

LEONARDO OLIVEIRA PACHECO DE CASTRO

**A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA JUDICIAL TRIBUTÁRIA SOBRE O
APROVEIMENTO FISCAL DE ÁGIO**

Primeiro Precedente de mérito do Superior Tribunal de Justiça

Orientador

Professor Nelson Porfirio

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Faculdade de Direito

São Paulo - SP

2023

LEONARDO OLIVEIRA PACHECO DE CASTRO

**A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA JUDICIAL TRIBUTÁRIA SOBRE O
APROVEIMENTO FISCAL DE ÁGIO**

Primeiro Precedente de mérito do Superior Tribunal de Justiça

Tese de Conclusão de Curso apresentada à Banca Examinadora do Bacharelado em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como exigência para conclusão do Curso, sob orientação do Prof. Nelson Porfírio

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Faculdade de Direito

São Paulo - SP

2023

RESUMO

Com o presente artigo, procurou-se, por meio da conceitualização do ágio e análise da legislação que regulamenta a amortização da base de cálculo do IRPJ e posterior análise da jurisprudência judicial da questão, entender sob que fundamentos o Fisco vem glosando a dedutibilidade do *goodwill* da base de cálculo dos tributos. Dá análise da jurisprudência, constatou-se que ainda pende de uniformização não apenas entre os tribunais, mas entre suas próprias turmas. Com o primeiro julgamento de mérito a questão pelo STJ, entendeu-se pela legalidade das operações, realizadas na vigência da Lei nº 9.532/97, quando realizadas entre empresas de um mesmo grupo econômico, mediante a utilização das chamadas “empresas veículo” e quando não realizada a confusão patrimonial com o real adquirente. Embora tal acórdão tenha se pronunciado sobre o tema, a questão pende de amadurecimento, não somente na segunda instância, mas também nos tribunais superiores, visto que um precedente isolado não é capaz de indicar a confirmação de um posicionamento consolidado do STJ.

Palavras-chave: ágio; amortização; dedutibilidade; *goodwill*; IRPJ; CSLL; empresa veículo; real adquirente; ágio interno; Lei nº 9.532/97

ABSTRACT

With this article, we sought, through the conceptualization of goodwill and analysis of the legislation that regulates the amortization of the IRPJ calculation base and subsequent analysis of the judicial jurisprudence on the issue, to understand on what grounds the Tax Authorities have been disallowing the deductibility of goodwill of the tax calculation basis. Analyzing the jurisprudence, it was found that there is still a need for standardization not only between the courts, but between their own classes. With the first judgment on the merits of the matter by the STJ, it was understood that the operations, carried out under Law No. 9,532/97, were legal, when carried out between companies of the same economic group, through the use of so-called “vehicle companies” and when the patrimonial confusion with the real acquirer has not been carried out. Although this ruling has ruled on the issue, the issue is pending maturity, not only in the second instance, but also in the higher courts, since an isolated precedent is not capable of indicating the confirmation of a consolidated position of the STJ.

Keywords: goodwill; amortization; doubtability; IRPJ; CSLL; vehicle companies; real acquirer; internal goodwill; Law No. 9,532/97

Sumário

1. INTRODUÇÃO	1
2. CONTEXTO NORMATIVO	1
3. CONTEXTO JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL	5
3.1 Tribunal Regional Federal da 1ª Região	5
3.2 Tribunal Regional Federal da 2ª Região	7
3.3 Tribunal Regional Federal da 3ª Região	9
3.4 Tribunal Regional Federal da 4ª Região	11
3.5 Tribunal Regional Federal da 5ª Região	13
3.6 Primeiro julgamento de mérito do Superior Tribunal de Justiça - Caso Cremer 17	
4. CONCLUSÃO	22
5. REFERÊNCIAS	23

1. INTRODUÇÃO

Em que pese a matéria da dedutibilidade fiscal do ágio da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (“IRPJ” e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (“CSLL”) atualmente ser regida pela Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, a qual promoveu relevantes reformas no procedimento para aproveitamento fiscal do ágio, o enfoque da presente dissertação se volta a análise da jurisprudência em torno da antiga legislação, sob a égide da Lei nº 9.532/97.

Isso se dá pois, apesar da alteração da legislação no ano de 2014, em razão do demorado amadurecimento da matéria com relação às operações realizada após a edição do novo normativo, pouco se debateu no judiciário sob o enfoque da Lei nº 12.973/2014.

Noutro giro, o amadurecimento da matéria sob o enfoque da Lei nº 9.532/97 finalmente culminou no primeiro julgamento de mérito da matéria no âmbito dos tribunais superiores, realizado no dia 05 de setembro de 2023, pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), no caso da incorporação da Cremer S.A. pelo Banco Merrill Lynch (REsp nº 2.026.473/SC – Caso Cremer).

Logo, impossível a análise da questão sob outro enfoque que não da antiga norma, tendo em vista que a resistência fiscal e a pretensão dos contribuintes, atualmente, dizem respeito às operações realizadas sob a vigência da Lei nº 9.532/97.

Tendo em vista a falta de jurisprudência consolidada, bom como as alterações de posicionamento por parte dos Tribunais Regionais Federais quanto a matéria, o presente trabalho visa a análise jurisprudencial da matéria, sob o enfoque da antiga legislação, sob dois recortes temporais: cenário pré 2018 e pós 2018.

Ao fim, balizando-se pela evolução do entendimento da Justiça Federal, análise do primeiro julgado de mérito sobre a matéria nos Tribunais Superiores a fim de compreender o atual cenário jurisprudencial e as expectativas para o futuro.

2. CONTEXTO NORMATIVO

Anteriormente regida pela Lei nº 9.532/97, sucedida pela atualmente vigente Lei nº 12.973/2014, foi criada a dedutibilidade fiscal do ágio na aquisição de participação societária da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (“IRPJ”) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (“CSLL”), com vista a impedir a tributação de renda inexistente.

Isso pois, no momento da aquisição de participação societária dois cenários são possíveis: a compra com deságio e a compra com ágio.

Para avaliação da referida diferença, a legislação de regência da matéria estabeleceu que para a aferição deveria ocorrer um confronto entre o patrimônio líquido da empresa com o valor pago na operação.

Assim, caso tenha-se o pagamento de um valor superior ao que registrado contabilmente pela empresa, estar-se-á diante do ágio. Ou seja, o ágio nada mais é do que a diferença para maior entre o patrimônio líquido da empresa e o valor pago para aquisição da participação, ao revés do deságio, que é o pagamento do inferior ao que contabilmente registrado.

Caso ao final da operação seja apurado o ágio, o valor correspondente será registrado na contabilidade da empresa com um ativo para posterior aproveitamento por seu titular.

Com base na legislação regente à época, o ágio poderia então ser justificado sob os seguintes fundamentos econômicos: **(i)** “*valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade*”; **(ii)** o “*valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros*”; e **(iii)** “*fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas*” (art. 20, §2º, do Decreto-Lei nº 1.598/1977).

Tem-se, portanto, em conformidade com o artigo 7º, III, da Lei nº 9.532/97, que o ágio apurado sob a justificativa de rentabilidade futura poderá ser deduzido da base de cálculo do IRPJ e da CSLL:

“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) [...]

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”.

Isso pois, nessa hipótese, o comprador remunera o vendedor sob a justificativa dos retornos financeiros que este teria em razão do exercício de sua atividade nos próximos anos.

Ocorre que, exatamente em razão da remuneração do antigo dono com base nas projeções de lucro futuro o resultado econômico que o adquirente terá quanto aos exercícios vindouros estará comprometido até o retorno desse dispêndio para aquisição do negócio.

Portanto, com o intuito de gerar um efeito econômico neutro e não se tributar renda inexistente, o legislador então previu essa hipótese de aproveitamento fiscal, autorizando a

dedução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL do ágio pago sob a justificativa da rentabilidade futura.

