



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720118/2019-51
ACÓRDÃO	1402-006.971 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	11 de junho de 2024
RECURSO	DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO
RECORRENTES	COMPANHIA DE GÁS DE SÃO PAULO COMGAS FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2015, 2016

ÁGIO. FUNDAMENTO ECONÔMICO. RENTABILIDADE COM BASE EM PREVISÃO DE RESULTADO NOS EXERCÍCIOS FUTUROS DA INVESTIDA. LAUDO TÉCNICO PRODUZIDO POSTERIORMENTE À AQUISIÇÃO DO INVESTIMENTO. EFICÁCIA EM FACE DA ÉPOCA DOS FATOS QUE DERAM ORIGEM AO ÁGIO.

Operação em conformidade com legislação, realizada entre partes independentes, com efetivo pagamento do ágio em dinheiro, lastreado em laudo de avaliação elaborado por empresa especializada. O laudo acostado aos autos, elaborado após a operação de aquisição dos investimentos, para amparar o registro contábil dos ágios com fundamento na previsão de resultado de exercícios futuros, pode fundamentar o ágio, se considerada a época dos fatos. A dedutibilidade do ágio com base em expectativa de rentabilidade futura exige que o valor de aquisição do investimento esteja lastreado em laudo e na época dos fatos não necessário laudo prévio. Atos societários que existentes para atingir objetivos das partes de afastar riscos econômicos e de transferência de concessão pública, com conhecimento dos órgãos competentes envolvidos os quais poderiam invalidar a operação por motivos de exigências técnicas relacionadas ao mercado financeiro e ao direito concorrencial, necessários para administrar os riscos de perda da concessão do serviço público e outros riscos em face de operação de valores vultuosos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário e negar provimento ao Recurso de Ofício, afastando os lançamentos, vencidos os Conselheiros Alexandre Iabrudi Catunda e Paulo Mateus Ciccone que negavam provimento ao Recurso Voluntário. O Conselheiro Alexandre Iabrudi Catunda manifestou intenção de apresentar declaração de voto.

Assinado Digitalmente

Ricardo Piza Di Giovanni – Relator

Assinado Digitalmente

Paulo Mateus Ciccone – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Alexandre Iabrudi Catunda, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonca, Rafael Zedral, Ricardo Piza Di Giovanni, Alessandro Bruno Macedo Pinto e Paulo Mateus Ciccone (Presidente)

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração de fls. 2147-2170, relativo ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica-IRPJ e Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido-CSLL, ano-calendário 2015 e 2016, com crédito total apurado no valor de R\$ 1.228.416.377,05, incluindo o principal, a multa de ofício, os juros de mora, e a multa exigida isoladamente, atualizados até 02/2020 (data do Auto de Infração).

De acordo com a fiscalização, a Recorrente incorreu nas seguintes infrações:

- Amortização indevida: glosa da despesa de amortização de ágio não dedutível;
- Adições não computadas na apuração do lucro real: excesso de juros sobre capital próprio;
- Falta de recolhimento de IRPJ e CSLL sobre a base de cálculo estimada.

Sobre a exigência principal foi aplicada a multa de ofício de 150 %.

O fundamento principal do Auto de Infração seria no sentido de invalidar a operação societária que resultou em ágio em razão da suposta utilização de empresa com característica de mera “empresa veículo”.

Além de entender pela indedutibilidade do ágio amortizado pela Comgás, o fisco também asseverou serem indedutíveis as despesas de juros sobre o capital próprio (“JCP”) que supostamente teriam excedido o limite permitido pela legislação.

A Autuação considerou equivocado o cálculo dos JCP, tendo a DRJ reformulado o entendimento do Auto de Infração nesse aspecto, o que resultou na apresentação de Recurso de Ofício.

A Impugnação de fls. 2178-2317 alegou preliminarmente nulidade decorrente de erro na apuração do crédito tributário porque a Autoridade Fiscal teria se equivocado ao fundamentar o lançamento dos JCP.

A Autoridade Fiscal apurou a base dos JCP a partir do patrimônio líquido da Impugnante, seguido unicamente da exclusão das Reservas de Reavaliação e exclusão dos efeitos da incorporação. Ao agir assim, segundo a Impugnação, teria incluído indevidamente, na apuração limite (fls. 45 e 46 do TVF), os ajustes de avaliação patrimonial, que não estão entre as contas patrimoniais que compõe a base de cálculo dos JCP e que referido equívoco ensejou também a indevida majoração da multa isolada.

Defendeu a Impugnação que se mantido o lançamento relativo aos JCP, a base de cálculo dos JCP corresponderia à soma do Capital Social (inciso I do §8º do artigo 9º da Lei nº 9.249/95) e das Reservas de Capital (inciso II do §8º do artigo 9º da Lei nº 9.249/95), excluídos os efeitos da incorporação da Provence.

Afirmou também a Impugnante que os vícios na apuração do crédito tributário macularam integralmente o lançamento fiscal com o vício da nulidade, haja vista a iliquidez e incerteza dos valores exigidos do contribuinte e que o equívoco cometido pela Autoridade Fiscal ensejaria, ainda, preterição do direito de defesa, pois formaliza a exigência com base em apuração que não conduziria com a regra vigente e que a nulidade da autuação seria inconteste, conforme disposto no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, bem como também em razão ofensa ao caput do artigo 2º da Lei nº 9.784/99.

Afirmou a Impugnante que ocorreu a indevida alteração no critério jurídico no presente lançamento, em afronta ao art. 146 do CTN. Isto porque, no lançamento anterior, relativo aos anos de 2013 e 2014, que versa sobre o mesmo assunto, a Autoridade Fiscal não verificou motivos para a exasperação da multa de ofício em relação às despesas com JCP, e não trouxe qualquer menção quanto ao laudo de avaliação elaborado pela KPMG para justificar a glosa da amortização do ágio e que ainda que não se entenda pela aplicabilidade do artigo 146 do CTN, dever-se-ia reconhecer a impossibilidade de se qualificar a multa de ofício sobre a glosa das despesas com JCP nesta lide, bem como de se questionar o laudo de avaliação elaborado pela KPMG para suportar o ágio em foco, tendo em vista a preservação da segurança jurídica e a proteção à confiança, de observância compulsória pela Administração Pública.

Argumentou também a Impugnação que seria o caso de reconhecer a nulidade do Auto de Infração em razão da ausência de fundamentação e motivação apropriada, porque a

Autoridade Fiscal teria utilizado entendimento exarado nos autos de outro processo administrativo, e teria deixado de fundamentar o presente lançamento fiscal, uma vez que não teria analisado especificamente a alegada infração verificada no período fiscalizado.

A impugnação também apontou nulidade do Auto de Infração em razão da suposta não observância da LINDB e que a Lei nº 13.655/2018, que incluiu disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público no Decreto-Lei nº 4.657/42, teria imposto à Administração a necessidade de considerar as "orientações gerais da época", entendidas como "jurisprudência judicial ou administrativa majoritária" em suas decisões administrativas e que no caso, a jurisprudência majoritária administrativa (CARF) era no sentido de que o aproveitamento fiscal de ágio em casos semelhantes ao presente seria legítimo, devendo, em seu entendimento, ser observado pela Autoridade Fiscal em observância à LINDB e que eventual alteração, por meio de decisão administrativa, da interpretação/orientação até então estabelecida pela Autoridade Administrativa, estaria sujeita à previsão de um regime de transição, nos termos do art. 23 do Decreto-Lei nº 4.657/42.

Defendeu a Impugnação a Legitimidade da Amortização do Ágio fundamentando que todos os atos societários que acarretaram o aproveitamento do ágio teriam se dado de forma lícita e adequada para atingir o objetivo de todas as partes e com o conhecimento dos órgãos competentes envolvidos e que os atos societários não poderiam ser analisados de forma isolada, como teria feito a Fiscalização, sendo necessária a busca pela verdade dos fatos, por meio da análise histórica e cronológica das operações praticadas para se compreender o propósito comercial e econômico das operações societárias efetivamente realizadas, as quais ensejaram a amortização do ágio.

Relatou a Impugnação que em fevereiro de 2012 o Grupo Cosan teria demonstrado interesse em adquirir a participação que o Grupo BG detinha, por intermédio da Integral, na Impugnante, razão pela qual as partes teriam firmado um contrato de confidencialidade ("Memorandum of Intentions" ou "Carta de Intenções"), o qual teria permitido o início das negociações e que o Grupo Cosan, ao aprofundar as análises do negócio em questão, teria concluído que a aquisição e incorporação da Impugnante diretamente pela Cosan era possível, mas não era a alternativa mais adequada, pois tal hipótese traria os seguintes riscos:

- (i) menor transparência ao negócio;**
- (ii) punição pela Comissão de Valores (CVM);**
- (iii) litígio com os demais acionistas da Impugnante;**
- (iv) inviabilização dos demais negócios do Grupo;**
- (v) majoração de custos sem qualquer justificativa; e**
- (vi) perda da concessão do serviço público de distribuição de gás natural no Estado de São Paulo.**

Com isso, o Grupo Cosan teria decidido que sua controlada Provence realizaria a aquisição, sendo firmado o contrato de compra e venda, no qual a Integral (vendedora) comprometeu-se a vender à Provence (compradora) as ações da Impugnante detidas pelo Grupo BG (representativas de 60,05% do capital), pelo preço de R\$ 3,4 bilhões, tendo sido aprovado aumento de capital da Provence em R\$ 3,4 bilhões, o qual fora totalmente subscrito pela Cosan.

Aduziu a Impugnação que para demonstrar a licitude da operação realizada, quer sob o aspecto contábil/societário, quer sob o aspecto fiscal, seria necessário discorrer acerca:

- (i) da natureza jurídico/contábil do ágio na aquisição das participações societárias;
- (ii) da licitude da aquisição de participação societária com ágio; e
- (iii) do tratamento tributário dispensado ao ágio no ordenamento jurídico brasileiro.

Argumentou a Impugnação que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE") após o início das negociações aprovou a venda das ações da Impugnante que pertenciam ao Grupo BG para o Grupo Cosan e que foi aprovado um novo aumento de capital da Provence em mais R\$ 12 milhões, o qual também teria sido totalmente subscrito pela Cosan (Ata da Assembleia Geral Extraordinária da Provence - fls. 122 e 123 dos autos) e que o capital social da Provence passa a ser de R\$ 3.412.001.000,00.

Relatou a Impugnação que a Cosan realizou a emissão de 3.300 debêntures, por meio das quais captou o valor de R\$ 3,3 bilhões de reais e que a Cosan integralizou o valor de R\$ 3,4 bilhões na Provence (extratos bancários nas fls. 729 e 730 dos autos), a qual utiliza esta soma para realizar o pagamento em dinheiro ao Grupo BG, por intermédio da Integral, pela sua participação no capital social da Impugnante.

Apontou que o custo de aquisição do controle da Recorrente de R\$ 3,4 bilhões foi desdobrado pela Provence em valor de patrimônio líquido (R\$ 917 milhões) e ágio pago em razão da rentabilidade futura esperada (R\$ 2,4 bilhões - respaldado em laudo elaborado por empresa especializada), como determinava o artigo 385 do Decreto nº 3.000/99 e **que afastados os riscos que se apresentavam na "aquisição direta" da Impugnante pela Cosan e concluída a aquisição do controle da Impugnante pela Provence, o Grupo Cosan identificou que não havia mais sentido em se incorrer nos gastos e eventuais perdas financeiras que a manutenção desta holding intermediária acarretaria, deliberando-se pela incorporação da Provence pela Impugnante a valor contábil.**

Nesse momento, em razão das disposições do artigo 60 da Instrução CVM nº 319/99, com a redação conferida pela Instrução CVM nº 349/01, o ágio até então registrado na controladora Provence foi contabilizado em conta específica do ativo diferido, tendo como contrapartida a conta de patrimônio líquido denominada "Reserva Especial de Ágio", no montante equivalente a R\$ 844.140.785,2 e desta forma, a Impugnante passou a deduzir a amortização do ágio do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Argumentou a Impugnação que o ágio ou deságio gerado em operações, como as ocorridas no presente caso, decorreria da diferença entre o valor de aquisição (custo de aquisição) e o valor patrimonial das ações adquiridas (valor de patrimônio líquido), quando se adota o registro da participação societária pelo método da equivalência patrimonial e poderia ter fundamento:

(a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

(b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; ou

(c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Fundamentou a Recorrente que a aquisição, pela Provence, de participação societária na Impugnante,

(i) teria se dado entre partes e grupos econômicos independentes – Grupo BG e Grupo Cosan; e

(ii) mediante o pagamento em dinheiro, decorrente do contrato celebrado entre as partes;

Alegou a Impugnação que autoridade fiscalizadora teria reconhecido ter havido o pagamento, entre partes independentes e que nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, para que a amortização do ágio seja dedutível da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, o legislador ordinário estabeleceu tão somente (i) que ocorresse a aquisição, pela pessoa jurídica, de participação societária adquirida com ágio, (ii) que houvesse a absorção do patrimônio da investida em virtude de fusão, cisão ou incorporação, e (iii) que a fundamentação econômica do ágio fosse lastreada em expectativa de rentabilidade futura.

Argumentou a Impugnante que considerando que (i) foram atendidos todos os requisitos legais para o registro e amortização do ágio, (ii) as operações foram lícitas e realizadas de acordo com os atos societários corretos, (iii) o ágio foi efetivamente pago, (iv) as operações foram praticadas entre partes independentes; e (v) tendo havido a unificação dos patrimônios da investidora (Provence) e da investida (Impugnante), seria de rigor se reconhecer a legitimidade da amortização do ágio e que, no entanto, **a fiscalização teria entendido que não haveria propósito comercial na participação da Provence no negócio examinado nestes autos, fazendo com que a Impugnante afirmasse que o instituto do propósito comercial não possuiria previsão no ordenamento jurídico, motivo pelo qual deveria ser afastada sua aplicação em razão do princípio da legalidade.**

Fundamentou a Impugnante que todos os atos societários teriam sido praticados com finalidade comercial/econômica e que os atos praticados pelo contribuinte - para que sejam considerados válidos para fins fiscais - devem estar ligados à finalidade e à atuação desse contribuinte no mercado: exatamente como teria ocorrido com os atos praticados no presente

caso, que teriam como objetivo viabilizar a aquisição do controle da Impugnante pelo Grupo Cosan e que poderia Autoridade Fiscal exercer um juízo de valor acerca do propósito negocial estabelecido pelas partes e que ao contrário do que teria alegado a Fiscalização, existiriam outras estruturas societárias, distintas da adotada no presente caso, que permitiriam o aproveitamento fiscal do ágio, razão pela qual os fatores que levaram à opção pela participação da Provence teriam cunho eminentemente negocial/econômico e que o entendimento apresentado pela Fiscalização no Termo de Verificação Fiscal não poderia ser admitido, pois estaria fundamentado em três premissas equivocadas: (i) o ágio foi “transferido”; (ii) o aproveitamento do ágio depende da “extinção do investimento”; e (iii) a participação da Provence era a única forma de se aproveitar fiscalmente o ágio pago pelo controle da Impugnante.

