



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

Processo n° 16561.720141/2016-01
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-002.724 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de abril de 2018
Matéria IRPJ e CSLL
Recorrente BIOSEV BIOENERGIA S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013, 2014

DECADÊNCIA. AFASTAMENTO DA MULTA QUALIFICADA. APLICAÇÃO DO PRAZO DECADENCIAL DO ART. 150, § 4º, DO CTN

Tendo sido afastada a multa qualificada, impõe-se reconhecer a decadência parcial do lançamento do IRPJ e CSLL, relativo ao ano-calendário 2010, em face da aplicação do prazo previsto no art. 150, § 4º do CTN, nos termos da jurisprudência consolidada pelo STJ no julgamento do Resp. n° 973.733/SC, proferido no regime de recursos repetitivos.

DECADÊNCIA. MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS

O lançamento de multa isolada por falta ou insuficiência de recolhimento de estimativa de IRPJ ou de CSLL submete-se ao prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I, do CTN (Súmula CARF n° 104).

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TRANSFERÊNCIA DO INVESTIMENTO PARA TERCEIRO QUE PARTICIPA DA INCORPORAÇÃO COM A INVESTIDA. IMPOSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO.

Para dedução fiscal da amortização de ágio é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não encontra amparo legal, portanto, a dedução do ágio recebido, por transferência da real investidora, pela pessoa jurídica que participa da operação de incorporação com a investida.

MULTA QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE

Para que se possa preencher a definição do evidente intuito de fraude que autoriza a qualificação da multa, nos termos do artigo 44, II, da Lei

9.430/1996, é imprescindível identificar a conduta praticada: se sonegação, fraude ou conluio -- respectivamente, arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964. A mera imputação de falta de propósito comercial não é suficiente para a aplicação da multa de 150%, sendo necessário comprovar o dolo, em seus aspectos subjetivo (intenção) e objetivo (prática de um ilícito). A errônea interpretação da legislação atinente ao ágio, por parte da recorrente, revela-se excusável no tocante à qualificação da multa de ofício, inexistindo elementos para justificar sua aplicação.

DESPESA OPERACIONAL

São operacionais as despesas não computadas nos custos, usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa, desde que necessárias à sua atividade e à manutenção da respectiva fonte produtora.

MULTA REGULAMENTAR

As penalidades são cobradas em função de dever de ofício e, em razão dos princípios da legalidade e da vinculação da autoridade fazendária, não podem ser relevadas nem mitigadas.

MULTA ISOLADA. ESTIMATIVAS MENSAS DE IRPJ E CSLL. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. SÚMULA CARF Nº 105. INAPLICABILIDADE

A lei prevê expressamente aplicação da penalidade isolada no caso do descumprimento da obrigação de recolher o tributo estimado mensalmente, situação que se configura exatamente após o encerramento do exercício. Tal penalidade não se confunde com a multa de ofício aplicada sobre o saldo de imposto apurado ao final do exercício. As duas penalidades decorrem de fatos diversos que ocorrem em momentos distintos e a existência de um deles não pressupõe necessariamente a existência do outro. Inaplicável a Súmula CARF 105 aos fatos geradores ocorridos após o ano-calendário 2007, por terem outro fundamento legal.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

As multas proporcionais aplicadas em lançamento de ofício, por descumprimento a mandamento legal que estabelece a determinação do valor de tributo administrado pela Receita Federal do Brasil a ser recolhido no prazo legal, estão inseridas na compreensão do § 3º do artigo 61 da Lei nº 9.430/1996, sendo, portanto, suscetíveis à incidência de juros de mora à taxa SELIC.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário quanto à amortização de ágio e à aplicação da multa isolada de estimativas, vencidos os conselheiros Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa (relator), Gustavo Guimarães da Fonseca e Flávio Machado Vilhena Dias; por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso quanto à glosa de despesas financeiras, à aplicação da multa regulamentar pela Omissão na ECF e a exigência de juros sobre a multa de ofício; por voto de qualidade, para dar provimento quanto à aplicação da multa qualificada, reduzindo-a a 75% e, por consequência, quanto ao reconhecimento da decadência do lançamento do ano-calendário 2010; vencidos os conselheiros Carlos Cesar Candal Moreira Filho, Paulo Henrique Silva Figueiredo, Rogério