Isso pois, do contrário, o adquirente estaria compelido ao pagamento de tais tributos de resultados que não de fato existiram, pois tais valores foram dispendidos quando da aquisição do negócio por preço superior ao seu patrimônio líquido. Tal entendimento fica mais claro se conferido o Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações FIPECAFI:

“O ágio pago por expectativa de lucros futuros da coligada ou controlada deve ser amortizado por tais futuros lucros, ou seja, contra os resultados dos exercícios considerados na projeção dos lucros estimados que justifiquem o ágio. **O fundamento aqui é o de que, na verdade, as receitas equivalentes aos lucros da coligada ou controlada não representam um lucro efetivo, já que a investidora pagou por eles antecipadamente, devendo, portanto, baixar o ágio contra essas receitas¹.**”

Ou seja, se a compradora pagou pelo lucro futuro, ao posteriormente auferi-lo, nada ganha, razão pela qual seria irrazoável tributá-lo.

Muito embora a partir da interpretação da norma contida no texto da Lei nº 9.532/97 possa se inferir que a partir do cumprimento dos requisitos de **(i)** aquisição de participação societária; com **(ii)** ágio fundamentado sob a alegação de perspectiva de rendimentos futuros; e **(iii)** ocorrência de confusão patrimonial, o Fisco vem procurando glosar a amortização do ágio, o que vem impossibilitando o aproveitamento de tal mecanismo e resultado em vasto número de autuações.

Ocorre que vem se tentando impor requisitos não previstos em Lei para o aproveitamento, os quais não possuem respaldo jurídico, mas tão somente econômicos ou ainda critérios formais, também sem supedâneo normativo algum.

Na visão do Fisco, seria inadmissível a amortização quando utilizada “empresa veículo”, nomenclatura utilizada por este para se referir a empresa de propósito específico, com o intuito de internalizar e transferir o ágio pago pela adquirente.

Muito embora não haja uma definição específica para o conceito, adotar-se-á a definição dada por Ramon Tomazela Santos, para o qual:

“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

¹ Manual de contabilidade das sociedades por ações: aplicável às demais sociedades / FIPECAFI; 7ª ed., São Paulo : Atlas, 2007, p. 176.

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 futura²”.

Conclui-se, portanto, que a empresa veículo é uma empresa de duração efêmera, na qual inexistem funcionários ou operações, pois criada com o propósito específico de internalizar e transferir o ágio desembolsado pela adquirente, o que para o Fisco configuraria uma ausência de propósito negocial.

Nessa mesma linha de raciocínio concluí então que somente poderia o ágio pago ser aproveitado pelo real adquirente, no caso de este confundir o patrimônio da adquirida com o seu próprio, o que nem sempre é possível, ressaltando, por exemplo, o caso de empresas ou grupos localizados no estrangeiro.

Ressalta-se, desde já, que tal requisito não possui previsão legal alguma.

Posteriormente, de acordo com a legislação referente ao recorte adotado, era exigido também o arquivamento de um comprovante da escrituração, cuja justificativa devia se pautar na expectativa de rendimento futuro. Era o que previa o artigo 20, do Decreto-Lei nº 1.598/77³.

Diante disso, o que comumente se fazia era a elaboração de Laudos de Avaliação, realizados por empresas de auditoria e consultoria para embasar a justificativa do rendimento futuro.

Porém, com vista a glosar o aproveitamento, diante da ausência de previsão quanto ao prazo de elaboração do referido demonstrativo, o Fisco passou a considerar inidôneo o Laudo realizado após a aquisição da participação societária.

Entretanto, novamente, da análise da legislação é possível constatar que não havia previsão alguma sobre o formato ou mesmo o momento adequado para elaboração do “demonstrativo”, ao contrário do que passo a ocorrer com a edição da Lei nº 12.973/2014, na qual passou a constar expressamente a necessidade de elaboração de laudo elaborado por perito, o qual deve ser protocolado perante a Secretaria da Receita Federal até o último dia útil do 13º mês subsequente ao da aquisição da participação societária⁴.

² SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

³ “§ 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”.

⁴ “§ 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”.

Ora, evidente portanto que, o próprio legislador passou a entender pela possibilidade da elaboração do laudo em momento posterior a aquisição da participação, razão pela qual não subsiste a objeção da Fiscalização.

Não bastasse isso, a resistência perpetrada também cai por terra na medida que, como dito, carece de supedâneo legislativo.

Não obstante, a Fiscalização passou a encontrar óbice também com relação a justificativa adotada pelo Contribuinte quando da apresentação do Laudo, muitas vezes a atribuindo a aquisição de fundo de comércio e a ativos intangíveis, quando, na verdade, evidente que a operação se justificava na rentabilidade futura do negócio.

Logo, o que se percebe é que, muito embora o aproveitamento fiscal do ágio, a princípio, se demonstrasse simples, pendente apenas do cumprimento dos critérios apontados, passou-se a se exigir critérios arbitrários, resultando no ajuizamento de diversas ações anulatórias em razão das glosas fazendárias elaboradas com base nos argumentos acima expostos.

Evidente, portanto, que o judiciário passou a analisar a questão, entretanto, com jurisprudência não consolidada e com diversas guinadas ao longo do amadurecimento da questão.

Com o passar do tempo e o avanço da questão, após diversas viradas, um posicionamento passou a ser exarado e culminou no julgamento do caso Cremer, cuja avaliação se volta o presente trabalho, após a análise das referidas alternâncias de posicionamento.

3. CONTEXTO JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL

3.1 Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Muito embora ainda não se tenham julgados de mérito sobre a matéria no âmbito do segundo grau, bem como a maioria das causas localizadas encontrem-se em fase de instrução, mais precisamente em fase de elaboração de perícia contábil, foram localizados dois casos nos quais já foram proferidas decisões definitivas em primeira instância e que aguardam julgamento das apelações.

O primeiro caso trata-se da Ação Anulatória nº 1008067-24.2018.4.01.3400, ajuizada por B3 S.A., com vista a anulação do Auto de Infração objeto do Processo Administrativo nº 16327.001536/2010-80, lavrado com vista a cobrança de IRPJ e CSLL referente aos anos de 2008 e 2009.

A operação que sucedeu a amortização do ágio foi a incorporação da Bolsa de Mercadorias & Futuros-BM&F S.A (“BM&F”) pela Nova Bolsa S.A. (“Nova Bolsa”), a qual,

posteriormente, a incorporação da Bolsa de Valores de São Paulo (“Bovespa”) pela Nova Bolsa. Ou seja, a Nova Bolsa deteria o controle da BM&F e da Bovespa.

Ocorre que, após realizada a dedução do ágio da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, as operações foram questionadas pela Autoridade Fiscal, a qual aduziu que as amortizações não mereciam prevalecer, tendo em vista **(i)** inexistência do ágio; **(ii)** impossibilidade de se justificar o sobrepreço para aquisição das participações societárias com base na “expectativa de rentabilidade futura”; e **(iii)** para a aquisição da participação, deveria ter sido esta adquirida em dinheiro, o que não ocorreu.

Devidamente processado o feito, sobreveio a sentença que julgou improcedente a pretensão autoral.

No entendimento do magistrado de primeiro grau, diante da ausência de terceiros na aquisição dos investimentos, bem como não houve circulação de riquezas, não haveria que se falar na presença de ágio.

Segundo a sentença, seria impossível a realização de operações entre partes dependentes e que, ao mesmo tempo, ensejassem o surgimento do ágio, pois ausente propósito negocial, uma vez que a aquisição seria realizada entre a parte “*consigo mesmo*”.

Opostos Embargos de Declaração por ambas as partes, sendo alegado pela Autora, principalmente, a omissão quanto a ocorrência da operação entre partes independentes.

Apesar de parcialmente acolhidos os Embargos de Declaração, para sanar omissão e admitir apenas a incidência da multa de ofício sobre o débito, a sentença integrativa entendeu pela impossibilidade da efetivação do ágio interno, pois “*havendo respaldo não só da CVM, mas, principalmente, do Conselho Federal de Contabilidade - CFC, no sentido de que essa espécie de ágio (ágio interno) não pode ser aproveitado para abatimento do IR e da CSLL*”.

