



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720110/2019-94
ACÓRDÃO	1102-001.578 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	11 de dezembro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	RAIZEN ENERGIA S.A.
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2015, 2016

COMPROVAÇÃO DO FUNDAMENTO ECONÔMICO DO ÁGIO. REQUISITOS PARA COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE DA TRANSAÇÃO.

O fundamento econômico da transação que gera o ágio pode ser comprovado mediante meios de prova que verdadeiramente demonstrem a efetiva existência de diferença entre a despesa incorrida e o patrimônio líquido registrado contabilmente, inclusive, mediante laudos de avaliação que a revele e comprove.

Não cabe à administração tributária desconsiderar o fundamento econômico com base apenas na tese que inadmite a dedutibilidade da despesa com pagamento de ágio, devendo apontar elementos fáticos que tornem inservíveis ou insuficientes os documentos da contribuinte para justificar a dedução realizada.

AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. INDEDUTIBILIDADE.

O uso de empresa veículo, por si só, não invalida as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida, estando diretamente vinculada ideologicamente a um propósito comercial. Porém, se nesse contexto não ocorrer a confusão patrimonial entre a real investidora e investida, porque foi utilizada uma empresa com características de "empresa-veículo", com a específica finalidade de viabilizar uma artificial confusão patrimonial entre investida e a aparente investidora, o aproveitamento tributário do ágio não é válido.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO. INDEDUTIBILIDADE.

Não é dedutível a amortização de ágio interno, isto é, formado por meio de transações entre entidades submetidas a controle comum.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NO ÂMBITO DA APURAÇÃO DA CSLL.

Inexiste qualquer especificidade a ensejar resultado diferenciado na apuração da base de cálculo da CSLL decorrente da glosa de amortização do ágio que reduziu indevidamente as bases tributáveis da Contribuinte.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. MULTA QUALIFICADA. NÃO CABIMENTO.

A amortização de ágio mediante a transferência da adquirente do investimento para uma empresa-veículo que é subsequentemente incorporada com vistas a propiciar ao seu aproveitamento fiscal antecipado não encontra amparo nas normas legais, mas tal conduta não enseja, por si só, a aplicação da multa qualificada, quando os atos praticados revelam interpretação equivocada por parte do contribuinte quanto à legislação de regência.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO. MULTA QUALIFICADA. NÃO CABIMENTO.

Considerando que, à época dos fatos geradores, não havia disposição legal que vedava a dedução do dito ágio interno, existindo uma verdadeira dúvida interpretativa quanto a esse direito, incabível a qualificação da penalidade, devendo esta ser reduzida de 150% para 75%.

ESTIMATIVA MENSAL. INADIMPLEMENTO. MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. CONCOMITÂNCIA. LEGALIDADE.

A partir do ano-calendário 2007, a alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas". A lei ainda estabelece a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente, não havendo que se falar em impossibilidade de imposição da multa após o encerramento do ano-calendário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso voluntário, nos termos do voto do Relator, para na parte conhecida, (I) por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas, e, (II) no mérito, dar parcial provimento nos seguintes termos: (II.1) em relação ao ágio ND-PAR, por voto de qualidade, mantidas as exigências de IRPJ e de CSLL - vencidos os Conselheiros Fredy José Gomes de Albuquerque (Relator), Cristiane Pires McNaughton e Gustavo Schneider Fossati, que afastavam a exigência, e, por unanimidade de votos, afastada a qualificação da multa de ofício; (II.2) em relação ao ágio DA BARRA, por voto de qualidade, mantidas as exigências de IRPJ e de CSLL, vencidos os Conselheiros Fredy José Gomes de Albuquerque(Relator), Cristiane Pires McNaughton e Gustavo Schneider Fossati, que cancelavam as exigências, e, por maioria de votos, afastada a qualificação da multa de ofício – vencido o Conselheiro Fernando Beltcher da Silva, que mantinha a qualificação da multa; e (II.3), por voto de qualidade, mantida a multa isolada exigida em decorrência de estimativas mensais de IRPJ e de CSLL inadimplidas, concomitantemente com a multa de ofício – vencidos os Conselheiros Fredy José Gomes de Albuquerque (Relator), Cristiane Pires McNaughton e Gustavo Schneider Fossati, que cancelavam a multa isolada. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Fenelon Moscoso de Almeida. Julgamento efetuado na vigência da Lei nº 14.689, de 20 de setembro de 2023.

Assinado Digitalmente

Fredy José Gomes de Albuquerque – Relator

Assinado Digitalmente

Fernando Beltcher da Silva – Presidente

Assinado Digitalmente

Fenelon Moscoso de Almeida – Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Lizandro Rodrigues de Sousa, Fredy Jose Gomes de Albuquerque, Fenelon Moscoso de Almeida, Cristiane Pires Mcnaughton, Gustavo Schneider Fossati e Fernando Beltcher da Silva (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de lançamentos de IRPJ e CSLL referentes aos anos-calendários de 2015 e 2016, decorrentes de alegada amortização fiscal indevida de ágio por aquisição de participação societária, mediante interposição de empresa veículo, cuja realização foi considerada artificial e sem propósito negocial, tendente ao aproveitamento ilegal do benefício fiscal ora referenciado.

Além do IRPJ e da CSLL, foram cobrados juros de mora, multa de ofício qualificada (150%) e multa isolada, totalizando crédito tributário global de R\$ 4.231.411,12 (IRPJ e acréscimos) e R\$ R\$ 1.523.307,98 (CSLL e acréscimos), assim discriminado:

	IRPJ	CSLL
Principal	R\$ 1.412.627,65	R\$ 508.545,95
Juros de Mora	R\$ 298.064,43	R\$ 107.303,19
Multa de Ofício	R\$ 2.118.941,47	R\$ 762.818,92
Multa Isolada	R\$ 401.777,57	R\$ 144.639,92
Total	R\$ 4.231.411,12	R\$ 1.523.307,98

Por bem condensar o histórico dos fatos, acolhe-se trecho do relatório do acórdão recorrido para sintetizar os acontecimentos trazidos no TVF:

 “3. Relata a Autoridade Fiscal no TVF (Termo de Verificação Fiscal, fls. 2.658/2.717) que:

3.1. A presente ação fiscal, referente aos períodos de 2015 e 2016, foi iniciado a partir da determinação emanada do Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal -Fiscalização (TDPF-F) nº 08.1.85.00-2018-000 44-3, abarcando, inicialmente, a verificação das obrigações tributárias do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) dos anos-calendário de 2013 e 2014 - Em 25/03/2019 foram incluídas para serem fiscalizadas, no Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal - TDPF, as competências de 2015 e 2016;

3.2. Esta fiscalização constituiu uma continuidade dos procedimentos fiscais correspondentes aos anos-calendário 2006 a 2009 (Processo nº 16561.720093/2011-38) e anos-calendário 2011 e 2012 (Processo nº 16561.720171/2016-17);

3.3. O objeto principal da presente autuação corresponde à glosa de deduções da amortização de ágio das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL dos anos-calendário 2015 a 2016, havendo também lançamentos de multas por falta de recolhimento do IRPJ e da CSLL sobre as bases estimadas;

3.4. A empresa ora autuada passou por diversas denominações e reorganizações, sendo que até 22/06/2011 a Raizen Energia S/A era denominada Usina da Barra 48, mesmo CNPJ. Antes disso, até os eventos de incorporação ocorridos em março de 2006, os quais veremos adiante, a razão social anterior da Usina da Barra 48 era Açucareira Corona S/A.

3.5. São as seguintes as empresas diretamente envolvidas nas reorganizações societárias que ensejaram o presente auto de infração:

3.5.1. Usina da Barra S.A – Açúcar e Alcool, CNPJ nº 44.814.325/0001-83 (Usina da Barra 44). Até agosto de 2002, seus sócios eram Cosan Indústria e Comércio S.A(Cosan 50) e Adm de Participações Aguassanta Ltda , com 45,4% e 54,6% de participação, respectivamente. Após, a Cosan 50 passou a titularizar a integralidade das ações;

3.5.2. Açucareira Corona S.A, CNPJ 48.661.888/0001-30(Corona). apresentou como configuração societária até setembro de 2005 as empresas: Agrícola Diamantina S/A, CNPJ 55.229.363/0001-95 (Diamantina), Monte Alto Agropecuária Ltda., CNPJ 55.229.348/0001-47 (Monte Alto) e Novadec Participações LTDA., CNPJ 00.969.478/0001-24 (Novadec), detendo cada uma delas 33,33% de participação societária

3.5.3. Grupo Cosan. Em 2001, a Aguassanta Comercial, Importadora e Exportadora S.A foi constituída pela Aguassanta Participações S/A, CNPJ 07.198.897/0001-59., que detinha 100% de seu capital. Até 2004 ficou inativa, ocasião em que adotou a razão social Cosan Comercial Exportadora e Importadora Ltda - Consta na DIPJ 2006, ano-calendário 2005 , que a empresa tinha como única sócia a empresa Aguassanta Participações S/A, CNPJ 07.198.897/0001-59, com 100% do capital - citada Aguassanta Participações S/A, CNPJ 07.198.897/0001-59, era também a principal acionista da Cosan Indústria e Comércio (Cosan 50), com 40,8 % de participação no capital.

3.5.4. ND Par Participações Ltda (ND-Par). Constituída em maio de 2005, tendo como controladora a Diamantina (99,99%). A Diamantina subscreveu e integralizou capital com ações da Açucareira Corona S.A (Corona), primeira denominação da impugnante;

3.5.5. Agrícola Mandiçununga S.A (Mandiçununga). Constituída em dezembro de 2004, com a denominação EPC Administração e Participações Ltda (EPC).

Posteriormente, houve a transformação da EPC em Mandiçununga;

3.5.6. Aguapar Participações e Investimentos Ltda (Aguapar). Constituída em 31/01/2006, sendo que a Cosan 50 possuía 99,999% de suas cotas;

3.6. O TVF traz um resumo cronológico de todas as alterações societárias promovidas pelo grupo, que ensejaram lançamentos ora analisados:

DATA	EVENTO
16/novembro/2000	Constituição da empresa Danco, que só teve registro no CNPJ em maio/2006 e permaneceu inativa até fevereiro de 2007.
Agosto/2002	Grupo Cosan incorpora a Usina da Barra 44
Dezembro/2004	Constituição da Mandiçununga que permaneceu inativa até fevereiro de 2006
31/Maio/2005	Constituição da empresa ABC 125 com ações da Corona pela Monte Alto
31/Maio/2005	Constituição da empresa ABC 126 com ações da Corona pela Novadec
31/Maio/2005	Constituição da ND-Par com ações da Corona que eram detidas pela Diamantina
30/setembro/2005	Aumento de capital da Corona com R\$ 104.990.255,80 por Sócrates Nasser.
30/setembro/2005	Aumento de capital da Corona com R\$ 20.002.400,00 pela Diamantina com Nota Promissória
13/outubro/2005	Aumento de capital da ND-Par pela Diamantina com as ações da Corona obtidas no dia 30/setembro/2005
13/outubro/2005	Fluxo obtém o controle acionário da Corona através da aquisição da totalidade do capital social da ABC 125 e da ABC 126
13/outubro/2005	Fluxo cede metade das quotas da ABC 125 e da ABC 126 à Aguassanta Comercial (passou a deter 34,99% da Corona), portanto a Cosan 50 passou a deter, indiretamente, 34,99% do capital social da Corona
31/janeiro/2006	Constituição da Aguapar pelos sócios Cosan 50 e Rubens Ometto
01/fevereiro/2006	Cessão gratuita da Mandiçununga para a Cosan 50 pelas empresas Belga e Gratia
02/fevereiro/2006	Aumento de capital da Mandiçununga pela Cosan 50 com Nota Promissória no valor de R\$ 113.357.104,00
02/fevereiro/2006	Aumento de capital da Aguapar em R\$ 133.359.504,00 pela Mandiçununga (endosso de Nota Promissória emitida pela Cosan 50 no valor de R\$ 113.357.104,00) e pela Corona (endosso de Nota Promissória de emissão da Diamantina no valor de R\$ 20.002.400,00)
08/fevereiro/2006	Lavatura de Instrumento Particular de Permuta Societária entre Família Ugolini (Diamantina) e Grupo Cosan (Mandiçununga e Corona)
09/fevereiro/2006	Efetivação da permuta ND-Par (30,02% do capital da Corona) pela Aguapar (Notas Promissórias da Cosan 50 e da Corona (sob controle do Grupo Cosan))
28/fevereiro/2006	Aumento de capital na Mandiçununga pela Cosan 50, em R\$ 480.365.561,63
28/fevereiro/2006	Aumento de capital da Corona pela Mandiçununga, em R\$ 480.365.561,63

31/março/2006	Incorporação e aprovação Protocolo e Justificação de Incorporação firmado entre a incorporadora Corona e as incorporadas Dabarra (antiga Mandiçununga), ND-Par, Usina da Barra 44, FBA, Destivale, Destiagro, Nova Tamoio
31/março/2006	Alteração da denominação da Corona para Usina da Barra S/A Açúcar e Alcool (Usina da Barra 48). Assim, a Corona (atual Usina da Barra 48) passou a ser controlada diretamente pela Cosan 50
31/março/2006	Aumento de capital pela Cosan na Mundial Açúcar e Alcool S.A. no valor de R\$ 60.876.070,40
31/outubro/2006	Incorporação da Mundial Açúcar e Alcool S.A. pela Cosan S.A
28/fevereiro/2007	Formalização da incorporação da Usina da Barra 48 (patrimônio líquido de R\$ 870.922.495,63) pela Danco (patrimônio líquido de R\$ 1.000,00)
28/fevereiro/2007	Danco altera a razão social para Usina da Barra 08 CNPJ 08.070.508/0001-78
10/setembro/2009	Usina da Barra 08 altera a razão social para Cosan 08
01/junho/2011	Cosan 08 altera a razão social para Raizen

3.7. Dessa lista de operações de reorganização societária, a Autoridade Fiscal apontou quais as interessariam à Administração Tributária:

1. O registro de ágio na aquisição da ND-Par efetuado pela Mandiçununga;
2. O registro de ágio na subscrição de capital da Corona efetuado pela Mandiçununga;
3. O ágio no aporte de capital da Usina da Barra 44 efetuado pela Cosan 50 e utilizado como parte da subscrição de capital da Corona efetuado pela Mandiçununga;
4. O registro de ágio na subscrição de capital da Mundial.

3.8. Dessas, as operações 1, 2 e 3 foram objetos de autuação no Auto nº 16561.720093/2011-38 (anos-calendário 2006 a 2009); as operações 1 e 2 continuaram a ser amortizadas e foram objeto de autuação nos Autos nº 16561.720171/2016-17 e 16561-720.126/2018-16, bem como estão sendo objeto do presente Auto de Infração; a operação 4 foi objeto de Autuação nos Autos nº 16561.720171/2016-17 e 16561-720.126/2018-16;

4. Sobre o Ágio na Aquisição da ND-Par através da permuta pela Aguapar, relata a Autoridade Fiscal que:

4.1. A ND-Par foi criada por acionistas da Corona, mediante capitalização de participações, com o objetivo de permitir a conclusão da aquisição da totalidade do capital desta última, pelo grupo Cosan;

4.2. A ND-Par possuía 30,02% de participação na Corona e tinha como sócios pessoas físicas da família Ugolini;

4.3. Para conclusão da aquisição da Corona, foi realizada permuta sem torna onde empresa do grupo Cosan, denominada Mandiçununga, entregou aos acionistas da ND-Par participação em outra empresa, denominada Aguapar, recebendo em troca a participação da ND-Par;

4.4. a Mandiçununga, quando da contabilização da permuta, em 22/02/2006, não contabilizou o ágio, havendo naquele momento apenas substituição da participação da Aguapar pela ND-Par, pelos mesmos valores.

4.5. o ágio aparece na contabilidade da Mandiçununga em 28/02/2006, em decorrência do surgimento de passivo a descoberto na Corona, o que implicou no valor do investimento em ND-Par estar zerado, de modo a ser todo o valor aplicado pela Mandiçununga na ND-Par considerado ágio.

4.6. o laudo de avaliação da ND-Par foi elaborado em momento posterior à permuta e posterior à sua contabilização, de modo que não se prestou a embasar o ágio;

4.7. a ND-Par constitui-se em uma empresa efêmera, sem existência real, utilizada apenas para obtenção do benefício da amortização do ágio.

4.8. a Mandiçununga e a ND-Par foram incorporadas pela Corona, admitindo assim a dedutibilidade do ágio.

5. Sobre o Ágio no Aumento de Capital da Corona (Ágio Dabarra Participações S.A.), relata a Autoridade Fiscal que:

5.1. Em 28/02/2006 Mandiçununga subscreveu e integralizou aumento de capital em Corona no total de 480.356.561 novas ações ordinárias, sem valor nominal, emitidas ao preços de R\$ 1,00 cada - Nesta mesma Assembleia, sua denominação social foi alterada de Mandiçununga para Dabarra Participações S/A (Dabarra);

5.2. A integralização de capital ocorreu mediante entrega de crédito da Mandiçununga/Dabarra com outras empresas do grupo e participações societárias, inclusive participação com ágio em empresa do grupo aqui denominada Usina Da Barra;

5.3. os ativos utilizados para aumento de capital foram recebidos pela Mandiçununga/Dabarra no mesmo dia em que ocorreu a integralização desta na Corona. Foram ativos transferidos pela Cosan 50;

5.4. nessa operação a Mandiçununga/Dabarra registrou ágio de R\$ 485.130.116,16, para investimento de R\$ 480.365.561,00, tendo em vista que o patrimônio Líquido da Corona estava negativo em 485.291.361,50. Após aumento de capital Corona ainda apresentava PL negativo de R\$ 6.169.768,19;

5.5. a Mandiçununga/Dabarra serviu apenas de passagem para os ativos, o que caracterizou utilização de empresa veículo;

5.6. quando a Cosan 50 integralizou capital da Mandiçununga/Dabarra, ela já detinha o controle da Corona, de modo que toda operação ocorreu dentro do grupo Cosan;

5.7. não houve entrada de novo recurso, nem saída de caixa, não havendo transferência efetiva de recursos que permitisse gerar riquezas novas;

5.8. Assim, glosou a amortização do referido ágio.

6. Sobre a legislação acerca da amortização do ágio, assim discorreu a Autoridade Fiscal:

6.1. O ágio surge na aquisição de investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial e corresponde à diferença a maior entre o preço de aquisição e o valor do patrimônio líquido contábil da participação societária adquirida. Sendo que essa parcela faz parte do custo de aquisição da participação societária e tem grande relevância na determinação do valor do eventual ganho de capital.

6.2. Cabe ao investidor segregar na contabilidade o preço total da aquisição de investimento avaliado pelo MEP em duas subcontas distintas, ou seja, o valor do patrimônio líquido da investida numa subconta e o valor do ágio (ou deságio) em outra subconta, de acordo com o preceituado pelo artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77;

6.3. o legislador definiu os contornos das situações em que os encargos dessa amortização podem ser deduzidos para a apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL(entendimento constante do parágrafo 11 da Exposição de Motivos nº

644/MF, relacionada à Medida Provisória nº 1.602, que por sua vez foi convertida, com alterações, na Lei nº 9.532/97;

6.4. A Lei nº 9.532/97 passou a estabelecer as condições para a dedutibilidade dos encargos de amortização do ágio pago, cujo descumprimento implica a impossibilidade de o sujeito passivo deduzi-los na apuração de seu lucro real e da base de cálculo da CSLL;

6.5. Os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, matrizes legais dos artigos 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, regulamentam o desdobramento do Custo de Aquisição e o Tratamento Tributário do Ágio ou Deságio nos Casos de Incorporação, Fusão ou Cisão. 6.6. O art. 385 do RIR/99 faz menção ao ágio pago na aquisição de participação societária, por contribuinte que avalia seu investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido - assim a existência de ágio pressupõe a identificação de seu fundamento econômico, de acordo com o parágrafo 2º do referido artigo, ponto relevante para a determinação do tratamento tributário a ser dado ao ágio;

6.7. De acordo com o artigo 426 do RIR/99, se a participação societária for alienada, o ágio verificado na aquisição do investimento faz parte do valor contábil para a determinação do ganho (tributável) ou perda (dedutível) de capital;

6.8. A possibilidade de deduzir o ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL está restrita ao caso de rentabilidade futura, como previsto no inciso III, art. 386, do RIR/99, ou seja, a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, fundamentado no valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão de resultados futuros.

6.9. Nesse ponto, cabem dois questionamentos sobre a dedutibilidade, na apuração do IRPJ e da CSLL, da contabilização e amortização de ágio - i) sobre o ágio surgido entre entidades do mesmo grupo econômico, como ocorreu na subscrição de capital da Corona efetuado pela Mandiçununga, em 28/02/2006, e na subscrição da Usina da Barra 44 pela Cosan 50, bem como no aumento de capital da Mundial pela Cosan em 31/03/2006; ii) uso de empresa veículo, como ocorreu no caso da aquisição da ND-Par efetuado pela Mandiçununga e na subscrição de capital da Corona pela Mandiçununga.

6.10. Resumidamente, o Grupo Cosan já dispunha de 69,98% da Corona e desejava ter o controle absoluto, utilizando-se, para isso, da “permuta” realizada no dia 09 de fevereiro de 2006, entre ND-Par e Aguapar, tendo registrado o ágio na Mandiçununga(nova Dabarra) somente em 28/02/2006 - Posteriormente a mesma foi incorporada pela Corona;

6.11. O patrimônio da Aguapar saiu da Cosan 50 em 02/02/2006 para aumentar o capital da Mandiçununga e, no mesmo dia, foi transferido da Mandiçununga para a Aguapar, também por aumento de capital - A Mandiçununga serviu como meio de transporte para os ativos da Cosan 50 e para o registro de ágio.

6.12. Em 28 de fevereiro de 2006, a Mandiçununga (nova Dabarra) subscreveu e integralizou o aumento de capital no valor de R\$ 480.365,561,28 na Corona, com crédito em conta corrente contábil, ações e ágio da Usina da Barra 44, e crédito em conta corrente contábil e ações da FBA - Ativos que mais cedo haviam sido utilizados para aumento de capital na Dabarra promovido pela Cosan 50.

6.13. Nesta operação de aumento de capital, a Dabarra (antiga Mandiçununga) tornou-se controladora da Corona, servindo para transferir os ativos da Cosan 50 e registrando um ágio de R\$ 485.130.116,16 - Ressalte-se que na ocasião deste aumento de capital, a Corona já estava sob controle total do grupo Cosan (A Cosan 50 detinha 34,98% diretamente e o restante indiretamente, através da Aguassanta, que controlava 34,98%, e através da Dabarra os demais 30,02%);

6.14. O que se tem efetivamente no presente caso é a transferência de ativos da Cosan 50 para a Corona. Se dessa operação surgisse algum ágio, este ficaria registrado na Cosan 50 e sem a possibilidade do aproveitamento tributário da sua amortização. Isso somente seria possível com a incorporação da Corona ou com a incorporação da Cosan 50 pela Corona.

6.15. Assim, optou a fiscalizada pela utilização de uma empresa veículo entre a Cosan 50 e a Corona. Essa empresa veículo, sem nenhuma operação econômica, poderia ser incorporada sem ônus, mas com todos os benefícios fiscais da amortização dos ágios.

6.16. Portanto, a passagem dos ativos da Cosan 50 pela Mandiçununga foram apenas operações formais e artificiais, não efetivadas no mundo real. Os ágios, na verdade, pertencem à Cosan 50 e lá ficariam, pois tanto a Corona quanto a Cosan 50 são empresas ativas, não tendo ocorrido a situação que permitiria o enquadramento dos ágios no art. 386 do RIR/99.

6.17. o ágio que teria sido apurado pela Mandiçununga na permuta da Aguapar pela ND-Par e o que teria sido apurado pela Mandiçununga no aumento de capital da Corona (incluindo o ágio da Usina da Barra 44), foram transferidos à própria Corona na sequência, pela incorporação da Mandiçununga e ND-Par (entre outras), permitindo artificialmente aplicar o disposto no art. 386 do RIR/99;

6.18. a “incorporação às avessas” da empresa Mandiçununga, prevista no § 4º do art. 264 da Lei 6.404/1976, foi utilizada apenas para transferência dos ágios apurados -essa previsão, porém, não afasta a relevância das circunstâncias que podem cercar o caso concreto, visto que a operação reversa pode estar sendo realizada abusivamente ou como negócio indireto com o intuito de ludibriar a lei, não só a lei societária, mas também a lei tributária;

6.19. Embora a possibilidade de amortização do ágio antes que ocorra a alienação ou liquidação do investimento se caracterize como benefício fiscal, outorgado pela Lei nº 9.532/97, é óbvio que o benefício se aplica às reais hipóteses de aquisição de investimento com ágio, não àquelas em que tenha havido uma artificial estruturação para possibilitar a transferência do ágio a ser amortizado em futura incorporação, com o único objetivo de criar despesas dedutíveis - Reforça este entendimento a justificativa mencionada no Protocolo e Justificação de Incorporação;

6.20. Além dessa justificativa declarada, a fiscalizada foi inquirida sobre os motivos ou fins da operação de constituição da empresa Mandiçununga, destacando os benefícios esperados e os resultados alcançados. Da mesma forma, foi questionada sobre os motivos pelos quais a permuta pela ND-Par e o aumento de capital efetuado na Corona não foram realizados diretamente pela Cosan 50. A contribuinte não apresentou nenhuma outra justificativa;

6.21. As operações societárias envolvendo a empresa Corona foram realizadas através de empresas efêmeras e sem existência real (Mandiçununga e ND-Par e Aguapar), que foram utilizadas apenas para possibilitar a obtenção do benefício da amortização do ágio, com vistas a melhorar as condições financeiras da aquisição feita;

6.22. o ativo intangível correspondente ao ágio por expectativa de rentabilidade futura só pode ser reconhecido se adquirido de terceiros e nunca pode ser reconhecido aquele gerado pela própria empresa ou dentro do conjunto de empresas sob controle comum -por não ser esse tipo de ágio passível de reconhecimento contábil, não se pode admitir que a sua amortização seja dedutível tributariamente, pois, do contrário, estar-se-ia a admitir a dedutibilidade de uma despesa inexistente;

6.23. No tocante à CSLL, há que se analisar o que diz o art. 2º da Lei nº 7.689/88 (com as alterações promovidas pela Lei nº 8.034/90), que instituiu a CSLL, complementando com que dispõe o art. 57 da lei nº 8.981/95, com redação dada pela Lei nº 9.065/95, para se verificar que a determinação da base de cálculo da CSLL inicia-se no resultado apurado com base na legislação comercial como já visto para o IRPJ;

6.24. Por todo o exposto, não cabe a redução da base de cálculo tributável pela despesa de amortização dos ágios analisados, por serem inexistentes na Corona;

6.25. A utilização da via indireta (constituição de empresa veículo), teve como único objetivo contornar a restrição da legislação tributária para operacionalizar a amortização do ágio, buscando, assim, os benefícios fiscais de se pagar menos tributos.

6.26. Comprovada a falta de respaldo legal para a dedução das despesas de amortização do ágio na apuração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e da

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, foi efetuada a glosa dos valores da dedução das despesas de amortização no período de 2015 e 2016:

Empresa	2015	2016
Dabarra Participações	41.764.973,39	6.960.828,80
ND- Par	13.335.950,40	1.111.329,20
Total:	55.100.923,79	8.072.158,00

6.27. Os valores mensais que serviram para a elaboração da Base de Cálculo estão individualizados no demonstrativo a seguir (obtidos com base nos demonstrativos de composição dos valores declarados na ECF, nos demonstrativos apresentados no curso da ação fiscal pelo contribuinte, bem como nos valores excluídos no e-Lalur 2015 e 2016:

mês/ano	Rubrica	Valor
01-2015	Amortização ágio ND-Par	1.111.329,20
01-2015	Amortização ágil Dabarra	3.480.414,45
01-2015 Soma		4.591.743,65
02-2015	Amortização ágio ND-Par	1.111.329,20
02-2015	Amortização ágil Dabarra	3.480.414,45
02-2015 Soma		4.591.743,65
03-2015	Amortização ágio ND-Par	1.111.329,20
03-2015	Amortização ágil Dabarra	3.480.414,45
03-2015 Soma		4.591.743,65
04-2015	Amortização ágio ND-Par	1.111.329,20
04-2015	Amortização ágil Dabarra	3.480.414,45
04-2015 Soma		4.591.743,65
05-2015	Amortização ágio ND-Par	1.111.329,20
05-2015	Amortização ágil Dabarra	3.480.414,45
05-2015 Soma		4.591.743,65
06-2015	Amortização ágio ND-Par	1.111.329,20
06-2015	Amortização ágil Dabarra	3.480.414,45
06-2015 Soma		4.591.743,65
07-2015	Amortização ágio ND-Par	1.111.329,20
07-2015	Amortização ágil Dabarra	3.480.414,45
07-2015 Soma		4.591.743,65
08-2015	Amortização ágio ND-Par	1.111.329,20
08-2015	Amortização ágil Dabarra	3.480.414,45
08-2015 Soma		4.591.743,65
09-2015	Amortização ágio ND-Par	1.111.329,20
09-2015	Amortização ágil Dabarra	3.480.414,45
09-2015 Soma		4.591.743,65
10-2015	Amortização ágio ND-Par	1.111.329,20
10-2015	Amortização ágil Dabarra	3.480.414,45
10-2015 Soma		4.591.743,65
11-2015	Amortização ágio ND-Par	1.111.329,20
11-2015	Amortização ágil Dabarra	3.480.414,45
11-2015 Soma		4.591.743,65
12-2015	Amortização ágio ND-Par	1.111.329,20
12-2015	Amortização ágil Dabarra	3.480.414,45
12-2015 Soma		4.591.743,65
01-2016	Amortização ágio ND-Par	1.111.329,20
01-2016	Amortização ágil Dabarra	3.480.414,45
01-2016 Soma		4.591.743,65
02-2016	Amortização ágil Dabarra	3.480.414,45
02-2016 Soma		3.480.414,45

Da Multa Qualificada

7. Acerca da qualificação da multa, informa a Autoridade Fiscal que:

7.1. Os procedimentos adotados pela fiscalizada estão compreendidos na hipótese prevista pelo artigo 72 da Lei 4502/64;

7.2. Não cabe ao sujeito passivo invocar o desconhecimento ou a prática de erro escusável, em nenhuma das práticas adotadas e observadas nas diversas reorganizações societárias acima já descritas;

7.3. As sequências de operações caracterizam-se por abuso de direito, mediante extrapolação dos limites do fim econômico, da função social e da boa-fé, os quais devem nortear todos os contratos de uma sociedade - foram realizadas com o intuito de fraudar a lei tributária, pois as reorganizações objetos desta autuação visavam dar uma aparência de legitimidade (modificar as suas características essenciais) a atos que tinham como objetivo dissimular aquisições realizadas entre empresas de mesma organização societária, com a geração artificial de ágio interno;

7.4. O sujeito passivo estava consciente da falta de propósito negocial do ágio gerado internamente, registrado apesar da ausência de custo, restando claro que o mesmo, agindo com dolo, cuidadosamente, orquestrou as várias etapas das reorganizações de forma a apresentarem aparência de legalidade;

7.5. Comprovada a intenção de violação da norma fiscal com a finalidade de escapar do pagamento do imposto devido através do uso de fraudes nas organizações societárias discutidas acima, cabendo a imposição da multa qualificada;

7.6. Em função disso, além de glosar as despesas com a amortização do ágio da apuração do Imposto de Renda (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSL), foi aplicada a multa qualificada de 150%.

