinte. No caso FACON, a negociação deu-se em torno de uma linha de negócios e não se demonstrou que desde o princípio havia oferta do alienante de uma sociedade que havia previamente decidido vender e à qual seria alocada determinada linha de negócios. Já no presente caso está comprovado que o alienante desejava e desde o princípio propôs ao mercado, por meio do banco contratado para assessorar a venda (Santander), a alienação de uma pessoa jurídica nova que uniria os ativos subjacentes desejados, ou seja, não se pode sequer falar na alteração da forma negocial visando à geração de ágio, pois a forma desde o princípio envolvia a constituição de nova sociedade.

Assim, embora os autos de infração sejam distintos, pois já se cobrava IRPJ e CSLL sobre ganhos de capital do alienante, e aqui se glosa o ágio do Adquirente, deve pairar o mesmo direito quanto à *licitude* da operação e sua oponibilidade ao Fisco.

Cabem também aqui as ponderações feitas pelo Relator do Acórdão nº 1201-006.32, o Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, quanto ao entendimento firmado pelo STJ ao apreciar a dedutibilidade do ágio interno anteriormente à Lei 12.793/2014. Vejamos a ementa do precedente citado:

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

1. Não há violação do art. 1.022, II, do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado, como no caso dos autos.
2. Hipótese em que a Corte Regional apresentou motivação clara e expressa a respeito: a) da possibilidade de dedução do ágio no caso concreto, visto que o instituto teria efetivamente ocorrido (e não artificialmente criado); b) da impossibilidade de criação de hipóteses de "inedutibilidade" não previstas na lei, tal como pretendeu fazer o Fisco; c) da extensão da Lei n. 9.532/1997, notadamente dos seus arts. 7º e 8º; d) da ocorrência efetiva de investimento (aporte de recursos), tendo enfrentado diretamente as questões postas em discussão e entregue a prestação jurisdicional nos limites da lide.
3. Quanto à alegada violação do art. 1.026, § 2º, do CPC, assiste razão jurídica à recorrente, uma vez que os aclaratórios foram interpostos com o objetivo de prequestionamento, pelo que aplicável a Súmula 98 do STJ no particular.
4. A controvérsia principal dos autos consiste em saber se agiu bem o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de

operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de "empresa-veículo".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

14. No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, em razão dos limites impostos pela Súmula 7 do STJ, não há demonstração de que as

operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social, a ponto de justificar a glosa na dedução do ágio.

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

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

Naquela ocasião, o Ministro consignou em seu voto que não haveria vedação à constituição de empresa veículo criada para facilitar a realização de um negócio jurídico:

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

Este excerto aplica-se perfeitamente ao caso concreto, pois não há na lei qualquer dispositivo que vede ao contribuinte verter parcela de seu patrimônio a empresa recém-criada para realização de negócio jurídico, ainda que não seja tecnicamente correto taxar a UBA3 de empresa veículo, como fez a fiscalização.

Enfim, a visão defendida pela autuação, ao fim e ao cabo, sujeitaria a validade da dedução fiscal do ágio a uma reestruturação prévia e não alinhavada com o adquirente, que alocasse à sociedade adquirida os exatos ativos que se pretende alienar, engessando qualquer possibilidade de alteração posterior, sob pena de se entender indedutível o ágio.

Dessa maneira, a autuação é integralmente improcedente.

7.3.3.2 A UBA3 É EMPRESA VEÍCULO?

A PGFN reconhece que a alcunha dada pela autuação à UBA3, sociedade incorporada que recebeu os ativos almejados pelo adquirente Cargill, seria de *empresa veículo* em um sentido próprio e inusual, pois a UBA3 foi usada para alocar ativos anteriormente integrados à própria pessoa jurídica alienante.

De empresa-veículo, portanto, não se trata. O Conceito de empresa-veículo foi muito bem explorado por Luís Eduardo Schoueri em trabalho seminal sobre o ágio.¹⁵

Vejamos análise do autor acerca do conceito cunhado pela jurisprudência:

“O conceito de empresa-veículo

Nas reorganizações societárias que envolvem ágio, tem sido corriqueiro o questionamento de operações nas quais as partes fazem uso das chamadas "empresas-veículo", como se seu emprego fosse suficiente para fundamentar uma tributação, independentemente da constatação da ocorrência do fato jurídico

¹⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias: aspectos tributários. São Paulo: Dialética, 2012. pp. 98/106.

tributário. Conquanto muitos desses casos sejam de juridicidade duvidosa, importa buscar compreender em que consistiriam tais empresas, com base na chamada jurisprudência administrativa.