Com isso, a Impugnação afirmou que não teria havido “transferência” do ágio, pois este teria sido registrado na empresa que efetivamente o pagou (Provence), e teria passado à Impugnante em razão dos efeitos naturais de sucessão decorrentes de uma operação de incorporação de empresas, nos exatos termos do disposto no art. 227 da Lei das S/A e que a premissa de que o investimento teria que ser extinto para que o ágio pudesse ser aproveitado para fins fiscais não mereceria prosperar, haja vista que o regramento trazido na alínea “b” do artigo 8º da Lei nº 9.532/97 autorizaria, de forma expressa, o reconhecimento fiscal do ágio quando a “empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária” (incorporação reversa).

Afirmou a Impugnante também que a terceira premissa estaria equivocada, pois existiriam outras estruturas societárias que permitiriam o reconhecimento desse ágio para fins fiscais e **que o ágio não precisaria, necessariamente, ser aproveitado fiscalmente pela Impugnante, eis que poderia ser aproveitado pela própria Cosan, na hipótese de uma “aquisição direta”, alternativa que foi descartada por fatores negociais/econômicos.**

Argumentou que existiriam quatro estruturas societárias que poderiam ter sido adotadas pelo Grupo Cosan para que o ágio pudesse ser fiscalmente aproveitado caso a aquisição ocorresse diretamente pela Cosan e que não seria possível admitir a afirmação da Fiscalização no sentido de que a participação da Provence no negócio teve como única finalidade possibilitar o aproveitamento fiscal do ágio, **já que essa amortização seria possível mesmo se a referida empresa não fosse criada e que a aquisição do controle da Impugnante por intermédio da Provence teria beneficiado o Fisco**, na medida em que esta estrutura societária teria resultado em um recolhimento maior de IRPJ e CSLL nos anos-base de 2015 e 2016; tendo existido diversos fatores que influenciaram na decisão negocial/econômica das partes, sendo um dos motivos que teriam levado o Grupo Cosan a contar com a participação da Provence na aquisição de seu controle teria sido possibilitar uma maior transparência para a operação, de forma que todos os valores relativos à aquisição teriam ficado registrados na Provence, que não possuía outras atividades e investimentos, motivo pelo qual não se confundiriam com os valores referentes aos demais negócios da Cosan.

Relembrou a Impugnante que a autoridade Fiscal asseverou que tal fato não poderia ser aceito como propósito negocial, eis que (i) não teria sido apresentado nenhum dado concreto e (ii) a preocupação com a transparência teria perdurado por pouco tempo, pois com a incorporação da Provence pela Comgás os interessados voltaram a correr o risco de confundir a Impugnante com os demais negócios da Cosan e que as sociedades holding - como é o caso da Provence - não se assemelham a qualquer outro tipo societário, visto que desempenham funções peculiares, atendendo plenamente ao seu objeto social por meio da mera detenção de participação societária em outras companhias.

Argumentou a Impugnante que o art. 981 do Código Civil expressa que a atividade da sociedade empresarial pode restringir-se à realização de apenas um negócio determinado, assim como a participação da Provence restringiu-se a um único negócio (aquisição do controle da Impugnante), que inexistente qualquer tipo de anormalidade que a Provence estava obrigada a seguir o princípio da entidade, segundo o qual o patrimônio da sociedade deve ser completamente separado do patrimônio dos seus sócios e acionistas (art. 177, Lei das S/A).

Alegou a Impugnação que o recebimento de recursos via aporte apenas corrobora a personificação jurídica da Provence, que se utilizou deste montante para a estrita consumação de seu objeto social e para a concretização dos propósitos para os quais foi criada e que Provence existiu enquanto estava realizando o seu propósito específico: adquirir o controle da Impugnante de forma transparente e evitando diversos riscos e que a Impugnante, para figurar como Concessionária, estaria sujeita a uma série de regramentos específicos, não havendo, em seu entendimento, vedação à incorporação da Impugnante pela Cosan, mas apenas a exigência de prévia autorização pelo Poder Concedente.

Defendeu a Impugnante que se a Cosan a incorporasse, além dos custos e desafios naturais e inerentes a uma incorporação realizada entre companhias de capital aberto, aquela teria que restringir sua atividade principal à concessão, manter somente as atividades que o Poder Concedente entendesse compatíveis com a referida concessão, bem como adotar o plano de contas e as demais exigências contábeis determinadas pelo Estado de São Paulo, dentre outras obrigações e que resultaria em despesas expressivas; sendo que não obstante o resultado fiscal fosse o mesmo se a Cosan adquirisse diretamente a Impugnante, as despesas, perdas e riscos negociais/econômicos decorrentes de tal opção seriam imensos.

Defendeu ainda que se a Cosan tivesse adquirido a Impugnante diretamente e sido incorporada por ela, estaria configurado, em tese, um abuso de poder, na medida em que a Impugnante teria assumido o endividamento feito pela Cosan (acionista controladora), para a aquisição do seu próprio controle, o que prejudicaria, por exemplo, os demais acionistas que arcariam com uma dívida que não os teria beneficiado; resultando nas possíveis consequências para o Grupo Cosan: (i) arcar com os custos e enfrentar um processo na CVM; (ii) sofrer as sanções da CVM; (iii) arcar com os custos e enfrentar um processo no judiciário; e (iv) pagar indenização aos lesados.

Argumentou a Recorrente que havia o risco de a ARSEP não aprovar o negócio caso entendesse que a estrutura societária apresentada pudesse ter algum tipo de implicação negativa e que sem a autorização da ARSEP, somente dois desfechos seriam possíveis: (i) cancelamento do negócio; (ii) perda da concessão pela Impugnante, sendo que a Lei das S/A prevê, na segunda parte do § 3º do seu artigo 2º, a possibilidade de uma sociedade ter como objeto viabilizar o aproveitamento de incentivos fiscais, tendo a Fiscalização desconsiderado a participação da aludida sociedade, e, principalmente, a efetiva aquisição realizada por esta e que a fiscalização estaria errada ao concluir que a "confusão patrimonial" não teria ocorrido, por não ter o evento de incorporação se verificado entre a Cosan (em sua visão, o "real investidora") e Impugnante (investimento), mas em seu entendimento este suposto requisito não se encontraria positivado nas normas tributárias como condição para o aproveitamento do aludido benefício de amortização fiscal do ágio.

Afirma a Impugnante que a confusão patrimonial ocorreu uma vez que o ágio e investimento teria **passado a "se confundir" na Impugnante, quando da incorporação reversa da Provence e que o resultado obtido com a utilização das chamadas sociedades veículo não causaria prejuízos ao Erário**, sendo que caso não se analise a tributação de cada empresa isoladamente, mas do grupo controlador como um todo, as deduções seriam as mesmas obtíveis com a incorporação direta da investidora admitida fiscalização - Cosan - pela empresa adquirida ou vice-versa.

Afirmou **a Impugnante que o Fisco não poderia impor a utilização de uma determinada estrutura societárias aos Grupos BG e Cosan, como se tivesse poder de ingerência sobre as negociações particulares, adentrando à liberdade individual dos contribuintes; e que a liberdade de auto-organização sempre teria sido tida como resultado das garantias asseguradas por diversos princípios constitucionais.**

Argumentou a Impugnante que o planejamento tributário seria legítimo quando se vale de meios não vedados expressamente em lei para produzir o efeito de economia fiscal, tal como teria ocorrido no presente caso e que o aproveitamento do ágio decorrente da aquisição da Impugnante pela Provence representa a mera fruição de um benefício fiscal previsto em lei, inclusive incentivado pelo próprio Governo, e que a única norma que poderia ter sido aventada para a desconsideração de uma operação sem substância econômica, seria o parágrafo único do art. 116 do CTN, o qual dependeria de elaboração de lei ordinária, e que não poderia ter sido utilizada, tal fato não seria motivo para tornar inválida a amortização fiscal do ágio, conforme entendimento do CARF.

Aduziu a Impugnante que teria **sido elaborado um Laudo de Avaliação pela KPMG, com data de setembro de 2012, onde constaria a avaliação econômico-financeira da Impugnante, de acordo com sua rentabilidade futura e que nesse documento teria sido utilizado como critério de avaliação econômico-financeira o método do fluxo de caixa descontado e que o ágio pago pela Provence na aquisição do controle da Impugnante estaria respaldado por laudo de avaliação elaborado por empresa de auditoria independente e fundamentado na expectativa**

de rentabilidade futura da adquirida, nos exatos termos do que determinavam os parágrafos 2º e 3º do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77 à época dos fatos, sendo que a KPMG teria elaborado, posteriormente, um memorando onde apresentou um exercício de cálculo em que se conclui que o valor acumulado dos resultados antes dos impostos (“EBT”) superaria o valor do ágio pago pela Provence já em 2017.

Defendeu que **o laudo não seria insubsistente por ter sido elaborado após a apuração do ágio, porque meses antes da assinatura do contrato de compra e venda (maio/2012), já havia sido elaborado um estudo que demonstrava a rentabilidade futura da Impugnante e que à época dos fatos não havia qualquer exigência quanto à forma ou o momento de apresentação do laudo, sendo que os requisitos e o prazo para apresentação de laudo apenas foram introduzidos no ordenamento jurídico por meio da Medida Provisória no 627/2013, convertida na Lei no 12.973/2014.** E mesmo sob a égide das disposições legais atinentes à Lei no 12.973/2014 não haveria a exigência de que o laudo de avaliação fosse elaborado anteriormente à operação que ensejou o pagamento do ágio.

Argumenta ainda que o contrato de compra e venda foi assinado em maio/2012, cuja transação somente foi concluída em outubro/2012. Assim, nos termos do §3º, do artigo 20 do Decreto-Lei no 1.598/1977, após a entrada em vigor da Lei no 12.973/2014, o laudo de avaliação (ou, no mínimo, o seu sumário) correspondente poderia ser elaborado até o último dia útil de junho/2013 (ou mesmo até novembro/2013).

A Impugnante solicitou a realização de perícia técnica e já apresentou quesitos com relação ao Laudo de Avaliação elaborado pela KPMG e a estudos interno elaborado pela Cosan.

Com relação à dedutibilidade dos JCP relatou a Impugnante que a Fiscalização recalculou os JCP pagos em 2015 e 2016, excluindo a parcela da Reserva Especial de Ágio do patrimônio líquido da Impugnante por entender a fiscalização ser indevida a utilização e a incorporação da Provence na operação ora analisada.

No entanto, defendeu que Impugnante que a limitação do montante a ser pago a título de JCP teria por base o patrimônio líquido da empresa pagadora, sobre o qual se aplicaria a TJLP *pro rata* dia.

Argumentou a Impugnante que a glosa da dedutibilidade fiscal do ágio não causaria impacto no registro contábil do ágio e que a aquisição de parte da Impugnante pela Provence, a existência e o registro contábil do ágio, e a incorporação da Provence pela Impugnante não seriam objeto de questionamentos pela Fiscalização. O que se infirma é apenas a possibilidade de amortização fiscal do ágio com base nos argumentos de não comprovação de seu fundamento econômico e da suposta utilização indevida de empresa veículo.

Aduz que ainda que se entenda pela indedutibilidade fiscal do ágio na incorporação, o fato é que houve uma aquisição de investimento, com pagamento em dinheiro, por valor superior ao de seu patrimônio líquido, que resultou em registro de ágio pela empresa adquirente, e que em momento posterior, a Provence foi incorporada pela Impugnante.

Aponta que a Fiscalização promoveu, na prática, a desconsideração da incorporação da Provence pela Impugnante e, conseqüentemente, do registro da "Reserva Especial de Ágio" decorrente deste evento.

Alega ainda que se a glosa do ágio viesse a prosperar, os eventos societários que culminaram no registro da "Reserva Especial de Ágio" efetivamente teriam ocorrido, e não poderiam ser desconsiderados e que a desconsideração das operações realizadas corresponderia a uma indevida aplicação do já mencionado art. 116 do CTN, o qual, além de não ter servido de fundamentação à autuação, não poderia ser invocado em razão da ausência de regulamentação por meio de lei ordinária.

Argumenta que se a Cosan tivesse adquirido a Impugnante e a incorporasse, o patrimônio líquido da Cosan seria aumentado em virtude da incorporação da Impugnante ao seu capital social, o que resultaria em um aumento do limite de JCP a serem pagos pela Cosan e que em todas as hipóteses descritas anteriormente o patrimônio líquido da Cosan teria sido incrementado pela incorporação da Impugnante, aumentando-se o limite de JCP passível de distribuição.

Argumenta também sobre a impossibilidade de adição à base de cálculo da CSLL no sentido de que o legislador, ao determinar a base de cálculo da CSLL de forma exaustiva (numerus clausus), não teria elencado, como hipótese de adição ao lucro líquido, o valor correspondente à amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial.

Defendeu, por derradeiro, com relação às multas, que não seria possível a aplicação da multa agravada no percentual de 150%, pois não teria sido comprovada qualquer prática de conduta dolosa pela Impugnante, e não ocorreu nenhum dos fatos ensejadores à aplicação da multa agravada e que as operações que culminaram na aquisição da Impugnante e que originaram o ágio em questão não foram questionadas no presente lançamento, sendo questionado a possibilidade de aproveitamento fiscal pela Impugnante em razão de uma alegada ausência de "confusão patrimonial".

Afirmou que o Fisco não emitiu instrução ou orientação a respeito da legislação do ágio, sendo que, quando o fez, na Solução de Consulta COSIT nº 3/2016, não tratou da tese da "confusão patrimonial" e do "real adquirente", tampouco da alegada irregularidade da utilização de empresa-veículo nessas operações e que trata-se de matéria que encontra aceitação na jurisprudência administrativa e, também, na doutrina e que o fato de a Impugnante ter seguido com a amortização fiscal não caracterizaria o dolo exigido pela legislação para fins de imputação da multa de ofício qualificada.

Afirmou novamente que existia a possibilidade de se utilizar outras estruturas societárias para realizar a aquisição direta do controle da Impugnante pela Cosan e ainda se aproveitar fiscalmente o ágio, mais um motivo pelo qual não poderia ser mantida a multa agravada em questão.

Destacou que seria especialmente incabível com relação à suposta exclusão indevida das despesas com pagamento de JCP. Isso porque, além da indevida alteração do critério jurídico que ensejou tal exigência, as próprias razões fiscais aduzidas para justificar a imposição da multa qualificada não teriam abordado tal infração, vez que não se identificou: (i) violação a norma legal; (ii) existência de documentos falsos; ou (iii) ocultação de informações buscadas pelo Fisco; sendo no máximo um erro na interpretação da legislação fiscal por parte da Impugnante, o que não se confundiria com a prática de conduta dolosa, concluindo que a multa de ofício aplicada teria caráter confiscatório.

