

COORDENADORES
JOSÉ ANDRÉ WANDERLEY DANTAS
PAULO ROSENBLATT

DIREITO TRIBUTÁRIO - OS 30 ANOS DO SISTEMA
TRIBUTÁRIO NACIONAL NA CONSTITUIÇÃO
ESTUDOS EM HOMENAGEM A RICARDO LOBO TORRES

VOLUME I

RECIFE, 2018

CRÉDITOS

Impressão: CEPE

ORGANIZAÇÃO: José André Wanderley Dantas e
Paulo Rosenblatt

CONSELHO EDITORIAL: José André Wanderley Dantas, Paulo Rosenblatt, Carlos Neves, Francisco Queiroz de Bezerra Cavalcanti, Marco Aurélio Greco

DESIGN DA CAPA: Ana Catarina Silva Lemos Paz

COMPOSIÇÃO DO MIOLO: Ana Catarina Silva Lemos Paz

D598 Direito tributário : os 30 anos do Sistema Tributário Nacional na constituição : estudos e homenagem a Ricardo Lobo Torres / organização e coordenação: José André Wanderley Dantas, Paulo Rosenblatt ; prefácio Marco Aurélio Greco. - Recife : Ed. dos Organizadores, 2018.
v. 1.

Inclui referências.
Textos em português e inglês.

1. DIREITO TRIBUTÁRIO - BRASIL. 2. DIREITO TRIBUTÁRIO - PERNAMBUCO. 3. TRIBUTAÇÃO - BRASIL - JURISPRUDÊNCIA. 4. TRIBUTOS - BRASIL - RESPONSABILIDADE CIVIL. 5. TORRES, RICARDO LOBO, 1935-2005 - HOMENAGENS. 6. BRASIL - CONSTITUIÇÃO, 1988. I. Dantas, José André Wanderley. II. Rosenblatt, Paulo. III. Greco, Marco Aurélio.

CDU 336.2(81)
CDD 343.04

PeR - BPE 18-594

APRESENTAÇÃO

O II Congresso Pernambucano de Direito Tributário debateu “Os 30 anos do Sistema Tributário Nacional na Constituição de 1988”, no período de 17 a 19 de outubro de 2018, na cidade do Recife, Pernambuco. É um tema fundamental para a sociedade brasileira e que mereceu a devida e cuidadosa reflexão acadêmico-científica e análise à luz da experiência profissional.

A Faculdade de Direito do Recife da UFPE e o Centro de Ciências Jurídicas da UNICAP se uniram mais uma vez no desafio de organizar um congresso para enfrentar as questões mais relevantes e atuais do Direito Tributário, em um ambiente democrático e de pluralidade de ideias. Desta vez, a Escola Superior da Advocacia da OAB, seccional Pernambuco, somou esforços aos realizadores na execução de um evento ainda maior, em três dias de atividades, com painéis temáticos, mesas especiais, conferências, lançamento do presente livro comemorativo, e da segunda edição do concurso de artigos científicos com o prêmio “Professor Souto Maior Borges”.

Em três décadas de mudanças socioeconômicas e tecnológicas no Brasil, o Sistema Tributário Nacional foi alvo de várias emendas e de propostas de reforma, bem assim de recorrente contencioso administrativo e judicial. Pensar o que passou e o que está por vir foi a provocação do congresso aos maiores especialistas no assunto, das próprias faculdades realizadoras, de outras instituições de renome, e de reconhecidos profissionais dos setores público e privado.

Os maiores especialistas da área, palestrantes e conferencistas do congresso, deram as relevantes contribuições que formaram a presente obra, lançada durante o evento e direcionada a homenagear o professor Ricardo Lobo Torres, em memória, pela formação de gerações de tributaristas e pensadores críticos do direito.

Por tais motivos, essa obra nos é motivo de grande orgulho e honra. Agradecemos a todos aqueles que colaboraram para a sua confecção, especialmente ao nosso prefaciador e presidente de honra do congresso, professor Marco Aurélio Greco, que conferiu seu prestígio ao evento e ao livro.

Fomos também afortunados com a colaboração de tantos renomados autores, os quais se dispuseram a se debruçar sobre os principais temas que refletem o atual estágio de maturidade do nosso sistema constitucional tributário, passados trinta anos da promulgação da Constituição Federal de 1988. Esses artigos inéditos certamente irão despertar o interesse dos leitores e são um convite à reflexão de como atravessar os próximos trinta anos.

Agradecemos às instituições realizadoras, em especial, a FDR/UFPE, a Unicap e a ESA-PE, esta última na pessoa do seu diretor, Carlos Neves, por acreditarem nesse projeto. Registramos as instituições parceiras, ABDE, ABRADT, APET, IAP e ATRIAL, que cancelaram o evento e colaboraram com a sua divulgação. Aos escritórios de advocacia apoiadores, que patrocinaram o evento e o presente livro, todos relacionados mais adiante, nosso muito obrigado e profundo reconhecimento, pelo desprendimento e por enxergarem o valor do debate como instrumento de aperfeiçoamento acadêmico-profissional. Sem eles, nada disso teria sido possível.

A combinação de todos esses esforços resultou em um livro consistente e coerente com a importância do tema, os 30 anos do Sistema Tributário Nacional na Constituição, bem como à altura de homenagear o professor Ricardo Lobo Torres. Esperamos que o público leitor acolha essa obra com o mesmo entusiasmo.

Recife, outubro de 2018.

Os organizadores.

PREFÁCIO

Prefaciando um livro em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres, aos trinta anos de vigência da Constituição de 1988, integrado por textos elaborados por uma plêiade de estudiosos e coordenado pelos Professores André Dantas e Paulo Rosenblatt!

Honrosa missão e desafio a enfrentar!

Honrosa, pois o Professor Ricardo foi um dos mais importantes tributaristas dos últimos cinquenta anos. Desafio, pois quem o conheceu já sabe das qualidades que ele possuía e que servem de exemplo para todos nós; e quem não o conheceu talvez não tenha consciência da importância que ele tem (e não “teve”) para o Direito Tributário no Brasil.

O Professor Ricardo tinha características admiráveis. Cordial no trato, mas franco nas divergências; atento ao ouvir o interlocutor, mas incisivo na crítica; culto no conhecimento do tema, mas preciso na análise de situações concretas. Enfim, a enumeração poderia se estender por páginas.

De minha parte, lamento a vida não ter permitido que eu tivesse um tempo mais amplo de convívio com ele, para haurir com mais intensidade suas lições, que extrapolavam a profundidade científica para se espalharem para a sabedoria de entender a própria vida.

Lembro uma longa conversa que tivemos no *lobby* de um hotel em Recife onde, por quase quatro horas, conversamos sobre os mais diversos temas e em que eu mais ouvi do que falei, pois quando pessoas como o Professor Ricardo se pronunciam a atenção deve ser integral.

Falando apenas do Direito Tributário, ele foi uma das poucas vozes solitárias e corajosas que ousaram criticar a visão formalista que vigorou e em grande parte ainda vigora, nos debates tributários. Foi uma honra estar ao seu lado na Câmara dos Deputados quando se discutia o texto da MP-66 e a introdução de

uma norma geral antielisão e ver, mais uma vez, como sua visão ia muito além de tecnicidades e interesses pontuais para focar-se na indicação de caminhos mais consistentes a seguir e numa visão de maior abrangência a ser adotada.

Sempre tive a convicção que avanços efetivos e contribuições significativas para a construção de soluções jurídicas mais densas supõem necessariamente uma base filosófica sólida. Base filosófica que não se faz com leituras superficiais, nem com listagens infinitas de citações, mas que se apoia numa leitura atenta, profunda e abrangente das várias linhas filosóficas para só depois de compreender o que as distingue, transmitir aquela que melhor equaciona a realidade atual sobre a qual o Direito vai atuar.

O Professor Ricardo mostrava claramente, por mais singelos que fossem seus pronunciamentos, a ampla e sólida base filosófica que possuía. Por isso, pôde trazer duas das mais importantes contribuições para todos aqueles que pretendem um Direito para além da mera repetição de chavões (no original ou ditos em sinônimos).

De um lado, mostrou claramente a passagem ocorrida na experiência jurídica que deixou de ser uma jurisprudência de conceitos para se tornar uma jurisprudência de valores. Focar o tema dos valores é tocar no alicerce do pensamento jurídico, posto que o personagem principal deixa de ser uma construção abstrata e deslocada da realidade (o conceito na norma) para se tornar uma dimensão concreta do ser humano que tem na norma seu veículo.

De outro lado, apontou com pertinência que o mundo externo ao Direito mudou profundamente e que estamos inseridos numa sociedade de risco em que este não é algo que vem de fora, mas que faz parte do próprio convívio em sociedade.

Em duas palavras, suas contribuições apontam para a indispensável **humanização do Direito** (inclusive do Direito Tributário) e para a constatação de que (por mais pomposos que possam ser nossos títulos ou funções) **não estamos sós**.

Estas duas contribuições são da maior importância e servem de balizas fundamentais quando se procura avaliar o funcionamento do sistema tributário consagrado na Constituição de 1988.

Passados 30 anos de vigência da CF/88, observa-se claramente que o sistema tributário nela consagrado apresenta problemas sérios. Destaco apenas três.

Primeiro, porque, em sua concepção básica, mantem o modelo implantado a partir da EC-18/65 que foi elaborado a partir de uma realidade cujo referencial eram variáveis físicas. Eram as mercadorias ou produtos, o território, o estabelecimento como estrutura físico-organizacional etc que serviam de parâmetros para a aplicação das regras tributárias.

O mundo atual, por sua vez, está cada vez mais impregnado de objetos imateriais, em que os intangíveis adquirem maior valor e relevância nas transações e em que o próprio relacionamento com a Natureza é posto em xeque.

A realidade virtual não estava nas cogitações dos mais ousados ficcionistas das décadas de 50 e 60 que foram fundamentais para a elaboração do sistema tributário que vige até hoje.

Daí as inúmeras perplexidades que o modelo atual apresenta, como as dificuldades na tributação dos bens imateriais, a amplitude da noção de serviços, o local da sua prestação, os requisitos para a configuração de um estabelecimento, inclusive para fins de tributação internacional etc. Hoje não é exagero dizer que a nova economia "é a economia".

Mas o sistema tributário ainda se apoia em conceitos predominantemente físicos que são incapazes de lidar adequadamente com a realidade atual

Segundo, porque, embora a CF/88 tenha posicionado o sistema tributário ao lado das regras orçamentárias e sob um mesmo Título, pouco se caminhou na direção de extrair as consequências da relação jurídica existente entre a criação do tributo e a destina-

ção do produto da sua arrecadação, como questão fundamental de justiça da exigência.

Destino da arrecadação é a essência da tributação num Estado Democrático de Direito. A fase de imposição é manifestação de autoridade jurídica, mas esta só tem sentido desde que justificada por razões que apontam na direção da necessidade da sua instituição e que têm na finalidade buscada o instrumento de sua legitimação.

Apesar disso, pouco se avançou no controle da tributação pelas razões e finalidades de sua existência que encontram na sintonia com as políticas públicas um de seus parâmetros relevantes.

Embora o Supremo Tribunal Federal na ADI-2925 tenha julgado inconstitucional norma orçamentária que impedia o produto da arrecadação de determinada contribuição ser aplicado nas finalidades constitucionais que justificam sua instituição, pouco ou nada se caminhou além disso.

