



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	17227.720964/2022-30
ACÓRDÃO	1101-001.384 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	10 de setembro de 2024
RECURSO	DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO
RECORRENTES	FAZENDA NACIONAL RIO DE JANEIRO REFRESCOS LTDA

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2017, 2018

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. POSSIBILIDADE.

O art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, determina a segregação do ágio nas hipóteses de aquisição da participação societária de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido. Assim, havendo aquisição de participação societária de coligada ou de controlada junto a terceiros independentes com pagamento de ágio, deve ser admitida a amortização dessa parcela, nos termos dos art. 7º e art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

DESPESAS FINANCEIRAS. DEDUTIBILIDADE.

Somente são admitidas como dedutíveis as despesas consideradas necessárias, usuais e normais à manutenção da atividade econômica da pessoa jurídica.

CSLL. LANÇAMENTO DECORRENTE.

Por se tratar de exigência decorrente da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada, no mérito, a mesma decisão proferida para o Imposto de Renda, desde que não presentes arguições específicas ou elementos de prova novos.

ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO. ART. 146 CTN. INOCORRÊNCIA. DIFERENTES FATOS GERADORES. ANOS-CALENDÁRIO DIVERSOS.

A regra estabelecida no art. 146 do CTN não abarca fatos geradores ulteriores, ainda não lançados, mesmo que referentes à mesma operação societária. Tal dispositivo não impede que as autoridades fiscais possam aplicar uma determinada penalidade referente a um ano-calendário e em

novo lançamento, referente a fatos geradores posteriores, alegar novos fundamentos para qualificar a referida penalidade.

MULTA QUALIFICADA. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. SIMULAÇÃO. REQUISITOS.

A multa de ofício qualificada incide quando estiver individualizada e comprovada a conduta dolosa de simulação, fraude ou conluio. A controvérsia quanto à qualificação jurídica de planejamento tributário não se amolda à regra-matriz da qualificação da multa.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. DIRETOR. ATO ILÍCITO.

A imputação de responsabilidade tributária implica a descrição dos atos ilícitos perpetrado pela pessoa responsabilizada, o enquadramento legal do vínculo e a comprovação mediante provas. Se o fundamento para a responsabilização tributária for o mesmo utilizado para a qualificação de ofício da multa por fraude, e esta restou afastada, também se afasta a responsabilidade tributária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: i) por unanimidade de votos, a) em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator, para afastar a glosa do Ágio Ipiranga; o Conselheiro Itamar Artur Magalhães Alves Ruga acompanhou o Relator pelas conclusões; b) negar provimento ao recurso de ofício; ii) por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator para afastar a glosa do Ágio UBI3; vencidos os conselheiros Edmilson Borges Gomes e Itamar Artur Magalhães Alves Ruga que negaram provimento em relação à matéria.

Sala de Sessões, em 10 de setembro de 2024.

Assinado Digitalmente

Jeferson Teodorovicz – Relator

Assinado Digitalmente

Efigênio de Freitas Júnior – Presidente

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

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário formulados pelo contribuinte (efls. 5868/5929), além de recurso de ofício (com contrarrazões às efls. 5972/6021) da Fazenda Nacional, contra Acórdão da DRJ (efls. 5755/5842) que julgou parcialmente procedente impugnações administrativas apresentadas pelo contribuinte e pelos responsáveis solidários (JOHN DAVID BOURCHIER PARKES DICK, às efls. 5.158/520; RODRIGO KLEE DE VASCONCELLOS, às efls. 5210/5253; ANTONIO RUI DE LIMA BARRETO COELHO, às efls. 5252/5304; RENATO BARBOSA, às efls. 5314/5377; FERNANDO JORGE FRAGATA DE MORAIS COSTA, às efls. 5672/5714), movidas contra atuação fiscal (efls.5067/5115), consubstanciadas em Relatório Fiscal de efls. 4994/5066 e decorrentes de lançamentos fiscais de IRPJ, CSLL e multa regulamentar referente aos anos calendários de 2017 e 2018, nos valores abaixo.

	IRPJ	CSLL
Tributo / penalidade	72.654.701,00	26.689.427,83
Juros de Mora	19.303.149,75	7.071.412,70
Multa Proporcional	108.982.051,50	40.034.141,74
Multa Isolada	32.325.091,39	11.638.472,88

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

(...)

2. Consoante o Termo de Verificação Fiscal (fls. 4.994 a 5066), em substância, a RFB constatou duas infrações:

INFRAÇÃO 1 – DEDUÇÃO INDEVIDA DE DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO O contribuinte deduziu de forma indevida, na apuração da base de cálculo desses tributos, valores a título de despesas de amortização de ágio. Esta infração decorreu de duas operações:

- a) OPERAÇÃO 1 - Incorporação da Companhia de Bebidas Ipiranga (CBI) pela fiscalizada, em 01/12/2013;
- b) OPERAÇÃO 2 - Incorporação de parcelas patrimoniais da UBI 3 Participações Ltda (UBI 3) pela fiscalizada, por meio de Cisão Parcial, em 01/03/2018.

INFRAÇÃO 2 – GLOSA DE DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS – JUROS DE EMPRÉSTIMOS No entender do Fisco, quem adquiriu a CBI (Companhia de Bebidas Ipiranga) não foi a Rio de Janeiro Refrescos, mas sim a sua controladora indireta, a

Embotelladora Andina S.A. Por esta razão, as despesas de juros relativas ao contrato de mútuo da ANDINA (cedente) e da RJR (tomadora), são desnecessárias, não podendo ser deduzidas na apuração da base tributável do IRPJ e da CSLL.

INFRAÇÃO 1 - OPERAÇÃO 1 – INCORPORAÇÃO DA COMPANHIA DE BEBIDAS IPIRANGA

3. A RFB considerou indevida a dedução das despesas de amortização de ágio no presente caso por que quem adquiriu a CBI (Companhia de Bebidas Ipiranga) não foi a Rio de Janeiro Refrescos, mas sim a sua controladora indireta, a Embotelladora Andina S.A.; particularidade que também desautorizaria a dedução dos juros do “empréstimo contraído” para efetuar a aquisição².

4. Além disso, o Laudo de Avaliação, utilizado como parâmetro na análise da fundamentação do ágio, foi emitido em 03/01/2014, meses após as operações realizadas, o que levou a concluir que nem mesmo a existência e quantificação do ágio foram devidamente comprovados³.

5. Ainda que se considerasse “o ágio como efetivamente devido pela RJR”, não pareceria razoável atribuir sua fundamentação integralmente à perspectiva de rentabilidade futura da CBI”, porquanto a maior parte dele referia-se a “direitos de distribuição” (intangíveis), não sujeita à amortização.

INFRAÇÃO 1 - OPERAÇÃO 2 – INCORPORAÇÃO DE PARCELAS PATRIMONIAIS DA UBI 3

6. A RFB considerou indevida a dedução das despesas de amortização de ágio no presente caso, por que a operação em apreço não se tratou de uma aquisição de participação societária, e sim da compra de ativos (os utilizados exclusivamente no negócio de bebidas à base de soja da marca “Ades”) pela fiscalizada e demais empresas do Grupo Coca-Cola, tendo como vendedoras a UL Industrial e a UL Brasil, empresas do Grupo Unilever.

7. Na referida operação, a UBI 3 foi usada como empresa interposta para dar aparência de aquisição de participação societária e posteriormente, após o evento de cisão parcial, viabilizar a possibilidade de dedução de ágio do resultado tributável do IRPJ e da CSLL apurado pela RJR. Nas alterações contratuais da UBI 3 a transação envolvendo esses ativos é denominada “negócio Ades”.

8. Conforme restou apurado pela RFB, o Grupo Coca-Cola e o Grupo Unilever anunciaram um acordo para compra dos ativos utilizados no negócio de bebidas à base de soja da marca Ades, tendo as partes submetido esta operação à apreciação do CADE, em 26/09/2016.

9. Cerca de 4 meses depois (10/12/2017), foi constituída a empresa veículo UBI 3, com as sócias UL Industrial (99,999999% do capital social) e UL Brasil (0,000001% do capital social). Em 03/03/2017, ocorreu a integralização do capital por parte da UL Industrial (v. fls. 3601-3606), tendo sido citada contribuição de parte do negócio “Ades” à sociedade compreendendo todos os bens, direitos e obrigações que compõem o referido negócio⁴.

10. O laudo de Avaliação Patrimonial da UL Industrial, fls. 3601-3606 informa que o objetivo era a conferência desses ativos para integralização de capital social na UBI 3. Os ativos foram avaliados pelo valor contábil e compreenderam apenas itens do Ativo Imobilizado, no valor total de R\$ R\$ 71.153.656,19. Consta a informação de que se trata de máquinas e equipamentos utilizados na produção e

envase de bebidas “ADES”. Não há relação pormenorizada dos ativos transacionados nem qualquer informação de mais valia ou outro acréscimo ao valor contábil. Na segunda alteração contratual da UBI 3, fls. 3610 a 3624, o Laudo de Avaliação foi substituído por uma nova versão, com a relação individualizada dos itens do Ativo Imobilizado, relativos ao Negócio Ades. O novo laudo contém a mesma data do laudo anterior (17/02/2017), elaborado pela mesma firma de auditoria e mantido o valor total contábil do ativo, fls. 3625 a 3672.

11. Na terceira alteração contratual da UBI 3, em 28/03/2017, fls.3826 a 3858, as sócias UL Industrial e UL Brasil venderam sua participação no capital social para as empresas do Grupo CocaCola, sendo uma delas a contribuinte (ora impugnante). O valor transacionado foi de R\$ R 71.153.656,19, ou seja, o mesmo valor contábil dos itens do ativo imobilizado do “negócio Ades”. O valor contábil que coube à fiscalizada foi de R\$ 6.048.061,00.

12. Nesta mesma data, foi celebrado contrato de compra e venda de cotas, entre UL Industrial e UL Brasil, na qualidade de vendedoras, e diversas empresas do Grupo Coca-Cola, entre elas a contribuinte, na qualidade de compradoras. A UBI 3 é citada como interveniente anuente. O contrato celebrado faz referência, em seu anexo 3, aos produtos de bebidas de soja Ades.

13. Ainda em 28/03/2017, a fiscalizada efetuou o pagamento de R\$ 21.434.566,44 em favor da UL Industrial, referente à aquisição de investimento na UBI 3, compreendendo valor contábil, mais-valia e ágio por rentabilidade futura (goodwill) assim distribuídos:

Conta	Descrição Conta	Plano Referencial	Descrição Plano Referencial	Composição
135201209	INVESTIMENTO UBI3 – INICIAL	1.02.02.01.04	Participações Permanentes em Coligadas – no País	R\$ 6.048.061,00
135201211	INVESTIMENTO UBI3 – MAIS VALIA	1.02.02.01.04	Participações Permanentes em Coligadas – no País	R\$ 3.567.505,44
135201210	INVESTIMENTO UBI3 – AGIO	1.02.05.01.21	Goodwill – Intangível	R\$ 11.819.000,00
Total				R\$ 21.434.566,44

14. Não houve laudo de avaliação, nem qualquer estudo prévio à celebração do negócio (formalizado em 28/03/2017), atestando os valores de mais-valia e goodwill. O laudo de avaliação apresentado para justificar os valores da tabela acima foi emitido em 23/04/2018 pela empresa BRC - Brazil Consulting Planejamento Ltda, fls.340 a 382, direcionado à RJR e empresas do Grupo Coca-Cola, tendo como objetivo auxiliar a fiscalizada na avaliação de determinados ativos intangíveis, tangíveis e passivos financeiros da UBI 3 adquiridos na operação dos Sucos Ades da UL Industrial e UL Brasil, com base no critério de rentabilidade futura, em conformidade com a Lei nº 12.973/14 em seu art. 20, incisos I a III, e parágrafo 5º (incluindo a avaliação a mercado dos ativos tangíveis), bem como fornecer subsídios para atendimento às normas contábeis, e estarão conforme a abordagem do Valor Justo, expresso no pronunciamento CPC 15 (R1) – Combinação de Negócios. O laudo tomou por base a data de 31/03/2017.

15. No entender da Fiscalização, o mencionado Laudo de Avaliação elaborado pela BRC - Brazil Consulting Planejamento Ltda (utilizado para servir de parâmetro na análise da fundamentação no ágio pago na aquisição da UBI 3, ocorrida em 28/03/2017) somente foi emitido em 23/04/2018, fls. 340 a 382, ou seja, 13 meses após a operação realizada, concluindo que nem mesmo a existência e quantificação do ágio foram devidamente comprovadas à época da transação.

16. A Fiscalização acrescentou que a real detentora dos ativos do “negócio Ades” era a UL Industrial e não a UBI 3. Além disso, quem se beneficiou do recebimento dos recursos pela venda dos ativos foi a UL Industrial. Nenhum recurso do negócio realizado transitou em conta bancária da UBI 3.

17. Em 01/03/2018 ocorreu a 4ª Alteração do Contrato Social da UBI 3, fls.3702 a 3740, por meio da qual as novas sócias da UBI 3 (empresas do Grupo Coca-Cola), resolveram aprovar a cisão parcial da UBI 3, mediante a transferência das parcelas patrimoniais cindidas para as sócias nos termos do Protocolo de Cisão Parcial com Incorporação (fls.3757 a 3769). Conforme cláusula quinta desta alteração, os peritos nomeados pelos sócios/acionistas das incorporadoras atribuíram às parcelas patrimoniais cindidas da UBI 3 o valor total de R\$ 71.143.224,00. A cisão parcial das parcelas patrimoniais da UBI 3 correspondeu à 99,98% do seu patrimônio.

18. Após essa sucessão de eventos, constata-se que os ativos relacionados ao “negócio Ades” que antes pertenciam à UL Industrial passam a pertencer às empresas do Grupo Coca-Cola, dentre elas a fiscalizada, tendo a operação sido realizada com o uso da empresa veículo UBI 3.

19. Com base nestes elementos, a Fiscalização concluiu que a UBI 3 foi criada com o fim específico de caracterizar uma aquisição de participação societária com ágio por rentabilidade futura e posterior possibilidade de dedução deste ágio na base tributável do IRPJ e CSLL da fiscalizada, após a formalização do evento de Cisão Parcial.

20. Na essência, a transação efetivamente ocorrida foi a venda de ativos da UL Industrial para as empresas do Grupo Coca-Cola, dentre elas a RJR. A UBI 3 foi uma pessoa jurídica interposta, utilizada para realização do negócio. Caso a venda dos ativos fosse realizada diretamente pela UL Industrial às empresas do Grupo Coca-Cola não estaria caracterizada a aquisição de participação societária com ágio por parte das compradoras e consequentemente, no caso em questão, a fiscalizada não poderia usufruir do benefício fiscal de dedução do ágio.

INFRAÇÃO 2 – DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS - JUROS DE EMPRÉSTIMOS

21. A Fiscalização, após constatar que a operação de incorporação da CBI pela fiscalizada apresentou irregularidades no aproveitamento do ágio para fins fiscais, considerou que as despesas de juros, relativas ao contrato de mútuo da ANDINA (cedente) e da RJR (tomadora), foram despesas não necessárias e, portanto, não passíveis de dedução da base tributável do IRPJ e da CSLL. Este contrato foi realizado com o objetivo de viabilizar a aquisição da CBI pela RJR e ainda com a vantagem adicional de possibilidade de dedução de despesas de juros.

22. No entender do Fisco, caso a aquisição da CBI tivesse sido realizada diretamente pela CCA ou sua controlada direta ANDINA, não haveria razões para que esse contrato de mútuo fosse celebrado entre a RJR e a ANDINA. Logo, os juros relacionados a este contrato são despesas não necessárias.

23. Em outras palavras, caso a negociação houvesse ocorrido entre os sócios da CBI e umas das companhias chilenas, não existiria contrato de mútuo e, consequentemente, não haveria despesas de juros.

24. Considerando que a RJR não foi a real adquirente da CBI, não se verifica o motivo para o contrato de mútuo entre a RJR e a ANDINA para pagamento de

despesas de aquisição da CBI, que, conforme visto, foram realizadas com recursos oriundos da CCA, via ANDINA. Desta forma, o empréstimo concedido pela ANDINA, controladora direta da RJR, para que esta adquirisse a CBI, resultou em indevida dedução de despesas de juros. O empréstimo na verdade foi um aporte de capital, com aparência de empréstimo e ainda ocasionou economia no envio de recursos da RJR para a ANDINA.

25. Por esta razão, o Fisco concluiu que as despesas com juros, referente ao citado contrato de mútuo, não configuraram despesas necessárias, usuais ou normais à atividade da empresa, de forma que não se poderia admitir sua dedução para fins de apuração do IRPJ e CSLL.

QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

26. Sobre o valor dos tributos incidentes sobre as amortizações fiscais indevidas dos ágios por rentabilidade futura que teriam sido pagos nas aquisições da CBI e da UBI 3 e as despesas não necessárias referentes aos juros decorrentes do empréstimo junto à ANDINA, foi aplicada multa de 150%. A qualificação da multa deveu-se à caracterização de fraude e de conluio, tipificadas nos artigos 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, nos termos do art. 44, §1º, da Lei nº 9.430, de 1996, na redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007.

27. Segundo a Fiscalização, foram utilizadas pessoas jurídicas com a finalidade exclusiva de “produção” de deduções fiscais das bases tributáveis do IRPJ e da CSLL. A estratégia consistiu na interposição de tais pessoas jurídicas nas aquisições, com o objetivo de enquadrá-las, de modo artificial, na moldura legal que rege as amortizações fiscais de ágio pago nas aquisições de participações societárias.

28. Em relação à operação de aquisição da CBI, da forma como foi procedida, constatou-se que a operação foi estruturada para que a fiscalizada pudesse deduzir das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL os valores da amortização do ágio, já que a CCA, pessoa jurídica sediada no exterior e real adquirente da participação societária, não poderia usufruir deste benefício. O empréstimo efetuado à RJR pela ANDINA, uma vez que teve por objetivo o pagamento da aquisição da CBI, insere-se no contexto do planejamento tributário abusivo. Constatou-se que o empréstimo se tratou de aporte de capital, com a aparência de empréstimo. Além de gerar as despesas com juros para a fiscalizada, reduzindo, assim, o seu lucro tributável, o “empréstimo” serviu como forma de envio de recursos da RJR para a sua controladora indireta (CCA), mais uma vertente do planejamento.

29. A autuada, participando ativamente da forma como foram estruturadas as operações, agiu conscientemente no sentido de excluir os referidos ágios, artificialmente “produzidos”, e as despesas de juros da apuração das bases tributáveis do IRPJ e da CSLL, eximindo-se da imputação tributária, incidindo desse modo, em fraude contra a Fazenda Pública.

30. Em relação às duas operações que resultaram na amortização do ágio, justamente por terem sido observados todos os aspectos formais para viabilizar a amortização do ágio, desvirtuando por completo a natureza dessas operações, com o fim único de reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, é que restou configurado o dolo.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

31. Considerando que a empresa atuada, ao ter estruturado as operações de modo a “produzir” artificialmente ágio amortizável para fins fiscais e, posteriormente, excluí-lo do lucro tributável, incidiu em fraude contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964.

32. Ao mesmo tempo, ao “empregar (...) fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo”, incorreu a fiscalizada em crime contra a ordem tributária, tipificado no art. 2º, inciso I, da Lei nº 8.137, de 1990. De acordo com o art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional: “são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos (...) os representantes de pessoas jurídicas de direito privado”.

33. A autoridade autuante destacou que a fraude e, conseqüentemente, o crime contra a ordem tributária, se consumaram com a efetiva amortização dos ágios artificialmente “produzidos” nas aquisições pretéritas.

34. Por estas razões, foi atribuída responsabilidade tributária solidária aos representantes da pessoa jurídica, com mandatos no período em que foi consumada a fraude, com fundamento no art. 135, III do CTN. Foram eles: Renato Barbosa, Fernando Jorge Fragata de Moraes Costa, Rodrigo Klee de Vasconcellos, John David Bouchier Parkes Dick e Antônio Rui de Lima Barreto Coelho.

OUTRAS INFRAÇÕES APURADAS, QUE NÃO CONSTAM DO PRESENTE PROCESSO

35. Em decorrência do mesmo procedimento fiscal, foram apuradas infrações tributárias do IRPJ sem responsabilidade solidária do crédito tributário, as quais são objeto de autos de infração que constam do processo administrativo fiscal nº 17227.720965/2022-84.

MULTAS REGULAMENTARES

36. Foram exigidas multa em função da falta/insuficiência de recolhimento das estimativas/antecipações mensais de CSLL e IRPJ, em decorrência das infrações anteriormente descritas.

DAS IMPUGNAÇÕES

37. Devidamente cientificados das exigências fiscais, a contribuinte e os cinco responsáveis tributários apresentaram impugnações (v. fls. 5360-5431, fls. 5158-5201, fls. 5210-5253, fls. 5262- 5305, fls. 5314-5357 e fls. 6360-5431), com base nos seguintes argumentos:

IMPUGNAÇÃO – RIO DE JANEIRO REFRESCOS LTDA. I – Considerações Introdutórias 38. A cobrança objeto do presente processo está relacionada às seguintes supostas infrações: Glosa do Ágio Ipiranga - Glosa de despesas de amortização fiscal do ágio pago pela Impugnante na aquisição da totalidade de ações da Companhia de Bebidas Ipiranga (“Ipiranga”), concluída em 11.10.2013. A Ipiranga era uma engarrafadora e distribuidora do sistema “The Coca-Cola Company” (“Sistema Coca-Cola”), assim como é a Impugnante, com sólida presença no interior dos Estados de São Paulo e de Minas Gerais. O ágio pago pela Impugnante estava integralmente fundamentado na expectativa de rentabilidade futura do investimento nessa sociedade operacional, adquirido junto a partes totalmente independentes mediante pagamento em dinheiro (“Ágio Ipiranga”), Glosa do Ágio UBI3 – Glosa de despesas de amortização fiscal do ágio pago pela Impugnante na aquisição do investimento na UBI 3 Participações Ltda (“UBI3”), A

UBI3 é uma sociedade empresária constituída pelo Grupo Unilever, que reuniu a totalidade dos bens e direitos relacionados às atividades operacionais do negócio de “Sucos Ades”. Essa aquisição de investimento e o Ágio UBI3 se submetem ao regime da Lei nº 12.973/2014 e da Instrução Normativa RFB nº 1.700/2017 (“Ágio UBI3”). Nos termos desse regime, o valor desse ágio está suportado pelo laudo de avaliação elaborado por empresa especializada e independente, cujo sumário foi registrado tempestivamente em Cartório, suportando a alocação do preço de compra. Glosa de Juros Pagos ao Exterior - Glosa de despesas de juros pagos pela Impugnante à Andina Bottling Investments DOS S.A. (“Andina Investments”), sociedade localizada no Chile e controladora direta da Impugnante, no âmbito do “Contrato de Empréstimo” celebrado em 03.10.2013. Esse contrato foi firmado para financiar parte do preço de aquisição pago em dinheiro aos 16 (dezesesseis) antigos acionistas da Ipiranga, pessoas físicas e jurídicas (“Vendedores”).

I.1. Ágio Ipiranga, com a consequente glosa de despesas de juros

39. Em relação ao “Ágio Ipiranga”, consta no TVF que a glosa do ágio legitimamente pago e amortizado pela Impugnante seria justificada pelo fato de que a “real detentora do ágio” seria, em verdade, a sociedade chilena Embotelladora Andina S.A. (“CCA”), controladora indireta da Impugnante, com ações negociadas na bolsa de valores de Santiago. Essa empresa estrangeira nunca atuou diretamente no Brasil e não teve qualquer participação direta na aquisição das ações da Ipiranga.

40. Conforme será retomado adiante, a CCA havia emitido títulos de dívida (international bonds) no mercado internacional, cujo principal objetivo era o refinanciamento de seus passivos (fato incontroverso nos presentes autos), assim como levantar recursos que foram repassados para a sua controlada direta Andina Investments que, por sua vez, teria fornecido os recursos à Impugnante a título de aumento de capital e empréstimo.

41. Sob uma ótica ligada à captação de recursos pela CCA no mercado de capitais via instrumento de dívida, bem como partindo de referência a trechos isolados de comunicados divulgados ao mercado chileno e documentos públicos que foram retirados do seu verdadeiro contexto (incluindo uma incorreta interpretação de palavras no idioma espanhol), a autoridade lançadora alega no TVF que a “CCA arcou com todos os recursos que propiciaram concretizar a negociação”, sendo que a Impugnante “apenas serviu apenas para ‘materializar’ a compra da Ipiranga” (fls. 5016).

42. Nesse ponto, o TVF demonstra uma clara irresignação da autoridade lançadora em relação à estrutura válida de aquisição do investimento pela Impugnante na Ipiranga, aduzindo que “se a aquisição tivesse ocorrido diretamente por qualquer uma das duas companhias chilenas, o ágio não poderia ser aproveitado para reduzir tributos no Brasil” e que uma “compra direta da Ipiranga pela CCA ou Andina, seguida de sua incorporação, traria os mesmos efeitos sob o ponto de vista comercial”, sendo a que se “contesta a forma como se operacionalizou a aquisição” (fls. 5025).

43. Para tanto, a autoridade lançadora ignora que toda a compra da Ipiranga, como se demonstrará a seguir, servia ao propósito e estratégia da Impugnante de expandir suas já robustas operações industriais e comerciais, expandindo para outras regiões do Brasil e ganhando fatia relevante de mercado. O racional

também ignora que as sociedades chilenas jamais atuaram diretamente no Brasil e nunca tiveram a intenção de fazê-lo.

44. Todas as alegações do autuante são infundadas e ignoram o longo e relevante histórico da Impugnante, assim como a lógica negocial, econômica, jurídica e operacional que naturalmente levaria à aquisição de outra sociedade brasileira do Sistema Coca-Cola, como a Ipiranga, pela Impugnante, possibilitando o seu fortalecimento em face das demais empresas desse sistema que atuam no Brasil. Desconsiderar esse fato também significa ignorar a própria existência de forma independente da Impugnante, sociedade operacional brasileira, com robusta autonomia patrimonial e jurídica.

45. A autoridade lançadora também ignorou a incontroversa integração entre as operações da Ipiranga e da Impugnante, a partir da incorporação, com a migração total de negócios, funcionários, contratos, além de outros ativos e passivos, perpetuando-se o objetivo da Impugnante de adquirir e absorver as operações de outra sociedade brasileira, construindo uma realidade paralela totalmente desconectada dos fatos.

46. Por conseguinte, o Ágio Ipiranga pago e registrado pela Impugnante foi uma consequência da aquisição desse investimento e jamais um fim em si mesmo, decorrendo do exercício de um legítimo direito assegurado pelo regime da Lei nº 9.532/97.

