ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 13161.720888/2012-41

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº	13161.720888/2012-41
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**1201-002.465 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	18 de setembro de 2018
Matéria	GLOSA DE DESPESAS
Recorrente	USINA ELDORADO S/A
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. AMORTIZAÇÃO. DEDUTIBILIDADE.

O ágio na aquisição de participações societárias é amortizável, quando comprovado o pagamento efetivo do valor negociado e a confusão patrimonial entre a investidora e a investida, havendo os demais pressupostos normativos para dedutibilidade fiscal.

EMPRÉSTIMO EM MOEDA ESTRANGEIRA. JUROS E VARIAÇÃO CAMBIAL. DEDUTIBILIDADE.

As despesas com juros e variação cambial, oriundos de empréstimo em moeda estrangeira, são dedutíveis, quando necessários e usuais às atividades da tomadora.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Em se tratando dos mesmos fatos constitutivos do lançamento de ofício do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica, aplica-se no mérito idêntica razão de decidir para a exigência reflexa da contribuição social.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário. O conselheiro Paulo Cezar Fernandes de Aguiar acompanhou o relator pelas conclusões.Vencida a conselheira Ester Marques Lins de Sousa que negava provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

ESTER MARQUES LINS DE SOUSA - Presidente.

(assinado digitalmente)

RAFAEL GASPARELLO LIMA - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa (presidente), Eva Maria Los, Luis Fabiano Alves Penteado, José Carlos de Assis Guimarães, Luis Henrique Marotti Toselli, Rafael Gasparello Lima, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar e Gisele Barra Bossa.

Relatório

Trata-se de lançamento de ofício de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), anos-calendário de 2008 a 2010, compreendendo as infrações abaixo resumidas:

> *0001 CUSTOS, DESPESAS OPERACIONAIS E ENCARGOS*
>
> *DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS*
>
> *Valores equivalentes a 48,53% do montante dos juros contabilizados sobre o empréstimo de US$ 100.000.000,00 (cem milhões de dólares americanos) indevidamente deduzidos como despesas operacionais nas seguintes contas: 302080201 para 2008 - 7550, para 2009 e, 61210103 para 2010, conforme demonstrado no "Termo de Verificação Fiscal" em anexo, notadamente o tópico 9.3.*
>
> *0002 AMORTIZAÇÃO*
>
> *VALORES NÃO AMORTIZÁVEIS – ÁGIO*
>
> *Valores relativos ao ágio excluídos indevidamente na apuração do Lucro Real dos anos-calendário de 2008, 2009 e 2010, conforme demonstrado no "Termo de Verificação Fiscal" em anexo.*
>
> *0003 EXCLUSÕES/COMPENSAÇÕES NÃO AUTORIZADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL*
>
> *EXCLUSÕES INDEVIDAS - VARIAÇÃO CAMBIAL*
>
> *Valores referentes a variação cambial - regime caixa - excluídos indevidamente na apuração do Lucro Real dos anos-calendário de 2008, 2009 e 2010, conforme demonstrado no "Termo de Verificação Fiscal" em anexo, notadamente o tópico 9.3.*

A imposição do mencionado Auto de Infração reduziu o saldo acumulado de prejuízo fiscal e base negativa em **R$ 15.491.386,77** (ano-calendário: **2008**), **R$ 23.571.188,47** (ano-calendário: **2009**) e **R$ 30.426.732,56** (ano-calendário: **2010**), sendo assim, não sobrevindo a exigência de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), com acréscimo de juros e multa de ofício. Contudo, ainda que não identificada a ausência de pagamento de qualquer exação, a acusação fiscal interpretou que a conduta era típica da hipótese de multa de ofício qualificada, formalizando a Representação Fiscal para Fins Penais (processo administrativo nº 13161.720889/201296).

A 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campo Grande (DRJ/CGE), por unanimidade, julgou improcedente a impugnação administrativa da contribuinte, como se infere da ementa do acórdão nº 04-31.313:

> *ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ*
>
> *Ano-calendário: 2008, 2009, 2010*
>
> *ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. AMORTIZAÇÃO.*
>
> *A amortização de ágio na aquisição de participações societárias não é cabível em casos de planejamento tributário com a utilização de mecanismos tendentes a evitar o conhecimento do fisco relativamente à natureza ou circunstâncias materiais e às reais características essenciais do fato gerador.*
>
> *EMPRÉSTIMO EM MOEDA ESTRANGEIRA. JUROS E VARIAÇÃO CAMBIAL. DEDUTIBILIDADE.*
>
> *As despesas com juros e variação cambial decorrentes de empréstimo em moeda estrangeira só são dedutíveis se este é necessário e usual às atividades da tomadora.*
>
> *REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS.*
>
> *As Delegacias da Receita Federal de Julgamento não são competentes para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.*
>
> *CSLL. SIMILITUDE DOS MOTIVOS DE AUTUAÇÃO E DAS RAZÕES DE DEFESA.*
>
> *Aplicam-se à CSLL os mesmos argumentos esposados para o IRPJ em face da similitude dos motivos de autuação e das razões de defesa.*
>
> *Impugnação Improcedente.*
>
> *Outros Valores Controlados*

Em Recurso Voluntário, extrai-se a narrativa dos principais fatos sobre a controvertida aquisição de participação societária:

> *A Recorrente ("Usina Eldorado") é uma, dentre outras pessoas jurídicas, controladas pela ETH Participações S.A. ("ETH"), holding das empresas produtoras de etanol, energia elétrica e açúcar, controlada pela Odebrecht S.A..*
>
> *Até o início de 2008, as ações representativas do capital da Recorrente eram de propriedade dos senhores Marcelo Mações Coutinho, Luis Ricardo Mações Coutinho e Bruno Coutinho Gonçalves Fernandes e da Companhia Eldorado de Agronegócios, por eles controlada (conjuntamente denominados "FAMÍLIA COUTINHO"). À época, ETH já havia constituído a*

sociedade empresária NOVA BOIPEBA, com o objetivo angariar os recursos necessários, centralizar as negociações e tomar todas as medidas necessárias com o propósito de adquirir a participação societária na Recorrente. A FAMÍLIA COUTINHO, de sua parte, concordava em transmitir as ações da Recorrente à NOVA BOIPEBA, desde que por meio da permuta dos seus papéis por participação em outra empresa, sem que houvesse torna de recursos.

Diante disso, a ETH, que, na mesma data de formação da NOVA BOIPEBA, havia constituído também outra sociedade – a Nova Mucuri Participações S.A. ("NOVA MUCURI") –, capitalizou a NOVA BOIPEBA com parte dos recursos necessários para que esta, juntamente com os valores que captasse, aumentasse o capital de NOVA MUCURI no montante suficiente para viabilizar a permuta de ações. Nessa medida, os fatos que se sucederam até que houvesse a transferência da integralidade das ações da Recorrente detidas pela FAMÍLIA COUTINHO e ulterior incorporação de NOVA BOIPEBA podem ser assim resumidos:

27.02.08: *Constituição de NOVA BOIPEBA e NOVA MUCURI, ambas de propriedade de ETH.*

09.03.08: *Subscrição de aumento de capital de NOVA BOIPEBA, pela ETH, com a previsão de aporte de R$ 150.000.000,00.*

10.03.08: *Subscrição de capital de NOVA MUCURI, pela NOVA BOIPEBA, com a previsão de aporte de R$ 234.539.000,00.*

12.03.08: *Transferência de recursos, no valor de R$ 150.000.000,00, pela ETH à NOVA BOIPEBA, a título de integralização de capital.*

12.03.08*: NOVA BOIPEBA contrai empréstimo, na modalidade de repasse de recursos captados no exterior, mediante a assinatura de Cédula de Crédito Bancário, com o Banco ABN Amro Real S.A..*

12.03.08: *Transferência de recursos, no valor de R$ 234.539.000,00 pela NOVA BOIPEBA à NOVA MUCURI, a título de integralização de capital.*

18.03.08: *Subscrição de "Contrato de Permuta e Outras Avenças" entre, de um lado, ETH e NOVA BOIPEBA e, de outro, FAMÍLIA COUTINHO. Na mesma data, são formalizadas as transferências das ações de NOVA MUCURI à FAMÍLIA COUTINHO e das ações da Recorrente para ETH e NOVA BOIPEBA.*

30.04.08: *Uma vez concretizado o negócio para o qual havia sido constituída, NOVA BOIPEBA foi incorporada por sua controlada (ora Recorrente). Como o preço da permuta foi superior ao valor de patrimônio líquido contábil da Recorrente, NOVA BOIPEBA registrou a diferença a maior no seu custo de aquisição como ágio por expectativa de rentabilidade futura, na forma do artigo 385 do Decreto n. 3.000/99 (Regulamento do*

> *Imposto de Renda – "RIR/99"), com fundamento em estudo econômico elaborado à época da transação.*
>
> *Em decorrência da última operação societária acima apontada, a Recorrente, na condição de sucessora por incorporação, passou a amortizar o ativo diferido formado pelo montante até então registrado a título de ágio, à razão de 1/60 avos ao mês, com fundamento nos artigos 7o e 8o da Lei n. 9.532/97 (art. 386 do RIR/99 e art. 75 da Instrução Normativa – IN n. 390/04), regulamentados pela IN n. 11/99. Pelo mesmo motivo, passou a apropriar no seu resultado as despesas com juros e variação cambial, oriundos do empréstimo originário do repasse de recursos captados no exterior, o que tem fundamento nos artigos 377 e 378 do RIR/99 e nos artigos 18, 73 e 74 da IN n. 390/04.* (fls. 1278 a 1279)