Ainda carece de plena implementação no campo tributário tudo que a CF/88 trouxe em relação à mudança de postura perante o ordenamento jurídico, pois, apesar do caráter social e solidário que a impregna – uma verdadeira Constituição da Sociedade Civil – a maior parte dos debates tributários atuais ainda está concentrada em temas ligados às técnicas normativas que eram adequadas na vigência da CF/67, esta, sim, uma Constituição do Estado-aparato.

O tema das contribuições é um bom exemplo, pois pouco se aprofundou o exame das relações entre elas e as políticas públicas que as justificam e sem as quais não se justificam.

Ainda não levamos adiante o debate, por exemplo, quanto ao esgotamento da eficácia normativa da lei instituidora de uma contribuição por perda de objeto, caso a finalidade que justificou sua instituição já tenha sido atingida. É o que subjaz, por exemplo, ao debate sobre a continuidade da cobrança do adicional ao FGTS instituído para cobrir insuficiência no respectivo Fundo. Criada uma contribuição para determinada finalidade, uma vez

que ela seja atingida não há porque revogar a respectiva lei; esgotado faticamente seu objeto, ela simplesmente deixa de ser aplicável. Esgotou-se a eficácia do respectivo preceito.

Terceiro: o tema das sanções adquiriu, a partir da CF/88, uma feição completamente diferente. Numa Constituição do Estado-aparato, como a de CF/67, sanção se resume à literalidade da previsão do texto legal, aplicado quase que automática e cegamente, independente de outras ponderações ou considerações.

Numa Constituição da Sociedade Civil, como a CF/88, sanção é instrumento essencial ao convívio coletivo, mas sua previsão, graduação e aplicação estão permeadas de variáveis ligadas ao respectivo conteúdo, aos elementos subjetivos da conduta, às características do agente etc.

Mais do que isto, hoje cabe reconhecer, por força da disciplina constitucional, a existência de regras e princípios básicos que se aplicam a todos os campos em que o fenômeno sancionador tem pertinência, inclusive no tributário.

Proporcionalidade, na instituição e na aplicação, individualização da pena, distinção entre pretensão arrecadatória e pretensão punitiva, vedação ao confisco e ao *bis in idem* etc. são preceitos que espraiam seus critérios, inclusive às sanções tributárias e estão a merecer maior desdobramento.

Um dos campos sensíveis onde o tema assume relevância é o do planejamento tributário em que se corre o risco de passar de um contexto do “tudo é permitido” para o do “tudo é proibido”, demonizando condutas pelo simples fato de o recolhimento do tributo ter sido menor do que se gostaria que fosse e em que se transforma uma função que é apenas de fiscalizar e cobrar numa função de punir, fazendo-o da forma mais grave possível, em total desprezo pelos direitos e garantias fundamentais que a CF/88 assegura.

Os artigos que integram este livro compõem um abrangente panorama da problemática atual que cerca o Direito Tributário brasileiro. São textos que dão um tratamento atual e competente

aos temas por eles tratados, posto que enfrentados por estudiosos experientes que têm se dedicado a pensar os rumos da tributação.

Neles encontro análises preciosas, dentre outros temas questões de caráter internacional ou ligadas a incentivos, até textos que apontam desafios que o futuro e a tecnologia nos apresentam, sem esquecer o debate do CTN e da jurisprudência atual, bem como o exame das lições trazidas pelo Professor Ricardo. São todas contribuições importantes num momento delicado pelo qual passa o Direito Tributário no Brasil.

Foi muito feliz a iniciativa dos Professores André Dantas e Paulo Rosenblatt em organizar este livro. São colegas que há anos se dedicam ao estudo do Direito Tributário com obras publicadas no plano interno e internacional, honrando a melhor doutrina brasileira.

Sou testemunha da seriedade, profundidade e isenção científica com que conduzem sua atividade acadêmica, própria de quem visa construir um convívio social mais sadio e permeado de valores humanos que sempre foram tão caros ao Professor Ricardo Lobo Torres.

Agradeço, enfaticamente, aos Professores André Dantas e Paulo Rosenblatt o fato de ter sido honrado com o convite para me associar, ao lado dos Colegas que prepararam os artigos, às merecidas homenagens à pessoa e à obra do Professor Ricardo Lobo Torres.

Marco Aurélio Greco

Agosto 2018

SUMÁRIO

IS A LEGITIMATE FISCAL CONTRACT NECESSARY FOR REDISTRIBUTION? A BRAZILIAN TALE

André Felipe Canuto Coelho

Bruna Estima Borba 16

GUERRA FISCAL: A LEI COMPLEMENTAR Nº 160/2017 E A CONVALIDAÇÃO DE INCENTIVOS FISCAIS

Antônio Machado Guedes Alcoforado 38

A GUERRA FISCAL NO ICMS E A NÃO CUMULATIVIDADE: UM NOVO ARGUMENTO

Argos Campos Ribeiro Simões 73

O PRINCÍPIO DA REALIZAÇÃO DA RENDA EM TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Fernando Aurélio Zilveti 93

IMUNIDADE DO ITBI E CONTROLE DE SEGURANÇA JURÍDICA NAS ALIENAÇÕES INTEGRAIS DE PATRIMÔNIO

Helena Taveira Torres 124

**IPTU VERDE E OS IMPACTOS PARA
A PRESERVAÇÃO AMBIENTAL
NA CIDADE DO RECIFE/PE**

Hélio Silvio Ourém Campos

Críssia da Silva Miranda

183

**MODULAÇÃO DE EFEITOS E TRIBUTOS
INCONSTITUCIONAIS**

Jeferson Teodorovicz

223

**A ADEQUAÇÃO COMO PRESSUPOSTO DE
VALIDADE DA NORMA DE INCENTIVOS
FISCAIS E A INSUFICIÊNCIA DA CIÊNCIA
DO DIREITO PARA ESSE CONTROLE**

Karoline Marchiori de Assis

261

**GLOBALIZAÇÃO, SOBERANIA DO ESTADO,
COLONIZAÇÃO TRIBUTÁRIA E IMPERIALISMO
FISCAL**

José André Wanderley Dantas de Oliveira

300

**AS VICISSITUDES DO TRATAMENTO DO ÁGIO
NA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA**

Luís Eduardo Schoueri

Ricardo André Galendi Júnior

341

revela como uma verdadeira colonização tributária movida pela força motriz do imperialismo fiscal dos países ricos.

Por fim, entendemos que muitas experiências ainda serão vivenciadas até que possamos elaborar um projeto multilateral determinante de um sistema tributário internacional tecnicamente coerente, socialmente justo e que preserve o princípio da solidariedade social em escala internacional.

“O sistema internacional tributário não postula uma fonte legislativa superior ou um foco único de irradiação de validade jurídica, que simultaneamente fundamente as suas ordens - a internacional e a interna. Legitimam-no os valores supranacionais como a liberdade, os direitos humanos, a razão, a justiça e os princípios constitucionais tributários alcançados e garantidos pela via do processo, do contrato e do consenso. Fundamenta-se não mais em teorias como as do primado do direito internacional, mas no direito de cooperação e na integração econômica, entendido como efetiva colaboração e coordenação entre os Estados.”
(Ricardo Lobo Torres)⁷⁷

77 TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário, 16ª ed. São Paulo: Renovar, 2009, pp. 364-365.

AS VICISSITUDES DO TRATAMENTO DO ÁGIO NA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA

Luís Eduardo Schoueri¹

Ricardo André Galendi Júnior²

INTRODUÇÃO

Valor caro a qualquer ordenamento jurídico, a segurança jurídica inclui, dentre seus instrumentais, a constância da jurisprudência, a permitir que o cidadão, baseando-se em decisões pacificamente adotadas, possa contar com que o mesmo entendimento seja aplicado, no futuro, a seu caso. A previsibilidade, decorrente da constância jurisprudencial, oferece ao cidadão balizas para seu comportamento futuro.

Quando se tomam as decisões administrativas, exaradas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, na matéria do ágio, constata-se cenário de insegurança: o contribuinte que se guiasse critérios apontados em decisões administrativas logo se via surpreendido por novas exigências e pelo abandono dos elementos que antes se apontavam como fundamentais.

O presente estudo pretende evidenciar o fenômeno acima apontado. Tomando por cenário o regime jurídico-tributário do ágio anterior à Lei nº 12.973/14, constatar-se-á que mesmo sem qualquer mudança legislativa, novos requisitos foram criados pelo

1 Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário.

2 Mestrando e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pós-Graduado em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Advogado em São Paulo.

CARF e outros tantos abandonados, desnordeando a atividade do contribuinte. Em que pese a Lei nº 9.532/97 trouxesse claramente os requisitos para que se permitisse o aproveitamento do ágio, a jurisprudência administrativa passou a exigir o cumprimento de outros critérios, não previstos no ordenamento brasileiro, tendo-se realizado lançamentos de valores vultosos e criado grande insegurança entre os contribuintes.

Fundamentos como “ausência de efetivo significado econômico, ausência de alteração do controle das sociedades envolvidas, ausência de pagamento ou de efetivo dispêndio, ausência de geração de ganho de capital em contrapartida, utilização de sociedade de curta duração como ‘empresa veículo’ para a criação do ágio”³ tornaram-se correntes no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Mesmo sem qualquer previsão legal, chegou-se a afirmar que “para fins de dedução das despesas com ágio, as premissas básicas a serem verificadas são: a independência entre as partes, a efetiva existência do ônus que justifique o ágio e a ausência de empresas veículo com fins exclusivamente tributários”⁴.

No que tange ao propósito negocial, logo se constata que casos similares frequentemente obtêm respostas distintas perante aquele Conselho. Multiplicaram-se critérios, os quais, além de não encontrarem base em lei, são aplicados de maneira contingente: as assim chamadas “teses jurídicas” de que se utiliza o fisco são “lançadas de maneira pontual, em autos de infração específicos, ou em acórdãos do CARF, sem prévia divulgação aos contribuintes”⁵.

3 CARF, Acórdão nº 1201001.245, 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. João Otávio Oppermann Thomé, sessão de 18 de janeiro de 2016 (“CASO NATURA”), p. 24.

4 CARF, Acórdão nº 1402002.190, 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, rel. Cons. Leonardo de Andrade Couto, sessão de 04 de maio de 2016 (“CASO REP-SOL”), p. 7.

5 Elidie Palma Bifano e Bruno Fajersztajn, “O Pagamento de Ágio na Compra de Participações Societárias e a Segurança Jurídica”, in Luís Eduardo Schoueri e João Francisco Bianco (coords.), Estudos de Direito Tributário em Homenagem ao Professor Gerd Willi Rothmann, São Paulo, Quartier Latin, 2016, p. 505.

No presente artigo, após se sustentar, no item 2, a inexistência de cláusula geral antiabuso no Direito Brasileiro, estuda-se, no item 3, o tratamento de que inicialmente lançou mão o CARF, ao questionar o “propósito negocial” de operações envolvendo as chamadas “empresas-veículo”. Neste item, busca-se sistematizar a posição inicialmente adotada pelo CARF, evidenciando-se a inspiração da noção de “propósito negocial” em doutrina do *common law*.

