



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720005/2018-74
ACÓRDÃO	9101-007.058 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	10 de julho de 2024
RECURSO	ESPECIAL DO PROCURADOR E DO CONTRIBUINTE
RECORRENTES	FAZENDA NACIONAL RAÍZEN ENERGIA S/A

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016

RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. ART. 118 DO ANEXO DO RICARF. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece de Recurso Especial que aponta como paradigma de divergência acórdão que examine situação fática distinta da analisada no aresto recorrido.

RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO. MATÉRIA SUMULADA. NÃO CONHECIMENTO. MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS LANÇADA APÓS ENCERRAMENTO DO ANO-BASE. SÚMULA CARF nº 178.

Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que adote entendimento de súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da CSRF ou do CARF, ainda que a súmula tenha sido aprovada posteriormente à data da interposição do recurso (art. 67, § 3º, Anexo II do RICARF). Não se conhece de Recurso Especial contra decisão que adotou o entendimento da Súmula CARF nº 178.

RECURSO ESPECIAL CONTRA ACÓRDÃO QUE ADOTA ENTENDIMENTO DE SÚMULA DO CARF. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece de Recurso Especial contra decisão que adote entendimento de súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da CSRF ou do CARF, ainda que a súmula tenha sido aprovada posteriormente à data da interposição do recurso. Na hipótese, o acórdão recorrido adota o mesmo entendimento da Súmula CARF nº 169.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA NA AQUISIÇÃO DO INVESTIMENTO NA EXISTÊNCIA DE PROPÓSITOS EXTRAFISCAIS. EFETIVIDADE DA EXISTÊNCIA E ATIVIDADE DA HOLDING. POSSIBILIDADE.

Comprovada que a utilização de empresa para aquisição do investimento se deu por razões extrafiscais, por meio de holding efetivamente existente e com atividade típica desempenhada por quase dois anos, e cumpridas as demais premissas para amortização do ágio, restabelece-se a dedução das respectivas despesas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional, e conhecer parcialmente do Recurso Especial do Contribuinte em relação às matérias “*nulidade do acórdão da DRJ e do acórdão recorrido*”, “*amortização de ágio*” (“*Ad Argumentandum – Da Existência de Confusão Patrimonial no Caso Concreto: Demonstração da Lícitude e Validade das Operações*”), “*multa qualificada*”, e “*multas isoladas concomitantes*”. A Conselheira Edeli Pereira Bessa votou pelo conhecimento parcial em maior extensão, também em relação à matéria “*multas isoladas após encerramento do exercício*”. No mérito, por maioria de votos, acordam em dar provimento ao Recurso Especial do Contribuinte em relação à amortização do ágio, vencidos os Conselheiros Edeli Pereira Bessa e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes. que negavam provimento. Votou pelas conclusões o Conselheiro Jandir José Dalle Lucca. Prejudicado o exame de mérito das demais matérias.

Assinado Digitalmente

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício e Relator

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Helder Jorge dos Santos Pereira Júnior, Jandir José Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Especiais interpostos por RAÍZEN ENERGIA S/A e pela FAZENDA NACIONAL em face do Acórdão nº 1402-004.100 (15/10/2019), cuja ementa e respectivo dispositivo receberam a seguinte redação:

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

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016

APROVEITAMENTO DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO GERADO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. INOCORRÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL ENTRE O REAL INVESTIDOR E O INVESTIMENTO ADQUIRIDO COM ÁGIO.

Para fins de caracterização da hipótese prevista no art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, é imprescindível que o ágio tenha sido efetivamente suportado pelo real investidor. Desse modo, em não havendo a confusão patrimonial entre o real investidor e o investimento adquirido com ágio, não resta configurada a referida hipótese legal, razão pela qual deve ser mantida a glosa da amortização do ágio.

OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS DESPROVIDAS DE PROPÓSITO NEGOCIAL. SIMULAÇÃO. QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO.

Na hipótese em que uma pessoa jurídica é utilizada, de modo artificial, unicamente com o fim de permitir a aquisição do investimento com ágio para posteriormente ser incorporada, em operações desprovidas de qualquer propósito negocial, há que se concluir que a realidade negocial deu lugar a uma verdade meramente formal, criada artificialmente apenas para o fim de forçar o enquadramento na hipótese do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, em situação típica de simulação, com grave lesão ao Fisco federal. Por conseguinte, restando caracterizada a hipótese legal prevista no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, deve ser mantida a exasperação da multa de ofício.

CONCOMITÂNCIA DE MULTA ISOLADA COM MULTA ACOMPANHADA DO TRIBUTO.

Contribuintes que deixarem de recolher, no curso do ano-calendário, as parcelas devidas a título de antecipação (estimativa) do IRPJ sujeitam-se à multa de ofício de cinquenta por cento, aplicada isoladamente, calculada sobre os valores de antecipação que não foram pagos. Esta multa isolada não se confunde com aquela aplicada sobre o IRPJ apurado no ajuste anual e não pago no vencimento, por não possuírem a mesma hipótese legal de aplicação. Em vista disso, o lançamento da multa isolada é compatível com a exigência de tributo apurado ao final do ano-calendário, acompanhado da correspondente multa de ofício.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016

LANÇAMENTO DECORRENTE. CSLL.

Tratando-se da mesma matéria fática e não havendo questões de direito específicas a serem apreciadas, estende-se ao lançamento decorrente (CSLL) a decisão proferida em relação ao lançamento principal (IRPJ).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: i) por **unanimidade de votos**, rejeitar as preliminares de, i.i) aplicação do artigo 24, da LINDB ao processo tributário-fiscal; i.ii) decadência para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, nos termos da Súmula CARF nº 116; i.iii) ausência de fundamentação; i.iv) omissão da DRJ na apreciação da impugnação e prolatação do acórdão; ii) por **voto de qualidade**, negar provimento ao recurso voluntário, ii.i) em relação à nulidade suscitada por possível inovação da DRJ no julgamento; ii.ii) no mérito, aos lançamentos de glosa de despesas de ágio em razão de artificialidade e inexistência de confusão patrimonial na utilização de empresa veículo, ii.iii) quanto à parcela aportada na empresa ISPAGNAC; ii.iv) em relação aos lançamentos de multa isolada; ii.v) relativamente à qualificação da multa, vencidos a Relatora e os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luís Pagano Gonçalves e Paula Santos de Abreu, que davam provimento; iii) por **maioria de votos**, negar provimento à questão de ofício suscitada pela Relatora para aplicação do artigo 25, do Decreto nº 70.235/1972 (PAF). Designado para redigir o voto em relação a todas as matérias em que vencida a Relatora, o Conselheiro Murillo Lo Visco. iv) por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício.

Trata o presente processo de autos de infração de IRPJ e CSLL, referente aos anos-calendário 2013, 2014, 2015 e 2016, decorrentes da glosa de despesas relacionadas ao ágio na aquisição de participação acionária, com multa qualificada, pois teria havido fraude e conluio, tendo sido indicados como responsáveis tributários as acionistas Cosan S/A Indústria e Comércio (Cosan) e Shell Brazil Holding BV (Shell BV ou SBHBV), em vista do alegado interesse comum nas situações que constituíram os fatos geradores. Houve ainda lançamento de multa isolada por falta de recolhimento das estimativas devidas.

Por bem descrever os fatos e as alegações em litígio, aproveito parte do relatório da decisão recorrida, naquilo que importa ao presente recurso, complementando-o ao final.

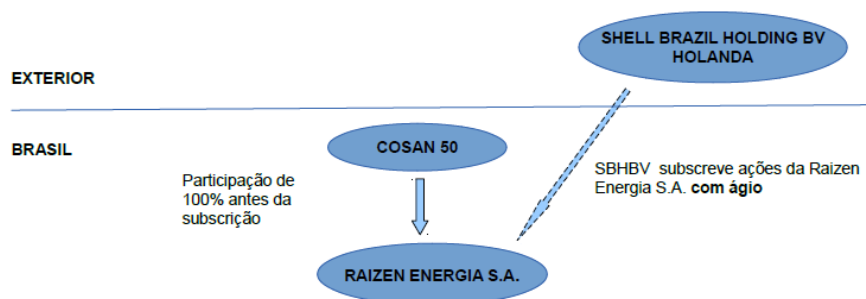
No TFV (fls. 2752 a 2810), a Fiscalização traz considerações introdutórias para esclarecer a operação questionada refere-se à *"internalização de ágio gerado no exterior e a utilização de empresa veículo com o único propósito de obter vantagem tributária não são oponíveis ao Fisco, razões pelas quais vêm sendo repetidamente combatidas pela Receita Federal."*

A partir das fls. 2760 a autoridade fiscal começa a descrever o que seria o "caso real" que deu origem à autuação nos seguintes termos:

3- AUDITORIA FISCAL – O CASO REAL

Sinteticamente, o que ocorreu foi o seguinte: Cosan e a Shell holandesa decidiram constituir uma *joint venture* no Brasil. No entanto, a operação se assemelhou a uma subscrição de ações efetuada pela Shell holandesa na Raízen Energia S.A., CNPJ nº 08.070.508/0001-78, empresa até então controlada indiretamente pela Cosan S.A. Indústria e Comércio, CNPJ nº 50.746.577/0001-15, a qual denominaremos de Cosan 50.

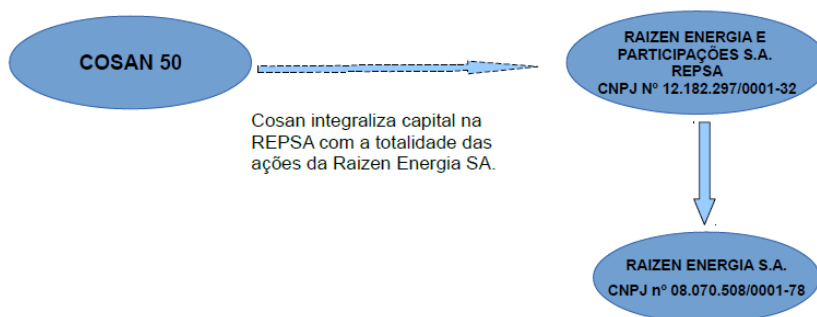
3.1- A Essência do Negócio



Logo em seguida, a autoridade fiscal para descrever os negócios jurídicos efetuados pela Recorrente no item 3.2:

3.2- A Forma Utilizada

8:30 horas de um determinado dia de junho/2011



9:00 horas do mesmo dia de junho/2011

Por meio da sua empresa veículo ISPAGNAC Participações Ltda., CNPJ nº 11.296.069/0001-20, situada no Brasil, a SHELL BRAZIL HOLDING BV – SBHBV subscreve/integraliza capital na Raízen Energia e Participações S.A. **com ágio**.

Os recursos para a ISPAGNAC realizar tal operação advieram, em sua maioria diretamente da sua controladora direta no exterior, a SBHBV.

Outra parte adveio da controlada(Shell Brasil Petróleo Ltda., CNPJ nº 33.453.598/0001-23) da SBHBV situada no Brasil.

(...)

Ainda no mesmo dia de junho/2011, por meio de um contrato de permuta entre controladas da Cosan e da Shell, a participação de cada uma na *joint*

venture(Raízen Energia e Participações S.A.) ficou igualitária. Discorrer-se-á mais tarde sobre essa operação.

Em novembro de 2012, ocorreram os seguintes atos societários:

1. A Shell Brasil Petróleo Ltda. é cindida parcialmente no que se refere ao investimento na ISPAGNAC e, em seguida, essa parcela cindida é incorporada pela própria ISPAGNAC Participações Ltda. sob o amparo total da Shell Brazil Holding B.V.

2. A Raízen Energia e Participações S.A. incorpora a ISPAGNAC e, ato contínuo, é incorporada pela Raízen Energia S.A.(incorporação reversa), a qual ficou com o ágio de si mesma.

(...)

A forma utilizada pelos mentores desta reorganização societária, relativa à subscrição de capital pela ISPAGNAC, visou unicamente aproveitar o ágio tributariamente.

No entanto, conforme se constata, não ocorreu a condição básica para que a Raízen Energia S.A. pudesse amortizar tributariamente o ágio, qual seja, a **confusão patrimonial** prevista no artigo 8º da Lei 9.532/97, uma vez que a real adquirente de parte das suas ações foi a Pessoa Jurídica holandesa domiciliada no exterior.

(...)

Os recursos obtidos pela ISPAGNAC para subscrever e integralizar o capital social da Raízen Energia e Participações S.A. originaram-se da **SHELL BRAZIL HOLDING BV**, empresa sediada na Holanda, e da sua controlada direta **SHELL BRASIL PETRÓLEO LTDA.**, CNPJ nº 10.456.016/0001-67, sediada no Brasil, sobre a qual falaremos mais adiante.

A ISPAGNAC foi uma empresa veículo utilizada pela Shell holandesa para canalizar os recursos na *joint venture*.

Ela foi constituída em 26/10/2009, tendo como sócios:

Genilac Participações Ltda. - com 99 quotas - R\$ 99,00

Grandis Participações Ltda. - com 1 quota - R\$ 1,00

R\$ 100,00

Em 11/08/2010, conforme 1ª alteração contratual, a Shell Brazil Holding B.V. é admitida em lugar de Genilac, com as mesmas quotas detidas por esta e, em lugar de Grandis, foi admitida Elizabeth Lopes C.P. Ramos, com a mesma 1 quota.

Shell Brazil Holding B.V. - com 99 quotas - R\$ 99,00

Elizabeth L. C.P. Ramos - com 1 quota - R\$ 1,00

R\$ 100,00

Em 21/01/2011, conforme 2ª alteração contratual, a Shell Brasil Petróleo Ltda. é admitida em lugar de Elisabeth, com a mesma 1 quota.

Após esta alteração, iniciaram-se as contribuições ao capital da ISPAGNAC. Veja demonstrativo a seguir:

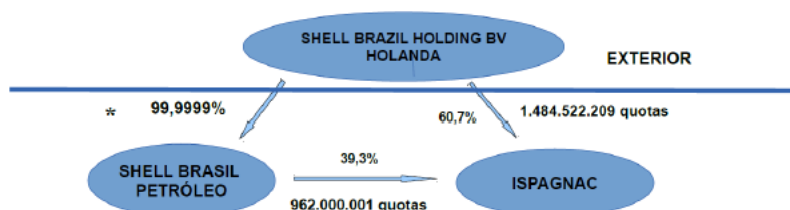
Integralizador	Alteração contratual/data	Quantidade de quotas	Valor - R\$
Shell Brazil Holding BV	1ª – 11/08/2010	99	99,00
Shell Brasil Petróleo Ltda.	2ª – 21/01/2011	1	1,00
Shell Brazil Holding BV	3ª – 29/04/2011	315.371.784	315.371.784,00
Shell Brazil Holding BV	4ª – 25/05/2011	101.388.937	101.388.937,00
Shell Brasil Petróleo Ltda.	5ª – 30/03/2012	962.000.000	962.000.000,00
Shell Brazil Holding BV	6ª – 03/08/2012	696.031.000	696.031.000,00
Shell Brazil Holding BV	7ª – 30/08/2012	371.730.389	371.730.389,00
		2.446.522.210	2.446.522.210,00

Posição societária da Ispagnac em 31 de dezembro de 2011:

	Quantidade de quotas	Valor - R\$
Shell Brazil Holding BV	416.760.820	416.760.820,00
Shell Brasil Petróleo Ltda.	1	1,00
	416.760.821	416.760.821,00

Posição societária da Ispagnac em 30 de novembro de 2012:

	Quantidade de quotas	Valor - R\$
Shell Brazil Holding BV	1.484.522.209	1.484.522.209,00
Shell Brasil Petróleo Ltda.	962.000.001	962.000.001,00
	2.446.522.210	2.446.522.210,00



Em 30 de novembro de 2012, às 9:00 horas, conforme 28ª alteração contratual, a Shell Brasil Petróleo Ltda. é parcialmente cindida no que se refere ao investimento que ela detém na ISPAGNAC e, ato contínuo, essa parcela cindida é incorporada pela própria ISPAGNAC Participações Ltda sob o amparo da controladora Shell Brazil Holding B.V.

A parcela cindida refere-se às 962.000.001 quotas que ela detinha na ISPAGNAC, as quais foram canceladas e em seu lugar foram emitidas 962.000.001 novas quotas para a Shell Brazil Holding BV.

Ou seja, eliminou-se a participação direta que a Shell Brasil Petróleo Ltda. tinha na ISPAGNAC

(...)

3.7- A Estrutura Societária da Joint Venture após as Reorganizações Societárias

Após a cisão parcial da Shell Brasil Petróleo Ltda., com a consequente incorporação da parcela cindida pela ISPAGNAC, a posição societária da Raízen Energia e Participações - REPSA assim se apresenta:

Acionistas da REPSA	Ações Ordinárias	Ações Preferenciais **	Totais	% do Capital Votante
Cosan S.A. Ind. e Comércio	2.951.297.817	118.345.604	3.069.643.421	50,00
Shell Brazil Holding B.V.	1.418.023.454		1.418.023.454	24,02
Ispagnac Participações Ltda.	1.533.274.363		1.533.274.363	25,98
Total	5.902.595.634	118.345.604	6.020.941.238	100,00

126.052.108 ações ordinárias subscritas, porém, ainda não integralizadas pela Shell Brazil Holding B.V., constam do quantitativo de 1.418.023.454 ações ordinárias.

A integralização ocorreu em Outubro/2013. **Docs. 34 a 34.2**

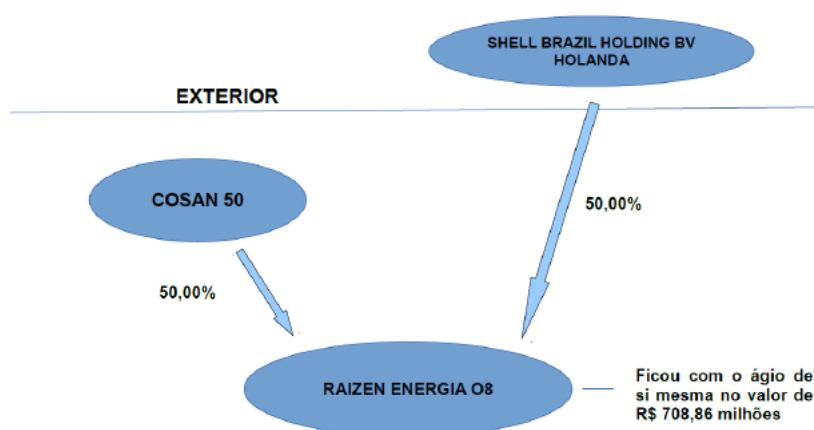
Antes o quantitativo de ações preferenciais era de 135.209.173, sendo alterado para 118.345.604, em função do resgate de 16.963.569 pela Cosan S.A. Indústria e Comércio e, ato contínuo, a emissão de 100.000 ações de mesma classe pela própria Cosan.

Tais atos societários estão retratados nas AGEs da Raízen Energia e Participações S.A., de 29/11/2012, ocorridas às 9:00 horas e às 11:00 horas, respectivamente. **Docs. 8.5, páginas 9 e 10 e 18.1 e 18.2**

Ainda em 30 de novembro de 2012, conforme AGE ocorrida às 11:30 horas, a Raízen Energia e Participações S.A. incorpora a ISPAGNAC Participações Ltda. e, ato contínuo, na mesma data, conforme AGE ocorrida às 13:30 horas, a Raízen Energia e Participações S.A. é incorporada pela Raízen Energia S.A., a joint venture paulista.

Docs. 18 a 20

O diagrama a seguir demonstra a situação final da estrutura societária da *Joint Venture* paulista, após as reorganizações societárias:



A *Joint Venture* Raízen Energia S.A. passou a amortizar tributariamente esse ágio a partir do ano-calendário de 2013, à razão de 1/5 do valor total anualmente via exclusão na apuração do lucro real e base de cálculo da CSLL, retratada no Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR referente ao ano-calendário de 2013 e na Escrituração Contábil Fiscal - ECF via E-Lalur e E-Lacs, a partir do ano-calendário de 2014.

Os controladores da *Joint Venture* se utilizaram de um planejamento tributário abusivo, com a intercalação de empresas que serviram como canais de trânsito sem propósito comercial algum, a não ser com o único objetivo de reduzir as bases tributáveis do Imposto de Renda - Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL.

Após tais considerações, o TVF (fls. 2804) conclui que a operação, nos termos em que praticada, se enquadra no conceito de simulação relativa previsto no artigo 167 do Código Civil. Confira-se

5- CONCLUSÃO

O fato da operação levada a cabo pela Shell Brazil Holding BV., com a concordância da Cosan S.A. Indústria e Comércio, ostentar legalidade, tanto isoladamente como do ponto de vista formal, não garantiu a legitimidade da operação, pois restou comprovado que a intercalação da ISPAGNAC foi um ato praticado unicamente para se obter vantagem tributária indevida, uma vez que não houve a incorporação reversa, envolvendo a adquirida e a real adquirente, o que afasta a possibilidade da amortização do ágio pela Fiscalizada.

