



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



<b>PROCESSO</b>	<b>13971.724459/2018-02</b>
<b>ACÓRDÃO</b>	1401-007.312 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
<b>SESSÃO DE</b>	19 de novembro de 2024
<b>RECURSO</b>	VOLUNTÁRIO
<b>RECORRENTE</b>	BUNGE ALIMENTOS S/A
<b>INTERESSADO</b>	FAZENDA NACIONAL

**Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ**

Ano-calendário: 2013

SOBRESTAMENTO. INAPLICABILIDADE DO §5º DO ART 47 DO RICARF AO CASO CONCRETO.

Em que pese a aparente decorrência, com o resultado da diligência foi possível verificar que os referidos todos os processos administrativos já tiveram julgamento realizado por uma Turma Ordinária do CARF. O referido dispositivo do RICARF determina o sobrestamento até que seja proferida decisão da mesma instância, o que já ocorreu, estando parte dos processos já submetidos à instância da CSRF e, os demais processos não seriam suficientes para reconstituir o prejuízo fiscal da Recorrente para fazer face ao débito exigível do AC 2013.

Assim, nos termos do que preconiza a própria Solução de Consulta Interna da COSIT n. 8 de 2019, não há razoabilidade no sobrestamento face a situação fática e a ausência de efetivo benefício ao Recorrente, pelo menos em relação ao presente processo.

GLOSA DE COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS. LANÇAMENTO. DEFINITIVIDADE. EFEITOS NO PF E BN.

O lançamento regularmente realizado e notificado ao sujeito passivo tem caráter definitivo, ainda que sujeito à impugnação administrativa ou qualquer das outras previsões [taxativas] de modificação ou extinção. Desta forma, o prejuízo fiscal e a base de cálculo negativa da CSLL serão modificadas conforme o ato da autoridade fiscal e refletirão seus efeitos nos períodos de apuração seguintes, independentemente de instaurado o contencioso para discussão administrativa do lançamento que os afeta.

ÁGIO DECORRENTE DA INCORPORAÇÃO DA BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA. ÁGIO PARCIALMENTE FORMADO INTRAGRUPO. USO

DE EMPRESA VEÍCULO. DESLOCAMENTO DO ÁGIO PARA A INCORPORADA. ÁGIO DE SI MESMA. INDEDUTIBILIDADE.

Na espécie, o grupo econômico formou parte do ágio internamente, em operação entre duas pessoas jurídicas com controle comum. Ademais, o ágio foi deslocado com o uso de empresa veículo para ser amortizado diretamente na investida, sem a necessária confusão patrimonial com o verdadeiro investidor, caracterizando a amortização de “ágio sobre si mesma”.

LANÇAMENTO REFLEXOS. CSLL.

A decisão relativa ao auto de infração do IRPJ deve ser igualmente aplicada no julgamento do auto de infração da CSLL, uma vez que ambos os lançamentos, do IRPJ e da CSLL, estão apoiados nos mesmos elementos de convicção.

**Assunto: Obrigações Acessórias**

Ano-calendário: 2013

MULTA DE MORA E MULTA DE OFÍCIO. CONSUNÇÃO.

As multas isoladas devem ser canceladas na exata medida em que as suas bases sejam menores que as bases tributáveis anuais utilizadas para fins de aplicação das multas de ofício de IRPJ e CSLL.

ART. 24 DA LINDB. INAPLICABILIDADE. SÚMULA CARF Nº 169.

Nos termos da Súmula CARF 169, de aplicação vinculante, o art. 24 do decreto-lei nº 4.657, de 1942 (LINDB), incluído pela lei nº 13.655, de 2018, não se aplica ao processo administrativo fiscal.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar a aplicação do art. 24 da LINDB, rejeitar o pedido de sobrestamento e, no mérito, negar provimento ao recurso no tocante à compensação de prejuízos de exercícios anteriores. Por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário no que diz respeito à glosa de despesas com o ágio BPAR. Vencidos os Conselheiros Daniel Ribeiro Silva (relator), Gustavo de Oliveira Machado e Andressa Paula Senna Liasias que lhe davam provimento no ponto. Por maioria de votos, negar provimento ao recurso relativamente à multa isolada sobre estimativas pagas a menor; vencidos os Conselheiros Daniel Ribeiro Silva e Andressa Paula Senna Liasias que lhe davam provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Fernando Augusto Carvalho de Souza.

Sala de Sessões, em 19 de novembro de 2024.

*Assinado Digitalmente*

**Daniel Ribeiro Silva** – Relator

*Assinado Digitalmente*

**Luiz Augusto de Souza Gonçalves** – Presidente

*Assinado Digitalmente*

**Fernando Augusto Carvalho de Souza** – Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Daniel Ribeiro Silva (Vice-Presidente), Cláudio de Andrade Camerano, Fernando Augusto Carvalho de Souza, Andressa Paula Senna Liasis e Gustavo de Oliveira Machado (suplente convocado).

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão proferido pela 15ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto/SP, que julgou improcedente a Impugnação apresentada pelo contribuinte contra o Auto de Infração lavrado com o objetivo de constituir crédito tributário referente ao IRPJ e à CSLL, incidente no ano-calendário de 2013, no valor histórico de R\$ 371.945.671,79.

Tendo tomado ciência acerca do lançamento, o contribuinte apresentou Impugnação (fls. 7.856/7.909), o que fez com base nas seguintes alegações, para cada uma das cinco infrações:

- a) Alega que em 2004 a controladora da Bunge Brasil S.A., que controlava as duas empresas operativas (Bunge Alimentos S.A. e Bunge Fertilizantes S.A.), entendeu ser conveniente fechar o capital da mesma, que se encontrava pulverizado no mercado;
- b) Que para fins de fechamento de capital da Bunge Brasil, foi feita uma oferta pública de compra de ações através da Bunge Participações Ltda. (controlada pela Bunge BIC Holdings BV, na Holanda), criada para este fim, em cuja aquisição, realizada a valor de mercado, a adquirente apurou ágio,

conforme laudo de avaliação (“Ágio Gerado na BPAR” objeto do Item 3.1.1 do RF);

- c) Que foi resolvido que o caminho para integrar o ágio nas empresas operativas, seria concentrar na Bunge Brasil S.A. as participações dispersas pelo grupo. Assim, a Bunge Investimento e Consultoria Ltda. incorporou a Bunge Investimento Ltda. e foi incorporada pela Bunge Brasil S.A., ao mesmo tempo em que esta incorporou a Bunge Participações Ltda, sendo que na sequência procedeu-se à incorporação da Bunge Brasil S.A. pela Bunge Fertilizantes S.A., com o que a totalidade dos ágios veio para esta; a cisão parcial da Bunge Fertilizantes S.A., com versão de patrimônio para a Bunge Alimentos Participações Ltda., seguida de incorporação desta pela Bunge Alimentos S.A., através do que apenas o ágio pertinente à Bunge Fertilizantes S.A. ficou nela, e o ágio relativo à Bunge Alimentos S.A. passou para esta. Após estes atos, a Bunge Alimentos S.A. passou a ser controlada diretamente pelas controladas das Bunge Ltd. no exterior, o mesmo acontecendo com a Bunge Fertilizantes S.A;
- d) Que a operação de fechamento do capital foi realizada segundo os padrões de mercado, mediante oferta pública de aquisição, sob supervisão e controle da CVM e com pagamento efetivo em dinheiro, de modo que, na essência, o que houve é a aquisição de participação societária junto a terceiros, com pagamento em dinheiro e a reunião do ágio apurado com o patrimônio que o gerou, o que autoriza a amortização fiscal do ágio, por estar em sintonia com a letra e com a teleologia do art. 7º da Lei n. 9532;
- e) Que havia uma série de alternativas para que fosse implementada essa operação, e que foi escolhida, legitimamente, aquela que era a mais adequada, tendo sido cumpridas todas as etapas necessárias e inerentes à opção escolhida, tendo seguido o regime jurídico adotado de forma coerente e consistente, não havendo que se falar, portanto, em empresa veículo;
- f) Que não era e nunca foi proibida a adoção da estrutura utilizada pelo Grupo, tanto que ela foi acolhida pelo mercado, que aceitou vender as ações para a Bunge Participações, e foi devidamente chancelada pelas autoridades regulatórias, no caso, a CVM;
- g) Que a própria legislação societária autoriza que o fechamento do capital se opere mediante OPA realizada pela sociedade controladora, direta ou indireta, conforme se verifica no art. 4º, parágrafo 4º, da Lei n. 6404;
- h) Que o verdadeiro sentido da norma inserta nos art. 7º e 8º da Lei n. 9532 é permitir que a amortização fiscal do ágio faça frente à rentabilidade futura que lhe fundamentou, de modo que a lógica que permeia a norma em estudo consiste no “emparelhamento de custos e receitas”, segundo o qual as receitas devem ser consumidas pelos esforços (custos e despesas) sacrificados para sua obtenção;

- i) Que levando em conta o espírito da norma, a legislação condiciona a amortização fiscal do ágio à “união”, em um mesmo patrimônio, desse ágio com as receitas que justificaram a sua apuração, mas permite que essa união ocorra por meio de cisão, incorporação (inclusive reversa) ou fusão, não se tratando, portanto, de condicionar a amortização fiscal à extinção de uma ou outra empresa, via incorporação, fusão ou cisão, mas de reunir os patrimônios para que receitas e despesas sejam emparelhadas;
- j) Que a despeito do intenso combate às amortizações fiscais de ágio por parte do Fisco, a Administração Tributária jamais emitiu um ato declaratório ou instrução normativa qualquer esclarecendo a sua posição acerca de quais seriam os requisitos indispensáveis à validação do ágio pago em uma aquisição de participação societária e tampouco de sua amortização, na forma do art. 7º, da Lei n. 9532, de modo que o contribuinte não pode ser surpreendido com armadilhas interpretativas repentinas;
- k) Que, assim, a desconsideração de uma operação em razão da utilização de suposta empresa veículo que teria “transferido o ágio” para amortização pela empresa operacional não pode prevalecer, eis que a lei efetivamente autoriza esse tipo de situação, fazendo inclusive referência à incorporação reversa, desde que haja a reunião do ágio com o lucro auferido pelo patrimônio que o gerou, o que foi observado no caso em tela;
- l) Que a jurisprudência do CARF havia se consolidado, nos anos de 2011, 2012 e 2013, no sentido de que o uso da chamada empresa veículo, por si só, não seria suficiente para a invalidação da dedutibilidade das amortizações implementadas, desde que preenchidos determinados requisitos, o que se verifica no presente caso, e que nos termos do art. 24 da LINDB, a revisão, na esfera administrativa, quanto à validade de ato deverá levar em conta orientações gerais da época, aqui incluída a jurisprudência majoritária;
- m) Que as instruções da CVM facultam a adoção, pelo avaliador, dos critérios que julgar mais adequados na definição do preço justo a ser pago pelo investimento, podendo, inclusive, utilizar somente a métrica do fluxo de caixa descontado, não havendo previsão na lei de que o ágio esteja fundamentado apenas em rentabilidade futura;
- n) Que apesar de não discutir o mérito do ágio BIL, não procedem as glosas dos saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa utilizados para compensação, na medida que as glosas decorrem de procedimentos fiscais anteriores, ainda pendentes de conclusão administrativa, de modo que os presentes autos devem ser sobrestados até a conclusão daqueles julgamentos;
- o) Por fim, alega que não é possível a cobrança simultânea da multa isolada por falta de recolhimento de estimativas com a multa de ofício sobre o valor lançado sobre a diferença de tributo ao final do período de apuração, dado que se escoram no mesmo fato, culminando em dupla penalidade com mesmo fundamento.

Posteriormente, a 15ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto/SP, proferiu o Acórdão n.º 14-91.178 (fls. 7.954/8.000) abaixo ementado:

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Ano-calendário: 2013

**ÁGIO. PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.**

O conceito do ágio é disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os art. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, e trata-se de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

**APROVEITAMENTO DO ÁGIO. INVESTIDORA E INVESTIDA. EVENTOS.**

São duas as condições em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

**AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. INVESTIDOR E INVESTIDA. MESMA UNIVERSALIDADE.**

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente. Compartilhando do mesmo patrimônio a controladora e a controlada ou coligada, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio), situação em que se autoriza a amortização do ágio devidamente fundado em expectativa de rentabilidade futura.

**LANÇAMENTO. DEFINITIVIDADE. EFEITOS NO PF E BN.**

O lançamento regularmente realizado e notificado ao sujeito passivo tem caráter definitivo, ainda que sujeito à impugnação administrativa ou qualquer das outras previsões [taxativas] de modificação ou extinção Desta

forma, o prejuízo fiscal e a base de cálculo negativa da CSLL serão modificadas conforme o ato da autoridade fiscal e refletirão seus efeitos nos períodos de apuração seguintes, independentemente de instaurado o contencioso para discussão administrativa do lançamento que os afeta.

MULTA ISOLADA. FALTA/INSUFICIÊNCIA DO RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSASIS.

Constatada a falta/insuficiência do recolhimento das estimativas devidas, fica a pessoa jurídica sujeita à multa de ofício isolada sobre os valores inadimplidos.

MULTA ISOLADA. INCIDÊNCIA.

O artigo 44, da Lei nº 9.430, de 1996, ao prever as infrações por falta de recolhimento de antecipação e de pagamento do tributo ou contribuição (definitivos) não significa duplicidade de tipificação de uma mesma infração ou penalidade. Ao tipificar essas infrações o artigo 44 da Lei nº.9.430, de 1996, demonstra estar tratando de obrigações, infrações e penalidades tributárias distintas, que não se confundem e não se excluem.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2013

DILIGÊNCIA/PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE.

A conversão do julgamento em diligência ou perícia só se revela necessária para elucidar pontos duvidosos que requeiram conhecimento técnico especializado para o deslinde de questão controversa. Não se justifica a sua realização quando presentes nos autos elementos suficientes a formar a convicção do julgador.

INTIMAÇÃO AO PROCURADOR. IMPOSSIBILIDADE.

No processo administrativo fiscal, é prevista a intimação unicamente ao domicílio fiscal do sujeito passivo, sendo incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2012

LANÇAMENTO REFLEXOS. CSLL.

A decisão relativa ao auto de infração do IRPJ deve ser igualmente aplicada no julgamento do auto de infração da CSLL, uma vez que ambos os lançamentos, do IRPJ e da CSLL, estão apoiados nos mesmos elementos de convicção.

Impugnação improcedente.

Crédito Tributário Mantido.

Em síntese, a DRJ entendeu que a amortização antecipada do ágio é excepcionalmente autorizada quando restar impossibilitada a sua consideração em condições usuais, pela precoce extinção da empresa adquirida em decorrência de posterior incorporação, cisão ou fusão, e somente nos casos em que este ágio é fundado em expectativa de rentabilidade futura, tendo em vista o teor do art. 391 do RIR/99 c/c inciso III do art. 386 do RIR/99.

Ademais, aduziu que a Lei nº 9.532/97 se limitou a regular as situações em que o ágio não seria normalmente deduzido posteriormente, preocupando-se em elencar as situações que de fato se adequassem à dedutibilidade, as quais se relacionam com afastar a tributação de investimentos realizados, prevenindo-se, por outro lado, a utilização de situações artificiais, meramente formais, para a realização da amortização, e que, nesse contexto, a permissão legal para amortização do ágio está direcionado à investida e à investidora real, que assume o risco do investimento e efetivamente desembolsa a mais valia.

Quanto à pleiteada aplicação do artigo 24 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657 de 1942) esclareceu que inexistente qualquer contestação nos autos combatidos à validade dos atos, contratos, ajustes, processo ou norma administrativa, bem como que não houve a desconsideração da personalidade jurídica ou dissolução de empresas, mas apenas o lançamento de tributos indevidamente apurados através da utilização de amortizações indedutíveis, mas apenas os efeitos de caráter tributário restam questionados.

Ademais, consignou que o art. 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB não pode ser aplicado pelos órgãos administrativos de julgamento, no âmbito do processo administrativo fiscal, sem que a vinculação destes esteja definida em normas jurídicas complementares, que também definam os critérios de aplicação, principalmente, quanto à definição do conceito de “jurisprudência administrativa majoritária”.

Sustenta que, no presente caso, caberia à Bunge Ltd o registro do investimento acompanhado do ágio pago e, no caso da extinção do investimento (confusão de patrimônios), a amortização antecipada do ágio referente ao investimento extinto, e que os procedimentos utilizados pelo contribuinte para tornar o ágio formalmente amortizável foi uma diretriz, o que, por si, revela artificialidade procedimental.

Demonstrou que os fatos "principais" (captação de recursos pela BUNGE LTD e recompra das ações dos minoritários da BBRASIL, fechando o capital), e os demais fatos, que não sustentam outra razão senão a de forçar a amortização antecipada do ágio pago: (i) empréstimo a empresa não operacional lastreado em exportações, (ii) concedido por subsidiária integral sediada em paraíso fiscal, sendo que a (iii) BPAR, controladora da financiadora, tinha um capital social de R\$ 10.000,00, mas sua subsidiária seria capaz de lhe emprestar tão vultuosa

quantia, para então (iv) ser incorporada pela empresa recém fechada e "tornar" o ágio dedutível, e (v) suceder uma série de modificações na estrutura do grupo para distribuir o ágio e o empréstimo às empresas operacionais.

Além disso, mencionou que se a intenção era direcionar o ágio para as empresas operacionais por estas serem a razão do ágio, extingue-se, em princípio, a própria razão de dedutibilidade antecipada do ágio.

Ressaltou ainda que o fato de ser possível que em determinada operação o ágio se funde completamente em rentabilidade futura, não se justifica, por si, visto que essa conclusão deve levar em conta outros elementos, além de ser necessário justificar sua composição. Não se trata, portanto, de uma opção de como justificar o ágio, mas em detalhar a avaliação do investimento com critérios preestabelecidos pela legislação tributária, os quais gerarão repercussões, especialmente quanto à possibilidade de amortização.

Afastou o pedido de sobrestamento dos autos, por entender que o lançamento regularmente realizado e notificado ao sujeito passivo tem caráter definitivo, ainda que sujeito à impugnação administrativa ou qualquer das outras previsões [taxativas] de modificação ou extinção.

Por fim, manteve o lançamento da multa de ofício em concomitância com a multa isolada, por entender tratar-se de infrações distintas e com previsão legal específica.