47. A autoridade lançadora defende ainda que caso se considerasse o ágio como efetivamente sendo de titularidade da Impugnante, não “seria razoável atribuir sua fundamentação integralmente à perspectiva de rentabilidade futura da companhia adquirida”. O Relatório Fiscal se equivoca pois: (i) ignora as regras do regime da Lei nº 9.532/97 aplicável à aquisição e ao Ágio Ipiranga; (ii) aplica retroativamente as regras de mensuração do ágio trazidas pela Lei nº 12.973/2014, em violação ao disposto nos artigos 106 e 144 do CTN; (iii) desconsidera o Regime Tributário de Transição (“RTT”) que obrigava a adoção dos métodos e critérios contábeis vigentes em 31.12.2007; além da (iv) própria motivação econômica da Impugnante para o pagamento do ágio com fundamento na rentabilidade futura da Ipiranga, conforme atestado por todas as avaliações econômicas anexadas aos autos.

48. Em relação à glosa das despesas financeiras com o pagamento de juros à Andina Investments nos anos-calendários de 2017 e 2018, a autoridade lançadora considerou que estas despesas não seriam “usuais, normais e necessárias”, sob o fundamento de que “constatando-se que a RJR não foi a real adquirente da CBI [Ipiranga], não se verifica o motivo para o contrato de mútuo entre a RJR e a ANDINA para pagamento de despesas de aquisição da CBI [Ipiranga]”. Afirmar ainda que o “empréstimo se tratou de aporte de capital, com aparência de empréstimo e ainda ocasionou economia no envio de recursos da RJR para a ANDINA” (fl. 5053). Aqui, mais uma inconsistência. Ao mesmo tempo em que se baseia na origem dos recursos para construir o racional de que a Andina seria a real adquirente, reconhece que os recursos teriam sido efetivamente transferidos à Impugnante, porém na forma de aumento de capital (diga-se, sem qualquer respaldo jurídico para tanto).

49. Essas alegações novamente revelam o verdadeiro inconformismo fiscal com a legitimidade das operações praticadas: (i) não há qualquer vedação em se contratar um empréstimo, junto a partes relacionadas ou terceiros localizados no

Brasil ou exterior, previamente à aquisição de investimentos; (ii) inexistem vícios nessa operação capazes de invalidar os seus legítimos efeitos. Não é possível desconsiderar o pagamento de juros à Andina que emprestou os recursos, os quais foram submetidos à tributação pelo IRRF, assim como respeitaram as regras de preços de transferência e de subcapitalização. Essas regras objetivas permitem, como se sabe, que cada empresa possa decidir como se organizar, investir ou contratar com partes relacionadas no exterior.

50. Ainda, o empréstimo não gerou qualquer vantagem fiscal indevida já que as despesas incorridas poderiam ter sido pagas à Andina sob a forma de Juros sobre o Capital Próprio (“JCP”), dedutíveis para fins de apuração do IRPJ e da CSLL, caso o sócio estrangeiro tivesse optado por aportar os recursos a título de aumento do capital social da Impugnante. Esse ponto revela, inclusive, a contrariedade da afirmação de que se “tratou de aporte de capital com aparência de empréstimo”, bem como a ausência de motivação fiscal para se estruturar a operação na forma como efetivamente implementada. I.2. Ágio UBI3

51. Afirmou que o lançamento justifica a glosa do Ágio UBI3 a partir do entendimento defendido de que a operação “não se tratou de uma aquisição de participação societária, e sim uma compra de ativos”, sustentando que a “UBI 3 foi usada como empresa interposta para dar aparência de aquisição de participação societária” (fl. 5049). Não obstante a autoridade lançadora tenha buscado enquadrar a UBI3 como uma “empresa-veículo”, tal qualificação não parece factível.

52. Neste sentido, alegou que a Impugnante (i) não comprou ativos isolados do Grupo Unilever, mas a participação na UBI3, sociedade brasileira operacional, que era titular de um negócio desenvolvido a partir das linhas de produtos “Sucos Ades”, consistente nos bens e direitos voltados à exploração do referido negócio; (ii) o preço foi pago em contrapartida da transferência da participação societária na UBI3, inexistindo a precificação de qualquer grupo individualizado de ativos; (iii) a estrutura de venda foi motivada por razões negociais e econômicas inerentes ao formato e complexidade do negócio que envolveu diversas empresas; (iv) inexistiu qualquer vício em tal fato, refletindo a efetiva vontade das partes que se sujeitaram a todos os legítimos efeitos daí decorrentes; e (v) a estrutura acordada entre as partes foi avaliada e aprovada pelas autoridades reguladoras.

53. Alegou que a UBI3 figurou como sociedade do Grupo Unilever agregadora das operações relativas aos “Sucos Ades”, a fim de garantir a avaliação e precificação do negócio em virtude da venda conjunta às sociedades brasileiras do Sistema Coca-Cola. Os ativos, separadamente, não tiveram autonomia para figurar como objeto de um contrato de compra e venda, pois o preço – elemento essencial do contrato – foi acordado para o pacote negociado e não para parcelas isoladas.

54. Além disso, ainda para justificar a glosa do Ágio UBI3, o Relatório Fiscal sustenta que o laudo de avaliação tempestivamente registrado pela Impugnante no Cartório de Títulos e Documentos (“Cartório”), dentro do prazo de treze meses previsto no regime da Lei nº 12.973/2014, deveria ter sido elaborado antes da aquisição do investimento, entendendo que aquele prazo fixado em lei seria somente para o protocolo ou registro do documento. Trata-se, contudo, de evidente erro na aplicação desse regime jurídico à operação em comento I.3.

Qualificação da multa de ofício e responsabilização solidária de dirigentes da atuada

55. Alegou que a qualificação da multa de ofício é infundada, pois o Relatório Fiscal é desacompanhado de qualquer comprovação de dolo, fraude, conluio ou de quaisquer outros vícios de forma ou de vontade na conduta das partes envolvidas. Ignora também que os atos praticados foram pautados pela legislação e jurisprudência vigente à época.

56. Afirmou que a responsabilização solidária de dirigentes se baseou unicamente no fato de exercerem a “administração e gerência” (fl. 5063). A autoridade lançadora não apontou a prática de qualquer conduta dolosa praticada por esses diretores ou muito menos individualizou quaisquer atos cometidos com “excesso de poderes, infração de lei ou contrato social”.

57. Nesse contexto, considera que o lançamento ignorou o fato de que todas as operações são públicas e alinhadas aos interesses empresariais da Impugnante, gerando benefícios reais à esta sociedade do Sistema Coca-Cola, não havendo que se falar em qualquer irregularidade ou muito menos em atos praticados, de forma individualizada, pelos diretores como ilegítimos. Ao contrário, esses diretores sempre pautaram sua atuação à luz da legislação vigente, das disposições do Contrato Social da Impugnante, da lisura e boa-fé, além das melhores práticas de governança, inexistindo qualquer conduta irregular que possa ser apontada pelo Fisco.

58. Destacou, por fim, que os aspectos relevantes do Ágio Ipiranga, glosados pelo Auto de Infração, foram anteriormente examinados pela RFB nos Processos Administrativo nº 16682.721.042/2019-12 e 16682.721.154/2020-07 que se relacionam aos anos-calendário de 2014 a 2016, ocasião em que não se vislumbrou a ocorrência de qualquer hipótese capaz de ensejar a qualificação da multa de ofício, com a imposição da multa regular de 75% ou ainda a responsabilidade pessoal de qualquer dos diretores sob o fundamento da prática de “atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”, nos termos do artigo 135, inciso III do CTN.

59. No entender da impugnante, essa mudança de posicionamento evidencia a tentativa do Fisco em negar, a qualquer custo e sem qualquer critério, o exercício do legítimo direito da Impugnante à dedução de ágio que atendeu a todos os requisitos vigentes, além de juros pagos ao exterior

II – Improcedência das glosas

II.1. A Validade do Ágio Ipiranga

60. Após apresentar extensa e detalhada explicação sobre todos os fatos que deram origem ao Ágio Ipiranga (v. fls. 5366-5377), afirmou que o exercício do direito à dedução fiscal do referido ágio tem por fundamento as disposições dos artigos 385 e 386 do RIR/99 e do artigo 7º da Lei nº 9.532/97, isto é, o citado regime da Lei nº 9.532/97, à luz do disposto no artigo 65 da Lei nº 12.973/2014 e no artigo 144 do CTN.

61. De acordo com esse regime, o contribuinte que avaliar o investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação societária, desdobrar o custo de aquisição em (i) valor de patrimônio líquido na data da aquisição; e (ii) ágio ou deságio na

aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido.

62. No caso, a aquisição da Ipiranga pela Impugnante em 2013 foi realizada em conformidade com o direito aplicável, incluindo o atendimento a todos os requisitos do regime da Lei nº 9.532/97: (i) aquisição de participação societária com pagamento do preço de compra ao vendedor, incluindo o ágio; (ii) registro do investimento, incluindo o desdobramento do custo de aquisição em valor de patrimônio líquido e ágio; (iii) a motivação econômica para o pagamento do ágio, documentada por demonstrativo arquivado como comprovante da escritura; e (iv) evento de incorporação, cisão ou fusão.

63. Nos termos do regime da Lei nº 9.532/97 aplicável ao Ágio Ipiranga, verifica-se que todos os requisitos para dedução fiscal foram atendidos, sumarizados na tabela abaixo:

Requisito	Atos realizados	Documentação comprobatória
Aquisição de participação societária	Aquisição da totalidade de ações da Ipiranga pela Impugnante, mediante pagamento do preço de compra aos Vendedores que totalizou R\$ 1.155.445.998,00, incluindo o Ágio Ipiranga.	Contrato de Compra e Venda, Termo de Quitação, Certificado dos Vendedores, comprovantes de transferência bancária da RJR para os Vendedores, declarações transmitidas à RFB com os valores referentes ao investimento adquirido e ágio pago
Registro do investimento e do ágio	O investimento foi avaliado pelo MEP, com o desdobramento do custo em valor de patrimônio líquido e o Ágio Ipiranga	Valores informados nas declarações transmitidas à RFB (ECD e ECF), assim como demonstrações financeiras
Fundamento econômico do ágio	O pagamento do Ágio Ipiranga estava motivado na expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido na Ipiranga. Essa motivação está suportada documentalmente pelos estudos técnicos preparados pela Latin American Company, Banco JP Morgan e pelo Laudo E&Y, segundo a metodologia do fluxo de caixa descontado (DCF).	Avaliações econômicas preparadas pela Latin American Company e Banco JP Morgan (fls. 254 a 339). O conteúdo dessas avaliações foi posteriormente atestado pelo Laudo E&Y (fls. 2958 a 3016).
Incorporação entre a sociedade adquirida e adquirente, ou vice-versa	Houve a efetiva incorporação da pessoa jurídica adquirida (Ipiranga) pela adquirente (Impugnante), com a consequente absorção do patrimônio da Ipiranga e extinção desta companhia – ocorrendo a alegada “confusão patrimonial”.	Documentos societários públicos arquivados na JUCERJ, RAIS, Consentimentos da “The Coca-Cola Company” e Recofarma, declarações transmitidas à RFB em razão do evento de incorporação, extrato “conta-corrente” emitido pela própria RFB, indicando a sucessão da Ipiranga pela Impugnante.

64. Importante frisar que a participação na Ipiranga foi comprada diretamente pela Impugnante, entidade que figura como Compradora no Contrato de Compra e Venda e que efetuou o pagamento, aos Vendedores, da totalidade do preço de compra previsto naquele instrumento, suportando todos os legítimos efeitos da operação, além da posterior integração de atividades a partir da incorporação e extinção da Ipiranga que foi sucedida universalmente.

65. As alegações em sentido contrário feitas pela autoridade lançadora implicam flagrante desconsideração de diversos institutos do direito privado, violando os citados artigos 109 e 110 do CTN, além da própria realidade dos fatos comprovados, incluindo o interesse negocial descrito acima envolvendo a compra de outra empresa do Sistema Coca-Cola, expandindo suas atividades operacionais. Viola ainda o artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77 e o regime da Lei

nº 9.532/97, os quais se referem justamente a aquisições de participações societárias, na acepção dada ao termo pelo direito privado, além dos efeitos próprios do ato jurídico de aumento de capital regulado pela LSA e Código Civil, além do contrato de empréstimo, como se passa a demonstrar.

66. Afirmou, outrossim, que o recebimento de recursos pela Impugnante via aumento de capital subscrito pela sua controladora estrangeira, a Andina, apenas corrobora a personificação jurídica da Impugnante e robustece a sua autonomia patrimonial, tendo utilizado esses recursos para a estrita consumação de seu objeto social e expansão das suas atividades no Sistema Coca-Cola. Jamais poderia ser classificado como um elemento ensejador de confusão entre os patrimônios como indevidamente sustentado pelo Fisco, ou muito menos retirar a autonomia jurídica e operacional, nos termos disciplinados pela legislação brasileira.

67. No tocante ao Contrato de Empréstimo firmado com a Andina, deve-se notar, de partida, que os recursos foram disponibilizados à Impugnante de forma temporária, uma vez que esta assumiu a obrigação de restitui-los em sua integralidade na data acordada para tanto: em 26/09/2023, conforme disposto na Cláusula 4ª.

68. Afirmou que a desconsideração da solidez das provas anexadas aos autos para sustentar sem qualquer base que a CCA seria a adquirente e detentora do Ágio Ipiranga expõe a completa inconsistência e a fragilidade do lançamento que cria uma ficção jurídica justificada por suposições destoante da realidade dos fatos comprovados.

69. A estrutura adotada pela Impugnante para a aquisição do investimento na Ipiranga é inteiramente regular. A estruturação da operação conhecida como “compra alavancada” ou “compra financiada” é prática usual e comum. Não se trata de uma estrutura qualquer ou negócio jurídico ilegal ou abusivo, mas sim de uma prática regular, legítima, e habitual no mercado de aquisições e em operações envolvendo recursos financeiros.

70. O Relatório Fiscal afirma que “se a aquisição tivesse ocorrido diretamente por qualquer uma das duas companhias chilenas, o ágio não poderia ser aproveitado para reduzir tributos no Brasil” e que uma “compra direta da Ipiranga pela CCA ou Andina, seguida de sua incorporação, traria os mesmos efeitos sob o ponto de vista comercial”, sendo que se “contesta a forma como se operacionalizou a aquisição” (fl. 5025).

71. Mesmo o conceito chavão de “real adquirente” não sendo aplicável ao caso, ele não seria motivo suficiente para desqualificar os efeitos tributários de atos jurídicos (e, consequentemente, do ágio pago a terceiros), contanto que os requisitos legais sejam cumpridos. Esse posicionamento tem sido reiteradamente adotado pelo E. CARF e C. CSRF, conforme ilustram os precedentes mencionados às fls. 5392-5393.

72. A autoridade lançadora defendeu a aplicação retroativa das regras da Lei nº 12.973/2014, desconsiderando o disposto no artigo 144 do CTN, além do RTT. Apenas a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.973/2014 em 2015 é que o ágio equivaleu à expressão “goodwill”, sendo definido pelo montante do preço de aquisição que superar o valor justo dos ativos líquidos da empresa adquirida. Vale notar que antes da entrada em vigor da referida lei, o RTT, criado pela Lei nº 11.941/2009 e mencionado pelo Relatório Fiscal, manteve neutro de efeitos

tributários os novos padrões contábeis, de modo que a contabilidade poderia registrar o goodwill, atendendo aos novos padrões, e os registros fiscais, notadamente o FCONT, identificava o ágio amortizável para fins fiscais seguindo as regras contábeis vigentes até 2007. Portanto, diferentemente das alegações da autoridade lançadora, valores registrados na contabilidade a título de goodwill em atendimento a regras contábeis do CPC 15 eram totalmente irrelevantes para fins tributários em virtude do RTT.

73. De todo o exposto, resulta claro que não houve qualquer irregularidade na escolha de um fundamento econômico, mas sim aquele estava tecnicamente justificado com base no laudo de rentabilidade futura e que motivou o pagamento do Ágio Ipiranga, em estrita observância ao regime da Lei nº 9.532/97.

II.2. A dedutibilidade das despesas de juros (empréstimos juntos à Andina, no exterior)

74. As alegações fiscais pertinentes a este tema não merecem prosperar, porquanto a autoridade lançadora agiu com verdadeira (e indevida) ingerência sobre as negociações particulares da Impugnante, desconsiderando os efeitos tributários de negócios jurídicos válidos, o que, por não ser admitido, deve ensejar o cancelamento do Auto de Infração ora combatido.

75. Os encargos referentes ao empréstimo contratado pela Impugnante para o pagamento de parcela do preço de compra da Ipiranga representam, por óbvio, despesa operacional e são plenamente dedutíveis, nos termos do que prevê o artigo 374 do RIR/99 vigente à época e o artigo 398 do RIR/2018, com fundamento legal no artigo 17, parágrafo único do Decreto-lei nº 1.598/77.

76. Tratando-se de despesas com juros oriundos de empréstimo contraído para financiar essa aquisição e possibilitar a expansão dos negócios da Impugnante em novo território de abrangência do Sistema Coca-Cola, não há dúvida que se está tratando de despesa operacional, logo, dedutível.

77. Veja-se também a previsão específica contida no artigo 31 da Lei nº 11.727/2008 que trata da possibilidade de postergação do reconhecimento de despesas financeiras relativas a empréstimos obtidos para investimento em controladas por sociedades holding, atividade que consta no objeto social da Impugnante, reforça a possibilidade de dedução dos juros pagos à Andina.

78. Merecem ser considerados, ainda, os Pareceres Normativo CST nº 127/73 e 138/75, os quais, respectivamente esclarecem que: a) os dispêndios decorrentes da obtenção de empréstimo são despesas operacionais, sendo dedutíveis independentemente de sua vinculação direta com a aquisição do bem; b) os juros relativos aos empréstimos e saldos credores de contas correntes de sócio, acionista, dirigente, administrador ou participante nos lucros de pessoa jurídica, são admitidos como despesas operacionais, desde que haja contrato escrito com cláusula expressa, bem como que as taxas percentuais acordadas não sejam superiores às comumente utilizadas no mercado financeiro, e nem às relativas aos empréstimos menos onerosos obtidos pela pessoa jurídica.

79. No caso sob análise, é indiscutível a necessidade da despesa com juros, visto que o Contrato de Empréstimo a que se refere, firmado entre a Impugnante e a Andina, permitiu que a Impugnante financiasse parcela do preço de aquisição da Ipiranga que se obrigou a pagar aos Vendedores, operação que visava o

crescimento e a expansão dos negócios da Impugnante, com a consolidação da sua posição de liderança no Sistema Coca-Cola no Brasil.

80. A compra da Ipiranga pela Impugnante não teria sido viabilizada sem tal financiamento, fosse pela Andina, outra empresa ou instituição financeira no exterior ou no Brasil (inclusive com taxas de juros significativamente superiores).

81. A possibilidade de celebração de empréstimo entre empresas brasileiras e partes relacionadas no exterior, além de não ser vedada pela legislação tributária, é regulada expressamente pela Lei nº 9.430/96.

82. Vale destacar ainda que as despesas incorridas com o empréstimo, obtido junto à Andina, controladora direta no exterior, poderiam ter sido pagas a essa sócia investidora sob a forma de JCP, também dedutíveis para fins de apuração do IRPJ e da CSLL durante os anos-calendário de 2017 e 2018, caso tivesse optado por aportar a integralidade dos valores a título de aumento do capital social da Impugnante.

83. Fica claro, pois, que o empréstimo não gerou qualquer “economia fiscal indevida” como indevidamente apontado pelo Relatório Fiscal, vez que se os tivessem sido totalmente integralizados pela Andina, haveria um numerário maior de JCP a ser pago ou ainda caso tivesse obtido um financiamento local junto a instituições financeiras e, por sua vez, despesa a ser deduzida das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL seria superior, evidenciando também por esse motivo a fragilidade da tese fiscal. II.3. A validade do Ágio UBI3

84. A venda das operações dos “Sucos Ades” pelo Grupo Unilever representava uma etapa na reestruturação de seu portfólio de produtos na América Latina, assim como uma oportunidade para focar seus investimentos em suas outras atividades. A referida venda foi precedida, no Brasil, por uma reorganização promovida pelo Grupo Unilever. Essa reorganização envolveu a constituição de uma nova pessoa jurídica por tal grupo, cujo capital social seria integralmente formado com os bens e direitos vinculados operação dos “Sucos Ades”, até então detidos pela Unilever Industrial. O objetivo, portanto, era que a nova sociedade empresária centralizasse as atividades operacionais de produção e venda dos “Sucos Ades” e pudesse operar em separado da Unilever Industrial.

85. A sociedade eleita pelo Grupo Unilever para tal finalidade foi a UBI3, constituída em 10.02.2017, cujo objeto social consiste na “administração de bens próprios” (fls. 3577 a 3701). O capital social da UBI3 totalizava R\$ 71.153.655,00, dividido em 71.153.656 quotas, o qual deveria ser integralizado até 03.03.2017.

86. O capital social da UBI3 foi integralmente subscrito e integralizado, pela Unilever Industrial, em bens e direitos avaliado a valor de livros contábeis pelo laudo de avaliação elaborado pela Pricewaterhouse Coopers Auditores.

87. Concluída a reorganização, as onze empresas do Sistema Coca-Cola no Brasil, incluindo a Impugnante, firmaram, na condição de “Compradoras”, o “Contrato de Compra e Venda de Quotas” (“Contrato” – fls. 1065 a 1073) com a Unilever Industrial e a Unilever Brasil, na condição de “Vendedoras”. O Contrato foi celebrado em 28.03.2017 entre essas sociedades, tendo por objeto a venda da totalidade das quotas da UBI3 para tais empresas, pelo valor global de US\$ 80,70 milhões.

88. Sob a perspectiva da Impugnante, esta adquiriu diretamente do Grupo Unilever um total de 6.048.061 quotas da UBI3, representativas de 8,5% do seu capital social, mediante pagamento em dinheiro do valor de R\$ 21.434.566,44 (8,5% sobre o preço total pago na operação de R\$ 252.171.359,9614), conforme comprovante de transferência bancário anexo (fl. 850). O valor contábil do investimento adquirido era de R\$ 6.048.060,76, resultando no “sobrepço” pago de R\$ 15.386.505,68.

89. Em vista da conclusão do ato de aquisição do investimento na UBI3, do pagamento do preço de compra respectivo e da qualificação da operação como uma “Combinação de Negócios” à luz do CPC 15, a Impugnante, como adquirente do investimento, devia, nos termos do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, alterado pela Lei nº 12.973/2014, desdobrar o custo de aquisição em: (i) valor de patrimônio líquida da UBI3 na data de aquisição (considerando o percentual de 8,5% do investimento adquirido); (ii) mais ou menos-valia, que correspondia à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da UBI3 e o respectivo valor patrimonial; e (iii) ágio por rentabilidade futura (goodwill), o qual correspondia à diferença entre o custo do investimento e a soma dos valores indicados nos itens (i) e (ii).

90. De acordo com a avaliação econômico-financeira da UBI3, com a alocação do preço de compra (“Laudo PPA”) aos valores justos dos ativos intangíveis, tangíveis identificados e passivos assumidos, o laudo indica a alocação de (i) R\$ 8,66 milhões aos ativos tangíveis (ativos imobilizados); (ii) R\$ 3,44 milhões aos ativos intangíveis; (iii) R\$ 1,07 milhões de passivos contratuais; e (iv) 10,43 milhões a título de goodwill, totalizando o preço total de compra de R\$ 21,47 milhões pago pela Sociedade.

91. Encerrada a etapa do processo de integração entre as operações de bebidas e com o objetivo de permitir que os fabricantes do Sistema Coca-Cola passassem a fabricar e comercializar os “Sucos Ades”, foi implementada a cisão parcial de UBI3 em abril de 2018, com a incorporação das parcelas patrimoniais cindidas pelos respectivos compradores, proporcionalmente à participação individual de cada um deles na UBI3, incluindo o acervo patrimonial incorporado pela Impugnante.

92. Como resultado desse evento societário, ocorrido mais de um ano após a aquisição do investimento, a Impugnante passou a deduzir o Ágio UBI3 para fins fiscais à razão de 1/60 avos por mês, conforme autorizado pela legislação de regência, notadamente a Lei nº 12.973/2014 aplicável à operação, nos termos em que dispõe o artigo 65 da Lei nº 12.973/2014 e o artigo 144 do CTN.

93. O exercício do direito à dedução fiscal do Ágio UBI3 se baseia nos artigos 20 e seguintes da Lei nº 12.973/2014, à luz do disposto no artigo 65 da referida lei e no artigo 144 do CTN. O artigo 65 prevê a aplicação obrigatória do novo regramento às aquisições de participação societária ocorridas a partir de 2015, tal como a aquisição da UBI3 pela Impugnante, ocorrida em fevereiro de 2017.

94. No caso sob análise, o Laudo PPA foi preparado em 23.04.2018, cujo sumário foi registrado em Cartório de Títulos e Documentos em 26.04.2018, isto é, antes do último dia útil do 13º mês seguinte à aquisição que foi concretizada em março de 2017. Ignorar esse fato é negar a vigência as regras do referido regime da Lei nº 12.973/2014, o que deve ser afastado de imediato por essa C. Turma de Julgamento.

95. Todos os requisitos para dedutibilidade do ágio exigidos pelo regime da Lei nº 12.973/2014 foram cumpridos pela Impugnante, conforme sumarizado na tabela abaixo:

Requisito	Atos realizados pela Impugnante	Documentação comprobatória
Aquisição de participação societária	Aquisição do investimento na UBI3 pela Impugnante e demais sociedade do Sistema Coca-Cola no Brasil, mediante pagamento do preço de compra em dinheiro ao Grupo Unilever (a Unilever Industrial figurou como vendedora) – parcela do preço definida pela Contrato de Compra e Venda. Não procede, como será retomado abaixo, a afirmação do Relatório Fiscal de que a operação envolveu a “compra de ativos diretamente, em detrimento da aquisição de participação societária”.	Contrato de Compra e Venda (fls. 1065 a 1073), comprovantes de transferência bancária, declarações transmitidas à RFB e ágio pago, comunicados e documentos públicos divulgados ao mercado
Desdobramento do custo de aquisição e registro do ágio	O investimento na UBI3 foi avaliado pelo MEP, havendo o desdobramento do custo de aquisição, com o registro contábil da mais-valia e do ágio por rentabilidade futura	Valores informados nas declarações transmitidas à RFB (ECD e ECF), assim como demonstrações financeiras auditadas
Elaboração e registro	O pagamento do ágio e a mensuração do valor justo do acervo líquido (mais-valia) estão	Laudo PPA (fls. 340 a 382) e o comprovante
tempestivo do Laudo PPA	suportados documentalmente pelo Laudo PPA preparado pela Tattica Finanças Corporativas, o qual determinou os valores dos ativos líquidos identificáveis adquiridos com os respectivos valores contábeis e valores justos. Não prevalece, como será retomado, o entendimento do Fisco de que o laudo seria “intempestivo”, na medida em que elaborado após a aquisição do investimento. O regime da Lei nº 12.973/2014 fixou o prazo máximo de 13 meses para elaboração e registro desse documento técnico preparado por terceiros independentes.	de registro tempestivo em Cartório de Títulos e Documentos
Absorção da pessoa jurídica a que se refira a mais-valia e o ágio pela pessoa jurídica investidora	Ocorreu a cisão parcial da UBI3, com a incorporação do acervo cindido pela Impugnante, ocorrendo a alegada “confusão patrimonial”.	Documentos societários públicos arquivados na Junta Comercial e declarações transmitidas à RFB
Transações realizadas entre partes independentes	Não há qualquer forma de vinculação entre a Impugnante (empresa franqueada do Sistema Coca-Cola no Brasil), adquirente do investimento na UBI3 e o Grupo Unilever.	Documentos públicos divulgados ao mercado pela controladora indireta da Impugnante (CCA) e documentos da operação submetidos ao CADE

96. Como se percebe, não há qualquer requisito no regime da Lei nº 12.973/2014, aplicável a essa operação como impõe o artigo 144 do CTN, que não tenha sido atendido, além de inexistir vícios.