Da Multa Isolada por insuficiência de pagamento na estimativa do IRPJ/CSLL 7.7. O sujeito passivo objeto desta ação fiscal optou pela apuração do lucro real através da “estimativa monitorada”, isto é, quando o contribuinte interrompe os pagamentos por meio de apuração mensal, levantada em balanço ou balancete específico.

7.8. Essa forma de apuração, que depende de duas opções do contribuinte (apuração anual + balanço suspensão/redução), é a única que enseja a multa isolada, para punir delito específico, a inadimplência.

7.9. a multa isolada pode conviver com a multa de ofício pois visa tutelar direito público diverso, o recebimento tempestivo dos tributos, o fluxo de caixa estatal e a adimplência. Já a multa de ofício tutela a exigibilidade do tributo em si, podendo ser majorada ou minorada, dependendo do caso concreto.

7.10. A base de cálculo para o lançamento da multa de ofício foram os valores mensais informados na DIPJ e na ECF, acrescidos das despesas de ágio amortizadas indevidamente, verificadas nesta fiscalização e na fiscalização que resultou nos autos de infração controlados pelo processo 16561.720005/2018-74, conforme demonstrado às fls. 2.712/2.713 do TVF;

Da Responsabilidade Tributária

7.11. Considerando que a COSAN S/A – AÇÚCAR E ÁLCOOL (atual RAIZEN ENERGIA S.A.), CNPJ 08.070.508/0001-78, incorporou a contribuinte USINA DA BARRA S/A. AÇÚCAR E ÁLCOOL – CNPJ 48.661.888/0001-30 em 28/02/2007, e também o que preceituam os artigos 129 e 132 do CTN, não há como afastar a responsabilidade da incorporadora, pelos tributos devidos pela incorporada;

7.12. O art. 207, inciso III, do RIR/99, também assevera ser da sucessora a responsabilidade pelo imposto de renda da incorporada;

7.13. no caso em tela, a responsabilidade da incorporadora não se adstringe aos tributos devidos pela incorporada. Impõe-se à sucessora também responder pelas multas aplicáveis em função do descumprimento de deveres legais por parte da USINA DA BARRA S/A. - AÇÚCAR E ÁLCOOL – CNPJ 48.661.888/0001-30, ainda que cominadas posteriormente ao evento sucessório. E são diversas as razões que conduzem a tal conclusão.

7.14. A operação societária foi engendrada entre empresas sujeitas aos mesmos controladores, porquanto a USINA DA BARRA S/A. - AÇÚCAR E ÁLCOOL – CNPJ 48.661.888/0001-30 e a sucessora COSAN S/A – AÇÚCAR E ÁLCOOL (atual RAIZEN ENERGIA S.A.), CNPJ 08.070.508/0001-78, eram diretamente controladas pela COSAN S/A – INDÚSTRIA E COMÉRCIO, CNPJ 50.746.577/0001-15.

Destarte, tanto a incorporada quanto a incorporadora estavam sujeitas aos mesmos controladores à época da incorporação;

7.15. Assim, urge refutar peremptoriamente o desconhecimento por parte da incorporadora dos atos praticados pela incorporada. Tampouco se sustenta a hipótese de falta de conhecimento da sucessora quanto ao passivo (aqui entendido lato sensu) da sociedade incorporada. Por conseguinte, justifica-se plenamente a responsabilidade da sucessora pelas infrações imputadas à sucedida, visto afastadas quaisquer excludentes de responsabilidade juridicamente admitidas (nesse ponto, colaciona ementas de julgados dos antigos Conselhos de Contribuintes, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - Carf, para ilustrar e certificar o entendimento ora esposado acerca da responsabilidade da incorporadora por multas impostas à incorporada nas situações em que ambas pertencem a um mesmo grupo);

7.16. todas as circunstâncias que particularizam a situação aqui analisada não fossem suficientes para caracterizar responsabilidade a COSAN S/A – AÇÚCAR E ÁLCOOL (atual RAIZEN ENERGIA S.A.), CNPJ 08.070.508/0001-78 pelas penalidades tributárias a ela infligidas em decorrência de infrações cometidas pela USINA DA BARRA S/A. AÇÚCAR E ÁLCOOL – CNPJ 48.661.888/0001-30, o que se admite tão somente para efeito de argumentação, persevera argumento de superlativa robustez que não deixa margem a qualquer dúvida quanto a tal responsabilidade.

7.17. A correta exegese do já suscitado art. 132 do CTN é extraída por meio de interpretação sistemática com os preceitos do art. 129 do mesmo diploma legal;

7.18. Trata-se de dispositivo que inaugura a Seção II (Responsabilidade dos Sucessores) do Capítulo V (Responsabilidade Tributária) do Código Tributário Nacional e que estabelece o delineamento geral aplicável aos preceitos da aludida seção. É inegável que o dispositivo dirige a responsabilidade tributária aos créditos tributários. Tampouco se pode refutar que, na acepção técnica, os créditos tributários abarcam não apenas os tributos, mas também eventuais multas cominadas ao sujeito passivo infrator. Destarte, a despeito do art. 132 se referir apenas a tributos, sem alusão a penalidades aplicáveis, à luz do ordenamento jurídico, a interpretação sistemática do dispositivo conduz inapelavelmente à conclusão de que a responsabilidade dos sucessores também alcança as sanções imponíveis aos sucedidos, ainda que posteriormente ao evento sucessório (nesse ponto, colaciona decisões do Conselho de Contribuintes/Carf e do STJ que se coadunam com tal posicionamento);

7.19. Muito embora o aresto anteriormente suscitado se refira à sucessão de que trata o art. 133 do CTN e a multa ali examinada decorra do descumprimento de obrigação acessória, os fundamentos da decisão então empregados são perfeitamente aplicáveis à hipótese de sucessão disciplinada pelo art. 132 do mesmo código, bem como à multa pelo descumprimento de uma obrigação principal da sucedida.

7.20. resta demonstrada a licitude da cominação da multa de ofício na RAIZEN ENERGIA S.A., CNPJ 08.070.508/0001-78 (antiga COSAN S/A – AÇÚCAR E ÁLCOOL, em face de infração cometida pela sucedida USINA DA BARRA S/A. -AÇÚCAR E ÁLCOOL – CNPJ 48.661.888/0001-30.

Impugnação

8. Alega a impugnante (fls 2.755/2.895), preliminarmente, a nulidade do presente auto de infração, pelos seguintes motivos:

8.1. carência de liquidez e certeza, pois a Autoridade Fiscal deixou de considerar na apuração da multa isolada supostamente devida, relativa ao mês de janeiro de 2016, a dedução do valor de 20 mil reais do cômputo da base de cálculo do imposto adicional devido, a alíquota de 10%, o que majorou de forma completamente injustificada o lançamento fiscal em tela - formalizados sem o cumprimento das formalidades essenciais (intrínsecas) aos atos de lançamento, quais sejam, a liquidez e certeza do montante exigido, o que os torna nulos(nesse pronto, apresenta acórdãos do CARF em apoio à sua argumentação e solicita, ao menos, a realização de diligência para que a Autoridade Fiscal reveja e explique seus cálculos);

8.2. Alteração do Critério Jurídico (violação ao Artigo 146 do CTN, que veda à Autoridade Administrativa aplicar critério jurídico inovador a fatos geradores ocorridos antes de sua introdução), pois, diferentemente do ocorrido nos processos 16561.720093/2011-38 e 16561.720171/2016-17, em que se pautou nos mesmos elementos do presente processo, de maneira surpreendente e contraditória, chegou a conclusões distintas àquelas alcançadas naqueles autos no

que diz respeito à configuração de fraude nas operações que deram origem aos ágios ora analisados(citou acórdãos do CARF e doutrina que em apoio à sua argumentação);

8.3. Inobservância dos comandos da LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/42), que, alterada pela Lei nº 13.655/2018, em seu artigo 24, trouxe comandos de observância obrigatória pela Administração Tributária, em especial no que diz respeito à necessidade de se considerar as "orientações gerais da época", entendidas como "jurisprudência judicial ou administrativa majoritária" nas decisões administrativas, o que não ocorreu, pois à época das operações aqui analisadas, a jurisprudência administrativa majoritária admitia a validade de operações realizadas com o intuito de reduzir a carga tributária, desde que praticadas de acordo com as normas legais, tal como se verifica no caso em tela(citou doutrina Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto e diversos acórdãos do CARF para lastrear sua alegação);

9. No mérito, a impugnante traz diversas alegações em sua defesa;

10. Inicialmente, alega a legitimidade das operações realizadas e do posterior aproveitamento fiscal do ágio ND-Par, a efetividade da operação realizada, a devida motivação da operação a justificar o ágio e a validade do Laudo de Avaliação econômica que justifica o registro do ágio argumentando que:

10.1. todos os argumentos fiscais não possuem qualquer fundamentação legal, sendo imprescindível que o Fisco se atente à lei específica e aplique os critérios, limites e requisitos nela estabelecidos de forma precisa para fundamentar o lançamento tributário;

10.2. as operações em foco atenderam a todos os requisitos legais para registro e amortização do ágio, o que revela a total improcedência do presente lançamento fiscal 10.3. todos os atos societários que acarretaram o aproveitamento do ágio pela Impugnante deram-se de forma lícita e adequada para atingir os objetivos de todas as partes, bem como com o conhecimento dos órgãos competentes envolvidos;

10.4. os supracitados atos societários não podem ser analisados e considerados isoladamente, é necessário analisá-la como um todo, para se compreender o propósito negocial e econômico das operações societárias efetivamente realizadas - a aquisição da ND-Par, detentora da participação societária na Corona, pela Mandiçununga (nesse ponto, a impugnante traz a doutrina de Marco Aurélio Greco em reforço à sua argumentação - logo após, historia a sequência de operações);

10.5. da análise do "filme" das operações efetivamente ocorridas, constata-se que as operações societárias ("várias fotografias") que culminaram no aproveitamento fiscal do ágio pela Impugnante visavam, desde sempre, a aquisição da ND-Par, detentora da participação societária na Corona, pela Mandiçununga;

10.6. que a dedutibilidade fiscal do ágio é uma mera consequência do conjunto das operações analisadas, com o efetivo propósito negocial(nesse ponto, passa a discorrer sobre os passos que antecederam a permuta e sobre os motivos que levaram à operação e justificariam o ágio);

10.7. que a operação de permuta em tela envolveu um processo de reestruturação e crescimento do Grupo Cosan, com investimento em novos negócios e mercados, e que com a criação da marca Cosan no início dos anos 2000, o Grupo passa a expandir sua atuação;

10.8. no contexto das operações realizadas, resta claro que o ágio decorrente da permuta em questão foi originado, de fato, em operação de aquisição de participação societária procedida entre partes independentes, em conclusão do processo de obtenção do controle integral da Corona pelo Grupo Cosan;

10.9. o evidente abismo financeiro em que se encontrava a Corona que ensejou a principal dissidência entre os sócios da Corona, após a entrada da Fluxo e da Cosan no negócio;

10.10. mesmo após os diversos esforços conduzidos pelos novos acionistas, aliados à atuação da acionista remanescente, ND-Par, para reerguer financeiramente a Corona, esta ainda permanecia em situação de grave endividamento - a solução encontrada foi a realização de novo aporte de capital na Corona, com o objetivo de evitar a falência do negócio, mas a Fluxo e ND-Par não possuíam recursos suficientes para assim prosseguir, decidindo elas então por alienar suas participações;

10.11. diferentemente do que sugere a Autoridade Fiscal, o patrimônio líquido da Corona já se mostrava negativo em avaliação contábil formalizada meses antes da operação acima descrita;

10.12. Neste contexto, de acordo com o disposto no artigo 387 do Decreto nº 3000/1999 ("RIR/99"), pautado no artigo 248 da Lei nº 6.404/1976, cabe ao contribuinte avaliar o investimento em controlada com base no valor do patrimônio líquido - e nos termos do inciso II do referido dispositivo, deverá o contribuinte adequar os critérios contábeis adotados pela controlada que se encontram discrepantes, realizando os ajustes necessários para eliminar as diferenças derivadas dos critérios divergentes;

10.13. que o patrimônio líquido, nos termos da competente legislação societária, só pode ser a diferença entre a totalidade dos ativos e a totalidade dos passivos, motivo pelo qual somente pode ser propriamente quantificado se forem considerados os necessários ajustes contábeis realizados;

10.14. com a aquisição da ND-Par pela Mandiçununga e, assim, a assunção do controle acionário integral da Corona pelo Grupo Cosan, efetuou-se a devida adequação dos critérios contábeis adotados, por meio de ajustes no balanço da Corona, o que, como descrito, revelou o já conhecido patrimônio líquido negativo da referida sociedade;

10.15. a apuração do passivo a descoberto pela Corona não decorreu de resultado negativo no mês de fevereiro/2006, como sugere a Autoridade Fiscal, mas, sim, da necessária adequação aos critérios contábeis adotados pelo Grupo Cosan;

10.16. a despeito do que sustenta a Autoridade Fiscal, em conformidade com a legislação societária e fiscal brasileira, com os princípios de contabilidade geralmente aceitos e, novamente, com os critérios contábeis adotados pelo Grupo Cosan, foi necessário realizar os ajustes no patrimônio líquido da Corona, para fins de uniformização de critérios, tal como disposto no já mencionado artigo 387, inciso II do RIR/99;

10.17. sendo a participação na Corona o único ativo relevante detido pela ND-Par, de certo que o PL desta também restou negativo, pelo método de equivalência patrimonial, o que, por sua vez, fundamentou o registro do ágio ora questionado;

10.18. Deveras, conforme reconhecido no TVF, o investimento tido pela Mandiçununga na Aguapar, antes da permuta, estava registrado pelo montante de R\$ 133.359.504,00, representativo da integralidade do capital social daquela.

10.19. com a efetivação da permuta, a Mandiçununga fez constar em sua contabilidade a operação realizada, com indicação do novo investimento realizado, agora na ND-Par, o qual, após a devida verificação contábil, foi desmembrado entre o custo de aquisição(i.e. o valor do investimento anteriormente registrado na Aguapar) e o patrimônio líquido da nova investida (ND-Par), o qual, como já dito, se mostrava negativo.

10.20. Por tais razões, a Mandiçununga apurou, em decorrência da permuta efetivada, a existência de ágio no exato valor do investimento anteriormente detido, no montante de R\$ 133.359.504,00, já que nas hipóteses em que o patrimônio líquido da investida encontra-se negativo o ágio deve ser limitado ao montante cedido pelo investidor, motivo pelo qual está equivocado o posicionamento da Autoridade Fiscal de que o ágio seria inferior ao registrado;

10.21. a legitimidade do reconhecimento do ágio em operações envolvendo Companhias com patrimônio líquido negativo já foi validado pelo E. CARF (cita Acórdão nº 1402-001.786);

10.22. diferentemente do que argumenta a Autoridade Fiscal, o registro do ágio em questão respeita todos os limites legalmente previstos para tanto, tendo sido apurado de acordo com o critério temporal de concretização da permuta e considerando o patrimônio líquido negativo do investimento apurado, de fato, no momento da operação;

10.23. é evidente, de plano, o equívoco cometido pela Autoridade Fiscal ao se manifestar acerca da suposta inexistência de laudo para justificar o preço (e o ágio) pagos na aquisição da ND-Par, pois além de a legislação de regência não trazer um rigor formal, exigindo a apresentação de um "laudo" na forma como descrita pela Autoridade Fiscal, o laudo em questão foi, de fato, elaborado por empresa de auditoria independente (Deloitte), datado de 31/01/2006 (Doc. 06, já

citado), ou seja, antecipadamente à operação de permuta, a fim de se aferir corretamente o valor das ações da Corona, único ativo da ND-Par;

10.24. o referido laudo de avaliação reflete uma análise econômica da Corona, tendo em vista que, conforme já mencionado e reconhecido no próprio TVF, a ND-Par possuía, como único ativo, a participação detida naquela sociedade. Ou seja, a análise da expectativa de rentabilidade futura da Corona reflete a expectativa quanto à NDPar;

10.25. nos termos dos §§2º e 3º, ambos do artigo 385 do RIR/99, denota-se que basta que a aquisição seja realizada com base na expectativa de rentabilidade futura (ou valor de mercado de bens do ativo) e que exista um demonstrativo desse fundamento econômico arquivado na contabilidade do contribuinte para o legítimo aproveitamento fiscal do ágio.;

10.26. o §2º do artigo 20 do DL nº 1.598/77, conforme redação vigente à época dos fatos, determinava ser obrigatória a indicação do fundamento econômico para o lançamento do ágio em um dos seguintes critérios: (i) valor de mercado de ativos; ii) expectativa de rentabilidade futura; ou (iii) fundo de comércio, intangíveis ou outras razões econômicas;

10.27. os requisitos e o prazo para apresentação de laudo apenas foram introduzidos no ordenamento jurídico por meio da Medida Provisória nº 627/2013, publicada em 11/11/2013, convertida na Lei nº 12.973/2014 - mesmo assim, não há exigência de que o laudo de avaliação seja elaborado anteriormente à operação que ensejou o pagamento do ágio;

10.28. considerando que a aquisição que ensejou o ágio em foco se concretizou em 02/2006, o laudo de avaliação (ou, no mínimo, o seu sumário) correspondente poderia ser elaborado até o último dia útil de 03/2007);

10.29. ainda que se pudesse admitir o argumento de extemporaneidade do laudo (elaborado em 02/2006), o que se faz a título de argumento, deve-se observar que a legislação vigente à época dos fatos não exigia qualquer formalidade quanto à forma ou momento de apresentação do laudo, e, mesmo considerando a delimitação temporal de apresentação de laudo que adveio após os fatos sob análise (entrada em vigor da Lei nº 12.973/2014), é certo que o laudo em questão não poderia ser considerado extemporâneo dado que elaborado antes de 03/2007.;

11. Sobre a legitimidade das operações realizadas, os motivos que levaram ao aumento de capital da Corona e que suportam o ágio Dabarra e posterior aproveitamento fiscal do ágio Dabarra, e sobre a validade do Laudo de Avaliação Econômica que justifica o registro do ágio no aumento de capital na Corona, alega a impugnante que:

11.1. são infundadas as alegações da Fiscalização de que a Dabarra serviu apenas como empresa veículo, de que o ágio gerado decorreria de operação intragrupo e teria sido gerado sem a transferência de recursos/geração de riquezas, de que o

aumento de capital em questão não ensejaria o surgimento do ágio, por se tratar de operação sem variação no percentual de participação societária, de que não haveria laudo que suportasse o ágio apurado na operação de aumento de capital e de que empresa obteve na prática uma espécie de benefício fiscal, transferindo para toda a sociedade, via economia de tributos, parte do custo da capitalização da empresa;

11.2. o aumento de capital em questão era estritamente necessário à manutenção do desenvolvimento das atividades da Corona, que, enfrentava grave crise financeira, não se mostrando despropositado ou com mero intuito de gerar o ágio a ser amortizado;

11.3. os ativos transferidos à Corona correspondem, não só a ativos financeiros, mas também a relevantes participações societárias em duas grandes empresas que compunham o Grupo Cosan, e que, como reconhecido no próprio TVF, possuíam atividade operacional e, portanto, serviriam como grande oportunidade de geração de recursos;

11.4. após o aumento de capital integralizado pela Mandiçununga, esta que, até então, não detinha investimento direto na Corona, passou a ser sua principal acionista, com mais de 90% de participação em seu capital social, o que é suficiente para afastar uma das conclusões suscitadas pela Autoridade Fiscal quanto à suposta ausência de variação no percentual de participação na sociedade investida que permitisse o surgimento do ágio - claramente, a Mandiçununga não detinha participação societária na Corona e, após a operação em comento, passou a deter, o que é suficiente para afastar uma das conclusões suscitadas pela Autoridade Fiscal quanto à suposta ausência de variação no percentual de participação na sociedade investida que permitisse o surgimento do ágio;

11.5. o aumento de capital levado a efeito na Corona não se traduz em "clássica modalidade de planejamento tributário com utilização de empresa veículo", como sugerido pela Autoridade Fiscal, pois teve, sim, um claro propósito comercial, consubstanciado na intenção do Grupo Cosan em despendar dos meios necessários para ver a continuação das atividades desenvolvidas pela Corona;

11.6. equivoca-se a Autoridade Fiscal ao se manifestar pela inexistência do registro do referido ágio, que tem como suporte o mesmo laudo de avaliação econômica da Corona elaborado pela Deloitte para fins da operação de aquisição da ND-PAR por permuta - as duas operações são contemporâneas, efetivadas ao final do mês de fevereiro de 2006, o laudo de avaliação da Corona datado de 31/01/2006 é plenamente suficiente para suportar os dois ágios - o laudo estava amparado no fundamento econômico da rentabilidade futura da Corona;

11.7. de acordo com a previsão então contida nos §§2º e 3º ambos do artigo 385 do RIR/99, vigente quando da realização da operação em análise, bastava que a aquisição fosse realizada com base na expectativa de rentabilidade futura (ou valor de mercado de bens do ativo) e que existisse um demonstrativo desse

fundamento econômico arquivado na contabilidade do contribuinte para o legítimo aproveitamento fiscal do ágio;

Argumentos gerais para todos os ágios

12. acerca da Inexistência de "Sociedade Veículo", argumentou a impugnante que:

12.1. cumpre afastar o afirmado pela Autoridade Fiscal quanto à suposta utilização das chamadas empresas veículos, as quais, alegadamente, seriam desprovidas de propósito negocial e utilizadas visando exclusivamente a obtenção de economia tributária;

12.2. a interpretação da Autoridade Fiscal não merece guarida, porque, conforme demonstrado por todo o até aqui exposto, as decisões de constituição e manutenção da Mandiçununga, bem como das demais sociedades que participaram das operações em análise, obviamente não foram respaldadas só em razão do seu efeito no campo tributário, mas também em diversos fatores de natureza estritamente negocial;

12.3. o CARF vem entendendo que o instituto do "propósito negocial" não possui previsão no ordenamento jurídico pátrio, tendo surgido com base exclusivamente em corrente doutrinária, que foi refletida em parte da jurisprudência, deve ser afastada a aplicação do referido instituto em razão do princípio da legalidade, o qual deve ser respeitado pelo Fisco;

12.4. ainda que se entenda aplicável o propósito negocial ao ordenamento jurídico brasileiro, o que se admite ad argumentandum, necessário se faz definir seu conceito, o que não foi feito pela Fiscalização, para se demonstrar que todos os atos societários praticados tiveram finalidade negocial/econômica, não apenas de natureza tributária(nesse ponto, apresenta a doutrina de Hugo de Brito Machado, em apoio à sua argumentação);

12.5. Neste contexto, não se podem descartar os fatores negociais/econômicos levados em consideração pelo Grupo Cosan na constituição e manutenção da Mandiçununga e das demais sociedades que participaram das operações em questão, que, conforme até aqui demonstrado, tiveram plena participação no projeto de expansão do grupo nº decorrer da década de 2000;

12.6. que os fatores negociais/econômicos relativos à atuação de tais sociedades foram relevantes antes mesmo da aquisição do controle acionário da Corona, bem como durante o relacionamento com os demais acionistas então vinculados a essa sociedade;

12.7. a operação em foco teve, sim, um claro propósito negocial, consubstanciado na intenção do Grupo Cosan em dispender dos meios necessários para ver a continuação das atividades desenvolvidas pela Corona, em estrita relação com o planejamento traçado pelo Grupo no desenvolvimento e expansão de suas atividades;

12.8. o fato de a Mandiçununga e a NDPAR terem sido incorporadas pela própria Corona, sua controlada, em operação conhecida como incorporação “reversa, às avessas ou invertida” não se presta a invalidar o negócio realizado ou mesmo sustentar a glosa dos ágios em questão, a referida incorporação por meio da qual a controlada incorpora sua controladora está expressamente prevista na legislação fiscal, em especial no artigo 8º, alínea “b”, da Lei nº 9.532/97, sendo, portanto, permitida, inclusive em hipóteses envolvendo a amortização de ágio, tal como reconhecido pelo antigo Conselho de Contribuintes(nesse ponto, traz julgados do CARF e da CSRF em apoio à sua argumentação);

12.9. também não subsistem as alegações fiscais quanto à ND-PAR, uma vez que esta foi criada pelos antigos acionistas da Diamantina sócia da Corona, que posteriormente realizaram permuta com a Mandiçununga pela Aguapar - até o momento da concretização da referida permuta, o Grupo Cosan não tinha qualquer ingerência sobre a ND-PAR;

12.10. as sociedades holdings não se assemelham a qualquer outro tipo societário, visto que desempenham funções peculiares previstas no ordenamento jurídico, atendendo plenamente ao seu objeto social com a mera detenção de participação societária em outras companhias;

12.11. A estrutura societária desenhada à época, ao contemplar uma holding para deter participações societárias, não só era plenamente conveniente e justificada do ponto de vista empresarial e de mercado como seguia à risca prática desde muito tempo e até hoje verificada no mundo dos negócios;

12.12. a própria legislação tributária, por meio do artigo 31 da Lei 11.727/08, reconhece a holding pura como uma sociedade válida para todos os fins, ao dispor que a esta poderá diferir o reconhecimento das despesas com juros de empréstimos contraídos para financiamentos de investimentos em sociedades controladas;

12.13. o prazo de duração de uma sociedade holding também não pode ser utilizado como requisito de sua validade;

12.14. a Dabarra sequer poderia ser considerada uma sociedade de existência efêmera, pois, como destacado anteriormente, foi constituída em 12/2004, e incorporada apenas em 03/2006, período suficiente para demonstrar que as alegações fiscais não se coadunam com a realidade dos fatos.

12.15. o CARF vem consistentemente rejeitando as constantes tentativas das Autoridades Fiscais de atribuir às empresas veículo a característica de abuso, aceitando a existência de tais sociedades nas estruturas societárias que envolvam aproveitamento do ágio;

13. Acerca da aplicabilidade da Teoria do Propósito Negocial às operações praticadas, alega a impugnante que:

13.1. ainda que se considerasse que todas operações em análise levadas a efeito pelo Grupo Cosan teriam como único objetivo a economia de tributos (o que se mostra absurdo, tendo em vista todo o até aqui exposto), não se pode perder de vista que mesmo em tal situação não poderia a Autoridade Fiscal desconsiderar as operações e negócios em tela que, de fato, geraram ágio plenamente dedutível (nesse ponto, cita acórdão do CARF para fundamentar seu argumento);

13.2. não poderia, da mesma forma, a Autoridade Fiscal afastar a validade do ágio amortizado regularmente pela Impugnante por considerar haver abuso de direito, tendo em vista que, como firmado na jurisprudência pátria, tal situação, caso comprovadamente configurada, não seria suficiente a afastar a aplicação dos efeitos decorrentes da lei(cita acórdão do CARF para fundamentar seu argumento);

13.3. o CARF já se posicionou no sentido de que a falta de propósito negocial não pode ser utilizada como argumento para a desconstituição das operações realizadas pelos contribuintes(cita acórdão do CARF para fundamentar seu argumento);

13.4. parte da doutrina e da jurisprudência administrativa vem adotando limites positivos ao "planejamento tributário", ou seja, a teoria do propósito negocial(cita, nesse ponto, doutrina de Marco Aurélio Greco) - No presente caso, admitindo-se os pressupostos dessa doutrina mais restrita (o que se faz apenas a título argumentativo), ainda assim, encontram-se presentes o motivo, a finalidade e congruência dos atos em cada uma das operações realizadas pela Impugnante, pelo que não se pode admitir a manutenção da glosa da amortização do ágio em questão;

13.5. todos os atos praticados tiveram por motivo: a) expandir as atividades do Grupo Cosan, com a posterior simplificação da estrutura societária que, em um primeiro momento, era bastante complexa e composta por diversas empresas recém adquiridas;

b) a finalidade da operação foi: a ampliação dos negócios desenvolvidos pelo Grupo, bem como o atingimento de novos mercados, com o consequente aumento de seu potencial de competitividade no mercado, e c) todos os atos societários praticados inserem-se, congruentemente, neste contexto do fortalecimento da empresa por meio do investimento em novos negócios: (i) as aquisições de investimentos entendidos como relevantes e estratégicas, de partes independentes, caso da Corona e Mundial; (ii)os necessários aportes de capital para perpetuação da atividade destes novos negócios;

visando, posteriormente, (iii)as incorporações pelo Grupo Cosan, simplificando sua complexa estrutura societária, que facilita o controle gerencial.