Interpostas Apelações por ambas as partes, estas aguardam apreciação.

Já o segundo caso julgado no âmbito da Justiça Federal do Distrito Federal, trata-se da Ação Anulatória nº 1017103-90.2018.4.01.3400.

O processo foi ajuizado pela Repsol Sinopec Brasil S.A. (“Repsol”), em razão da lavratura de Auto de Infração, em razão da amortização do ágio decorrente da aquisição da Refisol S.A. pela Autora.

Segundo a Fiscalização não subsistiria a alegação da fundamentação utilizada para o aproveitamento do ágio, qual seja a previsão de rentabilidade futura da Repsol, pois esta não teria o condão de produzir resultados futuros uma vez que não possuiria “fatores de produção”.

Em sua contestação, a União alegou ainda que não poderia ser o ágio aproveitado pois não haveria a indicação da real adquirida investida, bem como a Refisol seria uma empresa veículo criada para “camuflagem da real investida”.

Processado o feito, foi proferida a sentença para dar provimento aos pedidos, em 05/11/2020.

Em suas razões, a sentença ratificou os termos utilizados para concessão da tutela de urgência, na qual entendeu que pela ilegitimidade do voto de qualidade do CARF.

Segundo seu entendimento, houve uma interpretação equivocada da aplicação do voto de qualidade, pois do momento do julgamento no âmbito colegiado administrativo a votação foi realizada por oito conselheiros e, restando empatado, o Presidente novamente votou para promover o desempate.

Com base nisso, foi declarado nulo o acórdão administrativo, sem prejuízo de nova deliberação sem a utilização do voto de qualidade. Ou seja, a sentença deixou de adentrar o mérito para resolução da controvérsia.

Portanto, o cenário atualmente vigente no âmbito da Justiça Federal do Distrito Federal, diante da ausência de decisões colegiadas sobre o tema é a vigência de apenas uma decisão definitiva em primeira instância que adentrou o mérito da discussão acerca dos principais pontos controvertidos entorno do aproveitamento fiscal do ágio, a qual entendeu, mesmo antes da edição da Lei nº 12. 973/2014, pela impossibilidade do aproveitamento do ágio paga quando da aquisição societária de empresas que não sejam independentes entre si (ágio interno).

Ocorre que, como se verá mais a frente, tal entendimento não coaduna com o julgamento realizado pela Primeira Turma do STJ quando da apreciação do Recurso Especial nº 2.026.473/SC.

3.2 Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Já no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (“TRF2”), foi localizado um acórdão sobre o tema, atualmente pendente de análise no Superior Tribunal de Justiça, dentre diversas sentenças de mérito.

No caso que ensejou a decisão colegiada, tem-se na origem, a Ação Anulatória nº 0019637-35.2018.4.02.5101, ajuizada por BB Banco de Investimento S.A. (“BB BI”), a qual visa a desconstituição do Auto de Infração lavrado para cobrança de Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (“CSLL”) referente aos anos de 2009 e 2010, em razão da dedução da base de cálculo da contribuição das despesas de amortização de ágio.

Segundo a autuação seria impossível a dedutibilidade do ágio da base de cálculo da CSLL.

Proferida sentença de parcial procedência tão somente para afastar a aplicação da multa isolado.

Ambas as partes apelaram, resultando no acórdão que negou provimento às apelações e à remessa necessária.

No entendimento do acórdão, apesar do artigo 25 do Decreto Lei nº 1.598/77 vedar apenas o aproveitamento do ágio na aquisição de investimentos sobre o Lucro Real do IRPJ, apesar da falta de menção à CSLL tal inteligência também se aplicaria à contribuição.

Isso pois, o artigo 38 da Lei nº 8.541/92 previa que “*as mesmas normas de pagamento estabelecidas por aquela lei para o Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas*” seriam aplicáveis à CSLL. Assim como previsto no artigo 57 da Lei nº 8.981/95.

O que se repara é que, diante da ausência de jurisprudência consolidada, as sentenças proferidas em primeira instância acabam por não possuir direcionamento único.

Analisados julgados definitivos da primeira instância, o que se repara é que, ao se manifestarem sobre o mesmo tema, acabaram por encontrar soluções distintas para controvérsias extremamente semelhantes.

Nos Embargos à Execução Fiscal nº 0067969-33.2018.4.02.5101 restou decidido pela impossibilidade da amortização do ágio interno, pois, no seu entender, mesmo antes da alteração legislativa que expressamente proibiu o aproveitamento do ágio interno, não seria possível a realização do aproveitamento quando não realizada a operação entre partes independentes.

No entendimento da sentença:

“Com relação à possibilidade de amortização de ágio gerado em operação envolvendo sociedades integrantes do mesmo grupo empresarial, **embora a Lei nº 9.532/1997 não tenha previsto qualquer restrição, o que só ocorreu da através da Lei n. 12.973/2014**, o Conselho Federal de Contabilidade dispôs, no item 120 da Resolução n.º 1.110/2007, que o reconhecimento do **ágio** decorrente de rentabilidade futura, gerado **internamente** (*goodwill* interno) **é vedado pelas normas nacionais e internacionais**. Da mesma forma ficou estabelecido pela Comissão de Valores Mobiliários, através do Ofício Circular CVM/SNC/SEP nº 01/2007”.

Não obstante, partilha desse mesmo entendimento a sentença proferida nos autos dos Embargos à Execução Fiscal nº 0080277-04.2018.4.02.5101.

O entendimento exarado pela 8ª Vara Federal de Execução Fiscal do Rio de Janeiro, embora provocado “*sobre a possibilidade das operações e amortização fiscal do ágio realizada pelos contribuintes quando a estrutura societária contém uma empresa-veículo, como é o caso*

da LICIA”, fora no sentido da possibilidade de aproveitamento quando a incorporação não fora levada a cabo pelo “real adquirente”.

O que ocorreu no caso concreto foi a aquisição pela BR Malls Participações S.A., por meio de aportes na Licia Participações Ltda. (“Licia”), de quotas do capital da Dylpar Participações S.A. (“Dylpar”) e Ecisapar.

Sucedeu a aquisição a cisão da Licia e da Dylpar, com a subsequente aquisição das parcelas cindidas pela Ecisapar.

Segundo a sentença:

“Houve incorporação às avessas, onde a LICIA, a investidora, foi incorporada pelas investidas, ECISAPAR e ECISAENG. Assim, o ágio que passou a ser amortizado por estas tem origem na aquisição de participação nas próprias empresas investidas. Ou seja, quem amortizou o custo da aquisição foram as próprias beneficiárias dos recursos, as investidas, e **não a BR MALLS, a verdadeira investidora**”.

Ocorre que, há julgados no sentido contrário dos apresentados, como é o caso dos Embargos à Execução Fiscal nº 0142536-69.2017.4.02.5101, no qual se entendeu pela compatibilidade do ágio interno com o ordenamento jurídico brasileiro.

Tal entendimento se pautou exatamente na questão levantada nos autos 0067969-33.2018.4.02.5101, que muito bem pontuou que, antes da edição da Lei nº 12.973/2014 não haveria nenhum impeditivo legal ao aproveitamento do ágio interno à época dos fatos.

Ao se manifestar sobre a necessidade de confusão patrimonial da investida com sua real adquirente, o juízo da 11ª Vara Federal de Execução Fiscal do Rio de Janeiro, entendeu que, com base no artigo 8º, “b”, da Lei nº 9.532/1997, seria possível a incorporação da empresa que possuísse a propriedade da controlada⁵.

Logo, o que se tem até o momento é uma falta de padronização entre as decisões proferidas em primeira instância.

3.3 Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Já no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, foram localizados acórdãos que adentraram o mérito da discussão.