A DRJ, por maioria de votos, julgou procedente em parte a impugnação, para: 1) rejeitar as preliminares de nulidade; 2) reduzir o percentual da multa de ofício aplicada para 75%; 3) manter os créditos tributários acrescidos dos encargos moratórios, tendo sido vencido um dos julgadores em relação à redução do percentual da multa de ofício.

Na sequência a DRJ submeteu à apreciação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, de acordo com o art. 34 do Decreto nº 70.235/1972, por força de recurso necessário.

No Recurso Voluntário a Recorrente manteve os argumentos da Impugnação, acrescentando que considera a decisão da DRJ nula em razão de ausência de fundamentação por tendo sido *“estruturado segundo fórmula pronta, que consiste em extensas transcrições da Impugnação apresentada pela ora Recorrente, seguidas de afirmações vagas que em nada explicam ou fundamentam a conclusão que se segue”*.

Afirmou a Recorrente que a ausência de fundamentação do acórdão recorrido configura supressão de instância, violação ao duplo grau de jurisdição e cerceamento ao direito de defesa, pleiteando pela anulação do acórdão nos termos do artigo 59, inciso II, do Decreto 70.235/72, combinado com o parágrafo primeiro do artigo 489 do Código de Processo Civil, cuja aplicação ao processo administrativo se dá de forma supletiva e subsidiária (artigo 15 do CPC) reconhece-se como não fundamentada a decisão não motivada e que se limita a invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão.

Argumentou que seria impossível a cobrança da multa isolada por ser esta exigida caso se verifique a falta de recolhimento dos tributos, ou recolhimento insuficiente, com base em estimativas mensais, antes do término do ano-base e que ainda que fosse possível lançar, após o encerramento do ano-base, multa isolada em razão do não recolhimento dessas estimativas, não poderia haver, sobre a mesma base de cálculo, a cumulação da multa isolada com qualquer outra penalidade, destacando que esse entendimento foi consolidado com a edição da Súmula CARF nº 105, que dispõe que *“a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício”*.

Concluiu que caso fosse decidido pela manutenção dos lançamentos que deram origem a este processo, e tal decisão não ocorresse por unanimidade, seria razoável considerar que haveria, no mínimo, dúvida quanto à infração, não sendo possível aplicar a multa de ofício.

O Recurso Voluntário veio acompanhado de parecer de especialista, tendo a Recorrente apresentado posteriormente laudo da empresa KPMG em 13 de maio de 2024.

Não fora apresentada contrarrazões pela PGFN.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Ricardo Piza Di Giovanni**, Relator

O Recurso Voluntário atende aos requisitos regimentais, pelo que o recebo e dele conheço.

Por sua vez o Recurso de Ofício atende aos requisitos regimentais e foi interposto pela presidência da 1ª Turma da DRJ/02 por haver exoneração de crédito tributário em montante superior a R\$ 15.000.000,00, conforme definido pela Portaria MF nº 2/2023, pelo que o recebo e dele conheço.

Trata-se de análise da operação envolvendo a aquisição por parte do grupo COSAN da participação que o grupo BG detinha na Recorrente, valendo-se, no entender da autoridade fiscal, de uma empresa classificada no Auto de Infração como sendo “empresa veículo”, no caso, a empresa PROVENCE.

O mesmo fato fora analisado no processo 16561.720031/2016-31, em sessão plenária de 15/04/2019, por esta Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara da Primeira Seção que julgou o recurso voluntário e recurso de ofício, decidindo o **Acórdão nº 1402003.851**, em decisão assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2013, 2014

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. SOCIEDADE VEÍCULO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

A utilização de sociedade veículo, de curta duração, colimando atingir posição legal privilegiada, quando ausente o propósito comercial, constitui prova da artificialidade daquela sociedade e das operações nas quais ela tomou parte. As operações levada a termo nesses moldes devem ser desqualificadas para fins tributários.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2013, 2014

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE VERIFICADO. CABIMENTO.

Cabe a aplicação de multa qualificada quando verificado o evidente intuito de fraude por parte do sujeito passivo.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. SOCIEDADE VEÍCULO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

A utilização de sociedade veículo, de curta duração, colimando atingir posição legal privilegiada, quando ausente o propósito comercial, constitui prova da artificialidade daquela sociedade e das operações nas quais ela tomou parte. As operações levada a termo nesses moldes devem ser desqualificadas para fins tributários.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

*Acordam os membros do colegiado: i) por unanimidade de votos: i.i) rejeitar a preliminar de suspensão do julgamento em razão da Medida Provisória nº 765/2016; i.ii) rejeitar a arguição de nulidade do acórdão recorrido por ausência de fundamentação; i.iii) rejeitar a arguição de nulidade do acórdão recorrido por alteração de critério jurídico; i.iv) rejeitar a preliminar de aplicação do art. 24 da LINDB, votando pelas conclusões os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella e Junia Roberta Gouveia Sampaio; i.v) negar provimento ao recurso voluntário relativamente aos juros de mora sobre a multa de ofício; ii) **por voto de qualidade: ii.i) negar provimento ao recurso voluntário relativamente às exigências de IRPJ e CSLL sobre as glosas de amortização de ágio, divergindo os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira e Junia Roberta Gouveia Sampaio que restituíam os autos à DRJ para apreciação dos questionamentos acerca do laudo apresentado para prova do fundamento do ágio; ii.ii) negar provimento ao recurso voluntário relativamente à glosa de juros sobre o capital próprio, divergindo os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira e Junia Roberta Gouveia Sampaio, que davam provimento ao recurso voluntário; e ii.iii) dar provimento ao recurso de ofício, divergindo os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira e Junia Roberta Gouveia Sampaio, que negavam provimento; e iii) por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário relativamente ao restabelecimento dos prejuízos e bases negativas aproveitados no lançamento, divergindo as Conselheiras Junia Roberta Gouveia Sampaio e Edeli Pereira Bessa, que deferiam o pedido.***

Edeli Pereira Bessa Presidente.

MARCO ROGÉRIO BORGES Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Paulo Mateus Ciccone, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Junia Roberta Gouveia Sampaio e Edeli Pereira Bessa.

No momento, a decisão acima aguarda julgamento perante a Câmara Superior do CARF, tendo referido processo 16561.720031/2016-31 sido distribuído para a 1ª Turma no dia 02 de abril de 2024.

Em face do não julgamento definitivo perante a Câmara Superior, entendo que os fatos comportam nova análise em face da nova composição dessa turma 1402.

De acordo com a fiscalização, a Cosan S/A constituiu a empresa Provence Participações S/A em junho de 2010, tendo, a Cosan, 100% da participação societária. Em novembro de 2012, a Cosan teria obtido o controle acionário da Comgás, valendo-se para tanto da

utilização da sua controlada Provence que, ao adquirir formalmente a participação societária de 60,05% da Comgás, com ágio fundado na expectativa de rentabilidade futura, serviu de “empresa veículo”, na interpretação da autoridade fiscalizadora. Em dezembro de 2012, a Provence foi incorporada pela controlada Comgás, que passou a ser a detentora do referido ágio. Com isso, a partir do ano de 2013, a Comgás inicia a amortização do ágio, com fundamento nos artigos 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99.

Ocorre que para a fiscalização a dedutibilidade das despesas com ágio na apuração do IRPJ e CSLL no caso em análise não seria legítima, pelos seguintes motivos principais:

i) o Laudo de Avaliação utilizado teria sido elaborado após a aquisição da Comgás pela Provence e, por tal motivo, seria intempestivo/extemporâneo, de modo que não serviria para fundamentar o ágio pago com base em expectativa de rentabilidade futura.

ii) a Cosan teria se valido de interposta pessoa (Provence) para a aquisição da participação na Comgás, pois a Provence teria sido constituída exclusivamente para viabilizar o aproveitamento de ágio (“empresa veículo”), de modo que a sua utilização na operação não seria dotada de propósito negocial.

iii) de modo que não teria havido a necessária confusão patrimonial entre a real adquirente e a real adquirida.

Além de entender pela indedutibilidade do ágio amortizado pela Comgás, a autoridade fiscalizadora também asseverou serem indedutíveis as despesas de juros sobre o capital próprio (“JCP”) que supostamente teriam excedido o limite permitido pela legislação em face da operação do ágio.

No entendimento da fiscalização, as despesas com JCP teriam sido aumentadas de forma indevida, em razão do incremento do Patrimônio Líquido da Comgás que se verificou pela “constituição de Reserva Especial de Ágio em contrapartida ao registro de ágio existente na Provence” após sua incorporação.

Todavia, analisando sob outro prisma, a DRJ entendeu que, de fato, houve erro na interpretação da fiscalização com relação ao JCP, conforme trecho abaixo constante na decisão ora em análise:

“(…) para fins tributários, as operações artificialmente realizadas devem ser requalificadas, e devem passar a ser vistas como uma operação direta de aquisição do controle da Comgás pela Cosan (...).

A Reserva Especial de Ágio na Incorporação é uma conta que aparece no patrimônio líquido da incorporadora, como contrapartida do montante do ágio resultante da aquisição do controle de companhia aberta que incorporar sua controladora. Desta forma, como bem concluiu a Fiscalização, caso a operação tivesse ocorrido diretamente, sem o uso da empresa veículo, não haveria ágio registrado na Comgás, tampouco haveria incorporação reversa. Consequentemente, não haveria o registro da Reserva Especial de Ágio, nem o aumento do seu Patrimônio Líquido.

A recorrente ainda alegou que caso a Cosan tivesse adquirido a Impugnante, e a incorporasse, não haveria que se cogitar de incremento patrimonial na Impugnante, que seria extinta.

No entanto, o patrimônio líquido da Cosan seria aumentado em virtude da incorporação da Impugnante ao seu capital social, o que resultaria em um aumento do limite de JCP a serem pagos pela Cosan.

(...)

Logo, a parcela da Reserva Especial de Ágio deve ser excluída do patrimônio líquido da Impugnante para fins de apuração da despesa com Juros sobre Capital Próprio.

Por outro lado, a recorrente alega erro na apuração da base dos JCP, em especial, **a inclusão indevida dos ajustes de avaliação patrimonial. Isto porque, em decorrência da alteração legislativa, a partir de 10 de janeiro de 2015, o cálculo do limite de dedutibilidade dos JCP corresponde à soma das contas do patrimônio líquido citadas nos incisos I a V do §8º do art. 9º da Lei nº 9.249/1995 e não mais apenas ao patrimônio líquido após a exclusão do valor de reserva de reavaliação de bens ou direitos, como descrito na redação anterior do §8º.**

De fato, a autoridade lançadora, ao apurar a base de cálculo dos JCP, olvidou as alterações efetuadas no § 8º do art. 9º da Lei nº 9.249/1995 pela Lei nº 12.973/2014. Quer se dizer, identificou a base de cálculo excluindo do Patrimônio Líquido as Reservas de Capital quando deveria considerar as contas Capital Social, Reservas de Capital, Reservas de Lucro, Ações em Tesouraria e Prejuízos Acumulados, cuja metodologia de cálculo se encontra positivada no art. 28 da IN SRF Nº 1515, de 2014, in verbis

(...)

Ao proceder desta forma a fiscalização incluiu indevidamente na base de cálculo dos JCP os Ajustes de Avaliação Patrimonial, que devem ser excluídos neste julgamento

Note-se, portanto, que a DRJ concordou parcialmente com o argumento da então Impugnante com relação ao erro de cálculo da fiscalização quanto aos JCP.

No entanto, referida fundamentação do teor do voto não consta de forma expressa no dispositivo da decisão da DRJ. Se não vejamos:

Dispositivo da decisão da DRJ:

“Ante tudo exposto, voto no sentido de julgar a IMPUGNAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE, para:

- Rejeitar as preliminares de nulidade;
- Reduzir o percentual da multa de ofício aplicada para 75%;
- Manter os créditos tributários indicados na Tabela 9, que devem ser acrescidos

dos encargos moratórios

(...)”

A Ementa também reconheceu a necessidade de corrigir o lançamento tributário com relação à questão da JCP:

JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. BASE DE CÁLCULO.

Para efeitos de dedução na apuração do lucro real, os Ajustes de Avaliação Patrimonial não integram a base de cálculo dos Juros sobre Capital Próprio.

Enfim, entendo que, *data venia*, o dispositivo do acordão apresenta obscuridade com relação à redução da autuação com referência ao cálculo da JCP.

Portanto, entendo que é também matéria de análise do presente caso o cálculo da JCP **mesmo se for decidido contrariamente à tese de aproveitamento de ágio**.

Ato contínuo, efetivamente, sem qualquer dúvida, a DRJ, por maioria de votos, julgou procedente em parte a impugnação para reduzir o percentual da multa de ofício aplicada, abaixo-a para 75% e manteve os créditos tributários acrescidos dos encargos moratórios.

Na sequência a DRJ submeteu à apreciação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, de acordo com o art. 34 do Decreto nº 70.235/1972, por força de recurso necessário. Conforme dito, entendo que **o Recurso Voluntario envolve a questão da redução da multa e a questão da base de cálculo da JCP**.

Preliminarmente, a Recorrente pede a nulidade do lançamento em razão de: erro na apuração do crédito tributário; alteração do critério jurídico para fatos geradores pretéritos; ausência de fundamentação e motivação apropriada, e não observância da LINDB.

Ocorre que os pressupostos legais para a validade do auto de infração são determinados pelo art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, que trata do Processo Administrativo Fiscal, a seguir transcrito:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável

O Auto de Infração preencheu os requisitos de formalidade legais, especialmente os requisitos dispostos no art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, bem como as exigências previstas no art. 142 do CTN.

A Recorrente também solicitou a nulidade do acordão recorrido em razão de ausência de fundamentação. Considera a decisão da DRJ nula em razão de ausência de fundamentação por ter sido *“estruturado segundo fórmula pronta, que consiste em extensas*

transcrições da Impugnação apresentada pela ora Recorrente, seguidas de afirmações vagas que em nada explicam ou fundamentam a conclusão que se segue”.

Afirmou a Recorrente que a ausência de fundamentação do acórdão recorrido configura supressão de instância, violação ao duplo grau de jurisdição e cerceamento ao direito de defesa, pleiteando pela anulação do acórdão nos termos do artigo 59, inciso II, do Decreto 70.235/72, combinado com o parágrafo primeiro do artigo 489 do Código de Processo Civil, cuja aplicação ao processo administrativo se dá de forma supletiva e subsidiária (artigo 15 do CPC) o qual dispõe como não fundamentada a decisão não motivada e qual se limita a invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão.

Ocorre que a decisão recorrida foi fundamentada e apresentou como linha essencial de interpretação a premissa no sentido de que a empresa Provence seria mera “empresa veículo”, sendo o ágio gerado em operações sem fundamento econômico ou propósito negocial, respaldado em laudo de avaliação posterior a operação e, conseqüentemente, afastou todos os argumentos de legalidade de ágio da operação. Mas isso não significa que a decisão da DRJ seja nula porque apresentou referida fundamentação como premissa de interpretação, não configurando supressão de instância, violação ao duplo grau de jurisdição e nem cerceamento ao direito de defesa.