97. Também se revela impossível requalificação da aquisição do investimento na UBI3 como uma compra de ativos isoladamente, conforme pretendido pela Fiscalização. Sobre o tema, deve-se considerar que: a) a Impugnante não comprou os milhares de ativos isolados ou fracionados do Grupo Unilever, mas sim a

participação numa sociedade brasileira (à luz do seu objeto social de administração de bens próprios), a UBI3, que era titular de um “pacote, isto é, o conjunto de bens e direitos voltados ao desenvolvimento do negócio de “Sucos ADES” no Brasil; b) o preço foi pago em contrapartida da transferência da participação societária adquirida na UBI3 (o “pacote”); c) a estrutura de venda foi motivada por razões negociais e econômicas inerentes ao formato e complexidade do negócio; d) inexistiu qualquer vício em tal fato, refletindo a efetiva vontade das partes que se sujeitaram a todos os legítimos efeitos daí decorrentes; e) a estrutura acordada entre as partes, envolvendo a compra do investimento na UBI3 foi avaliada e aprovada pelas autoridades reguladoras brasileira, dentre outros aspectos.

98. As partes possuem liberdade para definir a forma como a o negócio seria vendido, no âmbito da liberdade de opções empresariais e da livre iniciativa previstas no artigo 170 da CF/88, sendo que ninguém é obrigado a optar por uma alternativa que implique maior carga tributária ou restrinja o exercício de direitos positivados na legislação, conforme inclusive atestado pelo A. STF no julgamento da ADI nº 2446. 99. O entendimento acima já foi adotado pelo E. CARF no acórdão nº 1201-001.669 (sessão de 16.05.2017 – “Caso Elizabeth Revestimentos”). O Tribunal reconheceu que o objetivo do comprador era adquirir um “pacote”, representado pela sociedade alienada que traria consigo todo um conjunto de fatores, incluindo ativos, que possibilitaria ao comprador a efetiva exploração do ramo de louças sanitárias. 100. Também merece ser considerado o posicionamento firmado pela C. CSRF no acórdão nº 9101-003.208 (sessão de 08.11.2017, “Caso Bunge Fertilizantes”) que afastou a exigência fiscal sob o fundamento de que a empresa adquirida, reputada pelo Fisco como “empresa-veículo” não foi constituída pelo grupo comprador, mas sim pelo grupo vendedor, cancelando a glosa do ágio pago a partes independentes, posteriormente amortizado para fins fiscais pela empresa adquirente. 101. Por fim, veja-se ainda que a estrutura negocial adotada também resguardou a lisura da postura perante o órgão regulador, o CADE, objeto do Ato de Concentração nº 08700.006015/2016- 71 citado pelo próprio Relatório Fiscal. Os pedidos submetidos ao CADE, incluindo organogramas apresentados, deixavam claro que a operação no Brasil incluía (i) ações da empresa-objeto brasileira (UBI); e (ii) a transferência de determinados funcionários de P&D e da planta piloto no Brasil. Ou seja, diferentemente das incorretas afirmações lançadas pelo Relatório Fiscal, o CADE, avaliou desde o início a operação, e, posteriormente, aprovou sem restrições como sendo a “compra de participação societária na empresa-objeto brasileira”. **102. Do exposto, conclui-se que a utilização da UBI3 (empresa constituída pelo Grupo Unilever e não pelas sociedades adquirentes) jamais foi impulsionada por objetivos fiscais, tampouco envolveu operações com vistas a unicamente permitir a posterior dedução fiscal do ágio pago em dinheiro, como indevidamente alegado pelo Relatório Fiscal. Esses efeitos tributários foram uma decorrência natural dos atos praticados, não havendo que se falar em artificialidade ou irregularidade na apuração e registro do Ágio**

103. No tocante ao prazo para elaboração do laudo de avaliação, ponderou que se trata de obrigação surgida somente surgiu a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.973/2014, regulada pela Instrução Normativa RFB nº 1.700/2017. No seu entender, essas normas fixaram o prazo de elaboração do laudo por empresa especializada e independente até o último dia do 13º mês subsequente ao da

aquisição da participação, requerendo que esse documento seja protocolado no RFB ou tenha seu sumário registrado em Cartório.

104. No entender da Impugnante, carece de base legal o entendimento adotado pela autoridade autuante, no sentido de que o aludido laudo de avaliação ou estudo deveria ocorrer antes da celebração do negócio. 105. No presente caso, o Laudo PPA foi emitido em 23.04.2018 por empresa especializada e independente (Tatticca Finanças Corporativas – fls. 340 a 382) e seu sumário foi tempestivamente registrado no 3º Ofício do Cartório de Títulos e Documentos, do Município do Rio de Janeiro/RJ em 26.04.2018, isto é, antes do último dia útil do 13º mês seguinte à aquisição que foi concretizada em março de 2017. Inegável, assim, a tempestividade desse documento técnico e o atendimento ao requisito da contemporaneidade fixado pelo regime da Lei nº 12.973/2014 aplicável ao Ágio UBI3.

III. Não cabimento da multa qualificada, da multa isolada e dos juros sobre multa

106. A multa qualificada foi imposta em evidente alteração de critério jurídico. Essa alteração ocorreu pois os aspectos relevantes relacionados ao Ágio Ipiranga foi objeto dos Processos Administrativos nº 16682.721.042/2019-12 e 16682.721.154/2020-07, nos quais não se vislumbrou a ocorrência de qualquer hipótese capaz de ensejar o agravamento (sic) da multa de ofício para o patamar de 150%.

107. Embora o Fisco não esteja proibido de alterar o critério jurídico adotado anteriormente para realização do lançamento, lhe é vedado fazê-lo com efeitos que retroajam ao momento em que manifestada a alteração no critério adotado, conforme expressamente disposto no artigo 146 do CTN.

108. Considerou arbitrária e descontextualizada a narrativa da autoridade fiscal, no sentido de que a Impugnante participou ativamente da forma como foram estruturadas as operações, razão pela qual teria agido conscientemente no sentido de excluir os referidos ágios, artificialmente “produzidos”, e as despesas de juros da apuração das bases tributáveis do IRPJ e da CSLL, eximindo-se da imputação tributária, incidindo desse modo, em fraude contra a Fazenda Pública.

109. Com base neste entendimento equivocado, o lançamento aplicou a multa qualificada de 150% sob a justificativa da ocorrência de fraude e conluio (este último vício foi imputado unicamente em relação à operação envolvendo a compra do investimento na UBI3), nos termos dos artigos 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

110. Afirmou que a análise da Lei nº 4.502/64 deve observar dois aspectos fundamentais: (i) somente há fraude e conluio se há dolo (elemento volitivo) 20; e (ii) a fraude e o conluio pressupõem a ocorrência do fato gerador. Ambos estão ausentes no caso.

111. No tocante ao dolo, destacou que a controvérsia em torno sobre o tema “ágio” é conhecida e conta com inúmeros precedentes favoráveis aos contribuintes, tanto na esfera administrativa e judicial. Não há, portanto, como se afirmar que as partes envolvidas estivessem ciente, à época, de que a estrutura da operação seria considerada inválida pelo Fisco.

112. Nesse sentido, a própria RFB e a PGFN reconhecem que a matéria envolve significativa controvérsia. Tanto é assim que o Edital de Transação por Adesão

PGFN/RFB nº 09/2022 dispõe que a “utilização de empresa veículo” corresponde a questão de “contencioso tributário de relevante e disseminada controvérsia jurídica”. Se a questão é tão controversa, impossível se falar em dolo, posto que esse pressupõe a ciência da ilicitude da conduta e de seu resultado.

113. Ponderou que a mera divergência na interpretação da lei tributária não é suficiente à qualificação da multa. Se assim fosse, todo o lançamento seria acompanhado de multa de 150%. A esse respeito, vale destacar que o E. CARF possui a Súmula, nº 14, no sentido de que a simples omissão de receita ou rendimento não autoriza a qualificação da multa, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

114. No tocante à aquisição da UBI 3 rechaçou a acusação de conluio, posto que tal figura jurídica exige, para a sua consumação, que um conjunto de pessoas físicas ou jurídicas se afilie a fim de praticar fraude. Nesse caso, tendo-se afastado a configuração de fraude (seu pressuposto), por consequência, não se poderá falar em conluio, nos termos do dispositivo legal que o prescreve.

115. Afirmou que as operações realizadas e descritas nos autos, além de jamais poderem ser enquadradas como “irregulares ou fraudulentas”, foram realizadas no exercício regular das atividades empresariais da Impugnante (que envolve a aquisição de novos investimentos e expansão dos negócios). Essas operações, com destaque para a compra da Ipiranga, foram pactuadas após a aprovação expressa da sócia controladora Andina, conforme determinação expressa do Contrato Social, não sendo atos que possam ser atribuídos aos diretores da Impugnante, que sempre pautaram sua atuação com lisura, fidúcia, transparência e boa-fé, além das melhores práticas de governança.

116. Em suma, os elementos de prova aqui apresentados, analisados à luz das explicações fornecidas na presente impugnação, não permitem que se cogite de uma suspeita minimamente racional de fraude, conluio ou de qualquer tipo de conduta dolosa por parte da Impugnante ou de qualquer outra parte envolvida. Em defesa do seu entendimento, fez referência a precedentes do CARF e da CSRF, fls. 5428-5429, os quais concluíram, basicamente, que “o rótulo de empresas-veículo não basta para caracterizar fraude ou o seu intuito, tampouco qualquer outro ilícito e nem pode se amoldar à previsão da Lei nº 4.502/64”.

117. Assim, na remota hipótese de ser mantido o lançamento, deve ser cancelada a qualificação da multa de ofício, visto que não restou caracterizada a prática de ação dolosa visando impossibilitar a ocorrência ou o retardamento do fato gerador de tributo, de qualquer conduta “fraudulenta” ou muito menos de “conluio”.

IV. Outras alegações

118. Ao final de sua peça impugnatória, a contribuinte apresentou argumentos acerca das seguintes temas: a) abusividade da exigência concomitante de multa isolada e multa de ofício; b) impossibilidade de se exigir multa isolada após o encerramento dos anos-calendário de 2017 e 2018; c) decadência da multa isolada; d) inaplicabilidade dos juros sobre multa. V – Pedidos de produção de provas

119. A Impugnante protestou pela produção de todas as provas admitidas, especialmente a realização de diligências e a juntada de outros documentos, assim como pela oportuna sustentação oral de suas razões de defesa

IMPUGNAÇÕES – RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS

120. Os responsáveis solidários John Davis Bouchier Parkes Dick, Rodrigo Klee de Vasconcelos, Antonio Rui de Lima Barreto Coelho, Renato Barbosa e Fernando Jorge Fragata de Moraes Costa apresentaram impugnações individuais, respectivamente às fls. 5158-5201, 5210-5253, 5262-5305, 5314-5357 e 5672-5714. As impugnações apresentadas são praticamente idênticas em seu teor e forma. Basicamente os referidos responsáveis reiteraram os argumentos de defesa apresentados pela contribuinte Rio de Janeiro Refrescos.

121. Especificamente no que tange à atribuição de responsabilidade tributária solidária, afirmaram que tal responsabilização se deu unicamente pelo fato de tais pessoas ocuparem o cargo de diretor da pessoa jurídica autuada, no período fiscalizado.

122. Afirmaram que, nesse contexto, o lançamento presumiu, mas jamais comprovou, o suposto envolvimento do Impugnante e demais diretores na prática de atos tidos como irregulares.

123. Reiteraram que os aspectos relevantes do Ágio Ipiranga, glosados pelo Auto de Infração, foram anteriormente examinados pela RFB nos Processos Administrativo nº 16682.721.042/2019-12 e 16682.721.154/2020-07 que se relacionam aos anos-calendário de 2014 a 2016, ocasião em que não se vislumbrou a ocorrência de qualquer hipótese capaz de ensejar a qualificação da multa de ofício, com a imposição da multa regular de 75% ou ainda a responsabilidade pessoal de qualquer dos diretores sob o fundamento da prática de “atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”, nos termos do artigo 135, inciso III do CTN.

124. Afirmaram que a inclusão dos impugnantes no polo passivo como responsável pessoal e solidário foi feita sem qualquer preocupação em se identificar o ato individualizado que teria sido praticado por eles e tampouco em se evidenciar a prática de ato em excesso de poderes ou em infração à lei ou ao Contrato Social da RJR na condição de diretor que permitiriam a responsabilização pessoal com base no artigo 135 do CTN.

125. Não consta do Relatório Fiscal sequer uma linha destinada a esclarecer qual a conduta praticada pelo impugnante que teria ensejado a imposição de responsabilidade solidária por créditos tributários de terceiros. Entretanto, não basta indicar que o Impugnante pode ser responsabilizado pelo fato de ocupar o cargo de diretor da RJR e, nesse sentido, que a “Diretoria era responsável pela administração e gerência da sociedade no período”, presumindo a sua responsabilidade pessoal e envolvimento a partir do cargo ocupado.

126. Em suma, consideraram que não basta que o Fisco simplesmente alegue que o diretor tinha poderes de administração e gestão da sociedade, inclusive junto com outros representantes do contribuinte (já que o Impugnante sequer pode atuar de forma isolada, conforme restrição expressa contida na cláusula do Contrato Social que é citada pelo Relatório Fiscal), sem apontar ou comprovar atos que tenham sido efetivamente executados pelo respectivo diretor.

127. Arguíram a nulidade da motivação para imputar a responsabilidade aos Impugnantes e a ilegitimidade passiva das pessoas físicas dos diretores para figurar como responsáveis pessoais e solidários.

128. Argumentaram que no Relatório Fiscal, fls. 5063 (item 148), há uma simples alegação de que os Impugnantes, nos cargos de diretores, eram “responsáveis pela administração e gerência” da RJR.

129. Essa mera alegação, sem a comprovação de atos concretos cometidos pelos Impugnantes nos cargos ocupados, não seria suficiente para atribuir prática de ato infracional ou qualquer outra conduta praticada por estes que justificasse a imputação da responsabilidade tributária. Isto é, indicações genéricas não são motivos concretos para a responsabilização, uma vez que abarcam, sem especificidade, ações dentro de um universo possível de condutas.

130. A responsabilidade pessoal de pessoas físicas que ocupam cargo de gestão, nos termos do artigo 135, inciso III do CTN (diretores, gerentes ou representantes), é medida extrema, que deve ser aplicada com cautela e com a comprovação de excesso de poderes. Não se trata de uma medida trivial e presumida que possa ser adotada ao sabor da autoridade lançadora.

131. Neste sentido, a Instrução Normativa RFB nº 1.862/2018 dispõe que o lançamento de ofício deve ser realizado observando uma série de requisitos formais e substanciais, estando, dentre eles, a “descrição dos fatos que caracterizam a responsabilidade tributária”. Essa norma prevê ainda que o auditor fiscal deverá reunir provas indispensáveis à comprovação da responsabilidade tributária.

132. É certo que atuar como diretor, praticando os atos legítimos competentes à função para a qual a pessoa foi designada pelo Contrato Social, que inclusive foram expressa e previamente autorizados pelo sócio controlador da RJR, como requerido pelo referido ato societário dessa sociedade, não pode, por si só, ser considerado como ato cometido com excesso de poderes, infração a lei ou Contrato Social. Esse posicionamento, como será visto adiante, tem sido reiteradamente adotado por precedentes do E. CARF e C. CSRF.

133. Arguiram a inaplicabilidade do art. 135, III do CTN ao caso sob análise, tendo em vista a ausência de demonstração, pelo Fisco, da prática de atos com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatutos por parte do responsável tributário, evidenciando que este não agiu em nome da sociedade e no curso das atividades operacionais regulares, mas que praticou atos seus, aptos a lhe ensejar a responsabilidade tributária pessoal, e que foram comprovados pelos Fisco nos autos do processo.

134. Atos de gestão excessivos são, por definição do próprio dispositivo do CTN, aqueles que contrariam o estatuto ou o contrato social da empresa. Vale dizer, são os atos praticados diretamente por dirigentes contrários às atribuições que lhe foram conferidas pelas normas internas da sociedade. Neste sentido, os Impugnantes fizeram referência a precedentes judiciais e administrativos, fls. 5690-5694.

135. Argumentaram que a atribuição de responsabilidade tributária, no caso concreto, baseou-se em simples presunção, decorrente dos cargos executivos ocupados pelo Impugnante. Essa presunção, contudo, não está baseada em lei ou na Instrução Normativa RFB nº 1.862/2018. Exige-se prova, e não presunção!

136. Mencionaram que a cláusula 8ª do Contrato Social da RJR impõe diversas limitações aos poderes dos diretores, exigindo a aprovação formal prévia e expressa da sócia controladora, a sociedade chilena Andina, para diversos atos,

como por exemplo, (i) a solicitação ou contratação de empréstimos ou financiamentos, seja sob a forma de mútuos, notas promissórias, utilização de limite de crédito, desconto, abertura de linha de crédito ou qualquer US\$30.000.000,00 e/ou representem montante superior a 10% do patrimônio líquido da RJR; (ii) assinatura de contratos de qualquer natureza contendo obrigações de pagamento pela RJR de valores superiores a 10% do patrimônio líquido da mesma e a renúncia de quaisquer direitos da RJR; (iii) concessão de qualquer tipo de garantia em favor de terceiros, dentre outras hipóteses. Os Impugnantes não estavam autorizados, portanto, a realizar qualquer desses atos individualmente, como de fato não o fizeram.

137. Em estrito cumprimento a essa disposição expressa do Contrato Social, veja-se que a compra do investimento na Ipiranga, pela RJR, assim como a celebração do Contrato de Empréstimo, foram atos expressamente autorizados pela sócia Andina.

138. A bem da verdade é que, no exercício regular das atividades empresariais (que envolve a aquisição de novos investimentos e expansão dos negócios), a RJR praticou negócios jurídicos válidos e legítimos, que foram indevidamente reputados pelo Fisco como “irregulares e fraudulentos”, os quais somente foram pactuados após a aprovação da referida sócia controladora, não sendo atos que possam ser atribuídos ao Impugnante, na condição de diretor da RJR e que sempre pautou sua atuação com lisura, fidúcia, transparência e boa-fé, além das melhores práticas de governança.

139. Em defesa de seu entendimento, invocaram o Código Civil, o qual estabelece no seu artigo 188, I que “não constituem atos ilícitos aqueles praticados no exercício regular de um direito reconhecido”, exatamente como é a compra de investimentos em outras sociedades operacionais, além da contratação do empréstimo, em estritas condições de mercado, para financiar o pagamento de parcela do preço de compra acordada no Contrato de Compra e Venda.

140. Os Impugnantes, embora gozassem de legítimos poderes atribuídos pelo Contrato Social, que são usais, comuns e necessários para o desenvolvimento de atividades operacionais, jamais praticaram qualquer ato que se distanciou dos poderes ordinários que foram lhe foram atribuídos, estritamente condizentes aos limites do cargo executivo ocupado. Sempre agiu nos exatos termos da legislação aplicável, sem realizar qualquer conduta que pudesse ser entendida como infração à lei ou aos atos societários.

141. No tocante ao mérito das acusações fiscais, defenderam a improcedência das glosas promovidas pelo lançamento: inexistência de vícios nos atos praticados pela RJR e a consequente impossibilidade de responsabilização do Impugnante. Neste intuito, reiteraram os argumentos de defesa apresentados pela contribuinte Rio de Janeiro Refrescos, em especial aqueles tendentes a refutar a qualificação da multa de ofício.

142. Arguiram que o mero inadimplemento do recolhimento de tributo não configura hipótese de responsabilidade pessoal do Impugnante, conforme prevê a Súmula nº 430 do STJ.

143. Fizeram referência ao Acórdão CARF nº 3401-007.239 (sessão de 28.010.2020): “Não havendo provas da existência de fraude ou abuso de poder, não há que se falar em responsabilidade tributária solidária com a pessoa jurídica,

devendo ser afastada qualquer imputação ou penalidade aplicada sobre os sócios e gestores da pessoa jurídica. Sócio não administrador, sem poderes de gestão, somente pode ser responsabilizado mediante comprovação de sua participação ativa nos atos fraudulentos que ensejaram a autuação”. Nesse mesmo sentido, mencionaram o Acórdão CARF nº 3301-011.771 (sessão de 16.11.2022), dentre outros precedentes judiciais e administrativos, fls. 5710-5712.

144. É o relatório.

O acórdão recorrido (efls. 5755/5842), contudo, reconheceu parte do crédito tributário, exonerando o restante, conforme ementa abaixo:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2017, 2018

ÁGIO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. AMORTIZAÇÃO. INVESTIDOR ORIGINAL. DESEMBOLSO DE RECURSOS.

A confusão patrimonial que dá ensejo a amortização fiscal de ágio é a que ocorre entre a pessoa jurídica que efetivamente desembolsa recursos, com ágio, e a pessoa jurídica objeto do investimento.

ÁGIO GERADO EM OPERAÇÃO ENVOLVENDO EMPRESA DO EXTERIOR. IMPOSSIBILIDADE DE AMORTIZAÇÃO.

A legislação que permite a amortização fiscal do ágio é nacional, devendo ser aplicada tão somente às empresas domiciliadas internamente que adquirem investimentos com ágio. A extensão ao alcance das regras fiscais a reais adquirentes domiciliados no exterior deve ser afastada pela fiscalização e o ágio amortizado deve ser objeto de glosa fiscal.

COMPRA E VENDA DE ATIVOS. INEXISTÊNCIA DE AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

Simples operação de compra e venda de ativos (tangíveis e intangíveis) não autorizam a geração futura de despesas dedutíveis a título de ágio, o que somente pode acontecer no caso de aquisição de participações societárias.

DESPESAS FINANCEIRAS. DEDUTIBILIDADE. Somente são admitidas como dedutíveis as despesas consideradas necessárias, usuais e normais à manutenção da atividade econômica da pessoa jurídica. Assunto: Normas de Administração Tributária Ano-calendário: 2017, 2018

CSLL.

LANÇAMENTO DECORRENTE.

Por se tratar de exigência decorrente da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada, no mérito, a mesma decisão proferida para o Imposto de Renda, desde que não presentes arguições específicas ou elementos de prova novos.

ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO. ART. 146 CTN. INOCORRÊNCIA. DIFERENTES FATOS GERADORES. ANOS-CALENDÁRIO DIVERSOS.

A regra estabelecida no art. 146 do CTN não abarca fatos geradores ulteriores, ainda não lançados, mesmo que referentes à mesma operação societária. Tal dispositivo não impede que as autoridades fiscais possam aplicar uma

determinada penalidade referente a um ano-calendário e em novo lançamento, referente a fatos geradores posteriores, alegar novos fundamentos para qualificar a referida penalidade.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DAS ESTIMATIVAS MENSAIS DE IRPJ E CSLL. COBRANÇA CONCOMITANTE COM MULTA DE OFÍCIO. Não há impedimento legal para a incidência da multa isolada cominada pela falta de pagamentos das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL, concomitantemente com a multa de ofício.

MULTA QUALIFICADA. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. SIMULAÇÃO. REQUISITOS. A multa de ofício qualificada incide quando estiver individualizada e comprovada a conduta dolosa de simulação, fraude ou conluio. A controvérsia quanto à qualificação jurídica de planejamento tributário não se amolda à regra-matriz da qualificação da multa.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DAS ESTIMATIVAS MENSAIS DE IRPJ E CSLL. COBRANÇA CONCOMITANTE COM MULTA DE OFÍCIO. Não há impedimento legal para a incidência da multa isolada cominada pela falta de pagamentos das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL, concomitantemente com a multa de ofício.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. DIRETOR. ATO ILÍCITO.

A imputação de responsabilidade tributária implica a descrição dos atos ilícitos perpetrado pela pessoa responsabilizada, o enquadramento legal do vínculo e a comprovação mediante provas. Se o fundamento para a responsabilização tributária for o mesmo utilizado para a qualificação de ofício da multa por fraude, e esta restou afastada, também se afasta a responsabilidade tributária.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Em síntese, assim ficou delimitada decisão recorrida:

Acordam os membros da 12ª TURMA/DRJ09 de Julgamento julgar parcialmente procedente a impugnação, conforme a seguir:

- i) por unanimidade de votos, improcedente a impugnação em relação à glosa das despesas com amortização do ágio Ipiranga; o julgador Eduardo Gabriel de Góes Vieira Ferreira Fogaça votou pelas conclusões;
- ii) por maioria de votos, procedente a impugnação em relação à glosa das despesas com juros, vencido o relator; (iii) por maioria de votos, improcedente a impugnação em relação à glosa das despesas com amortização do ágio UBI 3, vencido o julgador Jefferson José Rodrigues;
- iii) por maioria de votos, procedente a impugnação em relação à qualificação da multa de ofício, vencido o relator;
- iv) por maioria de votos, **procedentes as impugnações dos demais sujeitos passivos em relação à responsabilidade tributário, vencido o relator.**

Assim, os responsáveis solidários **foram excluídos do pólo passivo.**

Irresignado, e devidamente intimado (efls. 5860, em 13/11/2023), o contribuinte apresentou seu recurso voluntário em 11/12/2023 (efls. 5868/5929), repisando e reforçando os argumentos já apresentados em sede impugnatória, sintetizados abaixo:

Item II.B da impugnação: A dedutibilidade das despesas incorridas com o pagamento de juros à Andina no Chile (fls. 5400 a 5.407)

- A Recorrente comprovou que as despesas financeiras incorridas com o pagamento de juros no âmbito do Contrato de Empréstimo eram necessárias, usuais e normais para as suas atividades operacionais, nos termos do que prevê os artigos 299, 374 do RIR/99 vigente à época e o artigo 398 do RIR/2018, com fundamento legal no artigo 17, parágrafo único do Decreto-lei nº 1.598/77.
- Isso porque, os recursos ingressados no Brasil e obtidos pela Recorrente a partir desse contrato (registrado no BACEN) permitiram o financiamento de parcela do preço de aquisição da Ipiranga, operação que visou o crescimento e a expansão dos negócios da Recorrente e da sua área geográfica de atuação no Sistema Coca-Cola, o que proporcionou a entrada em novos mercados de distribuição de bebidas, com a consolidação da sua posição de liderança nesse sistema.
- A Recorrente demonstrou que (i) inexistente vedação em se contratar um empréstimo, junto a partes relacionadas ou terceiros localizados no Brasil ou no exterior, previamente à aquisição de investimentos; (ii) inexistem vícios nessa operação capazes de invalidar os seus legítimos efeitos. Não é possível desconsiderar os efeitos do pagamento de juros à Andina que emprestou os recursos financeiros, que integralmente foram submetidos à tributação pelo IRRF à alíquota de 15%, assim como respeitaram as regras de preços de transferência e de subcapitalização. Essas regras objetivas permitem que cada empresa possa decidir como se organizar, investir ou contratar com partes relacionadas no exterior.
- O empréstimo não gerou qualquer “economia fiscal indevida”, como indevidamente apontado pelo Relatório Fiscal, vez que caso os recursos tivessem sido totalmente integralizados pela Andina, haveria um numerário maior de Juros sobre o Capital Próprio - JCP a ser pago ou ainda caso tivesse obtido um financiamento local junto a instituições financeiras ou no mercado de capitais, a despesa a ser deduzida das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL seria superior ao percentual fixo de 6% por ano originalmente pactuado no Contrato de Empréstimo.
- O artigo 31 da Lei nº 11.727/2008 que trata da possibilidade de postergação do reconhecimento de despesas financeiras relativas a empréstimos obtidos para investimento em controladas por sociedades holding, atividade que consta no objeto social da Recorrente, assim como o Parecer Normativo CST nº 127/73, o qual esclarece que os dispêndios decorrentes da obtenção de empréstimo são despesas operacionais, sendo dedutíveis independentemente de sua vinculação direta com a aquisição do bem, o que reforça a possibilidade de dedução dos juros pagos à Andina.
- Reitere-se, por fim, que os recursos foram disponibilizados pela Andina à Recorrente de forma temporária, uma vez que esta assumiu a obrigação de restitui-los em sua integralidade em setembro de 2023, conforme acordado na Cláusula 4ª e refletido no RDE-ROF (TA667008). Essa obrigação foi integralmente cumprida pela Recorrente que, em 26.09.2023, efetuou o pagamento do valor principal, com a quitação plena, geral, irrestrita e irrevogável do empréstimo, conforme comprovada pela documentação anexa tais como RDE-ROF e Termo de Quitação, comprovantes bancários.