⁵ 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.**

Ao se manifestar na oportunidade do julgamento da Apelação interposta nos Embargos à Execução Fiscal nº 5002674-09.2018.4.03.6144, a Relatora Consuelo Yoshida⁶ entendeu pela impossibilidade da utilização da “empresa veículo” para viabilização do aproveitamento fiscal do ágio, pois, segundo seu entendimento, não estaria caracterizado propósito comercial na criação de uma empresa com sua consequente dissolução para transferência do ágio.

Concomitantemente ao fundamento da impossibilidade da utilização da empresa de propósito específico, posicionou-se pela imprescindível incorporação da investida pela investidora original, ou seja, a “real adquirente”.

Para tanto, citou precedente⁷, segundo o qual quando uma empresa sediada no exterior se utiliza de empresa situada no Brasil para aquisição de participação de outra, essa jamais poderia aproveitar o ágio pois não haveria a confusão patrimonial entre o real investidor e a investida.

Com relação ao argumento da empresa veículo, manifestou-se indicando o conhecimento do posicionamento que autorizaria sua utilização, porém consignou que no caso em tela “*os elementos colacionados pela fiscalização são hábeis a demonstrar a existência de uma operação criada artificialmente com o intuito de reduzir tributação sem amparo legal*”.

Sobre a matéria, há diversos de Agravos de Instrumento, interpostos em sua maioria contra decisões que indeferiram pedidos de tutela, bem como em razão do indeferimento da realização de prova pericial.

Ao manifestar-se sobre a possibilidade de aproveitamento do ágio interno, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região vem se posicionando em sentido contrário a pretensão do contribuinte, pois não haveria a confusão patrimonial entre quem suportou o investimento e a investida.

Ainda, se entende que a justificativa da utilização da empresa veículo recair na localização da investidora no estrangeiro não merece prosperar, pois seria possível o investimento direto de empresa localizada no exterior no país.

O que se percebe é que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, vem reiteradamente mantendo as autuações e execuções fiscais pautadas na impossibilidade de utilização da “empresa veículo”, em razão da necessidade da confusão patrimonial com o real adquirente, bem como se posicionando pela impossibilidade de dedução do “ágio interno”.

⁶ TRF3 – 3ª Turma – Rel. Des. Consuelo Yoshida – Apelação nº 5002674-09.2018.4.03.6144 – publicação: 31/08/2023

⁷ TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5017674-17.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, julgado em 13/10/2021, DJEN DATA: 18/10/2021

Apesar de não ser volátil, como se verá, o posicionamento adotado pelo Tribunal não se alinha com o mais recente posicionamento exarado pelo STJ.

3.4 Tribunal Regional Federal da 4ª Região

O que se percebe pela análise da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região é que vigora, há quase uma década, um posicionamento pacífico em favor do contribuinte, contando com mais de duas dezenas de julgados nesse sentido.

Já em 2015, na oportunidade do julgamento da Apelação/Remessa Necessária nº 5005789-24.2012.4.04.7113, ao reprimir o entendimento exarado pela sentença, o Relator entendeu que a lei tão somente exigia que as partes fundamentassem o pagamento do ágio com base no fundamento econômico de perspectiva de rentabilidade futura, não estando previsto na lei a necessidade de “propósito negocial”, “*o que afasta o argumento do Fisco de que a não dedutibilidade se daria pela falta de propósito negocial nas operações*”⁸.

Porém, há também posicionamentos em sentido contrário a esse, não muito pretéritos, conforme o entendimento trazido no julgamento da Apelação/Remessa Necessária nº 5058075-42.2017.4.04.7100, na qual se entendeu que “*O planejamento tributário estruturado sem propósito negocial, no qual os fatos não correspondem à realidade da negociação, conduzido apenas com o objetivo de economizar tributos, é abusivo*”⁹.

Ademais, o acórdão entrou em ponto fundamental para a discussão, qual seja a imprescindibilidade da produção de prova pericial para o deslinde da controvérsia.

O que se nota é que muitas vezes as operações societárias envolvem operações contábeis, muitas vezes além da compreensão dos magistrados, dada sua complexidade e distanciamento da matéria do direito.

Logo, para a compreensão completa dessas operações vastas e complexas, faz-se necessária a avaliação de profissional especializado na área, a fim de constatar a natureza das operações, avaliação da fundamentação do surgimento do ágio, bem como as operações societárias realizadas.

Como se vê, as iniciais são instruídas com vasta documentação, a qual seria impossível ser analisada se não na fase de produção de provas.

⁸ TRF4 – 2ª Turma – Rel. Des. Otávio Roberto Pamplona – Apelação/Remessa Necessária nº 5005789-24.2012.4.04.7113 – julgamento: 22/09/2015

⁹ TRF4 – 2ª Turma – Rel. Des. Alexandre Rossato – Apelação/Remessa Necessária nº 5005789-24.2012.4.04.7113 – julgamento: 08/04/2021

Ocorre que, muitas vezes, a produção de prova pericial é indeferida, ou então questionada pela União, como no caso acima narrado.

Nesse caso, a União se opôs a fundamentação da sentença sob o argumento que a perícia seria prescindível para a resolução da ação, tendo em vista que, segundo ela, tratar-se-ia de questão meramente de direito.

Quanto a esse ponto, o acórdão muito bem pontuou que *“tendo a perícia analisado pormenorizadamente as operações efetuadas pelas empresas envolvidas e concluído por sua regularidade, referida prova foi de fundamental importância para o deslinde da controvérsia, diferentemente do que alegado pela recorrente”*.

O que se percebe é que a produção de prova é essencial para a formação do convencimento do magistrado, visto que ela abordará pontualmente as alegações das partes com base na documentação fornecida, com o fim de chegar a uma conclusão sobre os pontos controversos.

Ademais, o tribunal em análise muito já se posicionou sobre a impossibilidade da amortização do ágio interno, bem como a utilização de empresa veículo e a necessidade de incorporação da investida pelo real adquirente, principais pontos controversos.

Não coincidentemente, o processo referência que será estudado mais a frente, que resultou no primeiro julgamento de mérito sobre a discussão pelo Superior Tribunal de Justiça, foi originariamente analisado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Quanto a alegação fiscal da impossibilidade de aproveitamento do ágio interno, mesmo antes da edição da Lei nº 12.973/2014, o Tribunal já muito se manifestou que não haveria previsão legal até a alteração legislativa que impedisse o aproveitamento fiscal do ágio interno.

O que se vê é que:

“A amortização do ágio era admitida na forma do inc. III do art. da L 9.532/1997 vigente à época dos fatos, que se referia especificamente a situações em que a incorporação, fusão ou cisão se dava entre pessoas jurídicas que se vinculavam por participação societária, ou seja, pertencentes ao mesmo grupo econômico¹⁰”.

No mesmo sentido, temos a inteligência do acórdão relatado pelo Desembargador Federal Relator Leandro Paulsen, assim ementado:

“TRIBUTÁRIO. REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. INCORPORAÇÃO. ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO.

1. A operação de aproveitamento de ágio realizada encontrava amparo legal na legislação vigente à data dos fatos.

¹⁰ TRF4 – Primeira Turma – Rel. Des. Marcelo De Nardi – Apelação nº 5024766-47.2019.4.04.7201 – julgamento: 16/08/2023.

2. Autorizada a amortização do ágio, consoante prevê o art. 7º, III, da Lei 9.532/97, **não havia exceção legal que vedasse a operação entre pessoas jurídicas pertencentes ao mesmo grupo econômico, até o advento da Lei 12.973/2014**, sendo as operações anteriores à referida lei.
3. Realizadas operações contábeis e societárias autorizadas por lei, com transparência, tal planejamento tributário não se afigura fraudulento, sendo certo que a própria autoridade coatora assim não o considerou, devendo ser afastado o ato coator.
4. O fato de o ágio ser baseado em rentabilidade futura não constitui óbice ao seu aproveitamento. Precedentes”.