(...)

É impressionante a semelhança das decisões, apontada pelas características acima. Parecem elas ser suficientes para sustentar a afirmação de que, hoje, a expressão "empresas-veículo" denota um conceito, firmado pela jurisprudência administrativa. Pode-se dizer que o conceito, conforme verificado nas decisões mencionadas, reúne os traços presentes na tabela abaixo:

<i>Empresa-veículo</i>
Criada pela própria adquirente com seu investimento na empresa-alvo exclusivamente para a transferência do ágio.
Sua criação não tem outro propósito econômico.
É a empresa para a qual é transferido o ágio.
É controladora da empresa que restou após a incorporação e na qual passou a ser amortizado o diferido (hoje, equivalente a ativo intangível).
É extinta por conta da incorporação.
Possibilita que sua controlada possa, ao fim e ao cabo, amortizar, em ativo diferido (hoje, intangível), o referido ágio.

Dada a natureza claramente simulada de tais entidades, a jurisprudência tende a afastar os efeitos fiscais decorrentes de seu emprego. Neste sentido, a expressão é referida pelo Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva no julgamento do "Caso Santander"¹⁶:

"O termo 'empresa-veículo' é empregado pelas autoridades fiscais e estudiosos do Direito Tributário para definir a pessoa jurídica, sem propósito comercial, cuja finalidade não é produzir bens e serviços, mas servir de meio para dar aparência de regularidade a unia situação que assim não é."

O tema da utilização de "empresas-veículo" em planejamentos tributários que envolvam a questão do ágio encontra-se intimamente ligado ao caso do chamado "ágio interno", que será tratado no tópico seguinte.

As características elencadas pelo Professor são extraídas da jurisprudência então existente, e comportaram ao longo do tempo algumas alterações, como a nomeação de veículo à sociedade intermediária constituída também pelo vendedor, e não só pelo comprador.

De todo modo, mantém-se inalteradas como características de uma empresa-veículo ser sociedade que participa de outra sociedade e estar voltada a *viabilizar a transferência do ágio*.

¹⁶ Cf. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, Acórdão n° 1402-00.802, 1ª Seção, 4ª Câmara, 2ª Turma ordinária, sessão de 21.10.2011.

No caso em questão, a UBA3 não participava de outra pessoa jurídica, quanto menos era controladora da Cargill (a sociedade que remanesceu após a incorporação da UBA3), pois detinha diretamente a universalidade que constitui a linha de atomatados; não recebeu ágio, já que o ágio foi gerado em sua própria aquisição, nem tampouco transferiu ágio. Trata-se de fatos incontroversos, pois sequer foram objeto da acusação fiscal. Logo, não se trata de empresa-veículo.

Assim, resta-nos avaliar se é possível falar em simulação destinada a mascarar ilicitamente que a aquisição pretendida era de um fundo de comércio.

7.3.3.3 A AQUISIÇÃO DA UBA3 FOI SIMULADA?

A alegação de simulação é calcada em diversas acusações pontuais que debateremos individualmente.

Alinha acusatória mestra enfatizada pela PGFN defende a simulação alegando que não se falava na aquisição de uma pessoa jurídica proprietária da linha de atomatados, mas tão somente da respectiva linha, afirmando que a documentação que embasou a operação assim tratava do negócio. Calcando-se nessa premissa, defende que a constituição da UBA3 seria simulada.

A apreciação desta vertente acusatória pode ser feita de maneira objetiva, e leva à rejeição da tese.