O Termo de Verificação Fiscal (TVF) interpretou que os negócios jurídicos acima se materializaram com abuso de direito, substituindo a compra e venda direta da participação societária na Recorrente pela ETH Participações S.A. ("ETH"), proporcionando vantagem tributária indevida com a ulterior dedutibilidade do ágio e das despesas financeiras:

> *A aquisição pela ETH das participações societárias na Usina Eldorado resultou na geração do ágio no montante de R$ 159.151.115,17 (cento e cinquenta e nove milhões, cento e cinquenta e um mil, cento e quinze reais e dezessete centavos) fruto da aplicação de métodos e critérios legais e contábeis.*
>
> *Como vimos, a fiscalização não questiona se houve ou não o pagamento pela aquisição das participações. O que não pode ser aceito é o ágio pertencente ao investidor ETH, que é o verdadeiro titular, ter sido transferido por intermédio de uma engenharia de fatos societários que só existiram no papel para a Usina, que é a investida. A Usina é uma empresa operacional e com potencial para aproveitá-lo, porém, este ágio não lhe pertence.*
>
> *Outro fato, que do mesmo modo não pode ser aceito, são os custos financeiros decorrentes do empréstimo de US$ 100.000.000,00 (cem milhões de dólares americanos) realizados inicialmente em nome da Nova Boipeba e, transferidos para a Usina quando da incorporação às avessas.*
>
> *O empréstimo foi contraído com o objetivo de realizar o pagamento da aquisição da Usina – fato inquestionável. Ocorre que, os recursos necessários para a aquisição da investida (Usina) são de responsabilidade da investidora que é a ETH. Se a investidora ETH buscou capital junto a instituições financeiras para realizar a aquisição, cabe a ela arcar com os ônus decorrentes do empréstimo. Esses custos jamais poderiam ser artificialmente transferidos para a própria investida para serem por ela suportados, são despesas financeiras que não lhe pertencem.*
>
> *Para rememorar, cabe aqui um breve resumo dos principais fatos que justificam a autuação fiscal:*

Criação da Nova Mucuri e Nova Boipeva na mesma data, com diferença de 30 minutos, com sede no mesmo endereço, com os mesmos acionistas, com o mesmo capital social e estatuto, de duração efêmera e usadas como empresas veículos ou de passagem;

Nova Boipeba nunca captou recursos de outros grupos econômicos, não se comportou como holding, o empréstimo realizado em seu nome foi feito pela Odebrecht;

Os históricos contábeis dos lançamentos que registram a subscrição das ações da Nova Mucuri pela Nova Boipeba indicam "Aquisição Eldorado", denunciam a verdadeira intenção da transferência;

O único patrimônio da Nova Mucuri são os R$ 232.540.000,00 depositados no ABN Amro Real utilizados para realizar o pagamento pela aquisição;

A Celebração do contrato denominado de "Permuta e Outras Avenças" divorciado da verdadeira realidade dos fatos. As diversas justificativas traçadas no "Protocolo de Incorporação e Justificação" foram uma a uma desmontadas pela fiscalização;

O resultado final produzido pela sucessão de todos esses atos societários não alteram o resultado final. A ETH Participações sempre foi e continua sendo a verdadeira adquirente e proprietária da Usina;

As Atas da Assembléia Geral Extraordinária assinadas em 30/04/2008 em São Paulo/SP e ao mesmo tempo em Rio Brilhante/MS, ambas secretariadas pelo Sr. Luciano Dequech, demonstram sua artificialidade;

A criação da Nova Boipeba e Nova Mucuri e os atos societários praticados decorrentes de sua criação, não tiveram qualquer propósito negocial, não há qualquer substância econômica que possa ser extraída;

O "nexo causal" está perfeitamente caracterizado: a operação real de compra e venda de ações com ágio, transformada artificialmente em operação de permuta com incorporação às avessas, com a finalidade de deduzir como despesa o ágio gerado pela aquisição de suas próprias ações e transferir os custos financeiros do empréstimo de US$ 100.000.000,00 que deveriam ser suportados pelos verdadeiros investidores (Grupo ETH) e,

O princípio da verdade material que determina que a Autoridade Fiscal deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade.

Considerando os fatos relatados os trabalhos fiscais concluíram por:

- não considerar como despesas dedutíveis o ágio aproveitado pela contribuinte nos anos-calendário de 2008, 2009 e 2010 e,

- não considerar os custos financeiros contabilizados como despesas financeiras decorrentes do empréstimo de US$

100.000.000,00 (cem milhões de dólares americanos) contraídos junto ao ABN Amro Real S/A em nome da Nova Boipeba pela Odebrecht.

(...)

Em 12/03/2008 a Nova Boipeba Participações S/A, com garantias prestadas pela Odebrecht S.A., contraiu financiamento bancário junto ao Banco Real/ABN Amro Bank no valor de US$ 100.000.000,00 (cem milhões de dólares americanos) equivalente a R$ 169.080.000,00 (cento e sessenta e nove milhões e oitenta mil reais), conforme lançamento na conta 2.1.1.2.01.07. Em 30/04/2008, nesta mesma conta, em processo de incorporação, a obrigação foi transferida para a Usina Eldorado S.A..

Revelam-se como indedutíveis na base de cálculo do IRPJ e CSLL os encargos financeiros decorrentes de parte do empréstimo contraído para adquirir a participação acionária na própria Usina Eldorado S.A. Foi usado na aquisição da Eldorado o valor de R$ 82.539.000,00 (oitenta e dois milhões, quinhentos e trinta e nove mil reais) que corresponde a 48,53% do empréstimo e transferido o valor de R$ 87.535.915,33 (oitenta e sete milhões, quinhentos e trinta e cinco mil, novecentos e quinze reais e trinta e três centavos) que corresponde a 51,47%. Devem ser glosados os valores dos juros deduzidos indevidamente (48,53%), bem como ajustada a variação cambial no Lalur (regime caixa), pelo percentual do valor efetivamente transferido (51,47%).

Assim, as despesas de juros e variação cambial (caixa) decorrentes do valor que foi utilizado na aquisição das ações da própria Usina Eldorado S.A., não cumprem os requisitos de dedutibilidade do artigo 299 do RIR/99, sendo, portanto, consideradas despesas desnecessárias.

Os juros sobre o financiamento foram lançados nas contas: 302080201 – Juros s/Empréstimos e Financiamentos no ano-calendário 2008; 7550 – Juros sobre Empréstimos e Financiamentos no ano-calendário 2009 e 6.2.1.01.03 – Juros s/Financiamento no ano-calendário de 2010. Conforme planilhas anexas, fizemos o rateio efetuado a glosa dos valores considerados como despesas desnecessárias que correspondem a 48,53%, valor utilizado na aquisição da própria Usina Eldorado S.A.. (fls. 1137 a 1139)

Em 08 de maio de 2013 (fl. 1.276), a contribuinte interpôs seu tempestivo Recurso Voluntário, sendo intimada do acórdão recorrido em 23 de abril de 2013 (fl. 1.252). Por sua vez, a Fazenda Nacional protocolou seus Memoriais (fls. 1.363 a 1.390), ratificando o Termo de Verificação Fiscal e contraditando os argumentos da Recorrente.

Em 03 de fevereiro de 2015, a 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara, por maioria, proferiu a Resolução nº 1101-000.146, convertendo o julgamento do recurso em diligência para a seguinte finalidade:

De outro lado, subsidiariamente, a recorrente acrescenta que ETH foi extinta em 2009, mediante cisão, por meio da qual parte do seu acervo foi incorporada na Recorrente (docs. J.). Referido documento evidencia que o investimento detido por ETH Participações S/A foi vertido para a autuada, apurando-se a diferença de R$ 681,41 correspondente a ágio por rentabilidade futura, a ser registrado no ativo intangível da autuada, e isto porque a participação societária na investida estava registrada em ETH Participações S/A no valor de R$ 106.135.964,10, justamente por desconsiderar a aquisição paga com parte do empréstimo que foi deslocado para contratação por Nova Boipeba Participações S/A, com os efeitos antes expostos (fls. 1332/1345).

Em tais condições, como antes dito, a extinção do investimento mantido pela adquirente na adquirida implementaria o requisito legal para dedução fiscal do ágio pago na sua aquisição. Por sua vez, como a autuada passaria a ser sucessora da cindida, a partir daquele momento figuraria como efetiva devedora da totalidade do empréstimo a ser pago.

Trata-se, portanto, de fato relevante para a solução do litígio, mas que demanda sua confirmação e complementação. Por tais razões, necessária se faz a CONVERSÃO do julgamento em diligência, para que a autoridade fiscal do domicílio do sujeito passivo:

- *Confirme a cisão noticiada nos documentos juntados às fls. 1332/1345, juntando aos autos os atos correspondentes e a evolução contábil do investimento mantido por ETH Participações S/A na autuada nos períodos fiscalizados;*

- *Informe os registros contábeis promovidos por ETH Participações S/A e a autuada por ocasião da cisão; e*

- *Demonstre a evolução do empréstimo originalmente contraído por Nova Boipeba Participações S/A e posteriormente sucedido pela autuada, detalhando seus pagamentos e juros incorridos desde sua contratação até o último período autuado.*

Ao final dos trabalhos a autoridade fiscal deve produzir relatório circunstanciado, descrevendo suas análises e conclusões daí resultantes, dele cientificando a interessada, com reabertura de prazo de 30 (trinta) dias para complementação de suas razões de defesa. (fls. 1.442 e 1.443).

Finalizada a diligência solicitada pela Resolução nº 1101-000.146 (fls. 1.411 a 1.443), a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Campo Grande/MS exarou a respectiva Informação Fiscal (fls. 1.623 a 1.797). Em 04 de maio de 2016, a Recorrente se manifestou sobre essa Informação Fiscal (fls. 1.800 a 1.802).