Ciente da decisão do Acórdão, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 8.015/8.071), em que basicamente reitera os argumentos tecidos na defesa, sendo necessário evidenciar os seguintes argumentos:

- a) Alega que não há artificialidade procedimental na operação levada a cabo pela Recorrente, tendo em vista que a artificialidade somente ocorre quando é criado um negócio inexistente, aparente, apenas para buscar economia tributária, o que não se aplica ao caso, em que houve um propósito comercial, qual seja o fechamento do capital da Bunge Brasil;
- b) Que a prova de que não existe na lei uma ordem de preferência entre os fundamentos econômicos para o ágio é que, em 2013, com a edição da Medida Provisória n. 627/2013, a qual foi convertida na Lei n. 12973, de 13.5.2014, existe disposição expressa no art. 2º, ao dar nova redação ao art. 20 do Decreto-lei n. 1598/77, no sentido de que o ágio, agora denominado pela lei como goodwill, deve ser apurado após a alocação do valor justo de ativos, de forma residual, sendo lógico que esta norma não se aplica a atos pretéritos;
- c) Que a inexistência de fraude no presente caso decorre do próprio trabalho fiscal, que não fez qualquer acusação nesse sentido, não tendo inclusive imputado a multa qualificada prevista no parágrafo 1º do art. 44 da Lei n. 9430;

Posteriormente, a PGFN apresentou contrarrazões ao Recurso Voluntário (fls. 8.082/8.128), em que reque que seja negado provimento ao recurso, o que fez com base nas seguintes alegações:

- a) Alega que praticamente todas as Turmas da 1ª Seção e inclusive a 1ª e 2ª Turmas da Câmara Superior já manifestaram o entendimento de que é inviável a invocação do art. 24 da LINDB para suscitar a desconstituição de lançamentos tributários;
- b) Que o art. 24 da LINDB somente é aplicável nas situações em que há espaço para juízo discricionário do aplicador Lei, o que não se coaduna com o ato de lançamento de tributos, atividade vinculante e obrigatória, bem como que não lhe parece que a autoridade administrativa possa, sem violar diversas normas específicas que regem o Direito Tributário, concluir pela ocorrência do fato gerador e, ao mesmo tempo, afastar a tributação, sob suposta autorização do art. 24;
- c) Que a recorrente busca extrair do art. 24 da LINDB uma regra geral, imperativa e automática, de modulação de efeitos no caso de alteração de jurisprudência - um arremedo mal-feito e piorado do art. 927, § 3º do Código de Processo Civil, que dá apenas aos Tribunais, e em caráter excepcional, a iniciativa da modulação - quando assim impuserem critérios de interesse social e segurança jurídica;
- d) Que a partir dos fatos narrados no processo, resta evidente a ausência de propósito negocial e de substrato econômico das operações envolvendo o ágio em questão, e em particular da constituição e participação da efêmera BPAR na reorganização societária;
- e) Que a constituição e uso dessa sociedade-veículo decorre, a toda evidência, da crença da contribuinte no direito subjetivo absoluto de “criar” as condições para a amortização de todo e qualquer ágio pago na aquisição de participações societárias, mesmo que artificialmente;
- f) Que se fosse intenção da Lei 9.532 ver os patrimônios unidos, ela assim o determinaria, mas não o fez. O que a legislação faz, efetivamente, é determinar um certo efeito tributário, benéfico ao contribuinte, cabível se e quando vier a ocorrer a união de patrimônios, bem como que esta união é causa, requisito da amortização fiscal do ágio, e não o objetivo dela, como supõe a tese recursal;
- g) Que os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 não instituíram um favor fiscal nem subvenção àqueles que adquiriram investimentos com o pagamento de ágio, e que desde o Decreto-Lei 1.598/77, já era bastante claro que o ágio não seria amortizável da base de cálculo do IRPJ, mas comporia o custo do investimento na sua alienação;

- h) Que na extinção do investimento com a incorporação, o efeito de reduzir a base de cálculo do IRPJ na alienação desse investimento (mediante a agregação do ágio ao seu custo – art. 33 do DL 1598/77) restaria inviabilizado. Por esse motivo, os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 permitiram que na incorporação do investimento fosse possível amortizar o ágio;
- i) Que ao contrário do que entende a recorrente, a Lei nº 9.532 não veio permitir a amortização do ágio como método de emparelhamento. A amortização sempre foi permitida como método de emparelhamento; o que a lei 9.532 veio autorizar foi a dedução fiscal da amortização para determinadas hipóteses, efetivamente antecipando a dedutibilidade de valores que, de outro modo, só impactariam a base tributável quando da alienação ou da liquidação do investimento;
- j) Que uma incorporação, fusão ou cisão societária que envolva, uma interposta pessoa como investidor (empresa-veículo) não permitirá a aplicação do benefício fiscal instituído pelo artigo 386 do RIR/99, já que é imprescindível que a “mais valia” contabilizada tenha sido EFETIVAMENTE suportada por alguma das pessoas que participa da confusão patrimonial (encontro num mesmo patrimônio do investidor com o investimento);
- k) Que no presente caso, não houve confusão entre adquirente e adquirida, mas sim a incorporação de empresa veículo interposta sem nenhum propósito ou função, a não ser levar a efeito a crença da recorrente de que todo ágio pago é imediatamente dedutível;
- l) Que ainda que o contribuinte demonstre que a empresa veículo se prestava a atender objetivos colaterais do grupo econômico adquirente, permanece o fato de que a empresa-veículo foi mero instrumento na aquisição, não se havendo que falar em aplicação do art. 386 em razão de incorporação que lhe envolva;
- m) Que o pedido de sobrestamento dos autos não se sustenta, pois a pendência de processo administrativo fiscal, com a correspondente vicissitude de os autos de infração anteriores serem eventualmente julgados improcedentes, não tem o condão de tornar os prejuízos e as bases de cálculo da CSLL, objeto de compensação naqueles lançamentos, imediatamente disponíveis;
- n) Por fim, que não há qualquer ilegalidade na manutenção da multa de ofício e isolada, tendo em vista que possuem previsão legal distinta, assim como não incidem sobre a mesma base de cálculo.

Por meio da Resolução n.º 1401-001.019 (fls. 8.610/8.625), esta Turma resolveu por converter os autos em diligência, tendo em vista o entendimento de que antes de adentrar nas matérias preliminares ou de mérito recursal, seria necessário que a unidade de origem informe a situação dos processos de n.º 13971.005344/2010-50, n.º 13971.724030/2013-01, n.º 13971.723958/2015-21, n.º 13971.723959/2015-76, e de eventuais outros processos que tenham consumido o prejuízo fiscal que acarretou no lançamento do imposto que foi compensado no AC

2013, bem como para que verifique se já existe decisão de mérito definitiva favorável que tenha o condão de reconstituir, no todo ou em parte, o prejuízo fiscal utilizado pelo recorrente no AC 2014, bem como para elaborar relatório conclusivo.

Isso porque, esta turma entendeu que em razão das limitações de acesso e consulta de processos a que nós conselheiros estamos sujeitos, não é possível aferir, de forma segura, se seria caso de distribuição do presente processo a outro relator, se seria caso de vinculação dos demais processos com o presente processo, ou se seria o caso de sobrestamento para aguardar a decisão definitiva nos demais, tendo em vista que o resultado do presente julgamento depende da decisão definitiva dos demais processos.

Em atendimento à diligência, a Unidade de Origem elaborou relatório (fls. 8.628/8.636), em que concluiu que nenhum dos quatro processos foi julgado de forma definitiva, e que por essa razão não seria possível liquidar o valor devido nestes processos e, conseqüentemente, eventual valor de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa de CSLL disponíveis para serem utilizadas em períodos subsequentes.

Após ter tomado ciência do relatório, o Recorrente apresentou manifestação (fls. 8.643/8.645), em que concorda com as conclusões fiscais no sentido de que, somente após proferidas decisões definitivas no âmbito dos processos anteriores, será possível aferir com precisão os montantes de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL passíveis de compensação nos períodos autuados no presente caso, para requerer que o presente processo seja sobrestado até que sejam proferidas decisões definitivas no âmbito dos referidos processos, nos termos do art. 47, parágrafo 5º, do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF n. 1.634, de 21.12.2023.

É o relatório do essencial.

## VOTO VENCIDO

Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, Relator.

Observo que as referências a fls. feitas no decorrer deste voto se referem ao e-processo.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, por isso dele conheço.

Conforme acima relatado, da análise dos autos é fácil constatar que o Recurso Voluntário apresentado, em grande parte constitui-se basicamente em reprodução da impugnação cujos argumentos foram detalhadamente apreciadas pelo julgador *a quo*. No mais, o

Recurso em grande parte reafirma e busca reforçar seu argumento defensivo, alegando em parte suposta inovação de fundamentos pela DRJ, o que desde já ressalto que não ocorreu.

Mas antes de prosseguir na análise de mérito, entendo necessário apreciar o pedido de sobrestamento realizado:

**Da Compensação indevida de Prejuízo Fiscal e Base de Cálculo Negativa da CSLL no ano calendário de 2013 por insuficiência de saldo a compensar – Pedido de sobrestamento em razão da de decorrência relativa aos processos n. 13971.005344/2010-50 (anos-calendário 2005, 2006 e 2007), n. 13971.724030/2013-01 (anos-calendário 2008 e 2009), n. 13971.723958/2015-21 e n. 13971.723959/2015-76 (anos-calendário 2010, 2011 e 2012)**

Na referida resolução essa foi a conclusão a que esta TO chegou:

Entretanto, antes de adentrar na análise das matérias preliminares ou no mérito recursal, entendo necessário apreciar pedidos relacionados diretamente ao Item 3.2 relativa a Compensação indevida de Prejuízo Fiscal e Base de Cálculo Negativa da CSLL no ano calendário de 2013 por insuficiência de saldo a compensar.

Nesta infração estamos falando de crédito tributário de imposto exigido no montante aproximado de R\$ 317 milhões, acrescidos de multa de ofício de 75%.

No que se refere a esta infração os argumentos levantados pela Recorrente repetem a impugnação e se resumem a:

3. Compensação de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSL (Item 3.2 do RF).

No item 3.2 do RF, a fiscalização efetuou a glosa da compensação de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSL realizada em 2013, em razão da suposta insuficiência dos saldos acumulados pela recorrente. Para facilitar a compreensão, confira-se o seguinte trecho do RF:

“De acordo com o Livro LALUR 201333, em 31/12/2012, a CONTRIBUINTE possuía um saldo de PF a compensar de R\$ 1.321.140.790,41, e pelo Livro LACS 2013, o saldo de BCN a compensar era de R\$ 1.366.424.285,54.

De outro lado, pelos controles da RFB, conforme Sistema SAPLI34, o saldo a compensar do IRPJ em 31/12/2012 era igual a R\$ 213.418.552,57, já o saldo a compensar da CSLL era nulo. Tais divergências advêm de glosas realizadas em Procedimentos Fiscais anteriores, como nos PAF 2010, PAF 2013 e PAF 2015, os quais estão em fase de julgamento administrativo. Para fins dos lançamentos de ofício aqui constituídos, devemos utilizar os saldos constantes dos controles da RFB.

Em 2013, a FISCALIZADA, entendendo dispor de saldos de PF e de BCN, realizou compensações no valor de R\$ 530.502.630,13. Como não havia saldos suficientes de PF e BCN, a CONTRIBUINTE incorreu em compensação indevida neste exercício, tanto na apuração do IRPJ como na CSLL. No IRPJ dispunha apenas de R\$ 213.418.552,57 de saldos de PF, gerando uma compensação indevida de R\$ 317.084.077,56. Já na CSLL, não dispunha de saldo algum, incorrendo em compensação indevida no valor integral compensado, de R\$ 530.502.630,13.”

Como se vê, a infração em questão, assim como aquela impugnada no item 1.3, decorre de autuações lavradas em face da recorrente, nas quais houve o consumo de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativa da CSL apurados pela recorrente, e que foram utilizados para as compensações efetuadas em 2013.

Em razão das glosas efetuadas nos processos n. 13971.005344/2010-50 (anos-calendário de 2005, 2006 e 2007), n. 13971.724030/2013-01 (anos-calendário de 2008 e 2009), n. 13971.723958/2015-21 e n. 13971.723959/2015-76 (anos-calendário de 2010, 2011 e 2012), os saldos apontados pela recorrente em seu LALUR e em seu LACS eram diferentes dos saldos apontados no SAPLI, controle da RFB.

Ocorre, contudo, que as glosas efetuadas naqueles processos não são definitivas, eis que não houve o desfecho definitivo de nenhum deles. Além disso, é imperioso ressaltar que as decisões de 1ª instância proferidas naqueles processos cancelaram substancial parte das infrações apuradas. A despeito disso, também essas decisões não são definitivas, sendo passíveis de revisão por recurso de ofício.

Diante desse cenário, as decisões proferidas naqueles processos devem impactar no presente caso, o que justifica que este processo fique suspenso até o encerramento definitivo daqueles processos, de modo a evitar decisões conflitantes.

O referido pedido se justifica pela evidente relação de conexão entre a glosa objeto deste processo, e a matéria discutida naqueles processos.

Com efeito, nos termos do art. 55 do Código de Processo Civil:

“Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a *causa de pedir*.” No presente caso, a identidade está presente no que diz respeito à causa de pedir.

Realmente, em razão das glosas efetuadas naqueles processos administrativos, atualmente pendentes de julgamento de recursos voluntários, foi gerada a presente autuação.

Resta evidente a necessidade de reunião do presente processo com o processo n. 13971.005344/2010-50, n. 13971.724030/2013-01, n. 13971.723958/2015-21 e n. 13971.723959/2015-76, para o fim de que se aguarde a prolação de decisão final em seus autos para o deslinde do presente caso, o que facilitará o andamento das

causas, otimizando o trabalho, tanto do contribuinte, quanto dos julgadores, competentes para decidir a questão na seara administrativa.

Vale ressaltar, ainda, que a reunião dos processos está amparada no princípio da economia processual, o qual prevê que o processo deve sempre ser conduzido da forma mais célere e barata, visando eliminar aqueles atos que são meramente dilatórios ou prescindíveis. Decorre deste princípio a determinação de que o processo deve correr em tempo razoável, determinação essa, aliás, contida no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, sob pena de onerar demais as partes.

Ademais, segundo este princípio, o processo deve enquadrar-se no binômio custo-benefício, ou seja, um processo muito longo pode, muitas vezes, em seu final, causar prejuízo para o vencedor, que deveria ter sua pretensão alcançada desde logo.

A conexão de processos, com a determinação de sua reunião para julgamento conjunto, é forma consagrada de aplicação desse princípio. Dessa forma, evitam-se custos com o andamento de diversos processos, impedindo-se, ainda, que processos correlacionados tenham decisões diferentes. Neste momento, válido ressaltar a posição da doutrina<sup>11</sup>, quando trata do princípio da economia processual:

“Típica aplicação desse princípio encontra-se em institutos como a reunião de processos em casos de conexidade ou continência”.

A respeito da possibilidade da união de processos administrativos é a doutrina<sup>12</sup>:

“A previsão legal de reunir, num único processo, diversas autuações que tenham o mesmo fundamento fático é medida que facilita e acelera o julgamento dos processos.”

Em sintonia com o princípio da economia processual, o art. 6º, parágrafo 1º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF, baixado pela Portaria MF n. 343, de 9.6.2015, prevê que, assentando-se sobre os mesmos fatos, os respectivos processos podem ser distribuídos e julgados conjuntamente, inclusive quando se tratar de sujeitos passivos distintos. Confira-se:

“Art. 6º Os processos vinculados poderão ser distribuídos e julgados observando-se a seguinte disciplina:

§1º Os processos podem ser vinculados por:

I - conexão, constatada entre processos que tratam de exigência de crédito tributário ou pedido do contribuinte fundamentados em fato idêntico, incluindo aqueles formalizados em face de diferentes sujeitos passivos;

II - decorrência, constatada a partir de processos formalizados em razão de procedimento fiscal anterior ou de atos do sujeito passivo acerca de direito creditório ou de benefício fiscal, ainda que veiculem outras matérias autônomas;  
e

III - reflexo, constatado entre processos formalizados em um mesmo procedimento fiscal, com base nos mesmos elementos de prova, mas referentes a tributos distintos.”. (destaques da recorrente)

Estabelece, ainda, o Regimento Interno do CARF, por meio do parágrafo 3º, do art. 6º, do Anexo II, que a distribuição de processos conexos poderá ser requerida pelas partes.

Nesse mesmo sentido, manifestou-se a 5ª Câmara do antigo 1º Conselho de Contribuintes, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, no acórdão n. 105-17.246 de 9.3.2009, como seja:

“CONEXÃO DE MATÉRIAS - ANÁLISE CONJUNTA - NECESSIDADE - Identificada conexão entre as matérias contidas em processos administrativos distintos, os autos devem ser reunidos para que as decisões prolatadas sejam fundadas na totalidade dos elementos trazidos à consideração da autoridade julgadora”.

(destaques da recorrente)

Igualmente se manifestou a 2ª Turma Ordinária, da 3ª Câmara da 1ª Seção de julgamentos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, no acórdão n. 1302-001.792 de 1.3.2016. A referida turma julgadora não apenas reconheceu a necessidade da conexão entre processos que possuem influência direta um no outro, como também enfatizou a suspensão dos efeitos de decisão proferida em apenas um dos processos até que este se dê por encerrado, corroborando com o que expôs a recorrente até o momento. Veja-se:

“CONEXÃO – EFEITOS PROCESSUAIS - A conexão, ou continência, estabelecida entre os processos administrativos fiscais, que importa seus julgamentos em conjunto, quando a decisão de um processo influenciar na decisão de outro, implica na suspensão dos efeitos executórios até que as fases de recurso de cada processo seja exaurida, em razão da possibilidade de alteração do resultado final cujo efeito repercutirá na demanda do outro processo.”

Ainda nessa linha de raciocínio, a 2ª Turma Ordinária, da 2ª Câmara, da 1ª Seção do CARF, no acórdão n. 2102-00.385, de 30.10.2009, ao bem pontuar que:

“(…) muito embora inexista no âmbito do Processo Administrativo Fiscal Federal norma que tome obrigatório o julgamento conjunto de processos, havendo a relação de conexão, bem como elementos que permitam o julgamento em conjunto, há de se reunir os feitos a fim de evitar decisões conflitantes sobre o mesmo objeto”.

Do exposto, postula a recorrente pelo acolhimento deste pedido, de modo a haver julgamento conjunto do presente processo com os processos administrativos acima relacionados, no que tange ao presente tópico, em obediência aos princípios da celeridade e da economia processual.

Caso contrário, a decisão proferida no presente processo deverá ao menos considerar as decisões proferidas naqueles casos, para que não haja a cobrança de tributos e consectários legais de forma indevida.

Pois bem, neste particular entendo que a Recorrente tem razão quanto ao seu pedido subsidiário.

Como relatado, a infração acima trata de lançamento de crédito tributário que a fiscalização entendeu como indevidamente compensado com prejuízos fiscais que seriam nulos em razão de outros lançamentos. Estamos falando de um crédito aproximado de R\$ 317 milhões a ser acrescido com multa de 75%.

A autoridade fiscal entendeu que não havia mais saldo disponível para compensação a partir do AC 2013. Isto decorre diretamente de glosas realizadas em Procedimentos Fiscais anteriores, como nos PAF 2010, PAF 2013, PAF 2015 e PAF 2018, os quais estão em fase de julgamento administrativo.

Assim, a infração em questão decorre de autuações lavradas em face da Recorrente, nas quais houve o consumo de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativa da CSLL, que foram utilizados para as compensações efetuadas no ano-calendário 2014. Isto decorrente das exigências lançadas nos processos n. 13971.005344/2010-50 (anos-calendário 2005, 2006 e 2007), n. 13971.724030/2013-01 (anos-calendário 2008 e 2009), n. 13971.723958/2015-21 e n. 13971.723959/2015-76 (anos-calendário 2010, 2011 e 2012).

O art. 47 do novo RICARF estabelece o conceito de processos vinculados, e assim dispõe no seu inc. II do §1º e o §5º, sem grifos no original:

Art. 47 Os processos vinculados poderão ser distribuídos e julgados observando-se o disposto neste artigo.