Ficou constatado que o objetivo da intercalação da ISPAGNAC foi o de criar uma pseudo-situação que se enquadrasse num determinado dispositivo legal, a fim de reduzir ou suprimir as bases tributárias do IRPJ e da CSLL, por meio da dedução indevida a título de ágio por rentabilidade futura.

Em suma, não se vislumbrou causa econômica para a existência da ISPAGNAC e nem ânimo do exercício da atividade econômica. A sua existência se deveu apenas para propósito fiscal.

Ocorreu à luz do artigo nº 167, do Código Civil, uma operação simulada e uma dissimulada.

A intercalação da empresa veículo ISPAGNAC e a sua "aquisição" das ações da Raízen Energia e Participações S.A., empresa também utilizada como canal de trânsito, foi uma simulação, ou seja, se expressou o que não existiu na realidade, que redundou numa dissimulação, pois ocultou o que na realidade se constituiu, que foi a aquisição das ações da Raízen Energia S.A. pela Shell Brazil Holding B.V., esta sim, a real adquirente.

Vejamos o citado artigo:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; (grifo nosso)

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

O procedimento da Fiscalizada, por meio dos seus controladores, enquadra-se, destarte, no disposto no § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que em sua redação original e, na atual, nos remete aos artigos 72 e 73, da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, os quais têm a seguinte redação:

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Enquadra-se, também, no Inciso I do artigo 2º, da Lei 8.137/90:

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; (grifo nosso)

Em face do disposto na Portaria RFB nº 2.439, de 21/12/2010, com as alterações da Portaria RFB nº 3.182, de 29/07/2011, foi formalizada a representação fiscal para fins penais, processo nº 16561.720.008/2018-16,

por se tratar atos ou fatos que, em tese, configuraram crimes contra a ordem tributária

Finalmente, além da multa isolada em razão da ausência de recolhimento das estimativas, foi imputada responsabilidade solidária às empresas Cosan S.A Indústria e Comércio e Shell Brasil Holding B.V. nos seguintes termos:

6- RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Atribui-se a responsabilidade solidária aos acionistas da Fiscalizada, uma vez que, as irregularidades mencionadas nos atos societários relativos às reorganizações **societárias descritas ao longo deste Termo, demonstram que houve interesse comum** dos acionistas nas situações que constituíram os fatos geradores das obrigações tributárias.

A redução indevida das bases tributáveis do IRPJ e da CSLL da Raízen Energia S.A. teve como reflexo um aumento no fluxo de caixa da empresa fiscalizada, o qual resultou num aumento do seu patrimônio líquido exatamente pelos valores que deixaram de ser recolhidos à Fazenda Pública.

Como consequências, (1) houve um aumento na parcela que cabe a cada acionista no patrimônio da empresa, inclusive aumentando o fluxo de dividendos que poderão a eles ser distribuídos e (2) um aumento da base(patrimônio líquido) para o cálculo de juros sobre o capital próprio, que poderão eventualmente remunerar os acionistas.

Ficou claro o interesse comum dos acionistas no resultado obtido em decorrência dos procedimentos adotados, os quais se traduziram em intercalar empresas como canais de trânsito para carrear o ágio indevidamente para a Fiscalizada.

As pessoas jurídicas solidariamente responsáveis, enquadradas no artigo nº 124 I, do CTN, são as seguintes:

	CNPJ nº
Cosan S.A. Indústria e Comércio	50.746.577/0001-15
Shell Brazil Holding B.V	05.717.887/0001-57

A Contribuinte foi intimada do lançamento em 02/03/2018 (fl. 2867) e, em 29/03/2018 (fl. 2881), interpôs a Impugnação de fls. 2883-2961, alegando, em síntese, que:

a) Preliminares

a.1) **Nulidade do Auto de Infração baseado em premissa não verdadeira.** Isso porque, segundo a Recorrente, o fato de a Shell BV ser controladora da Shell Brasil não permitiria concluir que a primeira foi a "real investidora", pois este conceito, desenvolvido pela recente jurisprudência administrativa, está

relacionado à fonte primária dos recursos e não com o poder de ingerência dentro do grupo econômico.

a.2) **Decadência**, uma vez que, como a subscrição das ações ocorreu em junho de 2011, não poderia o Fisco questionar a legalidade dos atos, eis que já transcorrido o prazo decadencial de 5 anos;

b) Mérito

b.1) Foram cumpridos todos os requisitos para amortização fiscal do ágio, uma vez que a ISPAGNAC adquiriu participação societária na REPSA com recursos próprios recebidos em integralizações de capital; o ágio teve como fundamento a expectativa de rentabilidade futura; e a ISPAGNAC foi incorporada pela REPSA

b.2) Ao contrário do que afirma a Fiscalização, a amortização fiscal do ágio não dependia da participação da ISPAGNAC, pois a subscrição poderia ter sido feita pela Shell Brasil, que possuía estrutura financeira para tanto. Posteriormente, a REPSA, em vez de incor-porar a ISPAGNAC, poderia ter incorporado a Shell Brasil, ou ter sido incorporada.

b.3) A ISPAGNAC foi utilizada porque, nos termos do acordo para formação da JV, os grupos Cosan e Shell continuariam a atuar paralela e independentemente em outros mercados. Sem a ISPAGNAC, a Shell Brasil, ao incorporar a REPSA, teria que emitir novas ações para a Cosan, acarretando sua entrada no grupo Shell. Por outro lado, se a REPSA incorporasse a Shell Brasil, passaria a deter, de forma indireta, ativos que deveriam se manter exclusivamen-te com o grupo Shell. Diante do exposto, fica demonstrado que havia um efetivo propósito negocial para a participação da ISPAGNAC.

b.4) Inexiste norma no ordenamento jurídico que autorize as Autoridades Fiscais a desconstituir negócios jurídicos em razão de suposta falta de propósito negocial.

b.5) A Lei n. 6.404/76, no art. 2º, § 3º, prevê que é válida a constituição de sociedade apenas como o objetivo de usufruir de benefício fiscal¹.

b.6) Não houve simulação porque nenhuma das hipóteses previstas no art. 167, § 1º, do Código Civil se verificou no caso sob exame.

b.7) Segundo o CARF, o uso de empresa veículo não invalida a amortização do ágio e, ainda que houvesse o intuito único de reduzir a carga tributária, não caracterizaria simulação.

b.8) Apesar de os recursos aportados pela Shell BV na ISPAGNAC comporem o custo de aquisição registrado naquela sociedade, as operações ora analisadas teriam sido realizadas com base no que dispõe a legislação, logo não poderia a Fiscalização tentar infirmá-las argumentando que a duplicação do ágio ensejaria seu reaproveitamento, caso a Shell BV alienasse a participação. Além disso, a alegação não procede porque se baseia em evento futuro e incerto.

b.9) Ainda que prevaleça o entendimento de que a Shell BV é a “real adquirente”, deve ser determinada a exoneração da parcela da exigência fiscal relativa à parte

do ágio pago com recursos aportados pela Shell Brasil, pois seria evidente que aquele argumento só se aplicaria aos recursos gerados no exterior e aportados pela Shell BV.

b.10) Inexiste previsão legal para adição da amortização ao lucro líquido na apuração da base de cálculo da CSLL.

b.11) A multa qualificada de 150% seria improcedente porque não teria havido fraude, simulação, dissimulação, sonegação, conluio. E, ainda que tivesse havido, não se teria provado o dolo. Isso porque no caso sob análise, a Contribuinte prestou informações e forneceu todos os documentos solicitados pela Fiscalização; registrou, arquivou e submeteu à análise todos os atos societários nos órgãos de registro competentes

b.12) Como os autos de infração objeto do presente processo foram lavrados após o término dos anos-base de 2013, 2014 e 2016, eventuais insuficiências de recolhimento de estimativas não mais poderiam mais ser punidas com multa isolada.

b.13) Ainda que se pudesse lançar a multa isolada após o encerramento do ano-base, não poderia haver cumulação com a multa do ofício, sobre os mesmos valores supostamente devidos, tanto a título de estimativa quanto de ajuste anual, conforme disposto na súmula CARF nº 105;

b.14) Inexiste previsão legal para incidência de juros sobre multa. O art. 84 da Lei n. 8.981/95 estabelece a incidência apenas sobre tributos.

c) Da responsabilidade solidária

As responsáveis solidárias alegaram, resumidamente, que:

a) Não restou caracterizada a solidariedade prevista no art. 124, I, do CTN, uma vez que o referido artigo trata das situações nas quais se verifica uma pluralidade de sujeitos concorrendo na hipótese de incidência, sendo todos qualificados como contribuinte (por possuírem relação pessoal e direta com a situação que constitui o fato gerador do tributo).

b) São partes ilegítimas para figurarem no polo passivo do presente processo administrativo, pois a decisão de dar efeitos fiscais à amortização do ágio foi tomada única e exclusivamente pela Contribuinte, empresa com autonomia para tomar suas decisões administrativas (princípio contábil da entidade).

c) As razões apresentadas pela Auditoria Fiscal para motivar a responsabilização – distribuição de dividendos e pagamento de JCP – em nada se relacionam com a atribuição de solidariedade, pois o interesse econômico não enseja a aplicação do art. 124, I, do CTN.

[...]

A decisão de primeira instância manteve, em síntese, o lançamento efetuado pela fiscalização na sua íntegra, apenas afastando a devedora solidária SHELL BRASIL HOLDING do polo

passivo, e mantendo a responsabilidade solidária da empresa COSAN S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO, porque esta supostamente não teria apresentado a competente impugnação.

Contudo, em sede de embargos, restou reconhecido que a COSAN havia apresentado impugnação, e a sua responsabilidade também restou afastada pela DRJ, que recorreu de ofício com relação ao afastamento de ambas as solidárias.

No recurso voluntário, o contribuinte reiterou os seus argumentos de impugnação, e, ainda, arguiu: a) Necessidade de se observar os comandos da LINDB; b) Ausência de fundamentação quanto à parcela dos custos de aquisição referente aos recursos financeiros aportados na ISPAGNAC pela Shell Brasil; c) Inovação do critério jurídico pela Turma Julgadora de origem.

O acórdão recorrido, ao negar provimento aos recursos de ofício e voluntário, confirmou, assim, a manutenção integral da autuação fiscal, inclusive a multa qualificada e a multa isolada, bem como o afastamento, do polo passivo, das coobrigadas SHELL e COSAN, nos termos da ementa e parte dispositiva já ao norte transcritas.

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL

Cientificada, a PGFN apresentou Recurso Especial (fls. 4289-4299) em que suscita divergência entre o acórdão recorrido e decisões de outra Turma em relação à matéria ***“Caracterização de ‘interesse comum’ – art. 124, inciso I, do CTN”***, apresentando como paradigma o Acórdão nº 3301-004.593, e argumentando que este, ao contrário do recorrido, *“firmou o entendimento que o interesse comum, previsto no art. 124, I, do CTN para fins de imputação de responsabilidade solidária, reside no interesse econômico, advindo dos benefícios advindos da operação simulada, assim como ocorreu no presente caso”*.

O Despacho de Admissibilidade de fls. 4349-4342 deu seguimento ao Apelo da Fazenda Nacional, nos seguintes termos:

Decisão recorrida:

Não há ementa correspondente a essa matéria.

[...].

Conforme já mencionado no Relatório, a DRJ de origem deu provimento às Impugnações apresentadas pelas responsáveis solidárias, por entender inexistentes os pressupostos para a imputação da responsabilidade solidária prevista no artigo 124, I, do CTN.

Resta nítido, pela leitura da fundamentação constante do item 6 do TVF, que a autoridade lançadora qualificou a expressão "interesse comum" constante do artigo 124, I do CTN como "interesse econômico". Confira-se:

[...].

No entanto, conforme bem apontado pela decisão recorrida o "interesse comum" na situação que constitua fato gerador não se confunde com o

interesse econômico. Nesse sentido, valiosa a transcrição dos seguintes trechos da decisão recorrida:

[...].

[...].

Dessa forma, a interpretação conjunta desses dispositivos ajuda a esclarecer o alcance da expressão "interesse comum" constante do artigo 124, I, do CTN. Isso porque, se admitirmos que a expressão "interesse comum" equivale a "interesse econômico", "interesse de fato", esvaziá-los de sentido tanto o inciso II do mencionado artigo, como da norma do artigo 128 do Código Tributário Nacional. Assim, ao mencionar "interesse comum" na situação que configura o fato gerador, o Código está dispondo que a obrigação que surge é uma só, originada por um só fato gerador, na qual existe mais de uma pessoa concorrendo no acontecimento do mesmo fato, por isso, todos assumem a condição de sujeitos passivos da obrigação, solidariamente.

Acórdão paradigma nº 3301-004.593, de 2018:

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM.

Cabe a atribuição de responsabilidade solidária àqueles que tiverem interesse comum na situação que constitua o fato jurídico tributário, nos termos do art. 124, I, do CTN.

[...].

Entendo que o interesse comum resta demonstrado, eis que reside no interesse econômico, ou seja, interesse nas consequências oriundas da realização da operação simulada, beneficiando-se os dois polos do uso indevido dos créditos.

Entendo que o art. 124, I, não se restringe às partes que realizem conjuntamente o fato gerador do tributo.

6. Com relação a essa matéria, **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

7. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que o "interesse comum" na situação que constitua fato gerador não se confunde com o interesse econômico e que, ao mencionar "interesse comum" na situação que configura o fato gerador, o Código está dispondo que a obrigação que surge é uma só, originada por um só fato gerador, na qual existe mais de uma pessoa concorrendo no acontecimento do mesmo fato, por isso, todos assumem a condição de sujeitos passivos da obrigação, solidariamente, o **acórdão paradigma apontado** (Acórdão nº 3301-004.593, de 2018) decidiu, **de modo diametralmente oposto**, que o interesse comum resta demonstrado, eis que reside no interesse econômico, ou seja, interesse nas consequências oriundas da realização da operação simulada,

beneficiando-se os dois polos do uso indevido dos créditos e que o art. 124, I, não se restringe às partes que realizem conjuntamente o fato gerador do tributo.

8. Por tais razões, neste juízo de cognição sumária, conclui-se pela **caracterização da divergência de interpretação suscitada.**

[...]

10. Com fundamento nas razões acima expendidas, nos termos dos arts. 18, inciso III, c/c 68, § 1º, ambos do Anexo II do RI/CARF aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, **ADMITO** o Recurso Especial interposto.

Cientificados do teor do acórdão recorrido e do despacho de admissibilidade, os responsáveis apresentaram tempestivas Contrarrazões ao recurso fazendário (fls. 4423-4448 e 4534-4559).

Ambos defendem que o recurso deva ser inadmitido, em razão da inexistência de qualquer similitude entre os casos confrontados, e também pelo fato de que o recurso fazendário, para o seu eventual provimento, exigiria o reexame de matéria fática e probatória, vedado na via de recurso especial.

Com relação à ausência de similitude, ressaltam que, *“enquanto nos presentes autos trata-se de exigência de IRPJ e CSLL em razão da suposta amortização indevida de ágio, o caso paradigma indicado pela Recorrente decorre de exigência de PIS e COFINS sobre suposta transferência indevida de créditos”*.

Além disso, argumentam que a fundamentação da solidariedade atribuída às Recorridas decorreria somente do *“suposto benefício econômico obtido na condição de acionista do sujeito passivo principal”*, ao passo que, no caso paradigmático, *“concluiu-se que o sujeito passivo solidário atuou diretamente no negócio que permitiu a transferência dos créditos”*.

No mérito, defendem, em síntese, o acerto do acórdão recorrido na parte em que afastou a solidariedade prevista no artigo 124,1, do CTN.

RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE

Cientificado do teor do acórdão recorrido, o contribuinte apresentou também o seu Recurso Especial (fls. 4624-4683) em que suscita divergência entre o acórdão recorrido e decisões de outra Turma com relação às matérias assim identificadas no despacho de admissibilidade de fls. 5204-5244:

IV.1 - Do Não Cumprimento dos Pressupostos do Ato Administrativo: Vício de Fundamentação; (obs.: não admitido)

IV.2 - Da Nulidade do Acórdão da DRJ: Indevida Inovação do Critério Jurídico; (obs.: não admitido)

IV.3 - Da Nulidade dos Acórdãos da DRJ: Não Apreciação de Argumentos Relevantes ao Deslinde do Caso;

IV.4 - Da Ausência de Previsão Legal Acerca da Necessidade de Confusão Patrimonial entre "Real Adquirente" e "Real Investida";

IV.5 - Ad Argumentandum - Da Existência de Confusão Patrimonial no Caso Concreto: Demonstração da Licitude e Validade das Operações;

IV.6 - Da Inexistência de Previsão Legal para a Adição, à Base de Cálculo da CSLL, da Despesa com a Amortização de Ágio Considerada Indedutível pela Fiscalização;

IV.7 - Da Inexistência de Simulação nas Operações em Questão: Impossibilidade de Aplicação da Multa Qualificada;

IV.8 - Da Necessidade de se Observar os Comando da LINDB, ao menos, no que tange à Qualificação da Multa;

IV.9 - Da Impossibilidade de Exigência de Multa Isolada após o Encerramento do Ano-Base;

IV.10 - Da Impossibilidade de Cumulação da Multa Isolada com a Multa de Ofício; e

IV.11 - Da Necessidade de se Observar o Princípio da Consunção: Impossibilidade de Cobrança da Multa Isolada.

O Despacho de Admissibilidade deu seguimento ao Apelo do Contribuinte com relação a todos os temas, exceto os dois primeiros (IV.1 e IV.2), decisão contra a qual apresentou o recurso de Agravo, que foi rejeitado, confirmando-se o seguimento parcial do recurso.

Transcrevo, a seguir, excertos do Despacho de Admissibilidade relativamente às matérias admitidas:

IV.3 - Da Nulidade dos Acórdãos da DRJ: Não apreciação de Argumentos Relevantes ao Deslinde do Caso;

Estes são os argumentos que a contribuinte apresenta para a admissibilidade do recurso especial em relação à terceira divergência suscitada:

[...]

- Contudo, o entendimento contido no acórdão recorrido é contrário ao disposto nos acórdãos paradigmas nº 2401-002.687 e nº 1301-001.123, eis que, nessas oportunidades, esse E. Conselho Administrativo entendeu pela nulidade de decisões administrativas nas quais se deixou de apreciar devidamente os argumentos trazidos aos autos - tal como ocorreu no presente processo -, impossibilitando, assim, o exercício pleno do direito de defesa pelo contribuinte;

- Confira-se, nesse sentido, as ementas dos referidos acórdãos paradigmas, a fim de se comprovar a existência de dissídio jurisprudencial no caso em tela:

"Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/05/2006 a 31/12/2008

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - AUSÊNCIA DE ENFRENTAMENTO DE TODOS OS ARGUMENTOS TRAZIDOS NA IMPUGNAÇÃO PELA DECISÃO NOTIFICAÇÃO - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - NULIDADE DA DECISÃO.

Os pontos trazidos pelo impugnante devem ser devidamente refutados na decisão notificação, sob pena de cercear o direito de defesa e o contraditório implicando nulidade.

A autoridade julgadora não rebateu devidamente os argumentos apresentados na impugnação, quanto a ausência de fundamentação da base de cálculo de autônomos e cooperativas, implicando cerceamento do direito de defesa e por conseguinte nulidade da decisão.

Decisão de Primeira Instância Anulada." (fl. 01 do acórdão paradigma nº 2401-002.687-g.n.)

"NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. A não apreciação, pelo órgão julgador 'a quo', de todos os argumentos e documentos apresentados na fase impugnatória constitui preterição do direito de defesa e determina a declaração de nulidade da decisão de primeiro grau, a teor do disposto no artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/1972." (fl. 01 do acórdão paradigma nº 1301-001.123 - g.n.)

[...]

- Cumpre destacar que, assim como o acórdão da C. DRJ, o acórdão recorrido também deixou de analisar diversos pontos trazidos no Recurso Voluntário da Recorrente, o que foi objeto de Embargos de Declaração (tópico *"II.1 -Omissão do Acórdão Embargado Quanto aos Argumentos Suscitados em Sede de Recurso Voluntário para Sustentar a Validade da Amortização do Ágio"*);

- Contudo, no Despacho de Admissibilidade, entendeu-se por rejeitar referidos aclaratórios, sob a alegação de que *"inexistem as alegadas omissões, dado que mesmo após o advento do CPC/2015 o julgador não é obrigado a rebater todos os argumentos formulados pelas partes quando já encontrou motivos suficientes para decidir, exatamente como ocorreu no presente caso, não se aplicando ao caso o reclamado artigo 489 do Código"* (fl. 06 do Despacho de Admissibilidade);

[...]