Considerando a extinção da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara desta 1ª Seção de Julgamento, mediante novo sorteio, fui designado relator.

É o relatório.

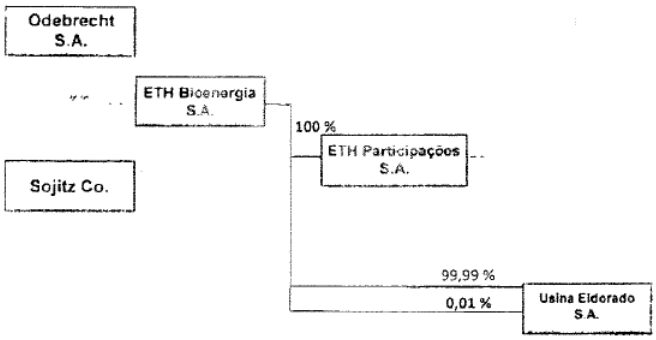
Voto

Conselheiro Rafael Gasparello Lima, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo, havendo os demais pressupostos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Inicialmente, relevante a Informação Fiscal, elaborada em atendimento à Resolução nº 1101-000.146, noticiando fatos que influenciam no julgamento do presente recurso, como a seguir transcrevo:

> **1 – Confirme a cisão noticiada nos documentos juntados às fls. 1332/1345, juntando aos autos os atos correspondentes e a evolução contábil do investimento mantido por ETH Participações S/A na autuada nos períodos fiscalizados:**
>
> **1.1. Introdução:**
>
> Cabe rememorar que em 30/04/2008, a Usina Eldorado S.A. celebra a "Assembleia Geral Extraordinária" para aprovar o protocolo de incorporação da Nova Boipeba. – investida incorpora a investidora, momento em que o ágio objeto dos trabalhos fiscais são transferidos para a Usina – empresa operacional que irá aproveitá-lo. Com o evento a estrutura societária do grupo ficou assim definida:



> Em 27/07/2009, foi assinado o protocolo de cisão total da ETH Participações e incorporação dos acervos líquidos cindidos objeto do presente quesito, ocasião em que a ETH Participações teve o seu patrimônio totalmente cindido e extinto, com a versão das parcelas cindidas para as respectivas incorporadoras, inclusive, para a Usina Eldorado que passou a pertencer em 100% para a ETH Bioenergia S.A.
>
> Com a incorporação da ETH Participações não houve alteração patrimonial significativa na Usina Eldorado, somente um aumento do capital social em R$ 681,41 (seiscentos e oitenta e um reais e quarenta e um centavos) correspondente ao valor da parcela cindida e vertida para a Usina após a dedução da parcela que representava o investimento detido pela ETH na Usina.
>
> O capital social de R$ 193.393.001,56, passou para R$ 193.393.682,97, com a emissão de 1.239 novas ações que totalizaram 193.416.180 ações, de propriedade, agora, da ETH Bioenergia S.A.

1.3. Evolução contábil do Investimento:

1.3.1. O início do Investimento da ETH Participações S.A. se deu com a constituição em 27/02/2008 da Nova Boipeba Participações S.A. Em 30/04/2008, a Nova Boipeba (empresa veículo) foi incorporada pela Usina Eldorado, com o objetivo de transferir o valor do ágio gerado (R$ 159.151.115,17).

As contas do ativo e passivo são encerradas na Nova Boipeba e incorporadas na contabilidade da Usina Eldorado, resultando no aumento do capital social da Usina em R$ 70.503.894,00 (passou de R$ 104.200.000,00 para R$ 174.703.894,00). O aumento foi assim distribuído: R$ 70.503.893,00 para ETH Participações S.A. e R$ 1,00 para ETH Bioenergia S.A.

Em 30/04/2008, o valor do investimento detido pela ETH Participações S.A. na Usina Eldorado era de R$ 150.220.519,96 (cento e cinquenta milhões, duzentos e vinte mil, quinhentos e dezenove reais e noventa e seis centavos), conforme registra o saldo nesta data da conta 1.3.1.1.01.09 – Usina Eldorado S.A., (conta que registra o valor do investimento na contabilidade da ETH Participações)

Doc. 5: Valores conforme "Anexo ao laudo de avaliação do patrimônio líquido contábil emitido em 30/04/2008" da Nova Boipeba Participações S.A.;

Doc. 6: Demonstrativo contendo a transcrição dos lançamentos contábeis em 30/04/2008, do Livro Diário da Usina Eldorado S.A. e,

Doc. 7: Razão da conta 1.3.1.1.01.09 – Usina Eldorado S/A, que representa o valor do investimento na contabilidade da ETH Participações S.A.

1.3.2. O valor do patrimônio líquido contábil em 31 de dezembro de 2008 da Usina Eldorado S/A importou em R$ 69.060.391,01.

O valor do investimento da ETH Participações na Usina foi reduzido de R$ 150.220.519,96, em 30/04/2008, para R$ 69.060.391,01, em 31/12/2008, em razão da equivalência patrimonial negativa de R$ 92.102.023,79, decorrente, principalmente, do valor de R$ 87.557.481,77, de prejuízo contábil apurado pela Usina Eldorado no respectivo ano.

O valor do investimento da ETH Participações na Usina Eldorado, conforme escriturado na conta 1.3.1.1.01.09 – Usina Eldorado S.A., (conta que registra o valor do investimento na contabilidade da ETH Participações) aponta, corretamente, o mesmo valor.

Doc. 8: Memorial Descritivo da Evolução Contábil do Investimento;

Doc. 7: Razão da conta 1.3.1.1.01.09 – Usina Eldorado S/A, que representa o valor do investimento na contabilidade da ETH Participações S/A;

Doc. 9: Balancete de 2008 da Usina Eldorado S/A e,

Doc. 10: Razão da conta 204100201 – Resultados do Exercício da Usina Eldorado S/A.

1.3.3. Em 31/07/2009, a ETH Participações S.A. teve o seu patrimônio totalmente cindido e extinto com a versão das parcelas cindidas para as respectivas incorporadoras, inclusive, para a Usina Eldorado S.A., que passou a pertencer em 100% para a ETH Bioenergia S.A.

Nesta data, o valor do investimento da ETH Participações S.A. na Usina Eldorado S/A, passou de R$ 69.060.391,01 para R$ 106.135.964,10, a diferença positiva de R$ 37.075.573,09, corresponde a R$ 37.047.650,53, do resultado positivo da equivalência patrimonial e, R$ 27.922,56 de aumento de capital social.

A empresa não apresentou para a diligência o balanço patrimonial encerrado em 31/07/2009, bem como, a apuração de resultado do período de 01/01/2009 a 31/07/2009. A contabilidade arquivada junto ao Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, também não contempla as referidas demonstrações contábeis. Os valores foram coletados do razão da conta 1.3.1.1.01.09 – Usina Eldorado S.A. que representa o valor do investimento na contabilidade da ETH Participações e do "Memorial Descritivo da Evolução Contábil do Investimento" apresentado pelo contribuinte.

Doc. 8: Memorial Descritivo da Evolução Contábil do Investimento;

Doc. 7: Razão da conta 1.3.1.1.01.09 – Usina Eldorado S/A, que representa o valor do investimento na contabilidade da ETH Participações S.A e,

Doc. 4: Laudo de avaliação do patrimônio líquido contábil da ETH Participações S.A.

1.3.4. O valor do patrimônio líquido contábil em 31 de dezembro de 2009 da Usina Eldorado S/A importou em R$ 104.956.756,33.

O valor do investimento da ETH Bioenergia na Usina Eldorado, conforme escriturado na conta 1.3.1.1.01.09 – Usina Eldorado S.A., (conta que registra o valor do investimento na contabilidade da ETH Bioenergia) aponta o valor de R$ 120.184.927,52. Observe que, pelas regras da equivalência patrimonial, os valores deveriam ser idênticos e não divergentes (R$ 104.956.756,33 x R$ 120.184.927,52).

No "Memorial Descritivo da Evolução Contábil do Investimento" (doc. 8) o contribuinte omite as informações do investimento no período de 31/07/2009 a 31/12/2010.

Assim sendo, de acordo com as informações disponíveis, entendemos correto considerar como valor do investimento em 31/12/2009, o valor do patrimônio líquido da Usina que importa em R$ 104.956.756,33, conforme balancete de 2009.

Dessa forma, o valor do investimento da ETH Bioenergia na Usina foi reduzido de R$ 106.135.964,10, em 31/07/2009, para R$ 104.956.756,33, em 31/12/2009, apontando uma equivalência patrimonial negativa no período de R$ 1.179.207,77.

Doc. 11: Balancete de 2009 da Usina Eldorado S/A e,

*Doc.12: R*azão da conta 1.3.1.1.01.09 – Usina Eldorado S.A., na contabilidade da ETH Bioenergia S.A.

1.3.5. O valor do patrimônio líquido contábil em 31 de dezembro de 2010 da Usina Eldorado S/A importou em R$ 133.204.826,31.

O valor do investimento da ETH Bioenergia na Usina Eldorado, conforme escriturado na conta 1.3.1.1.01.09 – Usina Eldorado S.A., (conta que registra o valor do investimento na contabilidade da ETH Bioenergia) aponta, corretamente, o mesmo valor.

O valor do investimento da ETH Bioenergia na Usina foi aumentado de R$ 104.956.756,33, em 31/12/2009, para R$ 133.204.826,31, em 31/12/2010, em razão da equivalência patrimonial positiva no período de R$ 28.248.069,98.