Finalmente, no item 4, aponta-se o abandono de tal tratamento em decisões mais recentes da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), que passou a adotar critérios supostamente objetivos, emprestando um outro significado à expressão “propósito negocial”. Neste item, indica-se a ausência de previsão legal para os requisitos apresentados pela CSRF, bem como a sua inconsistência com o próprio instituto do ágio.

1. A INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA GERAL ANTIABUSO NO DIREITO BRASILEIRO

O debate acerca do planejamento tributário centrou-se, no Brasil, por muito tempo em torno da Legalidade que, levada ao extremo, acabava por implicar uma aproximação formalista propícia ao fomento de estruturas cada vez mais arrojadas, sempre escudadas no discurso da liberdade do contribuinte.

Sem que houvesse qualquer mudança legislativa, os primeiros anos do presente século testemunharam uma mudança por parte de julgadores administrativos os quais, indignados com a ousadia dos contribuintes, passaram a conter o planejamento, já não se dando ao trabalho de buscar uma fundamentação legal. Argumentos como “solidariedade”, “dever fundamental de pagar tributos”, “aspecto positivo da capacidade contributiva” ou mesmo “falta de propósito negocial” passaram a ser levantados pelos julgadores, inspirando um clima de insegurança que – deve-se reconhecer – ainda hoje persiste.

Seguindo a tendência que então se apresentava nos tribunais administrativos, o Governo Federal promoveu uma mudança no próprio Código Tributário Nacional, com o intuito de introduzir, também no Brasil, a figura do abuso de formas jurídicas. Esta intenção pode ser verificada na Exposição de Motivos que acompanhou o projeto de lei. Entretanto, quando do exame da matéria pelo Congresso Nacional, verifica-se que não foi acatada aquela orientação. Editou-se a Lei Complementar nº 104/2001, que introduziu um parágrafo único no artigo 116 do Código Tributário Nacional, com o seguinte teor:

Parágrafo Único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

Trata-se de dispositivo de redação bastante criticável já que, ao se referir à dissimulação, parece limitar-se a autorizar sejam afastados negócios simulados, para que a lei atinja os negócios dissimulados, i.e., aqueles subjacentes (efetivos). Neste sentido, a única inovação trazida pelo dispositivo parece ter sido passar a exigir que a lei regulasse os procedimentos para tal desconsideração.

Não obstante tal leitura nos pareça ser a mais acertada do dispositivo, respeitáveis doutrinadores⁶ tentaram oferecer uma leitura diversa para o texto legal: no lugar de cogitarem casos de simulação, o referido parágrafo representaria a chamada "cláusula geral antiabuso". Nesse caso, a expressão "dissimular" não teria o sentido próprio do Direito Privado, mas antes um sentido di-

6A exemplo de Ives Gandra da Silva Martins. "Norma antielisão é incompatível com o sistema constitucional brasileiro", in Valdir Rocha Oliveira (coord.), *O planejamento tributário e a lei complementar 104*. São Paulo: Dialética. 2001, p. 125

verso⁷: o contribuinte praticaria atos (válidos) que acabariam por conferir natureza jurídica diversa a outros atos, afastando, daí, a tributação.

Assim, por exemplo, se houvesse o ganho de capital em uma alienação de um bem, aquele seria tributável; se o contribuinte, entretanto, praticasse uma série de atos jurídicos, envolvendo capitalização de empresa com ágio e alienação de partes societárias, haveria ainda assim a mesma alienação do bem, mas esta se daria no bojo de uma transação societária válida. Esta poderia impedir que aquela alienação fosse tributável. Desconsiderada, para fins tributários, a transação societária, restariam apenas a alienação (o bem teria passado de mãos) e o recebimento do preço; portanto, haveria a tributação.

Também o Governo Federal tentou dar ao dispositivo acima uma leitura mais ampla. Prova disso é que logo em seguida, com o intuito de regulamentar aquele dispositivo, editou a Medida Provisória nº 66, com o seguinte teor:

Art.13. Os atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência de fato gerador de tributo ou a natureza dos elementos constitutivos de obrigação tributária serão desconsiderados, para fins tributários, pela autoridade administrativa competente, observados os procedimentos estabelecidos nos arts. 14 a 19 subseqüentes.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não inclui atos e negócios jurídicos em que se verificar a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

7 Cf. Marco Aurélio Greco, "Constitucionalidade do parágrafo único do artigo 116 do CTN", in Valdir Rocha Oliveira (coord.), *O planejamento tributário e a lei complementar 104*. São Paulo: Dialética. 2001, p. 194

Art.14. São passíveis de descon sideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§ 1º Para a descon sideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:

I - falta de propósito negocial; ou

II - abuso de forma.

§ 2º Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.

§ 3º Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado.

Medidas Provisórias, nos termos do artigo 62 da Constituição Federal, são atos do Poder Executivo com força de lei, sujeitos ao exame *a posteriori* pelo Congresso Nacional, que decidirá pela sua conversão em lei, se for o caso.

Instado a se manifestar, o Congresso Nacional rejeitou os dispositivos acima. Ou seja: até hoje, o referido parágrafo único do artigo 116 carece de lei que o regulamente; o que se pode afirmar, por enquanto, é que o Congresso Nacional rejeitou as figuras do abuso de formas jurídicas e do propósito negocial, como propostas naquela Medida Provisória.

Andou bem o Congresso Nacional: o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional não é fundamento suficiente para que se fale em abuso de formas jurídicas ou propósito negocial, no Brasil. As decisões administrativas acima referidas, ao invocarem tais fundamentos, carecem de base legal e por isso mesmo merecem repulsa.

Neste ponto, já fica claro que o abuso de formas e o propósito negocial não são institutos jurídicos previstos pelo legislador brasileiro; ao contrário, a rejeição da referida Medida Provisória é evidência de que as figuras são estranhas ao ordenamento.

Tempos depois, a MP nº 685, de 21 de julho de 2015, que trazia dispositivo com obrigação de reporte à autoridade tributária de operações que não possuíssem “razões extratributárias relevantes” foi igualmente rechaçada pelo Congresso Nacional:

Art. 7º O conjunto de operações realizadas no ano-calendário anterior que envolva atos ou negócios jurídicos que acarretem supressão, redução ou diferimento de tributo deverá ser declarado pelo sujeito passivo à Secretaria da Receita Federal do Brasil, até 30 de setembro de cada ano, quando: I - os atos ou negócios jurídicos praticados não possuírem razões extratributárias relevantes;

II - a forma adotada não for usual, utilizar-se de negócio jurídico indireto ou contiver cláusula que desnature, ainda que parcialmente, os efeitos de um contrato típico; ou

III - tratar de atos ou negócios jurídicos específicos previstos em ato da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Parágrafo único. O sujeito passivo apresentará uma declaração para cada conjunto de operações executadas de forma interligada, nos termos da regulamentação.

Nota-se, pois, que, também a consideração acerca das “razões extratributárias” foi rejeitada pelo Congresso Nacional. Dessa forma, fica clara não apenas a inexistência de base legal para se levar a cabo tal tipo de análise, como também a expressa recusa do legislativo em inserir tal tipo de critério em nosso ordenamento jurídico.

Por conseguinte, examinando-se o ordenamento jurídico brasileiro, conclui-se que não existe base legal para se desconsiderarem negócios jurídicos por motivos relacionados a seu “propósito negocial” ou a suas “razões extratributárias”. O legislador brasileiro, por duas vezes, rejeitou o ingresso de tais categorias em nosso ordenamento.

2.A EMPRESA-VEÍCULO E O “PROPÓSITO NEGOCIAL” NO CARF

Inobstante seja esta a conclusão a que se chega ao examinar-se o ordenamento brasileiro, a jurisprudência administrativa, inicialmente sob influência de teorias desenvolvidas à luz de outros ordenamentos, passou a negar a dedutibilidade do ágio com base em fundamentos que não encontram previsão normativa.

Nesse sentido, importa examinar as noções de empresa-veículo e de propósito negocial, compreendendo-se as origens desta última no ordenamento estadunidense e a forma mediante a qual ambas as noções foram inicialmente aplicadas no âmbito da jurisprudência administrativa.

2.1A NOÇÃO DE EMPRESA-VEÍCULO

Nas reorganizações societárias analisadas pelo CARF, tornou-se corriqueiro o questionamento de operações em que as partes faziam uso do que se convencionou chamar de “empresas-veículo”. Em muitos casos, mantiveram-se autuações sem que se cuidasse de demonstrar a efetiva ocorrência do fato jurídico-tributário, dando a impressão de que o emprego de empresas-veículo bastaria para fundamentar a tributação.

Consoante se pode inferir dos primeiros julgados do extinto Conselho de Contribuintes sobre o tema, configurava-se, de maneira geral, como empresa-veículo aquela que possuísse as seguintes características⁸: i) é criada pela própria adquirente com seu investimento na empresa-alvo exclusivamente para a transferência do ágio; ii) é criada sem outro propósito econômico; iii) é a empresa para a qual ocorre a transferência do ágio; iv) é controladora da empresa que restou após a incorporação e na qual passou a ser amortizado o diferido (hoje, equivalente a ativo intangível); v) é extinta por conta da incorporação; vi) possibilita que sua controlada, ao fim e ao cabo, amortize, em ativo diferido (hoje, intangível), o referido ágio⁹.

A questão que se passou a discutir, então, era se o emprego de empresa-veículo seria, por si só, motivo suficiente para se negar a possibilidade de amortização do ágio. A conclusão acerca da utilização de empresa-veículo no âmbito da jurisprudência administrativa acabou sendo “objeto de entendimentos diversos”¹⁰.

A expressão empresa-veículo passou a ser utilizada pela administração tributária “de maneira pejorativa, no sentido de um ‘mal em si mesmo’”, desconsiderando-se que o emprego de empresa-veículo não é tipificado na legislação tributária como uma

8 Cf. Primeiro Conselho de Contribuintes, Acórdão nº 103-23.290, 3ª Câmara, rel. Cons. Aloysio José Percínio da Silva, sessão de 05 de dezembro de 2007 (“CASO CARREFOUR”); Primeiro Conselho de Contribuintes, Acórdão nº 101-96.724, 1ª Câmara, rel. Sandra Maria Faroni, sessão de 28 de maio de 2008 (“CASO LIBRA”); Primeiro Conselho de Contribuintes, Acórdão nº 105-17.219, 5ª Câmara, rel. Marcos Rodrigues de Mello, sessão de 17 de dezembro de 2008 (“CASO FICAP”).

9 Estes critérios foram deduzidos da jurisprudência administrativa. Cf. Luís Eduardo Schoueri, *Ágio em Reorganizações Societárias (aspectos tributários)*, São Paulo, Dialética, 2012.

10 Marcos Shiguelo Takata, “Empresa-veículo e a amortização fiscal do ágio: há um problema real?”, in Roberto Quiroga Mosquera e Alexandro Broedel Lopes (coords.), *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*, vol. 5, São Paulo, Dialética, 2014, p. 222.

infração¹¹. Cumpriria, em vez disso, examinar qual a relação entre a utilização de empresa-veículo e a prática de violação à lei tributária, exame ao qual nem sempre se procedeu nos julgados.

Alguns argumentos foram desenvolvidos a esse respeito. Observou-se vertente que passou a defender que a utilização de empresa-veículo, que ao fim e ao cabo, incorporasse ou fosse incorporada pela investida, na verdade ocultaria o verdadeiro investidor, que seria "aquele que fornece os recursos para que a empresa-veículo faça o investimento"¹².