De fato, a DRJ enfrentou todas as questões suscitadas pela ora Recorrente e não somente transcreveu as razões da Impugnante e da fiscalização. A DRJ fez o seu juízo de valor central a considerar a operação da Provence como operação artificial. A DRJ não adotou comportamento contraditório porque seguiu a sua própria jurisprudência e a corrente de entendimento do CARF na qual que se filiou, não tendo se omitido sobre o artigo 146 do CTN.

Portanto, tanto o Auto de Infração como a decisão recorrida foram devidamente fundamentadas. Afasto as preliminares de nulidade.

A Recorrente também invocou o art. 24 do Decreto Lei nº 4657/42, incluído pela Lei 13.655/2018 (LINDB), que determina que:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

A Recorrente, portanto, argumentou que a jurisprudência majoritária administrativa era no sentido de que o aproveitamento do ágio seria legítimo e plenamente válido. Citou alguns números de acórdãos que seriam nesse sentido.

Ora, o contribuinte pautou-se na jurisprudência para decidir a maneira de direcionar sua gestão e quanto mais sólida a jurisprudência maior o nível de segurança jurídica e maior é, conseqüentemente, o desenvolvimento econômico do país.

O Direito Tributário preocupa-se especificamente com a estabilidade jurídica e por esse motivo, dentre outros, prevê no parágrafo único do art. 100, no art. 146 e no art. 149, todos do Código Tributário Nacional, limites à aplicação de novos critérios jurídicos e limites à revisão do lançamento. Por sua vez, o sistema jurídico vem evoluindo na construção de fortalecimento da jurisprudência por meio de institutos de súmulas vinculantes, o que não seria o caso.

Portanto, entendo que não se aplica o art. 24 da Lei de Introdução ‘as Normas do Direito Brasileiro (LINDB) no presente caso.

Ademais, a aplicabilidade do art. 24 à amortização de ágio dependeria da comprovação da existência, ao tempo dos fatos, da "jurisprudência administrativa **majoritária**" a que se refere o parágrafo único daquele artigo.

De fato, a lei não descreve o conceito de “jurisprudência majoritária”, mas parece correta a interpretação no sentido de que a jurisprudência deve ser dominante e pacífica.

Todavia, não se pode afirmar que existia jurisprudência dominante e estável admitindo a dedutibilidade da amortização de ágio nos termos da presente operação, visto que o tema apresenta diversos debates, sendo determinante a análise dos fatos de cada caso.

Nesse sentido, voto no sentido de que seja afastada a aplicação ao caso concreto do art. 24 do Decreto-Lei nº 4.657/1942.

O Recorrente também alega que o acórdão da DRJ seria nulo por motivo de alteração do critério jurídico quando do julgamento e que a DRJ teria acrescentado novos argumentos que não teriam sido trazidos na autuação fiscal. Afirma que a fiscalização jamais apontou a inexistência de ágio e sim ausência de propósito negocial.

Todavia, entendo que a DRJ agiu dentro de sua competência e utilizou fundamentos corretos para apontar seu entendimento sobre a operação sob exame, não se tratando de utilização de novos fundamentos para justificar a manutenção do lançamento.

Por outro lado, não identifico mudança de critério jurídico da fiscalização para fatos geradores pretéritos, não havendo que se falar em afronta ao artigo 146 do CTN.

Também não há que se falar em nulidade do Lançamento Fiscal em Razão de Ausência de Fundamentação e Motivação apropriada.

Afasto, portanto, as preliminares.

DO MÉRITO

Trata-se de operação de ágio não aceita pela fiscalização por entender que fora utilizada “empresa veículo” para gerar ágio lastreado em operações sem propósito negocial.

A Recorrente defende que todos seus atos societários tiveram sim propósito negocial em face da natureza do negócio. Para demonstrar essa afirmação, a Recorrente esclarece que é uma empresa que atua na distribuição de gás natural no Estado de São Paulo, tendo aberto seu capital ao mercado financeiro em 1996 e tendo passado ao controle privado dos Grupos Shell e BG no ano de 1999 por meio de uma concessão de serviço público, vindo a se consolidar-se no ano de 2010 como a maior distribuidora de gás natural do País.

Esclarece também a Recorrente que ano de 2012 a sua estrutura de controle apresentava os Grupos Shell (16%) e Grupo BG (84%), cuja participação estava concentrada na Integral Investments BV (72%), empresa sediada na Holanda e outros acionistas do mercado interno (22%).

Já o Grupo Cosan era, no ano de 2012, capitaneada pela Cosan S/A Indústria e Comércio e composto pela Provence Participações S/A (“Provence”) e por diversas outras empresas como Raízen Energia (açúcar, etanol e cogeração), Raízen Combustíveis, Cosan Lufrificantes, Radar (gestão de terras) e Rumo (logística).

Relata a Recorrente que em **fevereiro de 2012** o Grupo Cosan demonstrou interesse em adquirir referida participação de 60,05% que o grupo BG detinha na Recorrente, o que significaria passar a ter o controle da Recorrente. Para tal, as partes firmaram um contrato de confidencialidade para viabilizar o início das negociações, conforme consignado no *Memorandum of Understanding* firmado entre os referidos Grupos em 02/05/2012 (“MOU” ou Carta de Intenções, fls. 481 a 453 dos autos).

Argumenta a Recorrente que após aprofundar as análises acerca do negócio em questão, o Grupo Cosan constatou que a aquisição e incorporação da Recorrente diretamente pela Cosan não seria a alternativa mais adequada por apresentar os seguintes riscos:

- 1) Menor transparência aos negócios;
- 2) Possibilidade de punição pela Comissão de Valores Mobiliário (CVM);
- 3) Litígio com os demais acionistas da Recorrente;
- 4) Inviabilização dos demais negócios do Grupo;
- 5) Majoração dos custos;
- 6) Perda da concessão do serviço público de distribuição de gás natural no Estado de São Paulo.

Nesse cenário, em abril de 2012, com o intuito de afastar os riscos acima mencionados, o Grupo Cosan decidiu que a Provence (empresa já existente desde 2010, conforme Ata de Constituição de fls. 445 a 474), realizaria a aquisição caso o negócio se concretizasse e para tal o Grupo Cosan aprovou alterações no Estatuto Social da Provence com o intuito de adequá-la a assumir o controle da Recorrente, dentre essas alterações relata a Recorrente que era necessário:

- 1) Alteração do objeto social, para que constasse autorização da Provence deter participação em empresa que exerça as **atividades específicas** da Recorrente ;
- 2) Inclusão de disposições específicas para que fossem obedecidas as regras instituídas por **entes governamentais**, especialmente no que diz respeito às atividades desenvolvidas pela Recorrente

Ato contínuo, em 28/05/2012 foi assinado o contrato de Compromisso de Compra e Venda (fls. 544 a 649) no qual a vendedora (*Integral Investments*) comprometeu-se a vender à Provence as ações da Recorrente detida pelo Grupo BG (representativas de 60,05% do capital), pelo preço de R\$ 3,4 bilhões. Mas, de acordo com a cláusula 3.1 (fls. 550), o contrato de compra e venda somente seria efetivamente concluído mediante a concretização das seguintes variantes:

- 1) **Aprovação do negócio pela Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (ARSESP** – autarquia que regula, controla e fiscaliza os serviços de gás canalizado no Estado de São Paulo);
- 2) Não ocorrência de “Mudança Adversa Relevante” tal como a revogação ou rescisão do Contrato de Concessão da Recorrente (fls. 639), com possibilidade de cancelamento do contrato;

Em 05/09/2012 foi aprovado pela Cosan aumento de capital da Provence em R\$ 3,4 bilhões, complementado em R\$ 12 milhões em 05/10/2012, sendo subscrito pela Cosan (fls. 120 a123) e sete dias após a aprovação do aumento de capital o CADE aprovou a venda das ações da Recorrente.

Para obter o capital necessário para a compra e fazer a respectiva integralização em outubro de 2012 a Cosan realizou a emissão de 3.300 debêntures, captando, com isso, R\$ 3,3 bilhões de reais.

Em 26/10/2012 foi publicada a Deliberação 371 da ARSESP aprovando a transferência do controle societário da Recorrente e em 29/10/2012 e 31/10/2012, a Cosan integralizou o valor de R\$ 3,4 bilhões na Provence (extratos bancários às fls. 729 e 730), tendo sido utilizado esse valor para pagar, em dinheiro, o Grupo BG (fls. 435ª 44 e 680 a 682).

A Recorrente destacou na defesa que o custo de aquisição do controle da Recorrente de R\$ 3,4 bilhões foi desdobrado pela Provence em 1) valor de patrimônio líquido (R\$ 917 milhões) e 2) ágio pago em razão da rentabilidade futura esperada (R\$ 2,4 bilhões – respaldado em laudo elaborado por empresa especializada, nos termos que DETERMINAVA o artigo 385 do Decreto 3000/99 (Regulamento do Imposto sobre a Renda).

A Recorrente argumentou que em 19/12/2012 ocorreu a incorporação da Provence pela Recorrente pelo valor contábil porque teria sido evidenciado o afastamento dos riscos mencionadas anteriormente e fora concluído a aquisição do controle da Recorrente pela Provence.

Nesse momento, em razão das disposições do artigo 6º da Instrução CVM 319, o ágio ate então registrado na controladora Provence foi contabilizado em conta específica do ativo diferido, tendo como contrapartida a conta de patrimônio líquido denominada “Reserva Especial de Ágio, no montante equivalente a R\$ 844.140.795,20, reunindo-se em um única estrutura, a adquirente (Provence) e a adquirida (Recorrente), cumprindo-se, assim, no entender da Recorrente o requisito previsto no artigo 386 do RIR/99 para que o ágio pago com fundamento de rentabilidade futura seja dedutível para fins fiscais.

Em face dessa sequência de fatos e fundamentos, a Recorrente justifica as operações societárias como necessárias para a aquisição do controle da Recorrente pelo Grupo Cosan sem expor os envolvidos a diversos riscos elevados, sendo a dedutibilidade fiscal do ágio, no entendimento da Recorrente, consequência do conjunto das operações analisadas, com efetivo propósito negocial.

No entanto, a DRJ entendeu que a operação deveria ter sido realizada sem a participação da empresa Provence, a qual classificou como mera “empresa veículo”. Com o objetivo de evidenciar os fundamentos da decisão da DRJ, segue abaixo resumo dos mesmos fatos acima descritos com o corte temporal e interpretativo realizado nos termos do relato de fatos incontroversos, constante na decisão da DRJ, abaixo transcrito:

- ***A Provence foi constituída em 11/06/2010, com o capital social de R\$ 1.000,00, a ser integralizado, pela Cosan S/A Açúcar e Alcool, CNPJ 08.070.508/0001-78, com 99% de participação, e pela Agrícola Ponte Alta S/A, CNPJ 05.495.024/0001-82, com o 1% restante, empresa essa igualmente pertencente ao grupo Cosan;***
- ***No Livro de Ações da Provence consta que em 27/05/2011 a Cosan S/A– Açúcar e Alcool vendeu 987 ações e a Agrícola Ponte Alta vendeu 10 ações da Provence para a Cosan S/A - Indústria e Comércio. Em 01/07/2011, Rubens Ometto Silveira Mello, Pedro Isamu Mizutani e Marcelo Eduardo Martins cederam 1 ação da Provence cada um para a Cosan S/A – Indústria e Comércio. Dessa forma, a Cosan S/A – Indústria e Comércio passou a deter todas as 1000 ações da Provence;***
- ***A Provence permaneceu inativa até 03/04/2012, data em que são realizadas Assembléias Gerais Ordinária e Extraordinária. Nesses atos foram aprovadas as Demonstrações Financeiras da Provence findas em 31/03/2011, na qual constam apenas o capital social de R\$ 1.000,00, ainda não integralizado, e despesa com empresa ligada de R\$292,00;***
- ***Foram aprovadas mudanças no Estatuto Social, com a mudança da sede para o mesmo endereço da Cosan S/A – Indústria e Comércio (Av. Juscelino Kubitschek, 1327, 4º andar, sala 16) e, principalmente, alterações necessárias para assumir o controle da Comgás, como a introdução de novo objeto social no artigo 3º consistente em “participação societária, majoritária ou não, em sociedade que explore ou que venha a explorar serviços públicos de distribuição de gás canalizado em todo território nacional (...) de sua produção própria ou não” e do artigo 35, de obrigações adicionais, em que “A Companhia se obriga a cumprir rigorosamente, por si, suas investidas e/ou coligadas, as normas legais, regulamentares e disposições contratuais pertinentes às atividades relacionadas ao seu objeto social e/ou***

objeto social de suas investidas e controladas, especialmente no que diz respeito à prestação de serviço público de distribuição de gás e atividades a esta correlatas”;

- *Em 12/04/2012, a Comgás publicou Fato Relevante sobre as negociações entre o seu controlador indireto BG Gás São Paulo Investments BV e a Cosan S/A – Indústria e Comércio com relação a essa participação indireta;*
- *Em 03/05/2012, novos Fatos Relevantes, da Comgás e da própria Cosan (doc. 75), informam que foi firmado um Memorando de Entendimento (MoU) entre BG Gás São Paulo Investments BV e a Cosan S/A – Indústria e Comércio para a alienação da participação de 60,1% na Comgás por R\$ 3,4 bilhões (US\$ 1,8 bilhões);*
- *O Memorando de Entendimento (MoU), traduzido como Carta de Intenções, informa que teria sido assinado em 02/05/2012, entre a Cosan S/A – Indústria e Comércio e a BG Gas São Paulo Investments BV;*
- *Consta no MoU que em 13/02/2012 havia sido assinado um Contrato de Confidencialidade entre essas partes, em que discutiram uma possível aquisição pela Cosan da participação acionária indiretamente detida pela BG na Comgás. Essa participação acionária deveria ser vendida à Cosan pela Integral Investments BV, veículo da joint venture entre a BG e a Shell Gas BV, na qual a BG detém uma participação majoritária;*
- *A Carta de Intenções segue definindo a priori as condições desse negócio e o que deveria constar no Contrato de Compra e Venda, incluindo as partes que o assinarão, como a Provence, e as fiadoras dessas partes, além da participação da Shell nesse negócio. Consta anexo à Carta de Intenções o modelo do Contrato de Compra e Venda;*
- *Já em 28/05/2012, outro Fato Relevante da Comgás comunicou que foi firmado um Contrato de Compra e Venda da Comgás entre a BG Gas São Paulo Investments BV e a Provence Participações S/A, controlada da Cosan S/A – Indústria e Comércio, para a venda de 60,1% da participação indireta detida pela BG Gas São Paulo Investments BV pelo valor total de R\$ 3,4 bilhões, correspondente a R\$ 47,25 por ação ordinária e R\$ 47,25 por ação preferencial;*
- *A Cosan também divulgou fato relevante informando sobre o Contrato de compra do controle da Comgás, firmado pela sua controlada Provence, o qual estabeleceu os termos e condições pelos quais a Provence se obrigou a adquirir da sociedade Integral Investments BV (“Integral”), participação equivalente a 60,1% do capital social total da Comgás;*
- *Nessa mesma data de 28/05/2012 foi realizada uma reunião do Conselho de Administração da Provence, composto por Rubens Ometto Silveira Mello (presidente do Conselho), Burkhard Otto Cordes e Marcelo de Souza Scarcela Portela, em cuja ARCA consta que: foi autorizada a celebração pela Provence, como compradora, do Contrato de Compra e Venda de Ações para aquisição de participação na Comgás equivalente a 72,7% das ações ordinárias e 14,1% das ações preferenciais pelo valor total de R\$ 3,4 bilhões, além de aprovar a autorização para a Provence assinar com o grupo Shell, na data de fechamento da transação de aquisição da Comgás, o primeiro aditivo ao Acordo de Acionistas da Integral Investments B.V.;*