Doc. 13: Balancete de 2010 da Usina Eldorado S/A e,

*Doc.12: R*azão da conta 1.3.1.1.01.09 – Usina Eldorado S.A., na contabilidade da ETH Bioenergia S.A.

1.3.6. Quadro Resumo:

Data:	Detentor do Investimento:	Valor:
30/04/2008	*ETH Participações S.A.*	*R$ 150.220.519,96*
31/12/2008	*ETH Participações S.A.*	*R$ 69.060.391,01*
31/07/2009	*ETH Bioenergia S.A.*	*R$ 106.135.964,10*
31/12/2009	*ETH Bioenergia S.A. - pelo PL da Usina*	*R$ 104.956.756,33*
31/12/2010	*ETH Bioenergia S.A.*	*R$ 133.204.826,31*

2 – Informe os registros contábeis promovidos por ETH Participações S/A e a autuada por ocasião da cisão:

Em 31/07/2009, a ETH Participações S.A. teve o seu patrimônio totalmente cindido e extinto com a versão das parcelas cindidas para as respectivas incorporadoras, inclusive, para a Usina Eldorado S/A, que passou a pertencer em 100% para a ETH Bioenergia S.A.

As contas patrimoniais e de resultado da ETH Participações são encerradas e incorporadas na contabilidade da Usina Eldorado.

Para melhor elucidar selecionamos todos os registros contábeis datados de 31/07/2009 que representam o encerramento da ETH Participações em sua escrituração contábil e, também, os lançamentos contábeis que registram a cisão na escrituração da Usina Eldorado. Em ambos os casos, os dados foram extraídos da escrituração contábil depositada junto ao Sistema Público de Escrituração Digital – SPED.

Para melhor elucidar a contabilização do evento na ETH Participações, além dos lançamentos transcritos do Livro Diário, anexamos o Livro Razão das principais contas a saber:

i. 1.3.1.1.01.09 – Usina Eldorado S/A (ativo permanente/investimentos)
ii. 1.3.1.4.01.01 – Incorporação (ativo permanente/investimentos)
iii. 1.3.3.3.01.06 – Usina Eldorado S/A (ativo permanente/intangível/ágio)
iv. 2.4.4.1.01.01 – Prejuízos Acumulados (patrimônio líquido)
v. 2.4.4.2.01.01 – Resultado do Exercício (patrimônio líquido)
vi. 2.4.5.1.01.01 – Ajuste de Avaliação Patrimonial (patrimônio líquido)
vii. 2.4.1.1.01.01 – Capital Social (patrimônio líquido)
viii. 9.1.1.1.01.01 – Apuração de Resultado (resultado)
ix. 5.1.1.3.01.04 – Prov. Equidade em Incorp. de Controladas (resultado)
x. 5.1.1.1.01.04 – Usina eldorado S.A. (resultado)

Para melhor elucidar a contabilização do evento na Usina Eldorado, além dos lançamentos transcritos do Livro Diário, anexamos o Livro Razão contas movimentadas, tendo sido utilizadas apenas três contas a saber:

i. 1310 – Usina Eldorado Ltda (ativo permanente/investimento)
ii. 16300 – Ágio ETH Participações S/A (conta do ativo diferido) e,
iii. 16320 – Reserva Especial de Ágio (reserva de capital/patrimônio líquido).

Doc. 14: Transcrição do Livro Diário da ETH Participções S.A. contendo os lançamentos contábeis de encerramento pela cisão, bem como, do Livro Razão das contas citadas e,

Doc. 15: Transcrição do Livro Diário da Usina Eldorado S.A. contendo os lançamentos contábeis da cisão, bem como, do Livro Razão das contas citadas.

3 – Demonstre a evolução do empréstimo originalmente contraído por Nova Boipeba Participações S/A e posteriormente sucedido pela autuada, detalhando seus pagamentos e juros incorridos desde sua contratação até o último período autuado.

3.1. Nova Boipeba Participações S.A. - Período 12/03/2008 a 30/04/2008

Liberação do empréstimo em 12/03/2008 contraído junto ao ABN Amro Bank no valor de U$ 100.000.000,00 (cem milhões de dólares americanos) equivalentes a R$ 169.080.000,00 (cento e sessenta e nove milhões e oitenta mil reais).

Resumo:

Data:	Conta:	Histórico	Valor:
12/03/2008	2.1.1.2.01.07	Empréstimo	R$ 169.080.000,00
30/04/2008	6.1.2.1.01.03	Juros Incorridos	R$ 1.354.915,34
30/04/2008	6.1.3.1.01.02	Ajustes de variação cambial	(R$ 360.000,00)
30/04/2008		Saldo do empréstimo	R$ 170.074.915,34

Nota 1. Em 30/04/2008 extinção da Nova Boipeba com a consequente transferência do empréstimo para a Usina Eldorado S.A. resultado da incorporação às avessas.

Doc.16 razão contábil das contas 2.1.1.2.01.07, 6.1.2.1.01.03 e 6.1.3.1.01.02 da contabilidade da Nova Boipeba Participações S.A.

3.2. Usina Eldorado S.A. - Período 01/05/2008 a 31/12/2008

Em 30/04/2008, o empréstimo é recepcionado pela Usina Eldorado S.A. e registrado na conta 201030801 – Banco Real / ABN Amro Bank, no valor de R$ 170.074.915,34.

Resumo:

Data:	Conta:	Histórico	Valor:
30/04/2008	201030801	Saldo do empréstimo	R$ 170.074.915,34
31/12/2008	302080201	Juros Incorridos no ano	R$ 8.272.950,04
31/12/2008	302080207	Ajustes de variação cambial ano (negativa, aumenta o empréstimo)	R$ 64.980.000,00
31/12/2008		Amortizações de encargos no ano (pagamento efetivo pela c/c bancária)	(R$ 6.771.235,55)
31/12/2008		Saldo do empréstimo	R$ 236.556.629,83

Nota 2. O saldo em 31/12/2008 da conta 201030801 é de R$ 331.352.064,37. Isso porque a conta contábil, além de registrar o saldo do empréstimo em

Doc. 17 razão contábil das contas 201030801, 302080201 e 302080207 da contabilidade da Usina Eldorado S.A.

3.3. Usina Eldorado S.A. - Período 01/01/2009 a 31/12/2009

Resumo:

Data:	Conta:	Histórico	Valor:
01/01/2009	13240	Saldo do empréstimo	R$ 236.556.629,83
31/12/2009	7550	Juros Incorridos no ano	R$ 10.907.878,58
31/12/2009	9800/9810	Ajustes de variação cambial ano (positiva, diminui o empréstimo)	(R$ 59.580.000,00)
31/12/2009		Amortizações de encargos no ano (pagamento efetivo pela c/c bancária)	(R$ 13.417.134,63)
31/12/2009		Saldo do empréstimo	R$ 174.467.373,78

Nota 3. O evento societário ocorrido em 27/07/2009, relativo a cisão da ETH Participações S/A e incorporação dos acervos liquidos cindidos pela Usina Eldorado S.A., não produziu qualquer alteração na contabilização e ou registro do empréstimo, bem como, dos seus encargos;

Nota 4. O saldo em 31/12/2009 da conta 13240 é de R$ 244.117.192,93. Isso porque a conta contábil, além de registrar o saldo do empréstimo em epígrafe registra, também, o saldo devedor de outros empréstimos contraídos pela autuada em moeda estrangeira.

Doc.18 razão contábil das contas 13240, 7550, 9800 e 9810 da Usina Eldorado S.A.

3.4. Usina Eldorado S.A. - Período 01/01/2010 a 24/02/2010

Resumo:

Data:	Conta:	Histórico	Valor:
01/01/2010	21120205	Saldo do empréstimo	R$ 174.467.373,78
24/02/2010	61210103	Juros Incorridos no período	R$ 1.018.017,78
24/02/2010	61310102	Ajustes de variação cambial (negativa, aumenta o empréstimo)	R$ 6.340.000,00
24/02/2010		Amortizações de encargos no ano (pagamento efetivo pela c/c bancária)	(R$ 1.365.391,53)
24/02/2010		Liquidação do Empréstimo	(R$ 180.460.000,03)
24/02/2010		Saldo do empréstimo em 24/02/2010	0,00

Nota 5. O empréstimo foi liquidado em 24/02/2010 no ABN Amro Bank, entretanto, sua liquidação se deu com a contratação de um novo empréstimo, na mesma data (24/02/2010) e, pelo mesmo valor (R$ 180.460.000,00), agora, contraído junto ao Banco Santander. Tal fato pode ser facilmente confirmado bastando visualizar os dois lançamentos contábeis datados de 24/02/2010, na conta 2.1.1.2.02.05 – Empréstimos e Financiamentos – moeda estrangeira, abaixo reproduzidos:

Data:	*Histórico:*	*Nr. Lançto.*	*Valor:*	*d/c*
24/02/2010	*Valor liquidação parcela Res 63*	*62194786*	*R$ 180.751.242,40*	*D*
24/02/2010	*Valor liberação de empréstimo*	*62194786*	*R$ 180.460.000,00*	*C*

Por essa razão, a fiscalização quando da autuação entendeu que houve a continuidade do empréstimo original, não havendo, na prática, qualquer liquidação apenas a troca de papéis e de instituição financeira, por consequência, manteve a glosa de parte dos encargos financeiros até 31/12/2010. Lembramos que a autuada em nenhum momento contestou tal fato, restando preclusa sua discussão.