Aparecido Gil, e Lizandro Rodrigues de Sousa (Suplente Convocado). Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente e Redator Designado

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros Carlos Cesar Candal Moreira Filho, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa (Relator), Paulo Henrique Silva Figueiredo, Rogério Aparecido Gil, Lizandro Rodrigues de Sousa (Suplente convocado), Gustavo Guimarães da Fonseca, Flavio Machado Vilhena Dias, e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Por bem relatar o procedimento e processo fiscal até aqui, adoto o relatório da DRJ/BHE, a seguir transcrito:

Contra a sociedade acima qualificada foi lavrado Auto de Infração que lhe exige o pagamento de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e, em decorrência deste, foi também lavrado Auto de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), tudo montando a R\$ 181.806.240,76 (cento e oitenta e um milhões, oitocentos e seis mil, duzentos e quarenta reais e setenta e seis centavos), aí incluídos multa regulamentar, multa por lançamento de ofício e juros moratórios, como segue:

TABELA I - VALORES LANÇADOS, EM R\$

FLS.	IMPOSTO OU CONTRIBUIÇÃO	VALOR	JUROS	MULTA	MULTA EXIGI. ISOLADAMENTE	TOTAL
3.775 a 3.802	IRPJ	36.450.791,60	17.797.217,61	45.905.993,28	8.519.397,87	108.673.400,36
3.803 a 3.828	CSLL	13.148.204,97	6.419.574,70	16.565.037,56	3.211.731,70	39.344.548,93
3.829 a 3.832	MULTA REGULAMENTAR	33.788.291,47				33.788.291,470
	SOMA	83.387.288,04	24.216.792,31	62.471.030,84	11.731.129,57	181.806.240,76

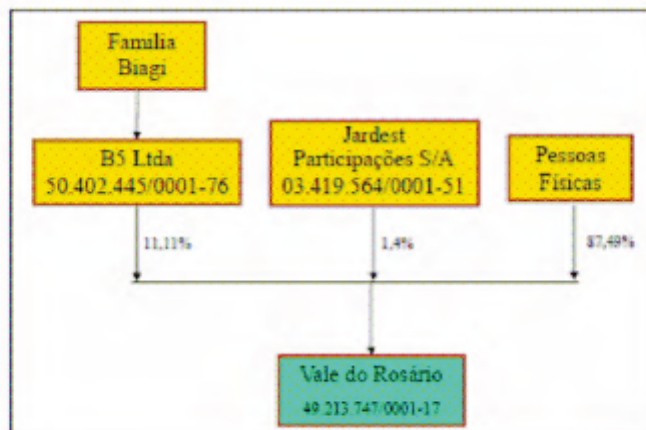
Tais lançamentos originaram-se de verificação do cumprimento das obrigações tributárias por parte da interessada, conforme Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls. 3.728 a 3.773, a seguir resumido.

O Autor do feito adverte, no introito do TVF, que

3. [...] foi constatado que a fiscalizada, então denominada Companhia Açucareira Vale do Rosário, teve a totalidade de seu capital adquirido pela então B5 S/A, holding que já detinha parte do seu capital, com recursos obtidos em financiamento bancário. Após a aquisição da totalidade do capital da Vale do Rosário, os custos desse financiamento e o ágio apurado na sua aquisição foram transferidos para a própria Vale do Rosário, com a utilização de uma complexa reorganização societária envolvendo empresas de passagem. Tudo para dar uma aparência legítima ao aproveitamento da amortização do ágio e das despesas do financiamento como despesas dedutíveis.

Sob o título “1 – ORIGEM E ESTRUTURAÇÃO DA OPERAÇÃO DE AQUISIÇÃO”, relata que, em 2007, a quase totalidade das ações da interessada, então denominada Companhia Açucareira Vale do Rosário (doravante Vale do Rosário), CNPJ 49.213.747/0001-17, era partilhada entre (a) sócios pessoas físicas (de forma geral, Família Junqueira Franco), com mais de 85% do capital; (b) B5 Ltda. (doravante B5), CNPJ 50.402.445/0001-76 (então de propriedade de membros da Família Biagi), com 11,11%; e (c) Jardest Participações S.A. (doravante Jardest), CNPJ 03.419.564/0001-51, com 1,4%.