13.6. segundo o entendimento de Hugo de Brito Machado, os atos praticados pelo contribuinte, para que sejam considerados válidos, devem estar ligados à finalidade e à atuação desse contribuinte no mercado, o que exatamente ocorreu

com os atos praticados pela Impugnante, visando uma expansão de sua atividade negocial, conforme evidenciado em tópicos anteriores;

13.7. segundo a doutrina de Luiz Eduardo Schoueri, o propósito negocial consiste na conformidade entre a intenção da parte e a causa do negócio ficando, assim, evidente a existência de propósito negocial, com relação aos atos praticados pela Impugnante:

efetivamente existiu uma conformidade entre a intenção do Grupo Cosan (Expansão de sua atividade) e a causa desse negócio jurídico (investimentos em novos negócios);

13.8. todos os atos praticados demonstram claramente a congruência do motivo e da finalidade das operações realizadas pela Impugnante, os quais não eram predominantemente tributários, não havendo que se falar em falta de propósito negocial;

14. Acerca da Coerência com o Planejamento Estratégico do Empreendimento Econômico, alega a impugnante que:

14.1. as operações ocorridas se encontram claramente inseridas no planejamento estratégico do Grupo Cosan;

14.2. este último limite ao "planejamento tributário" consiste na análise da operação no contexto empresarial e na verificação de sua coerência com as estratégias e os planos futuros do empreendimento como um todo;

14.3. a presente operação seria válida, uma vez que (i) está demonstrada claramente a congruência entre o motivo e a finalidade da operação pretendida pelo Grupo Cosan, que não era predominantemente tributária (gerar economia fiscal); e (ü) as operações realizadas inserem-se evidentemente no contexto do planejamento estratégico do Grupo Cosan.

14.4. Muito embora a Impugnante tenha realizado as operações em questão por razões extra-tributárias, vale salientar que não pode o Fisco pretender adentrar à liberdade individual dos contribuintes, por não possuir poder de ingerência sobre os negócios particulares realizados na administração da sociedade empresária - a liberdade de autoorganização sempre foi tida como resultado das garantias asseguradas por diversos princípios constitucionais;

14.5. não havendo norma que proíba a pessoa jurídica de realizar a operação de determinada maneira, não se pode pretender impedir o contribuinte de realizá-la, partindo-se de premissas baseadas exclusivamente em fins arrecadatórios, sob pena de se afrontar a liberdade contratual (nesse ponto, apresenta a doutrina de Alberto Xavier, Luís Eduardo Schoueri e Humberto Ávila em reforço a sua argumentação);

14.6. o CARF admite que, se o contribuinte pode encontrar na legislação mais do que um caminho, sendo um deles, inclusive, menos oneroso, mas perfeitamente

legítimo, poderá escolhê-lo porquanto este representa uma opção (legal) que lhe é mais conveniente(apresenta acórdão em reforço a sua argumentação);

14.7. ainda que as operações societárias que deram origem aos ágios amortizados pela Impugnante não tivessem servido a nenhum fim empresarial, o ordenamento jurídico não traz em nenhum de seus dispositivos o conceito ou a definição de "propósito negocial", de modo que não poderia a Autoridade Fiscal pretender interferir na atividade do contribuinte, também por esse motivo - questionar as decisões negociais tomadas na consecução das atividades da Impugnante, por meio da busca de um "propósito negocial" como fundamento para a análise da dedutibilidade da despesa com o ágio - significa considerá-lo fato gerador de obrigação tributária sem a respectiva previsão em norma geral e abstrata (hipótese de incidência), em clara afronta ao princípio da legalidade tributária;

14.8. como a suposta ausência de propósito, relatada pela Autoridade Fiscal, não se subsume a nenhuma hipótese de incidência tributária, atualmente em vigor, não se pode admitir que a Impugnante tenha realizado o fato jurídico tributário do IRPJ e da CSLL tal como descrito no TVF. Em outras palavras, os atos praticados estão em total conformidade com o ordenamento jurídico vigente(nesse ponto, colaciona trecho de acórdão do CARF em apoio à sua argumentação);

14.9. que a única norma que poderia ter sido aventada para a desconconsideração de uma operação sem substância econômica (o que, repita-se, sequer pode ser debatido nº presente caso), seria o parágrafo único do artigo 116 do CTN) - cabe observar que os procedimentos necessários para a aplicação dessa norma dependem de elaboração de lei ordinária, a qual, até o presente momento, não foi editada;

15. acerca da validade do Ágio Interno para o Direito, da admissibilidade do Ágio para o Direito Contábil Societário e o Direito Contábil Fiscal e da jurisprudência do CARF sobre o Ágio Interno , alega a impugnante que:

15.1. a Autoridade Fiscal se equivocou ao lavrar os autos de infração originários deste processo administrativo, uma vez o referido ágio é respaldado pelo Direito, seja pela legislação societária, seja pela legislação tributária - houve confusão na análise dos enfoques contábil, societário e tributário - apesar de mencionar, por diversas vezes, que o ágio interno não seria válido para fins econômicos e contábeis, acaba, ao final, por considerar indedutível, para fins fiscais, as despesas com amortização do ágio(nesse ponto, passa-se a discorrer sobre a natureza da relação existente entre a Ciência Contábil e o "Direito Contábil", conjunto de normas jurídicas que tratam das normas contábeis);

15.2. não há qualquer justificativa para se admitir que o entendimento da Ciência Contábil seja sempre válido para fins de aplicação da legislação societária e tributária.

De fato, admite-se que há diversos pontos de intersecção entre essas duas ciências, mas o âmbito de aplicação da ciência contábil para a definição dos

limites da legislação societária/fiscal não é irrestrito, e existem diversas hipóteses em que não são coincidentes, como a que se verifica no presente caso.

15.3. o caso em análise não deve ser visto apenas sob o ponto de vista contábil, motivo pelo qual os argumentos suscitados pela Autoridade Fiscal, adstritos apenas aos aspectos contábeis não são suficientes para impedir o aproveitamento do ágio em questão.

15.4. de acordo com o entendimento dos profs. Eliseu Martins e Sergio Iudícibus, está claro que não existia vedação por parte das normas contábeis para o registro do ágio interno decorrente de operações realizadas dentro de um Grupo;

15.5. apenas o ágio gerado "internamente à entidade individualmente considerada" é que não é aceito pela Ciência Contábil;

15.6. o Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, o qual aborda diretamente a questão do ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico, além de não questionar a validade do ágio interno do ponto de vista da legislação societária, não encontra qualquer amparo legal na legislação societária para que se possa entendê-lo como um instrumento hábil a invalidar as operações envolvendo o ágio gerado entre partes relacionadas(nesse ponto, colaciona acórdão do CARF em apoio ao seu entendimento);

15.7. não existe no Brasil, até o advento da Lei nº 12.973/2014, nenhuma vedação para o registro do ágio interno decorrente de operações realizadas dentro de um mesmo grupo à época dos fatos debatidos nos autos(nesse ponto, cita decisão recentemente proferida pelo Poder Judiciário no sentido de que antes do advento da Lei nº 12.973/14 não havia qualquer vedação ao reconhecimento e aproveitamento fiscal do ágio gerado entre partes relacionadas, também trazendo posição doutrinária semelhante de Luís Eduardo Schoueri, além de artigo jornalístico de Eliseu Martins);

15.8. a jurisprudência do CARF, à época dos fatos, reconhecia a sua legitimidade, conforme se depreende de diversos acórdãos que aponta;

16. Sobre a Inexistência de Previsão Legal Para a Adição, à Base de Cálculo da CSLL, das Despesas com a Amortização dos Ágios Consideradas Indedutíveis pela Autoridade Fiscal, alega a impugnante que:

16.1. não há que se falar na adição das referidas despesas na base de cálculo da CSLL, por absoluta ausência de previsão legal;

16.2. o legislador, ao determinar a base de cálculo da CSLL de forma exaustiva fixou, taxativa e individualmente, cada um dos ajustes aplicáveis (artigo 2º e parágrafos, da Lei nº 7.689/88), não arrolando, como hipótese de adição ao lucro líquido o valor correspondente à amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial;

16.3. os únicos ajustes admitidos, por adição, à base de cálculo da CSLL, são aqueles que decorrem de Lei(nesse ponto, cita acórdãos da CSRF, do antigo Conselho de Contribuintes e do CARF como o reforço à sua argumentação);

16.4. mesmo que se considere a amortização fiscal dos ágios indedutível para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ no presente caso, o que se admite apenas a título argumentativo, é possível concluir que o lançamento de CSLL, objeto do presente processo administrativo, não possui fundamento legal, ou seja, afronta um dos mais importantes princípios norteadores do Direito Tributário, qual seja o Princípio da Legalidade;

17. No que se refere às compensações de Prejuízo Fiscal e de Base de Cálculo Negativa da CSLL, aduz que, uma vez cancelados os Autos de Infração de IRPJ e CSLL, também não poderá prosperar a retificação dos saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL referentes aos anos-base de 2015 e 2016, retratada nas presentes exações fiscais;

18. Acerca da inaplicabilidade da multa qualificada, argumenta a impugnante que;

18.1. não houve qualquer fraude nas operações analisadas;

18.2. a exigência da multa qualificada depende da comprovação cabal por parte da Autoridade Fiscal de que o contribuinte agiu com dolo, observando-se o que dispõe o artigo 72 da Lei nº 4.502/64(nesse ponto, apresenta a doutrina de De Plácido e Silva, Celso Antonio Bandeira de Mello, Lourival Vilanova e Pontes de Miranda, além de acórdãos da CSRF e súmulas e acórdãos do CARF, como reforço à sua argumentação);

18.3. quem age com intuito de fraude, sonegação ou conluio realiza operações proibidas, não as escritura em seus registros comerciais e fiscais e, quando fiscalizado, não entrega a documentação solicitada, procurando sob todas as formas ocultar essas operações - e mais, adultera documentos, utiliza-se de documentos calçados e paralelos, pessoas inexistentes ou "laranjas" e de documentos falsos e inidôneos - No presente caso, nenhuma destas condutas foi verificada, tendo prestado todos os documentos solicitados à Fiscalização, e tendo registrado todos os atos societários nos órgãos de registros competentes;

18.4. a Autoridade Fiscal, apesar de ter aplicado a multa qualificada no patamar de 150%, não apontou qualquer conduta praticada pela Impugnante que evidenciasse a existência de dolo;

18.5. como já decidido pela E. CSRF em casos semelhantes ao analisado nesses autos, envolvendo o aproveitamento de ágio interno e utilização de suposta empresa-veículo, não se pode confundir uma suposta ausência de "propósito negocial" com o dolo necessário para se aplicar a multa qualificada(aqui, apresenta acórdãos em favor de sua argumentação);

18.6. a doutrina de Marco Aurélio Greco ensina que, para que haja a exigência da multa qualificada, não basta que o contribuinte tenha praticado de forma

consciente o ato desqualificado pela Fiscalização, sendo impreterível que haja a comprovação de que o contribuinte agiu com "dolo no seu mais puro sentido penal" - Greco explica ainda que, nos casos em que o contribuinte age em consonância com decisões administrativas vigentes na época dos fatos, tal como ocorreu no presente caso, em que existem, inclusive, diversas decisões favoráveis aos contribuintes proferidas pelo E. CARF, não é cabível nem mesmo a multa de ofício de 75%;

18.7. Ante todo o exposto, na remota hipótese desta C. Turma Julgadora não entender pela necessidade de se cancelar integralmente os autos de infração originários do presente processo administrativo, esta deverá, ao menos, determinar o cancelamento da multa qualificada imposta pela Fiscalização, eis que não restou comprovada, por parte desta, a ocorrência de fraude nas operações que foram objeto de questionamento por parte da Autoridade Fiscal;

19. Acerca do princípio da vedação ao confisco, alegou a impugnante que:

19.1. a multa de ofício qualificada tem nítido caráter confiscatório, não devendo prevalecer, conforme entendimento do plenário do Supremo Tribunal Federal, inclusive em sede de Repercussão Geral;

19.2. o artigo 150 da Constituição Federal dispõe que é vedada a cobrança de tributo com efeito confiscatório pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

20. Sobre a impossibilidade de manutenção das multas, na eventualidade de voto de qualidade, argumentou a impugnante que:

20.1. caso se decida pela manutenção dos lançamentos que deram origem a este processo, o que se alega ad argumentandum, pelo voto de qualidade, é razoável considerar que há, no mínimo, dúvida quanto à ocorrência da infração;

20.2. a exigência de valores a título de penalidades não se coaduna com a dúvida, conforme se afere do artigo 112 do CTN;

20.3. segundo o entendimento de Luís Eduardo Schoueri, "não poderá prevalecer o tratamento mais gravoso decidido por estreita maioria - ou, ainda mais evidente, pelo voto de qualidade - deixando de lado a dúvida objetivada pelo entendimento da minoria";

21. Sobre a impossibilidade de exigência da multa isolada em razão da falta de recolhimento do IRPJ e da CSLL por estimativa, argumentou a impugnante que:

21.1. tal multa somente poderia ser exigida caso o Fisco verificasse a falta de recolhimento dos tributos, ou recolhimento insuficiente, com base em estimativas mensais, antes do término do ano-base - como os autos de infração objeto do presente processo foram lavrados após o encerramento dos anos-base de 2015 e 2016 - eventuais insuficiências de recolhimento do IRPJ e da CSLL não mais poderiam ser punidas pela exigência da multa isolada;

21.2. a Súmula nº 82 do CARF prevê que: "Após o encerramento do ano-calendário, é incabível lançamento de ofício de IRPJ ou CSLL para exigir estimativas não recolhidas";

21.3. ainda que fosse possível lançar, após o encerramento do ano-base, multa isolada em razão do não recolhimento dessas estimativas, o que se alega a título de argumentação, não poderia haver, sobre a mesma base de cálculo, a cumulação da multa isolada com qualquer outra penalidade;

21.4. há cobrança cumulativa da multa isolada com a multa de ofício, uma vez que os valores adicionados pela Fiscalização nas bases mensais, para cálculo da multa isolada pela suposta falta de recolhimento das estimativas de IRPJ e de CSLL, foram exatamente os mesmos incluídos no cálculo do ajuste anual para a cobrança da multa de ofício sobre os valores supostamente não recolhidos desses tributos;

21.5. A Súmula CARF nº 105, onde restou firmado o entendimento de que na multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44, § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício" o qual vem, inclusive, sendo aplicado pela C. CSRF:

21.6. ad argumentadum, a fim de que não restem dúvidas quanto à aplicação do entendimento sumular acima exposto mesmo nos casos cuja multa isolada foi fundamentada após as alterações do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 carreadas pela Medida Provisória nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, é de se notar que o conteúdo de referido texto legal não contraria o entendimento de que a multa de ofício e a multa isolada não podem ser exigidas concomitantemente (nesse ponto, adiciona decisões do CARF que corroborariam suas alegações);

21.7. destarte, tendo em vista que as disposições trazidas pela Medida Provisória nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, em nada modificaram a natureza e materialidade da multa isolada aplicável na hipótese de não recolhimento de estimativas de IRPJ, não resta dúvida quanto à insubsistência da pretensão fiscal, haja vista que não se permite - nem encontra respaldo legal - a aplicação cumulativa da multa isolada pela falta de recolhimento de estimativas com a multa de ofício pelo não pagamento do tributo (também aqui adiciona decisões do CARF correlatas);

21.8. em razão de todo o exposto, principalmente da súmula aprovada pelo E. CARF e pela recente decisão proferida pelo STJ, deve-se também determinar o cancelamento da cobrança das multas isoladas cobradas nos autos desse processo

22. Acerca da Responsabilidade Tributária da incorporadora, pelos tributos devidos pela incorporada, apontada pela Autoridade Fiscal, a impugnante não trouxe qualquer alegação.

A DRJ manteve os lançamentos e julgou improcedente a impugnação, em decisão assim ementada (fls. 3459/3513):

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2015 e 2016

MULTA QUALIFICADA. ATOS SOCIETÁRIOS SEM PROPÓSITO NEGOCIAL. ÁGIO DESPROVIDO DE SUBSTÂNCIA ECONÔMICA. PROCEDÊNCIA. Se os fatos retratados nos autos deixam fora de dúvida a intenção do contribuinte de, por meio de atos societários diversos, desprovidos de propósito negocial, gerar ágios artificiais, despidos de substância econômica, e, com isso, reduzir a base de incidência de tributos, descabe afastar a qualificação da multa aplicada pela Fiscalização.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2015 e 2016

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESAS DE MESMO GRUPO ECONÔMICO. INDEDUTIBILIDADE. Incabível a formalização do ágio como decorrência de operação societária realizada entre empresas de mesmo grupo econômico, pela inexistência da contrapartida do terceiro que gere o efetivo dispêndio.

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. Não há como aceitar a dedução do ágio com utilização de empresa veículo, quando o procedimento do sujeito passivo não se reveste de propósito negocial mas revela objetivo exclusivamente tributário.

CONCOMITÂNCIA DE MULTA DE OFÍCIO COM MULTA ISOLADA SOBRE ESTIMATIVAS. LANÇAMENTO POSTERIOR AO TÉRMINO DO PERÍODO DE APURAÇÃO. POSSIBILIDADE. Além da multa de ofício sobre o tributo devido e não recolhido, incide também a multa isolada, quando há falta de pagamento de estimativas.

Inexiste previsão legal para que se deixe de lançar a multa isolada após o encerramento do período de apuração.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Irresignada, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 3316/3452), em que reitera e repete os fundamentos apresentados em impugnação e que se encontram acima elencados, controvertendo adicionalmente a nulidade do acórdão recorrido, por entender que houve omissão, vício de fundamentação e inovação indevida da decisão da DRJ, uma vez que teria

sido prolatada sem a apreciação de parte dos argumentos expostos na Impugnação da Recorrente, e com inovação de critério jurídico.

É o relatório

VOTO VENCIDO

Conselheiro **Fredy José Gomes de Albuquerque**, Relator

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos para ser parcialmente conhecido. A contribuinte foi intimada da decisão de 1ª instância em 07/10/2020 (certidão de fls. 3312) e protocolou Recurso Voluntário em 04/11/2020 (certidão de fls. 3315), portanto, no prazo legal.

MATÉRIA NÃO CONHECIDA NO RECURSO: PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA MULTA QUALIFICADA SOB O ARGUMENTO DE CONFISCO

A recorrente requesta o reconhecimento da natureza confiscatória da multa qualificada, por entender que ela é inconstitucional e deve ser afastada.

A declaração de inconstitucionalidade de normas jurídicas é matéria afeta exclusivamente ao Poder Judiciário e a Súmula 2 do CARF afasta a competência desse colegiado para reconhecer a alegada inconstitucionalidade da multa qualificada, a saber:

Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

O princípio da presunção de constitucionalidade das normas jurídicas só admite o seu afastamento do ordenamento jurídico por meio de declaração de inconstitucionalidade processada pela via judicial. Ademais, a pretensão aduzida pela parte não pode ser acolhida por este Colegiado, considerando expressa vedação imposta pelo art. 98 do RICARF, segundo o qual:

Art. 98. Fica vedado aos membros das Turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou decreto que:

I - já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária transitada em julgado do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, ou em controle difuso, com execução suspensa por Resolução do Senado Federal; ou II - fundamente crédito tributário objeto de:

a) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;

- b) Decisão transitada em julgado do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, proferida na sistemática da repercussão geral ou dos recursos repetitivos, na forma disciplinada pela Administração Tributária;
- c) dispensa legal de constituição, Ato Declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional ou parecer, vigente e aprovado pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que conclua no mesmo sentido do pleito do particular, nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;
- d) Parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; e
- e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Tal regra espelha idêntica vedação do Decreto nº 70.235/72, que disciplina o processo administrativo tributário federal, nos seguintes termos:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Não é possível ao órgão de julgamento administrativo declarar inconstitucionalidade de norma questionada pelo contribuinte, se esta não for assim declarada pelo Poder Judiciário, porquanto tal medida representaria desconstituição de norma cogente do Ordenamento Jurídico.

Assim, não se conhece do Recurso Voluntário quanto aos argumentos de inconstitucionalidade e confisco acima mencionados. Todas as demais serão conhecidas nesse voto, conforme arrazoado abaixo detalhado.

DAS PRELIMINARES

NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA POR ALEGADA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO E MOTIVAÇÃO E MODIFICAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO

Antes de adentrar à análise das demais matérias, importa verificar a prejudicial trazida no recurso que controverte a nulidade do acórdão da DRJ por pretensa omissão, vício de fundamentação e inovação indevida, sob o fundamento de que foi prolatada sem a apreciação de grande parte dos argumentos expostos na Impugnação da Recorrente.

Inicialmente, a recorrente controverte o fato de que, *“apesar de a Autoridade Fiscal ter se pautado nos mesmos elementos que deram origem aos processos administrativos 16561.720093/2011-38 e 16561.720171/2016-17, de maneira surpreendente e contraditória, chegou a conclusões distintas àquelas alcançadas naqueles autos no que diz respeito à configuração de fraude nas operações que deram origem aos ágios ora analisados”*.

Na prática, a contribuinte entende que a análise de julgamento daqueles outros processos trouxe fundamentos diferentes do presente, razão pela qual entende que as decisões deveriam pautar-se pelos mesmos critérios, sob pena de modificação de critério jurídico, a qual é

vedada pelo art. 146 do CTN. Defende que *“não se pode permitir que a Autoridade Fiscal, ano após ano, analise os mesmos fatos jurídicos e, a cada ano, mude a qualificação jurídica a respeito desses mesmos fatos”*.

Entendo que não assiste razão à recorrente nesse ponto, uma vez que os julgadores das instâncias de origem não estão condicionados a realizar a mesma análise em processos diferentes que se sucedem em anos seguintes, seja porque demandam observar os elementos de prova que efetivamente sejam colacionados aos autos – ainda que decorrentes da mesma operação societária de origem –, seja porque podem ter julgadores diferentes, seja porque não há conexão absoluta entre os processos.

A modificação de critério jurídico vedada pelo art. 146 do CTN trata dos casos em que a decisão administrativa ou judicial altere os critérios jurídicos adotados pela autoridade lançadora, ou seja, impede o julgador de modificar os fundamentos indicados no auto de infração. Não se presta a cristalizar a atividade judicante dos membros do colegiado, a pretexto de que os fundamentos de uma decisão anterior sejam os mesmos das sucessivas análises de anos seguintes.

É bem verdade que a segurança jurídica há de ser observada em todos os casos para que os precedentes caminhem em direções que assegurem confiança legítima dos órgãos de julgamento, mas isso não engessa sua atividade nem é causa de nulidade pela pretensa – e a meu juízo equivocada – aplicação do art. 146 do CTN nesses casos.

Assim, tal nulidade deve ser afastada.

Destaque-se que a decisão da DRJ objetivamente fundamenta suas razões de decidir com elementos de motivação que infirmam todas as teses trazidas pela contribuinte na peça recursal. O motivo determinante para a DRJ afastar a tese do aproveitamento do ágio foi a utilização de empresa veículo tratada sem propósito negocial, tendo aquela turma julgadora pormenorizado todos os ágios envolvidos no caso em análise e concluído pela improvidância da impugnação.

Entendo que o mérito foi enfrentado, com a devida motivação e fundamentação. Assim, inexistente qualquer cerceamento ao direito de defesa da contribuinte, ao contrário, a decisão é clara ao afastar as operações societárias trazidas.

O §1º do art. 489 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) não obriga o julgador a pormenorizar e esgotar, analítica e pormenorizadamente, todos os argumentos suscitados pela parte, porquanto se considera fundamentada a decisão se seus elementos de motivação forem capazes de infirmar, em tese, a conclusão adotada pelo julgador.

Ressalte-se que a jurisprudência do CARF segue o mesmo entendimento do Superior Tribunal de Justiça – inclusive no período posterior à vigência do CPC/2015 –, no sentido de que o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, nos casos em que encontre motivação suficiente para proferir a decisão e infirmar a controvérsia da lide, a saber:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.

2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.

3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente mandamus e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas.

4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquinar tal decisum.

5. Embargos de declaração rejeitados.

(STJ – Primeira Seção - EDMS - Embargos de Declaração no Mandado de Segurança - 21315 2014.02.57056-9, Diva Malerbi - Desembargadora convocada - TRF 3ª Região, DJE:15/06/2016) (grifou-se)

Observe-se precedentes do CARF neste sentido:

ASSUNTO: IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA

Anos-calendário: 2002 e 2003

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - DEFESA DO CONTRIBUINTE - APRECIACÃO

Conforme cediço no Superior Tribunal de Justiça - STJ, a autoridade julgadora não fica obrigada a se manifestar sobre todas as alegações do Recorrente, nem quanto a todos os fundamentos indicados por ele, ou a responder, um a um, seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão. (REsp 874793/CE, julgado em 28/11/2006). (Acórdão 101-96.917, de 18/09/2008, Relatora Sandra Maria Faroni)

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

NULIDADE. ALEGAÇÃO DE ANÁLISE RASA DAS PROVAS NA INSTÂNCIA ANTERIOR. DESCABIMENTO.

O julgador, ao decidir, não está obrigado a examinar todos os fundamentos de fato ou de direito trazidos ao debate, podendo a estes conferir qualificação jurídica diversa da atribuída pelas partes, cumprindo-lhe entregar a prestação jurisdicional, considerando as teses discutidas no processo, enquanto necessárias ao julgamento da causa. (Acórdão Carf 9101-004.250, de 09/07/2019, Relatora Viviane Vidal Wagner)

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012

NULIDADE. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE TODAS AS ALEGAÇÕES. INOCORRÊNCIA.

Conforme jurisprudência sedimentada no Superior Tribunal de Justiça, já na vigência do CPC/2015, o julgador não está obrigado a responder todas as questões suscitadas pelas partes quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão; é dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. (Acórdão Carf 1201-003.996, de 15/09/2020, Relator Efigênio de Freitas Júnior)

Nenhuma das razões apontadas no recurso convencem essa relatoria da existência da pretensa nulidade da decisão ocorrida por omissão de fundamentos. Vê-se que a matéria foi devidamente analisada, razão pela qual entendo que inexistente nulidade que decorra de cerceamento de direito de defesa da parte, uma vez que a decisão recorrida motivou seus fundamentos de forma plena, inexistindo necessidade de retorno para prolatar nova decisão.

Assim, afasto a preliminar suscitada.

DAS DEMAIS PRELIMINARES: NULIDADE DOS LANÇAMENTOS (A) POR CARÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA, (B) POR ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO E (C) POR INOBSERVÂNCIA DOS COMANDOS DA LINDB

Afasto tais nulidades pelos mesmos fundamentos apontados pela DRJ, com os quais manifesto concordância e, adicionalmente à pretensa inobservância da LINDB, invoco a Súmula CARF nº 169, segundo a qual “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”.¹

Adoto como razões de decidir da decisão recorrida, pelos mesmos fundamentos, conforme autorização do art. 114, § 12, do RICARF²:

Preliminares

Nulidade dos autos de infração por carência de liquidez e certeza

25. Alega a impugnante nulidade por carência de liquidez e certeza pois a Autoridade Fiscal teria deixado de considerar, na apuração da multa isolada do mês de janeiro de 2016, a dedução do valor de 20 mil reais do cômputo da base de cálculo do imposto adicional devido pelo contribuinte, à alíquota de 10% (parágrafo único do artigo 228 do RIR/99, vigente à época dos fatos);

26. Não assiste razão à impugnante em relação ao erro apontado no cálculo da multa por estimativa, visto que:

26.1. Conforme se verifica da própria planilha apresentada pela recorrente à fl. 2.762 do TVF, existiram 3 autuações em desfavor da impugnante para o ano-calendário 2016:

¹ . Vinculante, conforme **Portaria ME nº 12.975**, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021.

² Art. 114, § 12, do RICARF: A fundamentação da decisão pode ser atendida mediante: I - declaração de concordância com os fundamentos da decisão recorrida; e II – referência a súmula do CARF, devendo identificar seu número e os fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento a eles se ajusta.

id	Período de Apuração (IRPJ) - de 01/2016 a 11/2016	jan/16	
		Fisco	Empresa
A	Glosa de amortização de ágio deste processo	4.591.743,65	4.591.743,65
B	Glosa de amortização de ágio Processo nº 16561.720005/2018-74	11.818.961,02	11.818.961,02
C	Glosa de amortização de ágio Processo nº 16561.720111/2019-34	622.292,20	622.292,20

26.2. O trecho de planilha abaixo, retirado do Termo de Verificação Fiscal do Processo 16561.720005/2018-74, demonstra que a dedução do valor de 20 mil reais já foi considerada naquele processo;

IRPJ AC 2016 - ECF	jan-16
Glosa da amortização do ágio	11.818.961,02
Glosa acumulada	11.818.961,02
Base cálculo declarada	278.806.521,32
Base cálculo refeita 1	290.625.482,34
Prejuízo fiscal	87.187.644,70
Base cálculo refeita 2	203.437.837,64
IRPJ - x 15%	30.515.675,65
Adicional – 10%	20.341.783,76
	50.857.459,41
(-) Incentivo Fiscal Declarado	1.170.987,39
(-) IRFON declarado	
(-) IR devido em meses anteriores	
IRPJ a Pagar Declarado	47.618.153,84
Insuficiência	2.068.318,18
Multa - Estimativa 50%	1.034.159,09

Base de Cálculo do Adicional = $(203.437.837,64 - 20.000,00) = 203.417.837,64$
 Adicional = $203.417.837,64 * 0,10 = 20.341.783,76$

6.3. Assim, não pode ser novamente deduzido no cálculo da multa por estimativa nº presente processo o valor de R\$ 20.000,00 determinado pelo parágrafo único do artigo 228 do RIR/99, pois isso implicaria em deduzi-lo 2 vezes.