No entanto, esta fundamentação contraria mesmo a lógica daqueles que enxergam na amortização do ágio um "benefício fiscal". Afinal, se a amortização do ágio fosse benefício fiscal originalmente criado com a finalidade de incentivo à aquisição de empresas estatais – premissa da qual se discorda –, então a vedação *per se* da utilização de empresas-veículo inviabilizaria que um investidor estrangeiro se beneficiasse da amortização do ágio e, em última análise, contradiria o alegado escopo do benefício fiscal¹³.

A única forma mediante a qual um adquirente estrangeiro poderia proceder à amortização do ágio seria a constituição e capitalização de pessoa jurídica no Brasil, a qual, por sua vez, deveria fazer o investimento na empresa objeto da desestatização¹⁴. No entanto, a seguir-se o entendimento de que a empresa-veículo

11 Com críticas a esta postura, cf. CARF, Acórdão nº 1201-001.242, 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Marcelo Cuba Netto, sessão de 10 de dezembro de 2015 ("CASO CACIQUE"), p. 19. Cf., também, CARF, Acórdão nº 1201-001.267, 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Marcelo Cuba Netto, sessão de 19 de janeiro de 2016 ("CASO TRÊS CORAÇÕES").

12 Trata-se da tese da "transferência do ágio", que será exposta no item 2.4.5. Criticando esta corrente, cf. CARF, Acórdão nº 1201-001.242, 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Marcelo Cuba Netto, sessão de 10 de dezembro de 2015 ("CASO CACIQUE"), p. 19.

13 O argumento é desenvolvido em CARF, Acórdão nº 1201-001.242, 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Marcelo Cuba Netto, sessão de 10 de dezembro de 2015 ("CASO CACIQUE"), p. 19.

14 CARF, Acórdão nº 1201-001.242, 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Marcelo Cuba Netto, sessão de 10 de dezembro de 2015 ("CASO CACIQUE"), p. 19.

sempre ocultaria o "verdadeiro investidor", então o aproveitamento do ágio por parte de um investidor no exterior ficaria, necessariamente, em todo e qualquer caso, inviabilizado.

O mesmo se pode dizer em relação a operações em alguns setores regulamentados¹⁵. No caso, por exemplo, de um banco comercial que decidisse adquirir uma concessionária de energia elétrica, ainda que tal aquisição pudesse ser autorizada pelo Banco Central, em nenhum caso seria admitida a absorção do patrimônio de uma entidade pela outra, porquanto existe vedação expressa a que bancos comerciais exerçam atividades outras que não aquelas listadas no Regulamento.

Neste caso, a única alternativa para que o banco comercial pudesse proceder à amortização fiscal do ágio seria, justamente, a utilização de uma empresa-veículo. Em virtude de regulamentação alheia à matéria tributária, o contribuinte vê-se obrigado a adotar forma diversa daquela que adotaria em outras condições, sob pena de não poder aproveitar-se do ágio – o qual, de resto, estaria disponível aos potenciais adquirentes da concessionária de energia elétrica que não exercessem atividade de banco comercial.

Levada às últimas consequências a consideração da empresa-veículo como abusiva *per se* implicaria uma discriminação *de facto* em relação a diversas operações: além daquelas exemplificadas, existe uma série de razões de ordem prática que a realidade negocial pode vir a conceber que tornam inevitável o recurso a uma empresa-veículo. A discriminação em relação a tais operações não encontra qualquer justificativa, seja econômica ou jurídico-tributária. Em poucas palavras, a discriminação sem qualquer fundamentação revela-se arbitrária, ferindo, daí, o Princípio da Igualdade.

15 O exemplo é referido em CARF, Acórdão nº 1201-001.242, 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Marcelo Cuba Netto, sessão de 10 de dezembro de 2015 ("CASO CACIQUE"), pp. 19-20.

Tornou-se, pois, “cada vez mais pacificado o entendimento de que a utilização de uma empresa veículo para aquisição de outras empresas, de grupo econômico distinto, não revela qualquer vício, ilegalidade ou abuso em si”¹⁶, entendimento este que somente encontra resistência dentre aqueles que defendem a impossibilidade de “transferência do ágio”¹⁷. Rechaçada a possibilidade de a utilização de empresa-veículo ser considerada abusiva *per se*, cumpre examinar quais os elementos identificados em operações que envolveram empresas-veículo que foram considerados determinantes para que reputasse válido o aproveitamento do ágio em uma reorganização societária.

2.2 REQUISITOS ADICIONAIS PARA A LEGITIMIDADE DA UTILIZAÇÃO DE EMPRESA-VEÍCULO

Em parte dos julgados, após reconhecer-se que a constatação da utilização de empresa-veículo, por si só, não seria suficiente para que se negasse dedutibilidade à amortização do ágio, observa-se, em essência, a exigência do cumprimento dos seguintes requisitos: i) origem em operação realizada entre partes independentes; ii) lastro em demonstrativo da fundamentação econômica do ágio; iii) pagamento, por qualquer meio, pela aquisição do investimento¹⁸. No entanto, prevalece a análise que leva em conside-

16 CARE, Acórdão nº 1201-001.438, 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Luis Fabiano Alves Penteado, sessão de 07 de junho de 2016 (“CASO CREDIT SUISSE”), p. 30.

17 Cf. item 4.4., *infra*.

18 Cf., e.g., CARE, Acórdão nº 1402-00.802, 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, rel. Cons. Antônio José Praga de Souza, sessão de 21 de outubro de 2011 (“CASO SANTANDER”); CARE, Acórdão nº 1301-000.711, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Valmir Sandri, sessão de 19 de outubro de 2011 (“CASO TELE NORTE”); CARE, Acórdão nº 1201-00.689, 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Rafael Correia Fuso, sessão de 8 de maio de 2012 (“CASO CE-LPE”); CARE, Acórdão nº 1102-000.873, 1ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, rel. Cons. João Otávio Oppermann Thomé, sessão de 21 de junho de 2013 (“CASO TIM”); CARE, Acórdão nº 1401-001.166, 4ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Fernando Luiz Gomes de Mattos, sessão de 08 de abril de 2014 (“CASO

ração a existência de propósito negocial nas operações realizadas. Vale dizer: neste segundo entendimento, não basta que se cumpram os três requisitos enumerados, devendo-se, ainda, examinar se as operações em questão possuíam propósito negocial.

A teoria do propósito negocial tem sido amplamente referida em julgados do CARE. Também a doutrina nacional tem produzido extensamente sobre o tema¹⁹. Do modo como abordada, tanto na doutrina quanto na jurisprudência administrativa, a aplicação da teoria mostra-se largamente inspirada na experiência do *common law*. Cumpre, portanto, descrever em breves linhas no que consiste a teoria consoante aplicada nos EUA, para, em seguida, proceder-se ao exame de sua aplicação na jurisprudência do CARE.

2.3A TEORIA DO PROPÓSITO NEGOCIAL NO COMMON LAW

Conforme explicitado pela Suprema Corte dos EUA, a finalidade da doutrina do propósito negocial é garantir que a transação levada a cabo por um contribuinte seja imbuída de considerações que não sejam estritamente tributárias, e impedir que operações sejam desenvolvidas com a finalidade única de evitar o pagamento de tributos²⁰. A doutrina do propósito negocial também reconhece que tributos possuem papel relevante na tomada de decisões empresariais e no comportamento da empresa. A teo-

ENERSUL”); CARE, Acórdão nº 1302-001.184, 3ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, rel. Cons. Alberto Pinto Souza Junior, sessão de 8 de outubro de 2013 (“CASO MOEMA”).

19 Cf. Hermes Marcelo Huck, *Evasão e Elisão: rotas internacionais*, São Paulo, Saraiva, 1997; Marco Aurélio Greco, *Planejamento Tributário*, São Paulo, Dialética, 2004; João Dácio Rolim, *Normas antielisivas tributárias*, São Paulo, Dialética, 2001; Miguel Delgado Gutierrez, “O Planejamento Tributário e o Business Purpose”, *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 231, São Paulo, 2014, p. 75; Miquerlam Chaves Cavalcante, O propósito negocial e o planejamento tributário no ordenamento jurídico brasileiro, *Revista da PGFN*, nº 1, 2011, pp. 139-162.

20 Cf. Frank Lyon Co. vs. U.S., 435 U.S. 561, 1978, p. 561.

ria não pretende tomar por premissa um cenário em que a tomada de decisão é infensa a questões tributárias, mas busca-se impor um limite à importância dos tributos na tomada de decisão²¹.

Para que se possa satisfazer o requisito do propósito negocial, entende-se, de maneira geral, que a transação deve ser racionalmente relacionada a um propósito não tributário útil (“*useful nontax purpose*”), que seja plausível à luz da conduta e da situação econômica do contribuinte²². Requer-se, do contribuinte, que demonstre existir uma razão negocial para engajar-se em uma transação, para além dos benefícios tributários eventualmente existentes na estrutura escolhida²³. Nas análises doutrinárias à luz do *common law*, reputa-se o propósito negocial como um dos fatores mais importantes a se considerar para fins de análise da legitimidade de uma transação, inobstante pesquisa empírica dos julgados da Suprema Corte tenha demonstrado que a questão do propósito negocial não possui efeito estatisticamente relevante sobre os resultados dos julgamentos²⁴.

Em sua acepção contemporânea, a doutrina do propósito negocial é, portanto, uma *judicial doctrine* de que lançam mão as autoridades tributárias para requalificar transações às quais, posto que cumpram com a literalidade da legislação, não se asseguram os efeitos previstos no consequente normativo, porquanto tal aplicação ensejaria efeitos que não correspondem àqueles intencionados pela legislação²⁵. Afirma-se que, desde sua origem, atribuída

21 Cf. Christopher M. Pietruszkiewicz, *Economic Substance and the Standard of Review*, *Alabama Law Review*, vol. 60, 2009, p. 347.

22 Cf. *Compaq Computer Corp. vs. Comm’r*, 113 T.C. 214, 1999, p. 224; *Knetsch vs. United States*, 364 U.S. 361, 1960, p. 365; *ACM P’ship vs. Comm’r*, 157 F.3d 231, 3º Cir. 1998, p. 247; *Pasternak*, 990 F.2d p. 898; *Rice’s Toyota World, Inc. vs. Comm’r*, 752 F.2d 89, 4º Cir. 1985, pp. 91-92.

23 Cf. Christopher M. Pietruszkiewicz, *Economic Substance and the Standard of Review*, *Alabama Law Review*, vol. 60, 2009, p. 344.

24 Cf. Joshua Blank e Nancy Staudt, *Corporate Shams*, *New York University Law Review*, vol. 87, nº 6, dezembro de 2012, p. 62.

25 Cf. Christopher M. Pietruszkiewicz, *Economic Substance and the Standard*

ao caso *Gregory vs. Helvering*, o escopo da doutrina evoluiu de tal maneira, que o uso da expressão possui amplo espectro de significados, o que promove sua vagueza²⁶.