Apresenta o seguinte diagrama para ilustrar a situação inicial:



Em 26 de janeiro de 2007, Jardest e parte dos sócios pessoas físicas notificaram os demais sócios de que, em conjunto, haviam se comprometido a alienar à companhia Cosan o total de 709.434.550 ações ordinárias da Vale do Rosário, representativas de 50,21% de seu capital, ao preço de R\$ 1,1791 por ação, valor corrigível a partir de 2 de abril de 2007, caso não ocorresse o pagamento total antes dessa data. O instrumento de compromisso incluía “a obrigação de não transferir as ações da Vale do Rosário a terceiros nem realizar qualquer reorganização que implique a perda de controle da companhia pela compradora (lock-up)”.

Em resposta, B5 firmou, em 12 de fevereiro de 2007, Termo de Opção com outros dois grupos de acionistas pessoas físicas, que foram denominados "Acionistas do Grupo A", que incluía a própria B5, e "Acionistas do Grupo B". Explana o Autor do feito que, por este Termo de Opção, os acionistas do segundo grupo outorgavam opção de venda de suas ações aos acionistas do primeiro grupo, caso estes

9. [...] conseguissem no mínimo 50% mais uma das ações da Vale do Rosário, consideradas o conjunto das ações efetivamente transferidas dos acionistas vendedores (do contrato com a Cosan) em função do exercício do direito de preferência, mais as ações adquiridas dos acionistas do Grupo B e mais as ações já detidas pelos acionistas do Grupo A.

10. O Termo de Opção perderia a validade se a B5 não apresentasse garantias bancárias no valor suficiente para o exercício do direito de preferência até o dia 14/02/2007. O preço acertado foi de R\$ 1,1791 por ação, com pagamento à vista contra a transferência das ações para os Acionistas do Grupo A.

Em 13 de fevereiro de 2007, B5 obteve do Banco Bradesco S.A. que lhe fosse emitida Carta de Fiança no valor de R\$ 1.350.000.000,00 e notificou Cosan e demais acionistas de sua intenção de exercer seu direito de preferência de aquisição da totalidade das ações à venda de Vale do Rosário. Ato contínuo, em Assembleia Geral Extraordinária (AGE), transformou-se em sociedade anônima e modificou seu objeto social, que passou a ser exclusivamente a participação em outras sociedades (ou seja, converteu-se em uma *holding*).

Em 27 de fevereiro de 2007, valendo-se de Cédula de Crédito Bancário (CCB) também no valor de R\$ 1,35 bilhão, emitida na véspera pelo mesmo banco, adquiriu 48,81% das ações da Vale do Rosário detidas pelos demais acionistas, ao preço unitário de R\$ 1,1791. Em 6 e 8 de março de 2007, adquiriu mais 0,68% e 14,49% destas ações, pelo mesmo preço; estas aquisições, somadas aos 11,11% que já detinha, concederam a B5 75,09% de participação no capital de Vale do Rosário.

Explicita o Autor do feito:

17. A B5 S/A pagou pela aquisição da participação de 63,98% na Vale do Rosário o valor de R\$ 1.065.908.828,06, com um ágio de R\$ 929.199.219,98, conforme o Demonstrativo do Cálculo do Ágio – B5 (doc. F2):

Cia Açucareira Vale do Rosário	Ações totais Vale	PL da Vale (mês anterior)	Nº Ações	% Partic.	Parcela do Custo	Ágio Apurado	Total Custo Aquis. Valor desembolso
Saldo inicial	1.413.047.261,00	219.208.243,00	157.006.850,00	11,11%	24.356.719,47		
Aquisição de 27/02/2007	1.413.047.261,00	215.961.113,00	A 689.651.688,00	48,81%	105.401.956,63	707.766.348,60	813.168.305,32
Aquisição de 06/03/2007	1.413.047.261,00	206.387.287,00	B 9.546.094,00	0,68%	1.394.286,30	9.861.513,02	11.255.799,32
Aquisição de 08/03/2007	1.413.047.261,00	206.387.287,00	B 204.804.275,00	14,49%	29.913.365,14	211.571.358,28	241.484.723,42
			1.061.008.907,00	75,09%	161.066.327,54	929.199.219,98	1.065.908.828,06

A - PL de 31/01/2007, conforme demonstrativo do Balanço Patrimonial da Cia Vale do Rosário (doc. F13).