27. Dessa forma, rejeitada a preliminar.

Alteração do Critério Jurídico(violação ao Artigo 146 do CTN)

8. Alega a impugnante ter havido alteração de critério jurídico ensejando nulidade do lançamento, pois a Autoridade Fiscal, utilizando como base os mesmos elementos dos processos 16561.720093/2011-38 e 16561.720171/2016-17, chegou, no processo ora em julgamento, a resultados diferentes no que diz respeito à qualificação da multa - no processo 16561.720171/2016-17, não houve configuração de fraude, enquanto no processo em tela, houve qualificação da multa por constatação de fraude;

29. Não assiste razão à impugnante, pois não se trata de adoção retroativa de ato normativo com a introdução de tratamento tributário mais gravoso para o sujeito

passivo - não é caso de aplicação do artigo 146 do CTN, pois não se trata de legislação criadora de tributos, ou que tenha instituído novos critérios de apuração ou ampliado os poderes de investigação, aplicada retrospectivamente, ou ainda, de alterações introduzidas de ofício, por algum marco infra-legal, ou por força de decisões administrativas ou judiciais nos critérios jurídicos adotados pela fiscalização.

30. Não ocorreu, ademais, a adoção de uma alternativa de interpretação mais onerosa para o sujeito passivo dentre as alternativas expressamente previstas na legislação tributária, nem houve, por parte do Fisco, emissão de qualquer ato administrativo dando amparo à não configuração de fraude - apenas houve entendimentos diferentes, em processos de fiscalização distintos, quanto à configuração de fraude frente às operações realizadas pela impugnante;

31. Ressalte-se que no processo 16561.720093/2011-38, em que a configuração de fraude das mesmas operações também foi constatada pela Autoridade Fiscal, tendo sido mantida pela CSRF - Câmara Superior de Recursos Fiscais - acórdão 9101003.364, 1ª Turma, cuja ementa vai abaixo parcialmente reproduzida:

(...)

MULTA QUALIFICADA. ATOS SOCIETÁRIOS SEM PROPÓSITO NEGOCIAL. ÁGIO DESPROVIDO DE SUBSTÂNCIA ECONÔMICA. PROCEDÊNCIA. Se os fatos retratados nos autos deixam foram de dúvida a intenção do contribuinte de, por meio de atos societários diversos, desprovidos de propósito negocial, gerar ágios artificiais, despídos de substância econômica e, com isso, reduzir a base de incidência de tributos, descabe afastar a qualificação da multa aplicada pela Fiscalização.

(...)

32. Assim, impõe-se, também, a rejeição dessa preliminar;

Inobservância dos comandos da LINDB

33. Mais, uma vez, não assiste razão à impugnante.

34. O art. 24 da LINDB não tem por objeto regulamentar o lançamento fiscal e as decisões proferidas no PAF, dados os seguintes pontos:

34.1. O ato do lançamento não consubstancia “revisão” de ato da Administração, não sendo possível concluir, do art. 24 da LINDB, que a Autoridade Fiscal, ao efetuar o lançamento, esteja amarrado à jurisprudência administrativa ou judicial existente à época dos fatos geradores; ademais, apenas Lei Complementar poderia dispor sobre norma geral afeta à atividade do lançamento;

34.2. Tampouco faz sentido, diante do texto normativo, concluir que os órgãos responsáveis pelo julgamento de recursos administrativos, ao “revisar o lançamento” estejam vinculados à jurisprudência majoritária existente à época dos fatos geradores;

34.3. O artigo 24 da LINDB simplesmente determina que, se a Administração pratica ato que gera uma situação consolidada (por exemplo, emite uma licença de funcionamento, assina um contrato, autoriza um pagamento), a mudança posterior de entendimento sobre a validade deste ato não pode afetar a situação consolidada que a própria Administração gerou;

34.4. O Código Tributário Nacional (CTN) possui regramento próprio e particular sobre os atos e decisões dotados de caráter normativo (art. 100, I a IV), sobre as consequências de sua observância pelo administrado (art. 100, parágrafo único), bem como sobre o efeito intertemporal da introdução de novos critérios jurídicos – leia-se, nova interpretação – no processo de constituição do crédito tributário (art. 146). Trata-se de normatização específica quanto às questões que o art. 24 (norma geral) se propõe a regulamentar;

34.5. A Lei 13.655/2018 não atribui eficácia normativa à jurisprudência majoritária vigente à época dos fatos geradores, não a enquadrando no conceito de decisão normativa, nos termos do art. 100, II, do CTN.

35. Assim, resta demonstrada a inaptidão do art. 24 da LINDB, com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018, para regular a atividade do lançamento, bem como o Processo Administrativo Fiscal dele decorrente, rejeitando-se também esta preliminar.

Assim, afasto as preliminares suscitadas.

NO MÉRITO

DOS FUNDAMENTOS DO TVF QUE TRATAM DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO: OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS REALIZADAS QUE ENSEJARAM O LANÇAMENTO

Importa conhecer as operações que foram realizadas pelas companhias envolvidas, a fim de se analisar se houve artificialidade das operações que justifiquem as conclusões a que chegou a administração tributária.

São 4 operações societárias centrais que trouxeram as conclusões da alegada amortização indevida do ágio, conforme expressamente indicado no TVF às fls. 2841:

6.1 – Amortização do Ágio

Como visto até o momento, são muitas as operações societárias efetuadas pelo Grupo Cosan no período de 2005 a 2007, **das quais quatro culminaram em surgimento e registro de ágios que estão produzindo despesas de amortização e reduzindo o lucro apurado pela fiscalizada:**

- Registro de **ágio na aquisição da ND-Par efetuado pela Mandiçununga**, com uso de empresa veículo e sem elaboração do competente laudo de avaliação para este fim;

- Registro de ágio na subscrição de capital da Corona efetuado pela Mandiçununga, também com uso de empresa veículo e sem elaboração do laudo de avaliação para embasar o registro de ágio;
- Registro de ágio no aporte de capital da Usina da Barra 44 subscrito pela Cosan 50 e utilizado como parte da subscrição de capital da Corona efetuado pela Mandiçununga, que se constitui como um ágio interno.
- Registro de ágio no aporte de capital da Mundial, sua controlada indireta, e subscrito pela Cosan, que se constitui como um ágio interno.

Nota-se que as duas primeiras operações que geraram o (1) ÁGIO ND-PAR e o (2) ÁGIO DABARRA (MUNDIÇUNUNGA) apenas estão vinculados pelo TVF ao temas relacionados à existência de empresa veículo e à falta de laudo de avaliação, enquanto o (3) ÁGIO BARRA 44 e (4) ÁGIO MUNDIAL têm como fundamento o fato de se tratar de ágio interno, realizado pelo próprio grupo econômico envolvido nas operações.

O TVF esclarece, adicionalmente, que as mesmas operações geraram autuações diversas, relacionadas aos anos-calendários de 2006 a 2009. Ainda que não estejam vinculadas ao presente julgamento, transcreve-se os respectivos contextos anteriores, apenas para fins de registro:

Das quatro situações acima elencadas, três envolvem a Mandiçununga, que, posteriormente, teve a sua denominação alterada para **Dabarra Participações S/A** (Dabarra). Destas quatro operações, três foram objetos de autuação no Auto nº 16561.720093/2011-38 referente aos calendários de 2006 a 2009:

- O registro de ágio na aquisição da ND-Par efetuado pela Mandiçununga;
- O registro de ágio na subscrição de capital da Corona efetuado pela Mandiçununga;
- O ágio no aporte de capital da Usina da Barra 44 efetuado pela Cosan 50 e utilizado como parte da subscrição de capital da Corona efetuado pela Mandiçununga;

Duas destas operações continuaram a ser amortizados pela Raizen Energia S.A. e foram objeto de autuação no Auto nº 16561.720171/2016-17 e 16561-720.126/2018-16, bem como estão sendo objeto do presente Auto de Infração:

- O registro de ágio na aquisição da ND-Par efetuado pela Mandiçununga;

- O registro de ágio na subscrição de capital da Corona efetuado pela Mandiçununga;

A última das operações foi objeto de Autuação no Auto nº 16561.720171/2016-17 e 16561-720.126/2018-16e está sendo objeto de autuação na presente ação fiscal:

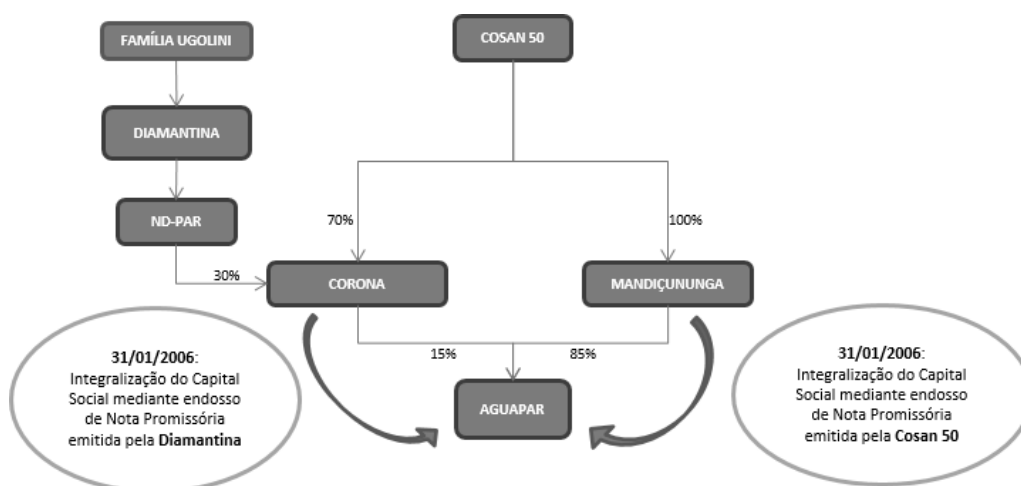
- O registro de ágio na subscrição de capital da Mundial.

Importa analisar cada uma das acusações e verificar se os fundamentos apontados no TVF para impedir a amortização fiscal do ágio realmente procedem.

DO ÁGIO ND-PAR

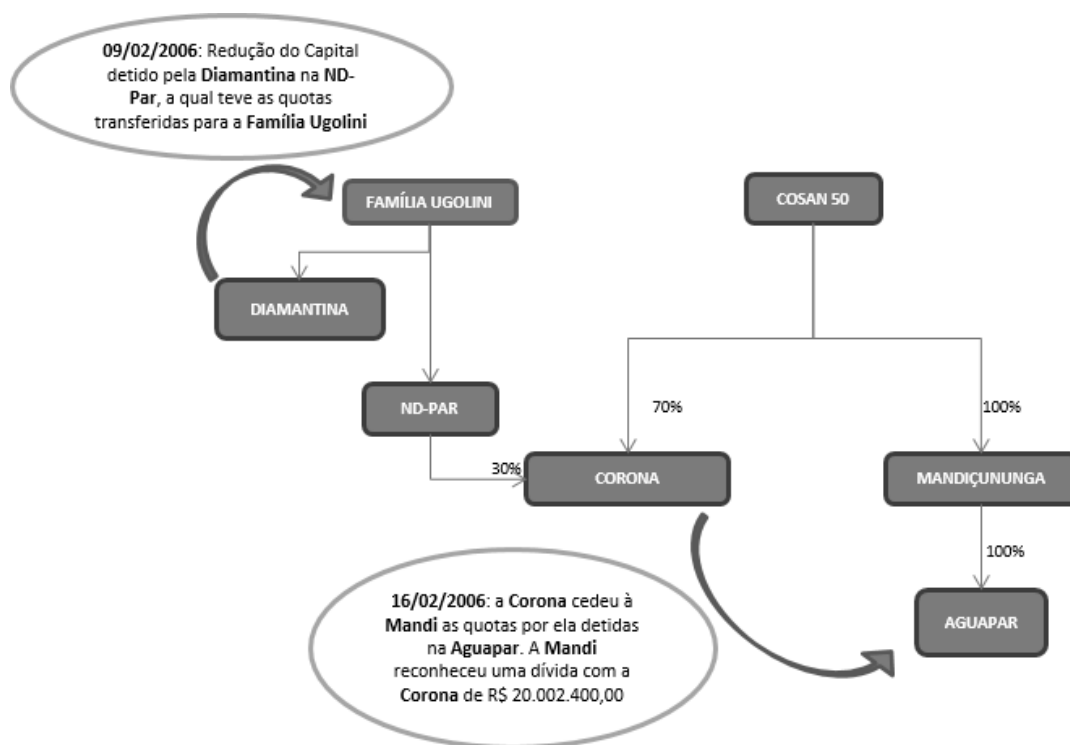
Duas operações precisam controvertidas inicialmente:

- A criação da ND-PAR como sociedade *holding* constituída em 31/05/2005, sendo detida pela DIAMANTINA (Agrícola Diamantina S/A) com capital social subscrito e integralizado com a conferência da participação social na CORONA.
- A constituição da AQUAPAR em 31/01/2006, com capital social também subscrito e integralizado pelas companhias MANDIÇUNUNGA (R\$ 113.357.104,00) e CORONA (R\$ 20.002.400,00), com seguinte desenho societário:

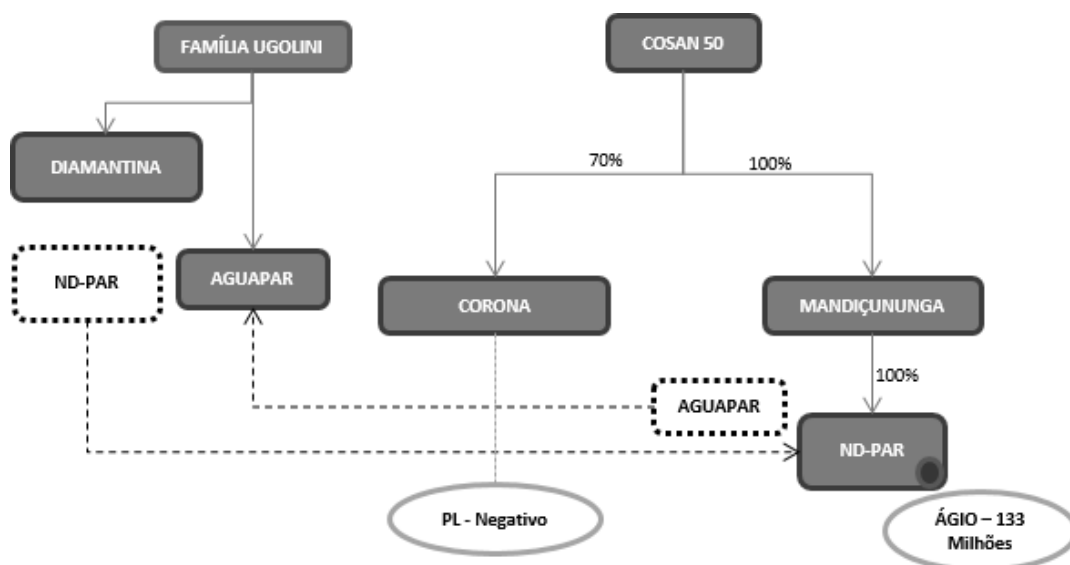


Nota-se que existiam à época grupos econômicos distintos, que passaram a realizar transações societárias autônomas. De um lado, os proprietários da DIAMANTINA controlavam o investimento na CORONA (em 30% de seu capital social) através de uma *holding* ND-PAR. Do outro lado, o grupo CORSAN50 controlava dois investimentos diretamente, os 70% da sociedade CORONA e 100% da MANDIÇUNUNGA, que, por sua vez, detinham o controle da AGUAPAR. Assim, existia independência operacional entre o grupo controlador da COSAN50 e a DIAMANTINA.

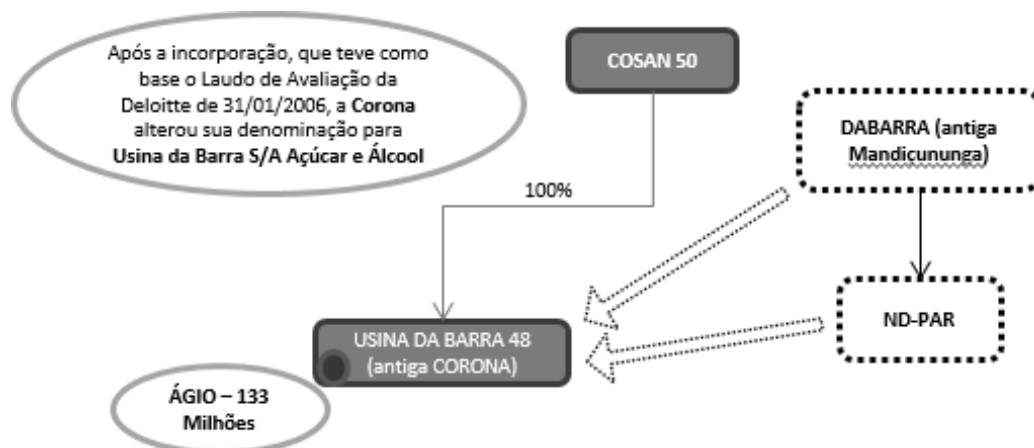
Após diversas reorganizações, que não impactaram na formação do ágio, as operações chegam em 16/02/2006 com a saída da CORONA do controle da AGUAPAR, mediante a cessão de cotas para a MANDIÇUNUNGA, que passou a ser a controladora exclusiva (100%) da AGUAPAR.



O passo seguinte ocorreu em 21/02/2006, quando se efetivou permuta entre ND-PAR e AGUAPAR, cujo contrato foi assinado anteriormente (08/02/2006) e previa a possibilidade futura (condicionada suspensivamente e efetivada na data acima, 21/02/2006) para troca de ativos. Nesse instante é que surgiu o ágio, pois o patrimônio líquido da CORONA estava negativo, refletindo nos ativos da ND-PAR (sua controladora), ou seja, havia diferenças de valores na permuta realizada. Na prática, a ND-PAR passou ao controle da MANDIÇUNUNCA e a AGUAPAR passou ao controle do outro lado da operação, a família UGOLINI, ficando o ágio anotado na ND-PAR.



Posteriormente, em 31/03/2006, houve a incorporação da ND-PAR pela CORONA (que veio a denominar-se USINA DA BARRA 48, antiga CORONA), sendo essa empresa (USINA DA BARRA 48) que passou a deduzir o ágio nos meses seguintes (ou seja, passou a deduzir o “ÁGIO ND-PAR”).



A recorrente justifica todas essas operações para viabilizar investimentos no setor sucroenergético, da qual faz parte. Justifica que, “com a criação da marca Cosan no início dos anos 2000, o grupo passa a expandir sua atuação, realizando, inclusive, a abertura de seu capital no Novo Mercado da BM&F Bovespa, levantando cerca de US\$ 400 milhões para novos investimentos. Dentre estes novos investimentos, surgiu a oportunidade de aquisição da Açucareira Corona, tradicional companhia do setor, controladora das usinas Bonfim e Tamoio, com grande capacidade de moagem de cana-de-açúcar e atuação forte na região de Ribeirão Preto - SP, negócio que ia de encontro aos interesses de expansão do grupo”.

Esclarece que a saída do outro grupo investidor da CORONA se deu por razões de mercado, sendo necessário realizar os investimentos na companhia, que apresentava patrimônio líquido negativo, fato que é confirmado no TVF. Destaca que apresentou laudo de avaliação elaborado por auditoria independente datado de 31/01/2006 (DOC. 06 da Impugnação), que reflete os fatos econômicos da época.

Destaca que *“o referido laudo se presta, inclusive, a justificar o ágio contabilizado pela Mandiçununga quando da concretização da permuta entre a ND-PAR e a AGUAPAR, haja vista que, como reconhecido por diversas vezes pela própria Autoridade Fiscal, a ND-PAR tinha como único ativo, a participação na CORONA, que, por conseguinte, representava seu patrimônio quase que integralmente”*.

O TVF aponta que a o aproveitamento fiscal do ágio nessa hipótese seria indevido, pela alegada ausência de laudo econômico e, ainda, pela impossibilidade de utilização de “empresa veículo” (no caso, a companhia *holding* ND-PAR) para instrumentalizar as operações.

Entendo que os fundamentos utilizados pela administração tributária para impedir o aproveitamento fiscal do ágio não encontram amparo em elementos fáticos ou jurídicos, pois ficou demonstrada a existência de laudo econômico que subsidiou a operação (laudo de fls. 3130 e seguintes, anexado junto à impugnação), datado de 31/01/2006 (antes das operações) e assinado pela DELLOITTE TOUCH TOHMATSU, que atestou que o fundamento econômico do ágio foi baseado na rentabilidade futura do investimento adquirido.

Também não há qualquer elemento que permita concluir que a sociedade ND-PAR não tivesse existência real. Antes mesmo de todas as operações, pertencia a grupo familiar independente (FAMÍLIA OGOLINI), não vinculado com o grupo COSAN, servindo ao controle de companhia operacional verdadeiramente atuante no setor sucroenergético (no caso, a empresa CORONA).

As operações realizadas ocorreram entre partes independentes e a permuta da participação societária foi regularmente instrumentalizada por contratos informados ao fisco e devidamente registrados na escrita fiscal e contábil dos envolvidos. Aliás, houve regular registro dos ativos recebidos e baixa do ativo cedido, tendo sido desdobrado o valor do custo de aquisição da participação societária em investimento pela equivalência patrimonial e ágio.

Vê-se que a decisão recorrida manteve as autuações pelo *“fato das empresas Mandiçununga, ND-Par e Aguapar serem sociedades efêmeras, autênticas empresas-veículo, cujo único objeto real foi possibilitar o benefício da amortização do ágio para a impugnante através de sucessivas operações societárias realizadas”*.

Entendo que tal conclusão não encontra respaldo nos fatos até aqui demonstrados, pois as operações havidas com sociedades *holdings* controladoras não encontra nenhum impedimento no Direito brasileiro.

Assim, faz-se necessário separar os assuntos para encontrar a solução ao caso concreto, considerando-se as particularidades trazidas no Recurso Voluntário.

TESE DA REAL ADQUIRENTE DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA

A administração tributária entende que a real adquirente das ações com ágio foi a empresa COSAN, companhia que teria se valido do que o Fisco denomina empresa veículo para adquirir o investimento final. Considerou tratar-se de pretensão artifício ilegal apenas para aproveitar a amortização fiscal do ágio gerado na aquisição do negócio.

Assim, considerando-se a sucessão de fatos que levam à compra do negócio, a autoridade fazendária relatou que não houve a necessária confusão patrimonial entre pretensa real investidora e a investida. Entendeu que a incorporação reversa entre a empresa alvo e a intermediária da operação, não revelava autonomia própria, uma vez que a real investidora seria a empresa controladora, que aportou o capital no negócio e foi a titular do sacrifício financeiro para alavancar a operação.

Por sua vez, a contribuinte demonstrou que a existência da empresa intermediária, que efetivamente realizou a aquisição, tratava-se de empresa atuante no setor.

A existência de capital social considerável nas empresas *holdings*, por si só, já revela que não se tratava de “empresa veículo”, nem de uma empresa de papel.

A administração considerou desnecessária a existência da sociedade intermediária para realizar a transação, sob o entendimento de que a mesma não é a real adquirente e não mantinha confusão patrimonial com a titular do negócio adquirido.

Ao contrário, evidencio a autonomia operacional da empresa intermediária, que já atuava no setor muito antes das transações relatadas. Os negócios realizados não demonstram qualquer sinal de artificialidade.

Entendo que não havia qualquer impedimento à realização do negócio em questão nem da aquisição reversa da investida pela investidora, fato muito comum nos modelos operacionais de diversos segmentos. Isso permite manter concessões, autorizações e outorgas governamentais. Não raro, permite-se a manutenção de estruturas econômicas que facilitam a operação conjunta das companhias sob a égide da existência da empresa investida.

Assim, uma vez ocorrida a incorporação reversa, o ágio registrado na investidora pode ser aproveitado após a operação. A legislação autorizava o aproveitamento do ágio quando a pessoa jurídica intermediária absorvesse patrimônio de outra em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detivesse participação societária adquirida com expectativa de rentabilidade futura.

O caso dos autos ocorreu antes dos efeitos dos impedimentos trazidos pela Lei nº 12.973/2014, que manteve a autorização para o aproveitamento do ágio às operações de incorporação, fusão e cisão ocorridas até 31 de dezembro de 2017, cuja participação societária tenha sido adquirida até 31 de dezembro de 2014. Assim, plenamente aplicável os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, que à época permitiam o aproveitamento fiscal em questão.

O argumento trazido pela administração tributária para impedir a realização do negócio não encontra fundamento no Ordenamento Jurídico nacional, ao contrário, os dispositivos legais não continham nenhum dispositivo que convergisse para a “tese do real adquirente” trazida no TVF, por pretensão artificialidade do negócio.

Diante desse cenário, penso ser importante complementar tais fundamentos, trazendo razões adicionais para esclarecer o posicionamento manifestado em outros julgamentos sobre o mesmo tema, a fim de motivar meu posicionamento.

DAS JUSTIFICATIVAS PARA A AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

Importa registrar que a matéria trata de ágio decorrente de operação entre partes independentes e não trata sobre o chamado “ágio interno”, onde o benefício tributário decorreria (no ágio interno) de operações societárias entre partes dependentes, com a contumaz pecha de artificialidade e os consectários legais decorrentes de alegadas simulações.

É importante fazer esse *distinguishing* para evitar controvérsias específicas relacionadas àqueles casos, que não contaminam a presente análise, uma vez que os autos de infração em apreço tratam de glosa da amortização de ágio decorrente de incorporação reversa havida entre partes independentes, mediante a interposição de empresa veículo.

O caso em análise trata de ágio decorrente de constituição empresa nacional para adquirir negócios operacionais no Brasil, com ativos e o fundo de comércio objeto da transação. Nesse aspecto, nenhuma irregularidade, seja de natureza societária ou fiscal.

Verifica-se a existência de substrato econômico para a existência da companhia em questão, que não representava uma empresa de passagem (*empresa veículo*) para instrumentalizar nenhum tipo de aproveitamento indevido de benefício fiscal, no caso, a amortização do ágio, que foi regularmente contabilizado e apurado.

Não bastasse o fato da operação ser regular, com substrato econômico válido, importa anotar elementos adicionais para desconstituir o lançamento tributário relacionados à alegada amortização ilegal do ágio em questão.

O direito brasileiro admite a participação de companhias no quadro social de outras criadas para viabilizar operações lícitas com terceiros, como se vê do caso em análise, onde não houve qualquer tipo de operação fraudulenta. O ágio decorrente dessas transações regulares em nada modifica o contexto fático e jurídico relacionado ao aproveitamento fiscal do ágio decorrente das operações realizadas.

Sobre essa questão, a matéria já foi apreciada pela Turma de Julgamento 1201 do CARF no acórdão 1201-001.267, razão pela qual, tratando de assunto idêntico e bem condensar o que fora debatido atualmente pelo atual Colegiado na sessão de julgamento, adoto a fundamentação do acórdão e a adoto como razões de decidir na presente análise, ao final complementada por esta Relatoria:

Pois bem, desde logo deve-se deixar claro que a fiscalização em momento algum alega que o ágio nasceu de uma operação realizada entre empresas que fazem parte do mesmo grupo econômico. Ao contrário, pelo que se vê no TVF o ágio decorreu de uma transação entre partes independentes e em pé de igualdade (*arm's length transaction*). Resumindo, não se trata aqui de “ágio interno”.

São, como visto acima, duas as razões pelas quais o auditor se convenceu da ilegalidade do aproveitamento do ágio pela fiscalizada: (i) falta de propósito negocial, e; (ii) emprego de empresa veículo.

Quanto à falta de propósito negocial, há que se distinguir dentre as operações levadas a efeito pelos interessados, aquelas que tiveram por objetivo ocultar o ganho de capital

auferido pelos alienantes, daquelas cujo objeto foi a transferência do ágio para a atuada.

As primeiras não interessam ao presente processo, e são objeto do PA nº 10380.726.493/201018, que trata do ganho de capital.

As últimas foram realizadas com o propósito do aproveitamento do ágio na aquisição da participação societária, e estão amparadas na interpretação que esta Turma vem emprestando aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, qual seja, a de que a finalidade daquelas normas é incentivar a absorção do patrimônio de empresas nacionais por outras, sejam nacionais, sejam estrangeiras. Em outras palavras, o propósito negocial foi exatamente o aproveitamento do ágio, propósito esse amparado pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Repare que a abusividade do planejamento tributário pode ter como característica (desde que não seja a única) justamente a ausência de propósito negocial.

Entretanto, quando exista uma norma jurídica incentivando, sob o ponto de vista fiscal, a realização de um negócio jurídico, seria absurdo imaginar-se que além do propósito de economia fiscal deveria haver também algum outro propósito. Esse é exatamente o caso dos presentes autos.

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

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

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

Todavia, tendo em vista que existem algumas decisões do CARF mantendo a glosa da amortização do ágio justamente pelo emprego de "empresa veículo" (vide, por exemplo, o Acórdão 1101001.113), entendo cabível o exame da matéria.

Em breve síntese, aqueles que defendem a impossibilidade do aproveitamento do ágio nestas condições sustentam que o emprego de empresa veículo, que ao fim incorpora ou é incorporada pela investida, "oculta" o verdadeiro investidor, qual seja, aquele que fornece os recursos para que a empresa veículo faça o investimento.

Desse modo, dizem eles, não há incorporação entre o "verdadeiro investidor" e a investida, sendo portanto inaplicável os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Pois bem, quanto a este argumento deve-se ter em conta que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram originalmente criados com a finalidade de incentivo à aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares, no âmbito do chamado Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491/97).

E uma vez que pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras têm direito a adquirir até 100% das ações ou quotas da empresa nacional objeto de desestatização (vide art. 12 da referida Lei nº 9.491/97), é de se perguntar: como poderia um investidor estrangeiro se beneficiar dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 senão por meio da constituição e capitalização de uma pessoa jurídica nacional que fizesse o investimento na empresa

objeto da desestatização? Esse foi, de fato, o caminho adotado pelos investidores estrangeiros (vide também caso Celpe, Acórdão nº 1201-00.689).