• *Note-se que, nessa data, a Provence tinha o capital social de apenas R\$ 1.000,00, e ainda não integralizados. **Os recursos para a compra só seriam disponibilizados (juridicamente) em 05/09/2012 mediante a AGE que aprovou o aumento de capital social. Entretanto, tais recursos somente seriam efetivados no final de outubro de 2012;***

• ***O Contrato para Venda e Compra de Ações da Comgás, datado também de 28/05/2012, foi firmado por Integral Investments BV (vendedora), BG Gás São Paulo Investments BV, BG Energy Holdings Limited (garantidora da BG Gás São Paulo), Provence Participações S/A (compradora) e Cosan S/A – Indústria e Comércio (garantidora da compradora);***

• *Nesse contrato são apresentadas premissas, como:*

a) *a Vendedora é detida conjuntamente, na data do contrato, pela BG e a Shell;*

b) *a Vendedora e a BG se propõem a vender, e a Compradora se propõem a comprar, as Ações de titularidade da BG;*

c) *em 02/05/2012, a BG e a Garantidora da Compradora celebraram um memorando de entendimentos condicional à operação proposta (MoU) e as condições estabelecidas na cláusula 2.1 do MOU encontram-se satisfeitas (essa cláusula trata de “Consentimentos da Shell”);*

• *A cláusula 2.1 do contrato trata do preço. Diz que o preço das ações será:*

a) *o preço inicial; mais;*

b) *a proporção da participação acionária em qualquer valor de aporte de capital; menos*

c) *a proporção da participação acionária em quaisquer valores de dividendos. Já no Anexo 7 – Definições, consta que: “Preço inicial significa R\$ 3.400.000.000,00”;*

• ***O Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – aprova a aquisição em agosto de 2012, e a Arsesp – Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – aprova a operação em 26/10/2012;***

• *Com a aprovação do Cade, foi realizada a AGE de 05/09/2012, em que foi aprovado o aumento do capital social da Provence em R\$ 3.400.000.000,00 mediante a emissão de 3.400.000.000 de novas ações ordinárias, sem valor nominal, ao preço de emissão de R\$ 1,00 cada uma, totalmente subscrito pela Cosan S/A – Indústria e Comércio. Esse valor seria integralizado em moeda corrente, mas com prazo de 90 dias para isso, passando o capital social para R\$ 3.400.001.000,00;*

• *Em nova AGE de 05/10/2012, foi efetuada uma complementação de aumento de capital, de mais R\$ 12.000.000,00 mediante a emissão de 12.000.000 de novas ações ordinárias ao preço de emissão de R\$ 1,00 cada uma, também totalmente subscrito e integralizado pela Cosan S/A – Indústria e Comércio, e também com prazo de 90 dias para ser integralizado, em moeda corrente nacional. **Com isso, o capital social da Provence passou a ser de R\$ 3.412.001.000,00, representado por 3.412.001.000 ações ordinárias nominativas, sem valor nominal;***

• *Esse prazo de 90 dias para integralização dos aumentos de capital se explica pelo fato de a Cosan só obter os recursos necessários através da emissão de debêntures, o que foi efetuado apenas em 22/10/2012. Os recursos foram disponibilizados nas seguintes datas;*

• *Em 05/11/2012, são publicados Fatos Relevantes pela Comgás e pela Cosan. O fato relevante da Comgás dá conta de que a Cosan S/A – Indústria e Comércio concluiu a aquisição de 60,05% de participação na Comgás até então detida pelo Grupo BG, após obter a autorização necessária da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (“ARSESP”) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”);*

• *O Fato Relevante da própria Cosan anunciou que concluiu a compra de 60,05% de participação na Comgás pelo montante total de R\$ 3,4 bilhões, e novamente informou que: “Em atenção ao disposto no art. 256 da Lei das S.A., será convocada Assembléia Geral Extraordinária da Cosan para deliberar sobre a operação, sendo certo que, juntamente com a publicação do edital de convocação, serão disponibilizados, aos acionistas, os documentos e informações necessários, incluindo aqueles exigidos pelo Anexo 19 da Instrução CVM 481/2009”;*

• *É de se notar que, mais uma vez, a Provence sequer é citada nesse fato relevante da Cosan – Indústria e Comércio. Outra observação, é que a Cosan anuncia que vai convocar AGE para deliberar sobre a operação, o que acaba fazendo em 17/12/2013;*

• **Os pagamentos ao beneficiário vendedor foram efetuados através de remessa externa por meio de Contratos de Câmbio.** *Apresentou dois Contratos de Câmbio, um com o Bradesco no valor de US\$ 809.212.689,31, equivalentes a R\$ 1.643.753.735,80 (doc. 29A), e o outro com o Itaú BBA (doc. 29B) no valor de US\$ 723.562.915,90, equivalentes a R\$1.469.773.351,07 (taxa de câmbio de R\$ 2,031300 / US\$).*

O fiscalizado informou que esses valores das remessas pelos contratos de câmbio estão líquidos do IRRF incidente sobre o ganho de capital auferido pela vendedora Integral Investments BV.

Portanto, o relato da DRJ indica que a empresa Provence ficou praticamente 2 anos sem movimentação real (de 11/06/2010 a 03/04/2012) e que a Cosan Indústria *tinha o capital social de apenas R\$ 1.000,00, sendo o recursos disponibilizados (juridicamente) em 05/09/2012 mediante a AGE que aprovou o aumento de capital social. Entretanto, tais recursos somente seriam efetivados no final de outubro de 2012.*

Logo, pode-se afirmar que a Provence, que já existia há mais de 2 anos, foi capitalizada pela Cosan Indústria com o objetivo de adquirir a CONGÁS. Isso é incontroverso nos autos.

No entendimento da DRJ, o fato da Provence existir há mais de 2 anos e anteriormente a operação, não afastou a característica de que referida empresa existiu apenas para adquirir a Recorrente.

Concordo com essa premissa. De fato, a Provence existiu exclusivamente para o objetivo de adquirir a Recorrente, mas isso não significa invalidar a operação por esse motivo.

Também não significa, nesse caso, aplicar ou não o entendimento de ser “*legítimo uma holding só para figurar na aquisição e depois ser extinta*”. A argumentação da defesa não se resume a apontar a Provence como uma mera *holding*. A Provence teria outras funções essenciais.

Ou seja, a pergunta que deve ser examinada é: a empresa Provence era necessária para a operação em análise ou foi criado unicamente para “gerar o ágio”?

A fiscalização e a DRJ, dentro de seu legítimo papel de defender o Tesouro Nacional, tendem a interpretação contrariamente ao contribuinte ao simples fato de existir uma estrutura societária intermediária, é uma precaução legítima, porque sim, algumas vezes a empresa intermediária, classificada como “empresa veículo” objetiva tão somente criar uma despesa artificial e desnecessária, com abuso da forma, abuso de direito, sem partes independentes.

Portanto, reconheço a premissa de que a Provence foi uma empresa intermediária criada para ser usada com o propósito de adquirir uma empresa, mesmo que tenha sido criada muito antes da operação em debate.

Todavia, entendo que temos de buscar na nossa interpretação o MOTIVO para a criação da empresa Provence, além da economia de tributos.

Conforme relato acima, é pacífico afirmar que a compra foi confirmada após a aprovação do Cade, tendo sido realizada a AGE de 05/09/2012, em que foi aprovado o aumento do capital social da Provence em R\$ 3.400.000.000,00 mediante a emissão de 3.400.000.000 de novas ações ordinárias. Esse valor seria integralizado em moeda corrente, mas com prazo de 90 dias para isso, passando o capital social para R\$ 3.400.001.000,00. Em nova AGE de 05/10/2012, foi efetuada uma complementação de aumento de capital, de mais R\$ 12.000.000,00 mediante a emissão de 12.000.000 de novas ações ordinárias também totalmente subscrito e integralizado pela Cosan S/A – Indústria e Comércio, e também com prazo de 90 dias para ser integralizado, em moeda corrente nacional. Com isso, o capital social da Provence passou a ser de R\$ 3.412.001.000,00, representado por 3.412.001.000 ações ordinárias nominativas, sem valor nominal.

Nesse sentido, é incontroverso nos autos que a Cosan obteve os recursos necessários através da emissão de debêntures pela Cosan para aplicar esse recurso na integralização do capital social da Provence e comprar a participação majoritária na Recorrente. Portanto, é incontroverso que ocorreu EFETIVA movimentação de dinheiro e não somente “troca de ações”, sendo possível concluir ainda que esse dinheiro é proveniente do mercado financeiro o qual decidiu assumir riscos na aquisição das debêntures que seriam destinadas à aquisição da Recorrente.

Portanto, é tranquilo afirmar que a Provence foi utilizada para potencializar a entrada de recursos perante a acionista Cosan. Mas seria possível afirmar também que a Provence foi necessária para diminuir riscos financeiros, risco de mercado de ações e de mercado específico de concessão pública?

Ora, também é incontroverso, pelo relato da DRJ, que a compra foi efetivada SOMENTE após a aprovação de órgãos governamentais e que existia risco dessa aprovação não ocorrer e que o mercado de debentures calculou esse risco. Nesse sentido, podemos concluir que o mercado financeiro identificou o risco mediante a transparência da operação.

Logo, a empresa Provence mostrou-se útil para dar transparência ao mercado, fonte de recursos, mostrou-se útil para que o capital não fosse transferido ao vendedor antes de ser confirmada a autorização dos órgãos governamentais. Isso seria suficiente para caracterizar a Provence como necessária e com propósito negocial a justificar o ágio? Entendo que precisamos antes ressaltar um ponto sobre legalidade do ágio para chegarmos a essa resposta.

Conforme é de conhecimento, a legislação pátria permite a amortização de ágio gerado com base em expectativa de rentabilidade futura, nos termos do art. 386, III do RIR/99.

Na época dos fatos estava vigente a regra do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77, cuja redação é reproduzida pelo artigo 385 do Decreto 3.000/99 (Regulamento de Imposto de Renda), abaixo transcritos:

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.

(...)

§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

De acordo com a norma acima transcrita, que vigorou até 31/12/2014 (a alteração da lei 12.973/2014 passou a valer a partir 1º de janeiro de 2014), o ágio correspondia à diferença entre o custo de aquisição do investimento e seu valor de patrimônio líquido pelo método da equivalência patrimonial ("MEP), devendo ser fundamentado com base e um dos três fundamentos: a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

No presente caso, a adquirente desdobrou o valor total do custo de aquisição da participação societária na Recorrente em investimento pela equivalência patrimonial e ágio, com fundamento na expectativa de rentabilidade futura da Recorrente. A lei foi cumprida nesse aspecto.

A própria fiscalização reconheceu que houve o efetivo pagamento, entre partes independentes. Isso é ponto incontroverso nos autos.

Em face da incorporação da Provence nasce o direito à amortização fiscal do ágio, nos termos dos artigos 7 e 8º da Lei 9.532/97, abaixo transcrito:

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 subseqüentes 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.

Destarte, de acordo com as regras acima transcritas, os requisitos seriam:

- 1) aquisição de participação societária adquirida com ágio;
- 2) absorção do patrimônio da investida em virtude de fusão, cisão ou incorporação (ou a absorção da investidora pelo investida);
- 3) fundamentação econômica ágio lastreada em expectativa de rentabilidade futura.

Portanto, pela legislação acima apontada, a operação com a Provence cumpriu os requisitos legais da utilização do ágio. Isso significa que no caso de glosa dos valores de ágio amortizado, caberia à autoridade fiscal descrever detalhadamente os motivos que o levaram a concluir pela indedutibilidade dessa despesa.

Ou seja, necessário que a autoridade fiscal descrevesse os motivos que tornam a despesa de amortização do ágio indedutível, sendo que a mera identificação da amortização do ágio não é suficiente para a glosa pretendida. O simples fato de haver uma operação de aquisição com geração de ágio não é suficiente para tornar a despesa de amortização desse ágio indedutível.

Uma significativa jurisprudência CARF é no sentido de que nos casos referentes à amortização de ágio mediante utilização de “empresas de passagem” ou “empresas veículo”, deve-se analisar, em **cada caso**, se o único propósito de assim se proceder foi a economia

tributária, ou, de modo diverso, se há outros propósitos negociais que justifiquem a constituição ou utilização de pessoa jurídica já existente com o único intuito de redução de tributos.

A barreira para a aprovação do ágio, portanto, seria a existência de empresa veículo conjugado com a ausência de propósito negocial.

A Recorrente argumenta que legislação do ágio não exige propósito negocial e a fiscalização não somente entende que se faz necessário o propósito negocial como apontou que no presente não houve propósito negocial. Mas a Recorrente, superando a questão teórica da exigência ou não do propósito negocial, apresentou o que entende como o correto conceito de propósito negocial, apontando o entendimento de que o conceito seria no sentido de que “*os atos praticados pelo contribuinte devem estar ligados à finalidade e à atuação desse contribuinte no mercado*”. Resta-nos, portanto, entender se a finalidade da Provenge foi cumprida e se essa finalidade era necessária na operação.

Já sabemos que no presente caso, sob o aspecto da legalidade do ágio não há dúvida de que fora respeitada a legalidade. No entanto, o argumento da fiscalização é no sentido de que o ágio não poderia ter sido obtido com a participação da Provenge. Novamente, encontramos a questão, a Provenge era necessária e se necessária atuou de acordo com sua finalidade?

É fato que as empresas existem para algo além de gerarem lucro. Eles existem para atender as necessidades da sociedade e precisam fazer sua missão social de maneira eficiente para continuarem viáveis economicamente.

Nesse cenário, o sentido da norma de ágio é justamente viabilizar que as empresas se reestruturem de maneira que o negócio seja fortalecido, sem prejudicar a concorrência e os usuários dos serviços que prestam e dos produtos que fabricam.

Assim, uma vez aprovado pelos órgãos responsáveis as transformações societárias e as respectivas aquisições, as maneiras econômicas de como as empresas adotam, dentro da lei, para se capitalizar, aguardar decisões dos órgãos governamentais devem ser respeitadas pelo Fisco.