A rejeição da tese poderia decorrer do próprio conceito de fundo de comércio, que embora seja visto por parcela da Doutrina comercialista como sinônimo de estabelecimento, recebe diferenciação por outra parcela.¹⁷ A distinção entre os conceitos firma uma relação de continência, pela qual um fundo de comércio pode estar contido em um estabelecimento ou em uma pessoa jurídica, mas não seria transacionável por si só, vale dizer, a aquisição de um fundo de comércio poderia se dar por meio do trespasse de um estabelecimento, ou por meio da aquisição de uma pessoa jurídica, mas nunca diretamente, sendo inviável falar-se em aquisição do “fundo de comércio”. Contudo, não é necessário lançar mão desta distinção, conforme antecipamos na nota ⁹³.

Analisando os fatos, verificamos que a carta-proposta de fls. 2.162 e ss. remetida pelo Banco Santander ao Contribuinte ainda na qualidade de potencial adquirente do negócio, datada de 31 de Maio de 2010 (antes portanto da celebração do contrato de compra e venda) dá conta de indicar que o alienante Unilever propunha ao mercado a venda de 100% das quotas de

¹⁷ DINIZ, Gustavo Saad. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Atlas, 2019, Título III, §1: “O estabelecimento é o conjunto de bens(a), materiais e imateriais(b), organizados pelo empresário ou pela sociedade empresária(c) e colocados em função da atividade empresarial(d). Esse o conceito muito próximo do conteúdo do art. 1.142 do CC, que determina: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”. Em doutrina anterior, utilizava-se comumente o termo fundo de comércio, inspirado na doutrina francesa do fond de commerce, Handelsgeschäft do direito alemão, assim como na azienda do art. 2.555 do Código Civil italiano (BARRETO FILHO, 1988, p. 65 e 132; CAMPOBASSO, 2013, p. 63).”

uma nova sociedade (“Newco - alcunha usual para a expressão em inglês “new company”) a ser constituída antes do “Fechamento” da operação (“closing”), que agruparia todos os ativos relacionados ao negócio de atomatados. Vejamos o excerto:

The Non-binding Offer shall be formulated for the acquisition of 100% (one hundred percent) of the issued and outstanding share capital of the Newco that shall group all Business-related assets immediately prior to closing of the Transaction.

The Non-binding Offer shall include the following items:

- a) the amount, in Brazilian currency, that you would be prepared to pay, in cash, for the acquisition of 100% of the Business, on a cash-free and debt-free basis; including the real estate of the Unilever’s industrial plant located in Goiânia considering that Unilever will use part of the area of this site as detailed within Information Memorandum for up to a 5-year timeframe on a rent-free basis;

Evidentemente, quem vende uma pessoa jurídica está vendendo na realidade a universalidade de bens e direitos por ela detidos, e quem compra a pessoa jurídica deseja tal universalidade. Pensar na dicotomia pessoa jurídica *versus* negócio subjacente ou universalidade a ela pertencente equivale a tentar amoldar a realidade negocial a um exemplo dos bancos universitários, já que a pessoa jurídica é, ao fim e ao cabo, uma ficção jurídica.

Nos dizeres de Luís Eduardo Schoueri e Mateus Calicchio Barbosa:

“Pessoas jurídicas não passam de instrumentos do Direito. Não ostentam capacidade contributiva própria e independente. Quem possui capacidade contributiva, ou não, são os indivíduos. Seja o patrimônio imputado à pessoa física, seja à jurídica, estas não passam de categorias jurídicas que refletem a capacidade contributiva de indivíduos .

(...)

“Desde suas origens alhures, o IRPJ era visto como um meio indireto de se tributarem os investidores, i.e. ‘um imposto de renda retido na fonte sobre os rendimentos dos sócios’, dizendo-se até que ‘qualquer análise acadêmica útil sobre a pessoa jurídica deve começar negando sua existência e visualizando os vários grupos de pessoas interagindo através da pessoa jurídica’². A inexistência de capacidade contributiva dos entes coletivos era apontada, mesmo, em desfavor do IRPJ, que deveria ceder lugar à cobrança direta e imediata dos detentores daquela capacidade, i.e. os investidores”¹⁸ (g.n.)

De todo modo, no caso em questão, está demonstrado que a intenção do alienante sempre foi vender uma pessoa jurídica por meio da qual o negócio do qual pretendia se desfazer seria segregado societariamente do alienante.

¹⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. Imposto de Renda e Capacidade Contributiva: a Periodicidade Anual e Mensal no IRPJ. Revista Direito Tributário Atual, n.47. p. 569-613. São Paulo: IBDT, 1º semestre 2021, p. 570.