Ocorre que, de acordo com a teoria da "empresa veículo", ora sob exame, nem assim os investidores estrangeiros poderiam se beneficiar dos disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois a pessoa jurídica nacional por eles constituída e capitalizada não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Na mesma situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estaria, por exemplo, um grupo de pessoas físicas nacionais que desejasse adquirir as ações ou quotas de uma empresa objeto de desestatização. Se fizessem o investimento diretamente, as pessoas físicas não poderiam se beneficiar das referidas normas (por óbvio, pessoa física não incorpora nem é incorporada por pessoa jurídica).

A solução seria, novamente, a constituição e capitalização de uma pessoa jurídica justamente para que esta fizesse o investimento. Entretanto, de acordo com a aludida teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo grupo de pessoas físicas poderia se beneficiar do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Também em idêntica situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estariam as pessoas jurídicas nacionais que em razão de vedação contida em norma legal ou infralegal estejam impedidas de exercer atividades econômicas diversas daquelas previstas naquelas normas. Seria o caso, por exemplo, de um banco comercial adquirir as ações ou quotas de uma concessionária de energia elétrica. Tal aquisição é possível, desde que autorizada pelo Banco Central. O que não é juridicamente possível é a absorção do patrimônio da concessionária pelo banco comercial (ou vice-versa) uma vez que o Banco Central proíbe que os bancos comerciais exerçam atividades distintas daquelas previstas em Regulamento.

A solução, mais uma vez, seria o banco comercial constituir e capitalizar uma pessoa jurídica a fim de que esta adquira as ações ou quotas da empresa objeto de desestatização. Ocorre que, segundo a mencionada teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo banco comercial poderia se beneficiar do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor".

Os exemplos acima, que a outros poderiam se somar, demonstram que a propalada teoria da "empresa veículo" aplicada aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ensejaria uma interpretação restritiva dessas normas no tocante à ideia de "verdadeiro investidor".

Todavia, a interpretação restritiva, tal como as demais espécies interpretativas, não é fruto da vontade do intérprete. Ao contrário, deve ser juridicamente fundamentada. No caso dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 tal interpretação restritiva reduziria significativamente as hipóteses de aproveitamento fiscal da amortização do ágio ali prevista, algo que vai de encontro (e não ao encontro) à finalidade do Programa Nacional de Desestatização, o qual, como dito antes, incentiva a aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares. Em outras palavras, a teoria da "empresa veículo" defendida por alguns é frontalmente contrária à finalidade para à qual foram criados os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, daí porque não pode ser acolhida.

Registre-se que os casos que envolvem amortização do ágio por incorporações societárias não decorrem de uma invencionice do contribuinte para obter benefício tributário. Com efeito, é uma opção legislativa surgida em virtude da promulgação da Lei 9.532/97 – a qual permanece vigente – para assegurar a promoção do Programa Nacional de Desestatização do Governo Federal.

Naquela ocasião – e já se vão longínquos 25 anos –, as privatizações das empresas estatais demandava investimentos estrangeiros no país, mediante aportes em companhias cujo valor contábil estava muito aquém dos possíveis investimentos em leilões de telecomunicações e que geraria imenso ágio entre o valor investido e o valor contábil das mesmas.

Como forma de estimular tais investimentos, o Poder Executivo da época publicou a MP nº 1.602, de 1997, posteriormente convertida da citada Lei 9.532/97, admitindo objetivamente que:

- a) Fossem criadas “empresas veículo” para receber o aporte internacional e participar efetivamente dos leilões, podendo essas, ao final do processo em que saíssem vencedoras, serem incorporadas pelas companhias estatais investidas (conforme regra do art. 8º, b, da citada lei);
- b) Em decorrência dessas operações, o ágio de tais investimentos pudesse ser amortizado do lucro real, à razão de 1/60 por mês em cada período de apuração, o que levava a um benefício tributário estimulado por decisão governamental (conforme art. 7º, III, da lei).

Importa transcrever os termos da Lei 9.532/97, para uma melhor visualização dos termos aqui tratados:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do *caput*:

a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Anote-se que a opção legislativa para a utilização desse modelo de negócios sempre foi reconhecida pelo ordenamento brasileiro, inexistindo razões para demonizar sua utilização. É dizer: a opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio.

Entendo que não há elementos para vedar a amortização do ágio por considerar elusiva a instrumentalização de mecanismos previstos, autorizados e estimulados pela legislação consubstanciaria revogação tácita da Lei 9.532/97. Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intensão, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado.

Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si, não havendo nos autos elementos que comportem tal providência, porquanto a parte haver demonstrado a intenção em promover mudanças no mercado brasileiro mediante investimentos em terceiros.

Nesse sentido, colhe-se da doutrina de Carlos Augusto Daniel Neto, ex Conselheiro do CARF, importantes luzes à análise do aproveitamento do ágio, porquanto *“Compreende e, sobretudo, respeitar os efeitos tributários legítimos de uma LBO é, afinal, uma segurança e um estímulo aos crescentes investimentos em empresas brasileiras e ao próprio desenvolvimento econômico nacional, e demonstra a compreensão da relevância desse negócio para viabilizar a aquisição de participações societárias, o que, em muito, transborda as vantagens tributárias que lhe são acessórias”*³.

Calha à fiveleta trazer a análise doutrinária de Marcos Vinicius Neder e Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira⁴, acerca da interposição de empresas para assegurar o aproveitamento do ágio, sob o enfoque das holdings como as empresas veículo, chegando-se às mesmas conclusões até aqui demonstradas neste voto, a saber:

Lei nº 9.532/1997 expressamente veio a permitir a dedução do ágio, no caso da "incorporação reversa", algo que não estava claro na legislação anterior. Ou seja, o ágio passou a ser dedutível também no momento em que a investida incorpora a investidora. Trata-se, claramente, da incorporação da investidora direta. Essa permissão expressa que autoriza deduzir o ágio na "incorporação reversa" teve como objetivo estimular o interesse da iniciativa privada na aquisição de participação societária em empresas públicas em fase de privatização. (...)

A Lei não proibiu o aproveitamento do ágio no caso de incorporação de empresas holdings, constituídas pelos controladores indiretos com o propósito de adquirir, consolidar e gerir a participação na empresa investida. Não apenas isso não foi proibido como foi expressamente autorizado, na medida em que a Lei permitiu a dedução do ágio no caso da incorporação reversa pela empresa investida na empresa que nela detém a participação acionária e estimulou os processos de privatização (...)

A norma tributária, ao conceder o incentivo tributário de aproveitamento do ágio na Lei 9.532/1997, não fez restrição ao uso de holdings, muito pelo contrário as incentivou, como comentamos anteriormente, inclusive ao permitir a dedução do ágio na incorporação reversa. Assim, a mera existência da Instrução CVM 349/2001, que dispõe sobre o tratamento contábil do ágio na incorporação reversa de holdings em empresas de capital aberto, e a existência dos procedimentos contábeis nela sugeridos não afetam em nada a possibilidade de dedução do ágio na incorporação reversa da holding. (...)

A Lei não restringiu a apuração ou a dedução fiscal de ágio quando a empresa incorporada, adquirente do investimento, fosse empresa pura de holding, ou quando a empresa tivesse recebido recursos de seu sócio ou acionista em aumento de capital, ou ainda quando tivesse recebido a participação acionária em subscrição de ações de sua emissão. Logo, o tratamento de todas essas hipóteses, quando da incorporação reversa da holding Y, é alcançado, de forma equivalente, pela Lei".

³ DANIEL NETO, Carlos Augusto. A amortização do ágio gerado em operações de compra alavancada de participações societárias. _____ In: ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de (Coord.). Série Controvérsias Tributárias e os Precedentes do CARF: Tributação sobre a Renda (IPRJ/CSLL). Vol. I. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2022, p. 78.

⁴ NEDER, Marcos Vinicius; JUNQUEIRA, Lavínia Moraes de Almeida Nogueira. Análise do tratamento contábil e fiscal do ágio em estrutura de aquisição ou titularidade de sociedades quanto há a interposição de holding. In: Controvérsias Jurídico Contábeis, 4ª Volume. São Paulo: Dialética, 2013, fls. 161, 162 e 179.

O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito.

Apontar ilegalidade inexistente é tão deletério quanto a praticar!

Não obstante, as conclusões apriorísticas do fisco sobre as escolhas que levam companhias a buscarem estruturas societárias e instalação de operações lícitas em diversos países reflete muito mais o desconhecimento dos agentes administrativos quanto às demandas econômicas internacionais do que verdadeira relevância argumentativa. Com efeito, em excelente estudo doutrinário sobre *“O planejamento Tributário Abusivo das Transnacionais e a Erosão das Bases Tributárias: entre a Legalidade e a Moralidade”*, vê-se as seguintes e lúcidas conclusões:

Embora a tributação seja um influenciados na atração de empresas, não é ele o que prepondera. Quando o assunto é investimento estrangeiro direto (IED) genuíno, os tributos ocupam a quarta ou quinta posição na ordem do que é considerado pelos investidores. Antes, são apontados outros fatores tidos como mais importantes, a exemplo de: estabilidade política e instituições fortes, infraestrutura, acesso a mercados e matérias-primas e mão de obra qualificada.

No mesmo sentido, a OCDE estende que a política fiscal e seus incentivos ocupam um espaço limitado na tomada de decisão do local onde será alocado o IED. Assim, é errado analisar a questão a partir de uma lógica essencialmente do país, mas, numa perspectiva nacional, não é estatisticamente tão relevante, uma vez que isso não torna o país desinteressante a investimentos externos por si, o que parece ser verificado no mundo real.

(OLIVEIRA, José André Wanderley Dantas de; HOLMES, João Marcelo. *O planejamento Tributário Abusivo das Transnacionais e a Erosão das Bases Tributárias: entre a Legalidade e a Moralidade*. In RDTA Revista Direito Tributário Atual. vol. 48. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, p. 658).

Conhecer os senões que estão além da fria relação tributária demanda interesse pela investigação da realidade que cerca o intérprete e o aplicador do direito, que deve estar atento ao conteúdo interdisciplinar com áreas afins ao Direito Tributário, historicamente encaixotado no conforto de repetições apriorísticas. Seja porque, no mundo real, o direito mais se cumpre do que se descumpre, o propósito negocial mais existe do que se simula, mas conceber isso como uma realidade demanda escolha interpretativa que exige do ourives jurídico lapidar os porquês e os “praquês” da fenomenologia jurídica ao par da realidade econômica, nem sempre transparente às lentes de quem a investiga. Cotejar a interdisciplinaridade destes senões, conforme notável lição do Professor – e também i. Conselheiro deste Colegiado – Jeferson Teodorovicz, *“Trata-se, portanto, de uma atitude de abertura epistemológica ou ‘abertura de pensamento’.* O diálogo (recíproco) entre disciplinas é essencial para a efetivação da interdisciplinaridade. O cientista avança sobre o campo de interesse comum de outros ramos do conhecimento, permitindo-se receber contribuições de outras áreas.” (TEODOROVICZ, Jeferson. *O Direito Tributário Brasileiro e a Interdisciplinaridade: Perspectivas, Possibilidades e Desafios*. In RDTA Revista Direito Tributário Atual. vol. 48. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, p. 578).

Ressalte-se, ainda, que as conclusões a que chegou a administração tributária para concluir por uma pretensa – e ao meu ver inexistente – artificialidade na conduta do contribuinte em manter a estrutura societária proposta para, supostamente, reduzir artificialmente a carga tributária como no caso em apreço, não encontra guarida na realidade indicada nos autos processuais, nem se justifica pelas teorias de escol que pretendem desconstituir negócios sob o prisma do dever de solidariedade que subjaz ao denominado *Dever Fundamental de Pagar Tributos*, conforme ensino do professor português José Casalta Nabais⁵.

É bem verdade que tal teoria, utilizada inadequadamente, pode levar o intérprete apressado a pressupor que, sendo fundamental o dever do contribuinte de pagar tributo, deve o mesmo organizar seus negócios de forma a sujeitar-se à opção tributária mais onerosa. Ora, se pagar é um dever, tudo aquilo que fosse contrário ao pagamento seria ilegal (reitere-se que é um argumento hipotético e equivocado).

Trata-se de equívoco interpretativo, até porque não é isso que a teoria prega. *Não se pode conceber um livro pela capa ou uma teoria pelo título!*

No Brasil, há grandes professores que defendem o dever de pagar tributos como algo ínsito às sociedades modernas, a exemplo do professores Ricardo Lobo Torres⁶, Marcus Abraham⁷, Marco Aurélio Greco⁸, Marciano Seabra de Godoi⁹, Sérgio André Rocha¹⁰, Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹¹, Klaus Tipke¹², Douglas Yamashita¹³, dentre outros. Citam o dever de solidariedade social e as exigências ínsitas coexistência da vida comum como elemento que torna admissível um dever coletivo fundamental de pagar tributos.

Mas a doutrina nunca pretendeu justificar – e isso fica evidente em todas as obras citadas – pela opção da ilegalidade, do excesso, da desproporção ou da injustiça na cobrança de tributos, assim como não serve de parâmetro nem justifica qualquer tentativa de maximização de arrecadação, nem impõe ao contribuinte o exercício de escolha à tributação mais onerosa.

⁵ NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Almedina: Coimbra, 1998.

⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *Solidariedade e justiça fiscal*, In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). *Estudos de Direito Tributário: Homenagem à memória de Gilberto de Ulhôa Canto*, Rio: Forense, 1998; TORRES, Ricardo Lobo. *Sistemas constitucionais tributários*. In: BALEEIRO, Aliomar (Org.). *Tratado de direito tributário brasileiro*. t. II. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

⁷ ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁸ GRECO, Marco Aurélio. *Do Poder à Função Tributária*. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). *Princípios e Limites da Tributação* 2. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

⁹ GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sergio André (Organizadores). *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. GODOI, Marciano Seabra de. *Tributo e solidariedade social*. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coordenadores). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p.158).

¹⁰ ROCHA, Sérgio André. *Fundamentos do Direito Tributário Brasileiro*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

¹¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Interpretação e Elusão Legislativa da Constituição do Crédito Tributário*. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; MACEDO, Marco Antonio Ferreira (Coordenadores). *Direitos Fundamentais e Estado Fiscal: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Salvador: Jus Podivm, 2019.

¹² TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹³ Idem.

Note-se que os defensores da teoria do dever fundamental de pagar tributos *não afastam*, em nenhuma hipótese, todos os limites e travas do ordenamento jurídico ao exercício do poder de tributar¹⁴. O próprio Prof. José Casalta Nabais dedica grande parte de sua obra para advertir que as limitações constitucionais e legais protetivas do contribuinte não são afetadas pelo reconhecimento desse dever coletivo.

É dizer: Não há dever fundamental de pagar *ilegalmente* tributo, tanto quanto inexistente dever fundamental do contribuinte de sujeitar-se a excessos ou a qualquer exigência que não esteja objetivamente parametrizada pela licitude.

Exatamente por isso, propõe-se aqui um novo olhar hermenêutico que afaste as amarras interpretativas sobre a teoria, passando a concebê-la não apenas sob a égide do dever fundamental de pagar tributos, mas sob a compreensão do dever fundamental de pagar *(legalmente)* tributos¹⁵.

Essa proposta autoriza admitir que todos estão conectados às demandas sociais exigidas pela solidariedade comunitária ínsita ao Estado Fiscal, exigindo de pessoas físicas e jurídicas o cumprimento do dever colaborativo tributário, porém, reforça que o dever fundamental de pagar tributo nunca nascerá da ilegalidade, em quaisquer de suas modalidades.

Dito de outro modo, nas circunstâncias em que, lícitamente, o contribuinte realizar ato jurídico que importe em economia tributária válida, sem mácula ou vício previsto no ordenamento jurídico, ou seja, sem patologia de forma, de vontade, de intenção ou ocultação, ter-se-á como inválida a exigência da exação que dele decorra, inexistindo dever fundamental de pagar *ilicitamente* tributos. Trata-se da realização do *princípio da tributação conforme a lei*¹⁶, em última instância, o princípio da legalidade, como elemento basilar do ordenamento jurídico, cuja aplicação conjunta torna possível o reconhecimento do dever jurídico em apreço.

Assim, ainda que se admita que a existência do princípio da solidariedade social que justifica a existência do dever fundamental de pagar (legalmente) tributo, tal fato não tem a aptidão de afastar, limitar ou inviabilizar outros princípios e regras que integram a ordem constitucional e validam juridicamente o fenômeno da tributação, sobretudo, as limitações constitucionais ao poder de tributar e os direitos fundamentais do contribuinte. Em circunstâncias que desafiem o intérprete à derrotabilidade (*defeasibility*)¹⁷ de algum deles, o dever fundamental

¹⁴ Cite-se o Professor Marciano Seabra de Godoi, também, um dos grandes defensores da teoria, para quem “a afirmação das íntimas relações entre solidariedade e tributo e o reconhecimento da existência de um dever fundamental de pagar impostos poderão causar espécie e ser mal compreendidos. Poder-se-ia pensar que o reconhecimento de um dever fundamental de pagar impostos credenciaria o Estado a exigir dos contribuintes qualquer tipo de prestações tributárias, enfraquecendo os limites formais e materiais do poder de tributar. De outra parte, poder-se-ia concluir que a vinculação do tributo com a solidariedade constitui uma ‘desculpa’ ou um ‘pretexto’ para justificar a cobrança de exações com graves violações das limitações constitucionais do poder de tributar” (GODOI, Marciano Seabra de. *Tributo e solidariedade social*. In: _____. (Coords.) GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p.158).

¹⁵ Tais reflexões levaram este Relator a produzir texto acadêmico tratando do assunto, cf. ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de. *O Dever Fundamental de Pagar (legalmente) Tributos: Significado, Alcance e Análise de Precedentes do Carf*. Revista Direito Tributário Atual nº 51. ano 40. p. 197-224. São Paulo: IBDT, 2º quadrimestre 2022.

¹⁶ PONTES, Helenilson Cunha. *Revisitando o tema da obrigação tributária*. In: _____. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário – Homenagem a Alcides Jorge Costa*, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

¹⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. The ascription of responsibility and rights: *Proceedings of the Aristotelian Society*. Londres, XLIX, p. 171-194, 1948.

de pagar (legalmente) tributos não terá ascendência sobre os demais, sugerindo-se a solução a partir do sobreprincípio da proporcionalidade e da técnica do balanceamento (*balancing*), a fim de alcançar solução verdadeiramente justa, servindo de freios e contrapesos do próprio ordenamento jurídico.¹⁸

Penso ser essa a hipótese em análise, onde não é possível vislumbrar, a meu sentir, qualquer pecha de ilegalidade que justifique a desconsideração da realidade fática que levou a administração tributária de atribuir artificialidade à conduta do sujeito passivo. Não houve simulação, dolo, fraude, conluio, não se comprovou ausência de propósito negocial na composição societária em apreço, não houve omissão de registros contábeis nos balanços das companhias envolvidas, razão pela qual não é possível validar a pretensão fazendária de alcançar os fatos econômicos indicados nos autos de infração.

Consigne-se que a administração tributária presume a artificialidade da estrutura sociedade da contribuinte a partir de um critério de abusividade e, ainda que não deixe claro, pretende justificar a autuação na norma geral antielisiva prevista no parágrafo único do art. 116 do CTN, segundo o qual a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, *observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária*.

Impende ressaltar que este julgamento não desconsidera o julgamento da ADI 2.446 pelo STF, que julgou constitucional o art. 1º da LC 104/2001, o qual acrescentou o parágrafo único do art. 116 do CTN. Em nenhum momento esta Relatoria entende ser inconstitucional tal texto normativo, apenas reconhece o fato de que a desconstituição de negócios jurídicos há de ser pautada mediante critérios jurídicos complementares, a serem definidos em lei ordinária (conforme textualmente prevê a norma).

Penso que inexistência atual de norma específica que discipline a pretensa desconstituição de negócios jurídicos válidos não autoriza a administração tributária a se valer de critérios gerais, claramente subjetivos, para atribuir a pecha de planejamento tributário “abusivo” ao exercício regular de direitos de cunho empresarial e societário. Cabe ao legislador – e somente a ele – indicar normas ordinárias de reação ou proibição a planejamentos tributários específicos (assim entendidos as “SAAR – *Special Anti Avoidance Rules*”) ou normas gerais de idêntica natureza (“GAAR – *General Anti Avoidance Rules*”), sob pena de se admitir que a generalidade da norma geral antielisiva, que possui mero comando autorizador do exercício secundário de competência legislativa ordinária, autorize o fisco a indicar limites à regular prática de planejamento tributário lícito, que não representa qualquer prática de ato ilegal, não enseja presunção de abuso, não demanda ser combatido (até porque é lícito) ou justifica autuações subjetivas. Com efeito, conforme leciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “*a liberdade pode ser disciplinada, mas não pode ser eliminada*”¹⁹, cabendo ao legislador, portanto, discipliná-la e a administração cumprir a disciplina. Fora daí repousará o excesso!

¹⁸ ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de. *A proporcionalidade e os limites ao poder sancionador tributário*. In: _____ (Coords.) VIANA FILHO, Jefferson de Paula; CELESTINO JUNIOR, José Osmar; FILGUEIRAS, Ingrid Baltazar Ribeiro; GOMES, Priscilla Régia de Oliveira. *Novos tempos do direito tributário*. Curitiba: Editora Íthala, 2020, p.71;73.

¹⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007, p. 196.

Cito a doutrina de Marco Aurélio Greco em torno do tema do planejamento tributário, cuja obra é fruto de muita incompreensão, mas que busca compreender os limites a essa prática, mesmo que parametrizada por atos lícitos (sem patologias), porém, com a intenção exclusiva de obter economia tributária. O ilustre Professor *afasta a possibilidade de desconsideração primária dos negócios jurídicos*, sob o entendimento de que o CTN impõe a necessidade de promulgação de lei ordinária que fixe os limites ao agir estatal, nos seguintes termos:

Ou seja, na medida em que o CTN, neste parágrafo único do artigo 116, prevê a necessidade de uma lei ordinária para disciplinar os procedimentos de aplicação do dispositivo, está determinando que *a competência em questão não pode ser exercida de modo e sob forma livremente escolhidos pela Administração Tributária. A desconsideração só poderá ocorrer nos termos que vierem a ser previstos em lei, como corolário da garantia individual do devido processo legal.*

Em suma, o CTN deferiu à lei ordinária a *disciplina indispensável*, de caráter procedimental (e não de direito material), para que a norma possa ser aplicada. Com isto, *não veiculou uma norma de eficácia plena, mas uma norma de eficácia limitada*, na medida em que a plenitude da eficácia somente será obtida após a edição da lei ordinária dispondo sobre tais procedimentos. Vale dizer, antes da mencionada lei ordinária, o conteúdo preceptivo do dispositivo não comporta aplicação.

Isso significa que, enquanto não for devidamente editada a lei ordinária dispondo a respeito, falta um elemento essencial à aplicabilidade do parágrafo examinado, sendo ilegal o ato administrativo fiscal que, nesse interregno, pretender nele apoiar-se. Enquanto não vier a ser editada a lei ordinária prevista no dispositivo, falta ao dispositivo a plenitude da produção dos seus efeitos e, por consequência, a autoridade administrativa não pode praticar ato de desconsideração nele fundamentado (o que não impede, porém, as reações já examinadas, nos casos de abuso ou fraude à lei)²⁰. (Grifou-se)

Luís Eduardo Schoueri confirma tal entendimento, ao estatuir que *“não há lei que obrigue alguém a incorrer em fato jurídico tributário. Ao contrário, sob pena de caracterização de confisco, a hipótese tributária não pode ser conduta obrigatória. Ora, se ao particular é assegurado o direito de incorrer, ou não, naquela hipótese, então não se pode considerar fraudulenta a decisão do planejamento tributário”*²¹.

Não obstante, admite-se, sim, o combate ao abuso, à fraude, à simulação, ao dolo e ao conluio, não sob o prisma da norma geral antielisiva, mas pela prática de ato antijurídico a que o ordenamento jurídico preveja conduta específica. Nesses casos, o contribuinte transmuta artificialmente a realidade de forma simulada, como forma de obter proveito ilícito, cabendo nesses casos – *diferentes do que ora se julga* – a aplicação firme da lei para impedir a perpetuação da ilegalidade praticada. Neste sentido, cite-se decisão deste Colegiado, relatada pelo voto do i. Conselheiro Efigênio Freitas Junior (Relator do presente processo), neste sentido, a saber:

SIMULAÇÃO. MULTA QUALIFICADA

²⁰ GRECO, Op. Cit. p. 568.

²¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento Tributário: Limites à Norma Antiabuso. São Paulo: Revista Direito Tributário Atual, n. 24, 2010, p. 355.

No cenário em que há cumprimento formal da lei - emissão de nota fiscal e respectiva contabilização - se analisados os fatos sob a lente restritiva do Direito Privado não há falar-se em simulação, afinal seguiu-se a letra da lei, a despeito da *artificialidade*. Analisar o conceito de simulação sob essa lente restritiva significa, por via indireta, restringir a atuação do fisco; permitir que o sujeito passivo, a despeito do exercício de atividade empresarial, cubra-se com o manto da isenção. O que, além de ilegal, vai de encontro ao princípio da livre concorrência e ao cumprimento do *dever fundamental de pagar tributos*.

Arranjo tributário simulado, artificioso, com vistas a transparecer para o fisco inoccorrência de ilegalidade ou descumprimento dos requisitos previstos no artigo 14 do CTN, e artigo 12 e parágrafos da Lei nº 9.532, de 1997. *Agir com consciência e vontade, e modificar características essenciais da ocorrência do fato gerador, as quais impactam na redução do montante devido de tributo, é conduta que atrai a incidência da multa qualificada*, prevista no art. 44, § 1º, da Lei 9.430, de 1996 c/c art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. (Grifou-se)

A necessidade de se combater *atos ilícitos*, mediante elementos de controle ou de fiscalização que demandem do ente tributante afastar do mundo jurídico atos jurídicos eivados da pecha do dolo, fraude, simulação ou abuso, tem como fundamento da desconstituição do ato uma contrariedade objetiva à norma vigente e se justificam no dever geral de combate à evasão (ilícita). Existe um defeito do ato ou negócio jurídico por patologia invencível, seja por defeito forma, seja por vício da manifestação da vontade.

E quando o ato praticado leva a uma economia tributária? Nesse caso, entendo ter razão Sérgio André Rocha, em obra que versa sobre Planejamento Tributário e Liberdade Não Simulada, ao estatuir que *“O querer pagar menos tributo é ubíquo tanto na evasão quanto na elisão fiscal, não sendo, assim, critério relevante para separar uma situação da outra. Logo, é no campo da divergência objetiva entre o ato praticado e a realidade que deve ser identificada a simulação, não no campo das intenções subjetivas do contribuinte”*²².

É no âmbito da simulação que se revolvem os problemas de planejamento tributário. Fora dele, não cabe ao intérprete desejar que o contribuinte pense como o Fisco, pois o parâmetro não é o Fisco, é a lei!

Todas as razões de mérito apontadas trazem a esta Relatoria conclusões contrárias a que chegou a administração tributária e a douta instância de piso, a ensejarem a desconstituição dos autos de infração, devendo-se dar provimento ao apelo administrativo do sujeito passivo.

Outrossim, consigne-se que há de se promover, em maior escala possível, o princípio constitucional da segurança jurídica, sob a égide da cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade das normas jurídicas postas, *in casu*, nos reflexos jurídicos possíveis decorrente da aplicação da Lei 9.532/97, que continua vigente. Não se trata de princípio abstrato, pelo contrário, cabe ao intérprete conferir à norma, na análise do caso concreto, a maior realização possível da segurança jurídica, pautado nos critérios acima apontados, considerando-se a acessibilidade do conteúdo normativo, sua anterioridade, inteligibilidade, continuidade e estabilidade.

Levando-se em consideração tais premissas, penso que a interpretação que melhor assegura a realização da segurança jurídica para os casos de amortização de ágio deve considerar como regra geral a licitude das operações, salvo as exceções onde a simulação (em sentido lato) seja comprovada. Com isso:

²² ROCHA, Sérgio André. Planejamento tributário e liberdade não simulada. 2ª ed. Belo Horizonte-MG: Letramento; Casa do Direito, 2022, p. 137.

- a) Assegura-se ao destinatário da norma a *cognoscibilidade* do conteúdo da expressa previsão normativa da Lei 9.532/97;
- b) Modela-se a *confiabilidade* no texto normativo, que assegura ao contribuinte a escolha societária ora controvertida;
- c) Viabiliza-se *calcular* os efeitos jurídicos das opções lícitas realizadas através de atos jurídicos autorizados pela norma.

Sobre o assunto, cite-se a notória contribuição acadêmica de Humberto Ávila, para quem *“Só se pode planejar e agir quando há segurança para planejar e para agir. Segurança é, deste modo, um meio à realização das liberdades individuais, uma espécie de princípio funcional relativamente àquelas. Afinal, quem não pode confiar nas condições jurídicas para a realização de seus atos guardará distância das grandes realizações, já que a liberdade significa, justamente, a possibilidade plasmar a própria via de acordo com os próprios projetos”*²³. O autor ainda que controverte a necessidade de realização da segurança com foco nos três problemas interpretativos centrais:

O primeiro problema refere-se à falta de inteligibilidade do ordenamento jurídico. O cidadão não sabe exatamente qual é a regra válida. Se aquele sabe qual é esta última, não conhece bem o que ela determina, proíbe ou permite. As regras não são acessíveis, abrangentes, compreensíveis ou inclusive suficientemente determinadas. Elas não são, enfim, orientadas para o usuário, já que deixam de prever as informações relevantes para o comportamento que aquele deve adotar. Com isso, o Direito perde a sua função orientadora. O direito, para usar aqui uma expressão enfática, deixa de ser sério. O cidadão torna-se dominado por leis que desconhece, relevando o princípio de que a ignorância das leis não escusa o seu cumprimento quase um sarcasmo.

A segunda questão diz respeito à carência de confiabilidade do ordenamento jurídico. O cidadão não sabe se a regra, que era e é válida, ainda continuará válida. E, quando ele sabe disso, não está segundo se essa regra, embora válida, será efetivamente aplicada ao seu caso. Regras e decisões são, pois, inconstantes. O Direito não é sério – e também deixa de ser levado a sério.