Os paradigmas apresentados atendem os requisitos mencionados nas letras "e" a "g" das páginas 3 e 4 deste despacho, e eles também servem para demonstrar a alegada divergência jurisprudencial.

O acórdão recorrido entendeu que omissões na apreciação das alegações da contribuinte, ainda que elas estejam individualmente destacadas na impugnação, não acarretam a nulidade da decisão de primeira instância, porque o processo administrativo fiscal federal não prevê apresentação de embargos de declaração para as decisões de primeira instância (que seria o recurso próprio para sanar esse tipo de vício).

Já os acórdãos paradigmas entendem que *“Os pontos trazidos pelo impugnante devem ser devidamente refutados na decisão notificação, sob pena de cercear o direito de defesa e o contraditório implicando nulidade”* (primeiro paradigma); e que *“A não apreciação, pelo órgão julgador ‘a quo’, de todos os argumentos e documentos apresentados na fase impugnatória constitui preterição do direito de defesa e determina a declaração de nulidade da decisão de primeiro grau, a teor do disposto no artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/1972”* (segundo paradigma).

A divergência, portanto, está caracterizada.

Importante destacar que a referida divergência jurisprudencial se dá em relação ao fundamento que o acórdão recorrido utilizou para tratar das alegações de omissão por parte da decisão de primeira instância.

Se houve ou não tais omissões, e quais as consequências disso, já são questões relativas ao mérito do próprio recurso especial.

Além disso, cabe observar que a contribuinte também aponta divergência sobre vícios de omissão em relação ao próprio acórdão recorrido, e não apenas em relação à decisão de primeira instância.

Nesse caso, lembro que o Código de Processo Civil - CPC se aplica supletiva e subsidiariamente ao PAF (Lei nº 13.105/2015, art. 15), e faço menção ao art. 1.025 do mesmo código:

[...]

Dentre as várias omissões apontadas pela recorrente em relação ao próprio acórdão recorrido, destaco aquela referente ao item III.6 do recurso voluntário, que trata da dedutibilidade do ágio na ótica específica da CSLL (*“III.6 – AD ARGUMENTANDUM – INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A ADIÇÃO NA BASE DE CÁLCULO DA CSLL DA DESPESA COM AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO”*), e que não foi apreciado pelo acórdão recorrido, e nem teve a omissão reconhecida em sede de embargos de declaração, com o argumento de que as alegações da contribuinte não veiculavam fundamentos que careciam de enfrentamento ou análise pelo julgador, visto que não eram essenciais ao debate, mas apenas recursos de natureza retórica.

Oportuno registrar que o recurso voluntário já trazia farta jurisprudência, mencionando várias decisões do próprio CARF que trataram da dedutibilidade do ágio no contexto específico da legislação da CSLL.

Isso já basta para a admissibilidade do recurso quanto à divergência por omissão suscitada em relação ao próprio acórdão recorrido, além daquela já admitida nos parágrafos anteriores em relação à decisão de primeira instância.

Desse modo, proponho que seja DADO SEGUIMENTO ao recurso especial em relação a esse terceiro tópico.

IV.4 - Da Ausência de Previsão Legal Acerca da Necessidade de Confusão Patrimonial entre "Real Adquirente" e "Real Investida".

Estes são os argumentos que a contribuinte apresenta para a admissibilidade do recurso especial em relação à quarta divergência suscitada:

- De acordo com o entendimento manifestado pela C. Turma Julgadora a quo, no caso concreto, o aproveitamento fiscal do ágio não seria possível, porquanto, em não havendo a confusão patrimonial entre o "real adquirente" e o investimento adquirido com ágio, não restou configurada a hipótese prevista no artigo 7º da Lei nº 9.532/97;
- Neste ponto, afirmou-se no acórdão recorrido que, a despeito de a ISPAGNAC ter realizado a aquisição do investimento (subscrição das ações da Raízen Participações) com ágio, esta não seria a real adquirente, uma vez não dispunha dos recursos necessários para realizar referida aquisição;
- Veja-se, neste sentido, os breves trechos do voto vencedor do acórdão recorrido que tratam do mérito da presente autuação fiscal:

[...]

- Observa-se que o único argumento utilizado pelo acórdão recorrido para a manutenção do lançamento fiscal é no sentido de que, como a ISPAGNAC não era a "real adquirente", já que não possuía os recursos necessários, não houve a suposta confusão patrimonial entre o "real investidor" e o investimento adquirido com ágio;
- Apesar de o acórdão recorrido não mencionar quem seria o "real adquirente" desse investimento, como visto acima, cumpre reiterar que, na autuação fiscal, a Fiscalização assevera que a Shell BV seria o real investidor, tendo em vista que esta sociedade estrangeira realizou aporte na ISPAGNAC para que esta seguisse diretamente com a aquisição/subscrição das ações da Raízen Participações;
- Ocorre que tal entendimento disposto no acórdão recorrido diverge frontalmente do quanto decidido por esta C. CSRF no acórdão paradigma nº 9101-003.609, no qual se entendeu que a legislação fiscal não prevê como condição necessária para o aproveitamento fiscal do ágio que haja a confusão patrimonial envolvendo suposto "real adquirente" e "real adquirida";
- De fato, neste precedente, o posicionamento manifestado por esta CSRF foi o de que, para que seja possível o aproveitamento fiscal do ágio, basta

que haja a incorporação entre a sociedade que detém o investimento adquirido com ágio e este respectivo investimento. Confira-se:

[...]

O paradigma apresentado atende os requisitos mencionados nas letras “e” a “g” das páginas 3 e 4 deste despacho, e ele também serve para demonstrar a alegada divergência jurisprudencial.

Realmente, no paradigma formou-se uma maioria em relação ao entendimento de que é possível a utilização de "empresa veículo", com a transferência de investimento com ágio; que o artigo 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, ao tratar da confusão patrimonial como condição da amortização do ágio não tem qualquer referência ao "investidor original"; que é dispensável a confusão patrimonial entre investidora original e investida original, na medida em que a legislação não atribui interpretação restritiva nesse sentido; e que se a origem do ágio é legítima (com a existência de partes independentes, dispêndio, demonstração da rentabilidade futura, etc.), não há restrição legal à sua transferência juntamente com o investimento a ele relacionado.

E esse entendimento é mesmo divergente daquele firmado no acórdão recorrido, no sentido de que o ágio só poderia ser deduzido se a confusão patrimonial abrangesse a investidora original e a investida original.

Desse modo, proponho que seja DADO SEGUIMENTO ao recurso especial em relação à quarta divergência.

IV.5 - Ad Argumentandum - Da Existência de Confusão Patrimonial no Caso Concreto: Demonstração da Lícitude e Validade das Operações.

Estes são os argumentos que a contribuinte apresenta para a admissibilidade do recurso especial em relação à quinta divergência suscitada:

- Ainda que essa C. Câmara Superior de Recursos Fiscais entenda por superar os argumentos aduzidos no tópico antecedente do presente Recurso Especial, reconhecendo que há na legislação tributária requisito que exige a ocorrência de confusão patrimonial entre a "real adquirente" e o investimento adquirido com ágio, o que se admite a título de argumento, deve-se destacar que, no caso em tela, houve o cumprimento desse requisito, na medida em que as operações ora discutidas são lícitas e a amortização do ágio foi realizada em conformidade com o disposto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97;
- Como mencionado anteriormente, em breves parágrafos, o Ilmo. Conselheiro Redator do voto vencedor asseverou que não restou configurada a hipótese prevista no já citado artigo 7º da Lei nº 9.532/97, uma vez que “a ISPAGNAC não era a real adquirente, exatamente porque a referida pessoa jurídica não dispunha dos recursos necessários para realizar a aquisição” (fl. 37 do acórdão recorrido). Por essa razão, entendeu-se, por

voto de qualidade, pela manutenção da glosa efetuada pela Autoridade Fiscal;

- Em outras palavras, o único argumento utilizado no voto vencedor, no tocante a esse ponto, foi o de que, como os recursos utilizados pela ISPAGNAC para a aquisição das ações da Raízen Participações tiveram como origem operações de integralização de capital (efetuadas por seus sócios à época, Shell BV, sociedade estrangeira, e Shell Brasil), esta não poderia ser a "real adquirente" do investimento, inexistindo, assim, a confusão patrimonial requerida no dispositivo legal supramencionado. Repisa-se que não há no voto vencedor do acórdão recorrido outros argumentos para a manutenção das autuações fiscais;

- No entanto, a argumentação utilizada no acórdão recorrido é contrária ao posicionamento de outras Turmas Ordinárias desse E. CARF, o que comprova a existência de divergência jurisprudencial no caso em tela e, consequentemente, a necessidade de cancelamento dos autos de infração combatidos;

- No acórdão paradigma nº 1302-001.150, restou claro o entendimento de que *"o fato de o investidor no exterior ter preferido aportar capital em uma subsidiária brasileira, para que essa depois adquirisse as ações (...) com ágio não se constitui conduta simulada"* (fl. 01 do acórdão paradigma), sendo possível a dedutibilidade das despesas com amortização do ágio nesse cenário, conforme previsão legal nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97;

- A fim de que não paire qualquer dúvida quanto à existência de dissídio jurisprudencial, transcreve-se, abaixo, trechos da ementa e do voto da decisão paradigma mencionada:

Ementa

"GLOSA DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. INDEVIDA. SIMULAÇÃO. NÃO CARACTERIZADA

Deve ser afastada a imputação de simulação, quando não demonstrado o pacto simulatório. **O fato de o investidor no exterior ter preferido aportar capital em uma subsidiária brasileira, para que essa depois adquirisse as ações da recorrente com ágio não se constitui em conduta simulada, pois, diante de dois caminhos lícitos, não estaria obrigado a optar pelo mais oneroso tributariamente**, ou seja, aquele em que ele adquirisse diretamente as ações com ágio e depois não pudesse realizar o evento (incorporação, fusão ou cisão) que lhe permitisse recuperar o custo sem alienar o investimento.

A dedutibilidade da amortização do ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, após a incorporação da controladora pela controlada, encontra expressa previsão legal nos

arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97." (fl. 01 do acórdão paradigma nº 1302-001.150 - g.n.)

Trechos do Voto

[...]

- Nesse sentido é também o entendimento do acórdão paradigma nº 1302-001.182, que cancelou o lançamento fiscal, sob a alegação de que *"não é ilícita a conduta do investidor estrangeiro que prefere, primeiro, constituir uma subsidiária no Brasil, para que essa, depois, adquira os investimentos que a matriz no exterior deseja"*. Veja-se:

"DESPESA COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. GLOSA INDEVIDA.

Não restando demonstrados a simulação, o abuso de direito e a fraude à lei na geração do ágio, como sustentava a Fiscalização, há que se cancelar a glosa da despesa.

Não é ilícita a conduta do investidor estrangeiro que prefere, primeiro, constituir uma subsidiária no Brasil, para que essa, depois, adquira os investimentos que a matriz no exterior deseja." (fl. 01 do acórdão paradigma nº 1302-001.182).

[...]

Os paradigmas apresentados atendem os requisitos mencionados nas letras "e" a "g" das páginas 3 e 4 deste despacho, e eles também servem para demonstrar a alegada divergência jurisprudencial.

Realmente, diante dos mesmos cenários, o acórdão recorrido e os paradigmas se manifestaram de forma divergente.

Diferentemente do acórdão recorrido, os paradigmas não deixaram de considerar a empresa brasileira (aquela que realizou os investimentos com ágio) como "real investidora" ou "real adquirente", pelo fato de ela ter recebido recursos do exterior para esse fim.

De acordo com os paradigmas, a empresa brasileira que recebeu recursos do exterior, e que adquiriu os investimentos com ágio, sequer estaria na condição de empresa veículo.

Em síntese, os paradigmas entenderam que o fato de a sociedade estrangeira optar por aportar recursos em empresa controlada no Brasil, para que essa efetuassem a compra de investimento com ágio, não era causa impeditiva do aproveitamento fiscal desse ágio. Ao contrário disso, segundo esses paradigmas, tratava-se de aplicação direta do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97.

Desse modo, proponho que seja DADO SEGUIMENTO ao recurso especial em relação à quinta divergência.

IV.6 - Da Inexistência de Previsão Legal para a Adição, à Base de Cálculo da CSLL, da Despesa com a Amortização de Ágio Considerada Indedutível pela Fiscalização.

Estes são os argumentos que a contribuinte apresenta para a admissibilidade do recurso especial em relação à sexta divergência suscitada:

- Em seu Recurso Voluntário, a Recorrente sustentou, por fim, que mesmo que pudesse prevalecer o entendimento defendido pela Autoridade Fiscal no TVF, no sentido de que a amortização do ágio no presente caso não estaria respaldada pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, deveria, ainda assim, ser cancelado o auto de infração relativo à CSLL;
- Isso porque, como exposto na peça recursal, não há na legislação fiscal qualquer previsão no sentido de que as despesas de ágio consideradas indedutíveis na apuração do lucro real também o serão na apuração da base de cálculo da CSLL, que segue regras próprias;
- Contudo, referidos argumentos não foram analisados no voto vencedor do acórdão recorrido. Na ementa do acórdão recorrido, consta apenas que *“tratando-se da mesma matéria fática e não havendo questões de direito específicas a serem apreciadas, estende-se ao lançamento decorrente (CSLL) a decisão proferida em relação ao lançamento principal (IRPJ)”* (fl. 02 - g.n.);
- Por essa razão, foram opostos Embargos de Declaração pela Recorrente, [...]
- Porém, referidos Embargos foram rejeitados, [...]
- No entanto, diferentemente do que se alegue no Despacho de Admissibilidade, como houve a manutenção do lançamento principal (IRPJ) no que tange à glosa de despesas com amortização do ágio, tais alegações relativas ao auto de infração de CSLL deveriam ter sido analisadas pela C. Turma Julgadora *a quo*, na medida em que se tratam de argumentos autônomos. Não se trata, portanto, de alegação *“de natureza retórica”*, como asseverado, equivocadamente, no Despacho de Admissibilidade; [...]
- Ocorre que tal entendimento não merece prosperar, já que, conforme já decidido por essa C. CSRF no acórdão paradigma nº 9101-002.310, inexistente previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio considerada indedutível na apuração do lucro real:

"AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO. INAPLICABILIDADE DO ART. 57, LEI Nº 8.981/1995.

Inexistente previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial. Inaplicabilidade, ao caso, do art. 57 da Lei nº 8.981/1995, posto que tal dispositivo não determina

que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ." (fl. 01 do acórdão paradigma nº 9101-002.310 - g.n.)

- Nesse sentido, vale mencionar o acórdão paradigma nº 1103-00.630, no qual também se entendeu por afastar a tributação pela CSLL sobre as despesas com amortização de ágio, com base nas razões a seguir expostas:

"Com relação à dedução das despesas de amortização do ágio, para fins da CSLL, registro que não há previsão legal para a indedutibilidade dessas despesas, tal como é preceituada para o lucro real, pelo art. 25 do Decreto-Lei n. 1.598/77.

[...]

[...]

Os paradigmas apresentados atendem os requisitos mencionados nas letras "e" a "g" das páginas 3 e 4 deste despacho, e eles também servem para demonstrar a alegada divergência jurisprudencial.

[...]

Vê-se que os paradigmas não só consideraram relevantes as questões do ágio suscitadas especificamente para a CSLL, como decidiram favoravelmente à tese dos contribuintes. Na linha defendida por esses acórdãos, mesmo que o ágio tivesse que ser adicionado no LALUR, aumentando a base tributável do IRPJ, não haveria previsão equivalente na legislação da CSLL, determinando sua adição à base de cálculo da contribuição.

O acórdão recorrido (integrado pelo despacho de embargos), por outro lado, considerou que essas alegações específicas em relação à CSLL "não veiculam fundamentos que carecem de enfrentamento ou análise pelo julgador, visto que não são essenciais ao debate, mas apenas recursos de natureza retórica".

Sendo assim, também está caracterizada a divergência em relação ao tema da *"Inexistência de Previsão Legal para a Adição, à Base de Cálculo da CSLL, da Despesa com a Amortização de Ágio Considerada Indedutível pela Fiscalização"*.

Desse modo, proponho que seja DADO SEGUIMENTO ao recurso especial em relação à sexta divergência.

IV.7 - Da Inexistência de Simulação nas Operações em Questão: Impossibilidade de Aplicação da Multa Qualificada.

Estes são os argumentos que a contribuinte apresenta para a admissibilidade do recurso especial em relação à sétima divergência suscitada:

- Por fim, na remota hipótese desse E. CARF não entender pelo cancelamento integral dos autos de infração, o que se alega apenas a título argumentativo, deve ser, ao menos, afastada a multa qualificada indevidamente aplicada pela Autoridade Fiscal e mantida pelas Autoridades Julgadoras, já que não houve, no presente caso, dolo ou simulação nas

operações que culminaram na subscrição de ações da Raízen Participações com ágio pela ISPAGNAC e a posterior possibilidade de sua dedução;

- No voto vencedor do acórdão ora recorrido, notadamente no tópico que trata da qualificação da multa de ofício, a C. Turma Julgadora entendeu que *"a ISPAGNAC foi utilizada, de modo artificial, unicamente com o fim de permitir a aquisição do investimento com ágio para posteriormente ser incorporada, em operações desprovidas de próprio negocial"* (fl. 38);

- A suposta artificialidade das operações estaria evidenciada pelo resultado obtido, isto é, a extinção da ISPAGNAC e o controle direto pela Shell BV, sociedade estrangeira, sobre o investimento adquirido com o ágio;

- Assim, no entender do Colegiado a quo, como houve, suspostamente, a criação de uma *"verdade meramente formal"* para o fim de forçar o enquadramento na hipótese do artigo 7º da Lei nº 9.532/97, tal situação configura típica simulação, o que ensejou a manutenção da multa de ofício no percentual de 150%;

- Veja-se, abaixo, os trechos do voto vencedor:

[...]

- No caso em análise pelo acórdão paradigma nº 1302001.182, os autos de infração de infração foram lavrados com multa qualificada, sob a alegação de que o contribuinte, naquela oportunidade, operou uma *"reestruturação societária com simulação e ocorrência de ato ilícito nulo por abuso de direito (...) bem como pela ocorrência de fraude à lei na utilização de operações estruturas, que isoladamente aparentavam licitude, mas que, vistas em seu conjunto, acabaram por demonstrar uma outra realidade"* (fls. 09 e 10 do acórdão paradigma em tela - g.n.), assim como ocorreu nos presentes autos;

- No entanto, diferentemente do acórdão recorrido, entendeu-se, no acórdão paradigma nº 1302-001.182, que não houve qualquer ilicitude na operação perpetrada pelo contribuinte, pelos seguintes argumentos:

"No que tange ao **enquadramento da conduta da recorrente como simulação**, inicialmente, resalto que a simulação em matéria fiscal foi bem enfrentada no Parecer CST 46/87, do qual retiro duas conclusões, quais sejam, que as operações simuladas são:

a) ilícitas na medida em que pretendem encobrir ato de natureza jurídica com efeitos tributários mais onerosos para o contribuinte;

b) devem prevalecer os efeitos do negócio dissimulado.

[...]

Qual o conluio demonstrado nos autos? Será que fazer jus aos benefícios dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 podem ser tomados

como enganar o Fisco? Qual o ato dissimulado? Todas as respostas são negativas, pois a contribuinte quis transferir o ágio para a operacional, o que encontrou amparo no art. 8º da Lei 9.532/97. (...)

Por outro lado, os efeitos buscados pela DELMEY eram os efeitos próprios dos atos praticados (adquirir a participação de terceiros na BRASIF com ágio por meio da DUFYR BRASIL e depois promover a incorporação desta por aquela) e não de atos eventualmente dissimulados. **Sustenta, então, a autoridade fiscal que a simulação estaria configurada na utilização da DUFYR BRASIL apenas para adquirir as ações da BRASIF com ágio e depois ser incorporada, possibilitando a geração de despesas com amortização do ágio.** Há que se **distinguir o conceito de motivo e causa** do negócio jurídico. A futura incorporação da DUFYR BRASIL e o aproveitamento da despesa de amortização do ágio podem ser até o motivo do aporte de capitais na DUFYR BRASIL, mas não a sua causa. Causa é o fim que o agente procura e o leva a prática do ato, sem se cogitar do fim, que antes tivera, e do fim, ou fins, ulteriores, que com o ato entende alcançar. Motivos são as pré-intenções que dão ensejo ao negócio. O que é essencial ao negócio jurídico é a causa (...). No caso em tela, **a DELMEY queria aportar capital na DUFYR BRASIL, para constituir uma subsidiária no Brasil, não restando demonstrado qualquer simulação quanto a causa do negócio, ou seja, sobre a existência de um negócio dissimulado.** (...)