Analisando o Contrato de Compra e Venda de fls. 1.044/1.085, a conclusão não é outra. O contrato faz um longo descritivo dos ativos pretendidos pelo adquirente, mas deixa claro desde o princípio que o “Fechamento”¹⁹ do negócio (termo contratualmente definido) está condicionado ao cumprimento das “Condições Precedentes” do negócio (termo também contratualmente definido)²⁰, sendo a primeira condição precedente a conferência a uma nova sociedade (termo definido “SOCIEDADE”) da integralidade dos bens e direitos ligados ao negócio (feitas algumas exceções) de maneira que a SOCIEDADE tenha condições de operação imediatas. Vejamos:

2. DAS CONDIÇÕES PRECEDENTES AO FECHAMENTO

2.1. As Partes concordam que o Fechamento está condicionado ao cumprimento (ou renúncia ao cumprimento pela parte beneficiária) das seguintes Condições Precedentes (as “Condições Precedentes”), que deverão ser cumpridas até a Data do Fechamento:

(a) As VENDEDORAS Unilever Brasil Ltda. e Unilever Brasil INDUSTRIAL Ltda. deverão conferir, mediante subscrição e integralização em aumento do capital da SOCIEDADE, os Equipamentos, os Imóveis, as Fórmulas, os rótulos, o Estoque, além de todos os bens e direitos ligados ao Negócio (com exceção do Estoque PA e das Marcas, sendo que, no caso das Marcas Unilever Brasil Industrial, estas serão cedidas e transferidas da VENDEDORA Unilever Brasil Industrial Ltda. para a SOCIEDADE até a Data de Fechamento, nos termos do Anexo 2.1(a)), de forma que a SOCIEDADE tenha plenas condições de operar o Negócio, imediatamente após a Data de Fechamento, substancialmente nas mesmas condições em que as VENDEDORAS operam atualmente, disponibilizando à COMPRADORA via original dos respectivos documentos societários devidamente protocolados na Junta Comercial do Estado de Goiás, bem como todos os

Portanto, o contrato refletiu a concordância da Cargill com a proposta feita pelo Alienante, sendo que a espera pela transferência da linha de atomatados para a “SOCIEDADE” (a UBA3) é plenamente justificável sob a ótica gerencial de se evitar os custos até que se tenha por avançada a venda, evitando-se assim custos incorridos antecipadamente de forma desnecessária.

Nos termos da lei de defesa da concorrência vigente à época (Lei nº 8.884/94), a operação foi submetida à aprovação do CADE, e a PGFN traz como argumento de reforço de sua

¹⁹ 1.2. “Fechamento”, como utilizado no Contrato se refere à data de efetiva conclusão de todos os atos previstos na Cláusula 4 deste Contrato e que deverá ocorrer: (i) em até 5 (cinco) dias contados da conclusão de todas as Condições Precedentes (conforme definido abaixo), mas não anterior a 21 de dezembro de 2010, sendo ainda certo que tal conclusão não poderá ultrapassar o prazo máximo de até 210 (duzentos e dez) dias, contados a partir da presente data (a “Data de Fechamento”). O Fechamento ocorrerá na Data de Fechamento às 10h, no escritório Demarest e Almeida Advogados, na Avenida Pedroso de Moraes, 1.201 São Paulo - SP. Não obstante o disposto acima, as Partes envidarão seus melhores esforços para que o Fechamento ocorra até 21 de dezembro de 2010.

²⁰ “Condições Precedentes” tem seu termo definido na Cláusula 2.1 deste Contrato;

tese de simulação excertos nos quais as partes informam ao CADE que o negócio adquirido era a linha de atomatados, justificando a cláusula de não-concorrência pelo prazo de 5 anos na existência de alienação de estabelecimento.