O terceiro entrave diz com a falta de calculabilidade do ordenamento jurídico. Em outras palavras, o cidadão não sabe bem qual norma irá valer. As possibilidades de apreensão de informações sobre futuras decisões são muito pequenas. O Direito, por conseguinte, não é previsível nem calculável. O cidadão, assim, não sabe se o Direito, que já não é sério nem é levado a sério no presente, serão também levado a sério no futuro.

A ausência ou pouca intensidade dos ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito instalam a incerteza, a descrença, a indecisão no meio social, fazendo com que se coloquem dúvida até mesmo princípios tradicionais, como a segurança jurídica, a capacidade contributiva, a igualdade e a legalidade.

Penso que se faz necessário assegurar previsibilidade às relações jurídicas e, nesse contexto, não vejo problemas jurídicos em se admitir que a Lei 9.532/97 assegura ao contribuinte, como regra geral, a interposição de empresa veículo para estruturação de seus negócios que lhe

²³ ÁVILA, Humbert. Teoria do Ordenamento Jurídico. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 80.

assegure amortizar o ágio em decorrência de incorporação reversa para fins de apuração do lucro real. Portanto, as glosas demonstram-se indevidas, a ensejar a desconstituição das autuações.

Destaco, ainda, que o tema foi analisado pela Turma de Julgamento 1201, a qual teve a honra de compor e realizar tais análises, com entendimento favorável à amortização do ágio, conforme ementa abaixo transcrita, relacionada ao processo em que fui designado para produzir voto vencedor:

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

A Lei 9.532/97 permite ao contribuinte adquirir participações societárias mediante a interposição de empresas veículo, assegurando-lhe a amortização fiscal do ágio, inexistindo razões para demonizar sua utilização. A opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio. Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intensão, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si.

O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito.

DEVER LEGAL DE PAGAR (LICITAMENTE) TRIBUTOS. DEVER DE SOLIDARIEDADE SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO LÍCITO. INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE DE DIREITO, ARTIFICIALIDADE DE FORMAS, FRAUDE, DOLO, CONLUIO OU QUALQUER PATOLOGIA DO ATO JURÍDICO PRATICADO.

Nas circunstâncias em que, licitamente, o contribuinte realizar ato jurídico que importe em economia tributária válida, sem mácula ou vício previsto no ordenamento jurídico, ou seja, sem patologia de forma, de vontade, de intenção ou ocultação, torna-se ilegítima a autuação que dele decorra, inexistindo dever fundamental de pagar ilicitamente tributos.

A inexistência norma jurídica específica que discipline a desconstituição de negócios jurídicos válidos não autoriza a administração tributária a se valer de critérios gerais, claramente subjetivos, para atribuir a pecha de planejamento tributário abusivo ao exercício regular de direitos de cunho empresarial e societário, de forma que a norma geral antielisiva do art. 116 do CTN possui mero comando autorizador do exercício secundário de competência legislativa ordinária.

Admite-se combate ao abuso, à fraude, à simulação, ao dolo e ao conluio, não sob o prisma da norma geral antielisiva, mas pela prática de ato antijurídico a que o ordenamento jurídico preveja tipo infracional específico.

Considerando que este voto desconstitui as autuações em seu mérito principal, todos os acessórios caem por consequência lógica, sobretudo a qualificação da multa, que também

resta afastada em razão da inexistência de simulação que justifique a majoração dos valores.

No mesmo sentido, outros julgados daquela Turma de Julgamento, dos quais pude participar:

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO APÓS CONFUSÃO PATRIMONIAL. A amortização do ágio na apuração do imposto sobre a renda da pessoa jurídica, nos termos do art. 7º e art. 8º da Lei nº 9.532/97, somente é admissível quando se observa confusão patrimonial entre a investidora e investida. (Acórdão nº 1201-006.197 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 18 de outubro de 2023, Redator Designado Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, maioria)

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. FRAUDE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. A utilização de uma empresa veículo, com existência meramente formal, não é suficiente, tomada isoladamente, para configurar uma fraude tributária. Para tanto, é necessário que fique demonstrado que a empresa veículo foi o meio utilizado para o contribuinte obter uma vantagem antijurídica, seja por falta de previsão legal, seja por ser defesa em lei, seja por desviar a finalidade da lei.

ÁGIO. AQUISIÇÃO ALAVANCADA. EMPRESA DE PROPÓSITO ESPECÍFICO. CAPTAÇÃO DE RECURSOS. PROPÓSITO NEGOCIAL. OCORRÊNCIA. A empresa criada com o propósito específico de operacionalizar a aquisição de participação societária e que, para isso, capta recursos no mercado financeiro, realiza o seu objetivo econômico, demonstrando o propósito negocial da sua criação. (Acórdão nº 1201-006.257 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 21 de fevereiro de 2024, Redator Designado Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, maioria)

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO EFETIVAMENTE PAGO NA AQUISIÇÃO SOCIETÁRIA. PREMISSAS. As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7º, inciso III, e 8º. da Lei 9.532 de 1997, são: (i) aquisição de investimento relevante com contraprestação de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura; (ii) fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição; (iii) desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial da investida e ágio ou deságio incorrido; (iv) a amortização do ágio deve se processar com a união entre o acervo patrimonial investidor e o acervo patrimonial investido (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição); (v) absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou vice-versa).

Nesse contexto não há espaço para glosa de despesas de ágio cuja origem não é simulada, notadamente quando a autuação não imputa aos agentes a prática de ato simulado.

Não há qualquer previsão legal pela qual a incorporação da detentora original do ágio por empresa intermediária promoveria a extinção do ágio de pleno direito. A transferência do ágio é admitida no Direito Brasileiro e a conclusão fiscal contraria as consequências basilares da sucessão empresarial decorrente do ato de incorporação (art. 227 da Lei nº 6.404/76), bem como enfrentaria a autorização contida no art. 2º, § 3º da Lei nº 6.404/76.

A adoção de empresas intermediárias alcunhadas pejorativamente de “veículo” como meio de viabilizar as operações societárias amparadas no direito de auto-organização empresarial que levem à transferência do ágio permitindo seu aproveitamento de maneira mais

conveniente ao contribuinte não encontra vedação no Direito Brasileiro, ainda que a sua constituição no Brasil se dê por empresa estrangeira para centralizar (de maneira temporária ou perene) os investimentos adquiridos no Brasil.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, tampouco estabelecem qualquer limitação no sentido de que somente seriam aplicáveis às participações societárias em pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil e, contrariamente ao que se assevera, o termo “pessoa jurídica” não é restrito às entidades domiciliadas no Brasil, conforme se extrai do art. 52 do ADCT e de atos emanados pela própria RFB, como a IN nº 1.005/2010 (art. 9º, I). Os arts 146 e 147 do RIR/99, por sua vez, não restringem o conceito de pessoa jurídica às domiciliadas em solo pátrio, mas apenas criam restrição conceitual para definir os sujeitos passivos do IRPJ brasileiro.

(Acórdão nº 1201-006.251 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 20 de fevereiro de 2024, Relator Lucas Issa Halah, maioria)

Todas essas razões são suficientes para afastar os argumentos suscitados pela administração tributária no sentido de atribuir artificialidade à operação realizada.

Assim, afastam-se as autuações no concernente à tese do real adquirente, afastando-se, em consequência, todos os fundamentos que atribuem a pecha da artificialidade e falta de propósito negocial à operação em referência.

COMPROVAÇÃO DO FUNDAMENTO ECONÔMICO DO ÁGIO

Esse ponto é trazido pela fiscalização como argumento adicional para glosar o ágio em questão, sob a premissa de que os laudos apresentados seriam inservíveis aos fins utilizados pela contribuinte.

Com efeito, vê-se dos autos que a contribuinte realizou análise econômica antes da operação, com base na expectativa de rentabilidade futura da aquisição societária.

Entendo que a desconsideração do laudo apresentado por pretensa impossibilidade de amortizar todo o ágio esbarra nos fundamentos apresentados no item anterior deste voto, pois considero como lícito o seu aproveitamento, independentemente da interposição da empresa considerada veículo, que detinha autonomia operacional.

Considere-se, ainda, o fato da legislação então vigente (§ 2º do art. 20 do Decreto-lei 1598/77, vigente até 2014) determinava que o lançamento do ágio deveria indicar seu fundamento econômico com base (a) no valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, (b) no valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros e (c) no fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

No mesmo sentido, a art. 20 do mesmo diploma legal (Decreto-lei 1598/77) considera a necessidade de desdobrar o custo de aquisição em (a) valor de patrimônio líquido na época da aquisição, (b) mais ou menos-valia, que corresponde à diferença proporcional entre o valor justo dos ativos líquidos da investida e o valor do patrimônio líquido e (c) ágio por rentabilidade futura (*goodwill*), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores anteriormente indicados.

A administração tributária não desconsiderou o ágio com base em ausência de substrato econômico dos laudos nem no contexto probatório que indicasse elementos (jamais indicados) de artificialidade dos números apresentados. O que pretendeu, em verdade, foi tornar inservível todo o arcabouço probatório trazido pela contribuinte para justificar o cômputo do ágio amortizável, sob o fundamento de que a operação realizada através da empresa veículo não teria substrato econômico e revelaria pretensão planejamento tributário abusivo.

As razões da suposta abusividade e falta de propósito negocial foram analisadas quando se verificou a tese da real adquirente, que compõe o item anterior deste voto. Portanto, tendo sido afastados tais argumentos, entendo que a comprovação do fundamento econômico do ágio está devidamente registrado nos elementos de prova constantes dos autos, notadamente, os laudos apresentados e todos os demais documentos a ele relacionados.

Inexistem razões para desconsiderar tais fundamentos econômicos, sobretudo porque o elemento central sobre o qual se baseou a Fisco para afastá-lo foi o pretensão planejamento tributário abusivo ou sem propósito, fulcrado na tese do real adquirente sediado no exterior, matéria essa já julgada e afastada neste voto.

Outrossim, importa registrar que o laudo foi produzido antes do evento societário do qual resultou o aproveitamento fiscal do ágio. A Lei 12.973/2014, ao alterar o art. 20, § 3º, do Decreto-lei 1.598/77, passou a admitir que o laudo fosse registrado no período de 13 meses após a operação, a saber:

~~Art 20 – O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:~~

Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em: (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

~~II – ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.~~

II - mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput; e (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

III - ágio por rentabilidade futura (goodwill), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de que tratam os incisos I e II do caput. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

~~§ 3º – O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.~~

§ 3º O valor de que trata o inciso II do caput deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e

Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

~~§ 4º As normas deste Decreto-lei sobre investimentos em coligada ou controlada avaliados pelo valor de patrimônio líquido aplicam-se às sociedades que, de acordo com a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, tenham o dever legal de adotar esse critério de avaliação, inclusive as sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimento relevante, cuja avaliação segundo o mesmo critério seja necessária para determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada. (Revogado pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).~~

§ 5º A aquisição de participação societária sujeita à avaliação pelo valor do patrimônio líquido exige o reconhecimento e a mensuração: (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

I - primeiramente, dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos a valor justo; e (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

II - posteriormente, do ágio por rentabilidade futura (goodwill) ou do ganho proveniente de compra vantajosa. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 6º O ganho proveniente de compra vantajosa de que trata o § 5º, que corresponde ao excesso do valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da participação adquirida, em relação ao custo de aquisição do investimento, será computado na determinação do lucro real no período de apuração da alienação ou baixa do investimento. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 7º A Secretaria da Receita Federal do Brasil disciplinará o disposto neste artigo, podendo estabelecer formas alternativas de registro e de apresentação do laudo previsto no § 3º. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

Observe-se que o § 3º do art. 20 sequer exigia a necessidade de laudo, apenas a escrituração do registro da aquisição com ágio. Sua nova redação passou a determinar a prova do ágio através de laudo de avaliação, que pode ser registro em até 13 meses da data do evento societário.

Portanto, seja pela antiga redação do dispositivo, seja pela atual, não há nada que enseje a conclusão de que a confecção do laudo de avaliação após aquisição da participação que gerou a amortização do ágio seja ilegal ou ilegítima.

Sobre o tema, cite-se o acórdão nº 9101-005.974 da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

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

Ano-calendário: 2013

ÁGIO. LAUDO OU DOCUMENTAÇÃO DE DEMONSTRAÇÃO DOS FUNDAMENTOS ECONÔMICOS. AVALIAÇÃO DO INVESTIMENTO. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. REGISTRO CONTÁBIL. ANTERIORIDADE E SINCRONIA NÃO EXIGIDAS. NECESSIDADE APENAS DE CONTEMPORANEIDADE EM RELAÇÃO À OPERAÇÃO SOCIETÁRIA.

Antes do advento da MP nº 627/13, convertida na Lei nº 12.973/14, não existia dispositivo legal, próprio e expresso, quanto à temporalidade e à cronologia da produção e arquivamento

de documento em que se demonstra o fundamento econômico do ágio registrado na contabilidade das empresas.

Porém, a redação original do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77 já estabelecia que, na ocasião da aquisição da participação, deveria se desdobrar o custo de aquisição em valor de patrimônio líquido, na época da operação, e o ágio ou o deságio percebido na transação. A isso soma-se a determinação do §3º do mesmo dispositivo, que impõe que o fundamento econômico do ágio deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração, não restando dúvidas da exigência de contemporaneidade de tal demonstração com a manobra de aquisição e seu correspondente gasto.

A figura da contemporaneidade (condição temporal daquilo ocorrido no mesmo período) não guarda sinonímia ou se confunde com a da sincronia (condição temporal daquilo ocorrido no exato mesmo instante) e, muito menos, com aquela da anterioridade (condição temporal daquilo ocorrido em momento pretérito).

Tendo sido o Laudo de avaliação do investimento, que atesta a expectativa de rentabilidade futura, concluído entre a data da assinatura do contrato (signing) e o efetivo pagamento pela participação societária adquirida (closing), não pode tal documento ser rotulado de intempestivo pela Fiscalização, sendo manifestamente contemporâneo em relação à operação.

De qualquer forma, independentemente de se considerar o negócio realizado no momento da assinatura do pacto ou da efetivação do pagamento, uma vez que o Laudo foi elaborado no último dia do mês subsequente àquele da subscrição do Instrumento de aquisição pelas partes (signing), está certa e evidente a sua contemporaneidade, dentro da praxe dos lançamentos e registros contábeis e fiscais das transações. (Acórdão nº 9101-005.974 – CSRF / 1ª Turma, Sessão de 08 de fevereiro de 2022)

Assim, afasto o fundamento de extemporaneidade do laudo de avaliação que serviu de fundamento econômico à amortização fiscal do ágio.

Todas essas razões revelam que a operação foi lícita e não houve nenhuma pecha de artificialidade que autorize desconsiderar as operações.

Dou provimento ao recurso nesse ponto.

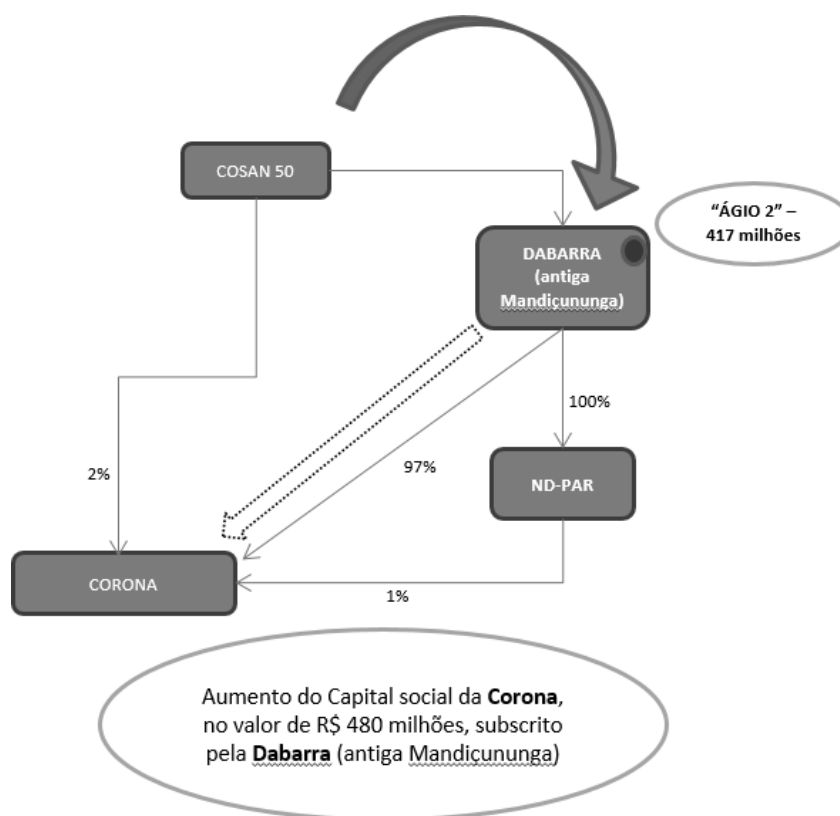
DO ÁGIO DABARRA (ANTIGA MANDIÇUNUNGA)

Os fundamentos utilizados para afastar o ÁGIO DABARRA são os mesmos apontados no ÁGIO ND-PAR, quais sejam: planejamento tributário com uso de empresa veículo, com alegada ausência de propósito negocial, porém, através de formação de **ágio interno (intragrupo)**.

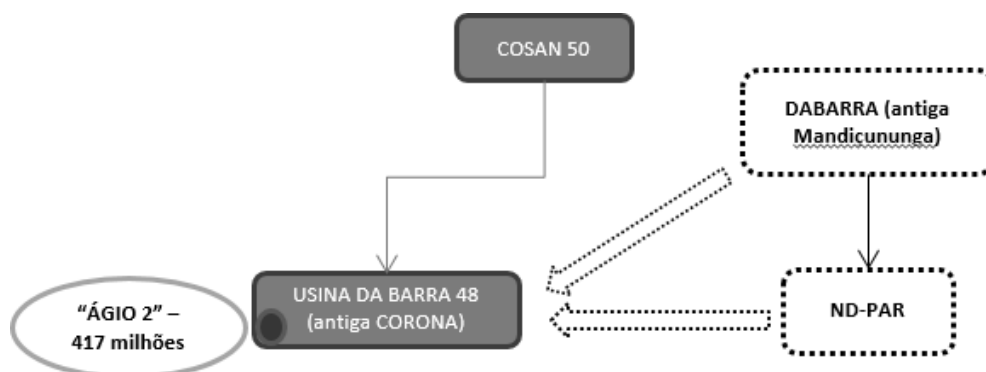
Aqui as operações a serem considerada são, conforme informado no Recurso Voluntário:

- **28/02/2006:** Realizada Assembleia Geral Extraordinária, por meio da qual foi aprovado **aumento do capital social da Dabarra (antiga Mandiçununga), em R\$ 480.365.561,00, totalmente integralizado pela Cosan 50**, da seguinte forma:
 - R\$ 129.510.467,54, mediante cessão de crédito em dinheiro contra

- a **Usina da Barra S/A Açúcar e Alcool** (“Usina da Barra 44”);
- R\$ 133.807.954,69, mediante cessão de crédito em dinheiro contra a **FBA FrancoBrasileira S/A Açúcar e Alcool** (“FBA”);
 - R\$ 160.823.765,00, mediante a conferência de 25.999.996 ações ordinárias nominativas de emissão da **FBA**, representativas de 99,999% do seu capital social;
 - R\$ 33.328.835,40, mediante a conferência de 1.914.308.424.573 ações de emissão da **Usina da Barra 44**, representando 45,15% de seu capital social; e
 - R\$ 22.894.988,00, mediante a conferência, em pagamento, do ágio originado do aporte de capital da **Usina da Barra 44**, subscrito pela **Cosan 50**, conforme Ata de Assembleia Geral Extraordinária da **Usina da Barra 44** de 30/04/2004.
- Posteriormente ao aumento de capital acima mencionado, foi realizada Assembleia Geral Extraordinária, por meio da qual foi aprovado **aumento do capital social da Corona, em R\$ 480.365.561,00, totalmente integralizado pela Dabarra**, mediante a transferência dos ativos acima elencados, **momento em que a Dabarra passa a deter cerca de 97% de participação na Corona, registrando o ágio decorrente desta operação.**



- **31/03/2006:** Realizada Assembleia Geral Extraordinária, por meio da qual foi aprovada a incorporação da Dabarra pela Corona. Desta forma, as despesas com amortização deste ágio passaram a ser dedutíveis na apuração do lucro real e base de cálculo da CSLL, nos termos do que dispõe o artigo 386, inciso III, do RIR/99.



Verifico que o ÁGIO DABARRA (aqui analisado) evidencia que a própria

empresa controladora (DABARRA, antiga MANDIÇUNUNGA) que realizou o aporte de aumento de capital na empresa alvo (CORONA) era sua controladora majoritária e detinha o controle da minoritária (ND-PAR).

A operação como um todo está evidenciada em largo acervo probatório que revela substrato econômico para capitalizar a empresa alvo (CORONA), à época deficitária com PL negativo, mas relevante às estratégias comerciais da investidora.

É inequívoco que houve o aumento de capital com ágio, a questão é saber se, à época dos fatos, havia impedimento para a amortização fiscal do mesmo em operação intragrupo.

Ressalto que o caso em análise não apresenta nenhum sinal de artificialidade. Os aportes de capital foram reais e isso representa fato inequívoco.

Também não há elementos que permitam concluir atos simulatórios ou fraudulentos, pois todas as operações foram regularmente escrituradas. Não há omissão de intenção, apenas a realização de operações societárias que culminaram no pagamento de preço regularmente pactuado.

É relevante observar que uma parte da empresa alvo (CORONA), durante o desenrolar dos fatos, era detida por companhia diversa. A sucessão de eventos societários já explicados nesse voto revelam que não havia artificialidade na compra da mesma, portanto, não é adequado presumir, sem nenhum elemento objeto de prova, que o aporte de capital que gerou o ágio DABARRA no fortalecimento da companhia CORONA tenha sido artificial ou sem propósito negocial.

Ao contrário, a recorrente justificou a necessidade dos referidos aportes e comprovou o sacrifício econômico que realizou para fortalecer a empresa alvo do investimento, dada a relevância no mercado.

E o que fazer com o ágio? Se ele for real (como é), existia impedimento ao seu aproveitamento fiscal à época dos fatos por empresas do mesmo grupo econômico?

Parece-me que não!

Isso porque as regras que consolidaram a impossibilidade de amortização de ágio interno surgiram em 2013, por meio da publicação da MP 627/2013, posteriormente convertida na Lei 12973/2014, que passou a vedar tal hipótese com impedimento objetivo, a saber:

Art. 22. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com ágio por rentabilidade futura (goodwill) decorrente da aquisição de participação societária entre partes não dependentes, apurado segundo o disposto no inciso III do caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de

dezembro de 1977 , poderá excluir para fins de apuração do lucro real dos períodos de apuração subsequentes o saldo do referido ágio existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração. (Vigência)

Contudo, tal previsão não existia antes do citado normativo, de forma que não havia impedimento para a contribuinte aproveitar o ágio em questão, ainda que realizado entre partes dependentes, pois foi demonstrada a regularidade da operação.

Também evidencio a existência de laudo econômico (o mesmo que gerou a necessidade de investimento da ND-PAR, pois se tratou de operação conjunta), razão pela qual o fundamento econômico está demonstrado.

E quanto às demais questões relacionadas ao uso de empresa veículo, os fundamentos já apresentados neste voto afastam a pretensão do Fisco de glosar a citada despesa.

Adicionalmente, incorpo como razão de decidir o voto do Conselheiro Luís Henrique Marotti Toselli, que bem fundamenta a questão tratada sobre ágio interno:

Quanto ao ágio interno propriamente dito, sua dedução fiscal passou a ser expressamente proibida apenas com a MP 627/2013, convertida na Lei nº 12.973/2014, em momento, portanto, posterior aos fatos geradores aqui contemplados.

Em outras palavras, somente a partir da publicação da Lei 12.973/14, que produz efeitos em relação às operações realizadas a partir de 1º de janeiro de 2015, é que passou a ser vedado, no sistema jurídico, o registro e apuração de ágio em operações realizadas entre partes relacionadas, de modo que a tentativa da Fiscalização, corroborada pela decisão a quo, de aplicar essa limitação para o caso não tem cabimento, sob pena de clara violação aos princípios da legalidade e irretroatividade.

Nesse sentido já se posicionou essa E. 1ª Turma da CSRF em sessões de julgamento ocorridas em novembro/2022, conforme atestam as ementas dos julgados abaixo transcritos:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.

Até a edição da Lei n. 12.973/14 inexistia proibição para a constituição de ágio em operações de aquisição de participação societária de partes dependentes, sendo que durante a vigência do artigo 36 da Lei n. 10.637/02, havia até previsão expressa de diferimento de ganho de capital de operação de subscrição de participação societária pelo valor de mercado com geração de ágio. Inexistindo comprovação de que as operações que geraram o ágio entre partes dependentes foram

fraudulentas, há que ser mantida a dedutibilidade da então despesa com a amortização do ágio.

(Acórdão nº 9101-006.358. Sessão de 08 de novembro de 2022. Rel. Cons. Alexandre Evaristo Pinto).

RECURSO ESPECIAL DO SUJEITO PASSIVO. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO INTERNO. EFEITOS TRIBUTÁRIOS MANTIDOS. Ágio T4U I.

Até o advento da MP 627/2013, convertida na Lei 12.973/2014, não era relevante para fins fiscais a distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de “ágio interno”) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo. A mera circunstância de a operação ter sido realizada entre entes que pudessem ser considerados como integrantes do mesmo grupo de empresas não descaracterizava o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação tributária (Acórdão nº 9101-006.373. Sessão de 09 de novembro de 2022. Rel. Cons. Livia De Carli Germano).

Ora, na linha do antigo brocardo romano, *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*: onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir. Nesses termos, não havendo no art. 7º da Lei nº 9.532/97 a restrição de apuração de ágio em operações entre partes relacionadas, não poderia o intérprete criá-la, salvo nas hipóteses de simulação ou ilicitude, o que nunca foi aventado nessa situação particular.

Nas palavras de Edmar Oliveira Andrade Filho²⁴:

“Se a realização de operações entre as pessoas ligadas é aceita pelo ordenamento jurídico, elas não podem se comportar como se tais operações, desde que legitimamente realizadas, não existissem ou fossem condenadas a priori. A criação de ágio entre partes relacionadas é legítima e tem origem em ganho de capital; não se pode condenar o ágio, porque existem no ordenamento jurídico normas que induzem à sua criação”.

Por mais apaixonantes que possam ser os rótulos e argumentos contrários à dedução fiscal do ágio interno antes da Lei nº 12.973/14, ou por mais justas que possam ser as normas regulatórias acerca do registro do ágio para fins contábeis e econômicos, não se pode perder de vista que há todo um regime jurídico-tributário específico sobre o tema, regime jurídico este que deve prevalecer em um autêntico Estado Democrático de Direito.

A propósito, e diferentemente do que sustenta a decisão recorrida, a própria contabilidade, na época dos fatos geradores aqui envolvidos, aceitava, sim, a figura do ágio interno como apto ao registro de despesa em determinadas

²⁴ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Estudos e Pareceres sobre Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas*. São Paulo : MP Editora, 2007. p. 65.

operações, até mesmo porque o conceito de ágio fiscal não discriminava a sua apuração em operações ocorridas dentro de um grupo econômico.

De fato, a doutrina contábil, de onde as r. autoridades fiscais não raramente costumam buscar elementos para refutar a validade per se de ágio gerado entre partes relacionadas, na verdade já reconheceu que o "ágio interno" pode ser tratado da mesma forma que ágios decorrentes de transações realizadas com partes não-relacionadas para fins fiscais. É justamente o que concluíram Eliseu Martins e Jorge Vieira Costa Júnior²⁵, quando assim se manifestaram:

O surgimento do ágio em operações de combinação de negócios, realizadas dentro de um mesmo grupo societário, não tem sentido econômico. A Contabilidade, sabiamente, expurga essa informação ao considerar o grupo societário uma entidade única, quando reporta suas demonstrações consolidadas.

O correto, contabilmente, é fazer o mesmo nas demonstrações individuais também.

Entretanto, o respaldo em legislação tributária para o fenômeno - ágio gerado internamente - dá sentido econômico à operação. (...)

Nas palavras de Marcos Takata²⁶:

Há ágios internos e "ágios internos". Quero com isso dizer que há ágios internos reais ou efetivos ou com causa, e ágios internos "criados" ou artificiais ou sem causa.

Para fins jurídicos-tributários, o ágio interno, formado dentro do grupo societário, para ser real ou com causa, deve ter uma efetividade econômica ou um significado econômico.

A premissa, então, de que à época das operações societárias em tela a existência de despesa de registro de ágio interno seria proibida sob o enfoque contábil é no mínimo duvidosa, para não dizer equivocada.

Com efeito, o movimento pela vedação de registro e consequente amortização contábil de ágios internos na escrituração ocorreu se deu no contexto do processo de conversão, iniciado a partir da edição da Lei nº 11.638/2007, das normas contábeis brasileiras aos padrões internacionais – IFRS, justificando-se sob a perspectiva da necessidade de elaboração de balanços consolidados.

As demonstrações contábeis, até então diretamente influenciadas pela legislação tributária, passaram a ter como objetivo “fornecer informações contábil-financeiras acerca da entidade que reporta a informação” (OB2 do CPC 00 – Estrutura Conceitual) através dos registros contábeis consolidados da entidade.

²⁵ COSTA JÚNIOR; Jorge Vieira; MARTINS, Eliseu. A Incorporação Reversa com Ágio Gerado Internamente: Consequências da Elisão Fiscal sobre a Contabilidade. Disponível em <http://www.congressosp.fipecafi.org/artigos42004/13.pdf>. Acesso em 18.4.2014.

²⁶ TAKATA, Marcos Shigueo. Ágio Interno sem Causa ou “Artificial” e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções Necessárias. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel. Controvérsias Jurídico-Contábeis. 3º volume. São Paulo: Dialética, 2012. p. 194-214.