No decorrer de seu voto o professor Paulsen muito bem entendeu que:

“O **princípio da legalidade**, que se traduz em cláusula pétrea de proteção ao direito de propriedade, também serve como poderoso **instrumento para obstar que os preceitos contábeis regulamentares ingressem no ordenamento tributário** para conferir ao ágio interno um tratamento contábil que restringe ou limita o seu benéfico aproveitamento tributário previsto na lei. **As deduções e exclusões da base coletável de determinados dispêndios não são aqueles assim considerados pela contabilidade, mas sim pela lei**”.

Adentrando os demais argumentos trazidos pela União, a utilização de empresa veículo vem sendo rechaçado nos casos em que caracterizada a simulação, devendo a operação ser embasada em laudos técnicos que demonstrem razões comerciais para a utilização da empresa de propósito específico.

Estaria comprovada a simulação na utilização da empresa veículo quando:

“Gerado artificialmente com a única finalidade de amortização de tributos. A intenção dolosa se depreende especialmente pela rapidez das transações (as quais, ao todo, perduraram 13 dias) e pelo fato de que, ao final das operações, salvo a obtenção do benefício fiscal almejado, a situação fática das empresas permaneceu inalterada¹¹”.

O que importa ressaltar é que, é completamente aceitável, que se realize um planejamento tributário que vise a economia de tributos, dentro das balizas da lei e dos princípios constitucionais, dentre eles o da autonomia privada, estar-se-á diante da elisão fiscal, e não da evasão, quando realizada com abuso e em “*descumprimento frontal da lei*”¹².

3.5 Tribunal Regional Federal da 5ª Região

Já a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região vem admitindo amplamente a utilização de empresa de propósito específico para a viabilização da amortização fiscal, bem como pela desnecessidade de incorporação da investida pelo “real adquirente”.

¹¹ TRF4 – 1ª Turma – Rel. Des. Jorge Antonio Maurique – Apelação nº 5004003-95.2014.404.7202 – julgamento: 27/05/2015

¹² TORRES, Heleno Taveira. O ágio fundamentado por rentabilidade futura e suas repercussões tributárias.

Com relação a impossibilidade da utilização do ágio interno, há um precedente com posicionamento pela impossibilidade de sua realização.

No entanto, com base nos acórdãos que o sucederam, demonstrou ser um entendimento isolado, que possibilita entender como um entendimento isolado e que não reflete o que atualmente vem se decidindo acerca da controvérsia.

O que se repara é a presença de diversos julgados¹³ que se posicionaram pela possibilidade da utilização da empresa de propósito específico e desnecessidade de incorporação pelo “real adquirente” sob o fundamento de que pendente previsão legal quanto a essa necessidade.

Isso pois, “*A lei não impõe, como requisito para o benefício fiscal, a coincidência entre a empresa originariamente investidora [...] e a empresa que veio a incorporar ou que veio a ser incorporada pela pessoa jurídica cuja participação societária foi adquirida*”¹⁴.

Segundo o posicionamento do Tribunal, o que se vê é que o Fisco vem tentando impor restrições que não estão previstas em norma alguma, apenas com o intuito de glosar as deduções milionárias que o ágio enseja.

Inclusive, com base nisso, que vem defendendo pela possibilidade de utilização do ágio interno, pois, como visto, até a alteração legislativa sobre a dedutibilidade do ágio promovida em 2014, não havia óbice ou distinção alguma ao aproveitamento do ágio entre empresas de um mesmo grupo econômico, do contrário, desnecessária seria a alteração legislativa.

Quanto a esse ponto, os acórdãos vêm amplamente citando o seguinte precedente:

“Vê-se, pois, que os **dispositivos legais que disciplinam o ágio** gerado na reorganização societária **não estabelecem qualquer barreira** ou distinção **em relação a empresas do mesmo grupo econômico**, não cabendo ao Fisco impor restrição ou exigência não prevista na norma, valendo salientar, por oportuno, que a autuação fiscal não apontou qualquer fraude ou simulação ou qualquer outra deformidade que pudesse colocar em dúvida a legitimidade dos diversos atos jurídicos praticados na reorganização”

¹³ TRF5. APELAÇÃO. Apelação nº 0804674-74.2019.4.05.8300. Relator: Desembargador Federal Manoel de Oliveira Erhardt. Julgamento: 22/08/2023. TRF5. APELAÇÃO. Apelação nº 0810539-44.2020.4.05.8300. Relator: Desembargador Federal Manoel de Oliveira Erhardt. Julgamento: 07/03/2023. TRF5. APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA. Apelação/Remessa Necessária nº 0820550-69.2019.4.05.8300. Relator: Desembargador Federal Manoel de Oliveira Erhardt; julgamento: 24/02/2023. TRF5. APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA. Apelação/Remessa Necessária nº 0804674-74.2019.4.05.8300. Relator: Desembargador Federal Manoel de Oliveira Erhardt; Julgamento: 24/01/2023. TRF5. APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA. Apelação/Remessa Necessária nº 0806955-91.2019.4.05.8400. Relator: Desembargador Federal Leonardo Coutinho (Relator Convocado). Julgamento: 19/12/2022. TRF5. APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA. Apelação/Remessa Necessária nº 0806178-72.2020.4.05.8400. Julgamento: 02/08/2022. TRF5. APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA. Apelação/Remessa Necessária nº 0801333-60.2021.4.05.8400. Relator: Desembargador Federal Arnaldo Pereira de Andrade Segundo. Julgamento: 12/05/2022

¹⁴ TRF5 – 4ª Turma – Rel. Des. Manoel de Oliveira Erhardt – Apelação/Remessa Necessária nº 0804674-74.2019.4.05.8300 – julgamento: 22/08/2023

(TRF5 – 2ª Turma – Rel. Des. Paulo Machado Cordeiro – Apelação/Remessa Necessária nº 0804759-94.2018.4.05.8300 – julgamento: 22/02/2022 – grifos nossos)”.

Porém, como dito, há precedente anterior as demais analisados que demonstrou resistência a possibilidade da dedução entre empresas do mesmo grupo econômico, pois, segundo o Desembargador Federal Arnaldo Pereira de Andrade Segundo, o requisito pessoal do ágio previsto na Lei exigiria a realização entre partes distintas, “*de forma que a operação não poderá ser processada entre membros de um mesmo grupo econômico*”¹⁵

No entanto, com base nos acórdão que sucederam o posicionamento citado, há maioria formada no sentido de que o Fisco deve se restringir aos requisitos apontados em Lei, pendente então qualquer óbice segundo essa sobre a utilização do ágio interno.

Apesar da divergência com relação ao ágio interno, o referido precedente muito bem representou o que se vem decidindo no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, senão vejamos trechos da ementa:

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CRIAÇÃO DE SOCIEDADE ANÔNIMA CONTROLADORA. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. EQUIDADE. ENTENDIMENTO DO STJ. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO.

6. O ágio é um conceito Contábil que foi introduzido no Sistema Jurídico Brasileiro através do já mencionado art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/77, consistente na diferença de valorização verificada entre o patrimônio líquido avaliado e devidamente escriturado de uma sociedade e o eventual valor de seus ativos mobiliários em caso de venda. Por vezes, a formação desse ágio deriva da mera expectativa futura da Empresa adquirente de que o patrimônio mobiliário da Empresa adquirida venha a se valorizar. Assim, efetua-se a compra das ações da adquirida com expressiva valorização, gerando o ágio. Há algum tempo, a jurisprudência da 1ª Turma da CSRF do CARF, competente em questões de IRPJ e CSLL, tem reconhecido a impossibilidade de aproveitamento da amortização do ágio, segundo diversos argumentos: impossibilidade da fruição do benefício no caso da incorporação às avessas (operações economicamente invertidas); falta de propósito comercial na operação de incorporação; aquisição de ágio interno; descumprimento do critério subjetivo da regra-matriz do benefício fiscal, etc. Entretanto, não se comunga de tal entendimento.