Nota 6. Para subsidiar o presente levantamento (de 12/03/2008 até 24/02/2010) a autuada apresentou o "Memorial Descritivo da Evolução Contábil do Empréstimo", Doc. 19, que está em harmonia com os dados entabulados e resumidos até aqui. Ocorre que o memorial interrompe as informações em 24/02/2010, quando da liquidação do empréstimo original, omitindo as informações do novo empréstimo contraído junto ao Santander relativo ao restante do período (25/02/2010 até 31/12/2010 data final da autuação).

Assim sendo, os dados abaixo entabulados relativos ao restante do período foram extraídos unicamente do livro razão contábil das contas que registram o empréstimo e seus encargos. Como as contas em análise registram os fatos contábeis de diversos empréstimos, os trabalhos fiscais utilizaram como filtro o histórico dos lançamentos, a fim de identificar os registros relacionados ao empréstimo em apreço.

Com base nesses registros informamos o que abaixo segue:

3.5. Usina Eldorado S.A. - Período 25/02/2010 a 31/12/2010

Resumo:

Data:	Conta:	Histórico	Valor:
25/02/2010	21120205	Novo empréstimo	R$ 180.460.000,00
31/12/2010	61210103	Juros incorridos no período	R$ 8.227.278,85
31/12/2010	61310102	Ajustes de variação cambial (positiva, diminui o empréstimo)	(R$ 13.653.141,75)
31/12/2010		Amortizações de encargos no ano (pagamento efetivo pela c/c bancária)	(R$ 8.180.431,77)
31/12/2010		Saldo empréstimo em 31/12/2010	R$ 166.853.705,33

Nota 7. Os lançamentos considerados neste resumo (25/02/2010 a 31/12/2010) estão elencados em relatório próprio denominado "Demonstrativo dos lançamentos que registram o empréstimo" elaborado pela fiscalização Doc. 20, e foram extraídos das contas que registram o empréstimo 2.1.1.2.02.05 – Emprest. e financtos – moeda estrangeira (passivo circulante) e 2.2.1.2.01.08 – Empréstimos e financtos – moeda estrangeira (passivo longo prazo).

No levantamento não foram consideradas as sucessivas transferências entre as contas (2.1.2.02.05 x 2.2.1.2.01.08) que transferem valores de curto para longo prazo por entendermos serem desnecessários.

Nota 8. O saldo em 31/12/2010 das contas 2.1.1.2.02.05 e 2.2.1.2.01.08 são de R$ 72.288.089,04 e R$ 161.065.998,89, respectivamente. Isso porque as contas contábeis, além de registrar o saldo do empréstimo em epígrafe, registram também, o saldo devedor de outros empréstimos contraídos pela autuada em moeda estrangeira.

Doc. 21 razão contábil das contas 2.1.1.2.02.05, 2.2.1.2.01.08, 6.1.2.1.01.03 e 6.1.3.1.01.02 da contabilidade da Usina Eldorado S.A.

A redatora designada daquela Resolução nº 1101-000.146, conselheira, Edeli Pereira Bessa, evidenciava sua discordância quanto à dedutibilidade do ágio e das despesas financeiras, porém, quando justificou a pertinência da citada diligência, explanou que *"a recorrente acrescenta que ETH foi extinta em 2009, mediante cisão, por meio da qual parte do seu acervo foi incorporada na Recorrente (docs. J.). Referido documento evidencia que o investimento detido por ETH Participações S/A foi vertido para a autuada, apurando-se a diferença de R$ 681,41 correspondente a ágio por rentabilidade futura, a ser registrado no ativo intangível da autuada, e isto porque a participação societária na investida estava registrada em ETH Participações S/A no valor de R$ 106.135.964,10, justamente por desconsiderar a aquisição paga com parte do empréstimo que foi deslocado para contratação por Nova Boipeba Participações S/A, com os efeitos antes expostos."* Em seguida, conclui tal redatora, *"como antes dito, a extinção do investimento mantido pela adquirente na adquirida implementaria o requisito legal para dedução fiscal do ágio pago na sua aquisição. Por sua*

vez, como a autuada passaria a ser sucessora da cindida, a partir daquele momento figuraria como efetiva devedora da totalidade do empréstimo a ser pago."

Uma vez cientificada da Informação Fiscal com a conclusão da diligência, a Recorrente se manifestou nos seguintes termos:

> *O processo em referência tem origem em autuações de IRPJ e CSLL relativas aos anos de 2008 a 2010 calcadas nas glosas de: (1) amortização de ágio - originário da aquisição do investimento na ora Requerente pela NOVA BOIPEBA e (2) juros e variação cambial incorridos em empréstimo - tomado pela NOVA BOIPEBA, por ser necessário à aquisição do investimento na Requerente.*
>
> *(...)*
>
> *O objetivo da diligência é atestar se, documentalmente, procedem as alegações da Requerente no sentido de que mesmo que admitida como correta a premissa fiscal - isto é, a incorporação de NOVA BOIPEBA pela Requerente possibilitou a indevida transferência do ágio da ETH Participações S/A, real adquirente, para a adquirida sem a unificação dos seus patrimônios -, ainda assim as autuações devem ser tidas por improcedentes.*
>
> *O raciocínio da Requerente, conforme consta das suas manifestações, foi calcado no fato de que a ETH Participações S/A foi extinta em 2009, tendo ocorrido versão de parte de seu patrimônio para a Recorrente, sem que tenha havido registro em duplicidade do ágio na operação (tanto do investimento detido por ETH Participações S/A, quanto daquele que foi adquirido por NOVA BOIPEBA).*
>
> *Nesse sentido, a fim de realizar o trabalho determinado pelo Tribunal, a unidade de origem formulou quatros requerimentos de documentos, por meio do Termo de Intimação Fiscal NR.001, devidamente atendido pele Requerente mediante a apresentação de petição em 09.10.2015. Após o exame da documentação obtida, a unidade de origem elaborou a Informação Fiscal ora avaliada, que comprova as alegações da Recorrente, de modo a demonstrar a improcedência das autuações fiscais.*
>
> *Veja-se:*
>
> *1. Consta das páginas 1 e 2 da Informação Fiscal de que, em 27.07.2009, a ETH Participações foi extinta e teve parte do seu acervo incorporado na ora Requerente (Usina Eldorado), passando as suas ações a serem detidas pela ETH Bioenergia. Portanto, nesse ponto, a diligência confirmou exatamente aquilo que já havia aduzido a Requerente.*
>
> *2. Na sequência, a Informação Fiscal passa a tratar da evolução contábil do investimento. Nesse ponto, após descrever diferentes dados da evolução patrimonial e contábil da Requerente, a Fiscalização destacou que não teria sido apresentado na diligência o balanço patrimonial encerrado em 31.07.2009, nem*

a demonstração de resultado de exercício de 01.01.2009 a 31.07.2009

A assunção, porém, não procede. As demonstrações financeiras preparadas para fins da cisão da ETH Participações - o que inclui o balanço patrimonial e a demonstração de resultado do exercício - acompanharam os respectivos atos societários. Os documentos contábeis são datados de 30.06.2009, para o que não há qualquer ilegalidade, na medida em que a legislação faculta o uso de balanço e demonstração de resultado de até 30 dias antes do evento societário, tal como se deu no caso concreto (evento societário de 27.07 e documentos contábeis de 30.06). Os eventuais reflexos patrimoniais posteriores à elaboração dos documentos societários deveriam ser refletidos nas sucessoras, na proporção de suas participações nos patrimônios transmitidos, conforme consta dos atos societários. Dessa forma, nada impedia que a Fiscalização examinasse o balanço patrimonial e a demonstração de resultado vinculados à operação societária.

3. Ainda no que respeita aos dados contábeis, igualmente improcedente é a afirmação de que o investimento da ETH Bioenergia na Requerente escriturado na conta de investimento (1.3.1.1.01.09) era R$ 120.184.927,52, enquanto o valor correto seria R$ 104.956.756,33 (página 4 da Informação Fiscal). A assunção está equivocada. Na época do evento societário, o investimento tinha o valor de R$ 120.184.927,52. Não há divergência. Apenas posteriormente, ao fim de 2009, é que foi reduzido para R$ 104.956.756,33.

4. Por fim, cumpre tratar da improcedente, impertinente e descabida nota 5, objeto do item 3.4., da Informação Fiscal, a qual trata da apropriação dos juros e do empréstimo no qual a Requerente sucedeu as empresas extintas (página 8). Por meio dela, foi afirmado que: "(...) a fiscalização quando da autuação entendeu que houve a continuidade do empréstimo original, não havendo, na prática, qualquer liquidação apenas a troca de papéis e de instituição financeira, por consequência, manteve a glosa de parte dos encargos financeiros até 31.12.2010. Lembramos que a autuada em nenhum momento contestou tal fato, restando preclusa a discussão".

A ilação feita não só é improcedente, como também impertinente e incabível, devendo ser rechaçada porque:

4.1. A peça fiscal não afirma que os juros seriam indedutíveis em razão de ter havido a continuidade da operação de financiamento original. A acusação é de que quem a teria contraído teria sido ETH e, nessa medida, seria vedado à Requerente (Eldorado) vir a registrá-lo. Veja-se: "Ocorre que, os recursos necessários para a aquisição da investida (Usina) são de responsabilidade da investidora que é a ETH. Se a investidora ETH buscou capital junto a instituições financeiras para realizar a aquisição, cabe a ela arcar com os ônus decorrentes do empréstimo. Esses custos jamais poderiam ser artificialmente transferidos para a própria investida para serem por ela suportados, são despesas financeiras que não lhe pertencem" (Página 13 do Termo de Verificação Fiscal).