B - PL de 28/02/2007, conforme demonstrativo do Balanço Patrimonial da Cia Vale do Rosário (doc. F13).

18. Além dos acionistas pessoas físicas, a Jardest Participações também fez parte dos acionistas ofertados pela Cosan [...]. No entanto, em vez de ocorrer a compra das ações da Vale do Rosário detidas pela Jardest Participações, a B5 adquiriu a própria Jardest Participações. Essa aquisição se deu entre os dias 27/02/2007 e 22/05/2007, ao preço de R\$ 0,036685422 por ação, e também resultou em apuração de ágio por parte da B5, conforme o Demonstrativo do Cálculo do Ágio – B5 (doc. F2):

Jardest Participações S/A	Ações totais IAPASA	PL Japasa (Mês anterior)		Nº ações	% Partic	Parcela do Custo	Ágio Apurado	Valor Desembolso
Saldo inicial	-							
Aquisição de 27/02/2007	635.837.676,00	5.328.316,00	C	577.134.141,00	90,77%	4.836.380,72	16.336.029,07	21.172.409,79
Aquisição de 17/03/2007	635.837.676,00	5.202.857,00	D	13.967.609,00	2,20%	114.292,49	398.115,15	512.407,64
Aquisição de 02/04/2007	635.837.676,00	5.219.205,00	E	33.305.177,00	5,24%	279.381,95	948.432,54	1.221.814,49
Aquisição de 04/04/2007	635.837.676,00	5.219.205,00	E	5.372.157,00	0,84%	44.096,77	152.983,08	197.079,85
Aquisição de 22/05/2007	635.837.676,00	5.219.205,00	E	5.372.157,00	0,84%	44.096,77	152.983,08	197.079,85
				635.151.241,00		5.312.248,70	17.988.542,92	23.300.791,62

C - PL de 31/01/2007, conforme demonstrativo do Balanço Patrimonial da Jardest Participações S/A (doc. F13).

D - PL de 28/02/2007, conforme demonstrativo do Balanço Patrimonial da Jardest Participações S/A (doc. F13).

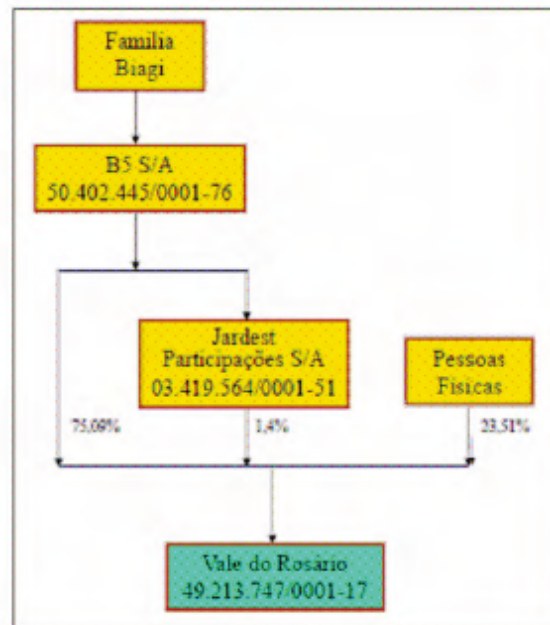
E - PL de 31/03/2007, conforme demonstrativo do Balanço Patrimonial da Jardest Participações S/A (doc. F13).

Note-se que Jardest detinha 19.782.863 ações emitidas por Vale do Rosário e, em razão de sua incorporação total por esta, em 18 de junho de 2007, transmitiu-lhe a totalidade destes títulos. O ágio apurado na aquisição de Jardest permaneceu registrado por B5 S/A.

19. Com a aquisição da Jardest Participações, a B5 adquiriu mais 1,4% da Vale do Rosário, perfazendo a aquisição de 65,38% do capital, e totalizando 76,49% de participação. A soma dessas duas aquisições é que resulta no ágio total que está sendo amortizado pela Vale do Rosário, atual Biosev Bioenergia:

	Custo	Ágio	Desembolso
Vale do Rosário	161.066.327,54	929.199.219,98	1.065.908.828,06
Jardest Participações	5.312.248,70	17.988.542,92	23.300.791,62
Total	166.378.576,24	947.187.762,90	1.089.209.619,68

20. Até aqui, o ágio apurado nessas operações é da B5 S/A, que foi a empresa que obteve os recursos, efetuou o desembolso e adquiriu as ações. Esquemáticamente, a situação era a seguinte:



Por fim, as restantes ações da Vale do Rosário ainda pertencentes a pessoas físicas foram permutadas por igual número de ações da própria B5.