7. A Lei impõe que o aproveitamento da amortização do ágio de aquisição, baseado em rentabilidade futura, fundado no artigo 7º, III, da Lei n. 9.532/1997, pode acontecer sempre que atendidos três requisitos: i) o pagamento do custo integral de aquisição da Empresa, o que inclui o valor do patrimônio e do ágio; ii) a realização de operações entre partes que não ostentem entre si qualquer forma de ligação prévia; iii) a demonstração da correção da avaliação da Empresa adquirida, bem como da expectativa de rentabilidade futura. No caso em apreço, verifica-se que os requisitos legais restaram atendidos.

[...]

11. O aproveitamento do ágio não se dá apenas da maneira como entende o Fisco, pois, nos termos da Lei, a empresa que detém a participação societária também poderá ser incorporada. Nesse caso, uma vez que as Empresas Guaraniã, COELBA e Uptick criaram a Ibidem para exercer o controle acionário da COSERN, mediante a

¹⁵ TRF5 – 3ª Turma – Rel. Des. Arnaldo Pereira de Andrade Segundo – Apelação/Remessa Necessária nº 0801333-60.2021.4.05.8400 – julgamento: 12/05/2022

transferência de suas ações para ela, é certo que, se a incorporação se dá de forma reversa, (a COSERN absorve sua Controladora IBIDEM), pode haver o aproveitamento do benefício fiscal da Controladora pela Controlada.

12. O Direito Empresarial é informado pelo princípio da liberdade negocial, seja quanto às atividades exercidas pelo empresariado, seja quanto ao modo desse exercício: a forma adotada para dar vida a um negócio é livre, encontrando limites apenas quando claramente estabelecidos por lei. Por sua vez, a Lei das S.A. esclarece, em seu artigo 2º, § 3º, a possibilidade de existir uma Sociedade Anônima cujo objeto seja participar de outras sociedades, as chamadas holdings. A Ibidem foi constituída quando Guaraniana, COELBA e Uptick já eram titulares do controle acionário adquirido com ágio, portanto já tinham cumprido os requisitos necessários para a fruição do benefício. O fato de elas terem transferido a fruição dele para uma terceira Empresa, que veio a ser incorporada pela COSERN, o que se costuma denominar incorporação inversa, a meu ver, não desnatura a existência do ágio. Tal operação encontra-se dentro do âmbito da liberdade negocial que orienta o ambiente empresarial brasileiro, não existindo regra que impeça a sua concretização. Além disso, ao contrário do que afirma o Fisco no termo de encerramento da autuação, o propósito negocial não é figura apta a desqualificar uma operação societária, simplesmente porque não há previsão da sua exigência para o reconhecimento da legitimidade da operação. Ainda assim, admitindo-se apenas hipoteticamente que houvesse a previsão normativa da sua demonstração para o reconhecimento da legitimidade da operação societária, a simples existência de um benefício fiscal de tal magnitude, a ser transferido de uma empresa para a outra, já afastaria a argumentação do Fisco. No caso, o propósito negocial consistiria exatamente na intenção de reduzir a carga tributária da Empresa adquirida e, com isso, melhorar a seu desempenho econômico no mercado, conferindo-lhe competitividade e possibilidade de investimento em sua própria atividade, além de lucratividade, que lhe permitiria atrair maior número de investidores.

13. Quanto ao argumento Fazendário de que a Lei teria exigido a verificação de confusão entre o patrimônio da investidora efetiva e o da investida, para a fruição do benefício fiscal em apreço, de forma que a criação de uma terceira empresa-veículo seria ilegal, também sem razão a Ré. Isso ocorre porque, como foi esclarecido acima, não existe na Legislação tal exigência, sendo ela nada mais que um desdobramento do argumento da inexistência de propósito negocial, na operação de criação da terceira Empresa, já afastado anteriormente. Também sem razão a fiscalização, quando afirma que a Autora passou a deduzir da base de cálculo dos mencionados tributos, um ágio indevidamente adquirido, um "ágio interno", pois, como demonstrado acima, a operação societária que culminou com o aproveitamento do ágio, encontra-se revestida de legalidade, não cabendo ao Fisco instituir critérios não estipulado pela Lei.

[...]

15. A operação de aproveitamento do ágio em discussão, viabilizada pela operação societária de criação da holding Ibidem e de sua posterior incorporação pela COSERN, nada mais representou do que um legítimo planejamento tributário. O planejamento tributário consiste em uma tomada de posição, fundamentada no ordenamento jurídico vigente, após extensa e detida análise do arcabouço normativo societário, concorrencial, consumerista, regulatório, ambiental e tributário envolvido em sua atividade, de forma a permitir que o empresário, licitamente, diminua os encargos tributários incidentes sobre o seu negócio. Nesse sentido, sabendo-se que o direito tributário possui eminente índole liberal e representa autêntico mecanismo de controle do poder de invasão do patrimônio provado por parte do Estado para se financiar, é certo afirmar que os mecanismos de planejamento tributário podem se valer tanto de permissivos legais expressos, quanto de construções normativas decorrentes do silêncio da lei. Nesse último caso, o fator determinante da aplicação do planejamento tributário é a estruturação do negócio, de forma a não concretizar os elementos da regra-matriz de incidência de um tributo, valendo-se, para isso, dos próprios espaços normativos em que a lei não alcançou.

[...]

(TRF5 – 3ª Turma – Rel. Des. Arnaldo Pereira de Andrade Segundo – Apelação/Remessa Necessária nº 0801333-60.2021.4.05.8400 – julgamento: 12/05/2022)..

Seguro dizer que o Tribunal analisado, juntamente com o Tribunal Regional Federal da 4ª Região possui um posicionamento pró contribuinte bem consolidado, ainda mais que este, pois entende majoritariamente, com breve exceção, pela possibilidade de utilização do ágio interno, empresa de propósito específico e prescindibilidade da incorporação pelo “real adquirente”, desde que não comprovado pelo Fisco a realização de simulação ou fraude.

3.6 Primeiro julgamento de mérito do Superior Tribunal de Justiça - Caso Cremer

Trata-se, na origem, de Ação Anulatória de Débito Fiscal nº 5010311-02.2018.4.04.7205, ajuizada por Cremer S.A. (“Cremer”), com vista a anulação do Auto de Infração (“AIIM”) lavrado em razão da glosa da amortização de ágio realizado pela Autora nos anos de 2005 a 2009, com relação a legislação vigente à época, qual seja a Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997.

A operação em análise nos autos é a aquisição da Cremer por comprador estrangeiro, o Merrill Lynch Global Partners (“Merrill Lynch”).

Conforme se extrai dos autos a exigência do IRPJ e CSLL decorreriam da **(a)** suposta ausência de ágio. Ressalte-se que, nesse caso, o Termo de Verificação Fiscal (“TVF”) não fazia menção a necessidade de aproveitamento pelo “real adquirente”.

Ao ser julgado pelo CARF, deu-se parcial provimento para cancelar a multa de ofício imputada e o item relativo às despesas financeiras.

Fora mantido, parcialmente, o lançamento sob o argumento que se estaria diante da ocorrência do chamado ágio interno e sob o inédito argumento de que o ágio deveria ter sido aproveitado pelo Merrill Lynch o que não correu diante da **(b)** indevida utilização de “empresa veículo”.

No caso concreto, as operações que ocorreram foram as seguintes.

A Cremer, em 2003 era sociedade de capital aberto, com controle exercido por familiares dos fundadores (bloco controlador) e, nesse mesmo ano, o Merrill Lynch passou a negociar com o bloco controlador a aquisição do empreendimento.

Em sede de negociação, o Merrill Lynch requereu fosse criada sociedade que reunisse tanto o bloco controlador, quanto as ações dos sócios minoritários, com vista a fechar o capital

a Cremer para facilitar a implementação da nova gestão, uma vez que a empresa se encontrava em estado pré-falimentar.

Diante disso, foi realizada uma Oferta Pública de Aquisição de Ações para que o bloco controlador adquirisse as participações minoritárias, resultando na criação da CREMERPAR, a qual seria responsável pelo fechamento do capital.