> *Tanto é certo que essa era a acusação fiscal, que as autoridades julgadoras jamais cogitaram de preclusão na contestação dos lançamentos ou mesmo de ausência de ataque das razões dos autos de infração pela Requerente.*
>
> *4.2. Independentemente do exposto acima, qualquer que tenha sido a acusação fiscal, é certo que não cabe à unidade de origem, por lhe faltar competência legal, afirmar que dada matéria é ou não preclusa. A conduta representa indevida intromissão na seara reservada à DRJ e ao CARF, aos quais o Decreto 70.235, de 1972, atribui competência exclusiva para decidir sobre litígios na esfera administrativa. Desse modo, deve ser descartada a observação feita, por não ter qualquer base a assunção fiscal.*
>
> *4.3. Por fim, no mérito, a alegação da Fiscalização também se mostra indevida. Isso porque, se houve a troca de uma operação financeira por outra, com a substituição do agente financeiro de uma para outra, é fora de dúvida que o primeiro negócio foi extinto e substituído pelo segundo. Logo, não houve uma continuidade do empréstimo original, como quer fazer crer a inovadora alegação da unidade de origem. Prova irrefutável do seu desacerto são as palavras da Resolução 1101-000.146 ao solicitar informações sobre "a evolução do empréstimo originalmente contraído por Nova Boipeba Participações S/A e **posteriormente sucedido pela autuada**, detalhando seus pagamentos e juros incorridos desde sua contratação até o último período autuado".*
>
> *Em conclusão, à vista de todo o exposto, verifica-se que o material acostado aos autos ao longo do processo serve de sustentação aos argumentos aduzidos pela Requerente em impugnação e em recurso voluntário. Por esses motivos, reitera-se o pedido feito a partir das peças anteriormente mencionadas pelas razões nelas descritas, que, se requer, sejam aqui consideradas como se integralmente reproduzidas, a fim de ser reconhecida a improcedência integral das autuações em exame.*

Em Memoriais, a Fazenda Nacional reafirma a exigência fiscal, alegando a impossibilidade da amortização do ágio, eis que faltava propósito negocial-econômico, havendo planejamento abusivo mediante uma empresa veículo. Destaca-se:

> *Um breve histórico das operações societárias levadas a termo pela Contribuinte faz-se necessário para a compreensão da matéria. Entretanto, é preciso ter em mente, ao analisar tais operações, que a **vontade real** subjacente, a despeito da via trilhada, foi a compra da **Usina Eldorado S.A.** (de propriedade da **Família Coutinho**) pela **ETH Participações.***
>
> *Ocorre, que, ao invés da realização de uma aquisição direta, foi adotada a via do artificialismo, trilhada com o **exclusivo propósito de economia tributária**, através da geração de ágio fictício. Com efeito, após uma sucessiva e concatenada estruturação societária, por vias oblíquas, o **Grupo ETH** adquiriu a **Usina Eldorado S.A.***

*Para entendermos a situação fática, valemo-nos de histórico sintético constante do Termo de Verificação Fiscal para afirmar que, em **27/02/2008**, **empresas do Grupo ETH** constituíram a sociedade **Nova Boipeba Participações S.A.**, com capital social de **R$ 1000,00**.*

*É importante destacar as seguintes constatações da Fiscalização (fls. 08 do TVF) sobre esta empresa: a **Nova Boipeba Participações S.A** "não possui sede social e corpo administrativo, não é operacional e não desenvolve qualquer atividade, está constituída a (sic) apenas dois meses" das operações que originaram o ágio.*

Em 10/03/2008, a irmã gêmea da Nova Boipeba, a empresa Nova Mucuri Participações S.A, aumenta seu capital social de R$ 1.000,00 para R$ 232.540.000,00, sendo este totalmente subscrito por Nova Boipeba Participações S.A, coincidentemente o mesmo valor a ser pago pela compra da Usina Eldorado S.A. pelo Grupo ETH.

*Ante a incapacidade financeira da recém-constituída **Nova Boipeba Participações S.A** em suportar o aumento de capital por ela subscrito na **Nova Mucuri**, a **ETH Participações S.A.** transfere R$ 150.000.000,00 para a **Nova Boipeba Participações S.A**. em **12/03/2008**. Essa transferência entre **ETH** e **Nova Boipeba** se dá a título de aumento de capital, cuja ata é de **09/03/2008**.*

*O restante dos recursos financeiros para honrar o aumento de capital da **Nova Mucuri** são oriundos de empréstimo tomado em nome da **Nova Boipeba Participações S.A**. pela Odebrecht S.A.*

(...)

Notem que o próprio lançamento contábil de 12/03/2008 já admite expressamente a real intenção das transferências (AQUISIÇÃO ELDORADO), e não qualquer propósito econômico-negocial outro senão o atalho para o aproveitamento de ágio.

*Feitas tais transferências financeiras e registrado o respectivo lançamento contábil, temos que a **Nova Boipeba Participações S.A**. detém as ações da **Nova Mucuri Participações S.A,** e esta, por sua vez, tem como seu único patrimônio os R$ 232.540.000,00 depositados no ABN Amro Real S.A.*

***Em 18/03/2008**, as partes vendedora (**Família Coutinho**) e compradora (**ETH Participações**) celebram "Contrato de Permuta e Outras Avenças", no qual a **Família Coutinho** permuta (vende, em verdade) sua participação societária na **Usina Eldorado** para o **Grupo ETH**, via **Nova Boipeba Participações S.A.,** se apropriando do único bem existente na **Nova Mucuri Participações S.A** (os R$ 232.540.000,00 depositados no ABN Amro Real S.A.).*

*Essa suposta operação de permuta é que teria dado origem ao ágio escriturado na **Nova Boipeba Participações S.A.**, fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da **Usina Eldorado S.A.***

> *A engenharia societária orquestrada desde o início para o aproveitamento do ágio gerado tem seu desfecho com a incorporação da **Nova Boipeba Participações S.A**. pela **Usina Eldorado S.A**, em **30/04/2008.***
>
> *A partir de então, a incorporadora passou a amortizar o ágio lançado quando da aquisição do investimento ("permuta" entre **Família Coutinho** e **ETH**, envolvendo ações da **Nova Mucuri** e ações da **Nova Boipeba**)*. (fls. 1.366 a 1.368)

O ágio provém da expectativa de rentabilidade futura (artigo 385, § 2º, inciso II, do Regulamento do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza - RIR/1999, aprovado pelo Decreto nº 3.000/1999), demonstrada por laudo específico (fls. 225 a 240), quando da sucessão por incorporação da Nova Boipeba S.A. pela Usina Eldorado S.A., ora Recorrente, com expressa previsão normativa sobre sua amortização na apuração do lucro real, segundo o artigo 386, inciso III, do Regulamento do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza - RIR/1999, aprovado pelo Decreto nº 3.000/1999:

> *Art. 386. 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 artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):*
>
> *(...)*
>
> ***III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, 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;*** (grifei)

O pagamento do ágio proporciona sua amortização com lucros futuros, como leciona Sérgio de Iudicibus, Eliseu Martins e Ernesto Gelbcke[1]:

> *"O ágio pago por expectativa de lucros futuros da coligada ou controlada deverá ser amortizado dentro do período pelo qual se pagou por tais futuros lucros, ou seja, contra os resultados dos exercícios considerados na projeção dos lucros estimados e 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 receitas."*

Não há divergência sobre a possibilidade de dedução do ágio, quando constituído pela expectativa de rentabilidade futura, mas, sim, se na hipótese dos autos existiu artificialidade na reorganização societária, com fim específico de auferir redução tributária indevida.

[1] (15) IUDICIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens. Manual de contabilidade das sociedades por ações. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 270

A Fazenda Nacional prossegue em seus Memoriais (fls. 1.369 e 1.370) sustentando que *"a empresa ETH Participações S.A, quem realmente efetivou o investimento, não deixou de existir nem perdeu seus investimentos na fiscalizada Usina Eldorado S.A."*. E, complementa, que *"constatou a Fiscalização, a Nova Boipeba Participações S.A. se prestou como mero veículo para geração aproveitamento de ágio pela Usina Eldorado S.A. Dessa forma, requisito legal específico, constante da legislação aplicável à matéria, não foi cumprido, qual seja: a absorção do patrimônio da empresa que de fato realizou o investimento. Neste caso, a absorção do patrimônio foi da empresa veículo (Nova Boipeba Participações S.A.), e não da ETH Participações S.A Somente se tivesse havido a incorporação da ETH Participações S.A pela Usina Eldorado é que o requisito legal (absorção de patrimônio) teria sido obedecido."*

Divirjo o posicionamento da Fazenda Nacional, principalmente, diante da Informação Fiscal, concluindo a diligência pela extinção da ETH Participações S.A. em 27 de julho de 2009, com seu acervo incorporado pela Usina Eldorado S.A., assim sendo, transferindo o controle societário à ETH Bioenergia S.A[2].

Concordando com a assertiva da Recorrente, opino pela improcedência do lançamento de ofício, sobretudo, identificando a substância da aquisição de participação societária com **(i)** Pagamento efetivo do valor negociado; **(ii)** Confusão patrimonial entre a investidora e a investida e; (iii) Propósito econômico. Consequentemente, dedutíveis as despesas financeiras, incluindo juros e variação cambial de empréstimo contratado no exterior.