O propósito negocial é, desse modo, uma tentativa de se chegar ao resultado adequado da hermenêutica jurídica mediante análise das especificidades da transação à luz dos motivos do contribuinte e do propósito não tributário útil da transação²⁷. Procura-se, assim, aferir os elementos da racionalidade dos meios escolhidos mediante análise das práticas comerciais no setor relevante²⁸. Dentre os elementos que se analisam para se identificar se uma operação possui propósito negocial, incluem-se: i) a possibilidade de se auferir lucro mediante a realização da operação; ii) a existência de motivos não tributários para efetuar-se a transação; iii) a realização de exame, por parte do contribuinte e dos seus assessores, acerca dos impactos da transação, incluindo-se o risco de mercado; iv) o verdadeiro emprego de capital por parte do contribuinte na transação; v) a independência entre as partes que realizaram o negócio, antes e depois da transação; vi) a observância do *arm’s length* em todas as etapas da operação; vii) a consideração de que a operação seria uma forma de se aproveitar de um “*tax shelter*”, cujos benefícios excedem o verdadeiro investimento exigido do contribuinte²⁹.

A doutrina do propósito negocial, que tem, portanto, o escopo de aferir a substância econômica subjetiva de uma transação³⁰, é criticada por inquirir acerca dos motivos de um negócio

of Review, *Alabama Law Review*, vol. 60, 2009, pp. 346-347.

26 Cf. Christopher M. Pietruszkiewicz, *Economic Substance and the Standard of Review*, *Alabama Law Review*, vol. 60, 2009, p. 347.

27 Cf. Christopher M. Pietruszkiewicz, *Economic Substance and the Standard of Review*, *Alabama Law Review*, vol. 60, 2009, p. 347.

28 *ACM P’ship vs. Comm’r*, 73 T.C.M. (CCH) 2189, T.C. 1997, p. 2217.

29 Cf. Christopher M. Pietruszkiewicz, *Economic Substance and the Standard of Review*, *Alabama Law Review*, vol. 60, 2009, pp. 347-348.

30 Cf. Christopher M. Pietruszkiewicz, *Economic Substance and the Standard*

jurídico, em vez de se debruçar sobre seus efeitos³¹. Na tentativa de demonstrar que esses elementos indiciários do propósito negocial não se encontram presentes, as administrações tributárias geralmente lançam mão de: i) documentos ou outras provas de que as transações sob questão foram consideradas sem qualquer referência a sua lógica econômica; ii) provas de que o contribuinte ou seus assessores não investigaram os riscos de mercado anteriormente à celebração da operação; iii) evidências de que a transação não se deu conforme o padrão *arm's length*; iv) demonstrações de que um investidor prudente obteria ou poderia obter efeitos semelhantes mediante a realização de operações mais simples ou mais diretas³².

2.4 A TEORIA DO PROPÓSITO NEGOCIAL NO CARF

Em que pese a inexistência de base legal para tanto, em diversos julgados do CARF considerou-se que seria relevante aferir o propósito negocial da operação, para que se pudesse concluir acerca da dedutibilidade do ágio³³. Já se antecipou que essa análise é feita sem qualquer respaldo legal. Basta mencionar que por duas ocasiões, MP 66/02 e, mais tarde, MP 685/15, o Chefe do Executivo quis introduzir tal ideia em nosso ordenamento, o que foi rechaçado de modo inequívoco pelo Congresso Nacional.

Para o propósito do presente artigo, importa mesmo assim conhecer a racionalidade por trás das decisões do CARE. Nos casos em que o propósito negocial foi invocado na matéria do ágio, entendeu-se que a utilização de empresa-veículo para transferência de investimento com ágio e conseguinte amortização fiscal so-

of Review, *Alabama Law Review*, vol. 60, 2009, p. 344.

31 Cf. Joseph Bankman, The Economic Substance Doctrine, *Southern California Law Review*, vol. 74, 2000, p. 26.

32 Cf. Christopher M. Pietruszkiewicz, Economic Substance and the Standard of Review, *Alabama Law Review*, vol. 60, 2009, p. 348.

33 CARE, Acórdão nº 1401-001.240, 4ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, sessão de 26 de agosto de 2014 ("CASO NACIONAL").

mente se justificaria em decorrência de *razões negociais*³⁴ ou então *razões de ordem regulatória*³⁵. Observa-se, portanto, clara inspiração no conceito de propósito não tributário útil ("*useful nontax purpose*"), conforme observado no *common law*.

Dentre as *razões negociais*, admitiu-se, por exemplo, que uma "decisão de negócios", como a existência de "um grupo complexo e constituído de diversas entidades operacionais, controlado por um conjunto de dezenas de sócios que não tinham qualquer intenção de se tornarem sócios diretos do Recorrente", poderia justificar a escolha pela utilização de uma empresa-veículo³⁶. Considerou-se, no caso, que existiriam outras opções para que o mesmo resultado fosse obtido, tal como a aquisição direta seguida de incorporação. Por outro lado, em casos em que o propósito negocial não se fez presente, negou-se a possibilidade de amortização fiscal do ágio³⁷.

Também o elemento temporal foi utilizado como critério para se concluir a respeito da existência de propósito negocial para a criação de empresa-veículo. Entendeu-se, por exemplo, que não produziria o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo "a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade negocial ou societária, especialmente quando decorridos apenas 2 (dois) dias entre a integralização de capital na incorporada (sem fluxo financeiro) e o posterior

34 Cf., e.g., CARE, Acórdão nº 1201-00.548, 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Rafael Correia Fuso, sessão de 03 de agosto de 2011 ("CASO ALE"); CARE, Acórdão nº 1301-000.711, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Valmir Sandri, sessão de 19 de outubro de 2011 ("CASO TELE NORTE").

35 Cf. CARE, Acórdão nº 1102-000.875, 1ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, rel. Cons. João Otávio Oppermann Thomé, sessão de 12 de junho de 2013 ("CASO COLUMBIAN").

36 CARE, Acórdão nº 1201-001.438, 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Luis Fabiano Alves Penteado, sessão de 07 de junho de 2016 ("CASO CREDIT SUISSE"), p. 30.

37 Cf. e.g., CARE, Acórdão nº 1402-001.460, 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, rel. Cons. Carlos Pelá, sessão de 08 de outubro de 2013 ("CASO BUNGE").

evento da incorporação”. Nestes casos, configurar-se-ia a utilização de “mera empresa-veículo” com a finalidade de “transferência do ágio”, o que seria vedado pelo ordenamento jurídico³⁸. No caso, o elemento temporal é utilizado tão somente como indício (“*especialmente quando...*”) da ausência de “finalidade comercial ou societária”³⁹.

Dentre as *razões de ordem regulatória*, admite-se que limitações decorrentes da necessidade de aprovação ou da existência de vedações por parte de órgãos reguladores sejam invocadas para justificar a utilização de empresa-veículo. Assim, considerou-se legítimo tal expediente, por exemplo, em situação “em que a operação ‘direta’, que permitiria o aproveitamento fiscal do ágio sem qualquer questionamento, encontrava intransponíveis óbices societários (CVM) e regulatórios (ANEEL)”⁴⁰.

Outro elemento levado em consideração nestes julgados é a “existência de estruturas ou caminhos alternativos disponíveis ao contribuinte e que levassem ao mesmo resultado”⁴¹. Evidenciando o contribuinte que as outras estruturas existentes levariam às mesmas consequências jurídico-tributárias, permitia-se a utilização de empresa-veículo para fins de aproveitamento do ágio.

Cumulando-se os critérios, reputou-se, pois, que, nos casos de utilização de empresa-veículo, dever-se-ia identificar situações em que “não houve aquisição onerosa de participação acionária,

38 CARE, Acórdão nº 1401-001.534, 4ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Fernando Luiz Gomes de Mattos, sessão 03 de fevereiro de 2016 (“CASO BRITÂNIA”).

39 Também relativizando a importância do aspecto temporal, cf. Marcos Shigueo Takata, “Empresa-veículo e a amortização fiscal do ágio: há um problema real?”, in Roberto Quiroga Mosquera e Alessandro Broedel Lopes (coords.), *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*, vol. 5, São Paulo, Dialética, 2014, p. 235.

40 Cf., e.g., CARE, Acórdão nº 1301-002.047, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Waldir Veiga Rocha, sessão de 08 de junho de 2016 (“CASO CTEEP”).

41 CARE, Acórdão nº 1201-001.438, 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Luís Fabiano Alves Penteado, sessão de 07 de junho de 2016 (“CASO CREDIT SUISSE”), p. 29.

não houve participação de partes independentes, não houve fundamento econômico e não houve propósito comercial”⁴². Por outro lado, na hipótese de existir propósito comercial válido, entendia-se não haver “óbices para que o grupo econômico ‘transfira’ o ágio efetivamente pago para outra de suas empresas, aproveitando-se do ‘benefício fiscal’ em outra parte da estrutura societária, mesmo se para isso se utilizar de empresa-veículo”⁴³. Na hipótese de existir um propósito comercial válido, “plenamente aceitável que o grupo econômico ‘transfira’ o ágio para uma de suas controladas”⁴⁴.

Conforme se ressaltou, contudo, a contingência é elemento notório da jurisprudência administrativa. Encontram-se até mesmo julgados que negam qualquer relevância ao propósito comercial. Já se incluiu em ementa de acórdão, por exemplo, a afirmação de que “[n]ão tem amparo no sistema jurídico a tese de que negócios motivados por economia fiscal não teriam ‘conteúdo econômico’ ou ‘propósito comercial’ e poderiam ser desconsiderados pela fiscalização”, considerando-se, em vez disso, que “[o] lançamento deve ser feito nos termos da lei”⁴⁵. Mesmo em julgados desfavoráveis aos contribuintes, não é de todo rara na jurisprudência administrativa a afirmação de que se prescinde da análise do propósito comercial de operações, porquanto “o grupo [econômico] pode se organizar como melhor entender”⁴⁶.

42 CARE, Acórdão nº 1401-001.534, 4ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Fernando Luiz Gomes de Mattos, sessão 03 de fevereiro de 2016 (“CASO BRITÂNIA”), p. 22.

43 CARE, Acórdão nº 1201-001.364, 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. João Carlos de Figueiredo Neto, sessão 1º de março de 2016 (“CASO ITAUCARD”).

44 CARE, Acórdão nº 1102-000.982, 1ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, rel. Cons. Ricardo Marozzi Gregorio, sessão de 04 de dezembro de 2013 (“CASO ELECTRO”).

45 CARE, Acórdão nº 1101-000.835, 1ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Edeli Pereira Bessa, sessão de 05 de dezembro de 2012 (“CASO TERMOPERNAMBUCO”).

46 CARE, Acórdão nº 1201001.245, 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. João Otávio Oppermann Thomé, sessão de 18 de janeiro de 2016 (“CASO NA-

A relativização da teoria do propósito negocial tem sido observada hodiernamente. Conforme se exporá no item 4, decisões administrativas mais recentes da CSRF adotam abordagem que prescinde do exame do propósito negocial. Em linha com tal entendimento, afirma-se que “[s]e há um propósito negocial do grupo empresarial para a reorganização societária levada a efeito, isso não afasta a artificialidade do ágio formado”⁴⁷. Com efeito, entende-se que a presença de propósito negocial “não serviria de escudo contra todos os outros vícios” que se apontam consoante esta nova linha⁴⁸. Cumpre expor, pois, quais são seus requisitos e características.

3.OS CRITÉRIOS EM JULGADOS DA CSRF

Paralelamente à análise do propósito negocial observada no CARE, inaugurou-se corrente segundo a qual não se poderia proceder à “transferência de ágio” mediante a utilização de empresa-veículo⁴⁹. Atribui-se a origem desta corrente à 1ª Turma da 1ª Câmara da 1ª Seção em meados de 2013⁵⁰, sendo verdade que este entendimento também tem prevalecido, ocasionalmente, em

TURA”), p. 27.