➤ Item III.2 da impugnação: inaplicabilidade da multa qualificada e a inexistência de fraude ou conluio (fls. 5.423 a 5.427)

- A Recorrente evidenciou a indevida aplicação da multa qualificada de 150%, já que em momento algum foi demonstrada a prática de fraude, dolo, sonegação, conluio nas operações realizadas, ou de quaisquer outros vícios de forma ou de vontade. As operações realizadas, além de jamais poderem ser enquadradas como “irregulares ou fraudulentas”, foram realizadas no exercício regular das atividades empresariais da Recorrente;

- Todas as operações foram realizadas às claras, de forma transparente e em estrita observância à lei aplicável, sendo divulgadas ao mercado, devidamente registradas nos órgãos públicos competentes e regularmente contabilizadas nos livros fiscais e contábeis das sociedades envolvidas, com a publicidade e registro de todos os atos nas Juntas Comerciais;

- A controvérsia aqui posta reside em mera divergência quanto à interpretação das normas aplicáveis em torno do reconhecimento e amortização fiscal do “ágio”, assim como realizadas em estritas condições de mercado entre partes independentes (e com pagamento em dinheiro), cujos valores são devidamente atestados por laudos produzidos por renomados assessores econômicos e financeiros, o que evidencia impossibilidade de majoração da multa;

- Especificamente quanto à aquisição da UBI 3, a autoridade lançadora simplesmente presumiu a existência do alegado “conluio”, sem ter em momento algum individualizado ou comprovado tal prática por parte da Recorrente ou das demais partes, numa operação entre dois renomados grupos empresariais e empresas não relacionadas, o que também demonstra a imprecisão para a tipificação desses tipos penais, que não podem ser presumidos;

- A multa qualificada também foi imposta em evidente alteração de critério jurídico. Essa alteração ocorreu pois os aspectos relevantes relacionados ao Ágio Ipiranga foi objeto dos Processos Administrativos nº 16682.721.042/2019-12 e 16682.721.154/2020-07, ocasião em que aquelas fiscalizações da própria RFB não vislumbraram a ocorrência de qualquer hipótese conduta capaz de ensejar a aplicação da multa qualificada. ▪ Por fim, com o advento da Lei nº 14.689/2023, vale destacar que, para fins de qualificação da multa, requer-se a comprovação e, sobretudo, a individualização da conduta dolosa (por prática de sonegação, fraude e/ou conluio – referidas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64), o que jamais ocorreu.

➤ Item II. e III da impugnação apresentada pelos dirigentes: a inaplicabilidade do artigo 135, inciso III do CTN (fls. 5158 a 5201, fls. 5210 a 5253, fls. 5262 a 5305, fls. 5314 a 5357 e fls. 5360 a 5431)

- Foi evidenciado que a autoridade lançadora atribuiu responsabilidade pessoal aos demais sujeitos incluídos no polo passivo pelo único fato de ocuparem a posição de dirigente da Recorrente em 2017 e 2018, presumindo o seu envolvimento em atos que foram qualificados como “fraude e conluio”. Alegou-se que estes teriam poderes de administração, sem comprovar a prática de qualquer ato irregular cometido.

- O lançamento não esclareceu ou individualizou qual a conduta que teria sido praticada que ensejaria a imposição de responsabilidade pessoal dos dirigentes por supostos débitos de IRPJ e CSLL, ainda que de forma indiciária. A imputação

de responsabilidade pessoal foi baseada em mera presunção. Contudo, nenhuma presunção é admitida para a responsabilização pessoal e solidária por supostos débitos exigidos da Recorrente, seja pela literalidade do quanto dispõe o artigo 135, inciso III do CTN, seja pelo quanto estabelece o próprio artigo 3º, da Instrução Normativa RFB nº 1.862/2018.

- Evidentemente que não basta que o Fisco sustente que o diretor tinha poderes de administração e gestão, sem apontar ou comprovar atos que tenham sido executados e que sejam capazes de ensejar a sua responsabilidade pessoal, conforme corretamente concluído pela DRJ.

- A Recorrente no exercício regular das atividades empresariais (que envolve a aquisição de novos investimentos e expansão dos negócios), praticou negócios jurídicos válidos e legítimos, conforme reconhecido pela própria DRJ ao cancelar a multa qualificada, sendo que os demais sujeitos passivos que ocupavam cargo de diretor jamais praticaram qualquer ato que se distanciou dos poderes ordinários que foram-lhe atribuídos, estritamente condizentes aos limites do cargo executivo ocupado.

- As impugnações apresentadas pelos sujeitos passivos demonstraram que não há que se falar em infração a lei, ao Contrato Social da RJR ou atos praticados com excesso de poderes, capazes de ensejar a responsabilidade pessoal por supostos débitos tributários, sobretudo à luz (i) da regular escrituração contábil e fiscal da RJR, inclusive objeto de exame e validação por empresa de auditoria independente; (ii) a regularidade de todos os atos praticados, os quais tiveram legítimos propósitos negociais, conforme comprovado nos presentes autos, tendo sido examinado por autoridades reguladoras do próprio Governo Federal; assim como (iii) o fato de que a interpretação divergente em relação à aplicação da norma tributária não caracteriza dolo por qualquer das partes, sobretudo em discussões envolvendo o direito ao aproveitamento fiscal de ágio, cuja controvérsia é reconhecida pela própria RFB e PGFN;

- Em suma, reafirma-se a este E. CARF que não estão presentes no caso os requisitos para fins de responsabilização pessoal dos dirigentes, por não ter sido praticado qualquer ato de infração à lei ou ao Contrato Social, sendo de rigor a manutenção de sua exclusão do polo passivo da presente autuação, dada a inaplicabilidade do artigo 135, inciso III do CTN.

VI – OS PEDIDOS 244. Por todo o exposto, a Recorrente requer

que seja dado provimento ao Recurso Voluntário para reformar a decisão da DRJ na parte que lhe foi desfavorável; e

que seja negado provimento ao Recurso de Ofício, determinando-se o cancelamento em definitivo do crédito tributário e o arquivamento do processo administrativo.

Ademais, reforce-se que foram apresentadas contrarrazões ao recurso voluntário (efls. 5972/6021) pela PGFN, pontuando a manutenção integral da autuação e das respectivas responsabilidades solidárias, a seguir sumarizadas: II.1 – Da glosa da dedução de despesas com amortização de ágio: A) Do benefício fiscal previsto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e 385 e 386 do RIR/99; B) Da impossibilidade de dedução dos ágios gerados pela recorrente; B.1) Ágio na aquisição da Companhia de Bebidas Ipiranga (CBI). B.2) Ágio na aquisição da UBI 3 Participações Ltda (UBI3). II.2 – Da legalidade da multa isolada e da possibilidade de aplicação da

multa isolada com a multa de ofício. II.3 – Da legalidade da incidência dos Juros sobre a Multa de Ofício. III – Razões ao recurso de ofício. III.1 – Da glosa da dedução de despesas com juros. III.2 – Da multa qualificada. III.3 – Da responsabilidade solidária.

Reforce-se que, devidamente intimados, os responsáveis solidários não apresentaram recursos voluntários respectivos.

Após, os autos foram encaminhados ao CARF, para apreciação e julgamento.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Jeferson Teodorovicz**, Relator

Recurso Voluntário

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade e, portanto, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, a Recorrente sucumbiu em relação à glosa das despesas com amortização dos ágios Ipiranga e UBI 3, o primeiro sujeito ao regimento anterior à lei 12.973/2014, o segundo já posterior a esta lei.

Assim, por didatismo, analisarei cada um dos ágios isoladamente.

Ágio Ipiranga

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

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

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

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

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários 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.

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

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

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012 RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS COMPARADOS. NÃO CONHECIMENTO. A ausência de similitude fático-jurídica entre as decisões comparadas (acórdão recorrido x paradigmas) impede a caracterização do dissídio, prejudicando o conhecimento recursal. RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL. MULTA QUALIFICADA. FUNDAMENTO AUTÔNOMO NÃO ATACADO. NÃO CONHECIMENTO. Não se conhece do Recurso Especial que não logra demonstrar a necessária divergência jurisprudencial em relação a um dos fundamentos jurídicos autônomos que, por si só, seja apto a motivar a conclusão da decisão recorrida sobre a matéria em debate. ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012 UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO. O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que detém o investimento pela empresa investida (incorporação reversa). **O uso de holding (ou empresa veículo), constituída no Brasil com recursos provenientes do exterior, para adquirir a participação societária com ágio e, em seguida, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio, não caracteriza simulação, de modo que é indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes.** TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS POR EMPRESA CONTROLADORA DOMICILIADA

NO EXTERIOR PARA SOCIEDADE HOLDING. LEGITIMIDADE DA DEDUÇÃO DO ÁGIO. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DO REAL ADQUIRENTE. A transferência, por controladora domiciliada no exterior, dos recursos empregados na aquisição de participação societária por empresa holding constituída no Brasil não impede a amortização fiscal do ágio após esta ser incorporada pela investida. A tese do “real adquirente”, que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de simulação, o que não se revela no caso.

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

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

Posto isso, a conclusão que se chega é a de que a simulação, enquanto limitadora de planejamentos tributários e gatilho para legitimar a requalificação jurídica dos fatos declarados, resta caracterizada quando: (i) há interposição fictícia de pessoas; ou (ii) quando há declaração não verdadeira emitida pelas partes, podendo esta se dar (ii.i) de forma consciente, isto é, com emprego de conduta dolosa ou fraudulenta ou (ii.ii) inconsciente (culposa), na hipótese do contribuinte se valer de tipos ou institutos jurídicos que não atendam sua causa ou finalidade.

Na prática, a existência ou não de adoção de estrutura simulada como meio de gerar economia tributária vai depender das circunstâncias e elementos probatórios trazidos pela fiscalização em cada situação fática. Apenas com a reunião de indícios precisos e que se convergem para uma convicção segura de que houve simulação é que uma requalificação jurídica fundada na ineficácia dos atos/negócios formalizados se justifica.

Trazendo essas considerações para o presente cenário, as questões que se colocam são as seguintes: empresas holdings podem, aos olhos jurídicos, receber recursos de controladoras localizadas no exterior para adquirir empresas alvo (investidas) com ágio e, em seguida, serem extintas por incorporação? Uma empresa veículo assim interposta possui causa jurídica? Enfim, o Direito permite que uma empresa não operacional tenha como única finalidade criar as condições para o aproveitamento fiscal do ágio?

As respostas a meu ver são positivas.

Tratam-se as rotuladas empresas veículos, de holdings, ou seja, sociedades que têm por objeto social justamente a participação em outras empresas, em plena conformidade com o comando previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/76:

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

[...]

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

Sobre esse tipo de sociedade, Modesto Carvalhosa esclarece que “tem assim a sociedade holding como característica diferencial e objetivo principal a participação relevante em uma atividade econômica de terceiros, em vez de exercício de atividade produtiva ou comercial”.

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

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

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

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

Nas palavras de Edmar Oliveira Andrade Filho?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

Reitera-se, desculpe a insistência, que o § 3º, do artigo 2º, da Lei nº 6.404/76 acima transcrito reconhece expressamente a possibilidade de uma sociedade ser constituída para beneficiar-se de incentivos fiscais, o que não é bem o caso, mas que indubitavelmente ratifica a legitimidade do uso das holdings nas diversas operações de aquisição envolvidas nesse caso.

Pelo exposto, conclui-se que a utilização de empresa-veículo que viabilize o aproveitamento fiscal do ágio por si só não configura ato ilícito ou simulação, não constituindo, portanto, fundamento hábil a manutenção das glosas ora tratadas.

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

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

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

2. Hipótese em que a Corte Regional apresentou motivação clara e expressa a respeito: a) da possibilidade de dedução do ágio no caso concreto, visto que o instituto teria efetivamente ocorrido (e não artificialmente criado); b) da impossibilidade de criação de hipóteses de "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.)

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

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

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

A "empresa-veículo" tem duração efêmera;

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

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

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

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

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

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

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

Primeiro, porque os supracitados arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 em nenhum momento dispuseram de maneira expressa sobre a impossibilidade apriorística do aproveitamento

do ágio nas operações de partes dependentes ou mediante o emprego de empresa interposta.

Aliás, quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação, e continua não havendo, ao uso de sociedade-veículo.

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

Assim, ao menos até 2014:

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

O que se condena é a simulação, a mentira, a operação que não existiu na realidade: assim, se não houve preço em uma relação entre partes relacionadas na qual se registrou ágio, tal operação deverá ser desconsiderada. Resta evidente, aí, que não houve uma compra e venda, uma aquisição de participação societária na qual poderia haver o pagamento do ágio. Comprovada a simulação, plenamente justificável e autorizada a desconsideração do planejamento realizado. (SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias [aspectos tributários]. São Paulo: Dialética, 2012)

Sobre o emprego da "empresa-veículo", a sua rejeição apriorística contraria o disposto no art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.404/1976 (o qual faculta a criação de holding "como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais").

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

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

Assim, filio-me à orientação de que:

A Lei nº 9.532/1997 e a Lei nº 12.973/2014 apenas exigem a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que detém participação societária e a sociedade adquirida, não fazendo qualquer alusão, ainda que implícita, ao suposto "real adquirente", que segundo a tese do Fisco, teria fornecido os recursos financeiros ou ofertado garantia para aquisição do investimento. (SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022)

Em resumo, compreendo que a existência do ágio interno (ao menos até 2014) ou a constituição de sociedade-veículo não podem, por si sós, configurar impedimento para a dedução do ágio.

O mais importante, nessas situações, é investigar se:

Houve efetiva aquisição de participação societária? Há efetivo custo (sacrifício) de aquisição? Resta demonstrado que o ágio corresponde à diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento está fundamentado na expectativa de

rentabilidade futura? Houve absorção do patrimônio da investida ou da investidora por meio de incorporação, fusão ou cisão?

[...]

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

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

Da mesma forma, até a alteração da legislação pertinente ao ágio, não existia no art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977 a exigência de laudo. Com efeito, o parágrafo 3º do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77 exigia para o ágio ou deságio fundamentado no valor de mercado de ativos ou expectativa de rentabilidade um “demonstrativo”, que seria arquivado como comprovante de sua escrituração.

Feitas essas considerações iniciais, passo a analisar o ágio Ipiranga.

A fiscalização glosou as despesas de amortização de ágio, no valor de R\$ 101.424.304,92 em 2017 e de R\$ 101.424.306,02 em 2018, na aquisição da Companhia de Bebidas Ipiranga (CBI), por considerar que a real detentora do ágio foi a controladora chilena da Impugnante, a Coca-Cola Andina (CCA), e que a Impugnante e a Andina Bottling Investments (ANDINA) serviram apenas para internalizar o ágio detido pela companhia chilena. Conforme a Fiscalização, os recursos utilizados para a aquisição da CBI pertenciam à CCA, tendo a Impugnante Rio de Janeiro Refresco (RJR) apenas servido como intermediária, veículo, para a aquisição e fruição do ágio.

A cronologia dos fatos foi a seguinte:

- em 10.07.2013 a CCA informou à Superintendencia de Valores y Seguros (“SVS”) da intenção de adquirir a CBI, de forma a permitir que a CCA consolidasse uma posição de liderança no sistema Coca-Cola no Brasil, e que em 18/06/2013 a CCA aprovou a aquisição da CBI, informando que, com esse objetivo, a ora recorrente firmou um contrato de compra e venda de 100% das ações da Ipiranga;
- ainda em 10.07.2013 foi assinado o contrato entre a recorrente e a CBI, no valor de R\$ 1.218.000.000,00, ocasião em que a CCA emitiu Fato Relevante, anunciando ao mercado o contrato entre a recorrente e a CBI, de R\$ 1.218.000.000;
- em 12.07.2013 a CCA comunicou à Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) que a aquisição da CBI seria financiada via um crédito ponte de até US\$ 625.000.000,00 para a recorrente adquirir a CBI, refinanciado por meio do lançamento de bônus no mercado internacional;
- em agosto de 2013 a CCA publicou prospecto de emissão de bônus (fls. 2.022 a 2.342 e 3.210) – enfatizando o aspecto dos benefícios tributários da aquisição a ser realizada via a ora recorrente – que, mais uma vez, informa sobre a aquisição da CBI pela CCA, no valor de R\$ 1.218 milhões menos a dívida vigente no momento da materialização da aquisição, com pagamento viabilizado por um crédito ponte de até US\$ 625 milhões, com duração máxima de 12 meses, que a empresa esperava refinaranciar com a emissão de bônus no mercado internacional;

- em 25.09.2013 a recorrente aprovou aumento de capital de R\$ 380 milhões, subscrito pela ANDINA, que, por sua vez, teve um acréscimo patrimonial de 159.561.560 pesos chilenos em 2012 para 455.119.777 pesos chilenos em 2013;
- em 26.09.2013, a CCA emitiu Fato Relevante, definindo as condições para emissão de bônus no mercado internacional, no valor de US\$ 575 milhões, a serem pagos em 10 anos, vinculados ao financiamento da aquisição da CBI;
- em 01.10.2013 a CCA coloca os bônus no valor de US\$ 575 milhões, com o intuito de adquirir a CBI, por meio da recorrente. Por sua vez, na mesma data os sócios da recorrente aprovam a celebração de um contrato de mútuo em moeda estrangeira com a ANDINA;
- em 03.10.2013 a recorrente e a ANDINA celebram contrato de empréstimo no valor de US\$ 360 milhões;
- em 1º.12.2013 a CBI foi incorporada pela recorrente, que passa a deduzir as despesas com amortização de ágio.

Registra-se inicialmente que ainda que se tratasse de empresa-veículo, não haveria óbice para o aproveitamento do ágio, como amplamente externado anteriormente. No caso, contudo, **a Recorrente está longe de se qualificar como empresa-veículo, qualificando-se claramente como operacional desde 1942**, como bem veiculado na peça recursal:

16. A Ipiranga contava com aproximadamente 2.400 empregados próprios e 600 terceirizados, apresentando capacidade de produção de 124 milhões de unidades (MuC), oito linhas de produção e fabricação de produtos e uma rede ativa de distribuição de aproximadamente 25.000 pontos de venda. Para atender essa ampla rede, possuía cinco centros de distribuição localizados estrategicamente, atendendo a uma área total de 37 mil quilômetros quadrados, além de centenas de veículos.

17. A Ipiranga era igualmente reconhecida pela sua reputação relacionada à performance operacional, sendo detentora das certificações ISO 9000, ISO 14001, OHSAS 18001 e ISO 22000. Em 2011, ganhou o 1º lugar no “Prêmio de Qualidade” oferecido pela “The Coca-Cola Company”, premiando as empresas que buscavam a contínua melhoria de seus processos produtivos. Na parte financeira, a Ipiranga apresentava elevadas taxas de crescimento, um sólido EBITDA, além de um histórico consistente de vendas do portfólio do Sistema Coca-Cola, e um dos maiores “share-volume” do mercado totalizando 71,3%.

18. Destaca-se ainda que o mercado de fusões e aquisições envolvendo empresas brasileiras do Sistema Coca-Cola estava aquecido nos anos de 2012 e 2013, na medida em que FEMSA SAB, havia anunciado, em junho de 2013, a aquisição de 100% das ações da Companhia Fluminense de Bebidas, assim como comprou, em outubro de 2013, 100% do capital da Spaipa Indústria Brasileira de Bebidas Ltda. por USD 1,85 bilhão, empresa que tinha presença relevante nos Estados do Paraná e São Paulo (vide o mapa acima do Sistema Coca-Cola no Brasil), expandindo a suas operações no mercado brasileiro de bebidas. Confira-se as notícias divulgadas à época:

(...)

19. A própria Recorrente havia adquirido 40% do capital da Sorocaba Refrescos S.A. em agosto de 2012, empresa do Sistema Coca-Cola com atuação na região sul do Estado de São Paulo. Na perspectiva da Recorrente, a aquisição da Ipiranga representou a compra de fabricante do Sistema Coca-Cola no Brasil, sendo um movimento estratégico, natural e decisivo para melhorar o seu posicionamento no mercado de atuação e perfil de crescimento, nos seguintes termos:

- A união dos negócios permitiu a consolidação da Recorrente dentre as empresas líderes no Sistema Coca-Cola no Brasil, representando a soma das forças entre as operações com atuação complementar em diferentes regiões;

- Fortaleceu a Recorrente em face das outras empresas que também atuam no Sistema Coca-Cola, limitando a capacidade da FEMSA SAB de expandir ainda mais as suas atividades e se consolidar como a maior engarrafadora e distribuidora desse sistema, dividindo os dois principais mercados do Brasil (São Paulo e Rio de Janeiro), já que tal sociedade havia recentemente adquirido a Companhia de Bebidas Fluminense;

- Permitiu a geração e a captação de significativas sinergias operacionais, logísticas e comerciais entre a Recorrente e a Ipiranga, trazendo significativo potencial para ajudar a melhorar as operações, alcançando melhores níveis de desempenho e participação de mercado. Dentre essas sinergias, podem ser destacadas as seguintes:

o Otimização da cadeia de suprimentos, uma vez que (i) integração das linhas de produção da Ipiranga à malha fabril da Recorrente, que de fato ocorreu, aumentou a capacidade e flexibilidade fabril, permitindo a postergação de 19. A própria Recorrente havia adquirido 40% do capital da Sorocaba Refrescos S.A. em agosto de 2012, empresa do Sistema Coca-Cola com atuação na região sul do Estado de São Paulo. Na perspectiva da Recorrente, a aquisição da Ipiranga representou a compra de fabricante do Sistema Coca-Cola no Brasil, sendo um movimento estratégico, natural e decisivo para melhorar o seu posicionamento no mercado de atuação e perfil de crescimento, nos seguintes termos:

- A união dos negócios permitiu a consolidação da Recorrente dentre as empresas líderes no Sistema Coca-Cola no Brasil, representando a soma das forças entre as operações com atuação complementar em diferentes regiões;

- Fortaleceu a Recorrente em face das outras empresas que também atuam no Sistema Coca-Cola, limitando a capacidade da FEMSA SAB de expandir ainda mais as suas atividades e se consolidar como a maior engarrafadora e distribuidora desse sistema, dividindo os dois principais mercados do Brasil (São Paulo e Rio de Janeiro), já que tal sociedade havia recentemente adquirido a Companhia de Bebidas Fluminense;

- Permitiu a geração e a captação de significativas sinergias operacionais, logísticas e comerciais entre a Recorrente e a Ipiranga, trazendo significativo potencial para ajudar a melhorar as operações, alcançando melhores níveis de desempenho e participação de mercado. Dentre essas sinergias, podem ser destacadas as seguintes:

o Otimização da cadeia de suprimentos, uma vez que (i) integração das linhas de produção da Ipiranga à malha fabril da Recorrente, que de fato ocorreu, aumentou a capacidade e flexibilidade fabril, permitindo a postergação de investimentos em linhas de produção no Rio de Janeiro e permitindo o lançamento de novas embalagens em outros mercados explorados pela Recorrente; (ii) a fonte de água mineral da Ipiranga garantiu o abastecimento da Recorrente no Rio de Janeiro a preços competitivos (antes a Recorrente adquiria este produto de terceiros e a preços mais altos); (iii) garantiu maior poder de negociação na compra de insumos, peças, ativos de mercado, etc.; (iv) reduziu o risco de desabastecimento de todos os produtos em geral;

o Captura de conhecimentos técnicos do negócio da Ipiranga, com a integração de empregados-chaves que passaram a ocupar importantes funções e cargos na Recorrente, além da captura das melhores práticas desenvolvidas pela Ipiranga (e vice-versa) nas áreas comerciais, operacionais e administrativas. Essa integração também assegurou um maior poder de negociação e melhor relacionamento com a “The Coca-Cola Company”; e

o Unificação de áreas administrativas (back-office) tais como finanças, administração, comercial, jurídico, recursos humano e produção, com a consolidação de processos e sistemas, o que permitiu uma maior eficiência e redução de custos vinculados;

- Por ter atuação próxima à Sorocaba/SP e outros municípios do interior de São Paulo, a combinação entre os negócios da Ipiranga e da Recorrente também tende a favorecer a geração de sinergias futuras com as operações da Sorocaba Refrescos, cuja participação de 40% foi adquirida pela Recorrente em 2012.

20. A aquisição da Ipiranga pela Recorrente representou, portanto, a concreta expansão das suas atividades operacionais, fortalecendo a posição de liderança no mercado brasileiro do Sistema Coca-Cola e a sua consolidação no mercado de bebidas da Região Sudeste. Permitiu ainda que a Recorrente agregasse as operações de uma companhia com histórico consistente de crescimento e, como resultado dessa integração entre os negócios das duas empresas, a geração e captação de significativas sinergias operacionais, logísticas e comerciais.