Nesse particular, o Item 10 do CPC 26 (Demonstrações Consolidadas) esclarece qual o conjunto completo de demonstrações contábeis que devem ser apresentados pelas companhias brasileiras (balanço patrimonial, demonstração do resultado, dentre outras), não fazendo nenhuma referência à elaboração de balanços individuais.

De qualquer forma, o tratamento contábil do ágio interno, o qual, repita-se, mostra-se no mínimo duvidoso à época dos fatos geradores, jamais poderia interferir no direito de sua dedução fiscal. Uma coisa é uma coisa; outra coisa é outra coisa.

Como bem notou a Cons. Livia De Carli Germano em declaração de voto apresentada no Acórdão nº 9101-005.778, precedente este que analisou justamente o tratamento fiscal do rotulado ágio interno:

... não estamos tratando, nos presentes autos, de Contabilidade, mas de Direito Tributário. Assim, o fato de eventualmente se concordar com as conclusões acima acerca do tratamento contábil do ágio intragrupo nada diz sobre os efeitos tributários desse ágio.

De fato, muito embora o ágio seja registrado em livros contábeis, ele está previsto em regras tributárias e é controlado em livros fiscais (ex. LALUR), independentemente do que ocorre na contabilidade.

O próprio STF já assinalou que “ainda que a contabilidade elaborada para fins de informação ao mercado, gestão e planejamento das empresas possa ser tomada pela lei como ponto de partida para a determinação das bases de cálculo de diversos tributos, de modo algum subordina a tributação. A contabilidade constitui ferramenta utilizada também para fins tributários, mas moldada nesta seara pelos princípios e regras próprios do Direito Tributário”²⁷.

Essa Colenda CSRF, diga-se, também já rechaçou a tentativa das autoridades fiscais conferirem prevalência de normas não tributárias (no caso, da CVM) sobre leis tributárias, conforme atesta o seguinte julgado (Acórdão nº 9101-002.539, de 20/01/2017), decidido na ocasião por unanimidade de votos:

PREVALÊNCIA DA NORMA TRIBUTÁRIA SOBRE INSTRUÇÃO NORMATIVA DE ÓRGÃO REGULADOR.

Disposição expressa da lei tributária sobre possibilidade de se amortizar a despesa de ágio em 60 meses não pode ser afastada por instrução normativa expedida por órgão regulador (CVM) que dispõe que a amortização deve ser dar no prazo de concessão. Pode a empresa manter contabilidade empresarial para atender órgão regulador e contabilidade fiscal para atender o interesse do Fisco. Instrução normativa de órgão regulador não o condão de vincular a pessoa jurídica para fins fiscais porque não é norma complementar expedida pela administração tributária nos termos do art. 100 do CTN.

²⁷ Trecho extraído do voto da Ministra Relatora Rosa Weber no RE 606.107/RS.

O que precisa ficar claro, pois, é que é perfeitamente normal que o Direito, enquanto criador de sua própria realidade, possa se distanciar de preceitos ou orientações contábeis.

Como aduz Ricardo Mariz de Oliveira²⁸:

... a fonte e sede do ágio ou deságio está no ato ou negócio jurídico de que ele promana e na respectiva disciplina legal, e não no lançamento contábil.

E mesmo que aquela contabilização tenha que ser adotada por necessária obediência às prescrições da CVM ou de outro órgão regulatório, não afetará o tratamento tributário para o ágio, pois a distinção de critérios não altera o tratamento tributário, devendo este ser observado fora da contabilidade, nos termos do parágrafo 2º e do art. 177 da Lei nº 6.404²⁹ e dos parágrafos 2º e 3º do art. 8º do Decreto-lei n. 1.598³⁰.

Também Luis Eduardo Schoueri³¹ foi direito ao ponto:

Eis um bom exemplo de divergência entre as disciplinas contábil e tributária, já existente mesmo antes das recentes modificações da legislação societária: embora contabilmente o ágio exija uma participação de terceiros, a legislação tributária jamais trouxe semelhante ressalva. Do ponto de vista tributário, o investidor deve, sempre, registrar um ágio que corresponderá, sempre, à diferença positiva entre o valor patrimonial e o preço pago pela participação societária. (...) Daí que eventuais lições extraídas da Contabilidade devem ser lidas cum grano salis, visto que surgidas a partir de outro pressuposto (o contábil), não adotado pelo legislador tributário.

²⁸ "Os motivos e os Fundamentos Econômicos dos Ágios e Deságios na Aquisição de Investimentos, na Perspectiva da Legislação Tributária". In: Direito Tributário Atual nº 23. Página 475.

²⁹ "A companhia observará exclusivamente em livros ou registros auxiliares, sem qualquer modificação da escrituração mercantil e das demonstrações reguladas nesta Lei, as disposições da lei tributária, ou de legislação especial sobre a atividade que constitui seu objeto, que prescrevam, conduzam ou incentivem a utilização de métodos ou critérios contábeis diferentes ou determinem registros, lançamentos ou ajustes ou a elaboração de outras demonstrações financeiras".

³⁰ "§ 2º - Para fins da escrituração contábil, inclusive da aplicação do disposto no § 2º do art. 177 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, os registros contábeis que forem necessários para a observância das disposições tributárias relativos à determinação da base de cálculo do imposto de renda e, também, dos demais tributos, quando não devam, por sua natureza fiscal, constar da escrituração contábil, ou forem diferentes dos lançamentos dessa escrituração, serão efetuados exclusivamente em:

I – livros ou registros contábeis auxiliares; ou

II – livros fiscais, inclusive no livro de que trata o inciso I do caput deste artigo.

§ 3º O disposto neste artigo será disciplinado em ato normativo da Secretaria da Receita Federal do Brasil".

³¹ SCHOUERI, Luís Eduardo – Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários). São Paulo: Dialética. 2012. P. 106.

Reitera-se, aqui, que distintamente da contabilidade, as normas fiscais brasileiras exigem a elaboração de demonstrações contábeis individuais para fins de cálculo e apuração dos tributos devidos, o que significa dizer que o tratamento tributário das entidades brasileiras está diretamente ligado aos balanços individuais.

Tanto é assim que o Brasil, para fins de apuração do Lucro Real e base de cálculo da CSLL, sempre tomou (e continua tomando) cada sociedade como uma entidade própria, e não todo o grupo econômico como um único contribuinte fosse.

Nos termos da Lei nº 6.404/76 ("Lei das S.A."), mesmo que uma sociedade faça parte de um grupo econômico, esta sociedade ainda assim deverá levantar balanços de forma individualizada³², demonstrando os seus resultados à luz das efetivas operações por ela realizadas, inclusive com partes vinculadas³³.

Ainda sob o ponto de vista comercial, chama atenção que a legislação brasileira inclusive impõe o dever de partes relacionadas transacionarem sempre em bases comutativas, como se terceiros independentes fossem³⁴.

Em harmonia com esses preceitos, a legislação fiscal brasileira reconhece a possibilidade de partes relacionadas transacionarem a mercado como se fossem partes independentes (*arm's length*), prevendo inclusive tratamentos específicos para disciplinar essas relações em bases comutativas, como se praticadas entre partes absolutamente independentes, dos quais podem ser citados como exemplo os casos de Preços de Transferência, Distribuição Disfarçada de Lucros, Interdependência e Subcapitalização.

Nem na hipótese de incorporação, fusão ou cisão é permitida a compensação de prejuízos fiscais da empresa sucedida, como prevê o art. 514 do RIR/99: a pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida.

Todo esse arcabouço legislativo reforça a premissa de que, em não havendo norma proibitiva, operações de aquisição e incorporação realizadas entre empresas distintas, ainda que sujeitas a controle comum, devem ser consideradas válidas e eficazes do ponto de vista tributário, salvo quando demonstrado eventual vício quanto às bases comutativas usadas como parâmetro entre as partes, o que nunca ocorreu nessa situação fática.

³² Esses balanços individuais, reitera-se, são o ponto de partida para o cálculo do lucro real e da base de cálculo da CSLL de cada sociedade, conforme determina o artigo 248 do RIR: "Art. 248. O lucro líquido do período de apuração é a soma algébrica do lucro operacional (Capítulo V), dos resultados não operacionais (Capítulo VII), e das participações, e deverá ser determinado com observância dos preceitos da lei comercial (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º, §1º, Lei nº 7.450, de 1985, art. 18, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 4º)".

³³ As demonstrações financeiras consolidadas previstas no artigo 249 da Lei das S.A., na verdade, têm apenas efeitos acessórios às demonstrações financeiras individuais da sociedade, servindo como uma espécie de complemento à divulgação, mas sem implicar quaisquer efeitos contábeis e societários.

³⁴ Nesse sentido dispõe o artigo 245 da Lei das S.A.: "Art. 245. Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo."

Para valer a tese em prol da glosa, deveria ao menos a Fiscalização ou a decisão recorrida contrapor os dados ou conclusão do demonstrativo de avaliação que deram suporte à escrituração do ágio, seja alegando eventuais vícios ou equívocos concretos que o tornariam imprestável em seu conteúdo, seja demonstrando eventual simulação, mas nada disso foi feito, o que contamina o critério jurídico empregado neste lançamento.

De acordo com Humberto Ávila³⁵:

o aproveitamento do ágio não pode ser negado em razão de a operação societária que o gerou ter englobado empresas do mesmo grupo ou troca de ações, pois tais particularidades estão protegidas pelos princípios fundamentais de liberdade. Em vez disso, o aproveitamento do ágio só pode ser negado se a operação societária praticada tiver envolvido algum ato ou negócio jurídico eivado de vício relativo à sua existência ou à sua validade. Em outras palavras, o problema não está na prática de atos ou na celebração de negócios jurídicos envolvendo empresas do mesmo grupo ou troca de ações ou quotas; o problema reside na prática de atos ou na celebração de negócios jurídicos viciados envolvendo empresas do mesmo grupo ou troca de ações ou quotas. São coisas completamente diferentes.

Nesse caso concreto, chama atenção que restou demonstrado que a UBR, no período de novembro de 2007 a fevereiro de 2008, adquiriu participação societária na Recorrente, com o pagamento de ágio fundado em rentabilidade futura, em conformidade com avaliação feita por pessoa independente (Deloitte), mediante pagamento de preço e remessa de recursos aos vendedores localizados no exterior, o que ensejou o recolhimento de aproximadamente R\$ 50 milhões a título de IRRF sobre o ganho de capital apurado nesta operação.

Ato contínuo (em novembro de 2009), houve segmentação dos ativos industriais da UBR por meio de sua cisão, com a consequente absorção do acervo líquido cindido pela Recorrente, que passou a amortizar fiscalmente o referido sobrepreço à luz da liquidação do respectivo investimento com ágio.

O voto condutor do acórdão recorrido reconhece esses fatos sem qualquer ressalva, registrando inclusive que (fls. 3.243/3.244):

[...].

Em primeiro lugar, não há dúvida de que por trás do aproveitamento do ágio ocorreu uma complexa operação de fusões, cisões e incorporações empresariais que não se ativeram apenas ao Brasil, parecendo ter ocorrido em várias partes do mundo por se tratar de empresa multilateral. Em segundo lugar, é incontroverso que a incorporação de empresa que ensejou a formação do ágio ocorreu entre empresas do mesmo grupo, o que é confirmado pela recorrente nas explicações oferecidas na impugnação e no

³⁵ ÁVILA, Humberto. Notas sobre o Novo Regime do Ágio. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel. Controvérsias Jurídico-Contábeis. 5 volume. São Paulo: Dialética, 2014. p. 155.

recurso voluntário. Em terceiro lugar, não se discute a qualidade e nem o valor do ágio apurado pela empresa, de modo que os valores glosados são igualmente incontroversos.

[...]

Conforme ainda o TVF, o valor da transação foi o de mercado, em respeito às regras de preços de transferência, devidamente apurado por avaliação procedida por consultoria especializada na área de fusões e aquisições de empresas. Em virtude de a expectativa de lucratividade da UBI superar o valor do seu patrimônio líquido no momento da aquisição (goodwill), a UBR registrou em sua contabilidade o valor de ágio correspondente. Para fins tributários, o ágio foi amortizado a partir de um novo evento societário, que foi a cisão de parte da UBR, ocorrido em novembro de 2009.

Essas passagens, segundo penso, são mais do que suficientes para validar a amortização fiscal do ágio tal como foi levada a cabo pela Recorrente, afinal elas atestam o cumprimento dos requisitos legais acima apontados.

Houve pagamento do preço em valor superior ao PL. Houve avaliação da investida com base em rentabilidade futura reconhecida em demonstrativo e inclusive referenciada no TVF como sendo o valor de mercado. Além disso, houve ganho de capital tributado na ponta dos vendedores, sendo a operação inclusive sujeita e efetivamente controlada pelas regras de preços de transferência previstas na Lei nº 9.430/96.

Apenas para lembrar, as regras de preços de transferência regulam os preços válidos para fins fiscais nas operações de exportação ou importação de bens e direitos. Mais precisamente, dispõe o artigo 18 da Lei 9.430/96 que “os custos, despesas e encargos relativos a bens, serviços e direitos, (...) nas operações com pessoa vinculada, somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o valor que não exceda o preço determinado” por um dos métodos previstos na legislação, dentre eles o Método PIC (Preços Independentes Comparados), método este que inclusive admite, à luz do art. 21 desta mesma lei, laudo de avaliação elaborado por auditores independentes como meio hábil de se chegar a um preço arm’s length. A decisão recorrida, porém, não levou nada disso em conta, mantendo o lançamento sob uma premissa teórica que não encontra respaldo legal, qual seja, de que a vinculação das partes antes da Lei 12.973 por si só já prejudicaria o direito de reconhecer e deduzir o ágio após a extinção do investimento.

É justamente nesse ponto que a meu ver repousa o grande equívoco da fiscalização, e que acabou sendo incorretamente amparado pelo acórdão recorrido: o de simplesmente negar o direito de deduzir o rotulado ágio interno.

Esse entendimento, contudo, não deve prevalecer, não só sob pena de contrariar a literalidade, mas também o conteúdo do texto legal (no caso, os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, vigente à época dos fatos geradores) e sua integração com a

técnica de tributação individual que sempre vigorou no âmbito do IRPJ e Reflexos, mas como meio de coibir uma condenável presunção absoluta de que “todo ágio interno é ruim”, como se os fatos concretos das operações societárias em dada importassem.

Por fim, e corroborando com o que buscamos expor, cabe destacar a decisão da 1ª Turma do STJ, proferida por unanimidade de votos no Resp 2.026.473/SC, que validou o uso de empresa veículo como meio de operacionalizar a aquisição de investimentos por empresas estrangeiras, sem prejuízo da dedução do ágio, inclusive quando gerado em operações internas, conforme atesta a seguinte passagem do voto condutor do Min. Gurgel de Faria:

[...] do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia a Fazenda passam longe de resultar automaticamente na conclusão de que o “ágio interno” ou o ágio resultado de operação com o emprego de “empresa-veículo” impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real.

Primeiro, porque os supracitados arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 em nenhum momento dispuseram de maneira expressa sobre a impossibilidade apriorística do aproveitamento do ágio nas operações de partes dependentes ou mediante o emprego de empresa interposta.

Aliás, quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que anteriormente, não havia vedação, e continua não havendo, ao uso de sociedade- veículo.

Segundo, porque se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que a só existência de ágio entre partes dependentes ou com o emprego de “empresa-veículo” já seria abusiva.

[...]

Em resumo, compreendo que a existência do ágio interno (ao menos até 2014) ou a constituição de sociedade-veículo não podem, por si sós, configurar impedimento para a dedução do ágio.

Ante a regularidade das operações, não vejo razões para afastar o ágio apurado em questão, razão pela qual dou provimento ao Recurso Voluntário nesse ponto.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso e, na parte conhecida, (I) rejeito as preliminares suscitadas e (II) dou parcial provimento ao Recurso Voluntário para: (II.1) em relação ao ágio ND-PAR, afastar as exigências de IRPJ e de CSLL, assim como a qualificação da

multa de ofício; (II.2) em relação ao ágio DA BARRA, afastar as exigências de IRPJ e de CSLL, assim como a qualificação da multa de ofício; e (II.3) exonerar a multa isolada exigida em decorrência de estimativas mensais de IRPJ e de CSLL inadimplidas, concomitantemente com a multa de ofício.

Assinado Digitalmente

Fredy José Gomes de Albuquerque

VOTO VENCEDOR

Conselheiro **Fenelon Moscoso de Almeida**, redator designado

Com as vênias de praxe, dissinto do posicionamento do eminente Relator, entendendo que, no mérito, em relação aos ágios ND-PAR e DABARRA, devam ser mantidas as exigências de IRPJ e de CSLL e afastada a qualificação da multa de ofício; e deva ser mantida a multa isolada exigida em decorrência de estimativas inadimplidas, concomitantemente com a multa de ofício, pelas razões que passo a expor.

Como bem destacado pelo Relator em seu voto, os fundamentos utilizados para afastar o ÁGIO DABARRA são os mesmos apontados no ÁGIO ND-PAR, quais sejam: planejamento tributário com uso de empresa veículo, com alegada ausência de propósito negocial, porém, através de formação de ágio interno (intragrupo).

Quanto ao **ágio ND-PAR**, o Relator afastou as autuações no concernente à **tese do real adquirente**, afastando-se, em consequência, todos os fundamentos que atribuíam a pecha da artificialidade e falta de propósito negocial à operação em referência.

Entendendo pela procedência das autuações, nesse ponto que tange à tese do real adquirente, a artificialidade e falta de propósito negocial, a decisão recorrida assim se manifestou:

“Ágio ND-Par

(...)

43. Outro ponto importante apontado pela Autoridade Fiscal é o fato das empresas Mandiçununga, ND-Par e Aguapar serem sociedades efêmeras, autênticas empresas-veículo, cujo único objeto real foi possibilitar o benefício da amortização do ágio para a impugnante através de sucessivas operações societárias realizadas;

44. Especificamente sobre a alegação da efemeridade das empresas acima relacionadas, alega a impugnante ser evidente a substância, a necessidade e o propósito da Mandiçununga e da Aguapar (empresa que exerceu sua função na

operação de permuta com a Família Ugolini) nas operações levadas a cabo, bem como a impossibilidade de se questionar a constituição e manutenção da ND-Par, cuja empresa sequer pertencia ao Grupo Cosan em sua origem;

45. A impugnante traz, também, diversos argumentos doutrinários e jurisprudenciais para afirmar a inexistência de sociedades-veículo em suas operações(ou, ao menos, a validade das sociedades-veículo na jurisprudência do CARF); além disso, apesar de afirmar que o instituto do "propósito negocial" não possui previsão no ordenamento jurídico pátrio, traz também diversos argumentos doutrinários e jurisprudenciais para afirmar a existência de propósito negocial em todas as operações realizadas, inclusive aquelas realizadas através das empresas-veículo, além de pugnar pela coerência de todas as operações realizadas com o planejamento estratégico do grupo;

46. Entretanto, não há como acordar com a impugnante, a partir dos fatos apontados pela fiscalização comprobatórios da efemeridade e da inexistência real da Mandiçununga, da ND-Par e Aguapar, e de que foram utilizadas apenas para possibilitar a obtenção do benefício da amortização do ágio, como pode se depreender do trecho abaixo retirado do TVF::

(...)

As operações societárias envolvendo a empresa Corona foram realizadas através de empresas efêmeras e sem existência real (Mandiçununga e ND-Par e Aguapar), que foram utilizadas apenas para possibilitar a obtenção do benefício da amortização do ágio, com vistas a melhorar as condições financeiras da aquisição feita.

De fato, essas empresas foram constituídas tendo como único objetivo a transferência de ativos (empresas veículos) nas aquisições de outras empresas, como o próprio sujeito passivo as denominam.

Em reorganizações societárias que envolvam um conjunto de etapas sucessivas e que tenham como objetivo a redução da carga tributária há que se conhecer o todo, pois o fato a ser enquadrado é o conjunto e não apenas etapas isoladamente. Diante de situação complexa tem-se que considerar o quadro como um todo, com exame minucioso dos vários aspectos que cercam o caso, visto que o conhecimento e o enquadramento do ocorrido será o resultado de todos os fatos ocorridos.

Outro fator importante a ser considerado é o tempo decorrido entre as operações. Neste sentido qual o propósito de se transitar pela Dabarra o aumento de capital com ativos que saíram da Cosan 50 no dia 28/02/2006, às 9 horas, e às 18 horas do mesmo dia foram entregues para a Corona.

As DIPJ da Dabarra (antiga Mandiçununga) informam que a empresa permaneceu inativa nos anos calendários 2004 e 2005. A participação societária é praticamente a única conta não zerada na DIPJ do ano calendário de 2006 (período de 01 de janeiro a 30 de março de 2006), e se constata, também, que não há trabalhador algum na DIPJ neste período.

O elemento relevante quando se analisa a existência de uma pessoa jurídica não é apenas a sua existência formal, pois é também relevante a identificação do empreendimento que justifique a sua existência. A constituição de uma empresa só tem sentido na medida em que corresponda à vestimenta jurídica de determinado empreendimento econômico ou profissional.

(...)

Observe-se que apesar de todos os atos de constituição da pessoa jurídica serem atos que requerem a adoção de formalidades específicas, o reconhecimento da autonomia pessoal e patrimonial da pessoa jurídica não se esgota na verificação da adoção das formalidades previstas em Lei (registro dos atos constitutivos nos órgãos competentes).

Cumprir verificar se a pessoa jurídica foi de fato constituída para fins específicos (em regra, destinada à atividade empresarial especificamente definida no objeto do contrato social), ou se, ao contrário, apesar de contratualmente constituída para o desempenho de uma atividade empresarial, é utilizada apenas para abrigar determinadas operações e evitar a incidência de tributos.

A teoria contábil também oferece respaldo apenas ao ágio pago numa negociação entre comprador e vendedor não relacionados entre si, visto que o ágio gerado internamente não decorre de uma operação com propósito negocial.

Um pressuposto fático de existência da sociedade comercial é a *affectio societatis* (vontade dos sócios em criar uma sociedade), que diz respeito à disposição dos sócios de lucrar ou suportar prejuízos em decorrência da exploração do negócio comum. Sem essa disposição não haverá a conjugação de esforços necessária ao desenvolvimento da empresa, em conformidade com o art. 981 do Código Civil.

Esse artigo do Código Civil, dispõe que celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e para partilhar, entre si, os resultados obtidos, podendo realizar atividades de um ou mais negócios determinados.

A formação de sociedades está adstrita ao ânimo do exercício de atividade econômica, e se este não existir fica caracterizada a ausência de propósito societário, não originando, assim, a motivação para a própria celebração do contrato de sociedade. Subsidiariamente, neste caso, deve-se ponderar que não haveria nem mesmo quaisquer resultados a serem partilhados.

Nesse contexto, não é possível vislumbrar qual atividade econômica foi exercida pelas empresas ND-Par e Dabarra (antiga Mandiçununga).

Em análise acurada da situação concluímos que a ND-Par se prestou apenas de “empresa veículo ou de passagem”, que vem a ser uma pessoa jurídica

criada apenas para servir de canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro, sem que tenha efetivamente outra função dentro do contexto. Trata-se de uma operação que serve apenas para transmitir um patrimônio ou um determinado recurso.

Outra situação comum é sociedade é a denominada “sociedade efêmera” ou empresa de curta duração que nasce para morrer ou para ser extinta tão logo cumpra seu papel em determinada operação. Assim, algumas vezes, no planejamento uma sociedade é criada para participar de determinado negócio ou receber determinado patrimônio em trânsito para outra pessoa jurídica, eventualmente ligada à figura do ágio; feito isto a empresa pode desaparecer. Foi o que ocorreu com as empresas ND-Par e Dabarra (antiga Mandiçununga), pois ambas desapareceram.

(...)

47. Essa, inclusive, foi a posição tomada pela 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) no processo 16561.720093/2011-38, acórdão 9101003.364, também em desfavor da impugnante, versando sobre matéria idêntica ao do presente auto de infração:

(...)

ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

Não há como aceitar a dedução da amortização do ágio artificialmente criado com a utilização de empresa veículo, formalmente constituída, não obstante despida de propósito negocial.

(...)

De acordo com o artigo 981 do vigente Código Civil, celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados, podendo realizar atividades de um ou mais negócios determinados.

Assim, um pressuposto fático da existência da sociedade é a disposição dos sócios em prol da realização de atividades econômicas, com a conjugação de esforços necessários aos fins estipulados no contrato de formação da sociedade.

Por via de consequência, sem o ânimo do exercício de atividade econômica, o propósito societário está ausente. Diante disso, descortina-se a inexistência de propósito negocial na constituição formal de NDPAR e MANDIÇUNUNGA/DABARRA.

(...)

48. Ainda argumenta a impugnante, colacionando doutrina e jurisprudência, a impossibilidade de ingerência do fisco na atividade do contribuinte, de acordo com a liberdade de auto-organização asseguradas por diversos dispositivos constitucionais e que o CARF admite que, se o contribuinte pode encontrar na

legislação mais do que um caminho, sendo um deles, inclusive, menos oneroso, mas perfeitamente legítimo, poderá escolhê-lo porquanto este representa uma opção (legal) que lhe é mais conveniente;

49. Entretanto, nesse ponto, filio-me ao entendimento da Autoridade Fiscal, registrado no trecho a seguir:

(...)

Claro que a fiscalizada tem o direito de organizar sua vida da melhor maneira possível e desejada, porém, o exercício deste direito pressupõe a ocorrência de operações reais, pois a reorganização societária com a finalidade única de pagar menos tributos configura abuso de direito, situação inaceitável no âmbito tributário. Portanto, o ágio carreado por empresa veículo ou gerado internamente não é passível de reconhecimento, e não se pode admitir que a sua amortização seja dedutível tributariamente, pois, estar-se-ia admitindo a dedutibilidade de uma despesa criada artificialmente.

(...)

50. Assim, impõe-se, nesse ponto, a manutenção do lançamento efetuado pela Autoridade Fiscal;”

As razões de decidir da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) no processo 16561.720093/2011-38, Acórdão 9101-003.364, em desfavor da recorrente, versando sobre matéria idêntica ao do presente auto de infração, também foram levadas em conta e ora adotadas e reproduzidas como razões do presente voto divergente:

“De acordo com o artigo 981 do vigente Código Civil, celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados, podendo realizar atividades de um ou mais negócios determinados. Assim, um pressuposto fático da existência da sociedade é a disposição dos sócios em prol da realização de atividades econômicas, com a conjugação de esforços necessários aos fins estipulados no contrato de formação da sociedade.

Por via de consequência, sem o ânimo do exercício de atividade econômica, o propósito societário está ausente. Diante disso, descortina-se a inexistência de propósito comercial na constituição formal de NDDPAR e MANDIÇUNUNGA/DABARRA. O fim desejado por aqueles que conceberam a constituição dessas pessoas jurídicas limitou-se à função de transferir patrimônios para viabilizar a geração e/ou a transferência de ágios artificialmente criados com vistas à redução indevida de tributos.

Aqui, é preciso salientar que o artigo 7º da Lei nº 9.532/97 autoriza a dedução do ágio amortizado, no cálculo do lucro real, apenas quando uma pessoa jurídica absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, apurado segundo o disposto no artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977:

“Art. 7º. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977”: [...]

III poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei 9.718, de 27/11/98) (grifei)

Já o artigo 8º da Lei nº 9.532/1997 prevê que o disposto no artigo anterior é aplicável quando a pessoa jurídica incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária:

“Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido; b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

A carência de substância econômica dos ágios já referidos não autoriza a fiscalizada a deduzir as parcelas amortizadas, porquanto não satisfeitos os artigos 7º e 8º, supra.

Que fique claro que a amortização do ágio, em regra, não é dedutível, no cálculo do lucro real e da base de cálculo da CSLL. Contudo, a lei confere, excepcionalmente, o direito de deduzir a parcela amortizada do ágio, na apuração do lucro real, somente nos termos dos anteditos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Em face do exposto, impossível anuir com os efeitos fiscais da amortização do ágio criado com o emprego das citadas empresas veículos (que também são efêmeras).”

Assim, ratificando a decisão recorrida, nesse ponto, entendo deva ser mantida a decisão de primeira instância, pelas razões expostas e pelos seus próprios fundamentos.

Quanto ao **ágio interno DA BARRA**, o Relator afastou as autuações no concernente a existência de impedimento aos seus aproveitamentos fiscais por empresas do mesmo grupo econômico, à época dos fatos, isso porque, as regras que teriam consolidado a impossibilidade de amortização de ágio interno, teriam passado a vedar tal hipótese com impedimento objetivo, somente em 2013, por meio da publicação da MP 627/2013, posteriormente convertida na Lei 12.973/2014.

Entendendo pela procedência das autuações, a decisão recorrida assim se manifestou:

“Ágio Dabarra

(...)

55. Pelo relato da Autoridade Fiscal, resta demonstrado que tanto a empresa que detinha os ativos (Da Barra) quanto a que os recebeu (Corona) faziam parte do mesmo grupo econômico: a Cosan 50 aumentou capital na Mandiçununga, e no mesmo dia, esta, sob nova denominação, Dabarra, subscreveu e integralizou o aumento de capital da Corona pelo mesmo valor;

56. A passagem dos ativos da Cosan 50 pela Mandiçununga(depois Dabarra) serviu para criar uma situação que não espelharia em realidade a operação, pois a Cosan 50 e Corona eram sociedades com existência ativa, o que dificultaria a incorporação em qualquer das direções, direta ou inversa, situação que permitiria a amortização dos ágios conforme prescrito pela legislação fiscal;

57. No momento da operação, o GRUPO COSAN já detinha o controle societário da Corona, o que configura a geração interna de ágio, sem ter ocorrido dispêndio real algum. O ágio obtido no momento em que Mandiçununga/Dabarra integralizou o capital em Corona decorreu de um planejamento tributário articulado para criar um ágio artificial intragrupo com o emprego de empresa veículo, constituída sem finalidade negocial.