§ 1º Os processos podem ser vinculados por:

I - conexão, constatada entre processos que tratam de exigência de crédito tributário ou pedido do contribuinte fundamentados em fatos idênticos, incluindo aqueles formalizados em face de diferentes sujeitos passivos;

**II - decorrência, constatada a partir de processos formalizados em razão de procedimento fiscal anterior ou de atos do sujeito passivo acerca de direito creditório ou de benefício fiscal, ainda que veiculem outras matérias autônomas; e**

III - reflexo, constatado entre processos formalizados em um mesmo procedimento fiscal, com base nos mesmos elementos de prova, mas referentes a tributos distintos.

(...)

**§ 5º Na impossibilidade de distribuição, ao mesmo relator, dos processos principal e decorrente ou reflexo, será determinada a vinculação dos autos e o**

**sobrestamento do julgamento do processo decorrente ou reflexo, até que seja proferida decisão de mesma instância relativa ao processo principal.**

Entendo ser exatamente este o caso.

Verifica-se, portanto, que a decorrência pode acontecer em duas hipóteses: (i) a partir de processos formalizados em razão de procedimento fiscal anterior ou (ii) de atos do sujeito passivo acerca de direito creditório ou de benefício fiscal.

Como se verifica do próprio TVF, o fundamento para o lançamento da Infração 02 remete, exatamente, às glosas dos prejuízos fiscais realizadas em outros processos administrativos fiscais, assim, entendo restar enquadrado na primeira hipótese de decorrência.

Por sua vez, também não podemos deixar de considerar que, o lançamento também decorreu de atos do sujeito passivo que acarretaram na compensação de prejuízos fiscais, que possui natureza jurídica de benefício fiscal, conforme decidiu o STF no Recurso Extraordinário de n. 591.340 (com repercussão geral). Assim, também entendo restar caracterizada a segunda hipótese de decorrência.

Não bastasse isso, a Recorrente invocou, de forma acertada, a Solução de Consulta Interna da COSIT n. 8 de 2019 que assim dispõe na sua ementa:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA PROCESSOS CONEXOS. PREJUDICIALIDADE. RITOS. REUNIÃO DE PROCESSOS. SUSPENSÃO DE PROCESSOS. Em prol da eficiência do contencioso administrativo, podem as autoridades julgadoras se valer da legislação processual civil – ainda que não lhes seja impositiva – para promover a reunião de processos para julgamento conjunto, se sob o mesmo rito processual e conexos, ou suspenderem o seu andamento, por prazo razoável, para as situações de ritos distintos e prejudicialidade externa. Dispositivos Legais: arts. 54 a 63 e 313 Lei nº13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil.

Em que pese entenda que as Soluções COSIT não possuem caráter vinculante a este Conselho, ela possui perante a própria Receita Federal, e formaliza entendimento do órgão sobre determinada matéria.

Entretanto, antes de determinar o sobrestamento do presente processo, entendo prudente a conversão do presente processo em diligência para que a unidade de origem informe a condição atual de cada um dos processos que acarretaram nas glosas de prejuízo e que ocasionaram no lançamento da Infração descrita no item 3.2 do TVF.

Isto porque, em razão das limitações de acesso e consulta de processos a que nós conselheiros estamos sujeitos, não é possível este Relator aferir, de forma segura, se seria caso de distribuição do presente processo a outro relator, se seria caso de vinculação dos demais processos com o presente processo, ou se seria o caso de sobrestamento para aguardar a decisão definitiva nos demais. Até mesmo para se

aferir a duração razoável de tal medida de sobrestamento, buscando garantir a eficiência do processo administrativo.

Tal medida aparenta ser razoável na medida em que também não seria justo impor ao Recorrente o recolhimento do tributo acrescido de multa de 75% e, posteriormente, parte do prejuízo ser reconstituído.

A título de exemplo, o Processo administrativo n. 13971.723958/2015-21 foi julgado por esta mesma TO por relatoria do Cons. André Luis Ulrich Pinto, e teve julgamento parcialmente favorável, o que poderia ter o condão de reconstituir parte do prejuízo fiscal original.

Assim é que, oriento o meu voto no sentido de converter o presente processo em diligência para que a unidade de origem:

- a) Informe a situação processual das exigências lançadas nos processos n. 13971.005344/2010-50 (anos-calendários 2005, 2006 e 2007), n. 13971.724030/2013-01 (anos-calendários 2008 e 2009), n. 13971.723958/2015-21, n. 13971.723959/2015-76 (anos-calendários 2010, 2011 e 2012), e eventuais outros processos que tenham consumido o prejuízo fiscal que acarretou no lançamento do imposto que foi compensado no AC 2013;
- b) Verifique se já existe decisão de mérito definitiva favorável que tenha o condão de reconstituir, no todo ou em parte, o prejuízo fiscal utilizado pelo recorrente no AC 2014;
- c) Elabore relatório conclusivo;
- d) Intime o contribuinte para dele se manifestar no prazo de 30 dias;
- e) Após, com ou sem manifestação, retornem os autos para julgamento.

Veja que, em sede de resolução em diligência, já me manifestei por entender que a Infração 02 objeto do presente lançamento enquadrava-se, claramente no caso de decorrência.

Isto porque, como se verifica do próprio TVF, o fundamento para o lançamento da Infração 02 remete, exatamente, às glosas dos prejuízos fiscais realizadas em outros processos administrativos fiscais, assim, entendo restar enquadrado na primeira hipótese de decorrência.

Desta feita, esta TO de forma prudente converteu o presente processo em diligência para fins de verificar a possibilidade de se operacionalizar o previsto no §5º do art. 47 do RICARF:

§ 5º Na impossibilidade de distribuição, ao mesmo relator, dos processos principal e decorrente ou reflexo, será determinada a vinculação dos autos e o

sobrestamento do julgamento do processo decorrente ou reflexo, até que seja proferida decisão de mesma instância relativa ao processo principal.

Pois bem, inicialmente cumpre ressaltar a dificuldade que se teria ao determinar qual seria o processo principal, se o presente processo ou um dos outros 04 processos que, em que pese não definitivamente julgados, acarretaram na glosa do prejuízo fiscal da Recorrente.

Entretanto, o fato é que, como resultado da diligência foi possível verificar que os referidos processos administrativos já tiveram julgamento realizado por uma Turma Ordinária do CARF, sendo que: 02 deles estão pendentes de análise de Recurso Especial da PGFN; 01 deles pendente de julgamento de Embargos de Declaração, com juízo preventivo; e 01 deles convertido em diligência.

Neste panorama, entendo ser desnecessária a realização de sobrestamento na medida em que o referido dispositivo do RICARF determina o sobrestamento até que seja proferida decisão da mesma instância, o que já ocorreu, estando parte dos processos já submetidos à instância da CSRF e, os demais processos não seriam suficientes, por si sós, para reconstituir o prejuízo fiscal da Recorrente para fazer face ao débito exigível do AC 2013.

Isto porque, eventuais sobras de prejuízos fiscais relativos aos demais lançamentos deveriam ser, inicialmente, aproveitados em relação aos débitos relativos aos anos-calendários de 2005 a 2012, o que esgotaria o saldo de prejuízo fiscal.

Assim, nos termos do que preconiza a própria Solução de Consulta Interna da COSIT n. 8 de 2019, que busca dar eficiência ao contencioso administrativo, prevendo o sobrestamento, quando possível, por prazo razoável, o fato é que não há razoabilidade no sobrestamento face a situação fática e a ausência de efetivo benefício ao Recorrente, pelo menos em relação ao presente processo.

Um sobrestamento, neste momento, seria apenas prolongar de maneira irrazoável o deslinde do feito, e o resultado dos demais processos que estão em mesma instância de julgamento, não são hábeis a aproveitar o presente processo.

Assim, face o exposto, indefiro o pedido de sobrestamento formulado.

### **Do Ágio BIL (Item 3.1.2 do TVF) – compensação de prejuízo fiscal e base negativa de CSLL.**

No mérito, o Ágio BIL (Item 3.1.2 do TVF) não é objeto de litígio, mas tão somente a compensação dos prejuízos fiscais fundado no argumento que as outras glosas não são definitivas.

Entendo que a questão já foi bem explicada acima quando tratei do sobrestamento. Em que pese os processos que acarretaram na glosa dos prejuízos não estejam definitivamente

julgados, são processos que gozam de presunção de liquidez e certeza, não podendo serem desconsiderados.

A decisão recorrida enfrentou muito bem a questão nesse ponto:

Uma vez constituído o crédito tributário, nos termos dos artigos 142 e 149 da Lei 5.172/66 (Código Tributário Nacional - CTN), a impugnação pode alterá-lo, conforme previsão do mesmo diploma. Todavia, exceto pela hipótese de sua extinção, neste contexto, pela decisão administrativa irreformável (Art. 156, IX, CTN), a impugnação não altera os efeitos do lançamento, exceto por suspender a exigibilidade do crédito tributário (Art. 151, II, CTN).

Destaque-se que o efeito suspensivo é sobre a exigibilidade, sendo que, consoante inteligência do artigo 149 do CTN (c/c arts 142 e 145), o lançamento constituiu e/ou reviu o crédito tributário declarado pelo contribuinte, sendo realidade no mundo jurídico. Dessa forma, o PF ou a BN refletirão essa realidade.

Ainda que o PF e a BN não sejam créditos tributários (CT), estes refletem a apuração realizada pela autoridade tributária com o fim de quantificá-los (CT), e, sendo realizada a constituição/modificação, esta não nasce suspensa, mas firma relação jurídica que, ainda que com suspensão da possibilidade de execução, vincula as partes e refletirá nos saldos e apurações seguintes do contribuinte.

(...)

Portanto, o lançamento regularmente realizado e notificado ao sujeito passivo tem caráter definitivo, ainda que sujeito à impugnação administrativa ou qualquer das outras previsões [taxativas] de modificação ou extinção. Desta forma, o prejuízo fiscal e a base de cálculo negativa da CSLL serão modificadas conforme o ato da autoridade fiscal e refletirão seus efeitos nos períodos de apuração seguintes, independentemente de instaurado (mas não encerrado) o contencioso para discussão administrativa do lançamento que os afeta.

Desta forma, deve-se considerar os efeitos dos lançamentos constantes dos processos nº 13971.005344/2010-50 (anos-calendário de 2005, 2006 e 2007), 13971.724030/2013-01 (anos-calendário de 2008 e 2009), 13971.723958/2015-21 e 13971.723959/2015-76 (anos-calendário de 2010, 2011 e 2012), até que sobrevenha decisão definitiva que os altere.

Assim, adotando os argumentos da decisão recorrida, neste particular, nego provimento ao Recurso Voluntário.

**Do Ágio BPAR – Acusações de empresa veículo e laudo de avaliação inconsistente.**

Esta operação de ágio já foi analisada por esta TO em pelo menos duas oportunidades.

No processo 13971.005344/2010-50 que resultou no Acórdão n. 1401-003.731 de Relatoria da ex-conselheira Letícia Domingues Costa Braga, em relação a essa matéria orientou seu voto por dar provimento ao Recurso, no entanto restou vencida. Na oportunidade também orientei meu voto no sentido de dar provimento ao Recurso.

E mais recentemente no processo 13971.723958/2015-21 que resultou no Acórdão n. 1401-006.291 de Relatoria do Conselheiro André Luis Ulrich Pinto. Na oportunidade, em relação a esta operação o Relator afastou o argumento relativo à precariedade do laudo, mas negou provimento ao Recurso Voluntário por entender caracterizada a “empresa veículo”. Na oportunidade também dele divergi no sentido de dar provimento ao Recurso em relação a esta operação.

Esses são os pontos controvertidos da lide. Fora argumentos subsidiários relativos a: (i) LINDB (matéria sumulada) e (ii) cumulação de multa isolada e de ofício.

Pois bem, mantendo a coerência com as posições por mim manifestadas, e não tendo mudado de opinião sobre o caso, também entendo que deva ser dado provimento ao recurso neste ponto.

Por oportuno, cumpre reproduzir os fundamentos do voto vencido no Acórdão n. 1401-003.731 com o qual concordei:

II - Ágio da Bunge Participações Ltda.

Fechamento de capital da Bunge Alimentos S/A – incorporação da Bunge Alimentos Participações Ltda.

Em 2004 a Bunge Brasil S/A, que controlava a Bunge Alimentos S/A e a Bunge Fertilizantes S/A, entendeu ser conveniente fechar o capital da empresa que se encontrava pulverizado no mercado. A OPA foi feita através da Bunge Participações Ltda.

Por bem relatar os fatos, transcrevo abaixo as considerações do Ilustre Relator da DRJ que reproduz passagem do TVF e da impugnação:

3,2Amortização de Ágio da incorporação de BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA.

A contabilidade de 2006 da BUNGE ALIMENTOS evidencia nova amortização de ágio, desta feita da BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA., CNPJ 07.712.535/0001-34. Para esclarecer esta nova operação, solicitamos, através do Termo de Intimação Fiscal nº 005, DOCUMENTO 27, itens 9 a 11:

"9. Justificar as despesas com amortização de ágio das contas contábeis 0300191208312 - BUNGE AL PARTIC ( BIL - BIC) e 0300191208311 - BUNGE AL

PARTIC (BRASIL-OPA), juntando a documentação comprobatória da constituição do ágio, seu fundamento econômico e os livros diário e razão da empresa incorporada.

10. Apresentar o Livro de Atas das Assembleias Gerais Ordinárias e Extraordinárias da empresa BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA., CNPJ 07.712.535/0001-34.

11. Justificar a criação (novembro de 2005) e incorporação (fevereiro de 2006) da empresa BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA., CNPJ 07.712.535/0001-34 em menos de quatro meses." Na sua resposta, DOCUMENTO 31, a BUNGE ALIMENTOS elencou uma série de metas perseguidas com o processo de simplificação de sua organização societária, tendo obtido "benefício secundário fiscal de amortização de ágios devidamente constituídos e fundamentados conforme previsão legal".

Para comprovar, juntou 12 anexos, DOC 9/1 a DOC 9/12.

Os documentos apresentados evidenciam os fatos envolvidos na incorporação da BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA., que serão divididos em três etapas.

A primeira etapa aconteceu em 2005 com quatro incorporações consecutivas, seguidas de cisão parcial, todas acontecidas no dia 31 de outubro, com as empresas que funcionavam exatamente no mesmo endereço: Av. Maria Coelho de Aguiar, 215 - Santo Amaro/SP - Bloco D, 5º. andar. E, excetuando a BUNGE BRASIL e a BUNGE FERTILIZANTES, eram representadas pela mesma administradora: Hildegard Gutz Horta, CPF 761.642.258-68, que também representava a BUNGE LTD., BUNGE BIC HOLDINGS BV, BUNGE BRASIL HOLDINGS BV, a BUNGE COOPERATIEF UA, inclusive a BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES originada da cisão parcial da BUNGE FERTILIZANTES.

As incorporações:

1. Da BUNGE INVESTIMENTOS LTDA, CNPJ 07.052.334/0001-58 pela BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LTDA, CNPJ 67.866.863/0001-17; 2. Da BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LTDA, CNPJ 67.866.863/0001-17, pela BUNGE BRASIL S/A, CNPJ 61.074.092/0001-49; 3. Da BUNGE PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ 06.282.557/0001-49 pela BUNGE BRASIL S/A, CNPJ 61.074.092/0001-49; 4. Da BUNGE BRASIL S/A, CNPJ 61.074.092/0001-49 pela BUNGE FERTILIZANTES S/A, CNPJ 61.082.822/0001-53; E a cisão parcial da BUNGE FERTILIZANTES S/A, CNPJ 61.082.822/0001-53, resultando na BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA., CNPJ 07.712.535/0001-34. Todas empresas do mesmo grupo econômico, controlado por BUNGE LTD.

Houve o milagre da multiplicação dos ágios. Com base no mesmo laudo de avaliação econômica da BUNGE BRASIL S/A (DOC 9/2 em DOCUMENTO 31) foram gerados os ágios na aquisição da BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LTDA pela BUNGE INVESTIMENTOS LTDA. e na aquisição de 124.345.274 ações da BUNGE BRASIL S/A pela BUNGE PARTICIPAÇÕES LTDA. Isso só seria possível se as

empresas fizessem parte do mesmo grupo econômico e estivessem sob o mesmo controle.

#### A INCORPORAÇÃO DA BUNGE INVESTIMENTOS LTDA.

A Bunge Investimentos Ltda. foi criada em 30/09/2004 e incorporada em 31/10/2005.

A primeira desta série de incorporações foi precedida por um aumento de capital da BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LTDA, CNPJ 67.866.863/0001-17, através de aproveitamento de créditos em conta corrente, conforme 25ª ALTERAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL DA BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LTDA, DOC 9/6 em DOCUMENTO 31, ocorrida em 03/12/2004.

Em 06/12/2004, três dias depois do aumento de capital, nova alteração no contrato social da BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LTDA registra a cessão das cotas da sua controladora, BUNGE BIC HOLDINGS BV, para BUNGE INVESTIMENTO LTDA, CNPJ 07.052.334/0001-58, em troca de uma nota promissória de US\$ 332,617,465.00 da BUNGE INVESTIMENTO LTDA.. Esta transação teria gerado ágio de R\$400.439.243,50 na contabilidade da BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LTDA., DOC 9/4 em DOCUMENTO 31, cujo fundamento seria a participação de 18,06% que a BUNGE INVESTIMENTOS detinha na BUNGE BRASIL. Que, por sua vez, decorria de sua participação na BUNGE ALIMENTOS e na BUNGE FERTILIZANTES, conforme laudo DOC 9/2 de DOCUMENTO 31.

#### A INCORPORAÇÃO DA BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LTDA.

Segundo resposta da fiscalizada, DOC 9/1 de DOCUMENTO 31, R\$ 61.666.394,00 corresponderiam ao ágio originado da aquisição do investimento Cevai Alimentos S/A. Ratifica a informação em DOCUMENTO 43, item nº 9, acrescentando que a aquisição ocorreu em 1997.

Interessante notar que as ações da Cevai Alimentos S/A foram substituídas pelas da Bunge Brasil S/A quando do fechamento do seu capital (primeira etapa do relato da infração anterior - item 3.1).

Com a extinção do investimento, o ágio não poderia, em tese, remanescer na contabilidade da investidora.

O restante do ágio aproveitado pela BUNGE BRASIL S/A nesta incorporação seria oriundo da incorporação da BUNGE INVESTIMENTOS LTDA. pela BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LTDA..

#### A INCORPORAÇÃO DA BUNGE PARTICIPAÇÕES LTDA.

A compra de 124.345.274 ações da Bunge Brasil S/A pela Bunge Participações Ltda. teria gerado o ágio de R\$389.373.463,92.

Ressalto que a empresa BUNGE PARTICIPAÇÕES LTDA. foi criada em 14/05/2004, com capital social de R\$ 10.000,00. Adquiriu as ações da Bunge Brasil no valor de

R\$ 820.863.072,59 em agosto de 2004, mesmo sem qualquer receita registrada em sua DIPJ naquele ano. Declarou não possuir empregados em 2004 e 2005. E foi extinta em 31/10/2005 ao ser incorporada.

A INCORPORAÇÃO DA BUNGE BRASIL S/A.