Entretanto, não se pode cair no engano de tentar transpor para a ótica tributária, calcada na regra constitucional da legalidade material (art. 150, I), a narrativa que busca esclarecer as informações relevantes ao CADE, órgão com a preocupação de resguardar os bens jurídicos protegidos pela Lei de Defesa da Concorrência. Nos termos de seu artigo 1º *“a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”*

Ao CADE interessa menos o negócio jurídico celebrado, e mais os efeitos concorrenciais potencialmente dele decorrentes, razão pela qual a definição de “atos de concentração” encontrava-se assim descrita na lei em vigor, que ressalvava a irrelevância da forma:

“Do Controle de Atos e Contratos

Art. 54. Os atos, **sob qualquer forma manifestados**, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.”

Nesse contexto, esclarecer ao CADE qual era a linha de negócios adquirida e quais marcas estavam sendo adquiridos é relevante, pois só assim será possível delimitar os mercados relevantes e apreciar os efeitos concorrenciais do negócio.

Da mesma maneira, esclarecer que a aquisição da sociedade *envolve a aquisição de um estabelecimento* não significa reconhecer que se negociou originalmente um estabelecimento alocado artificialmente à pessoa jurídica. Os esclarecimentos prestados ao CADE não contradizem a história documentalmente demonstrada de que o negócio pretendido sempre foi a aquisição de uma sociedade, mas tão somente apresentam ao órgão a justificativa para a cláusula de não-concorrência, já que a alienação de uma sociedade pode (ou não) envolver a alienação de um ou mais estabelecimentos, ao mesmo tempo em que a alienação de um estabelecimento pode ter efeitos concorrenciais nefastos, ainda que não se dê no bojo da alienação de uma sociedade.

É verdade que o trespasse de estabelecimento é negócio jurídico possível e típico (art. 1.142 e ss. do Código Civil), mas sua possibilidade não torna a forma vinculante às partes, e tampouco torna simulado qualquer negócio distinto que envolva a transferência de um estabelecimento.

E a opção feita desde a oferta de venda pelo alienante estava repleta de propósitos extrafiscais, todos no sentido de conferir simplicidade e segurança jurídica na transição que envolvia não só centenas de contratos de trabalho, como também os benefícios fiscais concedidos pelo Estado de Goiás por meio do programa Fomentar.

Não creio que a transferência de todos esses elementos que organizados formam uma unidade produtiva seria *impossível* caso a opção comercial fosse o trespasse ao qual diz respeito o Código Civil (a título exemplificativo, o art. 448 da CLT dispõe sobre os efeitos da

transferência da empresa, e não da pessoa jurídica). De todo modo, certamente, aos olhos do adquirente e também do alienante que preza pelo adimplemento contratual, é muito mais seguro adquirir uma sociedade na qual todos estes fatores produtivos já estejam definitivamente alocados (alocação esta que era condição precedente do próprio Fechamento da Operação), do que celebrar o contrato de trespasse, registrá-lo na Junta Comercial para que seja oponível a terceiros e então empenhar-se para transferir para seu nome os ativos desejados, um a um, correndo riscos.

Ademais, os custos envolvidos na aquisição, se apropriados aos elementos integrantes do estabelecimento, seriam igualmente dedutíveis a partir da amortização, depreciação, exaustão ou baixa; o que enfraquece a argumentação de simulação para fruição de um benefício fiscal indevido.

A previsão de *sucessão universal* a partir da incorporação, contida no art. 227 da Lei nº 6.404/67 certamente conferia ao negócio maior simplicidade e segurança jurídica.

Quanto à substância econômica da UBA3, é inconteste, dado que, cumpridas as condições precedentes do negócio, a sociedade recebeu uma série de bens e direitos em aumento de capital, incluindo a transferência centenas de funcionários relacionados ao negócio antes mesmo do efetivo “Fechamento” da operação. Tratava-se, portanto, de sociedade operacional, com substância econômica.

Por todos estes elementos, entendo clarividente a ausência de simulação que justifica o cancelamento da autuação

8 DISPOSITIVO

Pelo exposto, voto por conhecer dos Recursos de Ofício e Voluntários, para, no mérito, negar provimento ao Recurso de Ofício e dar provimento aos Recursos Voluntários, cancelando-se integralmente os lançamentos em questão.

(documento assinado digitalmente)

Lucas Issa Halah

VOTO VENCEDOR

Conselheiro José Eduardo Genero Serra, redator designado

Não obstante o judicioso voto do preclaro relator, dele ousou discordar, apenas quanto às nulidades – tanto do lançamento, quanto da decisão recorrida –, que reputo inócenas.