21. Todas as motivações de compra e benefícios com a aquisição da Ipiranga foram verificados e gerados para a Recorrente, às suas operações no Brasil e posicionamento de mercado, e não por qualquer empresa estrangeira. Inclusive, este aspecto foi reconhecido na declaração de voto do Ilmo. Julgador Eduardo Ferreira Fogaça na decisão da DRJ: “A operação de compra e venda possuía racionalidade comercial, pois ambas as empresas eram fabricantes/distribuidoras do Sistema Coca-Cola, mas em regiões distintas. É razoável, como aduziu a impugnante, que teria ganho de escala e de eficiência em suas operações rotineiras com a operação” (fl. 5836). Não restam dúvidas, portanto, quanto à motivação da aquisição pela Recorrente, exclusivamente, e os seus benefícios à própria Recorrente.

Como se verifica, **trata-se de empresa operacional em expansão e consolidação de negócios, não devendo ser taxada de empresa-veículo. A integralização de capital por parte de sócio estrangeiro, bem como eventual empréstimo internacional não possuem o condão de descaracterizar a referida sociedade.**

Com efeito, segundo demonstrado pela Recorrente, a estrutura de capital que se realizou acabou se mostrando a mais eficiente do ponto de vista econômico:

40. A Recorrente assumiu, no Contrato de Compra e Venda, a obrigação do pagamento aos Vendedores do preço de aquisição no valor total de R\$ 1.218.000.000,00, o qual estava sujeito a ajustes na Data do Fechamento, o que resultou na quantia paga de R\$ 1.155.445.998,00.

41. A Recorrente avaliou, nesse contexto, as opções de financiamento, inclusive junto a terceiros, para obter os recursos financeiros necessários para o pagamento do preço de aquisição, tendo optado (i) pelo aumento de seu capital social (fls. 2265 a 2274), que foi integralmente subscrito pela Andina 4, provendo-lhe recursos que passaram a ser de titularidade da Recorrente, emitindo novas quotas entregues a tal sociedade chilena (investimento externo direto registrado no BACEN); e (ii) pela contratação de empréstimo internacional junto a tal sociedade no exterior.

42. A contratação do empréstimo foi aprovada em 01.10.2013 (fls. 2304 a 2307), autorizando a celebração do contrato de mútuo em moeda estrangeira com valor máximo de U\$ 360 milhões. Após essa autorização, em 03.10.2013, a Recorrente celebrou o Contrato de Empréstimo (fls. 2314 a 2319), na qualidade de “Devedora”, com a Andina, na qualidade de “Credora” do valor mutuado. A Cláusula 15ª estabelecia que o contrato deve ser regido e interpretado pelas leis brasileiras.

43. As Cláusulas 1ª e 2ª do Contrato de Empréstimo estabeleciam ainda que o mútuo tem por valor principal o referido montante de U\$ 360.000.000,00, prazo de vencimento em 10 (dez) anos prazo e taxa de juros acordada no percentual fixo de 6,00% ao ano.

44. Esses valores ingressaram no Brasil em 08.10.2013, conforme comprovado pelos contratos de câmbio anexados aos autos em sede de impugnação (5.570-5.588), totalizando R\$ 792.576.000,00. Essas condições do empréstimo também são evidenciadas pelo RDE-ROF de número TA667008, registrado no SISBACEN sob a forma de empréstimo externo direto, nos termos da Lei nº 4.131/62.

45. A Cláusula 4ª do Contrato de Empréstimo previa, por sua vez, que os juros devem ser pagos semestralmente à Andina, nos dias 26 de março e de setembro de cada ano, a partir do dia 26.03.2014. Os juros pagos ao exterior foram submetidos à tributação pelo IRRF no Brasil, mediante à alíquota de 15%, fato incontroverso.

46. Essa cláusula também estabelecia que o valor do principal de US\$ 360.000.000,00 da dívida deveria ser pago pela Recorrente em uma única parcela, o que aconteceu em 26.09.2023, com a quitação integral desse valor, cumprindo integralmente com o que havia sido pactuado no âmbito do Contrato de Empréstimo. Essa quitação é comprovada pela documentação anexa, incluindo registro atualizado do RDE-ROF, Termo de Quitação e comprovantes bancários (doc.01), nos termos abaixo:

(...)

52. O racional da operação de financiamento acima é claro: a Recorrente precisava de recursos para financiar o pagamento do preço de aquisição da Ipiranga, tal qual qualquer empresa que tem a intenção de adquirir uma outra empresa do mesmo setor. Dentre as alternativas disponíveis, estava a contratação de empréstimos junto a bancos locais ou o financiamento internacional junto a sua controladora localizada no Chile.

53. A compra da Ipiranga pela Recorrente não teria sido viabilizada sem tal financiamento, fosse pela Andina, outra empresa ou instituição financeira no exterior ou no Brasil (inclusive com taxas de juros significativamente superior - vide, por exemplo, a Taxa SELIC no percentual de 12,25% ao ano, em comparação com a taxa de juros de 6% ao ano acordada com a Andina no Contrato de Empréstimo). Esse aspecto foi reconhecido pela declaração de voto do Ilmo. Julgador Eduardo Ferreira Fogaça na decisão da DRJ: “A emissão de bônus no mercado externo com juros do mercado norte-americano pela controladora, com subsequente empréstimo a controladora brasileira a juros de 6%, inferior ao praticado internamente e com *spread* razoável” (fl. 5836).

Acrescente-se que este ágio já foi objeto de escrutínio neste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e nas duas oportunidades a glosa foi revertida por maioria de votos:

Numero do processo: 16682.721042/2019-12

Turma: Primeira Turma Ordinária da Terceira Câmara da Primeira Seção

Câmara: Terceira Câmara

Seção: Primeira Seção de Julgamento

Data da sessão: Thu May 16 00:00:00 UTC 2024

Data da publicação: Tue Jun 25 00:00:00 UTC 2024

Ementa: ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2014 ÁGIO. AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO COM RECURSOS FINANCEIROS CAPITALIZADOS POR CONTROLADORA ESTRANGEIRA. ACUSAÇÃO DE QUE NÃO HOUVE INCORPORAÇÃO ENTRE INVESTIDOR ORIGINAL E INVESTIDA. Não subsiste acusação fiscal que busque glosar despesas com amortização fiscal de ágio sob o argumento de que deveria ser considerada como real investidora a sociedade estrangeira de onde originaram os recursos financeiros utilizados na aquisição do investimento. A legislação tributária autoriza o registro do ágio pela pessoa jurídica que detém o investimento, podendo este ser amortizado a partir do momento em que tal sociedade incorpore a investida ou vice-versa. DESPESAS FINANCEIRAS. DEDUTIBILIDADE. Somente são admitidas como dedutíveis as despesas consideradas necessárias, usuais e normais à manutenção da atividade econômica da pessoa jurídica. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. LANÇAMENTO DECORRENTE. Decorrendo a exigência da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada, no mérito, a mesma decisão

proferida para o Imposto de Renda, desde que não presentes arguições específicas ou elementos de prova novos.

Numero da decisão: 1301-006.941

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a arguição de decadência. No mérito, acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, vencida a Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, que lhe negava provimento. (documento assinado digitalmente) Rafael Taranto Malheiros - Presidente (documento assinado digitalmente) José Eduardo Dornelas Souza - Relator Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva (suplente convocado(a)), Jose Eduardo Dornelas Souza, Eduardo Monteiro Cardoso, Rafael Taranto Malheiros (Presidente). Ausente(s) o conselheiro(a) Iagaro Jung Martins, substituído(a) pelo(a) conselheiro (a) Carmen Ferreira Saraiva.

Nome do relator: JOSE EDUARDO DORNELAS SOUZA

(***)

Numero do processo: 16682.721154/2020-07

Turma: Primeira Turma Ordinária da Terceira Câmara da Primeira Seção

Câmara: Terceira Câmara

Seção: Primeira Seção de Julgamento

Data da sessão: Thu May 16 00:00:00 UTC 2024

Data da publicação: Tue Jun 25 00:00:00 UTC 2024

Ementa: ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2015, 2016 ÁGIO. AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO COM RECURSOS FINANCEIROS CAPITALIZADOS POR CONTROLADORA ESTRANGEIRA. ACUSAÇÃO DE QUE NÃO HOUVE INCORPORAÇÃO ENTRE INVESTIDOR ORIGINAL E INVESTIDA. Não subsiste acusação fiscal que busque glosar despesas com amortização fiscal de ágio sob o argumento de que deveria ser considerada como real investidora a sociedade estrangeira de onde originaram os recursos financeiros utilizados na aquisição do investimento. A legislação tributária autoriza o registro do ágio pela pessoa jurídica que detém o investimento, podendo este ser amortizado a partir do momento em que tal sociedade incorpore a investida ou vice-versa. DESPESAS FINANCEIRAS. DEDUTIBILIDADE. Somente são admitidas como dedutíveis as despesas consideradas necessárias, usuais e normais à manutenção da atividade econômica da pessoa jurídica. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSSL. LANÇAMENTO DECORRENTE. Decorrendo a exigência da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada, no mérito, a mesma decisão proferida para o Imposto de Renda, desde que não presentes arguições específicas ou elementos de prova novos.

Numero da decisão: 1301-006.940

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a arguição de decadência. No mérito, acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, vencida a Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, que lhe negava provimento. (documento assinado digitalmente) Rafael Taranto Malheiros - Presidente (documento assinado digitalmente) José Eduardo Dornelas Souza - Relator Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva (suplente convocado(a)), Jose Eduardo Dornelas Souza, Eduardo Monteiro Cardoso, Rafael Taranto Malheiros (Presidente). Ausente(s) o conselheiro(a) Iagaro Jung Martins, substituído(a) pelo(a) conselheiro (a) Carmen Ferreira Saraiva.

Nome do relator: JOSE EDUARDO DORNELAS SOUZA

Importa transcrever parcela do voto condutor no Processo Administrativo n. 16682.721042/2019-12:

Em recurso, a autuada destacou que a aquisição da Ipiranga representou a oportunidade de expansão das suas atividades operacionais, fortalecendo a posição de liderança no mercado brasileiro do Sistema Coca-Cola e a sua consolidação no mercado de bebidas da Região sudeste. Permitiu que agregasse as operações de uma companhia com histórico consistente de crescimento e, como resultado dessa integração entre negócios de duas empresas, a geração e captação de significativas sinergias operacionais, logísticas e comerciais.

Analisando a narrativa, vê-se, desde logo, que as motivações apresentadas de compra e benefícios com a aquisição da Ipiranga diz respeito à Recorrente e não a sua controlada (indireta), localizada no exterior. Aliás, não há notícias nos autos de que a referida empresa estrangeira atuou diretamente no Brasil, o que reforça o entendimento, neste cenário, de que ela não teria propósito de adquirir diretamente o investimento, já que era controladora, ainda que indireta, de empresa nacional.

Com referência ao fluxo financeiro mencionado pela DRJ, vê-se que decorre de dois atos jurídicos, a saber: (i) a contribuição de capital que foi subscrita pela Andina Investments; e (ii) o Contrato Empréstimo celebrado entre a Recorrente e a tal controladora estrangeira.

O primeiro, a Recorrente, em aumento de capital, integralizado e subscrito pela Andina Investments, sua controladora direta, recebeu recursos do exterior, e, em contrapartida, emitiu novas quotas que foram entregues a tal sociedade estrangeira. Este aumento de capital está refletido na 62ª Alteração do seu Contrato Social, arquivado em 25/09/2013, tendo sido aprovado o aumento do capital no valor de R\$ 396,9 milhões, que passou de R\$ 135.198.973,45 para R\$ 532.134.973,45.

E, o segundo, a Recorrente contraiu empréstimo internacional também com tal sociedade estrangeira, no valor de U\$ 360 milhões, com prazo de vencimento em 10 (dez) anos e taxa de juros acordada no percentual fixo de 6,00%, e os valores ingressaram no Brasil em 08/10/2013, conforme se vê pelos contratos de câmbio existentes nos autos (fls. 2764 a 2804). Estas condições do empréstimo também são evidenciadas pelo RDE-ROF de número TA667008 (fls. 978 a 982), registrado no SISBACEN sob a forma de empréstimo externo direto, nos termos da Lei nº 4.131/62.

Obviamente que todos estes recursos passaram a ser de titularidade da Recorrente, sendo indiscutível que era uma empresa operacional franqueada do Sistema Coca Cola no Brasil, e constituída em 1942, com sede no Rio de Janeiro.

Sendo a transferência dos recursos em aumento de capital ato jurídico, onde os bens ou direitos do investidor são transferidos à sociedade investida, cabe a esta última exercer seu legítimo direito de propriedade e por efeito a aquisição sobre este ativo, podendo usar, gozar ou dispor dos bens, valores ou direitos recebidos.

(...)

De fato, a integralização de capital é uma forma de alienação do ativo, que passa a constituir o patrimônio da pessoa jurídica, que não se confunde com o do acionista, que recebe apenas o direito de acionista materializado nas ações recebidas. A autonomia patrimonial é principal elemento apontado pela doutrina como identificador da personalidade jurídica.

O aporte de dinheiro numa subscrição de capital, com a emissão de novas ações ou quotas, jamais poderia ser classificado como um elemento ensejador de confusão entre os patrimônios da controladora indireta e da controlada, ou muito menos retirar a autonomia jurídica e operacional.

Da mesma forma, com referência ao Contrato de Empréstimo, o ingresso de capital, de forma temporária, com assunção de obrigação de restituir o valor recebido em data pactuada, transfere para a pessoa jurídica a propriedade desse ativo.

No caso, foi celebrado um contrato de mútuo que traz como característica o empréstimo de bens fungíveis, segundo o qual o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade, em determinado prazo pactuado, nos termos do art. 586 do Código Civil. O prazo previsto foi de 10 anos, refletindo as condições dos títulos de dívida (bons) que foram emitidos pela CCA, com igual prazo, e data de vencimento em 01/10/2023.

Esclarece a Recorrente que esses títulos foram originalmente emitidos pela CCA, sua controladora indireta, pois esta empresa é uma companhia aberta com ações negociadas nas bolsas de valores de Santiago e de Nova Iorque, existindo a constante divulgação dos seus graus de rating por agências de classificação de risco de créditos, o que favoreceu as condições de negociações desses títulos junto aos investidores terceiros, conferindo maior segurança e confiança ao público e ao mercado de capital. Aduz que esta era a opção mais barata para a Recorrente financiar a aquisição da Ipiranga, se comparado a um empréstimo junto a instituições bancárias brasileiras.

Não vejo nenhuma patologia a adoção desta estratégia, pois embora esses títulos tenham sido emitidos pela CCA no mercado internacional, deve-se perceber que a Recorrente assumiu o encargo de pagar o valor pactuado, em prazo determinado, in casu, até o dia 26/09/23, cujo cumprimento da obrigação, inevitavelmente, é suportado por seu patrimônio e com recursos por ele gerados.

Não tem sentido algum, em meu ponto de vista, afirmar que a parte adquirente em um contrato de compra e venda não seria mais aquela que figura como comprador nesse contrato e paga o preço, mas aquele que em outra relação jurídica (totalmente distinta) indiretamente disponibilizou os recursos para a transação, ainda que sob a forma de um empréstimo.

Ora, comumente possível, aliás, de nosso dia-a-dia, nos depararmos com aquisições de bens financiados por terceiros (a exemplo de instituições bancárias), e nem por isso seriam eles os detentores dos bens adquiridos

Logo, não há como prosperar o entendimento da DRJ, de que a origem dos recursos deve prevalecer sobre os atos jurídicos efetivamente praticados, e que tiveram o intuito de implementar a aquisição do investimento no Brasil, e buscaram a efetiva motivação da aquisição ligada ao mercado e operações da Recorrente.

Absolutamente normal que uma pessoa jurídica, diante da necessidade de caixa para realizar determinada operação, seja financiada pelos seus sócios ou por empresa do mesmo grupo econômico, por meio de aumento de capital e/ou empréstimo, quanto mais se os atos foram efetivamente praticados e os valores efetivamente ingressados no país, como é o caso em análise.

Para que o fisco possa requalificar atos jurídicos legítimos para fins tributários, é fundamental que se identifique e comprove a presença de vícios patológicos, o que não ocorre no caso em análise.

Assim, a qualificação pelo fisco da CCA como “adquirente” e “detentora” do ágio Ipiranga é equivocada, vez que é contrária a realidade dos fatos.

Diante disso, entendo que resta equivocada a análise fática realizada pela acusação fiscal. Ademais, conforme demonstrado na peça recursal, restaram cumpridos os requisitos para amortização do ágio:

Requisito	Atos realizados	Documentação comprobatória
Aquisição de participação societária na Ipiranga	Aquisição da totalidade de ações da Ipiranga pela Recorrente, numa operação entre partes totalmente independentes, mediante pagamento do preço de compra, em dinheiro, aos vendedores que totalizou R\$ 1.155.445.998,00, incluindo o Ágio Ipiranga.	Contrato de Compra e Venda, Termo de Quitação, Certificado dos Vendedores, comprovantes de transferência bancária da RJR para os Vendedores, declarações transmitidas à RFB com os valores referentes ao investimento adquirido e ágio pago
Registro do investimento e do Ágio Ipiranga	O investimento na Ipiranga foi avaliado pelo MEP, com o desdobramento do custo em valor de patrimônio líquido e o Ágio Ipiranga	Valores informados nas declarações transmitidas à RFB (ECD e ECF), assim como demonstrações financeiras
Fundamento econômico do Ágio Ipiranga	O pagamento do Ágio Ipiranga foi motivado pela expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. Essa motivação está suportada documentalmente pelos estudos técnicos preparados pela Latin American Company e Banco JP (demonstrativos arquivados como comprovante da escrituração do Ágio Ipiranga), segundo a metodologia do fluxo de caixa descontado (DCF), cujas avaliações econômicas são atestadas pelo Laudo E&Y.	Avaliações econômicas preparadas pela Latin American Company e Banco JP Morgan (fls. 254 a 339). O conteúdo dessas avaliações foi posteriormente atestado pelo Laudo E&Y (fls. 2958 a 3016).
Incorporação da Ipiranga pela Recorrente	Incorporação da Ipiranga (sociedade operacional adquirida) pela Recorrente (RJR, sociedade operacional Recorrente), com a consequente absorção do patrimônio da Ipiranga e extinção desta companhia – ocorrendo a alegada “confusão patrimonial”, com a sucessão universal em todos os ativos e passivos.	Documentos societários públicos arquivados na JUCERJ, RAIS, Consentimentos da “The Coca-Cola Company” e Recofarma, declarações transmitidas à RFB em razão do evento de incorporação, extrato “conta-corrente” emitido pela própria RFB, indicando a sucessão de débitos fiscais da Ipiranga pela Recorrente.

Por fim, como elaborado anteriormente, há época dos fatos, a legislação de regência não exigia a elaboração de laudo, mas tão somente sua demonstração.

No caso, a despeito da apresentação de laudo elaborado 6 meses após a conclusão da negociação, a Recorrente apresentou dois documentos técnicos de avaliação econômica preparados pela Latin American Company, empresa especializada em fusões e aquisições envolvendo empresas do Sistema Coca-Cola, e pelo Banco JP Morgan, antes da aquisição das ações da Ipiranga, que ampararam a negociação do preço pago pela Recorrente aos acionistas vendedores. Esse fato foi devidamente esclarecido durante o procedimento de fiscalização, com a apresentação de cópias dessas avaliações preparadas por terceiros antes da operação.

A Recorrente comprovou que o pagamento do Ágio Ipiranga teve como fundamento econômico a expectativa de rentabilidade futura dessa companhia. Este fundamento encontra-se perfeitamente demonstrado por avaliações econômico-financeiras preparadas por empresas especializadas (Latin American Company e Banco JP Morgan, arquivados como demonstrativos da escrituração, e o Laudo E&Y).

Especialmente, o estudo elaborado pelo Banco JP Morgan serve ao fim proposto. As avaliações econômicas de tal estudo evidencia que a motivação econômica para o pagamento do

Ágio em tela era a expectativa de rentabilidade futura dessa companhia franqueada do Sistema Coca-Cola, calculada com base no método do fluxo de caixa descontado (DCF), constituindo-se, assim, o suporte documental exigido para o registro do referido ágio.

Foi comprovado que essa aquisição representou uma oportunidade única para a Recorrente, pois: (i) a Ipiranga tinha elevadas taxas de crescimento, um sólido EBITDA, além de um histórico consistente de vendas do portfólio de marcas consolidadas do Sistema Coca-Cola, detendo um dos maiores “share-volume” proporcionalizados do mercado que totalizava 71,3%; (ii) possibilitou a consolidação da Recorrente na posição de liderança como empresa franqueada do Sistema Coca-Cola no Brasil, representando a soma das forças entre as operações em diferentes regiões geográficas; e (iii) contribuiu para operações da Recorrente com a integração das linhas de produção e captura de significativas sinergias operacionais (detalhadas anteriormente), alcançando níveis de desempenho e participação de mercado, com elevadas expectativas de incremento resultados positivos futuros, redução de custos, além de limitar a capacidade de expansão das outras empresas do Sistema Coca-Cola, conforme inclusive reconhecido no voto do Ilmo. Julgador Eduardo Ferreira Fogaça.

Diante destes fatos, entendo **deve ser revertida a glosa do ágio Ipiranga.**

Ágio UBI3

A operação que deu azo ao ágio UBI3 ocorreu durante a vigência da Lei n. 12.973/2014, portanto, sujeitando-se ao regime jurídico instituído por essa lei, especialmente:

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

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

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

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

§ 1º Os valores de que tratam os incisos I a III do caput serão registrados em subcontas distintas. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 2º - (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

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

§ 4º - (Revogado pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

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

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

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

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

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

No caso, no entender da autoridade autuante, verificou-se que a operação ora analisada não se tratou de uma aquisição de participação societária, e sim da compra de ativos (os utilizados exclusivamente no negócio de bebidas à base de soja da marca “Ades”) pela fiscalizada e demais empresas do Grupo Coca-Cola, tendo como vendedoras a UL Industrial e a UL Brasil, empresas do Grupo Unilever.

Nesta operação, a UBI 3 foi usada como empresa interposta para dar aparência de aquisição de participação societária e posteriormente, após o evento de cisão parcial, viabilizar a possibilidade de dedução de ágio do resultado tributável do IRPJ e da CSLL apurado pela RJR.

Nas alterações contratuais da UBI 3 a transação envolvendo esses ativos é denominada “negócio Ades”.

Segundo a fiscalização, os eventos apurados ocorreram na seguinte ordem cronológica:

62.1. Evento 1 – 01/06/2016 – Sítios na internet veiculam a notícia de que o Sistema Coca-Cola e o Grupo Unilever anunciaram um acordo para compra do negócio de bebidas à base de soja da marca Ades, por US\$ 575 milhões (fls.3019 a 3030).

62.2. Evento 2 – 18/08/2016 – Coca-Cola e Unilever submetem à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), nos termos do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011 (artigo que trata dos atos de concentração econômica), a operação, na qual a The Coca-Cola Company e a Coca-Cola FEMSA, denominadas Compradoras, pretendem adquirir da Unilever N.V. e da Unilever PLC (“Unilever” ou “Vendedora”), todos os ativos utilizados exclusivamente no negócio de bebidas à base de soja da marca “Ades”, pertencente e operado pelo Grupo Unilever. Essas informações foram obtidas por meio de consulta pública ao sítio na internet do CADE, cuja cópia do processo encontra-se anexa às fls.3031 a 3535.

62.3. Evento 3 – 26/08/2016 - Conforme página do Diário Oficial da União, constante do processo junto ao CADE, fls.3171, é dada a publicidade do Ato de Concentração, tendo este recebido o n. 08700006015/2016-71.

62.4. Evento 4 – 26/09/2016 – O Parecer nº 7/2016/CGAA4/SGA1/SG, em sua versão pública, também inserido neste processo do CADE, fls.3508 a 3512, aprova sem restrições a operação relacionada ao Ato de Concentração nº 08700.006015/2016-71.

62.5. Evento 5 – 27/09/2016 - É publicada no Diário Oficial da União, fls.3514, a informação de que o mencionado Ato de Concentração foi aprovado sem restrições.

62.6. Evento 6 – 10/02/2017 – UL Industrial e UL Brasil constituem a sociedade empresária limitada UBI 3 Participações Ltda (UBI 3), tendo como objeto social a Participação em Outras Sociedades na Qualidade de Sócia ou Acionista e Administração de Bens Próprios, sede no município de Pouso Alegre/MG, capital social de R\$ 71.153.656,00, sendo R\$ 71.153.655,00 para a UL Industrial e R\$ 1,00 para UL Brasil, onde os sócios deverão integralizar suas quotas até o dia 03/03/2017, em moeda corrente nacional, conforme primeiro parágrafo, cláusula 5ª do contrato de constituição, fls.3575 a 3584. O registro da constituição ocorreu em 21/02/2017, na Junta Comercial do estado de Minas Gerais (JUCEMG).

62.7. Evento 7 – 03/03/2017: Na 1ª Alteração do Contrato Social da UBI 3, fls.3585 a 3609, é alterado o primeiro parágrafo da cláusula 5ª do contrato de constituição que passa a vigorar com a seguinte redação:

“Primeiro Parágrafo: Os sócios deverão integralizar suas quotas até o dia 03 de março de 2017, devendo a integralização ser realizada em moeda corrente nacional e/ou bens suscetíveis de avaliação em dinheiro, desde que atendam à finalidade da Sociedade e conforme discriminados em laudo de avaliação específico.”

62.7.1. Conforme disposto nesta alteração contratual, as sócias resolvem consignar a integralização do capital social. A sócia UL Industrial integraliza o capital social por meio da transferência e contribuição de parte do negócio “Ades” à sociedade, compreendendo todos os bens, direitos e obrigações que compõem o referido negócio, pelo valor contábil de R\$ 71.153.656,19, composto pelos ativos e passivos listados no balanço patrimonial da sociedade datado de 16/02/2017, baseado no Laudo de Avaliação Patrimonial, em nome da UL Industrial, elaborado pela firma PricewaterhouseCoopers Auditores Independentes. As sócias consignam também que estão de acordo com o valor contábil atribuído ao negócio “ADES”. Considerando esta integralização, a sócias resolvem consignar que o saldo remanescente do negócio “Ades”, no valor de R\$ 1,19, será mantido em reserva para futuro aproveitamento pela sócia UL Industrial. Neste ato, a outra sócia (UL Brasil) integraliza o valor de R\$ 1,00 em moeda corrente nacional. O referido laudo de avaliação, datado de 17/02/2017, encontra-se anexo às fls.3601 a 3606.

62.8. Evento 8 – 23/03/2017: 2ª Alteração Contratual da UBI 3: As sócias consignam que o Laudo de Avaliação, anexo à 1ª alteração contratual, não incluiu a lista contemplando os valores individuais dos ativos relativos ao Negócio Ades, mas tão somente, o valor total deles. Logo, resolvem substituir o Laudo de Avaliação por uma nova versão, também elaborada pela firma de auditoria PricewaterhouseCoopers Auditores Independentes. Declaram, ainda, que não há qualquer alteração no valor do Negócio Ades, fls.3610 a 3624. O novo Laudo de Avaliação contém a mesma data do laudo anterior (17/02/2017), no entanto, com relação individualizada de itens do Ativo Imobilizado, até então em nome da UL Industrial, no valor total de R\$ 71.153.656,19, fls.3625 a 3672.