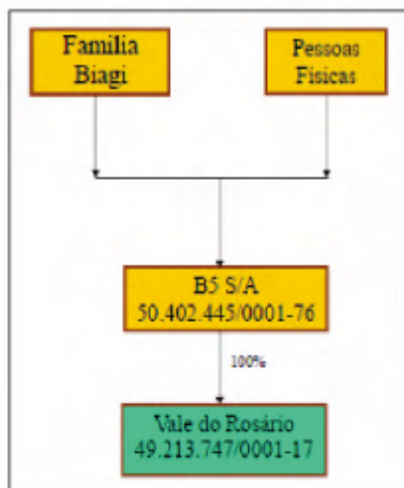
Todas estas operações foram justificadas como sendo parte de um “projeto de reestruturação societária” e de racionalização “operacional, administrativa e financeira, bem como na redução dos custos operacionais dessas sociedades”.

Consta do TVF:

30. O Laudo de Avaliação aprovado atribuiu o valor de R\$ 142.081.215,53 para o total das ações da Vale do Rosário, avaliadas pelo valor contábil do patrimônio líquido com base no balanço patrimonial de 31/03/2007.

[...]

32. Com essas operações a B5, agora com novos sócios pessoas físicas (basicamente a “Família Cícero Junqueira”), conseguiu deter o controle da totalidade das ações da Vale do Rosário diretamente, como pretendia. Porém, o ágio apurado para a aquisição dessas ações ainda estava contabilizado na B5 S/A e, portanto, sem possibilidade de ser aproveitado tributariamente:



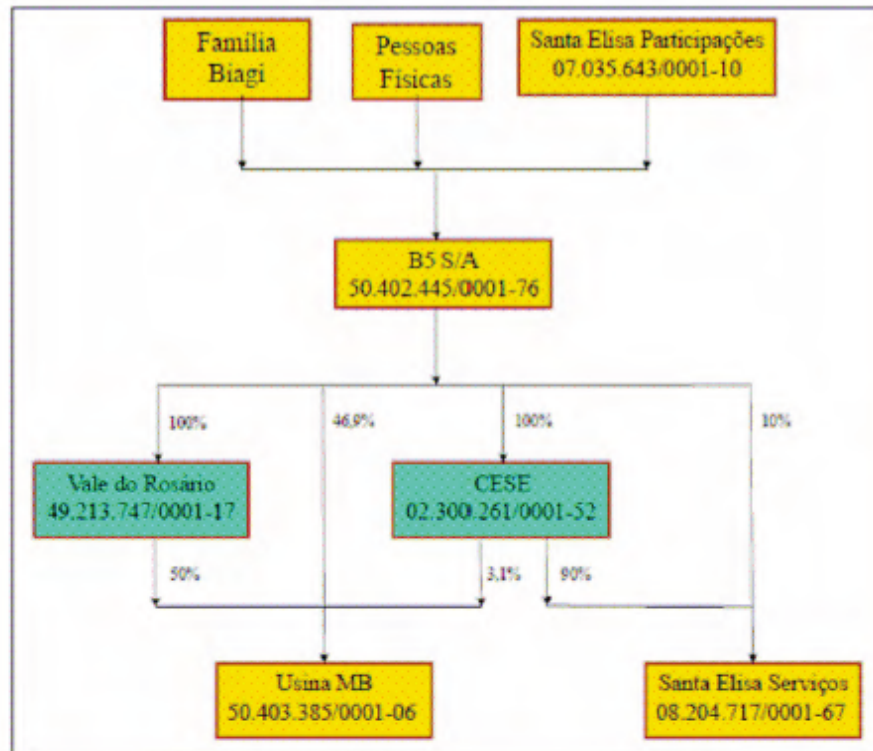
33. A partir deste ponto, a estrutura da empresa está pronta para a etapa da incorporação, que permitiria o aproveitamento fiscal do ágio apurado. Entretanto, em vez de seguir o caminho previsto na legislação para isso, com a incorporação da empresa adquirida pela adquirente ou da adquirente pela adquirida, os sócios trilharam um caminho próprio: o da transferência do ágio do real adquirente para uma outra empresa do mesmo grupo estranha às operações até o momento. Transferiram o ágio contabilmente para uma empresa que serviu como empresa veículo desse ágio, que foi a CESE - Companhia Energética Santa Elisa, CNPJ 02.300.261/0001-52.