Por esse mesmo motivo, afasta-se também a alegação de falta de propósito negocial na constituição da Dufyr Brasil. De qualquer forma, **falta de propósito negocial não configura, por si só, em simulação**, senão vejamos como dispõe o § 1º do art. 167 do Código Civil, in verbis: (...)

Ademais, **ainda que não houvesse a vontade de perpetuar a DUFYR BRASIL, não houve simulação na geração do ágio**, pois esse seria gerado fosse a subscrição feita diretamente pela DELMEY ou por meio da sua controlada brasileira DUFYR BRASIL. Por sua vez, a opção legal de fazer a subscrição por meio da DUFYR BRASIL, de forma a possibilitar a transferência do ágio para a recorrente (antiga BRASIF) foi possibilitada por expressa autorização legal do art. 8º da Lei 9.532/97." (fls. 11 e 12 do acórdão paradigma nº 1302-001.182 - g.n.)

- Como se observa, diferentemente do que se alega no acórdão recorrido, o fato de eventualmente a subsidiária deixar de existir ao final das operações societárias (tal como ocorreu no presente caso com a ISPAGNAC) não comprova a existência de suposta artificialidade ou simulação na geração do ágio;

[...]

- Vejamos, abaixo, trechos da ementa e do voto vencedor do acórdão paradigma nº 9101-003.074, por meio dos quais se demonstra não só a existência de similitude fática entre os casos, como também a divergência jurisprudencial:

Ementa

"QUALIFICAÇÃO DA MULTA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS.

A qualificação da multa de ofício, nos termos do artigo 44, §1º, da Lei 9.430/96 apenas pode ocorrer na hipótese em que demonstrada pela fiscalização a ocorrência de conduta passível de enquadramento nas situações previstas nos artigos 71, 72 ou 73 da Lei 4.502/64. A utilização de empresa veículo, com base apenas no argumento de ausência de propósito negocial, não admite a qualificação da conduta como fraude, mormente quando a operação, se realizada diretamente, geraria o mesmo direito à amortização do ágio."

Trechos do Voto Vencedor

[...]

[...]

Os paradigmas apresentados atendem os requisitos mencionados nas letras "e" a "g" das páginas 3 e 4 deste despacho, e eles também servem para demonstrar a alegada divergência jurisprudencial.

As decisões cotejadas (acórdãos recorrido e paradigmas) trataram de casos semelhantes, em que o investidor constituiu uma subsidiária para que essa adquirisse os investimentos desejados, com a posterior incorporação da subsidiária pela investida.

Entretanto, diferentemente do recorrido, os paradigmas concluíram pela inexistência de simulação, e pela não configuração de situação submetida à multa qualificada.

Desse modo, proponho que seja DADO SEGUIMENTO ao recurso especial em relação à sétima divergência.

IV.8 - Da Necessidade de se Observar os Comando da LINDB, ao menos, no que tange à Qualificação da Multa.

Estes são os argumentos que a contribuinte apresenta para a admissibilidade do recurso especial em relação à oitava divergência suscitada:

- No acórdão recorrido, entendeu-se pela impossibilidade de aplicação do referido dispositivo legal no caso em tela, com base nos seguintes fundamentos:

[...]

- Ocorre que, contudo, referido entendimento vai de encontro ao exposto no acórdão paradigma nº 1201-002.893, o qual entendeu, em caso que envolvia a discussão da dedutibilidade da amortização de ágio, pelo afastamento da multa qualificada com base no disposto no artigo 24 da LINDB. Veja-se:

[...]

O paradigma apresentado atende os requisitos mencionados nas letras “e” a “g” das páginas 3 e 4 deste despacho, e ele também serve para demonstrar a alegada divergência jurisprudencial.

Diferentemente do acórdão recorrido, o paradigma entendeu pela possibilidade de aplicação do artigo 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ("LINDB" - Decreto-Lei nº 4.657/42), e o fez para fins de avaliar a conduta da contribuinte, no que diz respeito à aplicação da multa qualificada também em processo sobre a dedutibilidade de ágio.

Desse modo, proponho que seja DADO SEGUIMENTO ao recurso especial em relação à oitava divergência.

IV.9 - Da Impossibilidade de Exigência de Multa Isolada após o Encerramento do Ano-Base.

Estes são os argumentos que a contribuinte apresenta para a admissibilidade do recurso especial em relação à nova divergência suscitada:

- Ocorre que a conclusão apresentada no acórdão recorrido vai de encontro com aquilo que vem sendo decidido por outras Turmas deste E. Conselho. Nesse sentido, veja-se o que restou decidido no acórdão paradigma nº 1301-001.680:

"ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007 (...)

MULTA ISOLADA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA.

A jurisprudência da CSRF consolidou-se no sentido de que **não cabe a aplicação da multa isolada após o encerramento do período**. Ante esse entendimento, **não se sustenta a decisão que mantém a exigência da multa sobre o valor total das estimativas não recolhidas.**" (fls. 01 e 02 do acórdão paradigma nº 1301-001.680 - g.n.)

- Ressalte-se que o entendimento acima não é isolado, é o que se verifica, por exemplo, do acórdão paradigma nº 1103-001.102, *in verbis*:

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

Ano-calendário: 2007. 2008. 2009

(...)

MULTA ISOLADA POR FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTOS DE ESTIMATIVAS DE IRPJ E CSLL. **IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO APÓS O ENCERRAMENTO DO EXERCÍCIO** E CONCOMITANTEMENTE À MULTA DE OFÍCIO.

Conforme entendimento consolidado neste Conselho (v.g. acórdão CSRF/9101-001.854, de 29/01/2014), **os recolhimentos por estimativa têm natureza de antecipação do IRPJ e da CSLL, cujo fato gerador ocorre no final do exercício, de modo que o dever de antecipar desaparece após o encerramento do exercício, impossibilitando a aplicação da multa isolada.** Além disso, houve bis in idem no caso dos autos, o que não pode ser admitido, pois, em decorrência de uma mesma conduta (aproveitamento supostamente indevido da despesa correspondente à amortização do ágio), a Fiscalização apurou (i) valores a pagar a título de estimativas mensais, sobre os quais exigiu a multa isolada e (ii) valores a pagar a título de IRPJ e CSLL devidos no ajuste anual, sobre os quais aplicou a multa de ofício." (fl. 02 do acórdão paradigma nº 1103-001-102 - g.n.)

[...]

Os paradigmas apresentados atendem os requisitos mencionados nas letras “e” e “g” das páginas 3 e 4 deste despacho, e eles também servem para demonstrar a alegada divergência jurisprudencial.

Diferentemente do acórdão recorrido, os paradigmas realmente firmaram entendimento no sentido de que não cabe a aplicação da multa isolada por falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ/CSLL após o encerramento do período de apuração anual.

Desse modo, proponho que seja DADO SEGUIMENTO ao recurso especial em relação à nona divergência.

IV.10 - Da Impossibilidade de Cumulação da Multa Isolada com a Multa de Ofício.

Estes são os argumentos que a contribuinte apresenta para a admissibilidade do recurso especial em relação à décima divergência suscitada:

- Deveras, no acórdão recorrido preponderou o entendimento de que seria possível a exigência concomitante das multas de ofício e isolada, eis que não se trataria mais de cobrança em duplicidade. Confira-se:

[...]

- Todavia, a interpretação do acórdão recorrido não merece prosperar, uma vez que, conforme bem assentado no acórdão paradigma nº 1202-001.228,

mesmo após as alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351/2007 (posteriormente convertida na Lei nº 11.488/2007) no artigo 44 da Lei nº 9.430/96, não há autorização para a exigência concomitante das duas multas. Veja-se:

"ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2006, 2007

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO EM RELAÇÃO À ALTERAÇÃO DO ART. 44 DA LEI Nº 9.430/1996 PELA LEI Nº 11.488/2007. IMPOSSIBILIDADE DE PENALIDADE DE MULTA ISOLADA CONCOMITANTE COM MULTA DE OFÍCIO. EMBARGOS REJEITADOS.

Embora as alterações do texto do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 tenham de fato distinguido as bases de cálculo das penalidades de multa isolada e de ofício, não pretendeu cumulá-las. Por essa razão, é **inaplicável a penalidade quando há concomitância com a multa de ofício sobre o ajuste anual, ainda que após a vigência das alterações da Lei nº 11.488/2007.** (...) (fl. 01 do acórdão paradigma nº 1202-001.228 - g.n.)

- Cumpre destacar que a conclusão acima não representa posicionamento isolado, conforme se verifica do disposto no acórdão paradigma nº 1301-002.415. Veja-se:

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

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012, 2013

(...)

MULTAS ISOLADAS E MULTAS VINCULADAS AO TRIBUTO. CONCOMITÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

A multa isolada é cabível nos casos de falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ, mas não pode ser exigida, de forma cumulativa, com a multa de ofício aplicável aos casos de falta de pagamento do imposto, apurado de forma incorreta pelo contribuinte, no final do período base de incidência." (fl. 01 do acórdão paradigma nº 1301002.415 - g.n.)

[...]

Os paradigmas apresentados atendem os requisitos mencionados nas letras "e" a "g" das páginas 3 e 4 deste despacho, e eles também servem para demonstrar a alegada divergência jurisprudencial.

Realmente, enquanto o acórdão recorrido entendeu pela possibilidade de cumulação entre as multas de ofício e isolada, para fatos geradores posteriores a 2007, os acórdãos paradigmas decidiram pela impossibilidade de tal cobrança

concomitante, mesmo após a mudança legislativa sofrida pelo dispositivo legal em questão em 2007.

Desse modo, proponho que seja DADO SEGUIMENTO ao recurso especial em relação à décima divergência.

IV.11 - Da Necessidade de se Observar o Princípio da Consunção: Impossibilidade de Cobrança da Multa Isolada.

Estes são os argumentos que a contribuinte apresenta para a admissibilidade do recurso especial em relação à décima primeira divergência suscitada:

[...]

- Com efeito, como se constata do voto vencedor do acórdão recorrido, prevaleceu naquele julgado a tese de que a suposta infração penalizada pela multa isolada (preparatória) não estaria abrangida pela suposta infração penalizada pela multa de ofício (mais grave), inexistindo "a cumulação de penalidades para uma mesma conduta" (fl. 40 do acórdão recorrido). Assim, entendeu-se, conseqüentemente, que o Princípio da Consunção não poderia ser aplicado no presente caso;

- Todavia, tal interpretação não está em consonância com o entendimento firmado pelo E. CARF, razão pela qual não deve prosperar;

[...]

- Confira-se abaixo a ementa e trechos do voto do acórdão paradigma em tela:

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

Ano-calendário: **2007, 2008** (...)

MULTA ISOLADA APLICADA CONJUNTAMENTE COM A MULTA DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. Nos casos em que a multa isolada em razão da falta de recolhimento das estimativas mensais é aplicada conjuntamente com a multa de ofício, o valor da multa isolada é absorvido até o montante da multa de ofício aplicada. **Aplicação do Princípio da Consunção**". (fls. 01 e 02 do acórdão paradigma nº 1401-002.836- g.n.)

Trechos do Voto:

[...]

- No mesmo sentido é o entendimento exarado no acórdão paradigma nº 1401-002.087, que trata da mesma hipótese examinada nestes autos (aplicação concomitante da multa de ofício e da multa isolada). Neste julgado, aplicou-se o Princípio da Consunção, concluindo pela impossibilidade de exigência de ambas as penalidades no caso, veja-se:

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

Ano-calendário: **2011, 2012** (...)

MULTA ISOLADA

A multa isolada pelo descumprimento do dever de recolhimentos antecipados deve ser aplicada sobre o total que deixou de ser recolhido, ainda que a apuração definitiva após o encerramento do exercício redunde em montante menor. **Pelo princípio da absorção ou consunção, contudo, não deve ser aplicada penalidade pela violação do dever de antecipar, na mesma medida em que houver aplicação de sanção sobre o dever de recolher em definitivo. Esta penalidade absorve aquela até o montante em que suas bases se identificarem.**" (fl. 01 do acórdão paradigma nº 1401-002.087 - g.n.)

[...]

Os paradigmas apresentados atendem os requisitos mencionados nas letras “e” a “g” das páginas 3 e 4 deste despacho, e eles também servem para demonstrar a alegada divergência jurisprudencial.

Os paradigmas aplicaram o Princípio da Consunção, entendendo que a multa isolada deve ser absorvida pela multa de ofício aplicada; que a multa de ofício deve prevalecer até o montante em que consuma integralmente a punição pela falta de antecipação, somente subsistindo esta se comportar montante maior do que a multa de ofício (primeiro paradigma); e que a multa de ofício absorve a multa isolada até o montante em que suas bases se identificarem (segundo paradigma).

A relatora do acórdão recorrido também seguiu essa linha de aplicar o Princípio da Consunção para a multa isolada, cancelando-a “em referência e proporção às exigências tributárias agora mantidas”. Entretanto, a relatora restou vencida nesse ponto, e o voto vencedor adotou entendimento que afasta o referido princípio.

Desse modo, proponho que seja DADO SEGUIMENTO ao recurso especial em relação à décima primeira divergência.

Os autos foram encaminhados à PGFN em 03/09/2021 (fl. 5356) e a Fazenda Nacional apresentou tempestivas Contrarrazões (fls. 5357-5404), nas quais não se opõe ao conhecimento do apelo, e, no mérito, aduz, em síntese, que não há reparos a serem feitos ao acórdão recorrido, pois **(i)** improcede a preliminar de nulidade da decisão da DRJ; **(ii)** a amortização do ágio se mostra indedutível, por ausência de confusão patrimonial entre a real investidora e a investida, dada a interposição de ISPAGNAC nas operações; **(iii)** a amortização do ágio da CSLL não seria dedutível, mesmo que fosse dedutível para o IRPJ, porque não há previsão legal autorizando-a; **(iv)** restou comprovado nos autos que as partes praticaram diversos atos simulados, todos com o fim único de ludibriar o Fisco para pagar menos tributo, sendo devida a multa qualificada; **(v)** mostra-se correta a decisão recorrida que não aplicou a LINDB ao caso; **(vi)**

a multa isolada por falta de recolhimento das estimativas e a multa de ofício aplicada pela falta ou insuficiência de recolhimento do tributo devido são penalidades distintas.

Em seguida, os autos foram submetidos a sorteio, cabendo-me o seu relato.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Fernando Brasil de Oliveira Pinto**, Relator.

1 CONHECIMENTO

Os recursos da Fazenda e da Contribuinte são tempestivos.

1.1 RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL

O Recurso Especial da PGFN aponta divergência sobre a matéria *“Caracterização de ‘interesse comum’ – art. 124, inciso I, do CTN”*, tendo apresentado como paradigma o Acórdão nº 3301-004.593.

Os solidários Cosan e Shell BV opuseram-se ao conhecimento, conforme os argumentos já ao norte sintetizados, especialmente no sentido de que o acórdão paradigmático teria analisado situação muito distinta da dos presentes autos.

Penso que lhes assista razão.

Não há dúvidas de que a decisão recorrida afirma que a expressão *“interesse comum”*, contida no artigo 124, I do CTN, não equivale a *“interesse econômico”*, e que o acórdão paradigmático, por sua vez, admite que o *“interesse comum [...] reside no interesse econômico”*.

Contudo, apenas isso, por si só, não é suficiente para ensejar o reconhecimento de um dissídio jurisprudencial acerca do tema. Cediço que, para a admissibilidade do recurso por divergência na interpretação da lei, deve ser demonstrada a similitude fática e jurídica entre eles.

O acórdão paradigmático analisa as exigências de PIS e COFINS consubstanciadas em *“glosas de créditos gerados em operações de compra simuladas de derivativos de soja, no mercado interno”*, consoante esclarece o relatório daquela decisão, ou seja, de pronto uma situação sem a mínima correlação com o caso dos presentes autos, que trata de amortização de ágio.

Ainda do relatório daquele acórdão, colhe-se que, de acordo com a acusação fiscal, a empresa fiscalizada (*“Tozetto”*) e a responsável (*“Louis Dreyfus”*), em conluio entre si, *“teriam simulado operações de compra e venda com a finalidade de exportação, com o objetivo de realizar*

a transferência de créditos das contribuições (PIS e Cofins), que são acumulados pela Louis Dreyfus, para a Tozetto”, de modo que “a Louis Dreyfus não exportaria diretamente seus produtos aos clientes no exterior, para, em uma operação simulada, vender seus produtos para a Tozetto e, que em seguida, os revenderia para exportação”, tudo por meio de transações financeiras “casadas: a Tozetto paga diretamente à Louis Dreyfus e a comercial exportadora paga à Tozetto”.

Foi destacada ainda **(i)** a ausência de infraestrutura operacional (imóveis de armazenagem, silos ou equipamentos similares) e de experiência da Tozetto para operar com derivados de soja, **(ii)** a inexistência de contrato formal entre a Tozetto e as empresas comerciais exportadoras, mas apenas entre estas e a Louis Dreyfus, e **(iii)** a efetiva utilização da infraestrutura da própria Louis Dreyfus, no porto de Paranaguá, para a exportação destes produtos.

O voto condutor da decisão paradigmática ratificou inteiramente todos os pontos acima mencionados para então, nesta conformidade, afirmar que as operações de compra e venda de soja foram simuladas (“Dos elementos dos autos que permitem identificar a ocorrência de simulação”), e foi diante deste contexto fático que o voto condutor afirmou que “configurada a simulação, na acepção técnica-estrita do termo, todas as empresas envolvidas serão responsabilizadas pelas consequências do negócio real”, e que “o interesse comum resta demonstrado, eis que reside no interesse econômico, ou seja, interesse nas consequências oriundas da realização da operação simulada, beneficiando-se os dois polos do uso indevido dos créditos”.

Como elementos de dissimilitude entre o caso paradigmático e o caso recorrido, para além do fato de não haver semelhança alguma entre o tipo de operações praticadas pelas partes em cada caso, ou seja, entre os fatos jurídicos tributários de cada caso, destaca-se ainda a efetiva atuação direta da responsável (Louis Dreyfus) na simulação, caracterizada, por exemplo, pela utilização de toda a sua infraestrutura física portuária para efetivar as exportações, e também pela formalização de contratos diretamente com as comerciais exportadoras nos quais estabelecia que “a Louis pode inserir a figura de terceiro, no caso a Tozetto, mas sem perder a titularidade das operações”, de tal modo que a Louis Dreyfus permanecia responsável por “determina[r] todos os parâmetros das exportações, para qual exportadora a Tozetto deve vender as mercadorias, o valor das transações entre a Tozetto e as exportadoras e o local em que as operações de exportação deveriam ocorrer”.

Não consigo vislumbrar similitude entre os casos, apta ao conhecimento do recurso.

Verifica-se que o acórdão paradigmático não se ampara apenas, e nem sequer precipuamente, na premissa de que o interesse comum seja o interesse econômico, mas sim no fato de que, uma vez “configurada a simulação, na acepção técnica-estrita do termo, todas as empresas envolvidas serão responsabilizadas pelas consequências do negócio real”.

Portanto, a conclusão pela manutenção da responsabilidade solidária da empresa Louis Dreyfus, naquele caso, é decorrência direta de todos os fatos relatados no acórdão na parte denominada “Dos elementos dos autos que permitem identificar a ocorrência de simulação”. E

esses elementos são muitos, e todos eles substancialmente distintos dos elementos analisados no caso dos presentes autos,

Assim, não é possível saber qual seria a decisão que o colegiado que proferiu o acórdão paradigmático daria caso se defrontasse com um caso em que as circunstâncias e fatos são completamente diversos, tal qual o caso dos presentes autos. Reconheceria também a existência de *“simulação, na acepção técnica-estrita do termo”*, e, nesta conformidade, manteria a responsabilidade de *“todas as empresas envolvidas [...] pelas consequências do negócio real”*? Ou não?

Portanto, na medida em que a decisão paradigmática constrói a sua conclusão acerca da responsabilidade a partir de um cenário fático e probatório sem nenhuma similitude com o caso dos presentes autos, o presente voto é pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

1.2 RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE

O Recurso Especial do Contribuinte foi admitido com relação às matérias já ao norte elencadas, e não houve oposição da Procuradoria ao conhecimento.

Entretanto, reputo que, para bem cumprir o previsto no art. 67 do Anexo II do RICARF, há que se debruçar sobre os temas apresentados e as supostas divergências jurisprudenciais que as qualificariam para o conhecimento por este Colegiado.