62.9. Evento 9 – 28/03/2017: UL Industrial e UL Brasil, na qualidade de vendedoras, celebram contrato de compra de cotas de capital social, com as empresas do Grupo Coca-Cola, fls.1065 a 1073. Salienta-se que o contrato apresentado (com tradução juramentada), confirma informações veiculadas na internet em 01/06/2016:

(...)

62.10. Evento 10 – 28/03/2017: Transferência de recursos no valor de R\$ 21.434.566,44 da fiscalizada em favor da UL Industrial, conforme comprovante abaixo:

(...)

62.11. Evento 11 – 28/03/2017: 3ª Alteração Contratual da UBI 3 (fls.3826 a 3858). Neste ato societário, ingressam na sociedade diversas empresas do Grupo Coca-Cola, dentre elas a fiscalizada (Rio de Janeiro Refrescos Ltda). Conforme disposto nesta alteração contratual, a sócia UL Industrial, detentora de 71.153.655 quotas de capital, no valor total de R\$ 71.153.655,00, retira-se da UBI 3, cedendo e transferindo, a título oneroso, a totalidade de suas quotas, livres e desembaraçadas de quaisquer ônus, dívidas, encargos e/ou gravames de qualquer natureza, com todos os direitos e obrigações a elas correspondentes, às seguintes sociedades da seguinte forma:

(...)

62.12. Evento 12 – 29/03/2017 - – Sítios na internet veiculam a notícia de que o Grupo Coca-Cola fecha a aquisição do negócio de bebidas à base de soja da marca Ades em 28/03/2017, fls.4081 a 4084.

62.13. Evento 13 – 1º/03/2018 – 4ª Alteração do Contrato Social da UBI 3, fls.3702 a 3740. As sócias resolvem aprovar a cisão parcial da UBI 3, mediante a transferência das parcelas patrimoniais cindidas para as sócias (já listadas na tabela anterior), nos termos do Protocolo de Cisão Parcial com Incorporação (fls.3757 a 3769).

(...)

62.14. Evento 14 - 23/04/2018: É emitido ao Laudo de Avaliação Econômico-Financeira pela Tattica Finanças Corporativas – razão social BRC-Brazil Consulting Planejamento Ltda, direcionado à fiscalizada, fls.340 a 382, no que tange, conforme descrito no laudo, à aquisição da UBI 3 empresa esta onde foi aportada a operação dos Sucos Ades da UL Industrial e UL Brasil.

Dos fatos narrados, verifica-se que se trata de operação realizada entre partes não relacionadas. Verifica-se ainda que o grupo Unilever (vendedor) verteu os ativos alienados na UBI3 de forma a operacionalizar a transferência patrimonial dos ativos, de acordo com o autorizado na legislação de regência.

O capital social da UBI3 foi integralmente subscrito e integralizado, pela Unilever Industrial, em bens e direitos avaliado a valor de livros contábeis pelo laudo de avaliação elaborado pela PricewaterhouseCoopers Auditores (**fls. 4300 a 4344**), no valor referido valor total de R\$ 71.153.656,19, conforme apontado na 1ª Alteração do Contrato Social da UBI3 (**fls. 3587 a 3599**). Esse documento formalizou a transferência de milhares **de bens e direitos, listados no laudo de avaliação, do patrimônio da Unilever Industrial para a UBI3 que passou a ser a única titular desse acervo patrimonial.**

A reorganização implementada pelo Grupo Unilever permitiu que a UBI3 segregasse, do patrimônio da Unilever Industrial, a parcela dos bens e direitos que formam um “pacote” das operações dos “Sucos Ades”, representado pelas quotas da UBI3. Essa segregação, normal e comum em operações dessa natureza, permitia ainda que passivos não incluídos na negociação permanecessem com o Grupo Unilever.

Como objeto único do contrato, permitiu-se também a adequada precificação das quotas da UBI3 a partir da avaliação em conjunta desse “pacote” (e, por conseguinte, do ganho de capital apurado pelo Grupo Unilever, submetido à tributação), e não de parcelas de patrimônios em separado, o que, ressalte-se, não era o interesse de nenhuma das partes. Essa estrutura

negocial foi, desde o início, apresentada ao CADE, refletindo a venda de quotas da UBI3 pelo Grupo Unilever (fls. 3031 a 3292).

Esclarece ainda a Recorrente que concluída a reorganização, as onze empresas do Sistema Coca-Cola no Brasil, incluindo a Recorrente, firmaram, na condição de “Compradoras”, o “Contrato de Compra e Venda de Quotas” (“Contrato” – fls. 1065 a 1073) com a Unilever Industrial e a Unilever Brasil, na condição de “Vendedoras”. O Contrato foi celebrado em 28.03.2017 entre essas empresas, tendo por objeto a venda da totalidade das quotas da UBI3 para tais empresas, pelo valor global de U\$ 80,70 milhões, na seguinte proporção:

Empresas do Sistema Coca-Cola	Valor pago	Percentual	Quantidade de quotas
Recofarma Indústria do Amazonas	40.350.000,00	50,00%	35.576.828
Spal Indústria Brasileira de Bebidas	20.982.000,52	26,00%	18.499.951
Rio de Janeiro Refrescos (Recorrente)	6.859.500,27	8,50%	6.048.061
Norsa Refrigerantes S.A.	8.876.999,82	11,00%	7.826.902
Brasal Refrigerantes S.A.	863.489,86	1,07%	761.344
Refrescos Bandeirantes Indústria e Comércio Ltda.	766.650,30	0,95%	675.960
Brasil Norte Bebidas S.A.	219.988,35	0,27%	193.965
Compar Companhia Paraense de Refrigerantes	159.301,44	0,20%	140.457
Uberlândia Refrescos Ltda.	613.320,24	0,76%	540.768
CVI Refrigerantes Ltda.	710.159,80	0,88%	626.152
Sorocaba Refrescos S.A.	298.589,40	0,37%	263.268

Sob a perspectiva da Recorrente, esta adquiriu diretamente do Grupo Unilever um total de 6.048.061 quotas da UBI3, representativas de 8,5% do seu capital social, mediante pagamento em dinheiro do valor de R\$ 21.434.566,44 (8,5% sobre o preço total pago na operação de R\$ 252.171.359,96, equivalente à conversão para moeda nacional), conforme comprovante de transferência bancário (fl. 850). O valor contábil do investimento adquirido era de R\$ 6.048.060,76, resultando no “sobrepço” pago de R\$ 15.386.505,68.

Essa complexidade é reconhecida pelo próprio Contrato, o qual afirma na Cláusula 3.4: que “As partes reconhecem que os Vendedores deverão gerenciar e implementar uma série de ajustes complexos e estruturais nas atividades atualmente desempenhadas para a plena integração do negócio pelos Compradores. Portanto, os Vendedores realizarão essas atividades que foram acordadas por um período não superior a 180 dias a partir da data de assinatura deste Contrato”. Isso porque, era necessário que as operações dos “Sucos Ades” fossem devidamente integradas às operações do Sistema-Coca-Cola, convergindo-se aos interesses das distintas empresas envolvidas.

A Recorrente também destaca o posicionamento firmado pela C. CSRF no acórdão nº 9101-003.208 (sessão de 08.11.2017, “Caso Bunge Fertilizantes”) que afastou a exigência fiscal sob o fundamento de que a empresa adquirida, reputada pelo Fisco como “empresa-veículo” não foi constituída pelo grupo comprador, mas sim pelo grupo vendedor, cancelando a glosa do ágio pago a partes independentes, posteriormente deduzido para fins fiscais pela empresa adquirente.

O CADE também avalizou a posterior reorganização envolvendo parcelas do patrimônio da UBI3 por empresas do Sistema Coca-Cola: “Em qualquer hipótese, o negócio será

detido por empresas do Sistema Coca-Cola. Adicionalmente, as Compradoras e os fabricantes autorizados da Coca-Cola poderão realizar reorganizações societárias no futuro, incluindo, entre outros, cisão, com o objetivo de redistribuir o negócio relacionado à presente operação” (fl. 3064).

Portanto, **o exame e aprovações pelas autoridades brasileiras reconheceram a validade e a qualificação da operação como a aquisição do investimento na UBI3.**

Nesse sentido o voto vencido colacionado no acórdão recorrido:

Venda de Ativos x Venda de Empresa

A questão que se coloca é saber se essa parcela do patrimônio destacada e transferida para a UBI 3 poderia ser considerada como uma empresa/negócio ou somente como um conjunto de ativos. A caracterização de empresa pressupõe que os ativos estejam funcionalmente integrados para a geração de produtos ou serviços passíveis de serem comercializados. Como resultado dessa dinâmica integrativa e funcional, o valor da unidade empresarial tende a superar o valor agregado da multiplicidade de ativos empregados no processo produtivo considerados isoladamente.

Conforme se depreende do Voto Vencedor, a circunstância de a parcela do patrimônio destacado não compreender passivos, mas somente ativos tangíveis e intangíveis, bastaria para descaracterizar a qualificação do objeto da operação como “empresa”. Entretanto, nada obsta que uma empresa seja constituída sem capital de terceiros (passivos), principalmente quando se trata de uma empresa cujo objeto seja “administração de bens próprios”.

Não obstante haja repetidas referências nas comunicações do próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) à aquisição “de ativos, marca e propriedade industrial de bebidas de soja”, o fato é que o próprio processo administrativo de para análise de ato de concentração econômica, previsto no art. 48, IV, da Lei nº 12.529, de 30/11/2011, só faz sentido no caso de que haja transferência de um “negócio” integrado e apto à produção. Entendo que não caberia tal processo no caso de alienação de ativos isolados destinados a compor o acervo da pessoa jurídica compradora.

Outra evidência que favorece o entendimento de que a operação realizada se referiu à aquisição de um complexo de ativos funcionalmente integrados destinados à produção surge da análise do valor da operação – mais precisamente, da decomposição do valor da operação, segundo o laudo elaborado pelo Grupo Taticca (e-fl. 340/382). Segundo o documento juntado aos autos – e não contestado pela Autoridade Fiscal –, os valores justos dos ativos tangíveis, intangíveis e passivos contratuais seriam, respectivamente, R\$ 102.956 mil, R\$ 40.536 mil e - R\$ 12.597 mil, totalizando, R\$ 130.896 mil (total dos ativos e passivos assumidos).

Considerando que a operação ocorreu entre partes independentes (Grupo Unilever e Grupo Coca-Cola), restaria explicar a razão de se ter desembolsado R\$ 252.591 mil (preço da compra) em um acervo avalizado a valor justo em R\$ 130.896 mil. Segundo a tese do Impugnante, o ágio pago refere-se exatamente à capacidade do negócio adquirido gerar lucros futuros (goodwill de R\$ 121.695). Para que se sustente a versão da Autoridade Fiscal, esse laudo estaria incorreto e deveria, portanto, ser desconsiderado. Porém, nada se apresentou nesse sentido.

Nesse sentido, entendo que **não houve a simples aquisição de ativos como quer levar a crer a fiscalização, mas verdadeira aquisição da operação, da empresa responsável pela produção e distribuição dos sucos Ades.**

Assim, **afasto a referida alegação.**

Além disso, a autoridade autuante considerou que não havia laudo de avaliação, nem qualquer estudo prévio à celebração do negócio (formalizado em 28/03/2017), atestando os valores de mais-valia e *goodwill*.

O laudo de avaliação apresentado para justificar os valores da tabela acima, foi emitido em 23/04/2018 pela empresa BRC - Brazil Consulting Planejamento Ltda, fls.340 a 382, direcionado à RJR e empresas do Grupo Coca-Cola, tendo como objetivo, conforme descrito no documento, auxiliar a fiscalizada na avaliação de determinados ativos intangíveis, tangíveis e passivos financeiros da UBI 3 adquiridos na **operação dos Sucos Ades da UL Industrial e UL Brasil**, com base no critério de rentabilidade futura, em conformidade com a Lei nº 12.973/14 em seu art. 20, incisos I a III, e parágrafo 5º (incluindo a avaliação a mercado dos ativos tangíveis), bem como fornecer subsídios para atendimento às normas contábeis, e estarão conforme a abordagem do Valor Justo, expresso no pronunciamento CPC 15 (R1) – Combinação de Negócios.

O laudo tomou por base a data de **31/03/2017**.

A autoridade autuante acrescentou que o Laudo de Avaliação elaborado pela BRC - Brazil Consulting Planejamento Ltda, utilizado para servir de parâmetro na análise da fundamentação no ágio pago na aquisição da UBI 3, em 28/03/2017, foi emitido em 23/04/2018, ou seja, 13 meses após a operação realizada, concluindo que nem mesmo a existência e quantificação do ágio foram devidamente comprovadas à época da transação.

Contudo, **tal entendimento está em desacordo com o previsto na legislação de regência**, conforme se extrai claramente do art. 178, §2º da IN n. 1700/2017:

Art. 178. O contribuinte que avaliar investimento 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 art. 179;

II - mais-valia ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I; e

III - ágio por rentabilidade futura (*goodwill*), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de que tratam os incisos I e II do caput.

§ 1º Os valores de que tratam os incisos I a III do caput serão registrados em subcontas distintas.

§ 2º O valor de que trata o inciso II do caput deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente, que deverá ser protocolado na RFB ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação.

Nesse sentido o voto vencido colacionado ao acórdão recorrido bem registra: a esse *posicionamento da autoridade lançadora carece de base legal e viola as regras do regime da Lei nº 12.973/2014*” (e-fl. 5.421). Alega que, o fato de se exigir que conste no laudo a data de aquisição, já demonstraria que sua elaboração seria posterior a essa aquisição. Além do mais, sustenta que a exigência de “tempestividade” quanto à elaboração e registro/protocolo do laudo só pode ser aferida em relação ao prazo de 13 meses constante da norma.

E mais: Ainda que seja de todo razoável, como afirma a Autoridade Fiscal, pressupor a existência de uma mensuração detalhada do patrimônio da empresa alvo do negócio anterior à

data de aquisição, fato é que a legislação estabeleceu como critério material dessa mensuração o laudo elaborado por perito independente e como critério temporal, o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação.

Cumpridas tais condições – e não tendo sido apresentadas evidências de vícios ou incorreções de caráter relevante – não há fundamento legal para a glosa das despesas com amortização do ágio”.

Alinho-me ao referido entendimento, haja vista que o próprio legislador entendeu por bem a concessão de prazo para elaboração do referido laudo, adequando a legislação à realidade econômica-negocial.

Ademais, a Recorrente evidenciou que todos os requisitos exigidos pelo regime da Lei nº 12.973/2014 foram cumpridos, conforme sumarizado na tabela abaixo:

Requisito	Atos realizados pela Recorrente	Documentação comprobatória
Aquisição do investimento na UBI3	Aquisição do investimento na UBI3 pela Recorrente e demais sociedade do Sistema Coca-Cola no Brasil, mediante pagamento do preço de compra em dinheiro ao Grupo Unilever (a Unilever Industrial figurou como vendedora) – parcela do preço definida pela Contrato de Compra e Venda. Não procede, como será retomado abaixo, a afirmação do Relatório Fiscal, perpetuada pela DRJ, de que a operação envolveu a “compra de ativos diretamente, em detrimento da aquisição de participação societária”.	Contrato de Compra e Venda (fls. 1065 a 1073), comprovantes de transferência bancária, declarações transmitidas à RFB e ágio pago, comunicados e documentos públicos divulgados ao mercado
Desdobramento do custo de aquisição e registro do Ágio UBI3	O regime determina que o custo de aquisição do investimento seja desdobrado na contabilidade da sociedade adquirente em (i) valor do patrimônio líquido contábil da adquirida; (ii) o que pode ser alocado a mais ou menos valia dos ativos e passivos da adquirida; e (iii) por diferença, o valor do ágio por rentabilidade futura. O investimento na UBI3 foi avaliado pelo MEP, havendo o desdobramento do custo de aquisição, com o registro contábil da mais-valia e do ágio por rentabilidade futura,	Valores informados nas declarações transmitidas à RFB (ECD e ECF), assim como demonstrações financeiras auditadas
Elaboração e registro tempestivo do Laudo PPA	O pagamento do ágio e a mensuração do valor justo do acervo líquido (mais-valia) estão suportados documentalmente pelo Laudo PPA preparado pela Tattica Finanças Corporativas, o qual determinou os valores dos ativos líquidos identificáveis adquiridos com os respectivos valores contábeis e valores justos. O Laudo PPA foi preparado em 23.04.2018, cujo sumário foi registrado em Cartório de Títulos e Documentos em 26.04.2018, isto é, antes do último dia útil do 13º mês seguinte à aquisição que foi concretizada em março de 2017. Não prevalece o entendimento do Fisco de que o laudo seria “intempestivo”, na medida em que elaborado após a aquisição do investimento¹². O regime da Lei nº 12.973/2014 fixou o prazo máximo de 13 meses para elaboração e registro desse documento técnico preparado por terceiros independentes, conforme fundamentos apresentados na sua impugnação (fls. 5.420-5.422 do tópico “II.C.2.3. A tempestividade do Laudo PPA registrado em Cartório”), que foi expressamente reconhecido pela declaração de voto do julgador Jefferson José Rodrigues (fls. 5.842), além de sequer ser mencionado nas razões invocadas pela DRJ para manutenção da glosa do Ágio UBI3.	Laudo PPA (fls. 340 a 382) e o comprovante de registro tempestivo em Cartório de Títulos e Documentos
Absorção da pessoa jurídica a que se refira a mais-valia e o ágio pela pessoa jurídica investidora	Ocorreu a cisão parcial da UBI3, com a incorporação do acervo cindido pela Recorrente, ocorrendo a alegada “confusão patrimonial”.	Documentos societários públicos arquivados na Junta Comercial e declarações transmitidas à RFB
Transações realizadas entre partes independentes	Não há qualquer forma de vinculação entre a Recorrente (empresa franqueada do Sistema Coca-Cola no Brasil), adquirente do investimento na UBI3 e o Grupo Unilever, como reconhecido pelo voto vencedor da decisão da DRJ, ao cancelar a qualificação da multa de ofício.	Documentos públicos divulgados ao mercado pela controladora indireta da Recorrente (CCA) e documentos da operação submetidos ao CADE

Assim, entendendo deve ser revertida a glosa do ágio.

Ante o exposto, **conheço do Recurso Voluntário para dar-lhe integral provimento.**

Ainda, **deixo de me manifestar sobre a discussão versando sobre multa isolada e sobre juros sobre multa, pela perda de objeto.**

Recurso de Ofício

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Dos autos extrai-se que o acórdão recorrido **deu provimento à Impugnação em relação à glosa das despesas com juros, à qualificação da multa de ofício e à responsabilidade tributária imputada:**

Acordam os membros da 12ª TURMA/DRJ09 de Julgamento julgar parcialmente procedente a impugnação, conforme a seguir:

(i) por unanimidade de votos, improcedente a impugnação em relação à glosa das despesas com amortização do ágio Ipiranga; o julgador Eduardo Gabriel de Góes Vieira Ferreira Fogaça votou pelas conclusões;

(ii) por maioria de votos, procedente a impugnação em relação à glosa das despesas com juros, vencido o relator;

(iii) por maioria de votos, improcedente a impugnação em relação à glosa das despesas com amortização do ágio UBI 3, vencido o julgador Jefferson José Rodrigues;

(iv) por maioria de votos, procedente a impugnação em relação à qualificação da multa de ofício, vencido o relator;

(v) por maioria de votos, procedentes as impugnações dos demais sujeitos passivos em relação à responsabilidade tributária, vencido o relator.

Quanto aos juros, extrai-se do TVF que a fiscalização entendeu que as despesas de juros, relativas ao contrato de mútuo da ANDINA (cedente) e da RJR (tomadora), foram despesas não necessárias e, portanto, não passíveis de dedução da base tributável do IRPJ e da CSLL. Este contrato foi realizado com o objetivo de viabilizar a aquisição da CBI pela RJR e ainda com a vantagem adicional de possibilidade de dedução de despesas de juros.

No entender do Fisco, caso a aquisição da CBI tivesse sido realizada diretamente pela CCA ou sua controlada direta ANDINA, não haveria razões para que esse contrato de mútuo fosse celebrado entre a RJR e a ANDINA. Logo, os juros relacionados a este contrato são despesas não necessárias.

Em outras palavras, caso a negociação houvesse ocorrido entre os sócios da CBI e umas das companhias chilenas, não existiria contrato de mútuo e, conseqüentemente, não haveria despesas de juros.

Nesse contexto, no intuito de investigar a noção de despesa para fins dedutíveis, vale trazer algumas delimitações doutrinárias.

José Bulhões Pedreira definiu as despesas como "(...) mutação patrimonial que importa redução do patrimônio líquido sem ter por contrapartida a aquisição de direito ou

aumento de valor de direito existente”¹². E complementa: “(...) são operacionais as despesas, não computadas nos custos, relacionadas com as atividades principais e acessórias que constituem o objeto da pessoa jurídica e com a manutenção das fontes produtoras de rendimentos (...)”, à luz da Lei 4506/1964, artigo 77 do RIR/75 e art.11 do Decreto-Lei 1598 de 1977, à época.

Em semelhante caminho, Ricardo Mariz de Oliveira, ao tratar da definição de despesas para fins tributários assumiu como pressuposto sua distinção frente aos custos, para quem a distinção entre essas seria estabelecida a partir do “(...) emprego dos recursos despendidos ou a serem despendidos pela pessoa jurídica, estejam esses recursos no seu ativo ou decorram de dívidas que ela contraria par poder fazer aquele emprego”³.

Para Edmar Oliveira Andrade Filho, do ponto de vista contábil e fiscal, “despesa é uma espécie de mutação patrimonial diminutiva”. Ainda, prossegue Andrade Filho informando que, nos termos da alínea “a” do parágrafo 2º do art. 6º do Decreto-Lei n. 1598 de 1977⁴, as

¹ PEDREIRA, José Luiz Bulhões de. Imposto sobre a Renda. Pessoas Jurídicas. Volume I. Rio de Janeiro: JUSTEC-Editora Ltda, 1979, p. 196-197. Essa lição também foi lembrada por Ricardo Mariz de Oliveira: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda. Op.cit., p. 829.

² “Essa característica é que a distingue do custo de aquisição ou produção, que também é mutação patrimonial que importa redução do patrimônio líquido mas tem por contrapartida acréscimo de valores ativos. Por isso o custo é – diferentemente da despesa – aplicação de capital financeiro”. Ainda, oferece classificação de despesas: “As despesas operacionais são usualmente referidas como gerais, estruturais, indiretas ou fixas, porque na sua maioria independem do volume de negócios realizados pela pessoa jurídica, ou ao menos não são diretamente proporcionais ao volume de negócios. As despesas de vendas podem ser diretamente proporcionais às vendas, mas não são custos porque não tem por contrapartida aumento do valor do ativo, já que ocorreram no momento em que os bens são vendidos. Outras despesas operacionais usuais são os honorários dos administradores, as despesas gerais com a administração central e os estabelecimentos que não se destinam à produção dos bens e ou serviços vendidos, os encargos dos bens do ativo permanente utilizados pela administração e outras semelhantes, que não decorrem diretamente da compra de mercadorias nem da produção”. PEDREIRA, José Luiz Bulhões de. Imposto sobre a Renda. Pessoas Jurídicas. Volume I. 1979. Op.cit., p. 196-197

³ “Assim, quando ela emprega recursos do seu ativo, ou incorre em dívidas, para aquisição de um bem ou direito de qualquer natureza, na verdade não está tendo despesa (nem prejuízo, nem perda), pois está investindo para ter a propriedade do referido bem ou sua titularidade, ou, em outras palavras, está trocando um bem ou direito já existente no seu ativo, ou os recursos de uma “dívida”, para fazer a aquisição. Neste caso, ela tem um custo, correspondente ao montante que empregou, ou à dívida que contraiu, para a obtenção do bem. Estamos falando em aquisição de um bem ou direito de qualquer natureza para referência de alguma relação jurídica atributiva de direito a uma das partes, e sem esquecer a noção, vista deste o Capítulo I, de que o patrimônio é uma universalidade jurídica formada por relações jurídicas que atribuam, ao seu titular, direitos e obrigação com conteúdo econômico. Assim, em última análise, toda aquisição é aquisição de um direito sobre um objeto material ou imaterial. Ao contrário, quando a pessoa jurídica emprega recursos ou incorre em dívida para pagar um encargo que não representa algo que ainda remanesça no seu ativo, portanto, algo que já tenha sido usado ou consumido, ela tem uma perda. Neste caso, ela tem uma despesa, correspondente àquele valor empregado ou contraído como dívida”. (...) A estrita observância desta distinção é de capital importância, pois um gasto que deveria ser debitado ao ativo, por representar inversão na aquisição de um bem ou direito, se for debitado à despesa acarretará uma indevida redução do lucro real, além de distorcer o lucro líquido e o balanço patrimonial”. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda. Op.cit., p. 828-829.

⁴ Decreto-Lei 1598/1977: “Art 6º - Lucro real é o lucro líquido do exercício ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária.

§ 1º - O lucro líquido do exercício é a soma algébrica de lucro operacional (art. 11), dos resultados não operacionais, do saldo da conta de correção monetária (art. 51) e das participações, e deverá ser determinado com observância dos preceitos da lei comercial.

§ 2º - Na determinação do lucro real serão adicionados ao lucro líquido do exercício:

mutações patrimoniais diminutivas podem assumir o caráter de custos, despesas, encargos, perdas, provisões, participações e quaisquer outros valores deduzidos na apuração do lucro líquido⁵. E para fins tributários:

Para fins tributários (IRPJ e CSLL, em algumas circunstâncias), as despesas são dedutíveis ou não, de acordo com diversos critérios legais de caráter formal, material e temporal. Além da observância desses critérios, o que habilita um gasto a ser dedutível é a sua existência e certeza, que são fatores importantes para a correta aplicação do regime de competência.

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

Art. 47. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e a manutenção da respectiva fonte produtora.

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

§ 3º Somente serão dedutíveis como despesas os prejuízos por desfalque, apropriação indébita, furto, por empregados ou terceiros, quando houver inquérito instaurado nos termos da legislação trabalhista ou quando apresentada queixa perante a autoridade policial.

§ 4º No caso de empresa individual, a administração do imposto poderá impugnar as despesas pessoais do titular da empresa que não forem expressamente previstas na lei

a) os custos, despesas, encargos, perdas, provisões, participações e quaisquer outros valores deduzidos na apuração do lucro líquido que, de acordo com a legislação tributária, não sejam dedutíveis na determinação do lucro real: (...)”.