Isto porque a norma do ágio incentiva que ocorram operações societárias que aproveitem o ágio. Leia-se é um INCENTIVO legal para o fortalecimento das empresas e é natural que as empresas busquem formalizações societárias para comprovar esse ágio. Ao que tudo indica a Provenge seguir esses propósitos.

Ocorre que para justificar a glosa da dedução do ágio a fiscalização se valeu dos argumentos trazidos no curso dos processos nº 16561.720031/2016-31, reproduzido às folhas 1440-1462, e a ainda acrescentou que:

- *O laudo apresentado, por ter sido formulado depois da apuração do ágio, é imprestável para atestar o ágio pautado na rentabilidade futura das participações societárias avaliadas;*

- Não houve confusão dos patrimônios da real investidora COSAN e da investida COMGÁS.

Por sua vez, a DRJ entendeu que não existe propósito negocial na operação e que este deve estar evidenciado para se permitir a existência do ágio.

No entanto, restou incontroverso nos autos que a operação de compra e venda no presente caso tinha evidentes riscos, envolvia valores extremamente altos, dependia da aprovação de órgãos oficiais para ser concluído.

Referido RISCO no sentido da compra e venda não ser aprovada (e concluída) precisava ser transparente para os acionistas e para os adquirentes das debentures, razão pela qual a utilização da Provence faz sentido nos aspectos de passar confiabilidade para o mercado adquirir as debentures.

A Provence registrou todos os valores relativos à aquisição e, ao não ser utilizada para outras operações, permitiu que os valores envolvidos na operação não se confundissem com os valores referentes aos demais negócios da Cosan, o que facilitou o conhecimento integral da operação a todos *stakeholders* (interessados). Isso significa que os acionistas, entes governamentais, investidores puderam acompanhar as etapas da negociação na medida em que os riscos eram apresentados e superados.

A Provence estava obrigada a seguir os princípios de contabilidade, dentre eles o princípio da entidade, segundo o qual o patrimônio da sociedade deve ser separado do patrimônio dos seus sócios e acionistas, consagrando o princípio da autonomia patrimonial da sociedade em relação aos seus sócios e acionistas. O ingresso do capital originário das debentures não poderia se confundir com o capital da Cosan. Determinados investidores “apostaram” na operação com a Congás, mas não foram todos os acionistas da Cosan que necessariamente investiram na Congás, foram os investidores manifestados nas debentures mais especificamente.

Note-se que a Provence é uma *holding* e tem como objeto social justamente o de participar em outras sociedades, de participar de uma atividade econômica de terceiros. Ou seja, o propósito negocial da Provence foi atendido. Ela existia justamente para participar na atividade da Recorrente enquanto a compra não fosse efetivada. A Provence existiu enquanto estava realizando o seu propósito específico com transparência. De fato, a transparência que a Provence viabilizou é evidente. Assim, apesar da Provence ter agregado um conforto inegável à operação, ainda assim ela seria necessária e imprescindível?

Ora, até o momento já concluímos nesse voto que os aspectos formais e legais do ágio foram cumpridos, que ocorreu pagamento em dinheiro, que as partes eram independentes e que a *holding* exerceu o seu propósito negocial de *holding* ao manter a participação na empresa vendida enquanto os demais riscos eram superados, tendo ainda viabilizado o investimento do mercado em debentures por meio de transparência da negociação.

E esse é o ponto essencial. Seria necessário aguardar a aprovação dos órgãos governamentais para concluir o negócio sob o ponto de vista de risco? Qual seria a maneira menos arriscada de assegurar o *time* adequado das negociações, de manter seguro o capital investido (originário de debentures).

Nesse ponto, para mim, a Provence foi essencial e necessária para a presente operação, evidenciando o propósito negocial para validar o ágio.

Ora, a Recorrente atua na distribuição de gás natural canalizado em São Paulo por meio de exploração de serviço público obtida em 1999.

Ocorre que a Lei 8.987/95 dispõe condições para a transferência da concessão, e a principal é no sentido de que a *transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão*, conforme abaixo transcrito:

Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá: [Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.196, de 2005](#)

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

Portanto, a concessão ou o controle da concessionária não podem ser transferidos sem a prévia autorização do Poder Concedente.

E ainda, o Decreto do Estado de São Paulo número 43.888/99 dispôs sobre a outorga de concessão para exploração dos serviços de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo à COMGÁS e expressou também diversas condições para a realização de transferência, dentre as mais importantes a aprovação de contrato pelo órgão cedente com a **exigência de que a concessionária deveria ter distribuição de gás canalizado como função prioritária**, apenas sendo possível exercer outra atividade se esta 1) não interferir na principal; 2) for objeto de autorização prévia do órgão competente; 3) tiver suas receitas contabilizadas separadamente e 4) contribuir para a redução das tarifas.

Ou seja, a Cosan não teria o objeto social adequado para comprar a Recorrente! Se a Cosan comprovasse diretamente a Recorrente os órgãos governamentais poderiam vetar a transação. Quais seriam os custos para adequar o objeto social da Cosan às exigências da concessão? Isso não inviabilizaria os demais negócios da Cosan e não prejudicaria os demais acionistas?

Nesse cenário, me parece mais justo reconhecer que a Provence foi sim necessária e que sem ela talvez o próprio negócio não se concretizasse porque não viabilizaria a redução expressiva de custos para atender as exigências da concessão, não daria transparência e não atrairia capital do mercado financeiro materializado nas debentures.

De fato, sem a aprovação da ARSESP poderia ocorrer o cancelamento do negócio ou poderia ocorrer a perda da concessão pela Recorrente, caso se insistisse no negócio, na medida em que a falta da autorização prévia do órgão competente implicaria na caducidade da concessão nos termos do artigo 27 da Lei 8.987/95.

Desta maneira, não há que se falar em desrespeito ao artigo 187 do Código Civil posto que não ocorreu o abuso de direito, vez que não excedido os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes.

Entendo que em decorrência do princípio da livre iniciativa, as empresas podem escolher a forma mais adequada para organizar seus negócios e obter os recursos financeiros necessários para atingir seus objetivos institucionais.

A Recorrente fez uso de um direito mediante causas reais que levaram a seguir a forma e o caminho que trilhou. A auto-organização não foi única e exclusivamente com a finalidade predominante de pagar menos imposto, não configurando no caso abuso de direito e nem fraude à lei.

Ora, é incontroverso nos autos que o Grupo Cosan demonstrou interesse em adquirir parcela da participação que o Grupo BG detinha na Comgás. Em razão disso, as partes citadas firmaram um contrato de confidencialidade, o qual permitiu o início das negociações. Isso demonstra que uma operação dessa magnitude demanda risco e análise de muitas variáveis.

Nas palavras da DRJ, *neste momento torna-se importante destacar dois fatos que se entende estarem devidamente comprovados nos autos deste processo: • O objetivo da Cosan, desde o início, era adquirir a participação na Comgás, de forma que pudesse exercer um controle direto sobre essa empresa. • A Provence foi utilizada como empresa veículo, tendo sido tirada da inatividade apenas para realizar a compra da participação na Comgás e depois ser por esta empresa incorporada.*

Apesar de concordar com a decisão da DRJ no sentido de que o objetivo *da Cosan, desde o início, era adquirir a participação na Comgás* não concordo em caracterizar a empresa Provence como mera “empresa veículo” com a finalidade única de obtenção de ganhos tributários.

A Provence foi fundamental para viabilizar o negócio e não especificamente a economia tributária.

Ocorre que a DRJ e a fiscalização entendem que *o caminho mais óbvio e direto para que a Cosan pudesse atingir o seu objetivo era firmar um contrato de compra e venda com a Integral para adquirir a participação na Comgás.*

No entanto, nesse caso, entendo que, a despeito de qual empresa foi utilizada na aquisição do investimento, era absolutamente legítima a opção dos controladores remeterem os recursos a quaisquer de suas controladas para realização da aquisição de investimento. Raciocínio diverso implicaria dizer que os controladores iriam expor a COSAN a riscos da negociação. Note-se que a negociação ocorreu em etapas, com decisões importantes a serem tomadas em cada etapa.

De fato, dentre outros aspectos, se a Cosan incorporasse a Recorrente, além dos custos e desafios naturais e inerentes a uma incorporação realizada entre companhias de capital aberto, aquela teria que restringir sua atividade principal à concessão. E mais, se a Cosan tivesse adquirido a Recorrente diretamente e sido incorporada por ela, haveria os seguintes riscos: arcar com os custos e enfrentar um processo na CVM; sofrer as sanções da CVM; arcar com os custos e enfrentar um processo no judiciário; pagar indenização aos lesados; cancelamento do negócio; e perda da concessão pela Recorrente.

De fato, é aceitável a justificativa da Recorrente no sentido de que *“somente após afastados os riscos que se apresentavam na “aquisição direta” da Recorrente pela Cosan e concluída a aquisição do controle da Recorrente pela Provence, o Grupo Cosan identificou que não havia mais sentido em se incorrer nos gastos e eventuais perdas financeiras que a manutenção desta holding intermediária acarretaria. Deste modo, deliberou-se a incorporação da Provence pela Recorrente a valor contábil.”*

Ademais, conforme argumentado pela Recorrente, *um dos motivos que levou o Grupo Cosan a contar com a participação da Provence na aquisição do seu controle foi possibilitar maior transparência para a operação. Isso porque, todos os valores relativos à aquisição ficaram registrados na Provence, uma empresa que não possuía outras atividades ou investimentos, motivo pelo qual não se confundiram com os valores referentes aos demais negócios da Cosan, o que facilitou o conhecimento integral da operação a todos os interessados (acionistas, credores, entes governamentais, etc.), conforme respostas constantes nos Termos de Intimação Fiscal (“TIF”) (fls. 820 a 831 dos autos) e 08 (fls. 842 a 855 dos autos) objeto do procedimento fiscal que culminou no lançamento objeto do processo administrativo nº 16561.720031/2016-31.*

Continuou a ora Recorrente, *de fato, enquanto (i) na empresa com objeto único todos os atos, registros, custos, demonstrativos etc. estarão necessariamente vinculados à operação que se quer analisar, (ii) na sociedade que possui diversos negócios os mesmos dados relativos a um negócio específico estarão dispersos/diluídos entre inúmeros outros atos, registros, custos, demonstrativos etc.*

A Recorrente também esclareceu ao longo do processo que atua na distribuição de gás natural canalizado em uma grande região do Estado de São Paulo por meio da exploração de concessão de serviço público obtida em 1999 e que as concessões de serviço público são regulamentadas por fontes específicas no ordenamento jurídico, motivo pelo qual a resolução do presente caso dependeria, também, da análise de alguns dos dispositivos insertos nestas fontes. Vejamos esse fato nos termos da Recorrente, os quais foram reproduzidos na decisão da DRJ:

[...] Ao se examinar os dispositivos acima, constata-se que a Concessionária:

*a) **deve ter a distribuição de gás canalizado como função prioritária/atividade principal,** apenas sendo possível exercer outra atividade se esta*

(i) não interferir na principal,

(ii) for objeto de autorização prévia do órgão competente,

(iii) *tiver suas receitas contabilizadas separadamente e*

(iv) *contribuir para a redução das tarifas (Cláusula 1a, 2a Subcláusula);*

b) pode ser exigida a constituição de sociedades diferentes para realizar outras atividades (Cláusula 1a, 3a e 4a Subcláusulas);

c) deve requerer autorização prévia ao órgão competente antes de alterar o controle acionário da Impugnante (Cláusula 8a, 5a Subcláusula);

d) deve adotar o plano de contas estabelecido pelo órgão competente (Cláusula 8a, 9a Subcláusula); e

*e) **deve segregar as receitas, custos e despesas relativas à atividade principal para fiscalização pelo Poder Concedente, órgão competente (CSPE/ARSESP) ou usuários (Cláusula 14a, 8a Subcláusula).** Desta forma, verifica-se que a Impugnante (ora Recorrente), para figurar como Concessionária, está sujeita a uma série de regramentos específicos que determinam aspectos elementares de uma companhia como atividade principal, possibilidade de exploração de outras atividades, critérios/exigências contábeis etc.*

Já o Grupo Cosan, como visto anteriormente, tinha (e ainda tem) o objetivo de ser reconhecido como referência nos setores de energia e infraestrutura, razão pela qual, à época dos fatos, a Cosan possuía participações nas seguintes empresas: Raízen Energia (açúcar, etanol e cogeração), Raízen Combustíveis (distribuição de combustíveis), Cosan Lubrificantes (produção e distribuição de produtos automotivos e industriais), Radar (gestão de terras) e Rumo (logística).

Assim, constata-se que a Cosan participava em diversos negócios, os quais possuíam objetos e estruturas diferentes, bem como tinham como campo de atuação setores e atividades distintas.

Tendo em vista que, como se demonstrou nos parágrafos acima, não havia qualquer vedação à incorporação da Impugnante pela Cosan (ou vice versa), mas apenas a exigência de prévia autorização pelo Poder Concedente (artigo 27 da Lei n 8.987/95), era possível que a Cosan adquirisse a Impugnante diretamente, registrasse o ágio pago decorrente desta aquisição e, após a mencionada incorporação, amortizasse o ágio para fins fiscais.

*Ocorre que, se a Cosan incorporasse a Impugnante, além dos custos e desafios naturais e inerentes a uma incorporação realizada entre companhias de capital aberto, aquela teria que restringir a sua atividade principal à concessão, manter somente as atividades que o Poder Concedente entendesse compatíveis com a referida concessão, **bem como adotar o plano de contas e as demais exigências contábeis determinadas pelo Estado de São Paulo, dentre outras obrigações.***

Entretanto, a implementação das alterações acima provavelmente resultaria, para a Cosan:

*(i) **em despesas expressivas, perdas de receitas e de representatividade nos setores de energia e infraestrutura, com a venda para "Terceiros" dos "Outros Negócios" (de valores extremamente relevantes), ou em despesas vultosas com a constituição/manutenção de outra estrutura (Cosan "B") para a segregação destes "Outros Negócios", eis que as***

atividades destes últimos são bem diferentes daquela exercida na concessão, como mencionado no tópico anterior e evidenciado em detalhes neste item;

(ii) em despesas consideráveis para se adaptar à contabilidade ao exigido pelo Poder Concedente; e, ainda que mantida alguma outra atividade,

(iii) na sujeição a outras despesas para segregar as receitas, os custos e as despesas decorrentes da concessão, dos demais valores originados nas outras atividades, bem como, eventualmente na constituição de uma ou mais sociedades para abrigar a atividade mantida na sua estrutura. Resta claro que, não obstante o resultado fiscal fosse o mesmo se a Cosan adquirisse diretamente a Impugnante (como visto no tópico anterior), as despesas, perdas e riscos negociais/econômicos decorrentes de tal opção seriam imensos.