47 CARE, Acórdão nº 1301-002.008, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Waldir Veiga Rocha, sessão de 04 de maio de 2016 (“CASO ELEVADORES OTIS”).

48 CARE, Acórdão nº 1401-001.575, 4ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Antonio Bezerra Neto, sessão 03 de março de 2016 (“CASO PLENA”), p. 12.

49 CARE, Acórdão nº 1101-000.899, 1ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Benedicto Celso Benício Junior, sessão de 11 de junho de 2013 (“CASO PUBLICAR”); CARE, Acórdão nº 1101-000.936, 1ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Benedicto Celso Benício Júnior, sessão de 10 de setembro de 2013 (“CASO TICKET”).

50 Cf. Elidie Palma Bifano e Bruno Fajersztajn, “O Pagamento de Ágio na Compra de Participações Societárias e a Segurança Jurídica”, in Luís Eduardo Schoueri e João Francisco Bianco (coords.), *Estudos de Direito Tributário em Homenagem ao Professor Gerd Willi Rothmann*, São Paulo, Quartier Latin, 2016, p. 509.

outras turmas⁵¹. Recentes julgados da CSRF sobre ágio adotam, invariavelmente, o entendimento desta nova corrente.

Nesta linha dos julgados da CSRF, os requisitos autorizados da amortização do ágio na aquisição de participação societária seriam: i) propósito negocial, compreendido como “a motivação para adquirir um investimento por valor superior ao custo original”⁵²; ii) substrato econômico, que estaria presente na “aquisição de negócio comutativo entre partes independentes, com dispêndio de recursos e previsão de ganho”⁵³, ou na “aquisição de acervos líquidos entre partes independentes e não relacionadas, gerado em negociação não viciada e com preço justo acordado entre as partes”⁵⁴; e iii) ônus efetivo, no sentido de que “participações adquiridas com ágio ou deságio pressupõe um pagamento (ou que se arque com um dispêndio) maior do que um valor contabilizado”⁵⁵. Exige-se, ainda, que iv) a pessoa jurídica que amortiza o ágio seja a mesma que incorreu no ônus da operação⁵⁶.

Conforme se sustentou, o paradigma da empresa-veículo parece ter perdido força em julgados mais recentes. Em um dos casos julgados pela CSRF⁵⁷, por exemplo, a relatora entendeu que “a

51 Cf., e.g., CARE, Acórdão nº 1302-001.817, 3ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, rel. Cons. Edeli Pereira Bessa, sessão de 06 de abril de 2016 (“CASO TELEFÔNICA”), p. 48; CARE, Acórdão nº 1301-002.052, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Wilson Fernandes Guimarães, sessão de 08 de junho de 2016 (“CASO VALE DO SAPUCAÍ”).

52 CSRF, Acórdão nº 9101-002.183, 1ª Turma, rel. Cons. Marcos Aurélio Pereira Valadão, sessão de 20 de janeiro de 2016 (“CASO JOHNSON”), p. 19.

53 CSRF, Acórdão nº 9101-002.183, 1ª Turma, rel. Cons. Marcos Aurélio Pereira Valadão, sessão de 20 de janeiro de 2016 (“CASO JOHNSON”), p. 19.

54 CSRF, Acórdão nº 9101-002.392, 1ª Turma, rel. Adriana Gomes Rêgo, sessão de 13 de julho de 2016 (“CASO VONPAR”), p. 9.

55 CSRF, Acórdão nº 9101-002.391, 1ª Turma, rel. Adriana Gomes Rêgo, sessão de 13 de julho de 2016 (“CASO GERDAU AÇOS LONGOS”), p. 14.

56 Cf. item 4.4., *infra*.

57 CSRF, Acórdão nº 9101-002.388, 1ª Turma, rel. Adriana Gomes Rêgo, sessão de 13 de julho de 2016 (“CASO GERDAU AÇOMINAS”); CSRF, Acórdão nº 9101-002.389, 1ª Turma, rel. Adriana Gomes Rêgo, sessão de 13 de julho de

discussão se Gerdau Participações S.A foi ou não empresa-veículo é um argumento pequeno” em relação à dedução de “uma despesa de amortização de um ágio que foi artificialmente criado”⁵⁸.

Tendo os contribuintes adequado suas defesas administrativas à argumentação até então desenvolvida no âmbito do CARF, foram eles novamente surpreendidos pelo abandono dos critérios anteriormente praticados, e pela conseguinte imposição de novos e distintos elementos, mais restritivos que aqueles aventados nos julgados anteriores do CARE. A mudança nos critérios utilizados na argumentação prejudica sobremaneira a defesa do contribuinte. Não por acaso, antes de proceder à exposição desta nova corrente, precisam os Conselheiros invariavelmente ressaltar que “a questão do ‘propósito negocial’, embora tenha sido abordada no lançamento (ao lado da invalidade do ágio formado intragrupo), e também tratada pelo acórdão recorrido, perde relevância diante da linha de raciocínio aqui delineada”⁵⁹.

Procede-se, pois, à exposição dos elementos que compõem a análise desta recente corrente da jurisprudência administrativa.

3.1 PROPÓSITO NEGOCIAL

Propósito negocial, nos recentes julgados da CSRF, foi compreendido como “a motivação para adquirir um investimento por valor superior ao custo original”⁶⁰. Note-se que este suposto “propósito negocial” em nada se assemelha ao propósito negocial

2016 (“CASO GERDAU AÇOS ESPECIAIS”); CSRF, Acórdão nº 9101-002.390, 1ª Turma, rel. Adriana Gomes Rêgo, sessão de 13 de julho de 2016 (“CASO GERDAU COMERCIAL”); e CSRF, Acórdão nº 9101-002.391, 1ª Turma, rel. Adriana Gomes Rêgo, sessão de 13 de julho de 2016 (“CASO GERDAU AÇOS LONGOS”).

58 CSRF, Acórdão nº 9101-002.391, 1ª Turma, rel. Adriana Gomes Rêgo, sessão de 13 de julho de 2016 (“CASO GERDAU AÇOS LONGOS”), p. 13.

59 CARE, Acórdão nº 1301-002.008, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Waldir Veiga Rocha, sessão de 04 de maio de 2016 (“CASO ELEVADORES OTIS”).

60 CSRF, Acórdão nº 9101-002.183, 1ª Turma, rel. Cons. Marcos Aurélio Pereira Valadão, sessão de 20 de janeiro de 2016 (“CASO JOHNSON”), p. 19.

da maneira como aplicado na jurisprudência do CARF, conforme descrito no item 3.2.2., tampouco se relaciona àquele desenvolvido no âmbito do *common law*. Assim, nessa linha de raciocínio, “[a] questão não é o propósito negocial das incorporações em si, mas sim a falta de propósito e fundamento econômico para respaldar a geração, e posterior aproveitamento como despesa”, de um ágio que se entende “sem qualquer materialidade”⁶¹. Nesse sentido, não se admitiria uma “despesa que só gera benefícios”, nos seguintes termos:

Aliás, neste sentido, registre-se que qualquer eventual “redução de custos operacionais e de administração” que tal reorganização societária pudesse (ou possa) ter ensejado dificilmente faria frente ao enorme aumento dos custos, provocado pela amortização do ágio ficto. Esta descomunal despesa de mais de um bilhão de reais só não constitui um verdadeiro problema para a empresa justamente porque é absolutamente irreal. É uma “despesa” que só gera benefícios (redução dos tributos devidos), mas que nenhum impacto real negativo opera sobre a empresa⁶².

Deve-se apontar o desacerto dessa argumentação, que vê na amortização do ágio uma despesa que, enquanto tal, deveria passar pelos critérios gerais de dedutibilidade. A amortização do ágio não cumpre outra função, senão ser contrapartida para ganhos contabilizados em operações futuras. Afinal, o pagamento do ágio implica que os lucros futuros não sejam verdadeiros ganhos do

61 CARE, Acórdão nº 1201001.245, 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. João Otávio Oppermann Thomé, sessão de 18 de janeiro de 2016 (“CASO NATURA”), p. 27.

62 CARE, Acórdão nº 1201001.245, 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. João Otávio Oppermann Thomé, sessão de 18 de janeiro de 2016 (“CASO NATURA”), p. 27.

adquirente do negócio (e sim da parte vendedora, em eventual ganho de capital). Independentemente desse fator, importa verificar que, na implementação de tal critério, não raro têm-se questionamentos por parte das autoridades administrativas acerca da própria "lisura" dos laudos de avaliação, colocando-se em xeque não apenas o conteúdo dos laudos, mas também o fato de, em alguns casos, estes serem preparados posteriormente à realização da operação, "mesmo que a defasagem temporal seja imaterial"⁶³.

Em suma, nos recentes julgados da CSRF, o critério do propósito negocial possui outro significado, que não aquele que se discutia anteriormente na jurisprudência do CARF. Ele não diz respeito à utilização de empresa-veículo, a qual, como se verá no item 4.4., *infra*, tem sua utilização questionada sob o critério da alegada impossibilidade de "transferência do ágio". O que se questiona, a partir desse critério é "a motivação para adquirir um investimento por valor superior ao custo original", questão que, ao fim e ao cabo, diz respeito à demonstração da fundamentação do ágio. Nota-se, aqui, o desacerto da argumentação, ao querer buscar a "necessidade" da despesa, nos termos do art. 299 do RIR/99, raciocínio este que não encontra guarida para fins de amortização fiscal do ágio.

3.2 SUBSTRATO ECONÔMICO

O segundo critério utilizado nos recentes julgados da CSRF intitula-se de "substrato econômico", elemento que estaria presente na "aquisição de negócio comutativo entre partes independentes, com dispêndio de recursos e previsão de ganho"⁶⁴. Entende-se que deve haver a "aquisição de acervos líquidos entre partes inde-

63 Cf. Ricardo Maito da Silveira e Rodrigo Maito da Silveira, "Evolução Histórica do Benefício Fiscal de Amortização do Ágio na Aquisição de Participações Societárias e a Nova Regulação Introduzida pela Lei nº 12.973/14", in Sérgio André Rocha (coord.), *Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A*, vol. IV, São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 468.

64 CSRF, Acórdão nº 9101-002.183, 1ª Turma, rel. Cons. Marcos Aurélio Pereira Valadão, sessão de 20 de janeiro de 2016 ("CASO JOHNSON"), p. 19.

pendentes e não relacionadas, gerado em negociação não viciada e com preço justo acordado entre as partes"⁶⁵.

O requisito do substrato econômico contempla a posição prevalecente no CARF a respeito da impossibilidade de amortização do ágio interno. No âmbito da jurisprudência administrativa, utilizam-se "as expressões 'ágio interno' ou 'ágio de si mesmo' na situação em que a mais-valia surge dentro de um mesmo grupo econômico, sem a participação de um terceiro independente", considerando-se caso de "mera reorganização societária interna", a situação em que uma sociedade é reavaliada "sem que valor algum seja desembolsado"⁶⁶.