IV.9 - Da Impossibilidade de Exigência de Multa Isolada após o Encerramento do Ano-Base

Não obstante, no tocante à matéria em questão, há que se levar em conta que o **entendimento expresso no aresto recorrido se amolda à Súmula CARF nº 178**, aprovada pela 1ª Turma da CSRF em sessão de 06/08/2021, de seguinte teor:

Súmula CARF nº 178

A inexistência de tributo apurado ao final do ano-calendário não impede a aplicação de multa isolada por falta de recolhimento de estimativa na forma autorizada desde a redação original do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Acórdãos Precedentes: 9101-003.353, 9101-005.362, 9101-005.078, 9101-004.290, 9101-004.320, 9101-004.416, 9101-004.544, 9101-002.777, 1802-00.572, 1202-000.732, 1401-00.361, 1101-00.255 e 1301-001.787.

A correlação da Súmula CARF nº 178 com a matéria ora em exame é inequívoca, como evidenciam ementas dos precedentes em que esta se baseia (grifou-se):

Acórdão: 9101-003.353

Ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2006

IRPJ. CSLL. MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. LANÇAMENTO APÓS O ENCERRAMENTO DO ANO.

É devida a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, ainda que o lançamento ocorra após o encerramento do ano-calendário.

Acórdão: 9101-004.544

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

Ano-calendário: 2001, 2002

IRPJ. MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. LANÇAMENTO APÓS O ENCERRAMENTO DO ANO OU COM APURAÇÃO DE PREJUÍZO FISCAL.

É devida a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, ainda que o lançamento ocorra após o encerramento do ano-calendário, e mesmo se o Sujeito Passivo apurara prejuízo fiscal no ajuste anual.

Acórdão: 9101-002.777

Assunto: Normas de Administração Tributária Ano-calendário: 2008

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. LANÇAMENTO APÓS O ENCERRAMENTO DO ANO.

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, quando adotou a redação em que afirma "serão aplicadas as seguintes multas", deixa clara a necessidade de aplicação da multa de ofício isolada, em razão do recolhimento a menor de estimativa mensal, cumulativamente com a multa de ofício proporcional, em razão do pagamento a menor do tributo anual, independentemente de a exigência ter sido realizada após o final do ano em que tornou-se devida a estimativa.

Acórdão: 1301-001.787

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2008 [...]

MULTA ISOLADA. FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA.

No caso de aplicação de multa de ofício sobre os tributos e contribuições lançados de ofício e de multa isolada em virtude da falta ou insuficiência de recolhimento de antecipações obrigatórias (estimativas), não há que se falar em aplicação concomitante sobre a mesma base de incidência, visto que resta evidente que as penalidades, não obstante derivarem do mesmo preceptivo legal, decorrem de obrigações de naturezas distintas. Inexiste, também, fator temporal limitador da aplicação da multa isolada, eis que a lei prevê a sua exigência mesmo na situação em que as bases de cálculo das exações são negativas.

Aplica-se à hipótese o disposto no art. 67, § 3º, Anexo II, do Regimento Interno do CARF - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015 (grifou-se):

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

[...]

§ 3º Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que adote entendimento de súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da CSRF ou do CARF, ainda que a súmula tenha sido aprovada posteriormente à data da interposição do recurso.

Como destaca o dispositivo regimental, irrelevante que a Súmula tenha sido editada após a interposição do recurso em questão. A matéria encontra-se pacificada por Súmula, o que inviabiliza a discussão em via especial.

“IV.8 - Da Necessidade de se Observar os Comando da LINDB, ao menos, no que tange à Qualificação da Multa”

Também com relação a essa matéria, incide o disposto no art. 67, § 3º, Anexo II, do Regimento Interno do CARF – RICARF/2015, e, portanto, o recurso não deve ser conhecido, uma vez que, após a interposição do recurso, foi aprovada pelo Pleno da CSRF a Súmula CARF nº 169, com o seguinte teor:

Súmula CARF nº 169

O art. 24 do decreto-lei nº 4.657, de 1942 (LINDB), incluído pela lei nº 13.655, de 2018, não se aplica ao processo administrativo fiscal.

IV.3 - Da Nulidade dos Acórdãos da DRJ: Não Apreciação de Argumentos Relevantes ao Deslinde do Caso

No acórdão recorrido adotou-se o fundamento de que eventuais omissões constantes nas decisões de primeira instância *“não podem ser sanadas mediante recurso de embargos declaratórios [porque] o processo administrativo fiscal federal não prevê essa possibilidade”,* de tal modo que *“tais omissões, [...] ainda que individualmente destacadas pela Recorrente, como no caso dos autos”, não acarretam a nulidade da decisão recorrida,* pois a legislação *“não conferiu ao contribuinte o direito de que todas as suas alegações fossem analisadas pela primeira instância”.*

Os paradigmas apresentados (acórdãos nº 2401-002.687 e nº 1301-001.123), em sentido diverso, afirmam que *“Os pontos trazidos pelo impugnante devem ser devidamente refutados na decisão notificação, sob pena de cercear o direito de defesa e o contraditório implicando nulidade”* (primeiro paradigma); e que *“A não apreciação, pelo órgão julgador ‘a quo’, de todos os argumentos e documentos apresentados na fase impugnatória constitui preterição do direito de defesa e determina a declaração de nulidade da decisão de primeiro grau, a teor do disposto no artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/1972”* (segundo paradigma).

Assim, os paradigmas efetivamente se contrapõem ao fundamento exposto no acórdão recorrido de que, *ainda que ocorrida uma omissão no acórdão de primeira instância, não há previsão legal para que esta possa ser declarada nula*. O que os paradigmas fizeram foi, exatamente, declarar a nulidade das decisões de primeira instância.

Importa consignar ainda que o recorrente requer também, subsidiariamente, o reconhecimento da nulidade, ainda que parcial, do próprio acórdão recorrido, haja vista que parcela dos argumentos aduzidos em sede de Recurso Voluntário não foi apreciada pelo colegiado *a quo*, notadamente com relação à *inexistência de previsão legal para a adição na base de cálculo da CSLL das despesas com amortização do ágio*, conforme já referido nos excertos ao norte transcritos do Despacho de Admissibilidade de fls. 5204-5244, ao dar seguimento ao recurso nesta parte.

Assim, ratificando os termos do Despacho de Admissibilidade, encaminho meu voto pelo CONHECIMENTO do Recurso Especial quanto a esta matéria.

IV.4 - Da Ausência de Previsão Legal Acerca da Necessidade de Confusão Patrimonial entre "Real Adquirente" e "Real Investida";

O acórdão recorrido fundamentou o seu entendimento pela indedutibilidade do ágio em razão da ausência de Confusão Patrimonial entre o real investidor e a investida, em um contexto em que a ISPAGNAC, no caso, não seria a real investidora, porque os recursos financeiros utilizados na subscrição das ações da Raízen Participações tiveram como origem os aportes de capital naquela empresa, feitos por suas acionistas Shell BV, sociedade estrangeira, e a Shell Brasil.

Com relação ao tema da divergência alegada, o contribuinte apresenta como paradigma o acórdão nº 9101-003.609, do qual destaca que *“basta que haja a incorporação entre a sociedade que detém o investimento adquirido com ágio e este respectivo investimento”*.

Este paradigma tem sido reiteradamente rejeitado para a caracterização de dissídio jurisprudencial, em razão das peculiaridades daquele caso que foram decisivas para a tomada de decisão, e as quais, no mais das vezes, não se fazem presentes nos respectivos acórdãos recorridos.

Transcrevo, a seguir, excertos do voto condutor da conselheira Edeli Pereira Bessa no acórdão nº 9101-006.763¹ (03/10/2023), por meio do qual, por unanimidade de votos, o recurso especial do contribuinte, fundado no mencionado paradigma, não foi conhecido:

Recentemente referido paradigma foi rejeitado por este Colegiado para caracterização de dissídio jurisprudencial em face de operação de transferência de investimento adquirido com ágio para empresa veículo com vistas à *segregação das atividades financeiras das não-financeiras da recorrente, de modo*

¹ Participaram do julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luciano Bernart (Suplente convocado), Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Viviani Aparecida Bacchmi, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic (Suplente convocada), e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

a viabilizar sua transformação em instituição financeira. O Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli assim ponderou no voto condutor do Acórdão nº 9101-006.291²:

Dedutibilidade, para fins fiscais, das quotas de amortização de ágio

Do voto vencido do acórdão ora recorrido extrai-se o quanto segue:

[...]

E do voto vencedor transcrevo as seguintes passagens:

[...]

A ementa do acórdão recorrido, por sua vez, registra que *é indedutível para fins de apuração do lucro real o ágio transferido artificialmente da investidora para a investida por meio de sequência de alterações societárias.*

Comparando, então, os votos em questão (vencido x vencedor), percebe-se que prevaleceu o entendimento de que a **transferência de ágio** para empresa veículo revelaria conduta que buscou burlar *requisito essencial para que se aplique a norma de exceção que confere a dedutibilidade veiculada pela Le nº 9.532/97, qual seja, a falta de confusão patrimonial entre a investida e a investidora.*

Além disso, também é possível aferir que o entendimento pela necessidade de constituição da *empresa veículo Sobraser*, que havia sido reconhecida pelo voto vencido, não foi seguido pela maioria qualificada da Turma Julgadora *a quo*.

Pois bem.

Da ementa do primeiro paradigma (Acórdão nº **9101-003.609**) extrai-se que:

ÁGIO TRANSFERIDO. EMPRESA VEÍCULO. DEDUTIBILIDADE.

É legítima a transferência do investimento com ágio, notadamente quando existentes restrições societárias e regulatórias que orientaram a criação de empresa veículo.

E do voto condutor transcrevo as seguintes passagens:

(...)

² Participaram do julgamento os conselheiros os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente), e divergiram os conselheiros Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira, que votaram pelo conhecimento. Ausente o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

Adoto as razões do acórdão recorrido, acima colacionado, para confirmar a legitimidade do ágio tratado nos autos, sem que se vislumbre artificialidade na criação das empresas acima citadas.

Acrescento às razões de decidir que no caso dos autos havia imposições da CVM e ANEEL que justificam - por questões societárias e regulatórias - a organização societária da forma procedida, isto é, a existência da "empresa veículo". O artigo 15, da Instrução 319 da CVM atesta que haveria "abuso" do poder de controle caso o contribuinte não constituísse a "empresa veículo" em discussão nestes autos:

(...)

Nesse sentido, é o parecer do Dr. Antonio Ganin acostado aos autos pelo contribuinte, explicitando as razões extrafiscais que justificaram a reorganização societária efetuada pela contribuinte:

A operação pretendida pela Receita Federal do Brasil (RFB), pela qual a controlada CTEEP incorpora a ISA Capital do Brasil, encontra dois impedimentos para sua realização. O primeiro de ordem societária, pois a operação da forma pretendida pela RFB caracterizaria ato abusivo do poder de controle por parte da CTEEP, conforme previsto no art. 15 da Instrução CVM nº 319/1999, o que seria considerado infração grave para os efeitos do § 3º, do art. 11, da Lei nº 6.385/1976, conforme disposto no art. 17, dessa Instrução CVM. O segundo de ordem regulatória, pois, conforme já exposto, a ANEEL não aceitaria que a dívida da controladora, contraída justamente para a aquisição da controlada, fizesse parte do acervo líquido a ser vertido para a CTEEP por meio da incorporação de sua controladora, trazendo para a concessionária de serviço público de energia elétrica uma dívida que é do acionista.

A esse respeito, são precisas as considerações do Conselheiro Gerson Macedo Guerra (acórdão 9101-003.362), em voto vencido - proferido no processo do mesmo contribuinte recentemente julgado que acompanhei àquela ocasião:

(...)

Vê-se, pois, que a incorporação direta da ISA Capital apenas não foi implementada em razão de proibições que o próprio Governo Federal, do qual a RFB faz parte, determinou (normas da CVM e ANEEL). Tais proibições decorreram da impossibilidade de transferência, pela Isa Capital à Contribuinte Recorrente, do forte endividamento decorrente dos recursos captados de terceiros (emissão de dívida no

mercado internacional) para a aquisição da Contribuinte Recorrente no processo de privatização. Essas proibições, importa desde já destacar, são o verdadeiro propósito negocial da validade da estrutura implementada pela Contribuinte Recorrente.

Acrescento que é legítima a transferência de ágio em operação societária, fundamentando-se a hipótese no artigo 248, da Lei nº 6.404/1976 e no artigo 20, do Decreto nº 1.598/1976. Desde a original redação, a Lei nº 6.404/1976 obrigava que o investimento adquirido fosse avaliado pelo método de equivalência patrimonial.

Nota-se, assim, que o *primeiro paradigma*, analisando operação de aquisição de participação societária em um contexto de privatização, admitiu a transferência de ágio para empresa veículo ante a *imposições da CVM e ANEEL que justificam - por questões societárias e regulatórias - a organização societária da forma procedida, isto é, a existência da "empresa veículo"*.

Trata-se, assim de circunstância fática determinante para o desfecho daquele caso, mas que aqui não se faz presente, prejudicando a comparabilidade das decisões para a finalidade pretendida pela Recorrente.

Em outro precedente, o Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli também rejeitou este paradigma, mas porque a discussão no recorrido se dava em razão de a integração da *holding* na operação estar presente na contratação prévia para aquisição da participação societária com ágio. Neste sentido foi a ponderação posta no voto condutor do Acórdão nº 9101-006.049³:

Outro fato que chama atenção é o de que os fundamentos da *ausência de confusão patrimonial e ilegitimidade de empresa veículo*, nesse caso particular, não se limitaram à origem dos recursos financeiros empregados na aquisição do investimento que gerou o ágio (do Banco Société Générale Brasil, e não Trancoso) e ao uso de uma *holding* desprovida de “propósito negocial” (Trancoso), respectivamente, levando em conta também a circunstância específica do contrato de compra e venda, que foi celebrado entre Banco Société Générale Brasil e Banco Cacique em momento anterior à aquisição da Trancoso.

Em síntese, a interpretação de que o instrumento contratual proibiria uma alteração substancial no negócio, somada ao fato de "Trancoso Participações Ltda" ter recebido o aporte de capital de Banco Société Générale Brasil somente depois da assinatura contratual e da autorização

³ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca (Suplente convocado) e Andrea Duek Simantob (Presidente em exercício) e votou pelas conclusões quanto à matéria “utilização de empresa veículo” a conselheira Livia De Carli Germano.

do Banco Central, foram considerados fundamentos adicionais suficientes para manutenção da glosa.

A solução do litígio, portanto, partiu da análise de situação que, por apresentar peculiaridades específicas, afastam, para os fins pretendidos pela recorrente, a necessária similitude com os Acórdãos paradigmas 1201-002.247 (fls. 1.008/1.030) e 9101-003.609 (fls. 1.035/1.062). *(destaques do original)*

O paradigma nº 9101-003.609 já foi rejeitado em várias outras análises de conhecimento de recurso especial em razão de sua decisão estar condicionada à existência de restrições regulatórias. Para além disso, na declaração de voto apresentada pelo Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto no referido paradigma, tais restrições regulatórias são desmerecidas como motivo para admissibilidade da operação, sendo indicadas outras razões específicas para desconstituir o lançamento lá analisado:

A Autuada procura demonstrar que a utilização dessa nova empresa possuía propósito negocial, tendo ocorrido em razão de questões regulatórias. Discordo de tal entendimento, uma vez que a interposição de ISA Participações se deu com exclusivo escopo tributário. Não havia qualquer obrigação de ordem societária ou regulatória que impusesse a confusão patrimonial entre investida e investidora. O que havia, isso sim, era uma impossibilidade de que isso pudesse ocorrer em razão de limitações de ordem regulatória. Nesse cenário, com o único intuito de amortizar o ágio em questão, interpôs-se ISA Participações, sem sombra de dúvida uma “empresa veículo” e de existência efêmera, a fim de que se pudesse transferir o investimento a essa empresa de modo a contornar as limitações regulatórias e, a todo custo, no entender do contribuinte, iniciar a amortização do ágio.

Veja-se que o presente cenário diferencia-se do “Caso Energisa”, pois não estamos tratando de uma empresa de propósito específico estruturada para participar de um leilão de privatização, mas sim de uma empresa veículo criada com o único intuito de obter vantagem tributária. Veja-se que a criação de ISA Participações não teve como objetivo obedecer a norma regulatória, mas sim foi utilizada como meio de contornar regras regulatórias tendo como objetivo final alcançar artificialmente vantagem tributária que, sem sua existência, não poderia ser contornada, ao menos naquele momento.

Com efeito, é importante que fique registrado meu entendimento sobre o tema a fim de que, em julgamentos futuros, não sejam distorcidas minhas conclusões sobre o tema.

No caso concreto, o que me leva a concluir pela inviabilidade de manutenção da exigência é outro: a estrutura adotada na operação levou a Autuada e sua controladora a incorrerem em custo tributário mais elevado

do que aquele que teria sido por ela suportado se adotasse a estrutura que a autoridade fiscal lançadora e também a PGFN entendia que seria a necessária a possibilitar a amortização do ágio em questão.

[...]

Destes termos já resta evidente que outro poderia ser o resultado do paradigma frente à análise do caso presente, no qual a integração da investidora original e da investida não se verificou pelo interesse do *Bradesco transferir o controle do Banco BEC para outra empresa integrante do Grupo, a fim de segregar o investimento e evitar a assunção de possíveis contingências*, bem como para contornar as restrições regulatórias que impediriam a recorrente (*Alvorada*), *que é uma instituição financeira receber diretamente do Bradesco, via aumento de capital, as ações do Banco BEC adquiridas por meio do leilão de privatização*.

A Contribuinte extrai do paradigma a conclusão de que *basta que haja a incorporação entre a sociedade que detém o investimento adquirido (com ágio) e este respectivo investimento*. Contudo, esta assertiva é subsidiária no voto condutor do paradigma, e inclusive posta depois de incorporadas todas as manifestações antes expressas acerca daquele caso concreto, no sentido do reconhecimento dos *empecilhos impositivos* estabelecidos pela ANEEL, além da referência a outras restrições da CVM, que foram superadas com a transferência do investimento para *holding*, viabilizando a amortização do ágio que, assim, foi admitida porque também possível se a integração acontecesse sem as restrições regulatórias. Assim, não é possível afirmar que o Colegiado que editou o paradigma validaria a amortização do ágio na ausência das circunstâncias específicas referidas no voto condutor e na declaração de voto integradas ao paradigma.

Consoante bem exposto na parte final da transcrição acima, o que se verifica, também no presente recurso, é que a recorrente busca extrair do paradigma a conclusão de que *“basta que haja a incorporação entre a sociedade que detém o investimento adquirido com ágio e este respectivo investimento”*, contudo, a leitura do inteiro teor daquele acórdão evidencia que esta assertiva é subsidiária no voto condutor do paradigma, e inclusive posta depois de incorporadas todas as manifestações antes expressas acerca daquele caso concreto, no sentido do reconhecimento dos *empecilhos impositivos* estabelecidos pela ANEEL, além da referência a outras restrições da CVM, que foram superadas com a transferência do investimento para a holding, viabilizando a amortização do ágio.

Portanto, a conclusão de que *“basta que haja a incorporação entre a sociedade que detém o investimento adquirido com ágio e este respectivo investimento”* não pode ser tomada de forma livre e dissociada do contexto fático processual no qual ela foi proferida, como quer a recorrente.

O acórdão nº 9101-003.609 foi rejeitado, ainda, no recente acórdão nº 9101-006.828⁴ (08/02/2024), de relatoria do conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, exatamente com relação à mesma divergência ora alegada, relativa à suposta “ausência de previsão legal acerca da necessidade de confusão patrimonial entre ‘real adquirente’ e ‘real investida’”, consoante o excerto abaixo reproduzido:

No tocante à alegada *ausência de previsão legal acerca da necessidade de confusão patrimonial entre “real adquirente” e “real investida”*, cabe registrar que o presente Julgado já afastou a caracterização do dissídio deste tema com base no paradigma 9101-003.609 no Acórdão nº **9101-006.291**, do qual transcrevo a seguinte passagem:

[...] (Nota: *deixa-se de transcrever a passagem, pois já está reproduzida no voto proferido pela conselheira Edeli Pereira Bessa no acórdão nº 9101-006.763, já ao norte transcrito*)

O caso dos presentes autos, ademais, sequer é de *transferência do investimento* para uma empresa veículo, dentro de um contexto de privatização, mas sim da interposição de uma empresa veículo para *receber os recursos com os quais viria a ser feita a amortização do ágio*, não se prestando o acórdão nº 9101-003.609, portanto, para demonstrar a divergência alegada.

Diante de todo o exposto, encaminho meu voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso Especial quanto a esta matéria.