Assim, o bloco controlador integralizou as participações da Cremer na CREMERPAR.

Nessa operação, surgiu o primeiro ágio, denominado pela Fiscalização de “Ágio da aquisição do Bloco de Controle”.

Ato subsequente, houve a realização da Oferta Pública de Aquisição de Ações (“OPA”) da Cremer e, diante do êxito do OPA, o Merrill Lynch foi contratualmente obrigado a aportar dinheiro na CREMERPAR para aquisição do controle da Cremer.

Assim, o Merrill Lynch adquiriu R\$ 10,96 milhões em ações dos minoritários, o que fora integralmente considerado como ágio, tendo em vista que o patrimônio líquido da Cremer se encontrava negativo e subscreveu R\$ 87,7 milhões no capital social da Cremer, adquirindo-a.

Ao final da operação, a CREMERPAR foi incorporada pela Cremer.

Ocorre que, segregando as operações em três partes, a Fiscalização glosou o ágio sob os fundamentos a seguir.

A uma, glosou o “Ágio da aquisição do Bloco de Controle”, sob o fundamento de que seria impossível a realização do “ágio interno”.

A duas, o ágio da aquisição dos minoritário não foi glosado.

A três, o “Ágio decorrente dos aportes de capital”, sob o fundamento de que os valores pagos eram mera injeção de recursos, não podendo ser caracterizado como ágio.

No entanto, na oportunidade do julgamento pelo CARF, justificou-se ainda a manutenção da glosa sob o fundamento da utilização indevida de “empresa veículo”.

Contestou a União, simplesmente transcrevendo o acórdão do CARF.

Processado o feito, sobreveio a sentença proferida peça 2ª Vara Federal de Blumenau que julgou procedente o pedido, anulando o auto de infração.

Quanto ao “Ágio da aquisição do Bloco de Controle”, a sentença entendeu que “*a lei vigente, na época, não continha proibição quanto à amortização do ágio, ainda que advindo de reorganização societária*”.

Ou seja, no entender da sentença, deveria ser respeitada a estrita legalidade e, cumpridos os requisitos não haveria que se falar na glosa do aproveitamento.

Na inteligência da sentença, à época dos fatos, não havia qualquer limitação ao aproveitamento do ágio interno e, com o intuito de vedar tal aproveitamento, a legislação

evoluiu e com a edição da Lei 12.973/2014, tal possibilidade deixou de ser aplicável, sendo possível apenas o aproveitamento no caso de operações entre partes independentes.

Ainda nesse sentido, entendeu que, ainda que a impossibilidade de aproveitamento do ágio interno estivesse amparada em conceitos econômicos e contábeis, somente com a nova legislação sobre o tema que passou a haver uma coerência entre a contabilidade e as normas de direito tributário. Reafirmando, portanto, o princípio da estrita legalidade, uma vez que, à época da realização das operações ainda não se encontrava vigente a Lei nº 12.973/2014.

Dessa forma, entendeu o juízo de primeiro grau que, uma vez cumpridos os requisitos da lei e ausentes quaisquer indícios de fraude, simulação ou ilicitude, não haveria que se falar na impossibilidade de aproveitamento do “Ágio da aquisição do Bloco de Controle”. No entendimento da sentença “*Não há caracterização de evasão fiscal, na espécie, uma vez que inexistente conduta ilícita na amortização do ágio interno, não havendo razões para se determinar que o contribuinte pague mais tributos do que efetivamente a lei exige*”.

Ato seguinte, passou a sentença a análise da glosa referente ao “Ágio decorrente dos aportes de capital”, segundo o qual sustentava a União a impossibilidade de utilização de empresa veículo, pois necessária a confusão patrimonial com o real adquirente.

Ao abordar a questão, deixou de se manifestar quanto a alegação de inovação processual do CARF ao manter a glosa dos créditos com base em argumento não aduzido pela União, ou seja, de utilização de empresa veículo.

Noutro giro, o *decisum* bem entendeu que a criação da CREMERPAR teria, sim propósito negocial, uma vez que sem a sua existência com a finalidade de promover a reorganização societária do negócio, este jamais teria sido economicamente viável.

Isso pois, segundo seu entendimento, a criação de *holdings* possui inclusive previsão legal, citando o artigo 2º, §3º, da Lei nº 6.404/76, o qual prevê a criação de *holdings* para viabilizar a utilização de benefícios fiscais.

Não obstante, entendeu, como no caso em tela, em que a adquirente se trata de empresa sediada no estrangeiro, a criação de uma empresa nacional para incorporação se faz necessária, pois do contrário, a empresa sediada no exterior não teria como usufruir das regras de dedução do ágio.

Logo, segundo a sentença “*mais que uma faculdade, a criação da CREMERPAR se constituiu numa necessidade do investidor, para obter acesso isonômico ao mesmo tratamento tributário dispensável ao capital nacional*”.

Mais além foi o juízo de primeira instância, pois, como muito bem entendeu, o artigo 171 da Constituição da República, que previa o tratamento distinto entre empresas nacionais e

internacionais, fora revogado exatamente com o intuito de fomentar o investimento estrangeiro no país (assim como a criação da amortização fiscal do ágio).

Sendo assim, mesmo que não houvesse o propósito comercial na criação da CRMERPAR, a dedução realizada teria sido legal, pois a criação da *holding* seria indispensável para se conferir a empresa estrangeira o mesmo tratamento que a empresa situada em território nacional.

Assim, deu provimento para anular os autos de infração tendo em vista que:

“Havendo a **ocorrência de ágio** (o que restou reconhecido pelo próprio acórdão do CARF) bem como a **incorporação posterior** da CRMERPAR pela CREMER S.A., ora autora, **é de ser reconhecido o direito à utilização do ágio para fins de amortização** na apuração do lucro real nos exercícios seguintes à incorporação, **na forma do artigo 7º, da Lei nº 9.532/97**, observados os limites do inciso III do mesmo dispositivo”.

Irresignada, a União interpôs recurso de apelação direcionado ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região alegando, em síntese, que “*não há conformação legal para que ocorra a transferência de ágio para outra pessoa jurídica que não aquela que efetivamente participou da operação*”, argumento utilizado para dar supedâneo à alegação de que não haveria que se falar em encontro de contas que não entre e investidora originária e a investida.

No mais, impugnou a tempestividade do laudo de avaliação pois “*não há como imaginar que o documento que ateste a razão econômica de um ágio seja elaborado após o seu efetivo pagamento*”.

Sobreveio então o acórdão prolatado pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que decidiu, por unanimidade, negar provimento à apelação da União.

No voto do Desembargador Federal Relator, entendeu-se pela possibilidade da utilização do ágio interno.

Segundo ele, não haveria, à época dos fatos, em que vigente a Lei nº 9.532/97, qualquer restrição ao aproveitamento do ágio entre empresas de um mesmo grupo econômico. “*Existia a definição precisa da regra aplicável, sem qualquer vedação ao aproveitamento do ágio entre partes dependentes*”.

Segundo o julgador de segunda instância:

“A autoridade administrativa não está autorizada a distorcer a expressa previsão legal da apropriação e amortização do ágio e, a pretexto de interpretar a legislação tributária, acabar criando regra jurídica para submeter à sua hipótese as reorganizações societárias efetuadas entre partes dependentes porque estariam destituídas de consistência econômica. A interpretação deve ser balizada pelos comandos da lei”.

Em razão da oposição de Embargos de Declaração pela União, foi proferido o acórdão integrativo, que os rejeitou sem entrar no mérito.

Diante disso, interposto o competente Recurso Especial pela Fazenda Nacional, que resultou no precedente, ora em análise.

No julgamento do REsp nº 2.026.473/SC, a 1ª Turma do STJ, sob relatoria do Ministro Gurgel de Faria, se pronunciou de forma inédita sobre a **(i)** possibilidade de amortização do ágio interno; **(ii)** possibilidade de utilização de “empresa veículo”; e **(iii)** inexistência de propósito comercial.