Destarte, reconheço como válidos os argumentos da Recorrente, e entendo que de fato a aquisição, na forma aventada pela Autoridade Fiscal, não era desejável por razões operacionais e econômicas, que comprometeriam os negócios do Grupo Cosan e que está justificada a participação da Provence na presente operação, a qual permitiu que o Grupo Cosan adquirisse o controle de uma empresa relevante para o seu objetivo de se expandir nos setores de energia e infraestrutura, sem que fossem vendidos os demais negócios do Grupo Cosan e evitando-se despesas exorbitantes para a adaptação da Cosan às exigências feitas pelo Estado de São Paulo na concessão, além de diminuir riscos na negociação e dar transparência ao mercado.

Ademais, existiam outras ponderações a serem consideradas na negociação com relação aos Processos CVM e Judiciário, conforme argumentos da Recorrente reproduzidos na decisão da DRJ:

*[...] se a Cosan tivesse adquirido a Impugnante diretamente e sido incorporada por ela estaria configurado, **em tese, um abuso de poder, na medida em que a Impugnante teria assumido o endividamento feito pela Cosan (acionista controladora), para a aquisição do seu próprio controle, o que prejudicaria, por exemplo, os seus demais acionistas que arcariam com uma dívida que não os beneficiou.** Neste cenário, as possíveis consequências para o Grupo Cosan seriam:*

(i) arcar com os custos e enfrentar um processo na CVM;

(ii) sofrer sanções da CVM;

(iii) arcar com os custos e enfrentar um processo no Judiciário; e

(iv) pagar indenização(ões) ao(s) lesado(s).

É o que se passa a demonstrar [...] Com efeito, o ágio ora debatido poderia ser amortizado fiscalmente se a Cosan houvesse adquirido a Impugnante diretamente e fosse incorporada por esta última, uma vez que a configuração de abuso de poder pelo acionista controlador, nos termos do artigo 117 da Lei das S/A e do artigo 15 da Instrução CVM no 319/99, não resulta na nulidade do ato.

Todavia, tal alternativa importava em altos riscos de se iniciar um processo na CVM e/ou no Judiciário, sanções pela CVM e desembolsos significativos a título de custos e

indenizações, riscos estes que foram afastados pela participação da Provence na operação examinada nestes autos.

Por conseguinte, resta evidenciada e comprovada, também pelo fator apresentado nos parágrafos anteriores, a existência de efetivo propósito negocial na participação da Provence na aquisição do controle da Impugnante pelo Grupo Cosan.

Note-se que se tratando de companhia aberta, sujeita às regulamentações da CVM, eventual descumprimento pode implicar, inclusive, a impossibilidade de exercício das atividades da empresa.

Logo, a operação em análise afastou a possibilidade dos acionistas da Cosan serem responsabilizados por dívidas que não contraíram, pois evitou que a Recorrente assumisse o endividamento feito pela Cosan (acionista controladora), o que prejudicaria, os seus demais acionistas que arcariam com uma dívida que não os beneficiou. Neste cenário, o Grupo Cosan teria de (i) arcar com os custos e enfrentar um processo e sanções na CVM; custos com processo no Judiciário; e consequentes indenizações.

Por outro lado, o negócio examinado nestes autos e até mesmo a concessão da Recorrente seriam colocados em risco com a aquisição direta do controle da Recorrente pela Cosan, não obstante o efeito fiscal.

De fato, conforme argumentado pela Recorrente, de acordo com o disposto no artigo 27 da Lei número 8.987/95 e na Subcláusula 5ª da Cláusula 8ª do Contrato de Concessão, a transferência do controle da Concessionária (Recorrente) só poderia ser realizada mediante autorização prévia do Poder Concedente/órgão competente (CSPE/ARSESP). Esse é um fator muito importante. A negociação não poderia ocorrer sem a certeza da transferência da concessão.

Restou incontroverso nos autos que a autorização prévia consistiria no exame pelo órgão competente (CSPE/ARSESP) da estrutura societária proposta pelas empresas envolvidas na alteração do controle da concessionária e que, portanto, ficou demonstrado o risco real da operação não ser concluída e, mais, da necessidade das negociações serem realizadas em etapas, etapas estas que a empresa Provence desempenhou de maneira estratégica para o negócio.

Desta forma, de fato, havia o risco de a ARSESP não aprovar o negócio caso entendesse que a estrutura societária apresentada pudesse ter algum tipo de implicação negativa.

Com todo respeito, entendo que não cabe ao Fisco impor ao contribuinte a adoção de estrutura que seja a mais rentável aos cofres públicos; também não cabe à fiscalização decidir se a aquisição de um negócio deve ser feita pela empresa já existente; não há na legislação brasileira qualquer dispositivo que impeça um grupo industrial de expandir as suas atividades no Brasil e sim o contrário porque a norma do ágio é um incentivo de fortalecimento de atividade para desenvolvimento do país; e não pode o Fisco querer se valer do fato de ter sido criada uma empresa para viabilizar uma sequência de negociações evidentemente necessárias para a conclusão do negócio.

Portanto, o contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio com vistas à redução de custos e despesas, inclusive à redução de tributos, sem que isso, necessariamente, implique qualquer ilegalidade e no presente caso os atos e negócios praticados não se fundamentam em uma aparente legalidade, pois tem sim finalidade empresarial ou negocial.

Ademais, conforme é de conhecimento notório, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.446/DF, via da qual reconheceu a constitucionalidade da inclusão do parágrafo único ao artigo 116 do Código Tributário Nacional, pela Lei Complementar nº 104, de 2001, abaixo transcrito:

Art. 116. (...)

(...)

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

O voto de Cármen Lúcia ministra relatora de referida Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.446/DF foi ressaltada a questão da injuridicidade da adoção de interpretação econômica como elemento configurador da dissimulação da ocorrência do fato gerador nos seguintes termos:

(...)

8. **A norma do parágrafo único do art. 116 não dispõe**, ao contrário do pretendido pela autora, **de espaço autorizado de interpretação econômica**. Ali não se trata da interpretação da lei, o que se dá no Capítulo IV do Código Tributário Nacional intitulado “Interpretação e Integração da Legislação Tributária”.

Tem-se no artigo 110: e aqui ela reproduz o dispositivo

“A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

Esse dispositivo não foi alterado pela Lei Complementar n. 104/2001.

9. **De se anotar que elisão fiscal difere da evasão fiscal**. Enquanto na primeira há diminuição lícita dos valores tributários devidos pois o contribuinte evita relação jurídica que faria nascer obrigação tributária, na segunda, o contribuinte atua de forma a ocultar fato gerador materializado para omitir-se ao pagamento da obrigação tributária devida.

A despeito dos alegados motivos que resultaram na inclusão do parágrafo único ao art. 116 do CTN, a denominação “norma antielisão” é de ser tida como inapropriada, cuidando o dispositivo de questão de norma de combate à evasão fiscal.

(...)

Desta forma, a maioria de votos do STF foi formada no sentido de que o dispositivo só autoriza a descaracterizar as operações realizadas com dissimulação, não se aplicando, portanto, para as hipóteses de economia lícita do tributo. Extrai-se, esse excerto, inclusive, do voto do Ministro Dias Tófoli que no mérito, *cumprе destacar, de início, que o art. 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional não busca impedir, ainda que por vias transversas, o planejamento tributário lícito, mas sim inibir condutas ilícitas.*

Desta forma, uma vez que as operações realizadas pela Recorrente não foram realizadas com dissimulação seria inaplicável a glosa perpetrada pelo fisco.

Portanto, à autoridade administrativa não pode “*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*” (cfe. parágrafo único do art.116 do CTN), **mediante uma interpretação meramente econômica.**

Por sua vez, o ilustre jurista Marco Aurélio Grecco ministra o conceito de que no Planejamento Tributário se faz necessário *analisar o filme todo e não somente uma foto da realidade.* Cada operação no presente caso seria uma “foto”, a princípio, formalmente correta. Todavia, a sequência das “fotos”, ou seja, o filme, demonstra a existência uma operação sequencial com decisões de risco, de despesa, de análise de mercado, de cumprimento de normas da concorrência, de mercado financeiro, em face de uma vontade real das parte de estabelecerem o negócios de maneira segura. A real intenção dos contribuintes é relevada na sequência dos fatos e não na análise individualizada de cada fato, observando-se no presente caso a independência nas partes envolvidas.

A estratégia pode ser classificada como Planejamento Tributário, porque a legislação permite o Planejamento Tributário, permite que o contribuinte busque a maneira menos onerosa de pagar tributos e até mesmo de não pagá-los nos termos da lei. Planejamento Tributário é essencial para o desenvolvimento de um país. Busca-se, nos parâmetros da lei, reduzir custos, eficiência administrativa e otimização das atividades de uma empresa e até mesmo da pessoa física.

Há vasta doutrina e julgados do CARF que dispõem sobre os critérios delimitadores da linha tênue que separam a elisão e a evasão fiscal, quais sejam, abuso de forma, abuso de direito, fraude, simulação, dissimulação, propósito negocial (*business purpose*) e substância sobre a forma (prevalência da substância sobre a forma).

O ilustre e admirável jurista Marco Aurélio Greco esclarece o tema:

No entanto, creio que há outro aspecto a ser ponderado, ao examinar o tema do planejamento tributário (ou da elisão fiscal), e que não se prende, propriamente, à existência do direito, mas ao seu uso, ao modo de seu exercício. A pergunta que se põe é: admitida a existência do direito de o contribuinte organizar a sua vida, este direito pode ser utilizado sem quaisquer restrições? Ou seja, tal direito é ilimitado? Todo e qualquer “planejamento” é admissível?

Minha resposta é negativa. E assim entendo por várias razões.

(pág. 198)

(...)

*Ou seja, **cumpra analisar o tema do planejamento tributário não apenas sob a ótica das formas jurídicas admissíveis, mas também sob o ângulo da sua utilização concreta, do seu funcionamento e dos resultados que geram à luz dos valores básicos de igualdade, solidariedade social e justiça.*** (pág. 202)

(...)

Isso não afasta a possibilidade de o abuso de direito ser qualificado como hipótese de ato ilícito. Assim, no Código Civil de 1916, a doutrina discutia este ponto havendo divergência a respeito, porém, com o advento do Código Civil de 2002 a questão ficou solucionada, pois seu artigo 187 é expresso ao prever que o abuso de direito configura ato ilícito:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

(pág. 206)

(...)

Antes do Código Civil de 2002, o importante era saber se o Fisco poderia se recusar a aceitar os efeitos do ato ou negócio jurídico, invocando para tanto, a existência de abuso de direito, procedendo, como menciona a doutrina francesa, à desqualificação e subsequente requalificação fiscal do negócio ocorrido, para exigir o imposto que seria devido não fora o negócio lícito, mas abusivo.

*Depois do Código Civil de 2002, como o abuso de direito passou a ser expressamente qualificado como ato ilícito, a questão tributária tornou-se muito mais relevante, pois o abuso faz **desaparecer um dos requisitos básicos do planejamento, qual seja, o de se apoiar em atos lícitos.*** (pág. 207)

(...)

No Brasil, entendo que esta possibilidade de recusa de tutela ao ato abusivo (mesmo antes do Código Civil de 2002) encontra base no ordenamento positivo, por decorrer dos princípios consagrados na Constituição de 1988 e da natureza da figura.

*Porém, a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios privados somente poderá ocorrer se puder demonstrar de **forma inequívoca que o ato foi abusivo por ter sido distorcido seu perfil objetivo ou extrapolados seus limites, o que pode, em tese, configurarse, inclusive se tiver por sua única ou principal finalidade conduzir a um menor pagamento de imposto.***

Esta conclusão resulta da conjugação dos vários princípios acima expostos e de uma mudança de postura na concepção do fenômeno tributário que não deve mais ser visto como simples agressão ao patrimônio individual, mas como instrumento ligado ao princípio da solidariedade social. (pág. 208)

(...)

Em suma, não há dúvida de que o contribuinte tem o direito, encartado na Constituição Federal, de organizar sua vida da maneira que melhor julgar. Porém, o exercício deste direito supõe a existência de causas reais que levem a tal atitude. A auto-organização com a finalidade predominante de pagar menos imposto configura abuso de direito, além de poder configurar algum outro tipo de patologia do negócio jurídico, como, por exemplo, a fraude à lei. (pág. 228). GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo, Dialética, 2011, p.194-248

No presente caso a auto-organização não teve a finalidade predominante de pagar menos imposto, não configurando abuso de direito e muito menos fraude à lei.

As operações analisadas foram praticadas em consonância com o ordenamento jurídico vigente à época dos fatos, visando à concretização de um negócio estratégico para o desenvolvimento econômico das empresas envolvidas e do setor de vital importância para o Brasil no qual atuam, envolvendo partes independentes e com real fluxo financeiro.

Destarte, a operação analisada ocorreu em conformidade com legislação, realizada entre partes independentes, com efetivo pagamento do ágio em dinheiro, lastreado em laudo de avaliação elaborado por empresa especializada.

A fiscalização questionou a adequação do laudo utilizado no caso vertente, entendendo que estaria em desacordo com os preceitos legais, à medida que foi elaborado após o pagamento do ágio. Entendeu o fisco, que o laudo seria intempestivo, não sendo apto a embasar o aproveitamento do ágio, bem como seria desprovido de fundamento econômico.

Entendo que o laudo acostado aos autos elaborado após a operação de aquisição dos investimentos para amparar o registro contábil dos ágios com fundamento na previsão de resultado de exercícios futuros pode fundamentar o ágio. A dedutibilidade do ágio com base em expectativa de rentabilidade futura exige que o valor de aquisição do investimento esteja lastreado em laudo e na época dos fatos não necessário laudo prévio.

Ademais, a única exigência probatória anterior à edição da Lei 12.973/14 consistia na “demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”, na forma da redação original do art. 20, § 3º do DL 1.598/77. Contudo, note-se que no caso ora em análise, a amortização do ágio segue as regras insculpidas pela Lei 9.532/97 e DL 1.598/77, posto que sua formação e início da amortização tiveram início antes da edição da Lei 12.973/14.

Ademais, a Recorrente desenvolveu estudos internos sobre o tema e seguiu a legislação de regência anterior à edição da Lei 12.973/2014, a qual sequer exigia a elaboração de laudo.

No entanto, a Recorrente elaborou laudo posterior para contemplar os elementos necessários para justificar o ágio reconhecido contabilmente e antes da elaboração desse laudo desenvolveu estudos internos, inclusive mencionados pelo fiscal às fls. 43 do Termo de Encerramento.

Ademais, a questão da temporalidade do laudo já foi analisada pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, cuja decisão de 11/03/2022, dispôs sobre a desnecessidade de “contemporaneidade” do laudo sob a norma anterior e, nos termos do relator Caio Cesar Nader Quintella

Acórdão: [9101-005.974](#)
Número **do** **Processo:** 16327.720804/2016-51
Data **de** **Publicação:** 11/03/2022
Contribuinte: BANCO FIBRA SA
Relator (a): CAIO CESAR NADER QUINTELLA

EMENTA: 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.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. No mérito, acordam em: (i) por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, deu-se provimento ao recurso referente à amortização de ágio “GVCRED” com retorno ao colegiado a quo, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Andréa Duek Simantob que votaram por negar-lhe provimento nessa matéria; e (ii) por maioria de votos, negar

provimento em relação à amortização de ágio das operações “PAULICRED” e “CREFIBRA”, vencidos os conselheiros Livia De Carli Germano e Luis Henrique Marotti Toselli que votaram por dar-lhe provimento também nesses pontos. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto as conselheiras Edeli Pereira Bessa e Livia De Carli Germano.”