IV.5 - Ad Argumentandum - Da Existência de Confusão Patrimonial no Caso Concreto: Demonstração da Licitude e Validade das Operações;

Esta divergência nada mais é que a reprodução, com outras palavras, da mesma matéria abordada na divergência acima analisada.

Enquanto na divergência anterior a recorrente apresenta como tema a suposta *“ausência de previsão legal para a confusão patrimonial entre ‘Real Adquirente’ e ‘Real Investida’”*, na presente alega a *“existência de confusão patrimonial no caso concreto”*, isto por considerar que *a lei, no seu entender, não exige, como fez a decisão recorrida, que a confusão patrimonial ocorra entre a “Real Adquirente” e “Real Investida”*. O que, ao fim e ao cabo, é a mesma coisa.

A própria leitura das razões apontadas para a admissibilidade das matérias, já ao norte reproduzida, evidencia tal fato.

Veja-se, por exemplo, os seguintes trechos, a título exemplificativo:

Divergência anterior:

- Observa-se que o único argumento utilizado pelo acórdão recorrido para a manutenção do lançamento fiscal é no sentido de que, como a ISPAGNAC não era

⁴ Participaram do julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luciano Bernart, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Viviani Aparecida Bacchmi, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

a "real adquirente", já que não possuía os recursos necessários, não houve a suposta confusão patrimonial entre o "real investidor" e o investimento adquirido com ágio;

- Ocorre que tal entendimento disposto no acórdão recorrido diverge frontalmente do quanto decidido por esta C. CSRF no acórdão paradigma nº 9101-003.609 [...]

Divergência presente:

- Em outras palavras, o único argumento utilizado no voto vencedor, no tocante a esse ponto, foi o de que, como os recursos utilizados pela ISPAGNAC para a aquisição das ações da Raízen Participações tiveram como origem operações de integralização de capital (efetuadas por seus sócios à época, Shell BV, sociedade estrangeira, e Shell Brasil), esta não poderia ser a "real adquirente" do investimento, inexistindo, assim, a confusão patrimonial requerida no dispositivo legal supramencionado. Repisa-se que não há no voto vencedor do acórdão recorrido outros argumentos para a manutenção das autuações fiscais;

- No entanto, a argumentação utilizada no acórdão recorrido é contrária ao posicionamento de outras Turmas Ordinárias desse E. CARF, [...]

Embora a própria recorrente afirme, reiteradamente, que o acórdão possui um *"único argumento"* que o sustenta, ela busca disto extrair a existência de duas distintas divergências, ambas em torno de um mesmo tema, com isto visando a burlar a limitação regimental de dois paradigmas por matéria.

Diante do exposto, e considerando que já foi analisado um paradigma no tópico anterior, descarto o acórdão nº 1302-001.182 (terceiro paradigma apresentado), e passo a analisar a admissibilidade apenas em face do acórdão nº 1302-001.150.

Este precedente foi analisado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais em diversos precedentes, geralmente em situações em que é indicado como paradigma de divergência relativa aos temas de *"amortização do ágio – empresa veículo"*, da *"inexistência/inaplicabilidade da teoria do propósito negocial"*, e/ou *"validade do propósito negocial em decorrência da motivação fiscal"*, e/ou *"existência de propósito negocial"*, ou suas variantes⁵.

De toda sorte, o que importa consignar é que, da análise do referido paradigma, tantas vezes efetuada pela CSRF, restou claro que este tem sido admitido nos litígios nos quais a holding promove a aquisição com recursos aportados por aquele considerado o real investidor.

De fato, referido paradigma trata de operação na qual investidor estrangeiro constitui subsidiária brasileira na qual aporta recursos para aquisição de ações de sociedade brasileira, conforme destacado na sua própria ementa.

Os seguintes excertos do voto condutor daquele acórdão o confirmam:

⁵ Foi assim, por exemplo, nos acórdãos nº 9101-005.935, 9101-006.011, 9101-006.250, 9101-006.504, e 9101-006.763.

Da simples leitura do TVF, nota-se que a autoridade fiscal nega em verdade o permissivo legal criado pelos art. 7º e 8º da Lei 9.532/97, ou seja, **estamos diante de uma situação em que foi efetivamente pago o ágio** (não se trata de planejamento com base no art. 36 da Lei 10.637/02), **no qual um investidor estrangeiro** (1700480 ONTARIO INC) **aporta capital em uma empresa (BERTOLINO), a qual adquire ações de outra empresa com ágio (MTE) e, a seguir, esta incorpora aquela.**

Da mesma forma, não estamos diante do planejamento de transferência de ágio externo (aquele decorrente do processo de privatização, em que o investidor se utiliza de empresa veículo para transferir o ágio que pagou no leilão de privatização para a empresa operacional adquirida). **Trata-se aqui de aplicação direta do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 sem utilização de empresa veículo**, pois **a autoridade fiscal se insurge contra o fato de o investidor no exterior ter preferido aportar capital em uma subsidiária, para que essa depois adquirisse as ações da recorrente com ágio.** Por certo, entendeu a autoridade fiscal que estaria obrigado o investidor a optar por adquirir diretamente as ações da recorrente com ágio, pois aí não teria como se valer das referidas normas – caminho mais oneroso.

O acórdão recorrido concluiu que a ISPAGNAC, no caso, não seria a real investidora, porque os recursos financeiros utilizados na subscrição das ações da Raízen Participações tiveram como origem os aportes de capital naquela empresa, feitos por suas acionistas Shell BV, sociedade estrangeira, e a Shell Brasil.

Verifico, portanto, haver similitude com o caso dos presentes autos, e, nesta conformidade, encaminho meu voto pelo CONHECIMENTO do Recurso Especial quanto a esta matéria.

IV.6 - Da Inexistência de Previsão Legal para a Adição, à Base de Cálculo da CSLL, da Despesa com a Amortização de Ágio Considerada Indedutível pela Fiscalização;

Com relação a esta matéria, consoante bem apontou o despacho de admissibilidade, restou claro que a mesma foi suscitada no recurso voluntário, exatamente sob este mesmo título dado à divergência ora suscitada, contudo, o acórdão recorrido apenas consignou que *“tratando-se da mesma matéria fática e não havendo questões de direito específicas a serem apreciadas, estende-se ao lançamento decorrente (CSLL) a decisão proferida em relação ao lançamento principal (IRPJ)”*, fato este que motivou a oposição de embargos pela interessada, os quais foram rejeitados, contudo, ao entendimento de que as alegações feitas no recurso *“não veiculam fundamentos que carecem de enfrentamento ou análise pelo julgador, visto que não são essenciais ao debate, mas apenas recursos de natureza retórica”*.

Ocorre, contudo, que, neste ponto, de fato o acórdão recorrido revelou-se *omisso*, pois não há como concordar com a conclusão, manifestada no despacho de admissibilidade de embargos, de que os argumentos seriam apenas de natureza retórica, sem necessidade de enfrentamento pelo julgador.

O recurso voluntário, conforme bem apontou o Despacho de Admissibilidade de Recurso Especial, já trazia inclusive, além da argumentação específica, farta jurisprudência do próprio CARF, mencionando várias decisões que trataram da dedutibilidade do ágio no contexto específico da legislação da CSLL, com base na alegada *falta de previsão legal para tanto, uma vez que os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 diriam respeito exclusivamente ao lucro real (IRPJ)*.

Não é correta a afirmação contida na ementa do acórdão recorrido, portanto, de que *“não havendo questões de direito específicas a serem apreciadas, estende-se ao lançamento decorrente (CSLL) a decisão proferida em relação ao lançamento principal (IRPJ)”*. É evidente que havia, sim, questões de direito específicas a serem apreciadas, e que não o foram.

De toda forma, a consequência para tal constatação é matéria de mérito cujo exame dependerá ainda do exame de mérito acerca da própria amortização do ágio.

Passo ao exame dos paradigmas colacionados pelo Contribuinte.

Como paradigmas de divergência, foram apresentados os acórdãos nº 9101-002.310 e nº 1103-00.630.

Trata-se de paradigmas recorrentemente analisados por este colegiado.

No caso do primeiro paradigma indicado pela Recorrente (Acórdão nº 9101-002.310), depreende-se da leitura do seu inteiro teor que este trata de lançamento exclusivamente de CSLL, decorrente da exigência de adição ao lucro líquido de amortizações de ágio que foram adicionadas ao lucro real, porque referentes a investimento *mantido no patrimônio da investidora*.

Ou seja, frente à observância, no âmbito de IRPJ, de regra que busca neutralizar as amortizações de ágio, postergando seus efeitos para o momento da liquidação do investimento, exigiu-se do sujeito passivo que a mesma providência fosse adotada no âmbito da CSLL, e a CSRF, na ocasião, afirmou inexistir norma legal que assim determinasse.

Não há nada, portanto, no referido julgado, que permita concluir que a mesma solução seria dada na hipótese em que a amortização do ágio se mostre indedutível por ausência de confusão patrimonial entre investida e investidora, quando da operação de incorporação ocorrida, como é o caso dos presentes autos. Conforme dito, naquele caso paradigmático tratava-se de investimento *mantido no patrimônio da investidora*, e não de discussão acerca do tratamento do ágio nos casos de incorporação, fusão ou cisão, em face das regras dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Nesse sentido, no Acórdão nº 9101-006.282⁶ (13/09/2022) – de relatoria da ilustre Conselheira Livia De Carli Germano, em circunstâncias semelhantes e pelas mesmas razões, o

⁶ Participaram do julgamento os conselheiros os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Carlos Henrique de Oliveira (Presidente). Ausente o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

referido paradigma (Acórdão nº 9101-002.310) não foi admitido por unanimidade de votos. Confira-se passagem do voto condutor do referido aresto:

O outro precedente indicado foi o **paradigma 9101-002.310**. Tal decisão trata de amortização, para fins da CSLL, de ágio amortizado na contabilidade, isto é, às amortizações de ágio enquanto o investimento é mantido no patrimônio da investidora, antes portanto de eventual operação de incorporação entre as sociedades investidora e investida.

De fato, ali o Termo de Constatação Fiscal observa que *“o lançamento de CSLL (ACs 2004 a 2007) decorreu do fato de que “as amortizações de ágio, de valor anual igual a R\$ 240.120.914,08, regularmente adicionadas ao Lucro Líquido quando da apuração do Lucro Real (...) deixaram de ser adicionadas quando da apuração da Base de Cálculo da Contribuição Social s/ o Lucro Líquido nestes mesmos anos-calendário”.*” (trecho inicial do voto vencido).

E é nesse contexto que o voto vencedor afirma:

Fixada essa premissa necessária, relevante destacar, ainda, que a amortização contábil do ágio impacta (reduz) o lucro líquido do exercício. Havendo determinação legal expressa para que ela não seja computada na determinação do lucro real, o respectivo valor deve ser adicionado no LALUR, aumentando, portanto, a base tributável. Não há, porém, previsão no mesmo sentido, no que se refere à base de cálculo da Contribuição Social, o que, a nosso sentir, torna insubsistente a adição feita de ofício pela autoridade lançadora.

A autuação, naquele caso, trata de discussão jurídica diversa da dos presentes autos, eis que tal precedente discutiu a amortização, para fins da CSLL, de ágio amortizado na contabilidade e adicionado para fins de IRPJ (portanto enquanto o investimento é mantido no patrimônio da investidora), sendo que o caso dos autos discute aquela amortização de ágio realizada para fins fiscais, motivada pela extinção do investimento via incorporação.

[...]

Da mesma forma, o acórdão 9101-002.310 não foi aceito como paradigma no julgamento do acórdão 9101-006.049⁷, de 4 de abril de 2022, tendo o voto vencedor, da i. Conselheira Edeli Pereira Bessa, observado quanto a tal precedente:

⁷ Participaram do julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Andrea Duek Simantob.

Dispositivo da decisão: *“Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas em relação à matéria utilização de empresa veículo”, vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli (relator) e Alexandre Evaristo Pinto que conheciam parcialmente em maior extensão, também em relação à matéria amortização de ágio na base de cálculo da CSLL [...]”*

De fato, o paradigma nº 9101-002.310 trata de lançamento exclusivamente de CSLL, decorrente da exigência de adição ao lucro líquido de amortizações de ágio que foram adicionadas ao lucro real, porque referentes a investimento mantido no patrimônio da investidora. Ou seja, frente à observância, no âmbito de IRPJ, de regra que busca neutralizar as amortizações de ágio, postergando seus efeitos para o momento da liquidação do investimento, exigiu-se do sujeito passivo que a mesma providência fosse adotada no âmbito da CSLL, e este Colegiado, em antiga composição, afirmou inexistir norma legal que assim determinasse. Nada, no referido julgado, permite concluir que a mesma solução seria dada na hipótese em que a amortização do ágio se mostre indedutível por ausência de confusão patrimonial entre investida e investidora, aspecto que, como referido no acórdão recorrido, afetaria o próprio reconhecimento contábil da amortização da investida.

Nesse ponto, observo que o voto vencedor do acórdão 9101-002.310 até dá a entender que sua decisão seria mais abrangente, quando diz *“O ponto aqui é discutir se a despesa com ágio (incentivado ou não, ou seja, ágio amparado ou não pelos termos da Lei 9.532/97), deve ser adicionada à base de cálculo da CSLL.”*.

Não obstante, é de se interpretar que a decisão *da turma* se dá no contexto da acusação fiscal ali analisada, de forma que frases do voto que não digam respeito à acusação devam ser consideradas, aí sim, meros *obiter dicta*.

Com relação ao segundo paradigma indicado pela Recorrente (Acórdão nº 1103-00.630), trata-se de caso em que a autuação fiscal foi cancelada não só na base da CSLL, mas também do IRPJ.

Este colegiado vem entendendo que, nas circunstâncias ora em debate, o paradigma somente pode ser admitido como formador de dissídio jurisprudencial caso o acórdão paradigmático seja taxativo no sentido de que a amortização de ágio seria *sempre dedutível da base de cálculo da CSLL, sem que o lançamento de IRPJ tenha sido cancelado por entender-se dedutível a amortização de ágio*.

Nesse sentido, no Acórdão nº 9101-006.049⁸ (04/04/2022) – cujo voto vencedor foi de lavra da ilustre Conselheira Edeli Pereira Bessa, o Acórdão nº 1103-00.630 não foi admitido, exatamente por esta razão. Confira-se passagem do voto condutor do referido aresto:

⁸ Participaram do julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Andrea Duek Simantob.

Dispositivo da decisão: *“Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas em relação à matéria utilização de empresa veículo”, vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli (relator) e Alexandre Evaristo Pinto que conheciam parcialmente em maior extensão, também em relação à matéria amortização de ágio na base de cálculo da CSLL [...]”*

Nos termos expostos pelo I. Relator, caberia a apreciação da exigência de CSLL porque lançada como reflexo do IRPJ, e isto, de fato, está aqui afirmado nas razões de conhecimento da primeira matéria. Contudo, a pretensão da Contribuinte, nesta terceira matéria, é constituir dissídio jurisprudencial de forma autônoma, de modo a afastar a exigência de CSLL ainda que mantido o lançamento em relação ao IRPJ, [...]

Quanto ao paradigma nº 1103-00.630, embora ali também se tratasse de amortização fiscal do ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, e seu voto condutor traga argumentos contrários à indedutibilidade das amortizações no âmbito da CSLL, importa observar que naqueles autos foi dado provimento integral ao recurso voluntário, afirmando-se o não cabimento da glosa não só na base da CSLL, como também do IRPJ. Assim, o outro Colegiado do CARF decidiu a questão sob circunstâncias distintas daquelas que a Contribuinte quer ver prevalecer nestes autos, qual seja, que a exigência de CSLL seja cancelada ainda que afirmada a indedutibilidade no âmbito do IRPJ. O exame do paradigma evidencia não ser possível cogitar se a mesma decisão seria adotada caso aquele Colegiado reconhecesse a indedutibilidade das amortizações no âmbito do IRPJ.

Tal entendimento repetiu-se no julgamento dos Acórdãos nº 9101-006.454⁹ (sessão de 01/02/2023) e nº 9101-006.463¹⁰ (sessão de 02/02/2023).

No presente caso, as glosas no âmbito do IRPJ subsistem válidas em razão de o evento de incorporação do patrimônio não ter envolvido a investidora originária ou “real investidora” e a investida, e de o fundamento econômico do ágio não ter sido a rentabilidade futura da empresa adquirida. de modo que tal circunstância subsiste como diferencial em face do paradigma nº 1103-00.630, no qual as glosas não foram declaradas indevidas na base de cálculo da CSLL de forma autônoma, mas sim em contexto no qual foram invalidadas, também, no âmbito do IRPJ.

Diante de cenários fáticos e jurídicos distintos, a divergência jurisprudencial não se estabelece.

Pelo exposto, encaminho meu voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso Especial do Contribuinte quanto a esta matéria.

IV.7 - Da Inexistência de Simulação nas Operações em Questão: Impossibilidade de Aplicação da Multa Qualificada;

⁹ Participaram do 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).

¹⁰ Participaram do 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).

O acórdão recorrido manteve a multa qualificada ao fundamento de que a ISPAGNAC teria sido utilizada de modo *artificial*, unicamente com o fim de permitir a aquisição do investimento com ágio para posteriormente ser incorporada, em operações *desprovidas de qualquer propósito negocial*, na tentativa de “forçar o enquadramento da situação na hipótese do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997”, afirmando que esta artificialidade estaria evidenciada “pela situação final, em que a ISPAGNAC deixa de existir, a SHELL BV (sediada na Holanda) resta sozinha com o controle direto sobre o investimento adquirido”.

Com relação ao tema da divergência alegada, o contribuinte apresenta como paradigmas os acórdãos nº 1302-001.182 e nº 9101-003.074.

O primeiro paradigma (acórdão nº 1302-001.182) tem sido recorrentemente analisado por este colegiado, em face de divergências relativas à legitimidade (ou não) da glosa das despesas de amortização de ágio, mas não em divergências envolvendo a aplicação da multa qualificada¹¹.

E isto faz sentido, posto que, no referido paradigma, ao afirmar que ausentes “a simulação, o abuso de direito e a fraude à lei na geração do ágio, como sustentava a Fiscalização, há que se cancelar a glosa da despesa”, não está decidindo de forma autônoma apenas acerca da imposição de multa qualificada sobre as operações, mas sim sobre a própria licitude (ou não) das operações como um todo.

Assim, o que aquele colegiado decidiu, na ocasião, foi cancelar inteiramente a autuação fiscal, ao fundamento sintetizado na sua própria ementa de que “Não é ilícita a conduta do investidor estrangeiro que prefere, primeiro, constituir uma subsidiária no Brasil, para que essa, depois, adquira os investimentos que a matriz no exterior deseja”.

O paradigma, portanto, serviria, em tese, para a demonstração da divergência com relação ao *mérito da glosa* (“Demonstração da Licitude e Validade das Operações”, já antes tratada no item IV.5), mas não possui serventia para a demonstração da divergência em face da aplicação da multa qualificada, porque esta, conforme visto, não foi decidida de forma *autônoma* pelo colegiado, naquele caso.

De modo semelhante ao afirmado na análise da divergência anterior, entendo que, nas circunstâncias ora em debate, o paradigma somente poderia ser admitido como formador de dissídio jurisprudencial caso o acórdão paradigmático fosse taxativo no sentido da inaplicabilidade da multa qualificada, mas *sem que o lançamento de IRPJ tenha sido cancelado por entender-se dedutível a amortização de ágio*.

¹¹ Foi assim, por exemplo, nos acórdãos nº 9101-004.383, nº 9101-004.637, nº 9101-004.818, nº 9101-006.381, e nº 9101-006.789. Mesmo no acórdão nº 9101-006.789, em que o paradigma foi aceito com relação ao tema “Inexistência de simulação”, este tema não possuía nenhuma vinculação com multa qualificada, posto que no lançamento fiscal lá em debate fora aplicada a multa de 75%.

Com relação ao segundo paradigma (acórdão nº 9101-003.074), vislumbra-se suficiente similitude com o caso dos presentes autos, conforme síntese contida no relatório daquela decisão, nos seguintes termos:

Na autuação fiscal, foram glosadas despesas de amortização de ágio por rentabilidade futura na aquisição de investimento. No caso, discorre a autoridade autuante que foi efetuada a aquisição da TILIBRA (Contribuinte) pela RIGESA, mediante reorganizações societárias no qual foi utilizada a empresa MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA ("MEADWESTVACO") como "veículo" para adquirir o ativo. Entendeu a Fiscalização que a MEADWESTVACO, foi criada especificamente para o negócio jurídico celebrado, que era uma empresa sem substância econômica, e que serviu apenas para receber o aporte financeiro do efetivo comprador (RIGESA), adquirir a TILIBRA com sobrepreço, e, na sequência, ser incorporada pela própria TILIBRA, para consumir a hipótese de incidência que permitiria o aproveitamento da despesa de amortização do ágio. Diante do contexto apurado, entendeu a autoridade autuante que caberia glosar a despesa prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e qualificar a multa de ofício para o percentual de 150%.