⁵ “Na prática, todas essas espécies de mutações patrimoniais são tratadas como “despesas” ou “custo” enquanto eventuais perdas derivadas de bens de uso contínuo (ativo imobilizado ou investimentos) são qualificadas como “perdas de capital”, que, na legislação tributária, têm caráter não operacional”. A palavra “despesa” é utilizada, de um modo geral, como sinônimo de “gasto”, e, nesse sentido, representa o valor pago ou empenhado na aquisição de bens não vinculados ao processo de produção de mercadorias, produtos e serviços destinados à venda. Logo, deste ponto de vista, o conceito de despesa é primeiramente determinado por um processo de exclusão; ou seja, despesa é toda espécie de gasto não computável entre os custos de produção. Outro elemento que deve ser considerado em cada caso é a caracterização do gasto como aplicação de capital; despesa é elemento do resultado, enquanto aplicação de capital é ativo. Em regra, a ideia subjacente ao conceito de despesa (tomada a palavra na acepção de “gasto”) é a de retribuição, de modo que uma cifra qualificada como despesa representa sempre um benefício adquirido, e que pode ser fruído imediatamente ou não. Ocorre que a palavra “despesa” tem outras significações, e, portanto, o seu conceito não se resume à ideia de gasto. Há casos em que há dispêndio sem contrapartida para a pessoa jurídica: assim, por exemplo, é considerado como despesa o valor pago a título de multa por infração à legislação de trânsito, e que, na prática, trouxe um malefício para a entidade. O valor despendido no pagamento dessa multa representa, e de fato e de direito, uma perda patrimonial da mesma natureza daquela que ocorre em caso de indenização por ato ilícito e que é paga a alguém que foi lesado pela pessoa jurídica ou por alguém a ela vinculado. Esse tipo de perda, todavia, difere daquela que decorre da diminuição da substância econômica de ativos em virtude de obsolescência ou de oscilações de preços, cujos valores são também qualificados como “despesa”. Ademais, despesa significa também o registro contábil de ajuste patrimonial para equalização, como ocorre nos casos em que o valor de certos ativos é diminuído para refletir as diferenças decorrentes do valor do dinheiro no tempo: tal é o caso do denominado “ajuste a valor presente” e dos registros para refletir acréscimos de passivos ou decréscimos de ativos em virtude de índices de inflação ou flutuação do valor de moedas estrangeiras”. FILHO, Edmar Oliveira de Andrade. Imposto de Renda das Empresas. 13 Edição. São Paulo: Atlas – GEN, 2018, p. 211-212.

como deduções admitidas se esse não puder provar a relação da despesa com a atividade da empresa.

§ 5º Os pagamentos de qualquer natureza a titular, sócio ou dirigente da empresa, ou a parente dos mesmos, poderão ser impugnados pela administração do imposto, se o contribuinte não provar:

a) no caso de compensação por trabalho assalariado, autônomo ou profissional, a prestação efetiva dos serviços;

b) no caso de outros rendimentos ou pagamentos, a origem e a efetividade da operação ou transação.

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

Esse dispositivo legal também foi absorvido pelo próprio RIR/99 (Decreto-Lei 3000/99), no artigo 299⁶.

Assim, considerando o contexto legislativo acima mencionado, pode-se concluir que, em grande medida, o art. 311 do Decreto n. 9580 de 2018 praticamente repetiu o disposto já estabelecido em regulamentos anteriores e substanciado no mesmo diploma legal⁷.

Da mesma forma, pode-se dizer que as discussões envolvendo os requisitos ou critérios (e limites) para a dedutibilidade das despesas operacionais mantiveram-se e atualizaram-se, mas sempre se centrando nas dificuldades de delimitação desses critérios em casos concretos.

Para Hiromi Higuchi, Fábio Hiroshi Higuchi e Celso H. Higuchi, as despesas operacionais necessárias são aquelas nas condições previstas no supracitado dispositivo, isto é, “ (...) necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora de receitas. As despesas necessárias, ainda de acordo com a legislação fiscal, “são as despesas pagas ou

⁶ Decreto 3000/99: Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.

⁷ “Despesas necessárias

Art. 311. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, caput).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º)

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, independentemente da designação que tiverem”.

incorridas e que sejam usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa”⁸.

Na mesma linha, a partir dos dispositivos normativos acima mencionados, Edmar Oliveira Andrade Filho também considera que as despesas dedutíveis são aquelas que possam ser qualificadas como operacionais e que sejam necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora. Não por acaso, o próprio parágrafo 1º, dispõe que são necessárias todas as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa, ao passo que o parágrafo 2º, destaca que são despesas operacionais admitidas para fins da norma aquelas que são usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades empresariais⁹. É claro que, na prática, passou-se a diferentes discussões acerca dos limites ao poder de legislar para aceitar ou negar determinadas deduções a despesas¹⁰⁻¹¹⁻¹².

⁸ “A definição de que despesas necessárias são as usuais e normais no tipo de transações, operacionais ou atividades da empresa, é muito importante para delimitar as despesas dedutíveis das indedutíveis. A usualidade ou normalidade da despesa, no entanto, não pode ser interpretada com todo o rigor do texto da lei quando a despesa não usual ou normal servir para promover a venda da mercadoria ou produto”. “(...) O PN n. 32/81 definiu o conceito de despesa necessária dizendo que o gasto é necessário quando essencial a qualquer transação ou operação exigida pela exploração das atividades, principais ou acessórias, que estejam vinculadas com as fontes produtoras de rendimentos. Despesa normal, diz o Parecer, é aquela que se verifica comumente no tipo de operação ou transação efetuada e que, na realização do negócio, se apresenta de forma usual, costumeira ou ordinária. O requisito de usualidade deve ser interpretado na acepção de habitual na espécie de negócio”. HIGUCHI, Hiromi; Fábio Hiroshi Higuchi; HIGUCHI, Celso H. Imposto de Renda das Empresas. Interpretação e Prática. 25 Edição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 168 e ss.

⁹ FILHO, Edmar Oliveira Andrade. Op.cit., p. 212-213.

¹⁰ Recurso Especial n. 1.113.159 da Primeira Seção do STJ, de 11 de novembro de 2009. Recurso Especial n. 1.168.038, de 9 de junho de 2010.

¹¹ Exemplo dessa discussão pode ser trazida pelo Parecer Normativo CST 239/1970: Pessoa jurídica beneficiada de seguro de vida de seus sócios: não dedutível do lucro real o pagamento dos prêmios de seguro”. “Consulta de pessoa jurídica, proponente de um contrato de seguro de vida comercial, da qual a mesma é também a beneficiária, se o pagamento dos prêmios respectivos é dedutível do lucro real, a título de despesas gerais, na rubrica de seguro de qualquer espécie. O Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto-Lei nº 58.400, de 10/05/66, define em seu art. 162 e parágrafos as despesas operacionais. São admitidas como tais somente as despesas não computadas nos custos, necessárias às transações ou operações da empresa, usuais ou normais ao tipo de atividade da mesma, ou à manutenção da fonte produtora. A lei refere-se às pessoas jurídicas em geral, não distinguindo entre firmas individuais ou sociedades. Não havendo qualquer relação entre as atividades normais da empresa ou a sua continuidade, com as estipulações do contrato de seguro, o pagamento dos prêmios respectivos não poderá ser admitido como despesa dedutível do lucro real. Na mesma linha de raciocínio observa-se que o art. 245 do Regulamento citado, em sua letra e exclui do lucro real o capital das apólices de seguro ou pecúlio em favor da pessoa jurídica, pago por morte do sócio segurado. Não sendo considerado como integrante do lucro real o capital da apólice não seria lógico deduzir desse mesmo lucro o valor dos prêmios pagos para a formação daquele capital.

¹² Parecer Normativo n. 32/1981: “EMPRESAS QUE OPERAM COM A COMERCIALIZAÇÃO E INDUSTRIALIZAÇÃO DO FUMO PRETENDEM VER ESCLARECIDAS DÚVIDAS QUE SÃO SUSCITADAS A PROPÓSITO DA QUALIFICAÇÃO, PARA EFEITO DE DETERMINAÇÃO DO LUCRO SUJEITO AO IMPOSTO DE RENDA, DE DESPESAS HAVIDAS COM A ASSISTÊNCIA QUE PRESTAM AO PLANTADOR DA MATÉRIA-PRIMA OBJETO DE SEU NEGÓCIO. 2. Esclarecem os interessados que constitui prática reiterada, adotada pela generalidade das empresas fumageiras, o reembolso que fazem ao produtor rural - quase todos minifundiários e carentes de recursos financeiros necessários à manutenção regular da produção do fumo - das despesas financeiras decorrentes de financiamentos bancários, ajustados para a aquisição de suprimentos agrícolas e/ou para construção de estufas e galpões. Diante dessas informações, indagam se os encargos referidos são admitidos, como despesas operacionais, na formação do lucro real da pessoa jurídica. 3. A qualificação dos dispêndios de pessoa jurídica, como despesas dedutíveis na determinação do lucro real, está subordinada a normas específicas da legislação do imposto de renda, que fixam conceito próprio de despesas

Já para Marcelo Magalhães Peixoto, as despesas, que são “sacrifícios necessários para a obtenção de receitas de uma entidade (...)”, para serem dedutíveis, devem ser necessárias, usuais e normais – como prescreve o art. 311 do RIR/2018, e estar vinculadas a dois princípios: o da transparência e o princípio da causalidade.¹³

Os dois princípios foram referidos por Ricardo Lobo Torres¹⁴, sobre as características das despesas dedutíveis (necessidade, usualidade, causalidade e transparência). A

operacionais e estabelecem condições objetivas norteadoras da imputabilidade, ou não, das cifras correspondentes para aquele efeito. Assim é que o Regulamento do Imposto de Renda, baixado com o Decreto nº 85.450, de 04 de dezembro de 1980, dispõe que: "Art. 191. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora. § 1º. São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa. § 2º. As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa."

4. Segundo o conceito legal transcrito, o gasto é necessário quando essencial a qualquer transação ou operação exigida pela exploração das atividades, principais ou acessórias, que estejam vinculadas com as fontes produtoras de rendimentos.

5. Por outro lado, despesa normal é aquela que se verifica comumente no tipo de operação ou transação efetuada e que, na realização do negócio, se apresenta de forma usual, costumeira ou ordinária. O requisito de "usualidade" deve ser interpretado na acepção de habitual na espécie de negócio.

6. No caso que ora se nos apresenta, é pública e notória a prática tradicional, reiterada e genérica segundo a qual os compradores de fumo - visando a garantir o regular suprimento da matéria-prima - prestam assistência financeira efetiva ao plantador rural, mediante o reembolso de despesas de financiamentos bancários contraídos para implantação e manutenção da produção agrícola.

7. A legislação complementar do imposto de renda contempla caso em que encargos havidos por terceiros são admitidos como despesa operacional, imputável na formação do lucro real da pessoa jurídica. É aquele focalizado na Instrução Normativa SRF nº 22/72 (DOU de 18.07.1972), quando o valor das despesas bancárias é ressarcido ao produtor agrícola. Exige-se que o encargo constitua parte do ajuste da operação de compra e venda.

8. Em face dos fatos expostos, entendemos que o antecedente referido é perfeitamente aplicável à cultura do fumo, visto que as características daquela produção agrícola justificam plenamente sejam reconhecidos os usos e costumes observados da forma tradicional e generalizada na comercialização do produto; por isso mesmo, julgamos que o valor dos encargos de financiamentos bancários, contratados especificamente para aquisição de suprimentos agrícolas e para a construção de equipamentos da atividade, quando comprovadamente ressarcido ao produtor rural, constitui despesa operacional da empresa adquirente do fumo, dedutível na formação do lucro real.

9. Todavia, para tal fim, urge que a operação de financiamento bancário ao produtor rural fique devidamente caracterizada nos documentos hábeis, mediante comprovação de sua destinação específica à implantação ou manutenção da cultura fumageira. Além disso, é indispensável que o compromisso de reembolso das despesas financeiras integre o ajuste da operação de compra e venda.

10. Finalmente, convém lembrar que o valor ressarcido ao produtor agrícola deve integrar a receita bruta da pessoa física, classificável na cédula G".

¹³ TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. 2 ed. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: Renovar, vol. IV, 2007, p. 130-132. Também consultada por: PEIXOTO, Marcelo Magalhães. Novo RIR. Aspectos jurídicos relevantes do Regulamento do Imposto de Renda 2018. Coord: JR, Jimir Doniak. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 483-497.

¹⁴ "O exato desenho de renda líquida só se completará se, ao núcleo do fato gerador definido no art. 43, I e II, do CTN, se acrescentarem, sob a perspectiva dos princípios constitucionais da capacidade contributiva, da proibição de confisco, da proteção do mínimo existencial e da igualdade, as regras necessárias à quantificação da sua base de cálculo. O CTN se encarrega de estabelecer no art. 44: "A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou

causalidade foi inspirada na doutrina de Klaus Tipke (que impede que o direito à dedução fique preso aos critérios de necessidade e usualidade, mas também à ética e à racionalidade do mercado. A transparência, está ligada à segurança jurídica, à escrituração e à contabilidade das despesas¹⁵.

De certa forma, ainda que por linhas diferentes, entendo que há semelhanças de raciocínio, trazidas pelas reflexões acima, com as ponderações de Ricardo Mariz de Oliveira que, nesse aspecto, traz-nos quatro regras básicas para a dedutibilidade de despesas operacionais: a) “primeira regra: não serem custos”, já que a lei declara que são operacionais as despesas não computadas nos custos; b) “segunda regra: serem despesas necessárias”, que seria a “regra de ouro” da dedutibilidade (e que geraria as maiores discussões), considerando ainda que “a expressão “despesa necessária” apresenta-se verdadeiramente como “dedução necessária” e não se trata de benefício legal”;¹⁶⁻¹⁷⁻¹⁸; b.1.) em geral, devem ser despesas usuais e normais no âmbito da atividade produtiva da empresa¹⁹⁻²⁰; d) terceira regra: serem despesas comprovadas e

presumido, da renda ou dos proventos tributáveis". O acréscimo de patrimônio suscetível de imposição é, em princípio, o total das entradas, em determinado período, abatido dos custos e despesas necessários à produção do rendimento. Compete à lei determinar como se apura o lucro real para a incidência do imposto, eis que não há, como se tem visto, conceitos apriorísticos aplicáveis à matéria. Bulhões Pedreira preleciona: "A aplicação da lei tributária não se baseia em definição geral de lucro, e o conceito legal de lucro varia com a modalidade de determinação da base de cálculo do imposto ... Somente o lucro real é determinado a partir da demonstração do resultado do exercício. E mesmo nessa hipótese a lei não define o que é lucro mas regula sua determinação (com base na escrituração do contribuinte), dispondo sobre as receitas e as deduções que devem ou podem ser incluídas ou excluídas para se chegar ao montante de lucro que é base de cálculo do imposto". Conclui-se, portanto, que o direito à dedução integra o conceito constitucional de renda e compõe o fato gerador definido nos artigos 43 e 44 do CTN. Resta verificar quais as características de que se deve revestir". TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. 2 ed. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: Renovar, vol. IV, 2007, p. 129.

¹⁵ Idem, p. 130-132.

¹⁶ Acórdão n. CSRF/01-0900, de 1989: "IRPJ – DESPESAS OPERACIONAIS – DEDUTIBILIDADE – NECESSIDADE – COMPROVAÇÃO. O art. 47 da Lei n. 4506/64, consolidado no art. 191 do RIR/80, ao estabelecer que são operacionais as despesas não computáveis nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, criou na área do imposto de renda o que comumente se denomina de cláusula geral. Isto significa que o legislador evitou baixar norma exemplificativa ou, muito menos, taxativa. Se a pessoa jurídica consegue provar, por qualquer meio lícito de prova, que o gasto existiu e se trata de despesa normal ou usual no tipo de transações, operações ou atividades da empresa, ainda que mediante simples notas fiscais simplificadas, não há como se glosar tal gasto" (...). Citado por OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda. Op.cit., p. 850-851.

¹⁷ Ex: Parecer Normativo CST n. 582/71; Parecer Normativo CST n. 113/75; Parecer Normativo CST n. 4/82. Também citados por OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda. Op.cit., p. 859.

¹⁸ E arremata: "(...) o referencial legal para se constatar a necessidade é a relação objetiva entre a despesa e a empresa, isto é, entre a despesa e as atividades da empresa ou a sua fonte produtora! É isto, e nada mais, que importa para a lei! Qualquer outro referencial, que alguém queira subjetivamente utilizar, é imaterial e irrelevante perante a lei". OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Fundamentos do Imposto de Renda. Op.cit., p. 861.

¹⁹ Contudo, reforça que o parágrafo 2º não elimina o parágrafo 1º, "(...) e muito menos o caput do art. 47, pois, como visto, os parágrafos são sempre complementos da disposição principal inserida na cabeça de um artigo, formando, juntamente com esta e com os demais parágrafos uma norma unitária, completa e coerente. Isso significa que a dedutibilidade não é assegurada apenas quando uma espécie de despesa seja comumente – um possível sentido para “usual” – incorrida pelas pessoas jurídicas em geral, ou pelas de um determinado setor, embora este possa ser um critério, como ocorre na situação da indústria fumageira, que costuma reembolsar ao produtor de fumo as suas despesas financeiras, caso em que o Parecer Normativo CST n. 32/81, por esta razão reconheceu a dedutibilidade delas. (...) Portanto, é possível que uma despesa necessária embora não seja usual ou comumente adotada pelas demais, ainda que de um determinado setor. Exemplifica trazendo a Solução de Consulta CGT n. 74/14, que adotou

devidamente escrituradas; d) quarta regra: serem deduzidas do período base competente²¹. Não pretendo avançar sobre casos específicos em que a dedutibilidade de despesas operacionais é questionada ou discutida, mas recomendando consulta às decisões jurisprudenciais e administrativas sobre essas hipóteses.

Sobre este ponto, prevaleceu o entendimento de que os juros seriam dedutíveis, nos termos do voto proferido pelo Conselheiro EDUARDO GABRIEL DE GÓES VIEIRA FERREIRA FOGAÇA:

2. Ressalte-se, inicialmente, que, não é porque se negou a dedutibilidade das despesas com amortização de ágio que se tem, por consequência, a indedutibilidade das despesas de juros vinculados àquela operação. Ou seja, os eventuais efeitos tributários secundários decorrentes da operação de aquisição devem ser analisados autonomamente.

2.1. Afastada a dedutibilidade das despesas com amortização de ágio, resta o fato de que houve uma operação de aquisição de participação societária sob o comando de um grupo multinacional, na qual se utilizou de uma empresa operacional do grupo residente no país para se obter o controle total da empresa nacional adquirida. A operação foi desenhada de modo que os recursos financeiros fossem disponibilizados por meio de aportes de capital e empréstimo com a controladora da Interessada.

2.2. Assim, não se utilizou uma holding para a função de empresa veículo sem nenhum propósito, mas uma empresa operacional que era controlada pelo grupo econômico multinacional. Embora não se trate de uma operação rotineira no seu ciclo operacional, a aquisição de participação societária em empresa de sua mesma área de atuação apresenta racionalidade econômica suficiente para lhe garantir a dedutibilidade dos encargos financeiros decorrente da operação. Nesse caso, fica patente a inadequação de uma análise considerando estritamente a condição legal de necessidade à atividade da empresa e à manutenção da fonte produtora (art. 47, da Lei nº 4.506/1964). Se o objetivo era de expandir a capacidade operacional (e fazia sentido econômico adquirir empresa com o mesmo objeto social e que atuasse em área geográfica contígua para redução e custos, como apontou a impugnante), esse objetivo pode justificar a dedução dos encargos da dívida.

2.3. A Autoridade Fiscal destaca que tal estratégia de endividamento com empresa do próprio grupo implicaria economia tributária, pois reduziria a base de cálculo sobre o resultado (tributada a 34%, considerando IRPJ e CSLL) para sobre a incidência apenas do IRRF sobre remessas ao exterior (alíquota de 15%). Contudo, tal afirmativa deve ser relativizada, pois caso toda a injeção de capital na Interessada tivesse se dado via aumento do capital social (com consequente aumento do patrimônio líquido), então a Interessada poderia ter pagado juros sobre capital próprio, que também seriam dedutíveis e sobre cuja remessa incidiriam os mesmos 15% a título de imposto de renda retido na fonte, nos termos do art. 9º da Lei nº 9.249, de 1995. Tal fato já foi inclusive levado em consideração pelo CARF, conforme Acórdão nº 1302-001.945:

SIMULAÇÃO. NÃO CONFIGURADA. GLOSA DE DESPESA FINANCEIRA. INDEVIDA.

É legítimo que a investidora no exterior pudesse optar entre adquirir diretamente a participação em sociedade brasileira ou então aportar recursos em uma subsidiária brasileira, para que esta adquirisse a participação desejada.

entendimento análogo para tratar de despesas para treinamento de funcionários”. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda. Op.cit., p. 871-873.

²⁰ Parecer Normativo CST 32/81, já mencionado.

²¹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda. Op.cit., p. 871-910.

Afasta a acusação de simulação a constatação de que: se os valores emprestados à subsidiária brasileira tivessem nela ingressado como aumento de capital, não existiria as despesas financeiras com juros de empréstimo questionadas na autuação, mas teria sido aumentada a base de cálculo dos juros sobre capital próprio e, consequentemente, poder-se-ia ter despesas maiores de JCP, in casu, em valores próximos aos juros dos empréstimos pagos. (...)

2.4. Ainda que houvesse alguma diferença em relação aos valores que poderiam ser deduzidos pelo JCP por causa das limitações legais para seu cálculo (especificamente a taxa da TJLP em face da taxa contratada), não seria suficiente para convencer acerca da existência do referido planejamento fiscal abusivo. O ordenamento jurídico nacional já dispõe de regras para evitar subcapitalização a fim de evitar abusos em tal prática e, portanto, já conta com regras específicas.

2.5. Assim analisada a questão, restam procedentes as alegações do Impugnante para afastar do lançamento de ofício a glosa relacionada aos juros pagos.

Na linha adotada nesse voto, o empréstimo, **bem como a integralização de capital foram medidas necessárias para a Recorrente expandir sua participação no mercado**, cumprindo os requisitos para sua dedutibilidade inclusive diante da comprovação de que houve efetivo pagamento do empréstimo e impostos sobre ele decorrentes.

Assim, **entendo deve ser negado provimento ao Recurso de Ofício nessa parte.**

Quanto à **multa qualificada**, o provimento do Recurso Voluntário acabou por acarretar a **perda de objeto do recurso de ofício** em relação à matéria.

Contudo, importa registrar que o voto proferido no acórdão recorrido está em linha com as premissas por mim adotadas em casos semelhantes:

3.3. Em relação à dedutibilidade do ágio, a qualificação se deu primordialmente por terem sido utilizadas pessoas jurídicas “com o objetivo de enquadrá-las, forçosamente, de modo artificial, na moldura legal que rege as amortizações fiscais de ágio”. Especificamente em relação à aquisição da UBI3, “o real negócio envolvido na transação foi a compra de ativos da UL Industrial pela fiscalizada e não a aquisição pela fiscalizada da participação societária”. Quanto à dedutibilidade dos juros (infração essa cuja impugnação foi julgada procedente, vencido o relator), ele teria se tratado “de aporte de capital, com a aparência de empréstimo”. E “por terem sido observados todos os aspectos formais para viabilizar a amortização do ágio, desvirtuando por completo a natureza dessas operações, com o fim único de reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, é que restou configurado o dolo”.

4. O aspecto material da multa de ofício qualificada é a falta de pagamento de tributo ou de declaração ou de declaração inexata (inciso I) na ocorrência das hipóteses a que se referem os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964 (inciso II): sonegação, fraude ou conluio. As condutas descritas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 1964, são ilícitos típicos. A fraude consubstanciada no art. 72 pressupõe dolo que implique duas consequências alternativas: (i) impeça ou retarde a ocorrência do fato gerador; ou (ii) exclua ou modifique as suas características essenciais.

4.1. Não é de hoje que se tem uma discussão se a qualificação da multa pressupõe ilícito penal ou se incluiria o civil. Afinal, a responsabilidade por dolo é matéria mais afeta ao direito penal que o civil. Na conduta do art. 71 (sonegação) há um direcionamento claro para sua caracterização pelo sentido penal, o que não fica tão evidente no art. 72. No CARF tampouco há um entendimento específico, não obstante possuir três súmulas que pressupõem a comprovação específica de fraude para qualificar a multa, aproximando-a da segunda linha:

Súmula CARF nº 14: "A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo".

Súmula CARF nº 25: "A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64". (Vinculante, conforme Portaria MF nº 383, de 12/07/2010, DOU de 14/07/2010).

Súmula CARF nº 34: "Nos lançamentos em que se apura omissão de receita ou rendimentos, decorrente de depósitos bancários de origem não comprovada, é cabível a qualificação da multa de ofício, quando constatada a movimentação de recursos em contas bancárias de interpostas pessoas". (Vinculante, conforme Portaria MF nº 383, de 12/07/2010, DOU de 14/07/2010).

4.2. Em reforço dessa segunda tese, a recém-promulgada Lei nº 14.689, de 20 de setembro de 2023, que inovou na redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, cujo § 1º-C exige conduta dolosa individualizada e comprovada para a qualificação a multa, conforme a seguir:

1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será majorado 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, e passará a ser de: (Redação dada pela Lei nº 14.689, de 2023)

VI – 100% (cem por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício; (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

VII – 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício, nos casos em que verificada a reincidência do sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

§ 1º-A. Verifica-se a reincidência prevista no inciso VII do § 1º deste artigo quando, no prazo de 2 (dois) anos, contado do ato de lançamento em que tiver sido imputada a ação ou omissão tipificada nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, ficar comprovado que o sujeito passivo incorreu novamente em qualquer uma dessas ações ou omissões. (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

§ 1º-C. A qualificação da multa prevista no § 1º deste artigo não se aplica quando: (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

I – não restar configurada, individualizada e comprovada a conduta dolosa a que se referem os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964; (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

II – houver sentença penal de absolvição com apreciação de mérito em processo do qual decorra imputação criminal do sujeito passivo; e (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023) (...)

4.3. Neste ponto, resta a adoção de uma linha mais próxima à penal por esta turma julgadora para verificar se ocorreu a hipótese de qualificação a multa de ofício.

5. No presente caso, não há ilicitude na operação em si. Ao contrário da sonegação fiscal, em que o tipo de confunde com o resultado-final, a fraude exige uma conduta-meio também ilícita para se chegar ao resultado-final ilícito. Não havendo a demonstração dessa conduta de forma individualizada e comprovada, a qualificação da multa não se sustenta, conforme disposição da nova legislação. Mas antes dela tal entendimento já seria sustentável, conforme Acórdão 1401-003.185 – 1ª Seção de Julgamento/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária do CARF:

(...)

5.1. Não se trata, ainda, de uma simulação por conferir falsamente direito a alguém, pois ao fim as operações societárias com a venda dos respectivos ativos restaram efetivadas.