58. A utilização de Mandiçununga/Dabarra, nesse conjunto de negócios com participações societárias teve a intenção primordial de gerar um ágio artificial e transferi-lo a para ser amortizado na incorporadora Corona, e, assim, reduzir a tributação do IRPJ e da CSLL desta última;

59. Constatou também a Autoridade Fiscal que o ágio contabilizado por ocasião do aumento de capital em Corona por Dabarra foi obtido sem envolver nenhum novo recurso do grupo COSAN, não havendo transferência efetiva de recursos que possibilitasse a geração de novas riquezas - não se pode falar em ágio se a mais valia do investimento não for gerada em ato de aquisição, e isso supõe dispêndio para se obter algo de terceiro independente, mas o que se vê a formação de um ágio em decorrência de um negócio interno ao grupo empresarial;

60. Tal conclusão está em sintonia com a opinião da CVM, exposta no item 20.1.7 do OfícioCircular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007:

“A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de “ágio”. Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.

Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico. Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os

requisitos societários, do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge, única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível. Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como “arm’s length”.

Portanto, é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade.”

61. A teor do que segue no Ofício Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, atesta-se que o laudo de avaliação de Corona é ineficaz para o fim de emprestar suporte ao ágio gerado no instante em que Dabarra integralizou o capital naquela sociedade, uma vez que esse ágio é interno;

62. Diante de todo o exposto pela fiscalização, entendo incabíveis as extensas argumentações doutrinárias e jurisprudenciais da impugnante acerca de inexistência de sociedade-veículo nas operações analisadas (ou pelo menos da validade do uso de empresas-veículo nesse tipo de operação), da aplicabilidade no caso da Teoria do Propósito Negocial, de existência de coerência com o Planejamento Estratégico do grupo, de impossibilidade de ingerência no fisco na atividade do contribuinte, de validade e admissibilidade do ágio interno para o direito - até mesmo porque as mesmas operações da impugnante, com reflexos tributários em anos-calendário diversos dos examinados no presente processo, já foram julgadas pela 1ª Turma da CSRF - Câmara Superior de Recursos Fiscais (processo 16561.720093/2011-38, acórdão 9101003.364), tendo sido mantidas as autuações fiscais correlatas por aquela instância recursal superior;

63. Dessa forma, mantém-se, também nesse ponto, o lançamento efetuado pela Autoridade Fiscal;”

As razões de decidir da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), nos casos envolvendo ágio interno, destaque ao Acórdão 9101-006.843, de 05/03/2024, da relatoria do Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, são ora reproduzidas e também adotadas como razões do presente voto divergente:

“Ágio interno

A questão suscitada diz respeito à possibilidade jurídica de amortização de ágio interno em face da legislação tributária (e antes da Lei nº 12.973/2014), sem qualquer perquirição acerca de qualificação dos fatos ensejadores da autuação.

De fato, assim foi posto pelo contribuinte em seu recurso, o qual, diante da qualificação como ágio interno, manejou seu recurso para defender a tese de que a legislação alberga a possibilidade de amortização desse tipo de ágio com efeitos fiscais. (...)

Nada obstante, divirjo da posição defendida pelo contribuinte. Eu sempre me alinhei com a posição oposta, cujos fundamentos são bem representados no voto condutor da Conselheira Adriana Gomes Rêgo, que abaixo transcrevo:

“O argumento de que como o legislador não vedou o ágio surgido de operações intragrupo, tudo seria possível, é mais absurdo ainda, porque a Lei nº 9.532, de 1997 trata expressamente de participações adquiridas com ágio ou deságio e ágio pressupõe um pagamento (ou que se arque com um dispêndio) maior do que um valor contabilizado (como deságio pressupõe pagamento a menor), reforçando-se ainda, quando o caput do art. 7º faz referência ao Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, o qual, também de forma expressa, define o ágio como diferença entre custo de aquisição e o valor do PL ao tempo dessa aquisição:

Lei nº 9.532, de 1997

Art. 7º - A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

.....

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998) (Negritei)

Decreto-lei nº 1.598, de 1977 (redação vigente ao tempo dos fatos geradores)

Art. 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I. (Negritei)

É oportuno registrar que não se está aqui a ampliar a base de cálculo do IRPJ e da CSLL [...] mas simplesmente interpretando o que dispôs o legislador. E nem mesmo a se fazer uma interpretação econômica dos fatos ou da lei. É que não faz o menor sentido tratar como “custo” o que não representou qualquer dispêndio! Até ousar dizer que o que está a se fazer aqui é uma interpretação literal da lei, porque sequer consigo vislumbrar custo diferente de dispêndio e dispêndio diferente de se arcar com um ônus.

Aliás, a definição de Custo de Aquisição trazida pelo Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações elaborado pela FINECAFI (item 10.3.2.a, da 7ª ed., 2008), não deixa dúvidas:

“a) CUSTO DE AQUISIÇÃO O custo de aquisição é o valor efetivamente despendido na transação por subscrição relativa a aumento de capital, ou ainda pela compra de ações de terceiros, quando a base do custo é o preço total pago. Vale lembrar que esse valor pago é reduzido dos valores recebidos a título de distribuição de lucros (dividendos), dentro do período de seis meses após a aquisição das cotas ou ações da investida.” (Grifei)

Ou seja, os valores a serem registrados como custo de aquisição, como preço pago, deve corresponder ao valor despendido, pago, nas transações com agentes externos, para obtenção do investimento.

Ainda do referido Manual, 7ª ed., destaco todas as menções feitas a valor pago e aquisição de ações, no sentido de demonstrar o que a teoria contábil considera custo de aquisição e ágio:

(...)

É de se observar, ainda, que mesmo na subscrição de ações, fala-se em preço e pagamento de valor.

É bem verdade que no item 38.6.1.2, ao tratar da Incorporação Reversa com Ágio Interno, o referido Manual, ao analisar o art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, aduz que o referido diploma legal admitia a reavaliação de participações societárias, quando da integralização de ações subscritas, com o diferimento da tributação do IRPJ e da CSLL e concluem os autores da obra:

“Questiona-se, desse modo, a racionalidade econômica do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, pelo lado do ente tributante, que permite que

grupos econômicos, em operações de combinação de negócios, criem artificialmente, ágios internamente, por intermédio da constituição de 'sociedades veículos', que surgem e são extintas em curso lapso temporal, ou pela utilização de sociedades de participação denominadas 'casca', com finalidade meramente elisiva.

Do ponto de vista tributário, à luz do art. 36, e dependendo da forma pela qual a operação é realizada, a Fazenda pública perde porque permite a dedutibilidade da quota de ágio amortizada para fins de IRPJ e base de cálculo da CSLL e difere a tributação do 'ganho de capital' registrado pela companhia que subscreve e integraliza aumento de capital em 'sociedade veículo' ou de participação 'casca', a ser em seguida incorporada".

Com a devida vênia aos autores, é de se verificar [...] que existe permissão legal, sim, de integralização de capital social com ações de outra empresa, que há permissão legal de avaliação de investimentos em sociedades coligadas e controladas com o desdobramento do custo de aquisição em ágio; contudo, o que não há é autorização legal para, em virtude dessa integralização, lançar em contrapartida o desdobramento do custo como ágio, pois, em operações internas, sem que um terceiro se disponha a pagar uma mais-valia, não há ágio; a contrapartida é uma reavaliação de ativos.

E é isso que os autores confundem quando tratam do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, porque essa lei sequer fala em ágio. Assim, o que tal dispositivo tratava é da possibilidade de diferimento do ganho de capital, quando uma companhia A, que possui participação societária em B, resolve constituir C, subscrevendo capital com ações reavaliadas de B. Ocorre que essa reavaliação de B é puramente uma reavaliação, quando as operações ocorrem dentro de um mesmo grupo. A lei não autoriza que a contrapartida da reavaliação seja uma conta de ágio. Só existe ágio se um terceiro se dispõe a reconhecer esse sobre-preço e a pagar por ele. Sem onerosidade, descabe falar em mais-valia.

E é nessa linha que os autores acabam concluindo às fls. 599 e 600 da 7ª edição:

"Para admitir-se o registro da parcela legalmente dedutível do ágio gerado internamente, deve-se enxergar-la tecnicamente, abstraindo outras questões, similarmente a um ativo fiscal diferido advindo de estoques de prejuízos fiscais e de bases negativas de contribuição social. Poder-se-ia advogar que seu registro encontra amparo no fato de haver uma evidência persuasiva de sua substância econômica: um diploma legal que corrobora o seu surgimento. E ainda dentro dessa corrente de pensamento, seria admitido como critério de mensuração contábil inicial, por analogia, o mesmo dispensado a um ativo fiscal diferido advindo de estoques de prejuízos fiscais e de

bases negativas de contribuição social, qual seja, mensuração a valores de saída, utilizando o método do fluxo de benefícios futuros trazidos a valor presente, no limite de benefícios nominais projetados para dez anos.

Por outro lado, haveria também como refutar o registro da parcela legalmente dedutível do ágio gerado internamente, ao se enxerga-la tecnicamente como um intangível gerado internamente. Dentro do Arcabouço Conceitual Contábil em vigor, considerando a mensuração a valores de entrada, não se admite o reconhecimento de um ativo que não seja por seu custo de aquisição. Um intangível gerado internamente, como no caso em comento, embora gere benefícios econômicos inquestionáveis para uma dada entidade, tem o seu reconhecimento contábil obstado por uma simples razão: a ausência de custo para ser confrontado com benefícios gerados e permitir, com isso, a apuração de lucros consentâneos com a realidade econômica da entidade. [...]

Só que, no caso desses créditos tributários derivados de operações societária entre empresas sob controle comum, não há, na essência, e também na figura das demonstrações consolidadas, qualquer desembolso que lhes dê suporte. Direitos obtidos sem custo, como direitos autorais, por exemplo, não são contabilizados; o goodwill (fundo de comércio) desenvolvido sem custo ou com custo diluído ao longo de vários anos na forma de despesas já reconhecidas também não é contabilizado; patentes criadas pela empresa são registradas apenas pelo seu custo etc. Por que os direitos de pagar menos tributos futuros, advindos de operações com ausência de propósito negocial e permeadas por abuso de forma, seriam registrados? Essas seriam discussões no campo técnico e conceituai a serem travadas. Contudo, estimulando um pouco mais o debate, deve-se atentar para uma questão sobremaneira crucial para a Contabilidade. Do ponto de vista institucional e moral da profissão contábil, e por que não político, admitir-se o registro do ativo fiscal implica estimular o surgimento de uma indústria do ágio?

Assim, à parte possíveis controvérsias conceituais, o procedimento mais adequado, técnica e eticamente, é não se proceder ao reconhecimento do ativo fiscal diferido nessas operações."(Grifei)

Por oportuno, trago ainda a versão do Manual de Contabilidade Societária, após as normas internacionais e os pronunciamentos do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (edição de 2010, pág. 442), que reforça ainda mais o que entendiam os autores do Manual:

"Considerando que na época não havia uma normatização contábil similar ao CPC 15, a consequência direta da prática desse tipo de incorporação (reversa) era a geração de um benefício fiscal bem

como o reconhecimento contábil de um ágio gerado internamente (contra o qual, nós, os autores deste Manual, sempre nos insurgimos).

Dessa forma, era fortemente criticada a racionalidade econômica do art. 36 da Lei nº 10.637/02, que permitia que grupos econômicos, em operações de combinação de negócios (sob controle comum) criassem artificialmente ágios internamente por intermédio da constituição de "sociedades veículo", que surgem e são extintas em curto lapso de tempo, ou pela utilização de sociedades de participação denominadas "casca", com finalidade meramente elisiva.

Nesse sentido, vale lembrar que a CVM vedava fortemente esse tipo de prática (vide Ofício-Circular CVM SNC/SEP nº 01/2007), uma vez que a operação se realizava entre entidades sob controle comum e, portanto, careciam de substância econômica (nenhuma riqueza era gerada efetivamente em tais operações). Além disso, o ágio fundamentado em rentabilidade futura (goodwill) proveniente de combinações entre entidades sob controle comum era eliminado nas demonstrações consolidadas da controladora final, tornando inconsistente o reconhecimento desse tipo de ágio gerado internamente (na ótica do grupo econômico não houve geração de riqueza).

Atualmente, o art. 36 da Lei nº 10.637/02 foi revogado pela Lei nº 11.196/05 (art. 133, inciso III), bem como com a entrada em vigor do CPC 15, para fins de publicação de demonstrações contábeis, não mais será possível reconhecer contabilmente um ágio gerado internamente em combinações de negócio envolvendo entidades sob controle comum."

Convém observar que tudo isso foi escrito antes mesmo da MP nº 627, de 2013!

É importante também destacar que o próprio Conselho Federal de Contabilidade estabeleceu, por meio da Resolução nº CFC nº 750, de 1993, que as essências das transações devem prevalecer sobre a forma, e que a avaliação dos componentes patrimoniais deve ser efetuada com base nos valores de entrada, considerando-se como tais aqueles resultantes do consenso com os agentes externos ou da imposição destes, senão vejamos:

Art. 1º. Constituem PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DE CONTABILIDADE (PFC) os enunciados por esta Resolução. (...)

O Conselho Federal de Contabilidade editou, ainda, a Resolução CFC nº 1.110/2007 para aprovar a NBC T 19.10 – Redução ao Valor Recuperável de Ativos, aplicável aos exercícios encerrados a partir de dezembro de 2008, cujo item 120 determina expressamente:

“120. O reconhecimento de ágio decorrente de rentabilidade futura gerado internamente (goodwill interno) é vedado pelas normas nacionais e internacionais. Assim, qualquer ágio dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado”.

O Comitê de Pronunciamentos Contábeis também repudiou o ágio interno por meio do CPC nº 04, aprovado em 2010, que, ao se manifestar sobre ativo intangível, dedicou os itens 48 a 50 para tratar do “Ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente”, deixando bastante claro que tal ágio sequer deve ser reconhecido como ativo:

Ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente 48. O ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo.

49. Em alguns casos incorre-se em gastos para gerar benefícios econômicos futuros, mas que não resultam na criação de ativo intangível que se enquadre nos critérios de reconhecimento estabelecidos na presente Norma. Esses gastos costumam ser descritos como contribuições para o ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente, o qual não é reconhecido como ativo porque não é um recurso identificável (ou seja, não é separável nem advém de direitos contratuais ou outros direitos legais) controlado pela entidade que pode ser mensurado com confiabilidade ao custo.

50. As diferenças entre valor de mercado da entidade e o valor contábil de seu patrimônio líquido, a qualquer momento, podem incluir uma série de fatores que afetam o valor da entidade. No entanto, essas diferenças não representam o custo dos ativos intangíveis controlados pela entidade. (Grifei)

Também a Comissão de Valores Mobiliários, por meio do Ofício Circular CVM/SNC/SEP nº 1, de 2007, no item 20.1.7 tratou o ágio interno nos seguintes termos:

20.1.7 “Ágio” gerado em operações internas A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de “ágio”.

Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.

Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.

Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários, do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge, única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.

Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como “arm’s length”.

Portanto, é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade. (Grifei)

Em 2011, inclusive, o Comitê quando aprova o CPC nº 15, que trata das demonstrações contábeis acerca da combinação de negócios e seus efeitos, deixa expresso que o Pronunciamento não alcança a combinação de negócios de entidades ou negócios sob controle comum:

Objetivo

1. O objetivo deste Pronunciamento é aprimorar a relevância, a confiabilidade e a comparabilidade das informações que a entidade fornece em suas demonstrações contábeis acerca de combinação de negócios e sobre seus efeitos. Para esse fim, este Pronunciamento estabelece princípios e exigências da forma como o adquirente:

(a) reconhece e mensura, em suas demonstrações contábeis, os ativos identificáveis adquiridos, os passivos assumidos e as participações societárias de não controladores na adquirida;(b)

reconhece e mensura o ágio por expectativa de rentabilidade futura (goodwill adquirido) advindo da combinação de negócios ou o ganho proveniente de compra vantajosa; e(c) determina quais as informações que devem ser divulgadas para possibilitar que os usuários das demonstrações contábeis avaliem a natureza e os efeitos financeiros da combinação de negócios.

.....
Combinação de negócios de entidades sob controle comum – aplicação do item 2(c)

B1. Este Pronunciamento não se aplica a combinação de negócios de entidades ou negócios sob controle comum. A combinação de negócios envolvendo entidades ou negócios sob controle comum é uma combinação de negócios em que todas as entidades ou negócios da combinação são controlados pela mesma parte ou partes, antes e depois da combinação de negócios, e esse controle não é transitório.

B2. Um grupo de indivíduos deve ser considerado como controlador de uma entidade quando, pelo resultado de acordo contratual, eles coletivamente têm o poder para governar suas políticas financeiras e operacionais de forma a obter os benefícios de suas atividades. Portanto, uma combinação de negócios está fora do alcance deste Pronunciamento quando o mesmo grupo de indivíduos tem, pelo resultado de acordo contratual, o poder coletivo final para governar as políticas financeiras e operacionais de cada uma das entidades da combinação de forma a obter os benefícios de suas atividades, e esse poder coletivo final não é transitório.

E não é só isso: até este voto do acórdão recorrido, a jurisprudência do CARF também trilhava o mesmo caminho, isto é, o CARF não admitia a dedutibilidade da amortização de ágio surgido em operações internas ao grupo econômico, nem com o uso de empresas veículos, conforme acórdãos trazidos pela Fazenda em seu Recurso, todos de decisões unânimes na matéria ágio: 101- 96724, 103-23.290, 105-17.219.

Por conseguinte, não se pode afirmar agora, como suscitado da sessão passada, que o ágio interno só deixou de ser dedutível a partir da Lei nº 12.973, de 2014, ou melhor, da MP nº 627, de 2013, da qual referida lei resultou por conversão. Na verdade, a nova lei, ao dispor expressamente assim, nada mais fez do que esclarecer que, por óbvio, ágio pressupõe sobrepreço pago por partes independentes, ou seja, a indedutibilidade do ágio interno para fins fiscais decorre do fato de ele não ser aceito sequer contabilmente.

Aliás, é nesta linha que se verifica já na própria exposição de motivos da MP nº 637, de 2013, que ora colaciono: (...)

É importante destacar que esse novo regramento contido na Lei nº 12.973/2014 é decorrente dos novos métodos e critérios contábeis

introduzidos pelas Leis nº 11.638/2007 e 11.941/2009, e pelos pronunciamentos contábeis decorrentes.

No que diz respeito à questão de ágio, ocorreram mudanças significativas, como a nova definição de coligada (alteração do art. 243 da Lei nº 6.404/76), a alteração sobre o Método da Equivalência Patrimonial (art. 248 da Lei nº 6.404/79), além da edição de atos pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis CPC sobre o assunto (em especial, o CPC nº 18 – “Investimento em Coligada, em Controlada e em Empreendimento Controlado em Conjunto” e CPC nº 15 – “Combinação de Negócios”, acima já citado).

De acordo com essa nova concepção contábil, o ágio (que passou a ser denominado de goodwill) é determinado como sendo o excedente pago, após os ativos líquidos da investida serem avaliados a “valor justo” (conceito que aliás é bem mais amplo do que “valor de mercado”). Em razão dessa alteração, o custo de aquisição do investimento passou a ser desdobrado em: a) valor do patrimônio líquido da investida; b) mais ou menos valia; e c) ágio por rentabilidade futura (goodwill), conforme destaque:

Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em: (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

II - mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput; e (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

III - ágio por rentabilidade futura (goodwill), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de que tratam os incisos I e II do caput. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

Por tudo isso, é de se perceber que não é possível se fazer uma associação exata entre a nova sistemática de identificação e apuração do ágio com a anterior. De forma que, o que era ágio antes, pode ser agora somente “mais valia”, mesmo que anteriormente tivesse sido identificado como decorrente de expectativa de rentabilidade futura. A possibilidade de se apurar uma “menos valia” também influi na existência ou não do ágio.

Além disso, as situações em que o Método da Equivalência Patrimonial se torna obrigatório também foram alteradas, o que tem influência direta sobre a necessidade ou não de se determinar a existência de ágio.

Portanto, é um grande equívoco de interpretação se utilizar das disposições contidas no art. 7º da Lei 9.532/1997, a partir do constante nos arts. 20 a 22 da Lei nº 12.973/2014, uma vez que disciplinam efeitos tributários de procedimentos contábeis totalmente distintos.

Não fossem apenas essas diferenças, mas o fato mais curioso ainda é que o próprio conceito de partes dependentes estabelecido pelo art. 25 da Lei nº 12.973, de 2014, é bem mais amplo do que o conceito de ágio interno:

Art. 25. Para fins do disposto nos arts. 20 e 22, consideram-se partes dependentes quando: (Vigência)

I - o adquirente e o alienante são controlados, direta ou indiretamente, pela mesma parte ou partes;

II - existir relação de controle entre o adquirente e o alienante;

III - o alienante for sócio, titular, conselheiro ou administrador da pessoa jurídica adquirente;

IV - o alienante for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro das pessoas relacionadas no inciso III; ou

V - em decorrência de outras relações não descritas nos incisos I a IV, em que fique comprovada a dependência societária.

Ou seja, não apenas as operações que envolvem duas pessoas jurídicas sob controle comum caracterizam-se como partes dependentes: a nova lei incluiu as pessoas físicas, com situações, por exemplo, em que o alienante é parente ou afim até o terceiro grau do sócio acionista da empresa. Assim, passa a ser possível a existência de um ágio contábil (diferente do ágio interno), mas que ao teor da nova legislação, a sua dedutibilidade fica vedada.” [grifos e destaques originais]

Pelas essas razões, deve-se negar provimento ao recurso do contribuinte nessa parte.”

Assim, ratificando a decisão recorrida, também nesse ponto, entendo deva ser mantida a decisão de primeira instância, pelas razões expostas e pelos seus próprios fundamentos.

Quanto a inexistência de previsão legal para a adição, à **base de cálculo da CSLL**, das despesas com a amortização dos ágios considerados indedutíveis pela autoridade fiscal, novamente reproduzo parcialmente e utilizo das razões de decidir da 1ª Turma da CSRF, dessa vez no recente Acórdão 9101-007.064, de 10/07/2024, da relatoria da Conselheira Edeli Pereira Bessa:

“(…)

Resta evidente, portanto, que a amortização contábil do ágio pago na aquisição de investimentos era apenas uma possibilidade no momento da edição do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, e não estava cogitada na Lei nº 6.404, de 1976. A determinação de que ela fosse apropriada contabilmente surge, apenas, com a manifestação da Comissão de Valores Mobiliários.

Dessa forma, é válido concluir que a Lei nº 7.689, de 1988 não cogitava dos efeitos desta amortização quando fixou o resultado do exercício como base de cálculo da CSLL, e determinou os ajustes pertinentes, estes evidentemente expressos em razão do que estabelecido pela Lei nº 6.404, de 1976:

(...)

Assim não fosse e o ato normativo da CVM estaria determinando incidência tributária, ou afastando-a. Decorre daí ser desnecessário que a Lei nº 7.689, de 1988 determinasse a adição da amortização de ágio à base de cálculo da CSLL, porque esta dedução não estaria computada no lucro contábil apurado na forma da Lei nº 6.404, de 1976.

Para além disso, embora a Lei nº 7.689, de 1988, ao instituir a CSLL, não tenha cogitado especificamente da adição, à sua base de cálculo, de amortizações de ágio que tivessem reduzido o lucro contábil, ou da exclusão de acréscimos decorrentes da amortização de deságio, referida lei, em seu art. 2º, apontou a neutralidade dos resultados de equivalência patrimonial, método do qual decorre o destaque de ágio e deságio em investimentos.

Já no âmbito da apuração do lucro real, o Decreto-lei nº 1.598, de 1977, disciplinou os efeitos das amortizações de ágio e deságio, mas em razão do disposto em seu art. 34, a Lei nº 9.532, de 1997 impôs limites à amortização do ágio naqueles casos, alinhando os efeitos fiscais aos contábeis, como a seguir demonstrado.

(...)

Neste contexto, embora à primeira vista a Lei nº 9.532, de 1997 aparente surtir efeitos apenas nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, na medida em que esta aproximou-se, no caso de ágio pago por expectativa de rentabilidade futura, da apuração do lucro contábil como antes mencionado, é possível interpretar que a lei, ao valer-se daqueles termos, e não meramente firmar a dedutibilidade da amortização na apuração do lucro real, repercutiria, também, na apuração da base de cálculo da CSLL, inclusive como expresso na Instrução Normativa SRF nº 390, de 2004:

(...)

Assim, para além de a Lei nº 7.689, de 1988, ter por referência a Lei nº 6.404, de 1976, que não cogitava de amortização de ágio, e apontar para a neutralidade dos resultados de equivalência patrimonial, método do qual decorre o destaque de ágio e deságio em investimentos, quer em razão do disposto na Instrução Normativa SRF nº 390, de 2004, quer por interpretação dos termos da Lei nº 9.532, de 1997 no contexto em que foi editada, e mesmo em consequência da apuração contábil, a base de cálculo da CSLL necessariamente resta indevidamente afetada pela amortização do ágio aqui em comento.

Não se vislumbra, dessa forma, qualquer especificidade que possa ensejar um resultado diferenciado para a apuração da base de cálculo da CSLL decorrente da

glosa de amortização do ágio que passou a reduzir indevidamente as bases tributáveis da autuada.”

Estas as razões para negar provimento ao recurso voluntário nesse ponto.

Quanto a **qualificação das multas de ofício** nas operações em questão, no que se refere ao **ÁGIO ND-PAR**, o Colegiado entendeu que ainda que a amortização de ágio mediante a transferência da adquirente do investimento para uma empresa-veículo que é subsequentemente incorporada com vistas a propiciar ao seu aproveitamento fiscal antecipado não encontre amparo nas normas legais, tal conduta não enseja, por si só, a aplicação da multa qualificada, quando os atos praticados revelem interpretação equivocada por parte do contribuinte quanto à legislação de regência, no mesmo sentido da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), no Acórdão 9101-006.971, de 09/05/2024, da relatoria do Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

No presente caso, a recorrente também buscou antecipar a amortização do ágio pago em face das empresas investidas utilizando-se de uma reestruturação societária que a viabilizasse e, ainda que não encontre amparo na previsão legal que rege a matéria, concluiu o Colegiado que se estaria diante de mera interpretação equivocada do texto legal, no caso do **ÁGIO ND-PAR**, inexistindo acusação de que o ágio tenha origem em operações intragrupo, desprovidas de qualquer conteúdo econômico (ágio interno), nos quais seria possível ver configurada a presença do intuito doloso de sonegação, notadamente ante a acusação de simulação.

Neste contexto, entendo que a utilização da empresa-veículo, no presente caso, ainda que não autorize a amortização pretendida pela contribuinte, não se pode apontar uma conduta fraudulenta em sua interposição nas operações societárias realizadas.

Quanto a **qualificação das multas de ofício** no que se refere ao **ágio interno DABARRA**, o Colegiado entendeu, considerando que, à época dos fatos geradores, não havia disposição legal que vedava a dedução do dito ágio interno, existindo uma verdadeira dúvida interpretativa quanto a esse direito, seria incabível a qualificação da penalidade, devendo esta ser reduzida de 150% para 75%, no mesmo sentido da 1ª Turma da CSRF, no Acórdão 9101-006.477 de 07/03/2023, da relatoria do Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli.

O entendimento adotado se pauta na falta de menção expressa, nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, de que não haveria possibilidade de registro de ágio em operações havidas dentro de um mesmo grupo econômico, passando o Legislador a prever a impossibilidade expressa do ágio interno somente com o adeto da Lei nº 12.973/14, não havendo qualquer conduta fraudulenta ou dolosa por parte da contribuinte, mas, quando muito, uma interpretação divergente quanto às normas tributárias que conferem o direito de deduzir o chamado ágio interno.

Em tais circunstâncias, como entende a recorrente, poder-se-ia falar em aplicação do art. 112 do CTN, determinando a interpretação da lei tributária que comina penalidades de maneira mais favorável ao acusado.

Ainda, tendo sido os valores glosados contabilizados e as operações divulgadas tais como efetivamente teriam ocorrido, sendo a partir das informações colhidas da própria contribuinte que a fiscalização tomou conhecimento dos fatos e lançou os tributos, entendeu o Colegiado que não haveria indício de utilização de medida fraudulenta por parte da recorrida.

Pelo exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário nesta parte, para cancelar a qualificação da multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%.

Quanto a possibilidade da cobrança da **multa isolada** em razão da falta de recolhimento do IRPJ e da CSLL por estimativa, entendo no mesmo sentido desta 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção, no Acórdão 1102-001.385 de 13/07/2024, da relatoria do Conselheiro Fernando Beltcher da Silva.

Naquela oportunidade restaram consignadas as razões ora adotadas, no sentido de que, em razão da base legal das penalidades (de ofício e isolada) ter sofrido sensível alteração, promovida pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 15/06/2007, resultante de projeto de conversão da MP nº 351, de 22/01/2007, no presente caso, o racional da Súmula CARF nº 105 não deve prevalecer.

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

Dada a redação alterada ser direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas", deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício, sendo que as multas de ofício e isolada incidem em circunstâncias completamente distintas, ocorridas em momentos distintos, e são calculadas de modos diversos, não havendo identidade de hipótese de incidência, de temporalidade, de base imponível, nem mesmo de alíquota.

Portanto, entendo cabíveis as multas de ofício exigidas, isoladamente e proporcionalmente, por decorrerem de distintas motivações, não concorrendo entre si.

Estas as razões para negar provimento ao recurso voluntário nessa parte.

Ante todo o exposto, no mérito, em relação aos ágios ND-PAR e DABARRA, voto por manter as exigências de IRPJ e de CSLL e afastar a qualificação da multa de ofício; mantida a multa isolada exigida em decorrência de estimativas inadimplidas, concomitantemente com a multa de ofício.

Assinado Digitalmente

Fenelon Moscoso de Almeida

ACÓRDÃO 1102-001.578 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA

PROCESSO 16561.720110/2019-94

DOCUMENTO VALIDADO