Naquele caso, o acórdão recorrido reduzira a multa de ofício ao percentual de 75%, o que foi objeto de recurso especial por parte da PGFN, ao qual foi negado provimento, consoante excertos a seguir transcritos do voto vencedor do acórdão paradigmático, de lavra do ilustre conselheiro Gerson Macedo Guerra:

A turma a quo, entendeu que a aplicação da multa em valor duplicado pela fiscalização não foi correta. Para os julgadores as operações analisadas nos presentes autos não foram tidas como simuladas ou inexistentes, sendo que a ausência de propósito negocial apenas impede a dedução fiscal do ágio, mas não autoriza a qualificação da penalidade. Vale aqui a transcrição do respectivo trecho do voto do relator:

[...]

Penso que bem decidiu a Turma em relação à não qualificação da multa.

Penso que as condutas passíveis de serem enquadradas como fraude, nos termos do artigo 72, da Lei 4.502/64 são aquelas eivadas de dolo, pautadas em ações ou omissões que visem ocultar fatos ocorridos ou simular a ocorrência de fatos inexistentes, bem como na falsificação de informações.

No presente caso não se põe em questão a efetiva ocorrência da compra de participação societária, bem como o pagamento do preço respectivo.

Também não se põe em dúvida o valor efetivo do negócio realizado, o que demonstra que ágio de fato houve.

Em minha concepção o instituto doutrinário chamado propósito negocial vem sendo indiscriminadamente utilizado pelas fiscalizações, sem se observar os pormenores de cada situação.

[...]

Importante perceber que no presente caso, houvesse a RIGESA adquirido diretamente a TILIBRA, com ágio, e houvesse sido incorporada ou a incorporado a amortização do ágio não seria discutível.

Logo não há que falar sequer em dissimilação no presente caso, já que o negócio supostamente dissimulado teria os mesmos efeitos tributários do negócio realizado.

Pelo que se pode depreender de todo o exposto e demonstrado nos presentes autos a razão para utilização da empresa MEADWESTVACO foi de apenas permitir a utilização do benefício de amortização do ágio que não seria discutível em uma aquisição direta e não haver a necessidade de se misturar as atividades desse novo negócio com os negócios até então realizados, dentro de uma mesma personalidade jurídica.

Por essas razões, entendo ser descabida a aplicação da multa qualificada, nos termos do artigo 44, §1º, da Lei 9.430/96.

Destaco, ainda, que o referido paradigma foi reconhecido como apto para a divergência relativa à qualificação da penalidade no acórdão nº 9101-006.250¹² (10/08/2022), na ocasião por unanimidade de votos.

Pelo exposto, encaminho meu voto pelo CONHECIMENTO do Recurso Especial do Contribuinte quanto a esta matéria, em face do paradigma nº 9101-003.074.

IV.8 - Da Necessidade de se Observar os Comando da LINDB, ao menos, no que tange à Qualificação da Multa;

Questão já analisada ao norte, recurso não deve ser conhecido.

IV.10 - Da Impossibilidade de Cumulação da Multa Isolada com a Multa de Ofício;

Com relação a esta matéria foram apresentados como paradigmas os acórdãos nº 1202-001.228 e nº 1301-002.415.

Aqui também, diversamente do acórdão recorrido, os paradigmas em questão, analisando fatos geradores posteriores a 2007 (quando houve alteração na redação do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 pela Lei nº 11.488/2007), firmaram entendimento no sentido da impossibilidade de cumulação entre as multas de ofício e isolada.

Assim, ratificando os termos do Despacho de Admissibilidade de fls. 5204-5244, encaminho meu voto pelo CONHECIMENTO do Recurso Especial quanto a esta matéria.

IV.11 - Da Necessidade de se Observar o Princípio da Consunção: Impossibilidade de Cobrança da Multa Isolada.

¹² Participaram do julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

Com relação a esta matéria foram apresentados como paradigmas os acórdãos nº 1401-002.836 e nº 1401-002.087.

Consoante bem observou o Despacho de Admissibilidade de fls. 5204-5244, a relatora do acórdão recorrido propusera a aplicação do Princípio da Consunção para a multa isolada, cancelando-a *“em referência e proporção às exigências tributárias agora mantidas”*. Contudo, a relatora restou vencida nesse ponto, tendo o voto vencedor adotado entendimento que afasta o referido princípio.

E os paradigmas em questão, diversamente do acórdão recorrido, aplicaram a mesma tese proposta pelo voto vencido, no sentido de que, em síntese, pelo Princípio da Consunção, a multa de ofício *absorve a multa isolada até o montante em que suas bases se identificarem*.

Assim, ratificando os termos do Despacho de Admissibilidade, encaminho meu voto pelo CONHECIMENTO do Recurso Especial quanto a esta matéria.

1.3 RESUMO QUANTO AO CONHECIMENTO

Pelo exposto, voto por NÃO CONHECER do Recurso Especial da Fazenda Nacional, e por CONHECER PARCIALMENTE do Recurso Especial do Contribuinte, relativamente às matérias *“nulidade do acórdão da DRJ e do acórdão recorrido”, “amortização de ágio” (“Ad Argumentandum - Da Existência de Confusão Patrimonial no Caso Concreto: Demonstração da Licitude e Validade das Operações”), “multa qualificada”, e “multas isoladas concomitantes”*.

Passo a apreciá-los.

2 MÉRITO

2.1 LEGITIMIDADE DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

Início o exame de mérito com a possibilidade, ou não, de amortização do ágio, pois, caso o colegiado decida por prover o recurso nesse ponto, as demais matérias, todas decorrentes dessa exigência principal, ficariam prejudicadas quanto ao exame de mérito, uma vez que automaticamente tornar-se-iam insubsistentes.

Pois bem, antes de adentrar na análise da operação em si, convém discorrer sobre a legislação tributária que rege a matéria, em especial sobre a necessidade de não se confundir o direito à contabilização do ágio com as condições para sua amortização, ao menos em termos fiscais.

Vejamos, com base no Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR/99), vigente à época dos fatos geradores, a legislação que rege a matéria:

Amortização do Ágio ou Deságio

Art.391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).

Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no LALUR, para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento (art. 426). [grifo nosso]

Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido

Art.426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;

III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior. [grifos nossos]

Constata-se, assim, que, em regra geral, o ágio *deverá ser* ativado e utilizado *como custo somente no momento da alienação do investimento*, obviamente se essa vier a ocorrer.

Excepcionalmente, o ágio pode vir a ser amortizado, nos termos do art. 386, III, e seu § 6º, II, do RIR/99, *verbis*:

Art.386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

[...]

III- poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do §2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

[...]

§6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

[...]

II- a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária. [grifos nossos]

Para amortização do ágio, a meu ver, diversas premissas necessitam ser cumpridas. o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio;

1. a realização das operações originais entre partes não ligadas;
2. seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura;
3. **a extinção do investimento em razão da absorção do patrimônio da investidora pela investida, ou vice-versa, conforme prevê o art. 386, e seu inciso III, do RIR/99, ou seja, confusão patrimonial entre a investidora e investida.**

Como se passará a demonstrar a partir de agora, a avaliação detalhada de como se deu esse último pressuposto será o ponto nodal para se confirmar ou não a negativa de aproveitamento do ágio levada a efeito pela autoridade fiscal.

Isso porque se pode facilmente extrair da dicção do 7º da Lei nº 9.532/97 que o aspecto pessoal delineado pela norma, no caso de pessoa jurídica absorver patrimônio de outra na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, passa necessariamente pelo reconhecimento de que a pessoa jurídica investidora originária é aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da pessoa jurídica investida. Ou, se examinado sob o ângulo da holding formada no Brasil especificamente para aquisição do investimento, se a operação realizada necessitava dessa interposição, quer por questões negociais, regulatórias ou mesmo para viabilização do negócio. Enfim, as operações efetivamente realizadas pela holding são essenciais no exame de sua eventual artificialidade na operação levada a efeito.

No caso concreto, a decisão recorrida entende que houve utilização de empresa veículo buscando contornar a aplicação de tais normas imperativas que impunham a ativação do ágio na real investidora (arts. 391 e 426 do RIR/99), buscando posicionar a Recorrente diante de normas de contorno, quais sejam, o art. 386, III, e seu § 6º, II, do RIR/99, mediante operações societárias meramente com fins fiscais.

O real investidor seria empresa situada no exterior (SHELL BV) que teria se utilizado de ISPAGNAC (empresa veículo no Brasil), após capitalizá-la e adquirir o investimento em REPSA com ágio, com posterior incorporação reversa, somente para viabilizar uma artificial confusão patrimonial entre essa empresa veículo e a investida, com a consequente suposta permissão para amortização do ágio surgida na operação de aquisição.

Conforme já explanado, entendo existir a necessidade de confusão patrimonial entre a investidora e a investida a fim de que o ágio possa vir a ser amortizado. Isso em regra, e

para uma aquisição de investimento realizado por uma empresa situada no Brasil ou sem entraves de natureza regulatória que exijam, ao menos não tornem a operação artificial, que a operação seja realizada mediante a utilização de estrutura organizacional distinta, conforme já esclarecido.

Não há dúvida que a pessoa jurídica que, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, absorver patrimônio de outra pessoa jurídica que dela detenha participação societária adquirida com ágio, cujo fundamento seja a rentabilidade futura, poderá amortizá-lo nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração, pois assim possibilita o art. 386 do RIR/99.

De igual forma, não se pode olvidar que o contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio de maneira que melhor lhe convém, com vistas à redução de custos e despesas, inclusive à redução dos tributos, sem que isso implique, necessariamente, qualquer ilegalidade.

Entretanto, o que não se admite atualmente é que os atos e negócios praticados se baseiem em aparente legalidade, sem qualquer finalidade empresarial ou negocial, para disfarçar o real objetivo da operação, quando unicamente almeje reduzir o pagamento de tributos.

Nota-se, assim, que o direito ao planejamento tributário não pode ser absoluto, há que haver uma conformação entre a existência do direito e o modo como se exerceu esse direito.

Conforme já tive a oportunidade de me pronunciar em inúmeros casos atinentes à amortização de ágio mediante utilização de “empresas de passagem” ou “empresas veículo”, há de se analisar, em cada caso, se o único propósito de assim se proceder foi a economia tributária, ou, de modo diverso, se há outros propósitos que justifiquem a constituição de tal empresa¹³.

Constata-se, assim, que, em regra geral, o ágio deverá ser ativado e utilizado como custo somente no momento da alienação do investimento, obviamente se essa vier a ocorrer, o que, frise-se, não há qualquer notícia de que tais alienações tenham ocorrido no caso concreto.

Nesse sentido, compulsando os autos, percebe-se claramente que os investimentos realizados, e adquiridos com ágio, comporiam o ativo da Recorrente, provavelmente, por tempo indeterminado, haja vista a continuidade das operações antes realizadas pelas investidas em novas empresas, segregadas de acordo com o ramo de atividade a que se dedicavam e, ao que tudo indica, ainda se dedicam, com exceção da hipótese de fechamento de capital.

A artificialidade da operação foi justamente buscar o contorno de tais normas imperativas, que impunham a ativação do ágio, buscando posicionar a Recorrente diante de

¹³ Nesse sentido, no Acórdão 1402-001.954 votei por dar provimento ao recurso do contribuinte por entender justificada a utilização de uma empresa enquadrada como “veículo” pela autoridade fiscal lançadora, mas que restou configurada, em realidade, como sociedade de propósito específico, e não constituída com o fim único de angariar vantagem tributária de forma artificial. Entendimento semelhante encontra-se nos Acórdãos 9101-003.609 e 9101-003.610, julgamentos em que atuei como suplente na Câmara Superior de Recursos Fiscais e apresentei declarações de voto.

normas de contorno, quais sejam, o art. 386, III, e seu § 6º, II, do RIR/99, conforme já reproduzido alhures.

Isso porque o fato de a formação do ágio ter cumprido os requisitos legais estabelecidos, em especial aqueles em que essa turma firmou entendimento necessários (o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; a realização das operações originais entre partes não ligadas; seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura), não possui o condão de permitir que a regra geral seja desrespeitada, qual seja, o ágio deverá compor o custo do investimento para fins de apuração de ganho de capital em eventual alienação (inteligência do art. 391 c/c art. 426, II, ambos do RIR/99).

Nessa senda, para que o ágio com fundamento em rentabilidade futura possa compor o resultado do período, o regulamento do imposto de renda impõe ou a alienação do investimento – nesse caso, na forma de custo de aquisição -, ou mediante amortização, desde que haja incorporação, fusão ou cisão entre investidora e investida (art. 386, caput e inciso III), ainda que de forma reversa (art. 386, § 6º, II).

Saliento ainda que a tese de que os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 trouxeram um benefício fiscal relativo à amortização do ágio não prospera. A esse respeito, reproduzo excerto do voto do i. Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé no bojo do acórdão 1102-000.873:

A profunda alteração levada a efeito pela Lei nº 9.532/97 consiste no seguinte: antes dela (na vigência do art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77), era absolutamente irrelevante (nos casos de incorporação, fusão ou cisão) o fundamento no qual baseava-se o anterior registro do ágio ou deságio. Bastaria à pessoa jurídica avaliar o acervo líquido recebido a preços de mercado, e toda a diferença entre este acervo e o valor contabilmente registrado, relativo à participação societária extinta, era imediatamente deduzido como perda, para fins fiscais, qualquer que fosse o fundamento daquele ágio.

Após a Lei nº 9.532/97, nos casos de incorporação, fusão ou cisão, o ágio fundamentado em rentabilidade futura não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, senão de forma “parcelada” em, no mínimo, cinco anos; o ágio fundamentado na diferença entre o valor contábil e o valor de mercado de bens do ativo não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, senão de forma também “parcelada”, acompanhando a depreciação, amortização, ou exaustão normal do bem; e o ágio baseado em outros fundamentos econômicos não apenas não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, como ainda sequer pode ser amortizado ao longo do tempo.

A nova lei, portanto, possui caráter manifestamente anti-elisivo. Não somente pelo seu próprio conteúdo normativo, já que a partir de sua edição foram sensivelmente restringidas as possibilidades de dedução do ágio, conforme acima exposto, como também pela própria manifestação do legislador, contida na

exposição de motivos ao art. 8º da MP 1.602/97, posteriormente convertido no art. 7º da Lei nº 9.532/97, *verbis*:

“O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.”

Este ponto merece ser melhor explicitado, visto que há muitos juristas e doutrinadores - quiçá a maioria, até - que tratam os referidos artigos 7º e 8º como um incentivo fiscal às privatizações. Contudo, o entendimento aqui exposto não é isolado, e, neste sentido, transcrevo excerto de manifestação de Luís Eduardo Schoueri em recente livro¹⁴ a respeito do tema:

“Muitos acreditam que a referida lei constituiu incentivo fiscal às privatizações. Neste sentido é o entendimento de Roberto Quiroga Mosquera e Rodrigo de Freitas, quando estes assinalam que o tratamento fiscal conferido ao ágio pela Lei nº 9.532/1997 ‘foi estabelecido no contexto de incentivo às privatizações, em que o Estado brasileiro tinha interesse em oferecer condições vantajosas aos adquirentes e, com isso, conseguir melhores preços’.

O mesmo raciocínio pode ser visto em Marcel e Michel Gulin Melhem, segundo os quais uma (e talvez a principal) das razões para a criação das normas sobre dedutibilidade do ágio na incorporação teria sido o incentivo ao “então chamado Programa Nacional de Desestatização, tornando as empresas estatais mais atraentes aos investidores privados, uma vez que o ágio eventualmente pago nos leilões de privatização poderia ser deduzido fiscalmente”. É, ainda, o mesmo entendimento de João Dácio Rolim e de Frederico de Almeida Fonseca, para quem um dos motivos para o tratamento dado ao ágio pela Lei nº 9.532/1997 “foi o de fomentar o chamado ‘Programa Nacional de Desestatização do Governo Federal’”.

Tal posicionamento não deixa de ser curioso. Afinal, se anteriormente o ágio era deduzido integralmente, a imposição de restrições não poderia ser considerada um incentivo. A exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997 deixou hialino esse intuito de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso, o legislador visou limitar a dedução do ágio

¹⁴ SCHOUERI, Luis Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo: Dialética, 2012, p. 66-68.

às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que os justificassem.

Segundo as palavras utilizadas à época pelo Poder Executivo para justificar a introdução de disciplina diferenciada para o ágio conforme sua fundamentação, houve a necessidade de se coibir planejamentos tributários consistentes na aquisição com ágio de empresas deficitárias e posterior incorporação que fizesse com que o ágio fosse deduzido na empresa lucrativa.

Como antigamente não havia qualquer coerência e consistência para a dedução do ágio, a falta de regulamentação específica estava sendo utilizada para distorcer a lógica do sistema, o que gerou motivação suficiente para que o legislador barrasse esses artifícios prejudiciais à completude do ordenamento jurídico.”

Ainda que possa não ser o entendimento dominante, também no CARF se encontram manifestações no mesmo sentido do quanto exposto no presente voto. Peço vênia para transcrever trecho do voto proferido pelo ilustre Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, no acórdão nº 101-95.786, de 18 de outubro de 2006, à época acompanhado por unanimidade pela antiga Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes:

“Antigamente, o Decreto 1.598/77, em seu artigo 34, atual artigo 430 do RIR/99 [...]

Não havia prazo mínimo para esta operação de registro da perda, certo que alguns contribuintes, fortes na avaliação apenas de bens tangíveis e ignorando a valorização de intangíveis, registravam perdas quase pela totalidade do ágio pago na aquisição. E isso em operações muitas das vezes instantâneas.

[...]

A motivação para a nova regra teve caráter antielisivo, conforme a exposição de motivos ao artigo 8º da MP 1.602/97, convertido no artigo 7º da Lei 9.532/97, verbis:

[...]

A única conclusão possível, portanto, é que a nova regulamentação, além de tomar despidiêda qualquer avaliação de acervo líquido quando existente ágio ou deságio, criou prazo mínimo para a amortização, no caso 5 anos, como forma de evitar o ganho fiscal imediato que anteriormente se obtinha, pelo reconhecimento a um só tempo da diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido.

No entanto, não há na norma qualquer permissão para que tal efeito represente um ajuste ao lucro líquido, mediante exclusão no LALUR. O fato é contábil, representativo do controle na escrituração da amortização do ágio após a incorporação. Como bem observou a decisão recorrida, apenas se a amortização ultimar-se em período anterior a cinco anos, haverá necessidade de ajustes por adição e exclusão, para respeito ao prazo mínimo definido na norma.”

O entendimento, data vênia equivocado, de que o referido artigo veicularia incentivo fiscal foi tão veemente e reiteradamente alardeado, que na própria Câmara de Deputados foi debatido um projeto de lei visando à revogação do

“benefício fiscal” previsto no inciso III do artigo 7º (que trata da amortização do ágio fundamentado em expectativa de resultados futuros).

De fato, o então Deputado Valdemar Costa Neto apresentou o Projeto de Lei nº 2.922-A, de 2000, por meio do qual propunha, em seu artigo 1º, a revogação do inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532/97, ao argumento de ser “completamente absurdo o benefício fiscal que ela concedeu as empresas vencedoras dos leilões de privatização de empresas estatais”.

Ainda, posteriormente, foi apresentada emenda, pelo Deputado Luiz Antonio Fleury, a este projeto de lei, propondo a supressão da revogação antes proposta, na qual, mais uma vez, deu-se ao referido artigo a conotação de incentivo fiscal, verbis:

“Inclusive, a forma de contabilização atualmente prevista no inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, representou um incentivo para que as empresas privadas participassem dos programas de desestatização.

Neste sentido, podemos até dizer que um dos principais incentivos apresentados pelos processos de privatização está inserido na seara fiscal, eis a razão pela qual o benefício fiscal do inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, se faz necessário.”

O Relator da matéria na Comissão de Finanças e Tributação, Deputado Antonio Cambraia, em seu voto, acolheu integralmente as ponderações apresentadas pela emenda supressiva, ressaltando que, por meio do artigo da Lei nº 9.532/97 em questão, “estimula-se o investimento em outras empresas e a reorganização societária, tão importantes num contexto de baixo crescimento econômico do país”.

O Projeto de Lei nº 2.922-A foi rejeitado, no mérito, por unanimidade, tendo sido arquivado em 02/12/2004, consoante informações obtidas em www.camara.gov.br.