Quanto ao tema, assim se pronunciou o voto condutor:

O Recurso Voluntário do Contribuinte assevera que o critério jurídico fixado pela autuação foi o de que o ato dissimulado teria sido a alienação de ativos isolados, e que a DRJ, ao asseverar que na realidade o ato dissimulado seria o trespasse do estabelecimento afeito aos produtos atomatados, teria alterado o critério jurídico do lançamento, violando os arts. 142, 145, 146 e 149 do CTN, o art. 17 e 18 parágrafo 3º do Decreto nº 70.235, e os princípios positivados pela Lei nº 9.784/99 inferidos do devido processo constitucional (art. 5º, LIV e LV, da CR/88).

A Fazenda Nacional, por sua vez, defende que o TVF teria sido claro ao apontar que o ato dissimulado seria a alienação da “linha de atomatados”, portanto, do estabelecimento ou fundo de comércio, e não de ativos isolados. Divergiu, portanto, da interpretação da DRJ e defendeu inexistir alteração do critério jurídico firmado de maneira clara pelo lançamento.

O primeiro ponto que chama atenção diz respeito à suposta clareza do TVF defendida pela PGFN. Fosse ele claro como pugna a Fazenda Nacional, creio que a DRJ não teria destinado tópico específico da Resolução para determinar que a autoridade julgadora esclarecesse qual foi o ato dissimulado, justificando a determinação na nítida afirmação de que o TVF era dúbio e que de sua dubiedade decorreu o direcionamento da Impugnação do Contribuinte a questionar a inexistência de alienação de “ativos isolados”. Reprisemos:

(...)

A DRJ, assim, reconhece não só a variação de alegações feitas pela autoridade autuante, como os prejuízos à defesa, consignando na Resolução que “Diante dessa variação, os Interessados se defenderam considerando que eram acusados de simular a compra e venda de participação societária, quando na verdade teriam negociado apenas ativos isolados, cuja depreciação deveria, inclusive, repercutir na apuração dos tributos devidos.” Vislumbro nessa constatação duas fortes causas de nulidade. A primeira consiste na evidente falta de clareza do Termo de Verificação Fiscal quanto à identificação dos fatos supostamente dissimulados, de fundamental importância à própria imputação de simulação bem como ao pleno exercício do direito de defesa.

O prejuízo ao direito de defesa foi constatado pela Resolução da DRJ, que identificou o direcionamento da defesa do Contribuinte à acusação de que o ato dissimulado seria a venda de ativos isolados, e não à venda de um estabelecimento ou fundo de comércio, o que aos olhos da DRJ teria consequências diversas.

Nesse sentido, curioso notar que, instada a se manifestar para esclarecer qual seria o negócio jurídico dissimulado, a autoridade lançadora reprisa em essência, no Relatório de Diligência, a explicação recalcitrante cujo sentido supostamente claro extraído pela PGFN não restou claro nem à própria DRJ.

Por isso, o Acórdão Recorrido reitera discordar da fiscalização, por entender que não estavam sendo vendidos ativos isolados, mas um estabelecimento, consubstanciado no conjunto organizado para a produção envolvendo ativos e passivos. Transcrevamos, o seguinte excerto, com ênfase no parágrafo 186 do Acórdão:

(...)

Ora, se mesmo diante dos esclarecimentos prestados pela autoridade fiscal de origem a DRJ entendeu que, para a acusação, o ato dissimulado seria a alienação de ativos isolados, é inviável admitir, como pugna a PGFN, que a acusação seria de clareza solar, até porque assumir a presença da clareza necessária, neste contexto, implicaria admitir tacitamente a incapacidade de compreensão de texto dos R. Julgadores de primeiro grau, o que sob hipótese alguma poderíamos admitir.

Há aqui, sem dúvida, nulidade da autuação por vício de motivação, com violação ao art. 142 do CTN e nítido cerceamento do direito de defesa que aciona o artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, a qual muito embora não tenha sido suscitada pela defesa, suscito e reconheço de ofício.

Mas há ainda outra nulidade, esta suscitada pela defesa, relativamente ao Acórdão Recorrido.