Após ter incorporado as BUNGE PARTICIPAÇÕES LTDA. e BUNGE INVESTIMENTO E CONSULTORIA LTDA., a BUNGE BRASIL foi incorporada pela BUNGE FERTILIZANTES, trazendo consigo a carga de ágios gerada nas operações anteriores.

A CISÃO PARCIAL DA BUNGE FERTILIZANTES S/A EM BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA.

Por uma conveniência tributária, a cisão da BUNGE FERTILIZANTES serviu para segregar o ágio das operações anteriores originados da avaliação da BUNGE ALIMENTOS na BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA. que passou a deter a totalidade do capital da BUNGE ALIMENTOS, mais parte dos ágios descrita no DOC 9/1 em DOCUMENTO 31, como:

"171.324.324,12 Origem: parte do ágio decorrente da operação de compra das ações da empresa Bunge Brasil S/A pela Bunge Participações Ltda.

176.193.267,14 Origem: parte do ágio decorrente da operação de compra do investimento pela Bunge Investimentos e Consultoria Ltda.

61.666.394,00 Origem: totalidade do ágio incorporado da empresa Bunge Investimentos e Consultoria Ltda.

409.183.985,26 TOTAL DO ÁGIO DECORRENTE DA CISÃO DA BUNGE FERTILIZANTES, O QUAL FOI VERTIDO PARA A BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA. (conforme pag.3 do Laudo de Avaliação do Patrimônio Líquido contábil da parcela cindida em 31/10/05 da Bunge Fertilizantes) ".

Do citado laudo, DOC 9/7 de DOCUMENTO 31, o valor correspondente à totalidade do ágio (409.183.985,26) está escriturado no Ativo Permanente - Diferido.

O que aconteceu neste planejamento tributário foi uma reprise do relatado no item anterior (item 3.1), quando da incorporação da BUNGE II DE PARTICIPAÇÕES S/A engordada pelo "ágio" de "aquisição" (ou transferência de titularidade, para ser mais específico) anterior, tudo dentro do mesmo grupo econômico controlado pela BUNGE LTD.. Agora, com algumas peculiaridades: a incorporada foi a BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA., resultada de cisão parcial e carregada por "ágios" de um maior número de incorporações anteriores. Mas tudo dentro do mesmo grupo econômico controlado pela BUNGE LTD.

Logo, todas as considerações tecidas para o item 3.1 são transpostas para cá, mutatis mutandis.

Na incorporação da BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES pela BUNGE ALIMENTOS não houve aquisição de participação societária, posto que as próprias quotas do capital não são participações societárias (nenhuma empresa participa de si mesma) e o valor contabilizado pela BUNGE ALIMENTOS em conta de ativo diferido, a título de ágio, não se enquadra no conceito de ágio: não era despesa paga nem incorrida, pois a contrapartida do lançamento foi em conta de reserva (patrimônio líquido). Se fosse despesa, o lançamento teria se originado de um pagamento ou de um valor a pagar. Não sendo despesa, por questões óbvias, não poderia ter influenciado a apuração do resultado, por também não preencher o requisito de despesa necessária. Resta que tal despesa com a amortização do ágio em questão é não dedutível para fins de apuração do IRPJ e da CSLL; Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável, do ponto de vista econômico, tais transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes para merecer registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade e, conseqüentemente, o ágio delas decorrentes não se enquadra na hipótese de dedutibilidade prevista no art. 386 do RIR/99.

Assim, efetuamos a adição do valor amortizado de ágio, constituído nessas condições, pela sua não oposição contra o Fisco, principalmente porque reduziu o resultado da própria sociedade em relação à qual o ágio foi constituído (ágio de si mesmo).

Na impugnação apresentada (fls.1.754 a 1.756, Vol.IX), as alegações, em resumo:

- II - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIOS NA INCORPORAÇÃO DA BUNGE ALIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA. (Item 3.2 do TVF)

- Inicialmente, a impugnante pede que todos os fundamentos jurídicos apresentados no Item I desta impugnação sejam considerados na apreciação do Item 3.2 do TVF, seguindo na trilha desse mesmo termo, quando especificou que todas as suas considerações tecidas quanto ao Item 3.1 foram transpostas para este novo; - Os fatos, contudo, que ocorreram em 2004 (quanto ao nascimento dos ágios) e 2005 (quanto às incorporações), são radicalmente diferentes e precisam ser detalhados, pois são vários e aparentemente complexos (embora possam ser vistos de forma simplificada quando observados em função do contexto dos ágios); - Destarte, ainda que legislação aplicável seja a mesma abordada no Item 3.1 e deva receber a mesma interpretação já debatida anteriormente, sua aplicação aos fatos deste novo item requer atenção sobre as diferentes ocorrências.

- O TVF relaciona os fatos dividindo-os em partes, não havendo divergência quanto ao que ocorreu na realidade, restando, pois, somente questionamentos em torno do tratamento tributário cabível sobre eles; - Destarte, a impugnante prefere iniciar pela apresentação desses fatos sob a ótica dos motivos empresariais para os quais eles foram praticados; - Em resumo, além dos motivos já expostos à fiscalização, particularmente nos esclarecimentos prestados em

23.8.2010, para os fins desta impugnação é importante relatar que em 2004 a controladora da Bunge Brasil S.A., que controlava as duas empresas operativas (Bunge Alimentos S.A. e Bunge Fertilizantes S.A.), entendeu ser conveniente fechar o capital da mesma, que se encontrava pulverizado no mercado; - Para tanto, foi feita uma oferta pública de compra de ações através da Bunge Participações Ltda. (controlada pela Bunge BIC Holdings BV, na Holanda), criada para este fim, em cuja aquisição, realizada a valor de mercado, a adquirente apurou ágio, conforme laudo de avaliação; - Nesse mesmo ano, parte do capital da Bunge Brasil S.A. que pertencia ao grupo Bunge (cujo controle indireto era da Bunge Ltd.) através de uma pessoa jurídica que já existia no Brasil, a Bunge Investimentos e Consultoria Ltda., foi transferida para a Bunge Investimento Ltda., controlada da referida Bunge BIC Holdings BV, tendo a adquirente apurado ágio, uma vez que o valor atribuído foi pouco inferior ao da oferta pública, e equivalente ao valor do investimento estrangeiro registrado no Banco Central do Brasil; - O passo seguinte, ocorrido em 2005, teve em mira integrar os ágios nas empresas operativas (Bunge Alimentos S.A. e Bunge Fertilizantes S.A., controladas integrais da Bunge Brasil S.A.), eis que, à toda evidência e conforme as avaliações efetivadas, era a elas que se referiam os dois ágios originados nas operações anteriores, isto é, na oferta pública de aquisição das ações da Bunge Brasil S.A., feita pela Bunge Participações Ltda., e na aquisição da Bunge Investimentos e Consultoria Ltda. pela Bunge investimento Ltda. Isto porque, afinal, as operações anteriores tiveram por objeto ações da Bunge Brasil S.A., e as duas empresas operacionais eram suas subsidiárias integrais; - Para tanto, inicialmente foi resolvido que o caminho para isto seria concentrar na Bunge Brasil S.A. as participações dispersas pelo grupo. Assim, a Bunge Investimento e Consultoria Ltda. incorporou a Bunge Investimento Ltda. e foi incorporada pela Bunge Brasil S.A., ao mesmo tempo em que esta incorporou a Bunge Participações Ltda.; - A seguir foram tomadas providências para alocar os ágios nas empresas operativas a que se referiam, procedendo-se à:

- incorporação da Bunge Brasil S.A. pela Bunge Fertilizantes S.A., através do qual a totalidade dos ágios vieram para esta; - cisão parcial da Bunge Alimentos S.A., com versão de patrimônio para a Bunge Alimentos Participações Ltda., seguida de incorporação desta pela Bunge Alimentos S.A., através do que apenas o ágio pertinente à Bunge Fertilizantes S.A. ficou nela, e o ágio relativo à Bunge Alimentos S.A. passou para esta.

- Depois desses atos, a Bunge Alimentos S.A. passou a ser controlada diretamente pelas controladas da Bunge Ltd. no exterior, o mesmo acontecendo com a Bunge Fertilizantes S.A.; - O TVF, de modo parecido com o que fez quanto ao Item 3.1, afirmou que aqui houve o "milagre da multiplicação dos ágios", quando na verdade foram dois ágios distintos, relativos às mesmas empresas operativas, mas derivados de dois atos independentes e cada um deles referente a determinadas participações acionárias; - É de se observar, também, que o resultado final

poderia ter sido alcançado por outras estruturas mais simples, em qualquer delas sem necessidade da Bunge Alimentos Participações Ltda., tais como:

- a cisão total da Bunge Brasil S.A. com versão de parcelas do seu patrimônio total diretamente para a Bunge Fertilizantes S.A. e a Bunge Alimentos S.A.; - a incorporação direta e em um único ato jurídico, pela Bunge Brasil S.A., da Bunge Participações Ltda., da Bunge Investimentos Ltda. e da Bunge Investimento e Consultoria Ltda., e no mesmo ato jurídico a cisão total da Bunge Brasil S.A. com versão de parcelas do seu patrimônio total diretamente para a Bunge Fertilizantes S.A. e a Bunge Alimentos S.A.

- Também cumpre à impugnante dizer algo sobre a aquisição da Ceval Alimentos S.A., mencionada no TVF quando alude à incorporação da Bunge Investimento e Consultoria Ltda.; - Essa aquisição foi feita em 1997 pela Bunge Investimento e Consultoria Ltda., e não tem qualquer influência no deslinde deste processo, pois nela também foi apurado ágio, mas ágio que não foi objeto das amortizações ora em discussão. Quando das operações aqui visadas, a Ceval Alimentos S.A. nem mais existia, pois fora incorporada, e o acervo correspondente a ela simplesmente fazia parte do patrimônio da Bunge Brasil S.A.

- É neste contexto, e pelas mesmas razões apontadas no Item 3.1, que a impugnante espera que também as exigências fiscais relacionadas a este Item 3.2 sejam canceladas.

Com relação a esse ágio específico, vemos uma grande diferença com relação ao ágio anterior. Nesse caso ocorreu efetivamente uma venda da participação acionária dos minoritários através da Oferta Pública de Ações.

Há muitas modalidades de OPA previstas em lei e na regulamentação vigente no Brasil. A OPA, nas palavras de Modesto Carvalhosa, “destina-se a conferir a todos os acionistas de determinada companhia aberta a possibilidade de alienar as ações de sua propriedade em igualdade de condições, em situações que envolvam alterações significativas na composição acionária da companhia”, As modalidades de OPA obrigatórias na Lei das S/As são:

i) OPA para cancelamento de registro; ii) OPA por aumento de participação; e iii) OPA por alienação de controle.

Estamos aqui, portanto, tratando de uma OPA para cancelamento de registro, e portanto, obrigatória.

Ou seja, não foi por mera liberalidade que a operação foi realizada, tampouco houve qualquer fraude que pudesse ser arguida pelo fisco. Temos efetivamente uma operação societária que a contribuinte, por razões estratégicas, societárias, optou pelo fechamento do seu capital, ou seja, cancelamento do registro e foi compelida pela própria legislação nacional a realizar a oferta pública de ações, pagando um valor pelas ações de seus minoritários, conforme laudo. Importante ressaltar que nessa operação temos a participação efetiva e fiscalizadora da CVM.

Nos termos descritos no art. 4º da Instrução 361 da CVM, os principais princípios que devem ser observados na realização de uma OPA são:

(i) A OPA será sempre dirigida indistintamente aos titulares de ações da mesma espécie e classe daquelas que sejam objeto da OPA;

(ii) A OPA será realizada de maneira a assegurar tratamento equitativo aos destinatários, permitindo-lhes a adequada informação quanto à companhia objeto e ao ofertante, e dotá-los dos elementos necessários à tomada de uma decisão refletida e independentemente quanto à aceitação da OPA;

(iii) A OPA será lançada por preço uniforme, salvo a possibilidade de fixação de preço diverso conforme a classe e espécie de ações objeto da OPA, desde que compatível com a modalidade da OPA e se justificada a diferença pelo laudo de avaliação da companhia objeto ou por declaração expressa do ofertante, quanto às razões de sua oferta.

Assim, demonstra-se que os objetivos da OPA são de preservar a igualdade e a transparência entre os acionistas, permitindo que vendam suas ações simultaneamente e ao mesmo tempo. Sendo certo que toda OPA obrigatória, como é o caso dos autos estarão sujeitas a registro na CVM.

Quanto à avaliação da companhia objeto, a contratação de laudo é obrigatória sempre que a OPA for formulada pela própria companhia, pelo acionista controlador ou pessoa a ele vinculado.

Ademais, o caso dos autos, qual seja, de cancelamento de registro é para que a cia aberta, cujos valores mobiliários são admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários possa cancelar seu registro de cia aberta no processo denominado fechamento de capital, desde que o acionista controlador ou a sociedade que detenha o seu controle, ou mesmo a própria cia, promova uma OPA para adquirir a totalidade das ações em circulação do mercado. Tal determinação está consubstanciada no parágrafo 4º, do art. 4º da Lei 6.404/76:

§4º. O registro de companhia aberta para a negociação de ações no mercado somente poderá ser cancelado se a companhia emissora de ações, o acionista controlador ou a sociedade que a controle, direta ou indiretamente, formular oferta pública para adquirir a totalidade das ações em circulação no mercado, por preço justo, ao menos igual ao valor da avaliação da companhia, apurado com base nos critérios, adotados de forma isolada ou combinada, de patrimônio líquido contábil, de patrimônio líquido avaliado a preço de mercado, de fluxo de caixa descontado, de comparação por múltiplos, de cotação das ações no mercado de valores mobiliários, ou com base em outro critério aceito pela Comissão de Valores Mobiliários, assegurada a revisão do valor de oferta em conformidade com o disposto no art. 4º A.

Nesse sentido, foi realizada a OPA pela Bunge Alimentos e Participações Ltda., sociedade constituída pela controladora para possibilitar o cancelamento de registro das ações da Bunge Alimentos S/A. Nada mais natural que o ágio

resultante dessa operação societária nos termos da Lei Societária (art. 254A da Lei 6.404/76) fosse registrado no patrimônio da sociedade legalmente definida como ofertante.

Com relação ao outro fundamento da autuação, concernente à utilização de empresa veículo como forma de viabilizar a posterior amortização do ágio pago, entendo que estando devidamente comprovado nos autos que houve o efetivo pagamento (sacrifício patrimonial) para a aquisição do investimento por parte da empresa adquirente e tendo a própria lei reguladora permitido a incorporação reversa para fins de amortização da despesa, a forma utilizada pela recorrente para a realização do negócio encontra-se dentro dos limites da liberdade de organização de seus negócios, não lhe sendo vedado utilizar aquela que lhe propicie, dentro do ordenamento legal, o menor custo tributário (maior vantagem tributária, em verdade).

É oportuno registrar que não estou entre aqueles que defendem que os contribuintes podem fazer tudo que a lei não veda, por esse mesmo motivo, neguei o aproveitamento do primeiro ágio, por não entender que a incorporação de ações daria esse direito à Contribuinte.

Entendo que os negócios jurídicos realizados devem respeitar os princípios da boa-fé e a função social da empresa. Assim, não se admitem negócios puramente formais, sem qualquer substância, que visam unicamente a obtenção de benefícios fiscais, como os observados na criação de ágio em operações internas ao grupo econômico.

No presente caso, entendo que a operação se amolda à previsão legal que autoriza a amortização do ágio. Existe um valor efetivamente pago a terceiros que supera o valor patrimonial, amparado na expectativa de rentabilidade futura. Por outro lado, a adquirente foi absorvida por incorporação pela adquirida, verificando-se a confusão patrimonial exigida por lei para viabilizar a amortização da despesa.

Neste passo, com a devida vênia do entendimento fiscal e do adotado pelo i. relator da DRJ, o meu entendimento é o de que a utilização da empresa chamada "veículo" para a aquisição do investimento encontra respaldo no ordenamento societário e fiscal e, efetivamente, encontra-se dentro da esfera de liberdade que a empresa tem para conduzir os seus negócios, inclusive de modo a lhe propiciar o menor custo ou a maior vantagem tributária.

Note-se que o negócio de compra e venda é real. O que se discute é se o contribuinte poderia adotar a estrutura societária que utilizou para a sua concretização.

No caso, a própria CVM, que é o órgão encarregado de fiscalizar as sociedades anônimas autorizou a realização da OPA por meio de uma holding brasileira.

Ora, ao par dos motivos apresentados pela recorrente quanto a utilização da empresa holding, ainda que esta tenha tido efêmera existência, o objetivo de

aproveitar o benefício fiscal do ágio, previsto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (arts. 385 e 386 do RIR/1999), parece-me legítimo neste caso e é parte da própria estruturação do negócio realizado, levando em conta o ordenamento societário e fiscal.

Entendo que a lei fiscal deve ser interpretada, especialmente aquelas que tratam de renúncia fiscal, em consonância com seus objetivos, mas como dito acima, sem criar factoides onde a lei não os prevê. Daí meu entendimento no sentido de afastar a sua aplicação em operações internas, realizadas entre partes dependentes, sem qualquer sacrifício patrimonial e justificativa econômica.

No entanto, não se pode buscar um sentido à lei que a afaste dos institutos que ela pretende regular ou a eles se refira.

No presente caso, a possibilidade legal de aproveitamento do ágio (uma vez que este tenha ocorrido e sido demonstrado legitimamente) decorre da absorção do patrimônio de um pessoa jurídica pela outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio apurado na forma do § 2º. inc II do art. 385 do RIR/1999, inclusive quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a participação.

Analisando o dispositivo acima, verifica-se que a confusão patrimonial decorre da absorção do patrimônio de uma pessoa jurídica pela outra. É este o requisito que, uma vez atendido, permite a utilização do benefício de amortização antecipada do ágio pago.

E, no caso, concreto, a pessoa jurídica que detinha o investimento era, indubitavelmente, a empresa holding que foi a responsável pela aquisição da participação societária no Brasil, ainda que os recursos tenham vindo, declaradamente, de empresa situada no exterior.

Portanto, os reais detentores do investimento no Brasil, neste caso, eram as empresas do grupo BUNGE situadas no exterior, mas ao contrário do que sustenta a fiscalização, a lei não estabelece a confusão patrimonial entre investidora (de fato) e investida, mas, sim e expressamente, entre a "pessoa jurídica" que detém a participação societária na outra "pessoa jurídica" adquirida com ágio com esta última, ou vice-versa, por meio de processos de incorporação, fusão ou cisão.

Ora, a lei tributária, nos casos os arts. 385 e 386 do RIR/1999 (amparados nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997), simplesmente remete a estes institutos, previstos na lei comercial, para fins de definição do benefício fiscal de amortização antecipada do ágio, não existindo espaço para interpretá-los de forma diversa.

Diante desses pressupostos, estando, atendidos os requisitos para a dedutibilidade do ágio relativo a aquisição das ações por meio da OPA, a glosa efetuada pela fiscalização deve ser cancelada.

Ante ao exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário quanto a este ágio para dar provimento ao recurso voluntário, permitindo a amortização do ágio gerado por ocasião da Oferta Pública de Ações.