Importa para a fundamentação de tais julgados que não haja alteração no controle societário: os valores transferidos (nos casos considerados "mais elaborados") remanescem nas mãos dos mesmos controladores e, ao fim e ao cabo, "tudo volta ao que era antes, com a única exceção de que passa a existir um suposto ágio amortizável". Em tais casos, entende-se que "por não haver a participação de terceiros, em condições de livre mercado, os valores envolvidos não são legitimados, pois é o mercado que estabelece o quanto alguém se dispõe a pagar por um investimento que outro se dispõe a vender"⁶⁷.

Assim rechaçam-se operações em que todas as empresas envolvidas pertencem ao mesmo grupo econômico e não há qualquer alteração de controle societário em decorrência dos negócios celebrados⁶⁸.

65 CSRF, Acórdão nº 9101-002.392, 1ª Turma, rel. Adriana Gomes Régio, sessão de 13 de julho de 2016 ("CASO VONPAR"), p. 9.

66 CARF, Acórdão nº 1301-002.009, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Waldir Veiga Rocha, sessão de 04 de maio de 2016 ("CASO NAKAYONE"), p. 10.

67 CARF, Acórdão nº 1301-002.009, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Waldir Veiga Rocha, sessão de 04 de maio de 2016 ("CASO NAKAYONE"), p. 10.

68 CARF, Acórdão nº 1201001.245, 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. João Otávio Oppermann Thomé, sessão de 18 de janeiro de 2016 ("CASO NA-

3.3 ÔNUS EFETIVO

Outro requisito presente nos recentes julgados da CSRF é o do desembolso financeiro⁶⁹ ou da “movimentação financeira de recursos”⁷⁰.

Este critério é bastante relevante em casos em que se tem o chamado “ágio interno”, conforme definido acima. Diz-se que a despesa foi “inventada”, em situações em que não houve qualquer demonstração de um efetivo pagamento ou transferência de recursos referente ao ágio aproveitado⁷¹. No **CASO GERDAU**, defendeu-se que a Gerdau Participações S.A. teria apenas entregue suas próprias ações à Gerdau S.A., permitindo “à suposta alienante manter o controle que já detinha sobre a Gerdau Açominas”. Em outras palavras, concluiu-se que houve a contabilização do ágio sem que houvesse “qualquer dispêndio para aquisição das ações”⁷².

Assim, argumenta-se que “participações adquiridas com ágio ou deságio pressupõe[m], um pagamento (ou que se arque com um dispêndio) maior do que um valor contabilizado”⁷³. Similarmente à forma que se procedeu à análise do requisito do subs-

TURA”), p. 26; CARE, Acórdão nº 1402002.203, 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, rel. Cons. Leonardo de Andrade Couto, sessão de 07 de junho de 2016 (“CASO PROCÓPIO”), p. 6; CARE, Acórdão nº 1301-002.008, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Waldir Veiga Rocha, sessão de 04 de maio de 2016 (“CASO ELEVADORES OTIS”).

69 CSRF, Acórdão nº 9101-002.183, 1ª Turma, rel. Cons. Marcos Aurélio Pereira Valadão, sessão de 20 de janeiro de 2016 (“CASO JOHNSON”), p. 19.

70 CSRF, Acórdão nº 9101-002.392, 1ª Turma, rel. Adriana Gomes Rêgo, sessão de 13 de julho de 2016 (“CASO VONPAR”), p. 8.

71 CSRF, Acórdão nº 9101-002.391, 1ª Turma, rel. Adriana Gomes Rêgo, sessão de 13 de julho de 2016 (“CASO GERDAU AÇOS LONGOS”), p. 12.

72 CSRF, Acórdão nº 9101-002.391, 1ª Turma, rel. Adriana Gomes Rêgo, sessão de 13 de julho de 2016 (“CASO GERDAU AÇOS LONGOS”), p. 13.

73 CSRF, Acórdão nº 9101-002.391, 1ª Turma, rel. Adriana Gomes Rêgo, sessão de 13 de julho de 2016 (“CASO GERDAU AÇOS LONGOS”), p. 14.

trato econômico, cumpre buscar nos julgados do CARF as origens do critério, para que se possa compreender a posição da CSRF.

Em julgados do CARE, expressou-se o entendimento de que “para que o ágio adquira sentido econômico, há de ser demonstrado ter havido, na operação de aquisição da participação societária, um efetivo ônus para o adquirente, quer seja este em espécie, quer seja em bens representativos de valor econômico”⁷⁴. Nos casos em que não existe efetivo ônus para o adquirente, não se admitiria a dedutibilidade da amortização do ágio. Por outro lado, entendeu-se que, nos casos em que houve “efetivo sacrifício patrimonial da adquirente em benefício dos alienantes do investimento, não se há de questionar o registro contábil do ágio, como a diferença entre o valor do sacrifício patrimonial e o valor de patrimônio líquido da investida”⁷⁵.

Em que pese já se tenha observado a exigência de dispêndio em dinheiro, há outros precedentes que admitem a apuração de ágio em operações em que não se observa o pagamento em dinheiro, em operações de incorporação de ações⁷⁶.

A exigência de tal requisito decorre da interpretação do vocábulo “aquisição”. Em um dos julgados em que se adota tal critério, entendeu-se que, para que se possa configurar a “aquisição”, deve-se ter “dispêndio para obter algo de terceiros, que não pertença ao adquirente”, nos seguintes termos:

74 CARE, Acórdão nº 1201001.245, 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. João Otávio Oppermann Thomé, sessão de 18 de janeiro de 2016 (“CASO NATURA”), p. 26.

75 CARE, Acórdão nº 1301-002.009, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Waldir Veiga Rocha, sessão de 04 de maio de 2016 (“CASO NAKAYONE”).

76 CARE, Acórdão nº 1301-001.852, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Waldir Veiga Rocha, sessão de 09 de dezembro de 2015 (“CASO BRF”); CARE, Acórdão nº 1301-001.299, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Valmir Sandri, sessão de 09 de outubro de 2013 (“CASO EMS”).

é inquestionável que o termo aquisição pode ter uma extensa gama de significados, existem várias formas através das quais um bem ou direito muda de propriedade, com utilização de diferentes mecanismos voltados ao cumprimento das condições necessárias ao aperfeiçoamento do negócio jurídico, entretanto, nessas situações sempre ocorre a presença do terceiro como contraparte, circunstância essa inexistente no caso sob exame⁷⁷.

Deve-se ver, contudo, que não há motivo para se restringir o vocábulo “aquisição” às aquisições em que se observa pagamento em dinheiro. A aquisição pode dar-se, por exemplo, mediante incorporação de ações, sem que se tenha o pagamento de valores em espécie, mas, ainda assim, óbvio pagamento de um ágio, que se evidencia no valor de troca das ações. Assim é que pode haver “ônus efetivo” ainda que não haja qualquer pagamento de valores em espécie.

Finalmente, cumpre analisar o critério da identidade de sujeitos, que é central à tese que foi adotada nos julgados recentes da CSRF.

3.4 IDENTIDADE DE SUJEITOS

O último critério aventado nos julgados recentes da CSRF se refere à identidade de sujeitos, no sentido de que a pessoa jurídica que amortiza o ágio deve ser a mesma que celebrou o negócio jurídico oneroso⁷⁸. Este é o critério que mais surpreende os con-

77 CARF, Acórdão nº 1402002.203, 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, rel. Cons. Leonardo de Andrade Couto, sessão de 07 de junho de 2016 (“CASO PROCÓPIO”), p. 6.

78 Este critério também se encontra presente em julgados do CARF, Cf. CARF, Acórdão nº 1402002.124, 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, rel. Cons. Leonardo de Andrade Couto, sessão 1º de março de 2016 (“CASO MINERAÇÃO BELO-CAL”), p. 17; CARF, Acórdão nº 1301-002.052, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Wilson Fernandes Guimarães, sessão de 08 de junho de 2016 (“CASO

tribuintes, porquanto ignora solenemente anos de jurisprudência do CARF a respeito da existência de propósito negocial em empresas-veículo. Trata-se de critério cujo escopo é vedar a chamada “transferência do ágio”.

Em julgados mais recentes da CSRF, observou-se o argumento de que a legislação não permitiria a “transferência de ágio”, nos seguintes termos⁷⁹:

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.

Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida.

VALE DO SAPUCAÍ”).

79 Ementa incluída nos seguintes casos: CSRF, Acórdão nº 9101-002.187, 1ª Turma, rel. Cons. Rafael Vidal De Araujo, sessão de 20 de janeiro de 2016 (“CASO CELPE”); CSRF, Acórdão nº 9101-002.300, 1ª Turma, rel. Cons. Rafael Vidal de Araújo, sessão de 07 de abril de 2016 (“CASO BARIGUI VEÍCULOS”).

No **CASO CELPE**, é inconteste que o ágio que se intenciona amortizar havia sido pago em transação envolvendo partes independentes. Consignou-se que “não há divergência de que o Novo Grupo de Controle da CELPE efetivamente pagou ágio pela aquisição do investimento”⁸⁰. No entanto, tendo-se observado duas posteriores subscrições de ações, com a entrega de ações de emissão da CELPE e sua avaliação pela rentabilidade futura, atestou-se que a finalidade de tais operações “era possibilitar a transferência, para a empresa operacional, do ágio pago pelo Novo Grupo de Controle na aquisição da CELPE”, o que não seria permitido pela legislação tributária. Com efeito, consignou-se que:

A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Leicester Comercial S.A) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (CELPE), mas que não era a investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.

A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (CELPE) tivesse incorporado a investidora original (investidora stric-

80 CSRF, Acórdão nº 9101-002.187, 1ª Turma, rel. Cons. Rafael Vidal De Araujo, sessão de 20 de janeiro de 2016 (“CASO CELPE”), p. 11. A mesma constatação é observada no CASO CTEEP: “Destaco, por relevante, que não há questionamento por parte do Fisco quanto à formação inicial do ágio, no momento em que a ISA CAPITAL adquiriu ações da CTEEP até então pertencentes ao Governo de São Paulo e, na sequência, novas ações por meio de Oferta Pública de Ações (OPA). Não há qualquer questionamento quanto a tratar-se de negócio em condições de livre mercado, firmado entre partes independentes e com efetivo pagamento. O ágio, com base na expectativa de rentabilidade futura da investida CTEEP, foi registrado na contabilidade da ISA CAPITAL. Cf. CARE, Acórdão nº 1301-002.047, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Waldir Veiga Rocha, sessão de 08 de junho de 2016 (“CASO CTEEP”), p. 6.

to sensu), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material. Pouco importa terem havido (sic) motivos de ordem societária, técnica ou mercadológica que impediam a CELPE de incorporar a real investidora: são as situações que devem se moldar à lei, para fins de aplicação da norma, e não a lei que tem que se moldar às situações, o que implicaria em substituir a coercitividade da regra pela conveniência dos regradados.⁸¹

Nesse sentido, entende-se que o propósito negocial, o substrato econômico e o ônus efetivo não podem ser “buscados em negócio jurídico celebrado por pessoas jurídicas diversas daquela que efetivamente procedeu à amortização do ágio”⁸². Com efeito, desenvolveu-se raciocínio no sentido de que “o §6º do art. 386 do RIR/1999, sob o significado pessoal, se dirige à investida que incorporar a investidora, que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o valor do ágio)”⁸³.