O Acórdão Recorrido também reconheceu expressamente que a interpretação dos fatos dada pela DRF acerca de qual seria o negócio jurídico dissimulado (a venda de ativos isolados) seria improcedente, pois se alienava um estabelecimento (trespasse) e não ativos isolados como defendeu a autoridade autuante.

Mais, reconheceu que o contribuinte se defendeu contra esta acusação reputada pela DRJ de equivocada.

A alegação de simulação relativa pressupõe a identificação do ato ou negócio que se busca ocultar (o ato dissimulado), bem como do ato ou negócio aparentado (o simulado).

Diante da discordância da DRJ quanto ao ato dissimulado cujos efeitos devem subsistir caso se constate haver simulação (conforme dicção do art. 167 do Código Civil), o Acórdão Recorrido proferiu decisão sob distinto critério jurídico, violando os artigos 145, 146 e 149 do CTN, notadamente o artigo 146.

(...)

Não se pode esperar do contribuinte que, recebendo ato administrativo sobre o qual paira presunção legal de legitimidade e coerência, presuma a atuação inconsistente da administração e busque defender-se contra acusação distinta da recebida.

A interpretação consistente dos atos administrativos leva, naturalmente, à presunção de que, se a administração pública empenhou esforços e recursos

públicos para emitir ato de estabilização do lançamento, é inadmissível penalizar o contribuinte por dialogar com tal ato em seus estritos limites.

As seguintes lições da Conselheira ex-presidente deste E. CARF (acórdão nº 9101-002.814), Adriana Gomes do Rêgo são lapidares a este respeito:

(...)

Ora, se não se pode esperar do contribuinte defesa dirigida a acusação não veiculada, qualquer alteração acerca do enquadramento de tais fatos promovida pela autoridade julgadora cerceia o direito de defesa de maneira irremediável, nos termos do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, violando diretamente o art. 146 do CTN e indiretamente os artigos 145, III e 149 do mesmo diploma.

Pelo exposto, são nulos por vício material insanável tanto os Autos de Infração, como o Acórdão Recorrido.

(...) (destaques do original suprimidos)

Do trecho acima, extrai-se que a razão de nulidade do lançamento seria a falta de clareza do TVF, especificamente quanto à inequívoca identificação do ato considerado dissimulado pela autoridade fiscal.

Para o relator, o fato de a DRJ ter determinado diligência para que a Unidade de origem aclarasse o ponto seria uma demonstração da formulação deficiente da acusação, de tal modo que teria restado prejudicada a ampla defesa do sujeito passivo.

Com a devida vênia, discordo de tal entendimento.

O que sobressai de tal quadro é a incidência dos artigos 319 e 321 do CPC, em razão de, ao sentir da autoridade julgadora de piso, a inicial acusatória (TVF) teria descrito os fatos de forma que dificultou o julgamento da causa. Vejamos:

Art. 319. A petição inicial indicará:

(...)

III - **o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;**

(...)

Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta **defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito**, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. (grifei)

E, uma vez determinada a diligência, ela foi devidamente cumprida, tendo a autoridade fiscal reafirmado, em melhores termos, o antes dito no TVF.

Importante notar que, do resultado da diligência, o sujeito passivo foi cientificado, tendo lhe sido concedido prazo idêntico ao de interposição da impugnação para manifestar-se sobre o lá consignado.

Diante de tais fatos, não vislumbro qualquer óbice à defesa, razão pela qual reputo incorrente a nulidade do lançamento.

Já quanto à ocorrência de mudança de critério jurídico pela decisão de primeira instância, é preciso ter em conta que o fato de a acusação reputar dissimulada a venda de ativos isoladamente considerados, ao passo que a decisão se referiu ao conjunto de ativos, não opera tal variação e critério.

A incidência do artigo 146 do CTN exige um deslocamento do critério jurídico original que não se vê no caso em tela.

Almejar o emprego de idênticos termos pela autoridade julgadora e pela autoridade fiscal, seria exigir que o ato decisório fosse conduzido pelas partes e suas expressões vernaculares.

Assim, também reputo incorrente a nulidade da decisão de primeira instância.

No mais, acompanho o proficiente voto do ilustre relator.

É como voto.

Assinado Digitalmente

José Eduardo Genero Serra