Neste sentido considero que ocorreu fraude à lei em que uma operação foi efetuada para se contornar a lei imperativa tributária, o que não sustenta a qualificação da multa, consoante Ferragut:

No direito tributário, a fraude à lei é forte indício de simulação relativa que, se devidamente comprovada, autoriza a requalificação dos fatos pela autoridade administrativa ou judicial (por ilícito se tratar), mas sem a aplicação da multa qualificada prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/96, já que não agride diretamente o conseqüente de uma norma jurídica que assegure um direito ao Fisco. (FERRAGUT, Maria Rita. As provas e o direito tributário. Ed. Saraiva: 2016, p. 125) (grifou-se)

5.2 Se o dolo fosse considerado existente numa conduta consciente do agente para algum benefício (aqui, tributário), então todo planejamento tributário seria doloso, equiparando-o a ilícitos típicos criminosos com fito de esconder determinada situação do Fisco ou de fraudá-lo, como ocorre na falsificação documental ideológica e/ou material, por exemplo. A exceção (multa qualificada) viraria regra. Concorde-se com Marco Aurélio Greco quando diz:

Outra observação a ser feita é a de que a incidência do § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, que leva à multa mais onerosa, supõe a ocorrência inequívoca de dolo no seu mais puro sentido penal.

Vale dizer, não é toda e qualquer hipótese de falta de pagamento etc. prevista no inciso I que vai levar à duplicação da multa.

Se não houve 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 tributariamente mais favorável –, não se trata de caso regulado 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 (GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. 4ª ed. São Paulo: Dialética, 2019. p. 270). (grifou-se)

5.2. Considerando o acima exposto, além, é claro, da nova legislação acerca da multa qualificada, no caso de um planejamento tributário a conduta capaz de gerar a elevação da multa de 75% para 150% deve ser individualizada e comprovada de tal forma que afaste dúvida quanto à artificialidade da operação. Tal artificialidade se depreenderia pela celebração de um negócio atípico/inusual para a obtenção do resultado pretendido.

5.3. No caso em tela, considerando que o resultado pretendido fosse a aquisição do controle total de empresas nacionais por multinacional sediada no exterior, o uso de empresa nacional – ainda que com sua posterior incorporação pela investida – não pode ser considerado atípico/inusual. Embora a economia tributária relevante tenha sido comprovada, não o foi – inequivocamente – que fosse esse o objetivo único do desenho negocial.

5.4. Ainda, a alegação de falseamento total da operação não se coaduna com a conduta da Interessada no procedimento fiscal. A fraude fiscal pressupõe, necessariamente, um esforço na ocultação da prática fraudulenta, o que não foi o caso. Todas as informações sobre a operação bem como o delineamento de seus aspectos financeiros – inclusive com atenção às regras de preços de transferência e de subcapitalização – foram franqueadas à administração tributária nas escriturações relativas aos anos-calendários fiscalizados.

5.5. Tal conduta não pode ser equiparada à de um sujeito passivo que tenha enganado o Fisco, falsificado documento, não cooperado no procedimento fiscal, etc., e que aí então acarretaria a qualificação da multa; vide Acórdão nº 1401002.182 - 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária do CARF:

(...)

5.6. Ainda, na análise da operação efetuada havia uma amplitude na “moldura interpretativa” que poderia considerá-la válida, então havia dúvida razoável do sujeito passivo quanto à ilicitude das consequências fiscais da operação desconsiderada (qualificação jurídica dos fatos), conforme art. 112, II, do CTN6. Isso fica ainda mais evidente na medida em que a votação do presente julgamento ora foi por unanimidade, mas com votação por conclusões deste julgador, ora por maioria. Isso sem falar nos diversos julgados citados tanto pela autoridade tributária como pela impugnante para defender suas alegações, e cujos resultados dificilmente foram por unanimidade. A qualificação jurídica das operações é controvertida. Se cabe ao Fisco não aceitar seus resultados fiscais pretendidos, como ocorreu na parte mantida deste voto, não tem como considerar cabalmente existente conduta fraudulenta para se qualificar a multa de ofício.

5.7. E sendo assim, não se pode ainda argumentar que houve conluio. Especificamente na operação da venda do “suco Ades” em que teria havido conluio pela criação da pessoa jurídica veículo, mesmo que se aceitasse que teria havido fraude, não houve comprovação da participação ativa da Interessada na estruturação das empresas com a parte vendedora para se manter a qualificação da multa.

5.8. Por tais motivos a multa qualificada deve ser exonerada.

Neste aspecto, o acórdão n. 1201-005.577, de 21/09/2022, de relatoria do conselheiro Efigênio de Freitas Júnior:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2012 LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB). PROCESSO ADMINISTRATIVO. NÃO APLICÁVEL. Súmula CARF nº 169: O art. 24 do decreto-lei nº 4.657, de 1942 (LINDB), incluído pela lei nº 13.655, de 2018, não se aplica ao processo administrativo fiscal. O ÓRGÃO JULGADOR NÃO ESTÁ OBRIGADO A SE PRONUNCIAR ACERCA DE TODOS ARGUMENTOS SUSCITADOS PELA RECORRENTE. O órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todos os argumentos suscitados pela parte se os pontos analisados são suficientes para motivar e fundamentar sua decisão. O inconformismo com o resultado do acórdão, contrário aos interesses da recorrente, não significa haver falta de motivação ou cerceamento do direito à ampla defesa (EDcl no Mandado de Segurança nº 21.315 - DF, Diva Malerbi, STJ - Primeira Seção, DJE 15.06.2018). NULIDADE. PREJUÍZO. NÃO OCORRÊNCIA. No âmbito do processo administrativo tributário prevalece o entendimento de que não há nulidade sem prejuízo (pas de nullité sans grief). Nessa linha, conforme salienta Leandro Paulsen, a nulidade não decorre especificamente do descumprimento de requisito formal, mas sim do efeito comprometedor do direito de defesa assegurado ao contribuinte pelo art. 5º, LV, da Constituição Federal. Afinal, continua o autor, as formalidades não são um fim em si mesmas, mas instrumentos que asseguram o exercício da ampla defesa. Nesse contexto, a “declaração de nulidade, portanto, é excepcional, só tendo lugar quando o processo não tenha tido aptidão para atingir os seus fins sem ofensa aos direitos do contribuinte”. DECADÊNCIA. MULTA ISOLADA. ART. 173, I, DO CTN. Súmula CARF nº 104: Lançamento de multa isolada por falta ou insuficiência de recolhimento de estimativa de IRPJ ou de CSLL submete-se ao prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I, do CTN. ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA

(IRPJ) Ano-calendário: 2012 ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. Na aquisição de participação societária, para usufruir da dedução do ágio a empresa incorporada deve cumprir sua função social, estar autorizada por lei, ou apresentar alguma particularidade que permita tal dedução. Não se afigura legítimo a constituição de uma empresa para logo em seguida ser extinta. Permitir o uso da empresa como “veículo”, vai de encontro ao princípio da preservação da empresa; seria permitir a constituição de uma empresa para em seguida “morrer” e deixar como herança a dedução do ágio. Não há falar-se em imiscuir-se nas diretrizes da pessoa jurídica, mas tão somente impedir que a empresa constituída com a única função de empresa de “passagem” funcione como arquétipo para a dedução do ágio. Afinal, funcionar como “passagem, veículo” não figura no rol das funções sociais da empresa. MULTA QUALIFICADA DE 150%. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. SIMULAÇÃO ELUSÃO. REDUÇÃO. Para aplicação da multa qualificada de 150% exige-se conduta caracterizada por sonegação ou fraude, a qual exige a presença de elemento adicional que a qualifique como evidente intuito de fraudar o Fisco. Tal conduta deve ser provada, e não presumida, por meio de elementos caracterizadores como documentos inidôneos, interposição de pessoas, declarações falsas, dentre outros. Além disso, a conduta deve estar descrita no Termo de Verificação Fiscal ou auto de infração, de forma a permitir o contraditório e a ampla defesa. No caso de planejamento tributário, a partir do conceito amplo de simulação, tem-se simulação-elusão, a qual decorre da elusão fiscal, situação em que o contribuinte evita a incidência tributária mediante interpretação equivocada da norma, que o conduz a formalizações distorcidas; porém desprovida do intuito de fraude - típico da simulação-evasão -, porquanto o contribuinte atendeu a todas as solicitações do Fisco, observou a legislação societária, com divulgação e registro nos órgãos públicos competentes; enfim, houve regularidade formal e transparência perante o Fisco. Nesse sentido, em razão de não restar configurado o intuito fraudulento na conduta praticada afasta-se a qualificação da multa, reduzindo-a para 75%. MULTA ISOLADA. ESTIMATIVAS. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO. SÚMULA CARF Nº 105. ALCANCE. O enunciado da Súmula Carf nº 105 no sentido de que “a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício” alcança somente fatos geradores anteriores à Medida Provisória nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007. JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. Súmula CARF nº 108: Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. A neutralidade da amortização do ágio/deságio é consequência direta da neutralidade do MEP, uma vez que o ágio/deságio é desdobramento do investimento; assim, na medida em que o art. 2º da

Lei nº 7.689/88 também impõe a neutralidade da avaliação de investimento pelo MEP à CSLL, forçoso concluir que CSLL também está sujeita à neutralidade da amortização do ágio. Interpretar de forma diversa significaria tributar a receita decorrente da amortização do deságio, o que não se afigura razoável em face da neutralidade; todavia, essa conclusão seria inevitável caso se entenda dedutível a despesa de amortização do ágio. Ademais, aplica-se às exigências ditas reflexas o que foi decidido quanto à exigência matriz, devido à íntima relação de causa e efeito entre elas.

Por sua completude, peço vênha para transcrever as razões ali aduzidas, adotando-as como fundamento de decidir:

Multa de ofício qualificada de 150%

177. Insurge-se a recorrente contra a multa qualificada de 150% ante a inocorrência de fraude, conluio ou sonegação, aduz que no “máximo, se trata de uma questão de “erro de interpretação” acerca da licitude das operações societárias, o que afasta, por consequência, o dolo e a má-fé (requisitos necessários à configuração da ilicitude mencionada no TVF e no acórdão recorrido)”, bem como invoca decisão favorável ao contribuinte nos autos do Processo Administrativo nº 16682.721208/2012-16.

178. Sustenta que “(i)prestou informações detalhadas e forneceu todos os documentos solicitados à Fiscalização, sem retardar, impedir, atrapalhar, nem confundir o trabalho fiscal; e (ii) registrou, arquivou e submeteu à análise todos os atos societários nos órgãos de registro competentes”.

179. A despeito das várias alterações no art. 44 da Lei 9.430, de 1996, na essência, esse dispositivo sempre estabeleceu condutas objetivamente concretas para fins de aplicação da multa de 75%, quais sejam, “falta de pagamento ou recolhimento, falta de declaração e declaração inexata”.

180. No tocante à multa qualificada de 150%, a redação anterior determinava a aplicação desse percentual “nos casos de evidente intuito de fraude, definidos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964.” O novo dispositivo inserto pela Lei nº 11.488, de 2007, determina a aplicação desse percentual “nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 1964”.

(...)

190. Portanto, para aplicação da multa qualificada de 150% exige-se conduta caracterizada por sonegação ou fraude, a qual exige a presença de elemento adicional que a qualifique como evidente intuito de fraudar o Fisco. Tal conduta deve ser provada, e não presumida, por meio de elementos caracterizadores como documentos inidôneos, interposição de pessoas, declarações falsas, dentre outros. Além disso, a conduta deve estar descrita no Termo de Verificação Fiscal ou auto de infração, de forma a permitir o contraditório e a ampla defesa.

O mesmo entendimento tem sido aplicado em casos semelhantes pela CSRF, como ilustra o acórdão n. 9101-006.532, de 27/04/2023:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2012, 2013, 2014 RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA-VEÍCULO. CONTEXTOS FÁTICOS DIFERENTES. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. Não se conhece de recurso especial cujo acórdão apresentado para demonstrar a divergência evidencia decisão em contexto fático distinto, concernente interposição de empresa-veículo cujo propósito comercial é reconhecido em razão de circunstâncias distintas daquelas verificadas na operação examinada no acórdão recorrido. MULTA QUALIFICADA. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. VÍCIO DE CAUSA. DESCABIMENTO. Sendo caracterizado o vício da causa e fixado o entendimento de que houve a prática de um planejamento tributário não oponível ao fisco, não deve prevalecer a qualificação da multa de ofício aplicada pela fiscalização. MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE. A partir do ano-calendário 2007, a alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas". A lei ainda estabelece a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente, não havendo falar em impossibilidade de imposição da multa após o encerramento do ano-calendário.

Nessa linha, inevitável seria a redução da multa ao patamar de 75% e, mesmo que se se mantivesse nessa linha, cabível também

Entretanto, mesmo que prevalecesse o entendimento oposto, seria também cabível a redução da multa ao patamar de 100%, por aplicação retroativa da Lei n. 14.689/2023, com fundamento no art. 106, II do CTN.

Por fim, **quanto à responsabilidade tributária, apesar de o provimento ao recurso voluntário terminar pela perda do objeto da discussão**, entendo que o acórdão recorrido também se adequa as premissas de julgamento que normalmente adoto.

Vejamos:

6.2. Avaliando o TVF, é de se concordar com os sujeitos passivos responsabilizados que não houve descrição do fato (ato ilícito) que implicaria a responsabilização tributária dos diretores. O TVF não foi além em relação à fundamentação da multa de ofício qualificada para a sua responsabilização, conforme a seguir:

148. Assim, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN, devem responder solidariamente com o contribuinte pelos "créditos correspondentes a

obrigações tributárias resultantes de atos praticados”, os “representantes” da pessoa jurídica, com mandatos no período em que foi consumada a fraude; que, no âmbito deste procedimento fiscal, compreendeu o período de 2017 e 2018. A Diretoria era responsável pela administração e gerência da sociedade no período, sendo um diretor geral e os demais diretores sem qualquer denominação específica adicional, conforme especificado na cláusula 6 do Contrato Social e alterações. De acordo com as alterações contratuais e resposta da fiscalizada, fls.738 a 823 e 1082 a 1085, em atendimento ao Termo de Intimação Fiscal nº 10, foram 5 (cinco) diretores no período que abrange o presente procedimento fiscal: (...)

6.3. Houve uma responsabilização genérica, sem adentrar no mérito das condutas dos diretores (e até se participaram ou não dos planejamentos tributários debatidos). A responsabilização tributária, repita-se, foi fundamentada pelo mesmo pressuposto jurídico da qualificação da multa (fraude fiscal), então o julgamento da qualificação da multa interfere no da responsabilidade. Neste ponto, vide Acórdão nº 3302-008.005 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária CARF:

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ADMINISTRADOR. ART. 135, III, DO CTN. AFASTAMENTO DO CARÁTER FRAUDULENTO.

Afastada a caracterização do intuito de fraude que justificou a aplicação de multa qualificada, não pode remanescer a responsabilização tributária do administrador pelos atos praticados, a qual foi atribuída em razão do caráter fraudulento da conduta. (...)

Minha convicção (art.29 do PAF), portando, a partir dos elementos dos autos é de que não havia ocultação dolosa, afastada a aplicação das multas pela conclusão alcançada no tópico anterior no sentido de que não restava suficientemente caracterizado o intuito (dolo) de fraude ou simulação a justificar a aplicação das penalidades impostas pelo Fisco, não pode remanescer a responsabilização tributária dos administradores pelos atos praticados, a qual foi atribuída com fulcro no art. 135, III, do CTN, justamente em razão do caráter fraudulento da conduta. (grifou-se)

6.4. Houve a prática de atos lícitos que, no conjunto, se tornaram um ilícito tributário pela fraude à lei, mas isso não é suficiente, por si a suportar a referida responsabilização. Neste sentido, vide acórdão 1401-003.185 - 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária, cujas razões de decidir são ora adotadas:

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PASSIVA SOLIDÁRIA. SÓCIOS ADMINISTRADORES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO EVIDENTE. Não basta para caracterizar a responsabilidade tributária solidária dos sócios, que estes meramente estejam exercendo função sócio-administrativa na pessoa jurídica autuada. O dolo evidente de infringir a lei ou estatuto empresarial deve restar robustamente comprovado nos autos para que tal responsabilização surta efeitos justos. (...)

No que diz respeito a responsabilidade solidária dos sócios, entendo que o artigo 135, III, do CTN, responsabiliza pessoalmente os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Trata-se de responsabilidade tributária que ocorrerá caso a pessoa que "presenta" a pessoa jurídica (Pontes de Miranda) atue para além de suas atribuições contratuais/estatutárias ou legais. Ou seja, para a configuração de tal responsabilidade, é imprescindível que o auto de infração descreva especificamente a conduta praticada em excesso de poder ou de infração de lei ou contrato social e identifique o agente, no que o auto de infração em questão foi falho.

A responsabilização solidária fundamentou-se no artigo 135, III, do CTN. Entretanto, à vista de tudo o que consta dos autos, não se constata que as reorganizações societárias aqui referidas hajam implicado ou resultado de "atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos". Por conseguinte, inaplicável o mencionado dispositivo, devendo esta responsabilização ser afastada". (...)

O fato objetivo é que os elementos para sustentar a responsabilização dos Recorrentes (intuito fraudulento e conluio) confundem-se com os requisitos para a aplicação da multa qualificada de 150%. Todavia, conforme igualmente sustentado nesta Impugnação, é farta a jurisprudência do CARF no sentido de que, se tratando de planejamento tributário – o que, segundo o Agente Fiscal, se verificou no caso em tela – a multa a ser aplicada é a de 75%, ficando a sanção qualificada para os atos nos quais existiu o dolo da omissão do fato gerador do tributo. (grifou-se)

6.5. Em relação a quem responsabilizar, resta vedada a responsabilização genérica, notadamente em caso de sociedades anônimas cujos administradores são diretores, e não sócios-administradores, como normalmente ocorre com as pessoas jurídicas limitadas; vide Acórdão nº 9101-005.751 da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF):

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 135 DO CTN. PODERES DE GESTÃO/ADMINISTRAÇÃO.

I - O art. 135 do CTN, ao dispor no caput, sobre os atos praticados, diz respeito aos atos de gestão para o adequado funcionamento da sociedade, exercidos por aquele que tem poderes de administração sobre a pessoa jurídica. A plena subsunção à norma que trata da sujeição passiva indireta demanda constatar se as obrigações tributárias, cujo surgimento ensejaram o lançamento de ofício e originaram o crédito tributário, foram resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Fala-se em conduta, acepção objetiva (de fazer), não basta apenas o atendimento de ordem subjetiva (quem ocupa o cargo). Ou seja, não recai sobre todos aqueles que ocupam os cargos de diretores, gerentes ou representantes de pessoa jurídica de direito privado,

mas apenas sobre aqueles que incorreram em atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos

6.6. Assim, julgam-se procedentes as impugnações apresentadas pelos demais sujeitos passivos responsabilizados.

Com efeito, o Código Tributário Nacional, em atendimento ao disposto no art. 146 da Constituição Federal, estabelece que o sujeito passivo da obrigação tributária é o contribuinte, que mantém relação pessoal e direta com o fato jurídico tributário ou o responsável, cuja obrigação decorre exclusivamente de disposição expressa em lei.

Assim, “o responsável recolhe o tributo porque a lei assim determina, não porque realizou a materialidade descrita na norma de incidência tributária, apesar de o responsável possuir vínculo indireto com o fato que se subsume ao fato tributado”²².

Essa é a lição de Misabel Derzi:

É que o sujeito passivo natural, que tirou proveito econômico do fato jurídico, como ensinou Rubens Gomes de Sousa, é o contribuinte, a pessoa que tem relação pessoal e direta com a situação jurídica em que se constitui o fato gerador da obrigação tributária, conforme o art. 121 do CTN. Por razões de praticidade, comodidade na arrecadação, garantia do crédito e proteção contra a evasão, o legislador pode eleger pessoa diversa, o chamado *responsável*. Por isso mesmo, o art. 128, garantindo a observância do princípio da capacidade econômica, determina que o responsável tributário seja vinculado indiretamente com o fato descrito na hipótese de incidência da norma *básica*. Isso significa que o fato gerador hipotético da norma *secundária* tem, ou deve ter *conexão ou relação de dependência*, com o fato gerador hipotético da norma *principal, básica* ou *matriz*²³.

Assim, a atribuição de responsabilidade deve respeitar os limites impostos pelo Código Tributário Nacional, inclusive conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. ART 146, III, DA CF. ART. 135, III, DO CTN. SÓCIOS DE SOCIEDADE LIMITADA. ART. 13 DA LEI 8.620/93. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAL E MATERIAL. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DA DECISÃO PELOS DEMAIS TRIBUNAIS. 1. Todas as espécies tributárias, entre as quais as contribuições de seguridade social, estão sujeitas às normas gerais de direito tributário. 2. O Código Tributário Nacional estabelece algumas regras matrizes de responsabilidade tributária, como a do art. 135, III, bem como diretrizes para que o legislador de cada ente político estabeleça outras regras específicas de responsabilidade tributária relativamente aos tributos da sua competência, conforme seu art. 128. 3. O preceito do art. 124, II, no sentido de que são solidariamente obrigadas “as pessoas expressamente designadas por lei”, não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária

²² DIAS, Karem Jureidini; PRZEPIORKA, Michell. Responsabilidade Tributária e Tax Compliance. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos; RAMOS, Giulia. (Org.). **Tax Compliance e Injustiça Fiscal**. 1ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021, v. 1, p. 168-187.

²³ DERZI, Misabel Abreu Machado. Praticidade. ICMS. Substituição tributária progressiva, “para frente”. In: DERZI, Misabel Abreu Machado (Org.). **Construindo o direito tributário na Constituição: uma análise da obra do Ministro Carlos Mário Velloso**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 170-171.

sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN, tampouco a desconsiderar as regras matrizes de responsabilidade de terceiros estabelecidas em caráter geral pelos arts. 134 e 135 do mesmo diploma. A previsão legal de solidariedade entre devedores – de modo que o pagamento efetuado por um aproveite aos demais, que a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, também lhes tenha efeitos comuns e que a isenção ou remissão de crédito exonere a todos os obrigados quando não seja pessoal (art. 125 do CTN) – pressupõe que a própria condição de devedor tenha sido estabelecida validamente. 4. A responsabilidade tributária pressupõe duas normas autônomas: a regra matriz de incidência tributária e a regra matriz de responsabilidade tributária, cada uma com seu pressuposto de fato e seus sujeitos próprios. A referência ao responsável enquanto terceiro (dritter Person, terzo ou tercero) evidencia que não participa da relação contributiva, mas de uma relação específica de responsabilidade tributária, inconfundível com aquela. **O “terceiro” só pode ser chamado responsabilizado na hipótese de descumprimento de deveres próprios de colaboração para com a Administração Tributária, estabelecidos, ainda que a contrario sensu, na regra matriz de responsabilidade tributária, e desde que tenha contribuído para a situação de inadimplemento pelo contribuinte.** 5. O art. 135, III, do CTN responsabiliza apenas aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão-somente quando pratiquem atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Desse modo, apenas o sócio com poderes de gestão ou representação da sociedade é que pode ser responsabilizado, o que resguarda a pessoalidade entre o ilícito (mal gestão ou representação) e a consequência de ter de responder pelo tributo devido pela sociedade. 6. O art. 13 da Lei 8.620/93 não se limitou a repetir ou detalhar a regra de responsabilidade constante do art. 135 do CTN, tampouco cuidou de uma nova hipótese específica e distinta. Ao vincular à simples condição de sócio a obrigação de responder solidariamente pelos débitos da sociedade limitada perante a Seguridade Social, tratou a mesma situação genérica regulada pelo art. 135, III, do CTN, mas de modo diverso, incorrendo em inconstitucionalidade por violação ao art. 146, III, da CF. 7. O art. 13 da Lei 8.620/93 também se reveste de inconstitucionalidade material, porquanto não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor desconsideração ex lege e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição. 8. Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei 8.620/93 na parte em que determinou que os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada responderiam solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social. 9. Recurso extraordinário da União desprovido. 10. Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC. (RE 562276,

Relator(a): ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-02 PP-00419 RTJ VOL-00223-01 PP-00527 RDDT n. 187, 2011, p. 186-193 RT v. 100, n. 907, 2011, p. 428-442).

Nessa linha, importa verificarmos o que dispõem os arts. 124 e 135, III do CTN:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

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

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

Como visto, o art. 124, I pressupõe interesse comum com o fato gerador da obrigação principal. Em outras palavras, há solidariedade entre devedores, quando mais de um sujeito está no polo da mesma relação:

“O interesse comum dos participantes na realização do fato jurídico tributário é o que define, segundo o inciso I, o aparecimento da solidariedade entre os devedores. A expressão empregada, sobre ser vaga, não é um roteiro seguro para a identificação do nexo que se estabelece entre os devedores da prestação tributária. (...) Numa operação relativa à circulação de mercadorias, ninguém afirmaria inexistir convergência de interesses, unindo comerciante e adquirente, para a concretização do fato, se bem que o sujeito passivo seja aquele primeiro. (...) Aquilo que vemos repetir-se com frequência, em casos dessa natureza, é que o interesse comum dos participantes no acontecimento factual não representa um dado satisfatório para a definição do vínculo da solidariedade. Em nenhuma dessas circunstâncias cogitou o legislador desse elo que aproxima os participantes do fato, o que ratifica a precariedade do método preconizado pelo inciso I do art. 124 do Código. (...) Tratando-se, porém, de ocorrências em que o fato se consubstancia pela presença de pessoas, em posições contrapostas, com objetivos antagônicos, a solidariedade vai instalar-se entre os sujeitos que estiverem no mesmo polo da relação, se e somente se for esse o lado escolhido pela lei para receber o impacto jurídico da exação. É o que se dá no imposto de transmissão de imóveis, quando dois ou mais são os compradores; no ICMS, sempre que dois ou mais forem os comerciantes vendedores; no ISS, toda vez que dois ou mais sujeitos prestarem um único serviço ao mesmo tomador” (CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 310 e 311).

De sua parte, o art. 135, III do CTN requer para que seja imputada a responsabilidade que tais figuras pratiquem atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, não bastando o mero inadimplemento tributário, devendo a fiscalização demonstrar tais atos.

Nesse sentido, Maria Rita Ferragut esclarece que é necessária a individualização do “autor do ato infracional, demonstrando, ao menos, qual o sócio geria a sociedade e decidia pela prática dos negócios empresariais tipificados como fatos jurídicos tributários” (FERRAGUT, Maria Rita. Responsabilidade tributária dos sócios, administradores de *compliance* e avaliação de riscos de transmissão de passivos fiscais. In. CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). **Compliance no Direito Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 154)²⁴. Deve-se, portanto, identificar o ato doloso que ensejou a responsabilização.

No caso, aplicando-se as referidas premissas mesmo que eventualmente fosse vencido no caso concreto, seria o caso de **afastar a responsabilidade tributária, haja vista não restar comprovado, nem o interesse comum, nem o dolo específico**. Assim, em qualquer dos casos, não estando presentes os requisitos para atribuição de responsabilidade, esta deveria ser afastada.

Conclusão

Ante o exposto: a) dou provimento ao recurso voluntário para: i) afastar a glosa do Ágio Ipiranga e; ii) afastar a glosa do Ágio UBI3; b) nego provimento ao recurso de ofício.

É como voto.

Assinado Digitalmente

Jeferson Teodorovicz

²⁴ FERRAGUT, Maria Rita. Responsabilidade tributária dos sócios, administradores de *compliance* e avaliação de riscos de transmissão de passivos fiscais. In. CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). **Compliance no Direito Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 154.