O Laudo de Avaliação Econômico-Financeira (fls. 225 a 240) não pressupõe qualquer formalidade especial, sendo necessário sua contemporaneidade aos fatos, como *in casu*, explicitando o motivo que justificava o pagamento superior ao valor patrimonial, que propiciou o ágio. Inobstante, o negócio jurídico indireto, havido pela interposição de empresa veículo, isoladamente, não comprova a evasão fiscal. Nesse sentido, cita-se a ementa do acórdão nº 1102-001.182, proferido pela 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara:

> *AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO. APROVEITAMENTO POR OUTRA EMPRESA DO GRUPO. PROPÓSITO NEGOCIAL. POSSIBILIDADE.*
>
> *Em regra, é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago, devidamente fundamentado na mais valia do ativo ou em rentabilidade futura, e decorrente de transação entre partes independentes.*
>
> *Caso exista um propósito negocial válido e se demonstre ser possível a dedução do ágio por incorporação direta, não há 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.*
>
> *Do mesmo modo que é necessário frear os planejamentos que criem benefícios fiscais aos quais o contribuinte não faça jus, não se deve permitir que um formalismo exacerbado impeça o uso de direito legitimamente adquirido.*
>
> *ÁGIO. FUNDAMENTO. DEMONSTRAÇÃO CONTEMPORÂNEA AOS FATOS. NECESSIDADE.*

[2] Informação Fiscal, páginas 1 e 2.

> *A lei exige que o lançamento do ágio com base no valor de mercado ou na expectativa de rentabilidade futura seja baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.* ***Não há a exigência de que a comprovação se dê por laudo, mas por qualquer forma de demonstração, contemporânea aos fatos, que indique por que se decidiu por pagar um sobrepreço.*** *Contudo, não é possível se admitir que laudo elaborado mais de um ano após os fatos, sem qualquer suporte em documentos contemporâneos à aquisição de terceiros, sirva para fundamentar o ágio em uma das modalidades que permitam o benefício fiscal.*

O interesse pela reorganização societária como menor incidência ou com benefício tributário não é vedado pela legislação, ao contrário, o artigo 2º da Lei nº 6.404/1976 preconiza que "*A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais."*

A 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara, quando proferiu o acórdão nº 1402-001.341, relatado pelo conselheiro, Antônio José Praga, entendeu *"que constitui propósito negocial legítimo o encadeamento de operações societárias visando a redução das incidências tributárias, desde que efetivamente realizadas antes da ocorrência do fato gerador, bem como não visem gerar economia de tributos mediante criação de despesas ou custos artificiais ou fictícios."*

Outrossim, quanto ao planejamento tributário e seu propósito, interessante o ensinamento do conselheiro, Marcelo Cuba Netto, relator do acórdão nº 1201-001.267:

> *"(...)Repare que a abusividade do planejamento tributário pode ter como característica (desde que não seja a única) justamente a ausência de propósito negocial.*
>
> ***Entretanto, quando exista uma norma jurídica incentivando, sob o ponto de vista fiscal, a realização de um negócio jurídico, seria absurdo imaginar-se que além do propósito de economia fiscal deveria haver também algum outro propósito****. Esse é exatamente o caso dos presentes autos."*

De acordo com Ricardo Lodi Ribeiro, *"o planejamento fiscal é uma conduta inerente ao desenvolvimento regular das atividades das empresas, assegurado constitucionalmente pelo princípio da livre iniciativa (artigo 170, CF). Porém, o abuso no exercício dessa liberdade, a partir de um planejamento tributário que se afaste dos princípios mais caros à nossa ordem constitucional, é combatido por mecanismos introduzidos no direito positivo, como as cláusulas antielisivas. No entanto, a ponderação entre a liberdade de planejar as atividades econômicas e as pautas valorativas baseadas na Justiça Fiscal oferece um modelo em que o combate ao planejamento fiscal é condicionado aos certos requisitos, que devem estar conjuntamente presentes:*

- *prática de um ato jurídico, ou um conjunto deles, cuja forma escolhida não se adequa à finalidade da norma que o ampara, ou à vontade e aos efeitos dos atos praticados pelo contribuinte;*

- *intenção, única ou preponderante, de eliminar ou reduzir o montante de tributo devido;*

- *identidade ou semelhança de efeitos econômicos entre os atos praticados e o fato gerador do tributo;*

- *proteção, ainda que sob o aspecto formal, do ordenamento jurídico à forma escolhida pelo contribuinte para elidir o tributo;*

- *forma que represente uma economia fiscal em relação ao ato previsto em lei como hipótese de incidência tributária. "*[3]

Ricardo Mariz de Oliveira distingue que *"É essencial compreender que o negócio indireto diferencia-se da simulação porque nesta há desconformidade entre o desejado e o praticado, o que obriga as partes a realizar atos paralelos ocultos de desfazimento ou neutralização dos efeitos do praticado ostensivamente, ao passo que no negócio indireto as partes desejam e mantêm o ato praticado e se submetem por inteiro ao seu regime jurídico e a todas as suas consequências."*[4].

Paulo Ayres Barreto, dissertando sobre *"a efetiva e real intenção do contribuinte que pratica certos atos que geram economia fiscal ou redução dos tributos devidos",* ressalta que *"Se os seus atos tiveram motivações outras, e não as de natureza tributária, a operação se legitima. Na hipótese contrária, ou seja, se restar comprovado que o único propósito de seus atos foi alcançar um ganho fiscal ou a redução de tributos, os efeitos desta natureza não se legitimam."*[5]

Em síntese, compartilho do mesmo entendimento do acórdão nº 1201-001.554, desta 1ª Turma Ordinária, prolatado sob a relatoria do conselheiro, Luis Fabiano Alves Penteado:

> *ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ*
>
> *Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011, 2012*
>
> *ÁGIO FUNDAMENTADO EM EXPECTATIVA DE RESULTADOS FUTUROS. DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO.*
>
> *A legislação que permite a dedução da amortização do ágio em determinadas circunstâncias e desde que preenchidos determinados requisitos é norma indutora de comportamento do contribuinte.*
>
> *Uma vez norteado o permissivo legal para a amortização do ágio contido no art. 7° da Lei 9532/97 ou art. 386 do RIR/99 e, de fato concretizada a confusão patrimonial que reúne as despesas de amortização fiscal do ágio e os lucros que motivaram o pagamento do ágio baseado em expectativa de*

[3] RIBEIRO, Ricardo Lodi. Justiça, Interpretação e Elisão Tributária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 145-146.

[4] Questões Relevantes, Atualidades e Planejamento com Imposto sobre a Renda, 11º Simpósio, IOB de Direito Tributário.

[5] BARRETO, Paulos Ayres. Elisão tributária - limites normativos. Tese apresentada ao concurso à livre docência do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2008, p. 232-233.

> *rentabilidade futura, possibilitando o emparelhamento de receitas e despesas, torna-se legal a amortização do ágio.*
>
> *Não havendo ocorrência de fraude ou simulação e tendo sido verdadeiras e legitimas as operações perpetradas, inclusive, com a ocorrência do efetivo pagamento do preço, a dedução do ágio é possível, ainda que o benefício fiscal seja o principal ou mesmo o único elemento motivador.*
>
> *Uma vez demonstrado o devido propósito negocial e substância econômica na realização de reorganizações societárias, a dedução da amortização do ágio torna-se ainda mais justificada.*
>
> *ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO REVERSA. VALIDADE.*
>
> *O uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si só, não invalida as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida, estando diretamente vinculadas ideologicamente a um propósito negocial. Verificadas as condições legais, especialmente a confusão patrimonial entre investidora e investida, deve ser admitida a amortização fiscal do ágio.*

Finalmente, ressalva-se a certeza sobre a existência do empréstimo, posteriormente, liquidado. No entanto, presumiu a acusação fiscal que houve um continuidade do empréstimo original, diferente da sua extinção, como se constata da Informação Fiscal. Limita-se a discordância à constituição de uma estrutura societária artificial com único propósito de obter vantagem tributária indevida. Novamente, meu convencimento é pela improcedência do Auto de Infração.

O empréstimo foi, nitidamente, compatível com propósito da sociedade, configurando despesas operacionais *"necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora"*, conforme o artigo 299 do Regulamento de Imposto sobre a Renda (RIR), instituído pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999:

> *Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).*
>
> *§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).*
>
> *§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).*

Logo, insustentável a glosa das despesas com juros e variação cambial, provenientes da contratação de empréstimo em moeda estrangeira.

O outrora relator, Benedicto Celso Benício Júnior, declarou seu voto antes da conversão julgamento em diligência pela Resolução nº 1101-000.146, existindo minha concordância com seus termos e, sendo assim, reitero-o parcialmente:

Os lançamentos em apreço são manifestamente improcedentes.

(...)

Com efeito, entendo que o fato de o Grupo ETH ter constituído a Nova Boipeba com vistas a centralizar os esforços atinentes à aquisição das ações da ora Recorrente não encontra qualquer óbice na legislação de regência, sendo inquestionável que tal entidade não agiu enquanto agente meramente passivo durante todo o processo de aquisição.

Deveras, é certo que foi a Nova Boipeba não foi capitalizada com cifras suficientes à aquisição da Recorrente, de modo que foi ela – a Nova Boipeba, e não a ETH Participações – que buscou no mercado financeiro empréstimo cujo montante extrapolava o investimento feito por sua controladora.

O fato de que a Odebrecht S/A tenha constado como fiadora nesse negócio jurídico apenas revela o absurdo de uma das considerações tecidas pela r. autoridade fiscal: obviamente, a instituição financeira mutuante jamais permitiria que um determinado mutuário fosse fiador de si mesmo, de modo que é absolutamente despropositada a assertiva no sentido de que a Odebrecht, e não a Nova Boipeba – que figura como mutuária no contrato –, tenha entabulado a avença em análise.

Saliente-se que, consoante organograma que repousa ao fólio n. 1220, por mais que a Odebrecht seja controladora da ETH Participações, é certo que uma terceira sociedade detinha 1/3 das ações dessa última companhia – participação essa bastante expressiva –, o que revela o desacerto nas equiparações entre a ETH Participações e a Odebrecht, fiadora do contrato.