Pois bem. Sempre defendi que a análise quanto à dedutibilidade do ágio precisa levar em consideração o contexto histórico da criação de tal benefício, bem como as situações fáticas de cada caso.

Os debates no CARF acerca das condições para dedução da amortização do ágio na apuração da base de cálculo do IRPJ e CSLL frequentemente envolvem os conceitos de empresa-veículo, propósito negocial e mais recentemente de real adquirente.

A validade jurídica de todas as operações realizadas pela Recorrente não são questionadas no presente lançamento, mas sim a suposta existência de empresa veículo efêmera e o propósito negocial de um dos quadros da operação societária realizada.

De fato, existem duas grandes correntes interpretativas sobre o tema. A primeira entende que a amortização do ágio constitui benefício fiscal expressamente previsto em lei, originalmente concedido como incentivo à privatização e à reorganização societária das empresas.

Para essa corrente, a dedução prescindiria da existência de propósito negocial e a utilização de empresa-veículo seria legítima para se alcançar a redução da base tributável, desde que cumpridos os demais requisitos legais.

Nestes termos identifica-se na jurisprudência administrativa o Acórdão 105-16.774 (08/11/2007), o qual foi mantido pela CSRF na decisão de Acórdão 9101-001.657 (15/05/2013).

A segunda corrente defende a obrigatoriedade da existência de elementos de fato caracterizadores da necessidade da realização da operação societária, razão pela qual a realização de operações sem fim negocial caracterizaria planejamento tributário abusivo, com o único propósito de economia tributária, baseada nas figuras de fraude à lei, abuso de direito e simulação.

Como pode-se inferir do TVF, corroborado pela DRJ, o ponto principal da argumentação em relação a esse ágio seria a utilização de empresa veículo na realização de um planejamento tributário abusivo.

Por sua vez o Recorrente em sua vasta argumentação defende que, além de ter havido propósito negocial necessário à conclusão do negócio, a operação foi realizada com base na legislação vigente, aprovada pela CVM e com o objetivo de realização de uma OPA para fechamento de capital.

É inegável que a segurança jurídica e suas garantias derivadas, como proibição de excesso, proporcionalidade, razoabilidade, acessibilidade e confiança legítima, configuram-se como típicas garantias asseguradas aos contribuintes, as quais, ainda que não expressamente discriminadas, constituem-se em modalidades de “limitações constitucionais ao poder de tributar”

e, por conseguinte, acomodam-se ao conjunto das regras de identidade do sistema constitucional, como expressões de cláusulas pétreas, protegidas pelo artigo 60, parágrafo 4º, “A”, da CF.

Pois bem. Traçadas essas premissas das duas principais correntes interpretativas sobre o tema me alinho à primeira, a qual também é defendida pelo Recorrente.

Não obstante o alto grau de subjetividade existente em qualquer discussão relacionada à existência ou inexistência de propósito negocial nas operações, face à mais que concreta objetividade da lei quanto às regras para dedução do ágio, não deixarei de enfrentar as questões de fato, muito embora entendo que o cerne da questão é avaliar se a escolha de negócio da Recorrente infringe a lei tributária ou não, de forma a impossibilitar a dedução do ágio.

Isto porque, o conceito de propósito negocial carece de expresse fundamento legal, tornando-se absolutamente subjetivo e abrangente.

Partindo deste conceito adotado pelo Fisco, a presença de um propósito negocial deve ser precedente e, além, originária na operação, de modo a concretizar a amortização do ágio e o concomitante gozo do benefício fiscal como uma consequência natural e lógica. Entretanto, a indefinição dos conceitos no ordenamento jurídico impede a formação de entendimento uniforme, tornando qualquer discussão acerca das operações de ágio como ao menos parcialmente subjetivas, afastando-se do princípio da tipicidade cerrada que foi base de formação do direito tributário.

É frequente utilização pelo Fisco da teoria da ausência de propósito negocial por meio do qual defende que a simples inexistência sob sua ótica outros motivadores para a operação que não o alcance do benefício fiscal, tem sido usada como elemento suficiente para invalidar os atos do contribuinte ou o benefício fiscal almejado.

Tal lógica a meu ver se afasta da necessária objetividade da lei tributária, fundada no princípio da tipicidade cerrada, além de afetar a segurança jurídica vez que diversas regras e estruturas criadas pelo legislador brasileiro oferecem um benefício fiscal aos contribuintes como parte integrante de uma política econômica.

Nesse sentido entendo ser absolutamente claro o exemplo trazido pelo ex-Conselheiro desta Primeira Seção, Luiz Fabiano Alves Penteado em caso semelhante ao aqui tratado:

Usualmente menciono em meu votos, de forma exemplificativa, o regime fiscal da Zona Franca de Manaus, que oferece incentivos fiscais para as empresas que lá se estabelecerem e produzirem, gerando empregos, desenvolvimento econômico/social e, mesmo, arrecadação de tributos para a região.

Neste caso, não há qualquer exigência de que as empresas lá estabelecidas tenham propósitos negociais além do gozo do incentivo fiscal em si, para lá se estabelecerem.

Isso porque, nenhuma empresa busca a Zona Franca de Manaus em razão da maior proximidade com o mercado consumidor, melhor infraestrutura ou maior oferta de mão de obra qualificada.

O objetivo é o gozo do incentivo fiscal, que seja suficiente para compensar os desafios e dificuldades adicionais. Isso é garantido às empresas que cumpram todos os requisitos da legislação, independentemente da existência de outras razões. Este é um exemplo do caráter indutor da norma, no sentido de que quando a legislação cria um determinado benefício, acaba por induzir o contribuinte a agir de determinada forma.

Desta feita, entendo que a ausência de propósito negocial, sob a ótica do fisco, por si só, não pode ser suficiente para a glosa da dedução da amortização do ágio.

Por outro lado, a utilização da chamada empresa-veículo, expressão que tem sido usada como sinônimo de ilegalidade tributária, por si só, não torna a operação ilegal, se desacompanhada de qualquer ato fraudulento ou simulado.

Esta linha de jurisprudência já é adotada por este Conselho:

**"AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO.**

Em regra, é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago.

A circunstância de a reorganização societária de que tratam os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ter sido realizada por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei. (Acórdão 1102000.982 1º Câmara / 2º Turma Ordinária Sessão de 04/12/2013 Voto Vencedor Conselheiro José Evande Carvalho Araujo)

Destaque-se trecho de voto proferido no Acórdão n. 1201-001.267:

"(...) Em relação ao emprego da chamada "empresa veículo" cumpre destacar que tal expressão tem sido utilizada pela fiscalização de uma maneira pejorativa, no sentido de um "mal em si mesmo".

No entanto, como é cediço, não é possível sustentar-se uma autuação fiscal lastreada na simples acusação de emprego de "empresa veículo", até porque o simples emprego de "empresa veículo" não é tipificado como infração à legislação tributária.

Caberia então à fiscalização apontar a relação entre o emprego da "empresa veículo" e a prática de alguma infração à legislação tributária. E, no caso dos autos, como o autor da ação fiscal não se desincumbiu de seu ônus, isso já seria razão suficiente para afastar-se, de pronto, a autuação." Esse também é entendimento firmado no CARF:

#### AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO.

Em regra, é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago. A circunstância de a reorganização societária de que tratam os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ter sido realizada por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei. (Acórdão 1102000.982 1º Câmara / 2º Turma Ordinária Sessão de 04/12/2013 Voto Vencedor Conselheiro José Evande Carvalho Araujo)

No mesmo sentido foi o voto do Conselheiro Alberto Pinto Souza Júnior no Acórdão 1302-001.186 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária:

Por outro lado, a constituição da NAVPAR teve como propósito possibilitar o aproveitamento do ágio, como afirma a autoridade lançadora?

A resposta é irrefragavelmente não, pelas seguintes razões. Primeiro, ninguém discute a existência do ágio e o seu efetivo pagamento pela recorrente aos membros da família Schwec. Logo, mesmo que não existisse a NAVPAR, se a recorrente e a Sogil tivessem adquirido diretamente o controle da Auto Viação Navegantes com ágio, poderiam cindi-la e passar a deduzir a amortização do ágio das suas bases tributáveis. Logo, fica evidente que esse malabarismo societário se deve a razões meramente empresariais, que os obrigavam a preservar a Auto Viação Navegantes, ou seja, preferindo assim criar uma intermediária.

Além disso, caso viesse a ser declarado nulo o ato de constituição da NAVPAR, por ser um ato simulado, subsistiria o ato dissimulado, o qual consistiria em uma participação da recorrente na Auto Viação Navegantes com ágio no mesmo valor que fora registrado na aquisição da NAVPAR, sendo que, por óbvio, para que a sua amortização viesse a ser dedutível do IR e da CSLL, bastava que houvesse a mesma operação que foi feita com a NAVPAR.

Logo, ainda que se admita a existência de um pacto prévio de constituição da NAVPAR, este não serviu para dissimular ato tributariamente mais oneroso, pois os efeitos tributários seriam os mesmos caso a NAVPAR não viesse a ser constituída, razão pela qual entendo que não houve simulação fiscal.

Ressalte-se ainda, que foi na década de 1990, no contexto histórico do Plano Nacional de Desestatização – “PND”, que a Lei n.º 9.532/97 passou a autorizar a dedução do ágio na determinação do lucro real, como estímulo aos agentes econômicos privados a adquirirem empresas estatais e de economia mista.

Trata-se, portanto, de política econômica de governo que verdadeiramente estimulou agentes privados participarem dos leilões para aquisição de empresas estatais e, levando-se em consideração restrições regulatórias quanto a propriedade nacional de alguns ramos de atividade, a criação de empresas nacionais apenas para essa finalidade foi o instrumento estimulado e utilizado pela iniciativa privada.

Ora, não havia sentido em se exigir que um investidor estrangeiro migrasse atividades para o Brasil sem a garantia de que, por exemplo, seria vencedor em um dos leilões. Ademais, para fins de participação era necessário que o participante fosse empresa nacional, daí a necessidade de abertura de empresas nacionais com essa finalidade, para servirem de instrumento jurídico que viabilizasse a participação das concorrências.

Como detalhado pela Recorrente:

- a) Alega que em 2004 a controladora da Bunge Brasil S.A., que controlava as duas empresas operativas (Bunge Alimentos S.A. e Bunge Fertilizantes S.A.), entendeu ser conveniente fechar o capital da mesma, que se encontrava pulverizado no mercado;
- b) Que para fins de fechamento de capital da Bunge Brasil, foi feita uma oferta pública de compra de ações através da Bunge Participações Ltda. (controlada pela Bunge BIC Holdings BV, na Holanda), criada para este fim, em cuja aquisição, realizada a valor de mercado, a adquirente apurou ágio, conforme laudo de avaliação (“Ágio Gerado na BPAR” objeto do Item 3.1.1 do RF);
- c) Que foi resolvido que o caminho para integrar o ágio nas empresas operativas, seria concentrar na Bunge Brasil S.A. as participações dispersas pelo grupo. Assim, a Bunge Investimento e Consultoria Ltda. incorporou a Bunge Investimento Ltda. e foi incorporada pela Bunge Brasil S.A., ao mesmo tempo em que esta incorporou a Bunge Participações Ltda, sendo que na sequência procedeu-se à incorporação da Bunge Brasil S.A. pela Bunge Fertilizantes S.A., com o que a totalidade dos ágios veio para esta; a cisão parcial da Bunge Fertilizantes S.A., com versão de patrimônio para a Bunge Alimentos Participações Ltda., seguida de incorporação desta pela

Bunge Alimentos S.A., através do que apenas o ágio pertinente à Bunge Fertilizantes S.A. ficou nela, e o ágio relativo à Bunge Alimentos S.A. passou para esta. Após estes atos, a Bunge Alimentos S.A. passou a ser controlada diretamente pelas controladas das Bunge Ltd. no exterior, o mesmo acontecendo com a Bunge Fertilizantes S.A;

- d) Que a operação de fechamento do capital foi realizada segundo os padrões de mercado, mediante oferta pública de aquisição, sob supervisão e controle da CVM e com pagamento efetivo em dinheiro, de modo que, na essência, o que houve é a aquisição de participação societária junto a terceiros, com pagamento em dinheiro e a reunião do ágio apurado com o patrimônio que o gerou, o que autoriza a amortização fiscal do ágio, por estar em sintonia com a letra e com a teleologia do art. 7º da Lei n. 9532;
- e) Que havia uma série de alternativas para que fosse implementada essa operação, e que foi escolhida, legitimamente, aquela que era a mais adequada, tendo sido cumpridas todas as etapas necessárias e inerentes à opção escolhida, tendo seguido o regime jurídico adotado de forma coerente e consistente, não havendo que se falar, portanto, em empresa veículo;
- f) Que não era e nunca foi proibida a adoção da estrutura utilizada pelo Grupo, tanto que ela foi acolhida pelo mercado, que aceitou vender as ações para a Bunge Participações, e foi devidamente chancelada pelas autoridades regulatórias, no caso, a CVM;
- g) Que a própria legislação societária autoriza que o fechamento do capital se opere mediante OPA realizada pela sociedade controladora, direta ou indireta, conforme se verifica no art. 4º, parágrafo 4º, da Lei n. 6404;

Pois bem, a partir daí, com a cisão das atividades procedeu-se à reorganização societária transferindo-se para as empresas vocacionadas cada uma das atividades e, por consequência, o respectivo ágio.

Ora, a BPAR foi empresa constituída para sua finalidade essencial de aquisição de outras sociedades por seu controlador, e com a finalidade de promover a OPA de fechamento de capital adquirindo participações societárias de terceiros independentes. Seguindo de forma legítima todas as regras determinadas pela legislação e pela CVM, foi reconhecida por órgãos governamentais, cumpriu suas obrigações fiscais, realizou contratos materialmente válidos, mas não possui substância econômica? Me parece que no presente caso a acusação fiscal não se sustenta.

O que vejo, com o devido respeito, é por vezes uma busca por tentar desqualificar alguma perna da operação, simplesmente pela discordância da existência de tal benefício fiscal. Vejam bem, este Relator já se manifestou academicamente no sentido de não concordar com a sistemática do ágio, entendo que deveria ser instrumento limitado exatamente, e tão somente, para captação de recursos externos. Entretanto, minha discordância pessoal e acadêmica não

pode me afastar da conclusão de que, efetivamente, a existência de tal benefício é uma decisão e escolha de governo e do legislador.

A partir daí, não podemos enfrentar uma verdadeira cruzada para sempre buscar justificativas que inviabilizem o aproveitamento do ágio, por mais que eu pessoalmente não concorde com a sistemática de tal benefício.

Veja que a maioria dos argumentos para classificar uma empresa como veículo é sua efemeridade e inexistência de atividades. Entretanto, a finalidade de uma holding não é adquirir participações societárias? E no caso da BPAR o propósito negocial era exatamente a realização da OPA, o que efetivamente ocorreu.

Também se questiona a captação de empréstimos com suas controladoras no exterior. Ora, tratando-se de uma holding cujo objeto social é aquisição de participações societárias, controlada por uma investidora, para captar recursos e realizar sua atividade empresarial (aquisição de empresas) a quem ela iria recorrer? Poderia recorrer a seu controlador através de aporte de capital (mas aí se depara com acusações de real adquirente distinto), poderia contrair mútuos com empresas ligadas (mas aí se depararia com acusações de real adquirente distinto) ou poderia ir a mercado se endividar, para isso certamente precisaria de um garantidor (mas aí se depararia com acusações de real adquirente distinto).

Me parece, com a devida vênia, que temos passado por um verdadeiro exagero na utilização de conceitos jurídicos abstratos e sem definição legal, apenas para enquadrar com o contexto ou interpretação a que a autoridade fiscal defende.

No final das contas, o real adquirente sempre será o acionista, então jamais haverá confusão patrimonial na ótica da fiscalização.

Não deixo de observar que o fundamento justificado para os empréstimos é de fato questionável, uma vez que foram garantidos por operações de exportação (para uma empresa que sabia-se que tinha o propósito de realizar a opa e participar da reorganização societária do grupo). Entretanto, tal fundamento não invalida o empréstimo na medida em que tratando-se de controladora tal justificativa seria desnecessária.

Também não entendo ser fundamental o questionamento relativo ao efetivo pagamento do empréstimo, isto porque, mesmo que não tivesse sido pago a holding também poderia captar recursos através de aporte de capital.

Ressalte-se ainda que, a operação de OPA foi realizada com partes independentes, a BPAR consta como efetiva adquirente, inclusive na CVM, e efetivamente pagou o preço.

Outrossim, a contração de mútuos junto a empresas ligadas, desde que devidamente registrados e consistentes com uma operação comercial normal de mercado, também nada tem de inusual, pelo contrário. Inusual seria se endividar com terceiros quando se tem a possibilidade de captar recursos dentro do mesmo grupo em iguais condições ou, até mesmo, condições mais vantajosas.

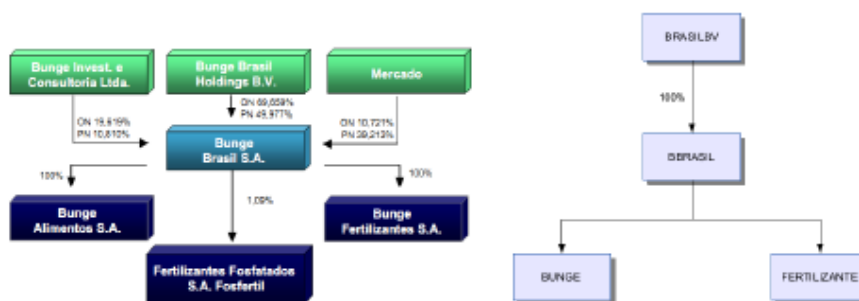
Não quero dizer com isso que se trata de um “cheque em branco” para realização de operações simuladas. O que quero defender é que, diante da autonomia empresarial e liberdade negocial, faz parte das atividades usuais de uma empresa (ainda mais se tratando de uma holding) a aquisição de participações societárias e, para isso, a captação de recursos para sua finalidade. Por sua vez, tratando-se de empresa que é investida de um grupo empresarial, natural a captação através de aportes ou, ainda, a mercado, seja em instituições financeiras seja dentro do próprio grupo. São operações lícitas e legítimas.

Ora, a empresa serve para realização de todos esses atos jurídicos e negociais validados pelo Governo Federal, mas não é considerada válida para geração e amortização de ágio? Entendo ser no mínimo contraditório.

No que se refere à alegada transferência de ágio, a autoridade fiscal sequer enfrentou os argumentos negociais apresentados pela Recorrente, os quais são absolutamente consistentes e razoáveis dentro da lógica negocial. Veja que a cisão de atividades pode, inclusive, permitir a negociação separada das empresas.

No final das contas, o desenho da organização societária antes e depois das operações demonstram, claramente, uma simplificação da estrutura dentro da margem de estrita legalidade e liberdade negocial:

Figura 5: Evolução da Estrutura Societária



A possibilidade da utilização de holdings em operações societárias, mesmo que efêmeras, especialmente em casos em que se realiza a denominada “compra alavancada” já foram objeto de análise deste CARF e, em especial desta TO:

LEGITIMIDADE DO ÁGIO. PARTES INDEPENDENTES. AMORTIZAÇÃO ÁGIO T4U. RESTABELECIMENTO DA DESPESA.