Para o Tribunal Superior, o ágio seria, conforme previsto no artigo 20, do Decreto-Lei nº 1.598/77, o confronto do patrimônio líquido da investida com o dispêndio, para mais, da investidora, cujo fundamento, para dedutibilidade deveria se fundar na expectativa de rendimento futuro. Posteriormente, com a confusão patrimonial da pessoa jurídica que se tenha participação societária.

O que se percebe é que, o Fisco, buscando extrair o propósito comercial, com vista que não prosperassem operações artificiais, passou a presumir de maneira absoluta que toda e qualquer reorganização e operação societária seria abusiva.

Ao manifestar-se sobre a possibilidade da amortização do ágio interno, a Turma entendeu que com base nos artigos 7º e 8º, da Lei nº 9.532/97, não haveria óbice algum a sua utilização e, quando desejou impossibilitar sua utilização, a restrição foi implementada com a edição da Lei nº 12.973/2014.

Com relação a empresa veículo, dentre as diversas alegoria que são possíveis, o STJ a conceituou como empresa criada “*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*”¹⁶.

Segundo o julgado, não existiria razão para obstar a utilização da empresa veículo, seja em razão da previsibilidade da criação de empresas com o intuito de se beneficiar de incentivos fiscais (artigo 2º, §3º, da Lei nº 6.404/1976), ou ainda nos casos em que a investidora se encontra no exterior, para viabilizar questões práticas como se valer da amortização do ágio, utilização com base na moeda corrente no país e facilitar operações locais.

Com base nisso, o STJ manteve o entendimento das instâncias inferiores da regularidade da amortização nas balizas em que realizadas.

¹⁶ SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

4. CONCLUSÃO

O que se nota é que, apesar de aparentar uma simplicidade advinda do cumprimento dos requisitos previstos no artigo 7º e 8º, d Lei nº 9.532/95, com apuração do ágio segundo os preceitos trazidos pelo artigo 20, do Decreto-Lei nº 1.598/77, justificado com base na rentabilidade futura do negócio adquirido, o Fisco passou a exigir critérios econômicos e contábeis para consecução da amortização.

Com vista a afastar a realização de operações artificiais, a Fiscalização passou a adotar os critérios analisados para glosar as amortizações, o que causou, em efeitos práticos uma expectativa de arrecadação exorbitante, tendo em vista a monta extraordinária que envolve as operações societárias realizadas.

Nesse contexto, a ocorrência das glosas levou a discussão ao judiciário que busca solucionar a controvérsia sob as mais diversas óticas.

Em razão da evolução da matéria ao longo dos anos, algum posicionamento já está formado em alguns tribunais como o TRF4 e TRF5, majoritariamente pró contribuinte e TRF3 mais a contramão dos autores que buscam o resguardo jurisdicional por meio de ações anulatórias e embargos do devedor, sem prejuízo de algumas ações declaratórias mais esparsas.

Tal posicionamento ainda carece de amadurecimento nos demais Tribunais Federais, sem prejuízo da consolidação nos que já mais enfrentaram a matéria.

Com o julgamento do primeiro caso pelo Superior Tribunal de Justiça, o que se espera é uma baliza para as futuras decisões que estão por vir.

Porém, com base em um precedente isolado, não há como prever uma pacificação breve da matéria, tendo em vista que divergências ainda são cogitadas quando do enfrentamento da matéria pela 2ª Turma do STJ, que também julga matérias tributárias, ou ainda mesmo dentro da própria 1ª Turma, quando enfrentada por outra jurisprudência.

O que se nota, porém, é que o que se procurará prevenir será a realização de operações artificiais ou realizadas mediante fraude ou simulação, razão pela qual, sem sombra de dúvidas a fase de produção de provas se mostra imprescindível para formação do convencimento dos magistrados sobre as operações realizadas.

5. REFERÊNCIAS

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. O tratamento do ágio e do deságio para fins tributários e as modificações da Lei nº 12.973: comparações entre dois regimes. Revista Fórum de Direito Tributário: RFDT, Belo Horizonte, v. 14, n. 84, pp. 35-68, nov./dez. 2016

ANDRADE FILHO, Edmar Oliviera, Ágio Interno: o protagonismo exacerbado das normas contábeis. Planejamento tributário e fraudes. Pressupostos para aplicação de multa qualificada. Multa qualificada e voto de qualidade. 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

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

TORRES, Heleno Taveira. O ágio fundamentado por rentabilidade futura e suas repercussões tributárias.

Manual de contabilidade das sociedades por ações: aplicável às demais sociedades / FIPECAFI; 7ª ed., São Paulo : Atlas, 2007, p. 176.

TRF5. APELAÇÃO: Apelação nº 0801333-60.2021.4.05.8400. Relator: Desembargador Federal Arnaldo Pereira de Andrade Segundo. Julgamento: 12/05/2022

TRF5. APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA: Apelação/Remessa Necessária nº 0804674-74.2019.4.05.8300. Relator: Desembargador Federal Manoel de Oliveira Erhardt. Julgamento: 22/08/2023

TRF4. APELAÇÃO: Apelação nº 5004003-95.2014.4.04.7202. Relator: Desembargador Federal Jorge Antonio Maurique. Julgamento: 27/05/2015

TRF4. APELAÇÃO: Apelação nº 5024766-47.2019.4.04.7201. Relator: Desembargador Federal Marcelo De Nardi. Julgamento: 16/08/2023

TRF4. APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA: Apelação/Remessa Necessária nº 5005789-24.2012.4.04.7113. Relator: Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona. Julgamento: 22/09/2015

TRF4. APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA: Apelação/Remessa Necessária nº 5005789-24.2012.4.04.7113. Relator: Desembargador Federal Alexandre Rossato. Julgamento: 08/04/2021

TRF3. APELAÇÃO. Apelação nº 5002674-09.2018.4.03.6144. Relator: Desembargadora Federal Consuelo Yoshida. Julgamento: 31/08/2023

TRF3. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Agravo de instrumento nº 5017674-17.2019.4.03.0000. Relator: Desembargador Federal Luis Carlos Hiroki Muta. DJEN: 18/10/2021.

TRF5. APELAÇÃO. Apelação nº 0804674-74.2019.4.05.8300. Relator: Desembargador Federal Manoel de Oliveira Erhardt. Julgamento: 22/08/2023

TRF5. APELAÇÃO. Apelação nº 0810539-44.2020.4.05.8300. Relator: Desembargador Federal Manoel de Oliveira Erhardt. Julgamento: 07/03/2023

TRF5. APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA. Apelação/Remessa Necessária nº 0820550-69.2019.4.05.8300. Relator: Desembargador Federal Manoel de Oliveira Erhardt: julgamento: 24/02/2023

TRF5. APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA. Apelação/Remessa Necessária nº 0804674-74.2019.4.05.8300. Relator: Desembargador Federal Manoel de Oliveira Erhardt: Julgamento: 24/01/2023

TRF5. APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA. Apelação/Remessa Necessária nº 0806955-91.2019.4.05.8400. Relator: Desembargador Federal Leonardo Coutinho (Relator Convocado). Julgamento: 19/12/2022

TRF5. APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA. Apelação/Remessa Necessária nº 0806178-72.2020.4.05.8400. Julgamento: 02/08/2022

TFR5. APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA. Apelação/Remessa Necessária nº 0801333-60.2021.4.05.8400. Relator: Desembargador Federal Arnaldo Pereira de Andrade Segundo. Julgamento: 12/05/2022

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Leonardo Oliveira Pacheco de Castro
discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito,
matrícula nº (inserir TIA), período (inserir período), turma (inserir turma), tendo realizado o
TCC com o título: A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA JUDICIAL TRIBUTÁRIA SOBRE O APROVEIMENTO FISCAL DE ÁGIO
sob a orientação do(a) Professor(a) Nelson Porfírio
declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para
confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de
obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações
das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras
utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e
administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 10 de 11 de 2023



Assinatura do discente