Conforme se apontou, esta corrente já encontrava correspondência em julgados anteriores do CARF⁸⁴. Com efeito, alega-se que “[a]s amortizações promovidas pela sociedade brasileira

81 CSRF, Acórdão nº 9101-002.187, 1ª Turma, rel. Cons. Rafael Vidal De Araujo, sessão de 20 de janeiro de 2016 (“CASO CELPE”), p. 38.

82 CSRF, Acórdão nº 9101-002.183, 1ª Turma, rel. Cons. Marcos Aurélio Pereira Valadão, sessão de 20 de janeiro de 2016 (“CASO JOHNSON”), p. 19.

83 CSRF, Acórdão nº 9101-002.300, 1ª Turma, rel. Cons. Rafael Vidal de Araujo, sessão de 07 de abril de 2016 (“CASO BARIGUI VEÍCULOS”), p. 26. De maneira semelhante, cf. CSRF, Acórdão nº 9101-002.312, 1ª Turma, rel. Cons. André Mendes de Moura, sessão de 03 de maio de 2016 (“CASO TERMOPEP-NAMBUCO”), p. 20.

84 Cf., e.g., CARE, Acórdão nº 1101-000.899, 1ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Benedicto Celso Benício Junior, sessão de 11 de junho de 2013 (“CASO PUBLICAR”); CARE, Acórdão nº 1101-000.936, 1ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, Rel. Cons. Benedicto Celso Benício Júnior, sessão de 10 de setem-

são indedutíveis porque não representam despesas próprias, mas sim da adquirente original do investimento”⁸⁵.

Deve-se ver, contudo, que tal entendimento: i) não guarda coerência com os demais requisitos substantivos apresentados pela jurisprudência da CSRF a respeito da amortização fiscal do ágio (propósito negocial, substrato econômico e ônus efetivo); ii) não é consistente com a afirmação da identidade entre o ágio contábil e o ágio tributário, maculando, portanto, a própria coerência interna dessa corrente; e iii) não encontra fundamento na justificativa da amortização fiscal do ágio, ferindo, pois, a lógica que a orienta.

3.5 O CONFLITO ARGUMENTATIVO ENTRE SUBSTÂNCIA E FORMA

Primeiramente, cumpre observar que, se em relação aos demais critérios enfatiza-se a importância de se realizar uma abordagem que considere os fatos econômicos subjacentes à operação (“substrato econômico”, “propósito negocial”), atentando-se para a realidade do grupo econômico, em relação ao critério da identidade de sujeitos, centraliza-se a forma.

Com efeito, argumenta-se que “quando ocorre a incorporação, pela investida, da investidora ‘original’ ou investidora *stricto sensu* (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada a pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco) é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de

bro de 2013 (“CASO TICKET”). Para julgados posteriores do CARF, adotando este mesmo entendimento, cf. CARF, Acórdão nº 1302-001.817, 3ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, Rel. Cons. Edeli Pereira Bessa, sessão de 06 de abril de 2016 (“CASO TELEFÔNICA”); CARF, Acórdão nº 1301-002.052, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Wilson Fernandes Guimarães, sessão de 08 de junho de 2016 (“CASO VALE DO SAPUCAÍ”).

85 CARF, Acórdão nº 1302-001.817, 3ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, Rel. Cons. Edeli Pereira Bessa, sessão de 06 de abril de 2016 (“CASO TELEFÔNICA”), p. 48.

amortização do sobrepreço”⁸⁶. Argumenta-se que inexistiria base legal para a transferência do ágio⁸⁷, nos seguintes termos:

Para fins fiscais, não há nenhuma previsão para que o ágio contabilizado na pessoa jurídica A (investidora), em razão de reorganizações societárias empreendidas por grupo empresarial, possa ser considerado “transferido” para a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C, ao absorver ou ser absorvida pela pessoa jurídica B, possa aproveitar o ágio cuja origem deu-se pela aquisição da pessoa jurídica A da pessoa jurídica B.

Assim, para se fundamentar a impossibilidade de transferência do ágio, aventa-se que foi a pessoa jurídica que o “pagou” que “assumiu o risco”. Por conseguinte, ignora-se que também o grupo econômico “pagou” e também o grupo econômico “assumiu riscos”: a análise da “essência” das operações não é levada às últimas consequências pelo CARF, mas adotada consoante um juízo de conveniência. Se, em relação ao aproveitamento de ágio dito interno, invoca-se o entendimento contábil para argumentar por sua impossibilidade, no que diz respeito à questão da transferência do ágio por sucessão, alega-se que este não estaria contemplado pelo “significado pessoal” da norma.

Em outras palavras, a argumentação que pretensamente se opõe aos chamados argumentos formalistas é utilizada tão somente para limitar direitos dos contribuintes, criando-se requisitos inexistentes na lei para o aproveitamento do ágio, a partir da manipulação de elementos da hipótese tributária. De outro lado, quando tal tipo de argumentação é utilizada pelo contribuinte

86 CSRF, Acórdão nº 9101-002.300, 1ª Turma, Rel. Cons. Rafael Vidal de Araújo, sessão de 07 de abril de 2016 (“CASO BARIGUI VEÍCULOS”), p. 26.

87 CSRF, Acórdão nº 9101-002.312, 1ª Turma, Rel. Cons. André Mendes de Moura, sessão de 03 de maio de 2016 (“CASO TERMOPEERNAMBUCO”), p. 20.

para expor seu entendimento a respeito de determinada operação, observa-se que ela é de pronto rechaçada, nos seguintes termos:

Afirma a autuada, ainda, que, independentemente da forma pela qual a operação fosse implementada, o resultado alcançado teria sido o mesmo. Ocorre, porém, que as disposições tributárias se aplicam a fatos concretos (os denominados fatos geradores), efetivamente realizados — e não a possibilidades abstratas, fruto de elucubrações metafísicas —, não se podendo decidir tendo como base apenas hipóteses e suposições⁸⁸.

3.6A AUSÊNCIA DE CONSISTÊNCIA COM AS NORMAS CONTÁBEIS

Mais do que isso, é interessante notar o distanciamento de tal critério em relação à contabilidade: a impossibilidade de transferência do ágio não faz qualquer sentido do ponto de vista contábil.

Vale dizer, ora se entroniza o tratamento contábil, ora se o rechaça. Utiliza-se o argumento contábil para se afastar a possibilidade de aproveitamento do ágio dito “interno”, mas nega-se importância ao tratamento contábil quando a questão é a possibilidade de transferência do ágio.

A alegada lógica econômica e contábil não é levada às últimas consequências por estes julgados. Por exemplo, em caso envolvendo ágio na aquisição de participação apurado no estrangeiro, apesar de se admitir expressamente a existência de um ágio, entendeu-se que este, subsistiria “em caráter puramente econômico, sem poder resultar nenhum efeito tributário”⁸⁹.

88 CSRF, Acórdão nº 9101-002.183, 1ª Turma, Rel. Cons. Marcos Aurélio Pereira Valadão, sessão de 20 de janeiro de 2016 (“CASO JOHNSON”), p. 20.

89 CSRF, Acórdão nº 9101-002.183, 1ª Turma, Rel. Cons. Marcos Aurélio Pereira Valadão, sessão de 20 de janeiro de 2016 (“CASO JOHNSON”), p. 18.

3.7 A AUSÊNCIA DE CONSISTÊNCIA COM A LÓGICA DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

Finalmente, tais julgados ignoram a verdadeira lógica tributária do ágio, concebendo-o como um “benefício”.

Deve-se ver que a amortização do ágio tem por escopo unicamente garantir que o que se tributa seja efetivamente renda. Não há ganho para o investidor quando este meramente recupera o ágio que investira. Acréscimo patrimonial somente existe quando os resultados obtidos superam seus investimentos.

Quando do pagamento do ágio, o investidor já inclui no preço a rentabilidade futura ou valor de mercado do bem (consoante se observava no regime anterior). A realização daquela rentabilidade ou deste valor não é, pois, qualquer acréscimo patrimonial para o investidor, que precisou incorrer em efetivo ônus para tê-los.

Seria possível dizer-se que o investidor teve um ganho quando recebe a rentabilidade pela qual esperava e pela qual já havia pago um ágio? Por óbvio, a resposta é negativa: somente se pode dizer que existe renda se a rentabilidade é maior que a esperada. Ao contrário, se o investimento não render sequer o valor do ágio, então este investimento terá sido “perdido”.

Assim, deve-se ver que, uma vez feita a aquisição de um investimento com ágio, este fica “congelado” para fins tributários, enquanto subsistir o investimento. Daí não existir a restrição ao escopo pessoal vislumbrada nos julgados da CSRF. Uma vez compreendida a lógica que fundamenta a amortização do ágio, não existe qualquer impedimento a que o ágio seja transferido a uma terceira pessoa jurídica, por sucessão. Deve-se ver que “o fato justificador do pagamento superior, ou melhor, o pagamento lastreado em expectativa de rentabilidade futura, a ela, expectativa, estará sempre atrelado”, de modo que o ágio “sempre seguirá o investimento”⁹⁰.

90 Edwal Casoni de Paula Fernandes Júnior, “Aspectos controvertidos acerca da possibilidade da transferência do ágio”, in Marcelo Magalhães Peixoto e

Desse modo, a lógica supostamente fundada na literalidade do dispositivo viola a própria sistemática da dedutibilidade de despesas supostamente aplicável. Mesmo que o dispêndio tenha sido efetuado por pessoa jurídica distinta daquela que procedeu à dedução, é fato que, quando da transferência do investimento, migra também a expectativa de rentabilidade futura, mormente quando a transferência dá-se no âmbito do mesmo grupo econômico. Com efeito, não procede o entendimento de que “o dever de segregar o custo de aquisição, no caso de avaliação de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, obviamente é de quem incorreu em tal custo, e a faculdade de amortizar o ágio antes segregado não é deferida a outro senão àquele que adquiriu a participação societária com sobrepreço”⁹¹.

CONCLUSÃO

A análise da jurisprudência administrativa permite ver que a percepção do ágio como um “benefício” faz com que se adotem abordagens cada vez mais restritivas e afastadas do comando legal para se inviabilizar o seu aproveitamento.

Inicialmente, inquiriu-se o “propósito comercial” de operações envolvendo a utilização de empresas-veículo. Talvez a notória falta de base legal de tal abordagem, aliada à percepção de que ela não seria suficientemente restritiva, tenha levado a seu progressivo abandono.

Posteriormente, pretendeu-se desenvolver critérios que seriam “objetivos” e pretensamente derivados da interpretação do texto legislativo. Basta enunciar os supostos critérios para que se perceba, contudo, que eles não se encontram no texto da lei, tampouco dele derivam. Mais que isso: os critérios são dotados de

Maurício Pereira Faro (coords.), *Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL*, São Paulo, MP Editora, 2016, p. 206.

91 CARF, Acórdão nº 1301-002.052, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, rel. Cons. Wilson Fernandes Guimarães, sessão de 08 de junho de 2016 (“CASO VALE DO SAPUCAÍ”).

grande inconsistência interna e não capturam o verdadeiro significado do instituto do ágio.

Segurança jurídica exige estabilidade. O estudo das decisões administrativas sobre o regime jurídico do ágio revela que o CARF não tem contribuído para a construção de um ambiente seguro. Mais adequado seria reconhecer caber ao legislador a tarefa de impor os requisitos para o aproveitamento do ágio. A Legalidade, exteriorização da segurança jurídica, não convive com fórmulas criadas por julgadores, ao arrepio de qualquer texto legal.