Do ponto de vista negocial - que é o enfoque relevante para fins de verificação da legitimidade de ágio -, mesmo que combinem a estruturação de um negócio, as partes permanecem ocupando polos de interesses

antagônicos, desde que não submetidas a um comando único. Em outras palavras, o fato de as partes interessadas conjuntamente definirem a estruturação do negócio não retira delas o atributo de independência, caso se verifique que não se encontrem submetidas a um único polo de interesses.

EMPRESA VEÍCULO. COMPRA ALAVANCADA. PROPÓSITO NEGOCIAL.

Na hipótese em que restar evidenciada a presença de outra finalidade - além da economia tributária produzida - que justifica a existência, ainda que efêmera, de sociedade investidora que venha a ser incorporada pela sociedade na qual possuía participação societária adquirida anteriormente com ágio, como no caso da chamada “compra alavancada”, é legítimo o aproveitamento das amortizações do referido ágio pela incorporadora, à luz do que dispõe o inciso III do art. 386 do RIR/99.

(Acórdão 1401-003.082 – Sessão de 22/01/2019 - Rel. Cons. Cláudio Camerano)

E mais recentemente, em outro caso julgado à unanimidade por esta TO:

HOLDING. EMPRESA VEÍCULO. PROPÓSITO NEGOCIAL. AQUISIÇÃO. PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. ÁGIO. RECURSOS DE TERCEIROS.

O Fundo de Investimento em Participação (FIP) não pode contrair empréstimos, de forma que a utilização de sua controlada (empresa holding)

para aquisição de participação societária, com grande parte dos recursos serem provenientes de terceiros (financiamento bancário do exterior e emissão de debentures) revela um propósito comercial específico e dentro de um amplo contexto operacional/societário de um grupo econômico.

Incabível, no caso dos autos, de se atribuir à holding a pecha de empresa veículo e/ou falsa adquirente, uma vez que o ágio surgido na operação de aquisição foi legítimo, assim como foram os atos posteriores que resultaram na sua dedutibilidade fiscal.

Constatada a legitimidade das operações de aquisição e incorporação, restam canceladas as demais infrações apontadas nos autos de infração de IRPJ e de CSLL.

(Acórdão 1401-006.922 – Sessão de 09/04/2024 - Rel. Cons. Cláudio Camerano)

Em que pese reconheça que o referido colega relator acima citado tenha a coerente posição de analisar a situação a cada caso concreto, e nos precedentes em que essa TO analisou a operação da Recorrente tenha se posicionado no sentido de negar provimento ao Recurso, entendo que o racional aplicável pelos precedentes é o mesmo.

O que vemos, portanto, é um grande grau de subjetividade na análise de conceitos jurídicos incertos como empresa veículo ou propósito comercial, mas dentro da liberdade de convencimento de cada julgador.

Seguindo, a forma de captação de recursos pela adquirente, desde que legítima, é decisão comercial da empresa. Tendo a compradora optado por captar recursos através de empréstimo, operação legal e usual, e não tendo a autoridade fiscal comprovado que a negociação não foi legitimamente realizada entre as partes não há como desconsiderá-la como legal.

E para mim não existem dúvidas que houve efetivo pagamento, sacrifício econômico e, após a incorporação da BPAR, a junção do sacrifício econômico do ativo com o patrimônio representado pelo fluxo gerador de receitas da investida, incorporação revestida, portanto, dos requisitos permissíveis à utilização da amortização dedutível do ágio pago. Os demais requisitos formais e legais para geração do ágio também foram cumpridos (trataremos do laudo na sequência).

Cito mais um trecho do voto do Conselheiro Cláudio Camerano no Acórdão 1401-006.922 que se encaixa perfeitamente à situação:

Destaque-se, ainda, que a assertiva fiscal de existência de real adquirente (mais um indevido rótulo criado) em aquisição de empresas, não encontra espaço na legislação (supra), e com muito acerto por parte do legislador, pois são inúmeras as situações, inclusive com utilização de empresa rotulada de empresa veículo (outro rótulo, pecha de irregular), inteiramente legais como no caso ora visto, assim como são também inúmeras as situações apresentadas com requintes de simulação.

Assim, constatado que no caso ora visto nos autos, não se vislumbra nenhum indício de simulação nas operações realizadas no âmbito de seu contexto comercial, entendo plenamente aplicáveis os dispositivos legais que autorizavam à contribuinte a deduzir fiscalmente o ágio pago na operação.

Neste sentido, em recente julgamento deste Colegiado, mas de outra turma ordinária, o acórdão de nº 1201-006.260, em sessão de 22 de fevereiro de 2024, do qual reproduzo a seguir sua ementa e excertos de seu voto:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2014, 2015, 2016, 2017 JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. EFEITOS.

Julgados administrativos e judiciais, ainda que proferidos por órgãos colegiados, mas sem um dispositivo normativo que lhes atribua eficácia vinculante, não constituem normas complementares de direito tributário.

DOCTRINA. EFEITOS.

Mesmo a mais respeitável doutrina, ainda que dos mais consagrados tributaristas, não pode ser oposta ao texto explícito do direito positivo, mormente em se tratando do direito tributário brasileiro, por sua estrita subordinação à legalidade, quanto ao arcabouço normativo que lhe seja aplicável.

ARTIGO 24 DA LINDB. INAPLICABILIDADE AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO.

A situação tratada no artigo 24 da LINDB não se dirige ao regramento do contencioso extrajudicial tributário. Tanto por não ser o julgamento administrativo uma modalidade de revisão de ofício - mas de controle de legalidade estrito sobre o objeto da lide instaurada - quanto pelo dispositivo legal em questão alcançar apenas a revisão de atos administrativos específicos - aqueles dos quais decorra um benefício ao particular plenamente constituído.

NULIDADE. DECISÃO RECORRIDA. ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO. INOCORRÊNCIA.

Não padece de nulidade a decisão prolatada por autoridade competente que, sem inovar quanto ao núcleo dos fundamentos da acusação e chegando as mesmas conclusões desta, manteve a exigência fiscal. Nesse contexto, não há qualquer mácula processual no ato jurisdicional, mormente se contra ele o sujeito passivo pode exercer o contraditório e a ampla defesa, em plena consonância às normas pertinentes ao processo administrativo fiscal.

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

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016, 2017 GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO. ÁGIO. DEDUÇÃO. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO.

Não é pressuposto legal para a dedutibilidade do ágio pela pessoa jurídica que sua contraparte, pessoa física ou jurídica, tenha, relativamente à prévia compra e venda da correspondente participação societária, apurado

ganho de capital e/ou efetuado a respectiva tributação. Mesmo porque pode haver ganho de capital sem ágio e vice-versa, afinal enquanto este toma como referência o patrimônio líquido, aquele tem como base o custo de aquisição.

ÁGIO. AQUISIÇÃO ALAVANCADA. EMPRESA DE PROPÓSITO ESPECÍFICO. CAPTAÇÃO DE RECURSOS. PROPÓSITO NEGOCIAL. OCORRÊNCIA.

A empresa criada com o propósito específico de operacionalizar a aquisição de participação societária e que, para isso, capta recursos no mercado financeiro, realiza o seu objetivo econômico, demonstrando o propósito negocial da sua criação.

MULTA DE OFÍCIO. MULTA ISOLADA. NÃO CONCORRÊNCIA.

Por decorrerem de distinta motivação, não concorrem, entre si, as multas de ofício - incidentes sobre tributos devidos em razão de irregularidades apuradas - e as denominadas multas isoladas - que derivam do não recolhimento de estimativas de tributos.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. DOLO.

Não sendo possível colher dos autos elementos inequívocos da necessária conduta dolosa para a qualificação da penalidade imposta de ofício, deve-se reduzir a multa para o seu patamar base de 75%.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Os débitos fiscais recolhidos em atraso estão sujeitos à incidência de juros de mora calculados com base na taxa Selic.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA.

A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. ART. 124, I, CTN. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. POR INTERESSE COMUM. AUSÊNCIA DE DOLO.

A responsabilidade tributária prevista no artigo 124, inciso I do CTN pressupõe a partilha dolosa entre o sujeito passivo e o solidariamente responsável da conduta tendente a omitir o fato gerador, não sendo bastante para a definição de tal liame jurídico obrigacional a existência de proveito econômico mútuo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016, 2017 TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. DECORRÊNCIA.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fatos geradores de vários tributos implica a obrigatoriedade de constituição dos respectivos créditos tributários. Assim, versando sobre idênticas ocorrências fáticas, aplica-se ao lançamento da CSLL, o que restar decidido no lançamento do IRPJ, reflexo que se forma ante as mesmas razões de decidir delineadas quanto a um e outro, haja vista decorrerem de iguais elementos de convicção.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, vencida a Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, que dava parcial provimento ao recurso, para afastar a qualificação da multa de ofício e afastar a imputação de responsabilidade. O Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque manifestou intenção de apresentar declaração de voto.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Genero Serra - Relator Participaram do presente julgamento os Conselheiros: José Eduardo Genero Serra, Fredy José Gomes de Albuquerque, Carmen Ferreira Saraiva, Lucas Issa Halah, Alexandre Evaristo Pinto e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Neste acórdão, o voto do Relator foi no sentido de dar provimento ao recurso voluntário, mas apenas o fizera pela natureza de órgão colegiado:

[...]

Ante o exposto, fosse monocrática a presente decisão, seria, já neste ponto, declarada como correta a glosa do ágio.

Tampouco assim não fora, este Colegiado, amparado em contemporânea, elevada e respeitável jurisprudência, vem se posicionando em sentido contrário. Temos afirmado a validade da amortização do ágio gerado com emprego de empresa veículo, desde que tal sociedade não tenha sido constituída sob estratégia dolosa.

Adiante, no capítulo “Da multa de ofício”, será exposta a conclusão deste Relator pela ausência de dolo. De tal modo, em face do princípio da colegialidade insto-

me a não carrear voz discordante, curvando-me ao judicioso entendimento da maioria da Turma, bem ilustrado na figura dos seguintes julgados:

Acórdão CSRF nº 9101-006.486, de 07/03/2023:

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.

O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que detém o investimento pela empresa investida (incorporação reversa).

O uso de holding (ou empresa veículo), constituída no Brasil com recursos provenientes do exterior, para adquirir a participação societária com ágio e, em seguida, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio. não caracteriza simulação, de modo que é indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes.

TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS POR EMPRESA CONTROLADORA DOMICILIADA NO EXTERIOR PARA SOCIEDADE HOLDING. LEGITIMIDADE DA DEDUÇÃO DO ÁGIO. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DO REAL ADQUIRENTE.

A transferência, por controladora domiciliada no exterior, dos recursos empregados na aquisição de participação societária por empresa holding constituída no Brasil não impede a amortização fiscal do ágio após esta ser incorporada pela investida.

A tese do "real adquirente", que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de simulação, o que não se revela no caso. (grifei)

[...]

Sob tal prisma, é possível concluir que as operações de aquisição e incorporação, tomadas em conjunto, possuíam um propósito negocial, não produziram uma vantagem tributária antijurídica e não configuram uma fraude, de forma que a desconsideração laborada pela fiscalização não possui suporte fático/jurídico, pelo que as glosas da amortização do ágio devem ser afastadas.

A situação espelhada no Acórdão 1201-006.260 da 1ª Turma Ordinária, em sessão de 22 de fevereiro de 2024, é bastante semelhante ao do processo ora em julgamento, com a diferença de que, no caso daquela Turma, a maior parte dos recursos para a aquisição da investida no Brasil foi captada via FPE no exterior (aproximadamente 72%), os quais foram integralizados em quotas de FIP no Brasil, posteriormente integralizados em quotas de empresa de participações, também no Brasil.

Destaco, ainda, no citado Acórdão nº 9101-006.486 – CSRF / 1ª Turma, onde só constou no voto daquela Turma a reprodução das ementas, que tratou-se de apreciação de Recurso Especial do Procurador e do Contribuinte:

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

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli – Relator

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano– Redatora Designada Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

Portanto, entendo legítimo o ágio gerado pela operação realizada pela BPAR.

No que se refere aos questionamentos formulados ao laudo apresentado, razão não assiste ao autuante. Neste particular o nobre colega Conselheiro André Luis Ulrich Pinto no Acórdão 1401-006.291 que afastou tal argumento, e com o qual concordo:

No que diz respeito ao segundo fundamento da glosa, qual seja, precariedade do laudo de avaliação, entendo que a questão foi, de fato, superada pela DRJ, por ausência de comprovação da alegada precariedade do laudo.

Verifica-se que a Fiscalização, pretendendo desqualificar o laudo de avaliação apresentado pela Recorrente, alegou que ele deveria ter atribuído, ao menos em parte, a mais valia dos ativos da Bunge Brasil.

Ocorre que legislação tributária vigente à época dos fatos não impedia que o ágio estivesse apenas fundamentado em rentabilidade futura. Foi apenas em 2013, com a edição da MP 327/2013, convertida na Lei nº 12.973/2004, que passou a ser obrigatória a apuração do ágio após a alocação do valor justo dos ativos.

Dessa forma, adoto como minhas as razões de decidir constantes do voto condutor do acórdão recorrido:

No caso, a impugnante não admite que a “demonstração” nos termos trazidos pela fiscalização poderia ser o verdadeiro espírito da lei.

Sobre a questão, já me manifestei diversas vezes no sentido de que a inclusão expressa de um comando normativo pode buscar simplesmente a diminuição dos litígios ante à cultura positivista brasileira. Não se pode à priori determinar que essa inclusão é novidade.

Entretanto, no caso em discussão, não me parece ser essa a questão relevante.

A tese da fiscalização decorre de uma interpretação claramente ampliativa dos contornos da "demonstração" exigida pelo legislador, criando-se ordem de prioridade inexistente na lei. Na mesma linha argumentativa defendida no item anterior, lá contrária à argumentação do contribuinte, aqui contrária à argumentação da autoridade fiscal, essa interpretação ampliativa é frágil e inadequada para fundamentar infrações relativas a benefício fiscal.

Por essa razão, não acolho a tese da fiscalização em relação à precariedade do laudo, respondendo não à pergunta “É imprestável o laudo que não especifica as parcelas do ágio referentes ao valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, e o fundo de comércio, os intangíveis e as outras razões econômicas?”.

De qualquer forma, mesmo após se afastar o fundamento da precariedade do laudo de avaliação, a glosa deve ser mantida, com base no fundamento da utilização da empresa veículo.

Por sua vez, igualmente legítima a transferência dos ágios a partir das reestruturações realizadas a partir da cisão de atividades operacionais, fatos absolutamente justificados e com propósito negocial. Tratando-se o ágio de ativo amortizável, natural que as operações de cisão e incorporação levem o patrimônio cindido ou incorporado.

O tratamento fiscal do ágio sofreu algumas modificações com a edição da Lei nº 12.973/2014 com o objetivo de reduzir o contencioso, isso é um fato. Porém, não houve alteração em relação a temas igualmente contenciosos, como o da transferência de investimento com ágio analisado nos presentes autos.

Trata-se, a meu ver, de um silêncio eloquente do legislador, como reconhecimento do direito de auto-organização garantido ao particular pelo princípio da livre iniciativa, de forma não haver sanção a tal transferência, obviamente na hipótese do aproveitamento do ágio ter sido legitimamente apurado na operação originária de aquisição de investimento relevante. Diferente do que fez com o ágio interno.

Assim, há de se concluir que não inexistente disposição expressa na Lei nº 9.532/97 que vede a transferência de ágio ou indique a perda da possibilidade de amortização do ágio, na hipótese de eventual diferença de titularidade desse direito. Além disso, não se pode negar a efetiva neutralidade dessas operações de transferência, pois não altera a esfera de direitos do contribuinte, como também não causa prejuízo algum ao fisco em decorrência de redução indevida de tributos. Essa operação é neutra, indiferente, pois a nova empresa, por sucessão universal de todos os direitos e obrigações, é que passa a deter o investimento da empresa cuja rentabilidade futura justificou o pagamento de ágio. Tal operação é indiferente sob a perspectiva tributária, pois nem é vedado e nem gera o direito à amortização fiscal do ágio.

Assim, face a tudo o quanto exposto, voto no sentido de dar provimento ao Recurso Voluntário para afastar a glosa com amortização do ágio BPAR, restando prejudicadas as demais razões subsidiárias do recurso voluntário.

Sendo vencido no mérito, sigo nas questões subsidiárias.

Restando vencido quanto ao mérito, entendo que matéria subsidiária deva ser acatada, qual seja, da impossibilidade de cumulação entre multa isolada e de ofício.

Isto porque, sigo o entendimento acerca da impossibilidade da aplicação simultânea sobre a mesma infração da multa isolada pelo não pagamento de estimativas apuradas no curso do ano-calendário e da multa proporcional concernente à falta de pagamento do tributo devido apurado no balanço final do mesmo ano-calendário.

Tal fato se deve à conclusão de que o não pagamento das estimativas é apenas uma etapa preparatória da execução da infração. Uma vez que as estimativas são meras antecipações dos tributos devidos, a concomitância significa dupla imposição de penalidade sobre o mesmo fato.

Tratando-se, portanto, de aplicação de penalidade, o *ius puniendi* está sujeito a mecanismos e princípios de controle do Poder punitivo do Estado razão pela qual, um único ilícito tributário não pode acarretar em duas punições sob pena de *bis in idem*.

Neste ponto me permito valer dos fundamentos aduzidos pelo Conselheiro Guilherme Adolfo Mendes no Acórdão 1201-00.235:

As regras sancionatórias são em múltiplos aspectos totalmente diferentes das normas de imposição tributária, a começar pela circunstância essencial de que o antecedente das primeiras é composto por uma conduta antijurídica, ao passo que das segundas se trata de conduta lícita.

Dessarte, em múltiplas facetas o regime das sanções pelo descumprimento de obrigações tributárias mais se aproxima do penal que do tributário.

Pois bem, a Doutrina do Direito Penal afirma que, dentre as funções da pena, há a PREVENÇÃO GERAL e a PREVENÇÃO ESPECIAL.

A primeira é dirigida à sociedade como um todo. Diante da prescrição da norma punitiva, inibe-se o comportamento da coletividade de cometer o ato infracional. Já a segunda é dirigida especificamente ao infrator para que ele não mais cometa o delito.

É, por isso, que a revogação de penas implica a sua retroatividade, ao contrário do que ocorre com tributos. Uma vez que uma conduta não mais é tipificada como delitiva, não faz mais sentido aplicar pena se ela deixa de cumprir as funções preventivas.

Essa discussão se torna mais complexa no caso de descumprimento de deveres provisórios ou excepcionais.

Hector Villegas, (em Direito Penal Tributário. São Paulo, Resenha Tributária, EDUC, 1994), por exemplo, nos noticia o intenso debate da Doutrina Argentina acerca da aplicação da retroatividade benigna às leis temporárias e excepcionais.

No direito brasileiro, porém, essa discussão passa ao largo há muitas décadas, em razão de expressa disposição em nosso Código Penal, no caso, o art. 3º:

Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.

O legislador penal impediu expressamente a retroatividade benigna nesses casos, pois, do contrário, estariam comprometidas as funções de prevenção. Explico e exemplifico.