O pressuposto dos lançamentos em destaque consiste na afirmação da r. autoridade fiscal no sentido de que, se a ETH Participações tivesse adquirido as ações da Recorrente diretamente, o ágio em destaque não seria amortizável para fins fiscais.

No modelo proposto pela autoridade fiscal, a participação societária adquirida com ágio permaneceria indefinidamente no Ativo da ETH Participações, sem que ocorressem quaisquer das hipóteses de reorganização societária a que alude o art. 386 do RIR/99 e, consequentemente, sem que a mais valia pudesse ser amortizada para fins da apuração do lucro real da investidora.

A afirmação é hialinamente falaciosa.

Com efeito, é certo que, se a ETH Participações tivesse adquirido as ações da Recorrente diretamente, ainda assim o ágio de que aqui se cuida existiria, uma vez que o preço ajustado com os antigos controladores da Usina extrapolava o valor do Patrimônio Líquido dessa.

Nesse cenário – sendo certo que a mais valia em questão teve como fundamento a rentabilidade futura da Recorrente, o que jamais foi contestado pela r. autoridade fiscal –, é realmente jocosa a consideração da autoridade fiscal no sentido de que

jamais ocorreria a confusão entre investimento e investida que ensejasse a amortização fiscal da mais valia.

De fato, parece-me insustentável qualquer consideração no sentido de que o administrador da ETH Participações, no quadro da compra direta das ações da Recorrente, devesse simplesmente manter o ativo diferido de que aqui se cuida inerte, sem que diligenciasse com vistas à sua amortização.

Realmente, o ágio de que aqui se cuida é da ordem de R$ 159.151.115,17, valor que representava basicamente o DOBRO do Patrimônio Líquido da ora Recorrente ao tempo da aquisição da participação societária aqui discutida.

Assim sendo, penso que se o administrador da ETH Participações – no cenário imaginado pela r. autoridade fiscal, qual seja, compra direta das ações da Usina Eldorado – não procedesse a um rearranjo societário com sua investida com vistas à amortização fiscal do ágio em análise, estaria ele agindo em franco descumprimento dos deveres de diligência ínsitos à sua posição, na esteira dos arts. 153 e 154 da Lei das S/A, que rezam, verbis:

Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

Frise-se que é a própria lei que estabelece que o ágio com lastro em rentabilidade futura pode ser amortizado fiscalmente SE, E SOMENTE SE, ocorrer uma das hipóteses a que se refere o art. 386 do RIR/99.

Destarte, é óbvio que a boa gestão da ETH Participações envolveria inequivocamente a prática dos atos societários a que alude o citado dispositivo com vistas ao aproveitamento das vultosas cifras pagas aos antigos controladores que sobejavam o patrimônio líquido da investida. Ainda que não se considere que a norma que emerge da conjugação dos arts. 385 e 386 do RIR/99 efetivamente induza os agentes econômicos a materializarem os atos que ativam a fruição do "benefício fiscal" em referência, revela-se desconectada de qualquer racionalidade econômica uma reconstrução de eventos que não encerre tais atos quando eles podem facilmente ser praticados e quando eles se constituem em condição ao gozo da benesse fiscal.

Ou seja, na reconstrução dos negócios jurídicos empreendida, observa-se claramente que a r. autoridade autuante parou um passo antes do que ordinariamente seria de se esperar, e, ao que tudo indica, essa reconstrução parcial do que ocorreria

normalmente foi assim parcial apenas para que a autoridade fiscal atingisse o seu desiderato de provar que o ágio em destaque não seria amortizável.

Caso a ETH Participações tivesse adquirido as ações da Recorrente e, posteriormente, tivesse procedido à cisão seguida de incorporação a que se referiu o contribuinte no excerto de seu Recurso Voluntário supratranscrito, é inegável que a amortização da mais valia ocorreria basicamente nos mesmos moldes daquela que teve lugar após a incorporação da Nova Boipeba pela ora Recorrente, o que revela que a conclusão a que chegou a r. autoridade fiscal é inconsistente com as próprias premissas que adota.

(...)

Importante salientar que, de acordo com informação trazida pelo sujeito passivo unicamente em seu Recurso Voluntário, a ETH Participações efetivamente foi extinta em 2009, através de cisão, sendo que essa fração do seu acervo foi incorporada na Recorrente.

Essa alegação do contribuinte repousa à fl. 1290 dos autos, sendo que os documentos a comprovar o alegado constam das fls. 1311 e seguintes.

Mister apontar, ademais, a completa infelicidade da r. decisão recorrida – da qual não se extrai nada de aproveitável – ao fazer as seguintes assertivas, litteris:

Além das dificuldades operacionais apontadas, o ponto crucial é que, na aquisição da Usina Eldorado por ETH e posterior cisão parcial desta, a nova empresa, originada da cisão, não poderia amortizar o ágio, uma vez o destaque de o patrimônio ser o da já empresa adquirida. Além disso, ela não seria a adquirente original e, dessa forma, não poderia cogitar de ágio, uma vez não ter efetuado pagamento algum. (fl. 1246)

Penso despiciendo tecer maiores considerações sobre a erronia das afirmações, sendo certo que o ágio deve acompanhar o investimento cuja aquisição determinou seu surgimento e que a assertiva de que o ágio não seria aproveitável pelo fato de a sociedade resultante não ter efetuado pagamento significaria, ao fim e ao cabo, a completa impossibilidade de amortização fiscal de ágio em se tratando de incorporação às avessas, o que obviamente fere de morte o texto de lei.

Por todo o exposto, mostra-se completamente descabida a glosa da amortização do ágio levada a efeito pela r. autoridade autuante, razão pela qual acolho o Recurso Voluntário para cancelar as exigências de que aqui se cuida.

A mesma sorte devem ter as glosas dos juros e da variação cambial passiva atinentes à parcela do mútuo de US$ 100.000.000,00 que foi utilizada para a aquisição das ações da ora Recorrente.

A glosa aqui discutida é maculada em sua essência.

Com efeito, os valores objetos de glosa correspondem às despesas de juros e variação cambial passiva relacionados ao mútuo contraído pela Nova Boipeba de US$ 100.000.000,00; mais especificamente, a glosa recaiu sobre os juros e variação passiva correspondentes à fração do empréstimo (48,53%) que efetivamente foi utilizada na aquisição das ações da ora Recorrente.

Já se disse nesse voto que o fato de a Odebrecht S/A – controladora indireta da ETH Participações – ter afiançado o empréstimo tomado pela Nova Boibepa não permite a ilação precipitada da r. autoridade fiscal no sentido de que a Odebrecht seria a verdadeira mutuária.

Ora, a instituição financeira, obviamente após uma análise de crédito, houve por bem emprestar valores à entidade Nova Boipeba, sendo que o fato de a sua controladora indireta constar como garante dessa avença não é suficiente para que a personalidade jurídica do tomador seja desconsiderada, não dando o necessário suporte à especulação de que fiador e afiançado correspondam a uma única sociedade.

Após a incorporação às avessas, a ora Recorrente naturalmente absorveu todo o patrimônio da Nova Boipeba, que foi extinta nesse mesmo ato societário, assumindo consequentemente todo o passivo da incorporada, que também era composto do mútuo em destaque.

Assim sendo, tendo em vista que a Recorrente não contraiu pessoalmente a obrigação a que se ligam os juros e a variação cambial em destaque, é certo que o exame acerca da dedutibilidade dessas despesas apenas deve gravitar em torno da origem dessa obrigação, é dizer, deve-se perquirir se a despesa era dedutível na sucedida.

De fato, observa-se que, in casu, a sucessora realmente teve que fazer face aos juros atinentes a mútuo que não contraiu, trata-se de passivo formado por negócio jurídico entabulado pela sucedida.

Se o negócio jurídico de que derivam os deveres de pagar juros foi firmado pela sucedida, pretender que sejam tais despesas necessárias, úteis ou usuais para a sucessora acaba por revelar critério absurdo e perverso, a sociedade resultante é assume o patrimônio da incorporada a título universal nos termos da lei.

Uma breve incursão pela situação inversa – qual seja, se a sucessora tivesse assumido um mútuo ativo gerador de receitas financeiras – presta-se a elucidar a questão.

Poderia, nessa hipótese, a sociedade resultante simplesmente deixar computar tais juros ativos em seu resultado pelo simples fato de que não foi ela que firmou o negócio jurídico do empréstimo? A resposta é obviamente negativa, sendo certo que o sujeito passivo imaginado não poderia lançar mão desse

argumento para fulminar uma autuação por omissão de ditas receitas.

In casu, o empréstimo foi inquestionavelmente necessário para o fiel cumprimento dos propósitos da Nova Boipeba, e não há dúvidas de que a própria autoridade autuante jamais questionou a imprescindibilidade desse financiamento para a consecução da aquisição da participação societária da ora Recorrente.

Saliente-se que é completamente equivocada a afirmação de que os recursos necessários para a aquisição da investida (Usina) são de responsabilidade da investidora que é a ETH.

Realmente, a ETH Participações não é nem mutuária e nem fiadora do empréstimo de que aqui se cuida, posições essas assumidas respectivamente pela Nova Boibepa – sucedida pela Recorrente – e pela Odebrecht S/A.

Destarte, tendo em vista que indubitavelmente não participou dessa avença, não se consegue vislumbrar como poderia a ETH Participações responder, tributária ou civilmente, por tal negócio jurídico, o que apenas vem a corroborar o que restou dito nas linhas anteriores. (fls. 1.418 a 1.431)

Isto posto, voto pelo conhecimento e **DOU PROVIMENTO** integral ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Rafael Gasparello Lima - Relator