O entendimento de que se trata de um incentivo fiscal tem permeado as mais recentes decisões do CARF a respeito do tema. Neste contexto foram proferidos diversos dos acórdãos citados pela recorrente em sede de recurso e memoriais apresentados, bastando a tanto citar o Acórdão nº 1301-000.711 (Tele Norte Leste, de relatoria do ilustre Conselheiro Valmir Sandri) e o Acórdão nº 1402-000.802 (Banco Santander, de relatoria do ilustre Conselheiro Antônio José Praga de Souza).

Transcrevo abaixo breve excerto do Acórdão nº 1301-000.711:

“Na verdade, o Programa Nacional de Desestatização, juntamente com as regras atinentes à dedutibilidade do ágio fizeram parte de todo um contexto para a formulação dos preços ofertados nos leilões de privatização e para as sucessivas reorganizações societárias realizadas pelas empresas objeto da desestatização, servindo como atrativo e motivo para o aumento substancial dos valores auferidos pelo Governo com a privatização.

Noutro giro, a dedutibilidade do ágio e a possibilidade de a empresa realizar a reorganização societária para o seu aproveitamento fez parte do pacote de condições ofertadas às empresas que participaram das privatizações, tendo, todas elas, conforme pesquisa na internet, adotado a política incentivada acima.”

Não me sensibilizam, contudo, os argumentos expendidos neste sentido. Identifico nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 tão somente uma nova normatização atinente ao registro e amortização do ágio — a propósito, sem sombra de dúvidas, mais restritiva que a anterior.

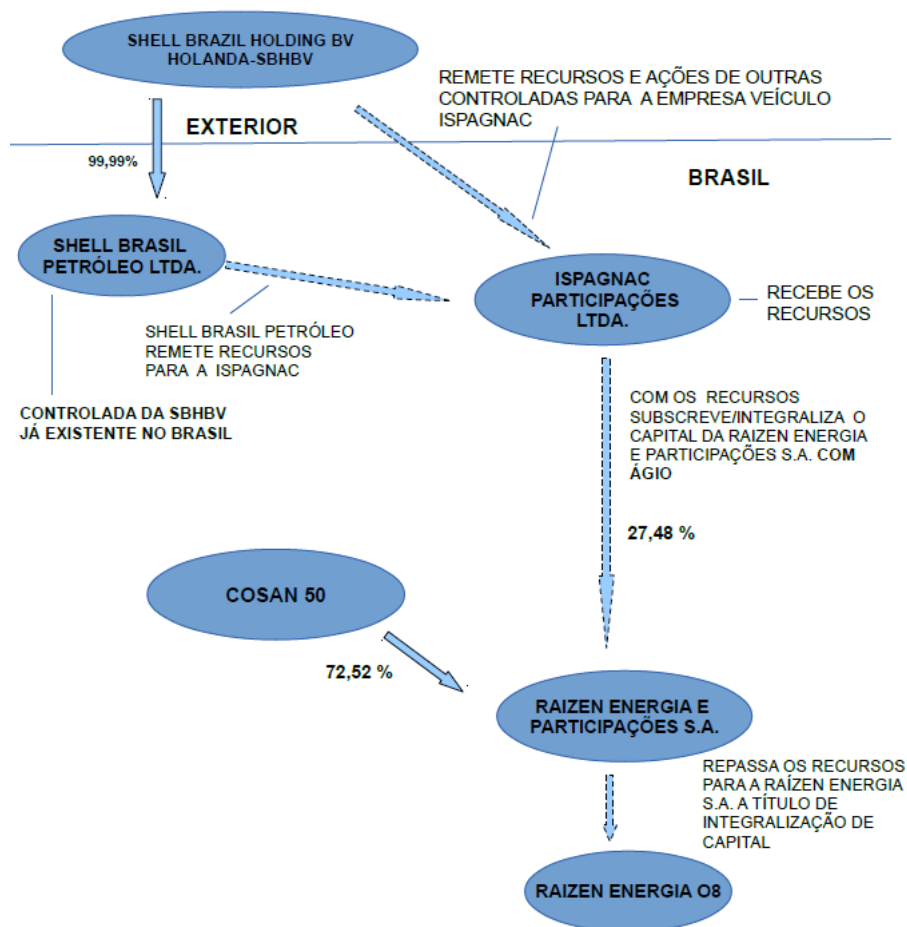
Além disto, não há nenhum elemento na Lei nº 9.532/97 que expressamente a vincule ao Programa Nacional de Desestatização. Pelo contrário, suas regras são válidas para todo e qualquer evento de fusão, incorporação ou cisão que implique a extinção de participação societária anteriormente adquirida com ágio.

Retornando ao caso concreto, embora as operações do caso concreto já tenham sido detalhadas no relatório ao norte, busco sintetizá-las a seguir, para o perfeito esclarecimento do colegiado.

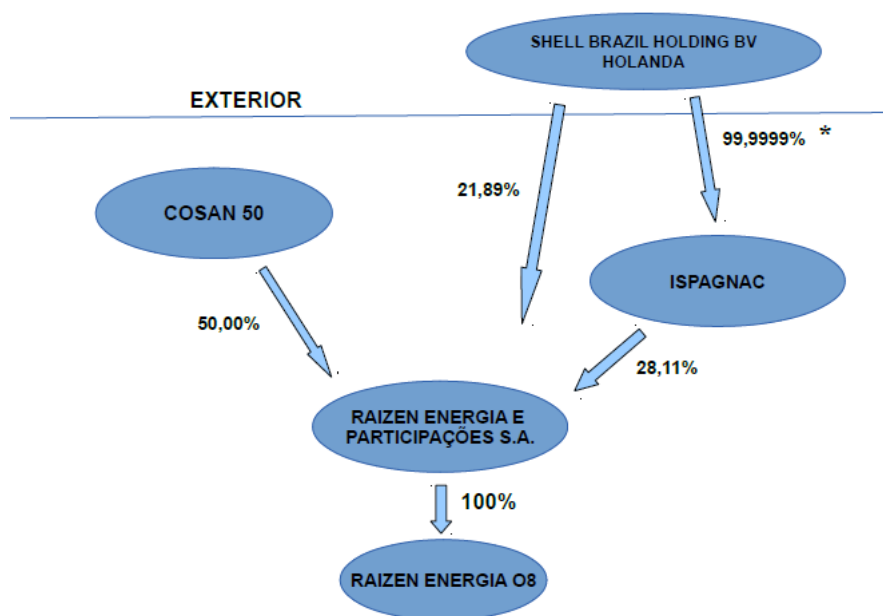
No caso concreto, a empresa ISPAGNAC, até o dia 29/04/2011 possuía capital de somente 100,00, divididos entre a Shell Brazil Holding B.V. (Shell BV ou SBHBV), sociedade holandesa, com 99%, e a Shell Brasil Petróleo Ltda, empresa controlada da SBHBV (99,99%), já existente no Brasil, com 1%.

A partir dessa data, começaram os aportes de capital à ISPAGNAC, com os quais foi efetuada a subscrição de capital, em 01/06/2011, na Raízen Energia e Participações S.A. com ágio de R\$ 708,8 milhões.

A figura a seguir, contida no TVF, é bastante elucidativa, neste aspecto:

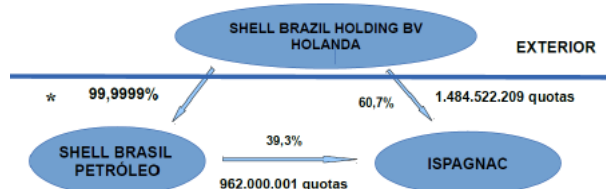


Ainda naquele mesmo dia 01/06/2011, por meio de um contrato de permuta entre controladas da Cosan e da Shell, a participação de cada uma na *joint venture* (Raízen Energia e Participações S.A. – REPSA) ficou igualitária, conforme demonstrado sinteticamente na figura a seguir, contida no TVF:

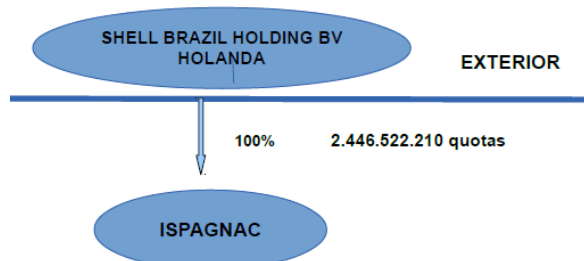


* Nesta data, isto é, 01/junho/2011, o capital da Ispagnac era composto de 416.760.821 quotas, sendo uma pertencente à Shell Brasil Petróleo Ltda., CNPJ nº 10.456.016/0001-67 e o restante à Shell Brazil Holding B.V.

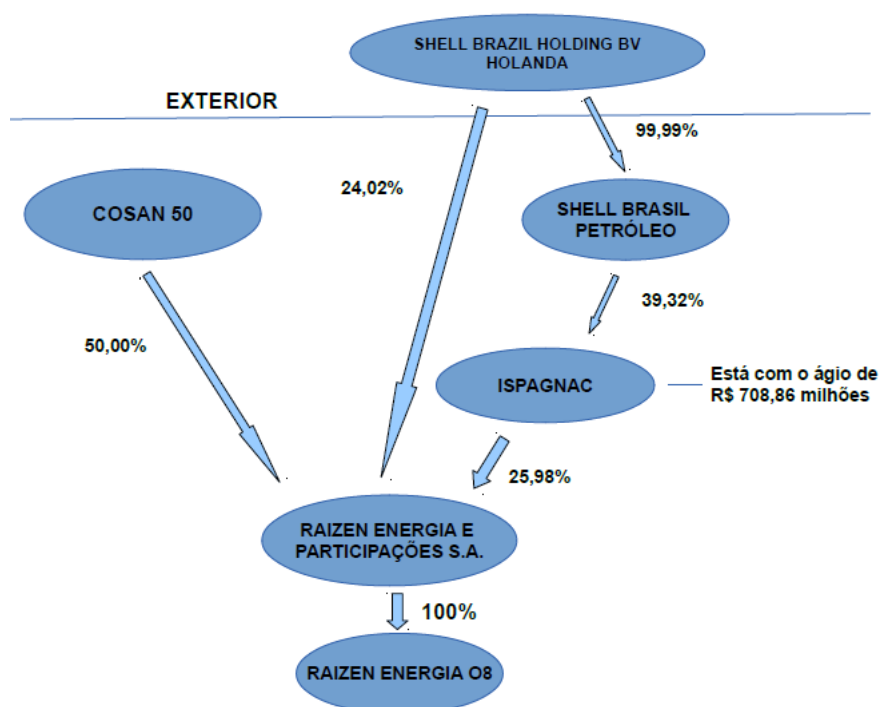
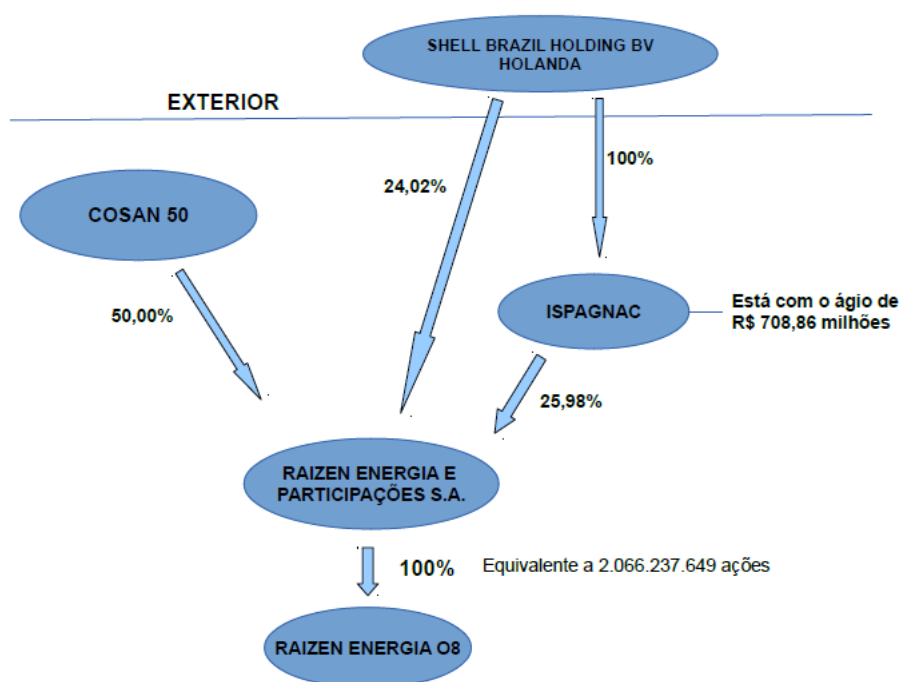
Em 30 de novembro de 2012, após diversos aportes de capital à ISPAIGNAC feitos pela SBHBV e pela Shell Brasil Petróleo Ltda, já detalhados no relatório ao norte, a posição societária da ISPAIGNAC podia ser assim representada, conforme diagrama constante do TVF:



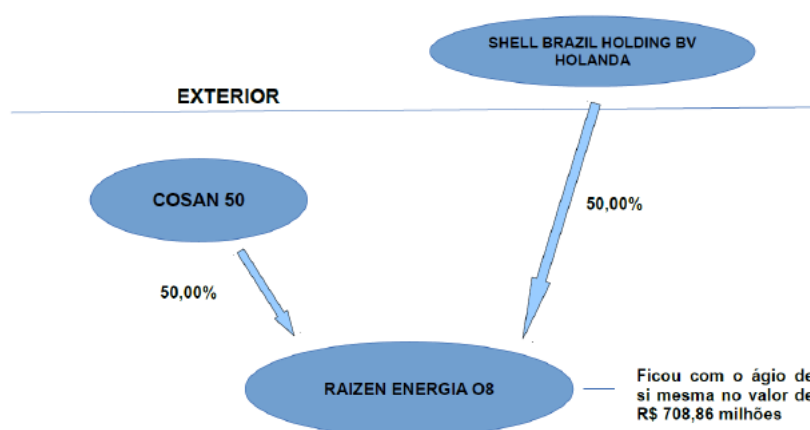
Naquela data, a Shell Brasil Petróleo Ltda. é cindida parcialmente no que se refere ao investimento que detinha na ISPAIGNAC e, ato contínuo, essa parcela cindida é incorporada pela própria ISPAIGNAC Participações Ltda. Com a eliminação da participação que a Shell Brasil Petróleo Ltda detinha na ISPAIGNAC, o diagrama ficou conforme a seguir, com a SBHBV detendo 100% do capital da ISPAIGNAC:



Os diagramas a seguir, representativos da posição societária geral da *Joint Venture*, em 30/11/2012, antes e depois da cisão parcial da Shell Brasil Petróleo Ltda, são bastante elucidativos:

ANTES:**DEPOIS:**

Ainda no mesmo dia 30/11/2012, a Raízen Energia e Participações S.A. incorpora a ISPAGNAC Participações Ltda. e, ato contínuo, na mesma data, a Raízen Energia e Participações S.A. é incorporada pela Raízen Energia S.A., ficando a situação final da estrutura societária geral da *Joint Venture* paulista configurada conforme exposto no diagrama a seguir:



Pois bem, examinando a operação em exame, entendo inexistir qualquer simulação, e tampouco artificialidade na operação levada a efeito.

Isso porque a utilização de ISPAGNAC mostra-se absolutamente compatível com a operação realizada, no caso, uma *joint venture* entre os grupos SHELL (grupo da Recorrente) e o grupo COSAN.

O objetivo de tal *joint venture*, desde o início (2011) e amplamente divulgado junto ao mercado (quase um ano antes da efetiva implementação dessa parceria), foi compartilhar o controle de Raízen Energia, antes detida exclusivamente pelo grupo COSAN.

Para tanto, SHELL BV (situada na Holanda) aportou *parte* do capital em ISPAGNAC e, em paralelo, também SHELL BRASIL (empresa nacional também controlada por SHELL BV) injetou recursos mediante aporte de capital em ISPAGNAC.

COSAN, por sua vez, integralizou ações que detinha de Raízen Energia em Raízen Participações (REPSA).

ISPAGNAC então, integralizou capital com ágio baseado em expectativa futura em Raízen Participações. Por oportuno, salienta-se que não houve qualquer questionamento sobre a formação do ágio, quer em aspectos materiais ou formais, iniciando-se, assim, formalmente a *joint venture* firmada entre grupos SHELL e COSAN, compartilhando o controle de Raízen Energia por meio de Raízen Participações.

Na sequência, SHELL BRASIL foi cindida parcialmente, com versão do patrimônio que continha o investimento em ISPAGNAC incorporada reversamente por essa. Esse ponto é crucial, e mais à frente retornaremos a ele para demonstrar a lisura das operações levadas a efeito pelo Grupo Shell.

Houve ainda uma operação de permuta entre as controladoras dos grupos SHELL e COSAN – neutras do ponto de vista da amortização do ágio em questão – que levaram a ISPAGNAC (controlada agora direta e exclusivamente por SHELL BV) e COSAN a participar, cada uma, com 50% das ações de Raízen Participações.

Posteriormente, ISPAGNAC foi incorporada reversamente por Raízen Participações, momento a partir do qual o ágio passou a ser amortizado.

Nesse contexto, percebe-se que a citada incorporação da parcela vertida de SHELL BRASIL por ISPAGNAC já indicam que ao menos uma das “reais” investidoras originais participou da confusão patrimonial com a investida final (Raízen Participações, que controlava integralmente Raízen Energia).

E veja-se, assim, que caso SHELL BV tivesse primeiro aportado capital em SHELL BRASIL – pessoa jurídica sólida e há muito em operação no Brasil – em vez de integralizar capital em ISPAGNAC, não haveria dúvidas acerca da confusão patrimonial entre SHELL BRASIL e Raízen Participações.

Mas veja-se que, ao final, SHELL BV passou a deter diretamente as ações de Raízen Participações, detida em igual parte pelo grupo COSAN, mantendo SHELL BRASIL (parte remanescente de sua cisão parcial) operando sem qualquer influência ou participação de COSAN.

Se assim não procedesse, SHELL BRASIL teria que incorporar Raízen Participações, o que implicaria extrapolação da *joint venture* firmada com o grupo COSAN, pois esse último passaria a ter participação direta nos negócios do grupo SHELL.

Nesse contexto, justificou-se plenamente a utilização de ISPAGNAC na operação, não podendo tal empresa ser tachada como mero veículo para amortização do ágio.

Além disso, ISPAGNAC efetivamente existiu por mais de anos, atuando efetivamente como uma *holding* durante toda a sua existência, inclusive recolhendo inclusive tributos.

Tais razões são mais do que suficientes para demonstrar que o desenho utilizado na aquisição e estruturação do negócio utilizado pelo Grupo SHELL não foram realizados de forma artificial, antes pelo contrário, demonstram ter fortes razões extrafiscais.

E não se pode olvidar que o contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio de maneira que melhor lhe convém, quer por questões estratégicas na condução de seus negócios, quer com vistas à redução de custos e despesas, inclusive à redução dos tributos, sem que isso implique, necessariamente, qualquer ilegalidade.

O que não se admite atualmente é que os atos e negócios praticados se baseiem em aparente legalidade, sem qualquer finalidade empresarial ou negocial, para disfarçar o real objetivo da operação, quando unicamente almeje reduzir o pagamento de tributos, o que, sem sombra de dúvidas, não ocorreu no caso ora sob exame.

Entendo que, pelas conclusões já expostas pode-se acatar as deduções a título do ágio realizadas pela Recorrente, motivo pelo qual voto por dar provimento ao Recurso Especial do Contribuinte, o que implica o cancelamento integral da exigência, inclusive CSLL e multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas.

Nessa esteira, resta também prejudicado o exame das demais matérias conhecidas.

Pelo exposto, encaminho meu voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso, nesta parte, confirmando a decisão recorrida que manteve a glosa do ágio.

E, tendo a maioria do colegiado acompanhado meu entendimento quanto ao provimento do recurso em relação à amortização do ágio, o exame de mérito das demais matérias conhecidas torna-se prejudicado, uma vez que a exigibilidade do crédito tributário correspondente dependeria da manutenção da exigência principal.

3 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por NÃO CONHECER do Recurso Especial da Fazenda Nacional, e por CONHECER PARCIALMENTE do Recurso Especial do Contribuinte, relativamente às matérias “nulidade do acórdão da DRJ e do acórdão recorrido”, “amortização de ágio” (“Ad Argumentandum - Da Existência de Confusão Patrimonial no Caso Concreto: Demonstração da Lícitude e Validade das Operações”), “multa qualificada”, e “multas isoladas concomitantes”, e, na parte conhecida, DAR-LHE PROVIMENTO em relação à amortização de ágio, restando prejudicado o exame de mérito das demais matérias, uma vez que canceladas por mera decorrência da extinção do crédito tributário do principal.

Assinado Digitalmente

Fernando Brasil de Oliveira Pinto