Como é previsível a cessação da vigência de leis extraordinárias e certo, em relação às temporárias, a exclusão da punição implicaria a perda de eficácia de suas determinações, uma vez que todos teriam a garantia prévia de, em breve, deixarem de ser punidos. É o caso de uma lei que impõe a punição pelo descumprimento de tabelamento temporário de preços. Se após o período de tabelamento, aqueles que o descumpriram não fossem punidos e eles tivessem a garantia prévia disso, por que então cumprir a lei no período em que estava vigente?

Ora, essa situação já regrada pela nossa codificação penal é absolutamente análoga à questão ora sob exame, pois, apesar de a regra que estabelece o dever de antecipar não ser temporária, cada dever individualmente considerado é provisório e diverso do dever de recolhimento definitivo que se caracterizará no ano seguinte.

Nada obstante, também entendo que as duas sanções (a decorrente do descumprimento do dever de antecipar e a do dever de pagar em definitivo) não devam ser aplicadas conjuntamente pelas mesmas razões de me valer, por terem a mesma função, dos institutos do Direito Penal.

Nesta seara mais desenvolvida da Dogmática Jurídica, aplica-se o Princípio da Consunção. Na lição de Oscar Stevenson, "pelo princípio da consunção ou absorção, a norma definidora de um crime, cuja execução atravessa fases em si representativas desta, bem como de outras que incriminem fatos anteriores e posteriores do agente, efetuados pelo mesmo fim prático". Para Delmanto, "a norma incriminadora de fato que é meio necessário, fase normal de preparação ou execução, ou conduta anterior ou posterior de outro crime, é excluída pela norma deste". Como exemplo, os crimes de dano, absorvem os de perigo. De igual sorte, o crime de estelionato absorve o de falso. Nada obstante, se o crime de estelionato não chega a ser executado, pune-se o falso.

É o que ocorre em relação às sanções decorrentes do descumprimento de antecipação e de pagamento definitivo. Uma omissão de receita, que enseja o descumprimento de pagar definitivamente, também acarreta a violação do dever de antecipar. Assim, pune-se com multa proporcional. Todavia, se há uma mera omissão do dever de antecipar, mas não do de pagar, pune-se a não antecipação com multa isolada.

Diga-se ainda, que a questão é objeto de Súmula do CARF nº 105, que entendo permanecer aplicável aos fatos geradores posteriores à edição da Lei nº 11.488/07 in verbis:

Súmula CARF nº 105 : A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Outrossim, tal posição encontra guarida em diversas decisões deste Conselho, incluindo-se esta mesma Turma Ordinária e também, mais recentemente através de precedente da CSRF de 01/09/2020 através do Acórdão 9101-005.080:

CONCOMITÂNCIA DE MULTA ISOLADA COM MULTA DE OFÍCIO. DUPLA PENALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. SUBSISTÊNCIA DO EXCESSO SANCIONATÓRIO. MATÉRIA TRATADA NOS PRECEDENTES DA SÚMULA CARF Nº 105. ADOÇÃO E APLICAÇÃO DO COROLÁRIO DA CONSUNÇÃO.

Não é cabível a imposição de multa isolada, referente a estimativas mensais, quando, no mesmo lançamento de ofício, já é aplicada a multa de ofício.

É certo que o *cerne* decisório dos Acórdãos que erigiram a Súmula CARF nº 105 foi precisamente o reconhecimento da ilegitimidade da dinâmica da saturação punitiva percebida pela *coexistência* de duas penalidades sobre a mesma exação tributária.

O instituto da *consunção* (ou da *absorção*) deve ser observado, não podendo, assim, ser aplicada penalidade pela violação do dever de antecipar o valor de um determinado tributo concomitantemente com outra pena, imposta pela falta ou insuficiência de recolhimento desse mesmo tributo, verificada após a sua apuração definitiva e vencimento.

Quanto ao precedente acima citado, peço vênias para reproduzir a brilhante declaração de voto proferida pela Conselheira Livia de Carli Germano, que já compôs esta TO, e que enfrenta de forma direta e exaustiva o argumento relativo à inaplicabilidade da referida Súmula 105:

Optei por apresentar a presente declaração de voto para esclarecer as razões pelas quais, com a devida vênias, divergi da i. Relatora com relação às exigências das multas isoladas lançadas para o ano calendário de 2007.

Em síntese, tenho orientado meus votos no sentido de que o racional da Súmula CARF n. 105 permanece aplicável mesmo após a alteração legislativa promovida pela Lei 11.488/2007, eis que, compreendo, esta modificou apenas o texto normativo, em nada alterando quanto à norma jurídica subjacente.

A redação original do artigo 44 da Lei 9.430/1996 era a seguinte (grifamos):

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

(...)

§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;

II - isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora;

III - isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste;

IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;

O *caput* do artigo 44 traz a base de cálculo das multas em questão, fazendo menção à “*totalidade de tributo ou contribuição*”.

A uma primeira vista, tal referência parece mesmo se reportar ao valor devido no ajuste anual, inclusive em razão do emprego do termo “totalidade” – de fato, a princípio, parece não fazer sentido pensar que a norma fala em “totalidade de tributo” querendo se referir ao valor da estimativa mensal, eis que não se “totaliza” o valor de um pagamento que é único a cada mês.

A questão é: nesses termos, como compatibilizar o *caput* do dispositivo com os incisos de seu parágrafo primeiro?

Explica-se. O *caput* do artigo 44 prevê que a base de cálculo da multa será “*a totalidade do tributo ou contribuição*”. Se isso significa o valor devido no ajuste anual, qual seria o conteúdo do inciso IV do parágrafo primeiro (acima grifado), em especial considerando: (i) a possibilidade (remota, mas existente) de verificação da ausência de recolhimento de estimativa ainda no curso do ano-calendário (quando ainda não há ajuste anual apurado), e (ii) a previsão de que a multa isolada pode ser exigida “*ainda que que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente*”?

Em ambas as hipóteses acima, teríamos um problema quanto à base de cálculo para a multa isolada a ser aplicada, eis que, (i) no caso de verificação, ainda no curso do ano calendário, de ausência de recolhimento da estimativa mensal, a base de cálculo da multa isolada seria inexistente, e (ii) no caso de apuração de prejuízo fiscal ou base negativa no ajuste anual, a base de cálculo da multa isolada seria zero.

É dizer, nessas situações, (i) a multa isolada não poderia (impossibilidade prática) ser aplicada antes da entrega da declaração, por ausência de base de cálculo, e (ii) o trecho final do inciso IV do parágrafo 1º traria uma afirmação em si mesma contraditória, eis que ele estaria dizendo que a multa isolada poderia ser exigida ainda que sua base de cálculo fosse zero.

A MP 303, de 29 de junho de 2006, que perdeu eficácia em 27 de outubro daquele ano, e MP 351, de 22 de janeiro de 2007, convertida na Lei 11.488/2007, alterou o texto legal de maneira que o *caput* do artigo 44 da Lei 9.430/1996

deixou de indicar a base de cálculo das multas, sendo certo que a base de cálculo da multa isolada atualmente é, nos termos do inciso II, o valor do pagamento mensal devido. Veja-se:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

a) na forma do art. 8o da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

b) na forma do art. 2o desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

A legislação foi alterada sem qualquer previsão expressa de ter sido interpretativa (art. 106 do CTN), o que leva à conclusão de que a alteração, por si só, não teria influência na interpretação a ser dada à legislação vigente anteriormente.

Por oportuno, observo que a circunstância de um texto legal (palavras/literalidade) ter sido alterado nada diz sobre se, de fato, houve alteração da norma jurídica subjacente (isto é, do significado formado a partir da interpretação de tal texto). Isso porque a alteração de um texto normativo pode ser realizada tanto para trazer novo sentido à norma como meramente para fazer com que a literalidade reflita o sentido lógico já contido na norma anterior (neste último caso se compreende a alteração como tendo natureza interpretativa).

No caso, para períodos anteriores a 2007, temos o seguinte dilema: ou (a) se considera que o *caput* do artigo 44 da Lei 9.430/1996, quando menciona “*totalidade de tributo ou contribuição*”, está se referindo ao ajuste anual -- hipótese em que (i) não se aplica a multa isolada se verificada no curso do ano calendário, em virtude da ausência de base de cálculo, e (ii) deve ser ignorado o trecho final do inciso IV do parágrafo 1º (“*ainda que que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente*”), porque contraditório com o *caput*, ou (b) se confere ao *caput* do artigo 44 um sentido diverso, compreendendo-se o significado de “*totalidade de tributo ou contribuição*” como sendo, genericamente, o valor devido que deixou de ser recolhido, e integrando-o de acordo com a hipótese prevista em cada um dos incisos do parágrafo primeiro em questão – assim, para os incisos I e II ele significaria o ajuste anual, enquanto que, para os incisos III e IV, seria o valor do recolhimento mensal devido.

Muitos sustentam que não se pode interpretar que a legislação esteja mencionando “tributo” querendo se referir às estimativas já que, tecnicamente, estas não são tributo mas mera antecipação. Sem embargo, não vejo problemas em tal raciocínio já que, na qualidade de antecipação de uma prestação potencialmente devida, a estimativa tem, em sua origem, a qualidade e a natureza do que busca antecipar.

Portanto, considerando o arrazoado acima, compreendo que a única forma de compatibilizar o trecho final do *caput* do artigo 44 da Lei 9.430/1996, em sua redação original, com o trecho final do inciso IV do seu parágrafo 1º, é considerar que a menção do *caput* à “*totalidade de tributo ou contribuição*” deva ser compreendida de forma integrada com os incisos do parágrafo primeiro, sem negar eficácia a nenhuma de suas disposições.

Deste modo, muito embora tal termo se identifique com o valor devido no ajuste anual nos incisos I e II do parágrafo 1º (o que, inclusive, justificaria a menção ao vocábulo “totalidade”), no caso de ausência de recolhimentos mensais (incisos III e IV do parágrafo 1º), a base de cálculo da multa necessariamente é o valor do recolhimento mensal devido.

Não se nega que o *caput* orienta a matéria a ser tratada na norma, nem o fato de os parágrafos serem dedicados a expressar “*os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida*” (Lei Complementar 95/98, art. 11, III, “c”), não obstante também se deve ter em mente a máxima de hermenêutica segundo a qual a lei não contém palavras inúteis (*verba cum effectu sunt accipienda* – i.e., as palavras devem ser compreendidas como tendo alguma eficácia). Assim, compreendo não ser adequado, especialmente quando possível uma interpretação que pressuponha a coerência do texto normativo, optar por uma interpretação que resulte em se considerar como não escrita a integralidade do trecho final do inciso IV do parágrafo 1º do artigo 44, da Lei 9.430/1996.

Tal interpretação revela-se, ainda, coerente com o princípio geral de que, em se tratando de penalidade, a graduação deve levar em conta a gravidade da falta, sendo assim adequado o entendimento de que a multa tenha por base de cálculo o valor da estimativa mensal devida e não recolhida.

Além disso, em se estabelecendo a base de cálculo da penalidade como sendo o valor do recolhimento mensal devido e não realizado, a interpretação se coaduna com a faculdade que se confere ao sujeito passivo de interromper os pagamentos por antecipação quando apure, mediante balanços ou balancetes mensais, que o valor já pago da estimativa acumulada excede o valor do tributo calculado com base no lucro ajustado do período em curso (parágrafo 2º do artigo 39 da Lei 8.383/1991).

É dizer, a multa isolada não poderá ser aplicada na hipótese em que o recolhimento mensal não seja devido -- em razão do levantamento de balancetes de suspensão – e proporcionalmente, em caso de balanços de redução. E isso,

ressalte-se, independentemente de transcrição e tais balancetes no Diário, como enuncia a Súmula CARF 93: “A falta de transcrição dos balanços ou balancetes de suspensão ou redução no Livro Diário não justifica a cobrança da multa isolada prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, quando o sujeito passivo apresenta escrituração contábil e fiscal suficiente para comprovar a suspensão ou redução da estimativa”. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Estas são as razões pelas quais considero também que, de maneira geral, a multa isolada sobre as estimativas não pagas é devida independentemente do resultado final da apuração do ajuste anual.

Nesse ponto, não ignoro a linha de raciocínio segundo a qual, após o término do ano-calendário, a exigência de recolhimentos por estimativa perderia sua eficácia, prevalecendo a exigência do tributo efetivamente devido e apurado com base no lucro. Segundo essa linha, haveria, entre as estimativas e o tributo devido no final do ano, uma relação de meio e fim, ou de parte e todo, de modo que a multa isolada cobrada em razão da ausência de recolhimento de estimativas apenas poderia ser aplicada durante o ano-calendário, ou seja, antes do ajuste anual.

Não discordo das *premissas* de tal raciocínio, isto é, concordo que é inerente ao dever de antecipar a existência da obrigação cujo cumprimento se antecipa. Não obstante, compreendo que a *conclusão* a que ele chega não é adequada, e isso essencialmente porque, aqui, não estamos tratando de incidência de principal de tributo, mas de norma que estabelece penalidade.

É dizer, embora se trate, essencialmente, do mesmo tributo (IRPJ/CSLL anual), as condutas exigidas do contribuinte são distintas: a primeira é o dever de antecipar parcelas do tributo calculadas sobre uma base provisória (estimativas mensais), e a segunda é o dever de pagar este mesmo tributo efetivamente apurado como devido ao final do ano-calendário (ajuste anual).

Uma conduta independe logicamente da outra, ou seja, o dever de recolher estimativas pode existir sem que venha a haver tributo devido no ajuste anual, e vice-versa. Além disso, tais condutas visam a atender bens jurídicos distintos, sendo uma destinada a manter o fluxo de caixa do governo durante o ano, e outra dirigida ao recolhimento do tributo efetivamente devido.

Daí porque tais condutas podem ser, como de fato são, penalizadas de forma específica – nos das atuais, a primeira à razão de 50% da estimativa não recolhida e a segunda à razão de 75% do valor do ajuste anual devido.

Vale notar que a conclusão acima não contradiz o disposto no enunciado da Súmula CARF 82 (vinculante, conforme Portaria MF 277/2018), que diz:

Súmula CARF 82: Após o encerramento do ano-calendário, é incabível lançamento de ofício de IRPJ ou CSLL para exigir estimativas não recolhidas.

Isso porque, de novo, é essencial destacar que, nos presentes autos, não estamos tratando do principal de tributo, mas da **pena** prevista para a conduta consistente em agir em desconformidade com o que prevê a legislação fiscal (dever de adiantar estimativas mensais).

Neste sentido, a análise dos acórdãos precedentes que orientaram a edição de tal enunciado sumular esclarece que o que não pode ser exigido é apenas o principal da estimativa, visto que este está contido no ajuste apurado ao final do ano-calendário. Não obstante, a pena prevista para o descumprimento do dever de recolher a estimativa permanece -- e, até por isso, é denominada “multa isolada”: porque cobrada independentemente da exigibilidade da sua base de cálculo (a própria estimativa devida).

De fato, parece que só faz sentido se falar em exigência *isolada* de multa quando a infração é constatada após o encerramento do ano de apuração do tributo. Isso porque, se fosse constatada a falta no curso do ano-calendário, caberia à fiscalização exigir a própria estimativa devida, acrescida de multa e dos respectivos juros moratórios. Ao estabelecer a cobrança apenas da multa (ou seja, a cobrança “isolada”) quando detectada a falta de recolhimento da estimativa mensal, a norma visa exatamente à adequação da exigência tributária à situação fática.

A título ilustrativo, destaco a argumentação constante de trecho do voto condutor do acórdão 101-96.353, de 17/10/2007, que é um dos que orientaram a edição do enunciado da Súmula CARF 82:

(...)

A ação do Fisco, após o encerramento do ano-calendário, não pode exigir estimativas não recolhidas, uma vez que o valor não pago durante o período-base está contido no saldo apurado no ajuste efetuado por ocasião do balanço.

Na prática, a aplicação da multa isolada desonera a empresa da obrigação de recolher as estimativas que serviram de base para o cálculo da multa. O imposto e a contribuição não recolhidos serão apurados na declaração de ajuste, se devidos.

(...)

Portanto, compreendo que os argumentos acima não são suficientes para levar ao cancelamento da exigência de multas isoladas.

Não obstante, -- **e aqui reside especificamente o ponto em que, com o devido respeito, discordo do voto da i. Relatora** -- compreendo que a cobrança de multa isolada não pode prevalecer se e quando tenha sido aplicada a multa de ofício pela ausência de recolhimento do valor tal como apurado no ajuste anual.

Não nego que a base de cálculo das multas seja diversa (valor da estimativa devida *versus* valor do ajuste anual devido), assim como não nego que se trata de punição pelo descumprimento de deveres diferentes (a multa isolada como pena

por não antecipar parcelas do tributo calculadas sobre uma base provisória, e a multa de ofício por não recolher o tributo apurado como devido no ajuste anual).

Ocorre que, sempre que a falta de recolhimento da estimativa refletir no valor do ajuste anual devido e este não for recolhido, ensejando a aplicação da multa de ofício, teremos uma dupla repercussão da primeira infração, já que esta ensejará, ao mesmo tempo, a exigência da multa isolada e da multa de ofício.

Aqui, sim, é relevante o fato de a estimativa ser mera antecipação do tributo devido no ajuste anual, sendo de se ressaltar a impossibilidade de se punir, **ao mesmo tempo, uma conduta ilícita e seu meio de execução.**

Neste sentido, havendo aplicação de multa de ofício pela ausência de recolhimento do ajuste anual, há que se considerar a multa isolada inexigível, eis que absorvida por esta. E isso não porque se trate da mesma pena (porque não é), mas simplesmente porque, quando uma conduta punível é etapa preparatória para outra, também punível, pune-se apenas o ilícito-fim, que absorve o outro.

Dito de outra forma, não se nega que, no caso, é impróprio falar em aplicação concomitante de penalidades em razão de uma mesma infração: a hipótese de incidência da multa isolada é o não cumprimento da obrigação correspondente ao recolhimento das estimativas mensais, e a hipótese de incidência da multa proporcional é o não cumprimento da obrigação referente ao recolhimento do tributo devido ao final do período. Não obstante, porque uma das condutas funciona como etapa preparatória para a outra, em matéria de penalidades deve-se aplicar o princípio da absorção ou consunção.

A matéria é pacífica na doutrina penal, sendo certo, por exemplo, que um indivíduo que falsifica identidade para praticar estelionato apenas responderá pelo crime de estelionato, e não pelo crime de falsificação de documento – tal entendimento está, inclusive, pacificado na Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça: “*Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido*”. E isso é assim não porque as condutas se confundam (já que uma coisa é falsificar documento e outra é praticar estelionato), sendo certo também que as penas previstas são diversas e visam a proteger diferentes bens jurídicos, mas simplesmente porque, quando uma conduta for etapa preparatória para a outra, a sua punição é absorvida pela punição da conduta-fim.

Segundo Rogério Grecco, mostra-se cabível falar em princípio da consunção nas seguintes hipóteses: i) quando um crime é meio necessário, fase de preparação ou de execução de outro crime; ii) nos casos de antefato ou pós-fato impunível (Manual de Direito Penal. Parte 16ª ed. São Paulo: Atlas, p.121). Compreendo que o caso das estimativas que repercutem no valor devido no ajuste anual encaixa-se perfeitamente na primeira hipótese.