Portanto, para época dos fatos não era exigido laudo anterior à operação, sendo que no presente caso a fiscalização reconheceu que o CONTRATO para venda e compra de ações da Comgás, firmado em 28 de maio de 2012 já descrevia o preço pelo qual as ações da COSAN seriam negociadas antes de sua avaliação ser feita pela KPMG em laudo expedido apenas em 13 de dezembro de 2012. Ou seja, tal contrato seria uma evidência a identificar a rentabilidade futura, ainda que não revestido da forma de laudo, antes do pagamento do ágio.

Destarte, já caminhando para conclusão, destaco que os atos societários foram realizados para atingir objetivos das partes, com conhecimento dos órgãos competentes envolvidos os quais poderiam invalidar a operação por motivos de exigências técnicas relacionadas ao mercado financeiro e ao direito concorrencial.

Entendo que estamos diante de exemplo clássico de ágio realizado nos termos da lei. E mais, de um exemplo clássico do espírito da lei de ágio que é justamente incentivar as empresas a se consolidarem economicamente com o objetivo de fortalecer o objeto social que tem, objetivo este que beneficia toda a sociedade.

De fato, as operações societárias foram lícitas, dotadas de transparência, e envolvem diversas motivações extra tributárias, inclusive o cumprimento do determinado pela CVM.

Entendemos que, de fato, há propósito comercial nas operações do presente caso, sendo pacífico afirmar que a contribuinte seguiu a legislação.

Entendo que não seria o caso, portanto, de choque entre a realidade e o artifício formal, havendo licitude de operações societárias no presente caso.

De fato, a simples acusação de que se interpôs uma “empresa-veículo” na operação, divorciada da imputação de atos que caracterizem fraude ou prática de atos não verdadeiros, não é suficiente para dar ensejo à requalificação dos atos para fins tributários. Nesse sentido decidiu a 1ª Turma da CSRF, em 04/04/2022, permitindo a amortização do ágio mediante a utilização de empresa veículo, nos autos do processo 16327.720694/2016-28, se não veja e ementa de referida acórdão de lavra do Conselheiro LUIS HENRIQUE MAROTTI TOSELLI:

Acórdão:			9101-006.049
Número	do	Processo:	16327.720694/2016-28
Data	de	Publicação:	09/05/2022
Contribuinte:	BANCO	CACIQUE	S/A.
Relator(a):	LUIS HENRIQUE MAROTTI TOSELLI		

Ementa: ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2011 ÁGIO. AMORTIZAÇÃO FISCAL. EMPRESA VEÍCULO. REAL ADQUIRENTE. A simples acusação de que se interpôs uma “empresa-veículo” na operação, divorciada da imputação de atos que caracterizem

fraude ou prática de atos não verdadeiros, não é suficiente para dar ensejo à requalificação dos atos para fins tributários.

Decisão: *Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas em relação à matéria “utilização de empresa veículo, vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli (relator) e Alexandre Evaristo Pinto que conheciam parcialmente em maior extensão, também em relação à matéria “amortização de amortização de ágio na base de cálculo da CSLL”. Votaram pelas conclusões, quanto à matéria “impossibilidade de o fisco desconsiderar os negócios jurídicos praticados pelo contribuinte – inaplicabilidade do art. 116, § único, do CTN”, os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Andréa Duek Simantob. Votou pelas conclusões quanto à matéria “utilização de empresa veículo” a conselheira Livia De Carli Germano. No mérito, na parte conhecida, por maioria de votos, acordam em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Fernando Brasil de Oliveira Pinto e Andréa Duek Simantob que votaram por negar-lhe provimento. Votaram pelas conclusões os conselheiros Livia De Carli Germano, Gustavo Guimarães da Fonseca e Luiz Tadeu Matosinho Machado. Designada para redigir o voto vencedor, quanto ao conhecimento, a conselheira Edeli Pereira Bessa. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto as conselheiras Edeli Pereira Bessa e Livia De Carli Germano.*

Destarte, a presença de empresa veículo no rearranjo empresarial elaborado pela Recorrente não torna as operações inaptas para a amortização de ágio.

De fato, pode-se afirmar que em decorrência de exigências da CVM e da ARSESP, isto é, por questões societárias e regulatórias, se revelou como necessário que o investimento fosse adquirido pela Provence, não sendo esta mera “empresa veículo” sem propósito comercial.

Em face do exposto, entendo que existe propósito comercial na utilização da Provence nas operações ora sob análise, razão pela qual as operações realizadas devem ser aceitas para fins tributários.

JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO

No que diz respeito à glosa de despesas de Juros sobre Capital Próprio (JCP), a Recorrente alega que a Fiscalização teria considerado que o ágio seria indedutível, com base na não comprovação de seu fundamento econômico e na suposta indevida utilização de empresa veículo.

Ocorre que uma vez que entendo ser válida a operação em debate, a parcela da Reserva Especial de Ágio deve ser mantida no patrimônio líquido da Recorrente para fins de apuração da despesa com Juros sobre Capital Próprio.

Por outro lado, a Recorrente alegou erro na apuração da base dos JCP, em especial, a inclusão indevida dos ajustes de avaliação patrimonial. Isto porque, em decorrência da alteração legislativa, a partir de 10 de janeiro de 2015, o cálculo do limite de dedutibilidade dos JCP corresponde à soma das contas do patrimônio líquido citadas nos incisos I a V do §8º do art. 9ª da Lei nº 9.249/1995 e não mais apenas ao patrimônio líquido após a exclusão do valor de reserva de reavaliação de bens ou direitos, como descrito na redação anterior do §8º.

A DRJ julgou favoravelmente à Recorrente nos seguintes termos:

De fato, a autoridade lançadora, ao apurar a base de cálculo dos JCP, olvidou as alterações efetuadas no § 8º do art. 9º da Lei nº 9.249/1995 pela Lei nº 12.973/2014.

Quer se dizer, identificou a base de cálculo excluindo do Patrimônio Líquido as Reservas de Capital quando deveria considerar as contas Capital Social, Reservas de Capital, Reservas de Lucro, Ações em Tesouraria e Prejuízos Acumulados, cuja metodologia de cálculo se encontra positivada no art. 28 da IN SRF Nº 1515, de 2014, in verbis:

Art. 28. Para efeitos de apuração do lucro real, a pessoa jurídica poderá deduzir os juros sobre o capital próprio pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, limitados à variação, pro rata, da Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) e calculados, exclusivamente, sobre as seguintes contas do patrimônio líquido:

I - capital social;

II - reservas de capital;

III - reservas de lucros;

IV - ações em tesouraria; e

V - prejuízos acumulados.

Ao proceder desta forma a fiscalização incluiu indevidamente na base de cálculo dos JCP os Ajustes de Avaliação Patrimonial, que devem ser excluídos neste julgamento.

Nesse sentido, deve ser reconhecida a necessidade revisão do lançamento tributário com relação à JCP, seja porque a operação do ágio deve ser validada, seja porque, mesmo se não for validada a operação do ágio não deve prevalecer o entendimento da fiscalização sobre os cálculos da JCP, conforme voto da DRJ acima transcrito.

DA ADIÇÃO DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO À BASE DE CÁLCULO DA CSLL

A Recorrente alega que a legislação ao determinar a base de cálculo da CSLL de forma exaustiva não teria elencado, como hipótese de adição ao lucro líquido, o valor correspondente à amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial.

Ocorre, conforme já exposto em tópico anterior, sob o ponto de vista tributário, existe sim ágio a ser amortizado pela Comgás. Trata-se, portanto, de adição da amortização do ágio à base de cálculo da CSLL, de existência de ágio na Comgás, e, conseqüentemente.

Sendo assim, considera-se incorreta a glosa efetuada pela Fiscalização em relação à apuração da CSLL.

Por fim, registro o argumento da Recorrente no sentido de que conforme exposto tanto na Impugnação (fl. 2.233 dos autos) quanto no Recurso Voluntário (fl. 2.749 dos autos), a premissa de que o ágio não poderia ser aproveitado fiscalmente sem a participação da Provence estaria equivocada, tendo fundamentado essa argumentação com o argumento no sentido de que

mesmo que a Cosan houvesse adquirido diretamente a Comgás – ou seja, sem a utilização da Provence -outras estruturas societárias permitiriam o aproveitamento do ágio para fins fiscais. Nesse sentido, após a aquisição direta da Comgás pela Cosan – com o registro do ágio nessa sociedade, bastaria a 1) cisão parcial da Cosan e incorporação da parcela cindida com ágio pela Comgás, ou vice-versa; (2) a transferência dos demais negócios da Cosan para outra sociedade e a posterior incorporação da Cosan pela Comgás, ou vice-versa.

Alega a Recorrente que em ambos os casos acima indicados - que envolveriam a aquisição direta da Comgás pela Cosan -, o resultado fiscal, em relação ao aproveitamento do ágio, seria o mesmo daquele alcançado na operação ora tratada, mesmo sem a utilização da Provence.

Nesse sentido, a Recorrente juntou aos autos laudo elaborado pela KPMG no sentido de que caso a Cosan houvesse adquirido diretamente a Comgás e a incorporado, ou vice-versa o Fisco deixaria de arrecadar no período (AC 2015 e 2016) cerca de R\$ 225 milhões.

Referida análise reforça, no meu entendimento, a boa-fé da operação.

Diante o exposto, voto por afastar as preliminares alegadas, DAR provimento total ao Recurso Voluntário e negar Provimento do Recurso de Ofício, cancelando totalmente o Auto de Infração.

Assinado Digitalmente

Ricardo Piza Di Giovanni

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro Alexandre Iabrudi Catunda, Relator.

Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

No entanto, tal preocupação não justifica em nada a utilização da PROVENCE para a aquisição da recorrente.

Vamos utilizar os mesmos fundamentos citados pela recorrente e detalhar o que a legislação estadual diz, bem como o contrato assinado com a concessionária, e demonstrar que não havia, com esses fundamentos, qualquer motivo para receio de que o Estado não viesse a aprovar a aquisição do controle acionário da COMGAS pela COSAN diretamente.

Cita, a recorrente, o art. 2º do Decreto do Estado de São Paulo nº 43.888/99, Incisos II, III e XI:

Artigo 2.º - A concessão para exploração dos serviços de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo será outorgada mediante contrato e obedecerá os seguintes parâmetros:

(...)

II - a concessão será outorgada com exclusividade por razões de ordem técnica e econômica;

III - a exploração das demais atividades correlatas à prestação dos serviços de distribuição, incluindo-se o armazenamento, a produção e o processamento de gás, compatíveis com o objeto da concessão, dependerá de autorização específica da Comissão de Serviços Públicos de Energia CSPE e demais organismos competentes;

(...)

XI - serão admitidas fontes acessórias de receita, mediante a exploração de projetos associados compatíveis com o objeto da concessão e com os princípios que norteiam a Administração Pública, desde que previamente autorizadas pela Comissão de Serviços Públicos de Energia - CSPE.

Como se pode observar, pelo excerto do Decreto acima destacado, a concessão deveria ser formalizada por contrato, outorgada com exclusividade e a exploração de outras atividades somente seria possível se estes tivessem objeto compatível com o da concessão e mediante autorização prévia do órgão competente.

A recorrente traz, ainda trechos do contrato assinado com a concessionária, no caso a COMGAS, trazendo em linhas gerais o que é determinado pelo trecho acima destacado do Decreto Estadual nº 43.888/99, além de outras obrigações da concessionária. Abaixo é resumida as obrigações contratuais da concessionária, transcritos do recurso voluntário:

- a) deve ter a distribuição de gás canalizado como função prioritária/atividade principal, apenas sendo possível exercer outra atividade se esta (i) não interferir na principal, (ii) for objeto de autorização prévia do órgão competente (iii) tiver suas receitas contabilizadas separadamente e (iv) contribuir para a redução de tarifas (Cláusula 1ª, 3ª e 4ª Subcláusulas);
- b) pode ser exigida a constituições de sociedades diferentes para realizar outras atividades (Cláusulas 1ª, 3ª e 4ª)
- c) deve requerer autorização prévia ao órgão competente antes de alterar o controle acionário da Recorrente (Cláusula 8ª, 5ª Subcláusula);
- d) deve adotar o plano de contas estabelecido pelo órgão competente (Cláusula 8, 9ª Subcláusula); e
- e) deve segregar as receitas, custos e despesas relativas à atividade principal para fiscalização pelo Poder Concedente, órgão competente (CSPE/ARSESP) ou usuários (Cláusula 14ª, 8ª Subcláusula).

Afirma a recorrente que, devido a dificuldade do grupo COSAN atender às obrigações que a concessionária teria que cumprir para atender à legislação estadual, bem como

os contrato firmado com o estado de São Paulo, não seria de seu interesse incorporar a recorrente e, por sua vez, não iria aproveitar o pagamento do ágio na dedução no pagamento de tributos.

Tendo em vista que, como se demonstrou no parágrafo acima, não havia qualquer vedação à incorporação da Recorrente, pela Cosan (ou vice-versa), mas apenas a exigência de prévia autorização do poder concedente (artigo 27 da Lei nº 8.987/95), era possível que a Cosan adquirisse a Recorrente diretamente, registrasse o ágio pago decorrente desta aquisição e, após a mencionada incorporação, amortizasse o ágio para fins fiscais.

Ora, tal argumento somente comprova que a utilização da PROVENCE na aquisição do controle acionário da recorrente teve como único objetivo o aproveitamento do seu ágio na dedução de tributos.

Portanto, da chamada “empresa veículo”, não tinha qualquer propósito negocial, que, ao contrário do que afirma a recorrente, a obrigatoriedade de sua finalidade lucrativa está estampada no art 2º da Lei 6404/76:

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

Também não merece guarida os argumentos de que a operação segregada PROVENCE, daria uma maior transparência a realização da operação, já que existem meios de fazer tais demonstrações pelos métodos contábeis.

Da mesma forma não havia qualquer risco seja por processo movido pela CVM ou pelo poder judiciário, pois a questão envolve, novamente, a utilização do ágio. Se não havia possibilidade de incorporação da recorrente pelo grupo COSAN, era somente não a realizar, como de fato não foi. O único interesse seria a utilização do ágio, reforçando a tese da desnecessidade da existência da PROVENCE.

Portanto, está claro que a recorrente procura justificar a utilização da PROVENCE na aquisição do seu controle acionário pela impossibilidade de usufruir do benefício da dedução do ágio no pagamento dos seus tributos.

Desta forma, encaminho meu voto, no sentido de negar provimento ao recurso voluntário, com relação ao aproveitamento do ágio na dedução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

(documento assinado digitalmente)

Alexandre labrudi Catunda