Neste tema, elucidativo o trecho do voto do então conselheiro Marcos Vinicius Neder de Lima no acórdão CSRF/0105.838, e 15 de abril de 2008 (o qual é citado

nos votos condutores dos acórdãos 9101001.307 e 9101001.261, que, por sua vez, são precedentes que inspiraram a edição da Súmula CARF n. 105):

(...)

Quando várias normas punitivas concorrem entre si na disciplina jurídica de determinada conduta, é importante identificar o bem jurídico tutelado pelo Direito. Nesse sentido, para a solução do conflito normativo, deve-se investigar se uma das sanções previstas para punir determinada conduta pode absorver a outra, desde que o fato tipificado constitui passagem obrigatória de lesão, menor, de um bem de mesma natureza para a prática da infração maior.

No caso sob exame, o não recolhimento da estimativa mensal pode ser visto como etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. A primeira conduta é, portanto, meio de execução da segunda.

Com efeito, o bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação. Assim, a interpretação do conflito de normas deve prestigiar a relevância do bem jurídico e não exclusivamente a grandeza da pena cominada, pois o ilícito de passagem não deve ser penalizado de forma mais gravosa que o ilícito principal. É o que os penalistas denominam "princípio da consunção".

Segundo as lições de Miguel Reale Junior: "pelo critério da consunção, se ao desenrolar da ação se vem a violar uma pluralidade de normas passando-se de uma violação menos grave para outra mais grave, que é o que sucede no crime progressivo, prevalece a norma relativa ao crime em estágio mais grave..." E prossegue "no crime progressivo, portanto, o crime mais grave engloba o menos grave, que não é senão um momento a ser ultrapassado, uma passagem obrigatória para se alcançar uma realização mais grave".

Assim, não pode ser exigida concomitantemente a multa isolada e a multa de ofício na hipótese de falta de recolhimento de tributo apurado ao final do exercício e também pela falta de antecipação sob a forma estimada. Cobra-se apenas a multa de ofício por falta de recolhimento de tributo.

Essa mesma conduta ocorre, por exemplo, quando o contribuinte atrasa o pagamento do tributo não declarado e é posteriormente fiscalizado. Embora haja previsão de multa de mora pelo atraso de pagamento (20%), essa penalidade é absorvida pela aplicação da multa de ofício de 75%. É pacífico na própria Administração Tributária, que não é possível exigir concomitantemente as duas penalidades — de mora e de ofício — na mesma autuação por falta de recolhimento do tributo. Na dosimetria da pena mais gravosa, já está considerado o fato de o contribuinte estar em mora no pagamento.

(...)

É por isso que, mesmo após a alteração da Lei 9.430/1966, promovida pela Lei 11.488/2007, compreendo que prevalece, em caso de dupla penalização, as razões de decidir (*ratio decidendi*) que orientaram o enunciado da Súmula CARF n. 105, que diz:

Súmula CARF 105: A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Em síntese, portanto, compreendo que as multas isoladas aplicadas em razão da ausência de recolhimento de estimativas mensais não podem ser cobradas cumulativamente com a multa de ofício pela ausência de recolhimento do valor apurado no ajuste anual do mesmo ano calendário, eis que, embora se trate de penalidades por condutas distintas (e que visam a proteger bens jurídicos diversos, como acima abordado), estamos na esfera de aplicação de penalidades e, aqui, pelo princípio da consunção, quando uma infração (no caso, a ausência de recolhimento de estimativas) é meio de execução de outra conduta ilícita (no caso, a ausência de recolhimento do valor devido no ajuste anual do mesmo ano-calendário), a pena pela infração-meio é absorvida pela pena aplicável à infração-fim.

Estas são as razões pelas quais, novamente pedindo vênias à i. Relatora, orientei meu voto para cancelar as multas isoladas também quanto ao ano calendário de 2007.

Com a devida vênias, afastar a aplicação das razões de decidir da referida Súmula uma vez que esta foi editada antes da alteração da redação do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 promovida pela Lei nº 11.488/2007, como se tal alteração legislativa fulminasse de morte toda a lógica e racionalidade da referida Súmula me parece postura muito perigosa para fins da segurança jurídica.

Nesse ponto, e para entender e compreender as razões de decidir necessário se faz analisar os precedentes que justificaram a produção da referida Súmula, e a conclusão que posso chegar é a de que os fundamentos da *ratio decidendi* permanece intacta e inalterada mesmo com a alteração do artigo 44 da Lei nº 9.430/96.

Entendo ainda que, a lógica é a mesma no que se refere à aplicação da Súmula Vinculante CARF n. 22 mesmo para exclusões realizadas no âmbito do SIMPLES NACIONAL, muito embora a mesma se refira ao SIMPLES FEDERAL.

Veja que, neste caso específico, o que ocorreu foi sim, de fato, uma mudança completa no regime do Simples Federal, instituído pela Lei nº 9.317/1996, substituído pela LC 123/2006.

O que ocorreu neste exemplo, foi uma completa mudança no regime de tributação diferenciado para os micro e pequenos empresários e, mesmo assim, não são poucos os precedentes deste CARF - e desta mesma TO- que aplicam a mesma *ratio decidendi* da referida Súmula para anular atos de exclusão realizados já no âmbito do novo regime. Para mim deve ser aplicada a mesma lógica.

Diante do exposto, entendo assistir razão ao Recorrente neste ponto razão pela qual voto por dar provimento ao Recurso Voluntário para cancelar a multa isolada.

Nos demais argumentos subsidiários, quanto à aplicação da LINDB o argumento não merece guarida e encontra-se sumulado através de súmula vinculante de aplicação obrigatória:

Súmula CARF nº 169

Aprovada pelo Pleno em sessão de 06/08/2021 – vigência em 16/08/2021

O art. 24 do decreto-lei nº 4.657, de 1942 (LINDB), incluído pela lei nº 13.655, de 2018, não se aplica ao processo administrativo fiscal. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

### Conclusão

Diante do exposto, oriento meu voto no sentido de conhecer do recurso voluntário rejeitar o pedido de sobrestamento e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para exonerar o crédito tributário relativo glosa de despesas de amortização do ágio BPAR e afastar a multa isolada.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva

**VOTO VENCEDOR**

Conselheiro Fernando Augusto Carvalho de Souza, redator designado

Em que pese a bem fundamentada decisão e a clareza dos fundamentos esposados pelo ilustre conselheiro relator em seu voto, peço vênia para dela discordar quanto ao entendimento da matéria *“concomitância entre a multa isolada e a multa de ofício”* e da infração relativa à *“dedutibilidade ágio decorrente da incorporação da Bunge Alimentos Participações Ltda”*.

Desta forma, fui incumbido pelo colegiado a tarefa de registrar a fundamentação utilizada pela Turma para divergir da posição do relator quanto as matérias acima citadas.

Em relação a multa isolada, o relator votou por dar provimento ao recurso voluntário, restando vencido pela maioria da Turma.

O presente caso abrange a discussão de fatos posteriores à alteração normativa ocorrida no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, e, portanto, não estão alcançados pela Súmula CARF nº 105.

Pois bem, o ilustre Relator segue o entendimento pela impossibilidade da aplicação simultânea sobre a mesma infração da multa isolada pelo não pagamento de estimativas apuradas no curso do ano-calendário e da multa proporcional concernente à falta de pagamento do tributo devido apurado no balanço final do mesmo ano-calendário, pois para ele, o pagamento das estimativas são meras antecipações dos tributos devidos, a concomitância significa dupla imposição de penalidade sobre o mesmo fato.

Respeitosamente, penso de maneira divergente, conforme passo a fundamentar.

O que se observa é que o dispositivo legal possui bens jurídicos distintos protegidos pelo legislador e dessa forma não há que se falar em dupla penalização.

A multa de ofício ocorre para preservar o crédito tributário apurado ao final do período e de forma diversa, a multa isolada é uma penalidade pelo descumprimento de obrigação acessória, qual seja, a quitação de antecipação mensal por estimativa.

Ressalta-se a literalidade da obrigação presente na alínea “b” do inciso II do caput do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 que incide inclusive quando apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL.

É possível uma situação em que não há incidência da multa de ofício (prejuízo ou base de cálculo negativa), mas em contrapartida o contribuinte seja obrigado a pagamento mensal sobre uma base estimada mensal.

O que o legislador fez foi determinar sanção específica para o descumprimento desse mandamento legal previsto no art. 44 da Lei 9430/1996, com as alterações promovidas pela Lei 11.488/2007.

Cito as ementas dos acórdãos abaixo:

ESTIMATIVAS NÃO RECOLHIDAS. MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. Nos casos de falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ posteriores à Lei nº 11.488/2007, quando não justificados em balanço de suspensão ou redução, é cabível a cobrança da multa isolada, que pode e deve ser exigida, de forma cumulativa, com a multa de ofício aplicável aos casos de falta de pagamento do mesmo tributo, apurado de forma incorreta, ao final do período base de incidência (Acórdão 1201-003.581 - Sessão de 11 de fevereiro de 2020).

ESTIMATIVAS NÃO RECOLHIDAS. MULTA ISOLADA. POSSIBILIDADE. CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Nos casos de falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ e CSLL posteriores à Lei nº 11.488/2007, quando não justificados em balanço de suspensão ou redução, é cabível a cobrança da multa isolada mesmo após o encerramento do período-base de incidência. Na consunção um dos crimes apresenta-se tão somente como meio necessário ao cometimento do crime fim, ocasião em que o fato previsto em norma mais abrangente é absorvido por outra menos abrangente. Na espécie, não há falar-se em consunção, haja vista a multa isolada não ser absorvida pela multa de ofício, tampouco pelo tributo devido ao final do período, porquanto tem suporte fático e legal distinto. (Acórdão 1201-003.615 - Sessão de 10 de março de 2020)

Portanto, não se identifica qualquer óbice à convivência das duas multas, logo a decisão da turma foi por negar provimento ao afastamento da cobrança de multa isolada.

Sobre a infração relativa à dedutibilidade ágio decorrente da incorporação da Bunge Alimentos Participações Ltda, nesse ponto o Relator restou vencido por voto de qualidade, ressaltando que se trata de um processo extremamente complexo, tendo o relator abordado brilhantemente todos os aspectos relativos a sua convicção.

Como citado no voto, essas operações societárias já foram objeto de apreciação por esta Turma, tendo o relator mantido a coerência a posição a favor da validade da dedutibilidade do ágio nas operações societárias analisadas.

No Acórdão nº 1401-003.731, sessão de 17 de setembro de 2019 (Processo: 13971.005.344/2010-50), o recurso voluntário foi negado por voto de qualidade. Mais recente, na sessão de 16 de novembro de 2022 (Processo 13971.723.958/2015-21), através do Acórdão nº 1401-006.291, foi negado provimento ao recurso voluntário, tendo o colegiado entendido pela caracterização de uso inadequado de “*empresa veículo*” e como dito, o relator divergiu, sendo mais uma vez vencido.

O Conselheiro Carlos André Soares Nogueira, redator designado no Acórdão nº 1401-003.731, delimitou bem os fatores que levaram essa mesma Turma ao analisar a mesma reorganização societária:

Na espécie, três fatores foram preponderantes para a decisão que foi tomada: (i) parte do ágio seria interno; (ii) houve a utilização de empresa veículo e (iii) deslocou-se o ágio para a investida, sem que se configurasse a exigida confusão patrimonial entre a real investidora e a investida.

Tais conclusões requereram cuidadoso exame dos fatos, tendo em vista a intrincada cadeia de atos societários, que incluíram a oferta pública de compra de ações, diversas incorporações e uma cisão parcial.

Em relação ao ágio interno, deve-se ressaltar que toda operação societária consistiu em 02 (duas) etapas distintas que compõe todo imbróglgio.

A primeira foi uma oferta pública de compra de ações (OPA), tendo sido pago valor maior pelas ações dos minoritários gerando o atual ágio sob análise, em seguida, as ações foram adquiridas pela Bunge Investimentos e Consultoria Ltda (**BIC**), que foi incorporada pela Bunge Brasil S/A (**BBRASIL**), na mesma data da incorporação da Bunge Participações Ltda (**BPAR**), 31/10/2005, todas pertencentes ao Grupo Bunge.

Não há dúvidas na oferta pública de compra de ações (OPA), contudo na segunda operação, claramente é realizada entre partes dependentes pertencentes ao mesmo GRUPO, caracterizando o chamado “ágio intragrupo”.

Como bem pontuado no TVF, a Bunge Participações Ltda (**BPAR**) apenas entra na estrutura na posição do MERCADO, conforme as figuras apresentadas, sendo a composição do Grupo Bunge bem clara.

Figura 2: Estrutura Societária Original

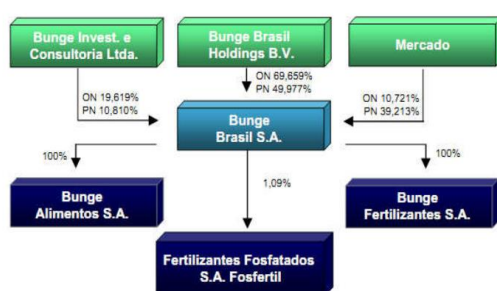
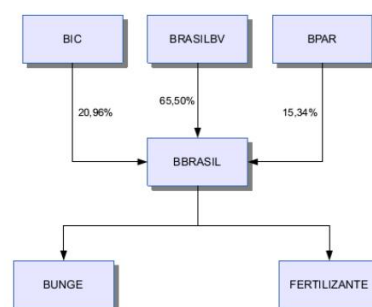


Figura 3: Estrutura após Aquisição das Ações pela BPAR



Ao ser intimada no curso da fiscalização à esclarecer a participação da Bunge Participações Ltda (**BPAR**) na operação, a própria Recorrente confirma que esta já pertencia ao grupo Bunge, confirmando o entendimento da autoridade fiscal do ágio intragrupo:

❖ **Item 2.2.1:**

A **BUNGE PARTICIPAÇÕES** empresa do Grupo Bunge, foi a companhia utilizada no Brasil para implementação do PROCESSO OPA - OFERTA PÚBLICA DE AÇÕES, com o objetivo do Fechamento de Capital da Bunge Brasil S/A, porque estava apta legalmente a assim figurar e detinha à época a melhor estrutura societária e financeira, tendo como meta principal adquirir, com Base nas Regras de Mercado da CVM, todas as ações negociadas em bolsa dos acionistas minoritários com participação na Bunge Brasil e assim permitir o fechamento de capital da Bunge Brasil, que era empresa holding com participação à época de 100% nas empresas operativas: Bunge Alimentos S/A e Bunge Fertilizantes S/A.

No segundo fator, que consiste na utilização de “*empresa veículo*”, o relator pontuou de forma precisa a grande controvérsia existente nos julgamentos de caso de ágio, citando inclusive precedentes na própria turma, nos quais a participação de holdings, mesmo que efêmeras, foram consideradas válidas para fins de comprovação da dedutibilidade do ágio, com decisão unânime do colegiado.

Nesse diapasão, esse mesmo redator julgou procedente o recurso voluntário no qual houve a utilização de uma holding no processo de reestruturação societária com ágio:

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. ÁGIO INTERNO. EMPRESA VEÍCULO. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

Os requisitos previstos nos artigos 7º, inciso III e 8º da Lei nº 9.532/97 são autorizadores da amortização do ágio com base na expectativa de rentabilidade futura. São eles: i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas; e iii) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida.

Restando suficientemente comprovado nos autos o atendimento adequado a todos os requisitos, não deve subsistir a glosa fiscal equivocada em enquadrar tal operação idônea como aparente abuso de planejamento fiscal, ainda mais sem efetiva comprovação do alegado (Acórdão CARF nº 1401-007.141 – sessão de 13/08/2024)

Ocorre que a análise da situação fática deve ocorrer de forma individual, caracterizando efetivamente, nas próprias palavras do relator, “*um grande grau de subjetividade na análise de conceitos jurídicos incertos como empresa veículo*”

Coaduno com a conclusão e entendimento da autoridade fiscal ao analisar a situação fática da participação da Bunge Participações Ltda (**BPAR**), conforme trecho extraído do TVF:

Aqui surge um primeiro questionamento: por que colocar a BPAR neste processo de aquisição, se a própria BBRASIL poderia fazer este papel de ofertante na aquisição de suas ações?

(...)

(...) a única justificativa apresentada foi a “melhor estrutura societária e financeira” detida pela BPAR. Com a devida vênia, mas esta afirmação não coaduna com a realidade! A BPAR foi criada apenas em 14/05/2004, com capital social de R\$ 10.000,00! Ela passou a ter essa boa “estrutura societária e financeira” com o aporte de capital, quase bilionário, feito pela BUNGE TRADE, em 15/07/2004! Só que essa “estrutura societária e financeira” poderia ser perfeitamente “criada” na própria BBRASIL. Bastava direcionar os recursos para ela! Mas, como já dito anteriormente, a norma exigia uma reorganização societária para que o ágio pudesse ser amortizado. Esse foi o único motivo para o uso da BPAR neste processo de fechamento do capital da BBRASIL.

No terceiro ponto, sobre a necessidade de confusão patrimonial, tenho que o Conselheiro Carlos André Soares Nogueira, redator designado no Acórdão nº 1401-003.731 foi preciso, tendo a turma mantido o entendimento nesse julgamento:

Por fim, é preciso registrar a discordância em relação à posição adotada pela douta relatora na questão atinente à necessidade de confusão patrimonial entre a verdadeira investidora e a investida.

Na espécie, o que se viu foi a utilização de intrincada sequência de operações societárias que redundaram na manutenção do controle do grupo Bunge, liderado pela Bunge Ltd, sobre as duas empresas operacionais, Bunge Alimentos e Bunge Fertilizantes, enquanto essas passaram a amortizar “ágio de si mesmas”.

Neste diapasão, trago os seguintes precedentes:

ÁGIO. INVESTIDA. REAIS INVESTIDORAS. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. INDEDUTIBILIDADE. IRPJ. CSLL.

Nos termos da legislação fiscal, é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras. (Acórdão CARF nº 9101-002.213, de 03/02/2016)

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. INVESTIDOR E INVESTIDA. MESMA UNIVERSALIDADE.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente. Compartilhando do mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio). Enfim, toma-se o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável ao caso e estabelecer o termo inicial para contagem do prazo decadencial. (Acórdão CARF nº 9101-003.733, de 11/09/2018)

MULTA QUALIFICADA. ÁGIO INTERNO. ÁGIO DE SI MESMO. OCORRÊNCIA DE FRAUDE E CONLUÍO.

A consecução de atos que culminaram com a supressão ilícita de tributos, obtida com a dedução da amortização de ágio, ágio esse que, surgido da reavaliação de participação na empresa autuada, em operação intragrupo, foi por ela mesma contabilizado e deduzido, de forma artificial e sem qualquer dispêndio, evidencia conduta dolosa tendente a impedir a

ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal ("fraude", na inteligência do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964) e ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas visando os efeitos em questão ("conluio", conforme art. 73 da mesma Lei). Impõe-se, assim, a qualificação da multa de ofício. (Acórdão CARF nº 9101-002.503, de 12/12/2016)

Em razão da fundamentação exposta, voto por negar provimento ao recurso voluntário em relação à infração relativa à dedutibilidade ágio decorrente da incorporação da Bunge Alimentos Participações Ltda e ao afastamento da cobrança de multa isolada

*Assinado Digitalmente*

**Fernando Augusto Carvalho de Souza**