O Autor do feito transcreve a Nota Explicativa nº 25 das Demonstrações Financeiras da Companhia Energética Santa Elisa (CESE), de 31 de março de 2007, onde se descreve a “reorganização societária que resultou no aproveitamento fiscal das despesas de amortização do ágio apurado na aquisição do controle acionário da Vale do Rosário pela B5”. À vista desta Nota, o Autor assinala que

[...] a intenção era a unificação das atividades operacionais em uma empresa, no caso, a Vale do Rosário. Inicialmente, todas as empresas operacionais foram colocadas sob controle da B5, que já controlava a Vale do Rosário.

36. Entretanto, há um passo que não tem ligação com a intenção de unificar as atividades operacionais, mas que é o passo fundamental para o aproveitamento do ágio em análise. É a etapa de “Contribuição de investimentos da B5, líquida de saldo da dívida junto à instituição financeira, em aumento de capital da CESE”, o que significou tornar a Vale do Rosário controlada direta da CESE, já se sabendo que a CESE seria incorporada na etapa seguinte pela Vale do Rosário.

Disto resultou a seguinte estruturação societária:



Mencionando um dos estágios previstos na mencionada Nota Explicativa nº 25, diz o Autor do feito:

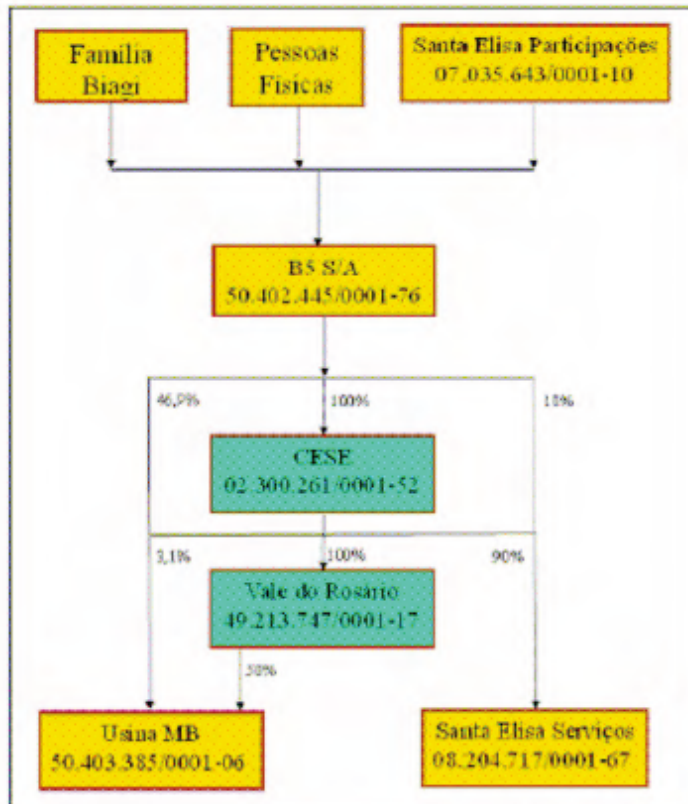
41. Na etapa fundamental desta reorganização societária, a “Contribuição de investimentos da B5, líquida de saldo da dívida junto à instituição financeira, em aumento de capital da CESE”, a CESE foi interposta como controladora da Vale do Rosário, efetuando-se a transferência do ágio e da dívida com o Bradesco para a CESE.

42. O capital social da Companhia Energética Santa Elisa foi aumentado conforme a Ata da AGE da CESE de 04/09/2007 (doc. F6) e o Laudo de Avaliação anexo. O Laudo de Avaliação informa que a avaliação das contas que compõem o acervo líquido a ser conferido em aumento de capital foi extraído do balancete contábil de 10/08/2007 (doc. 70), elaborado pela B5. O valor do aumento de capital foi de R\$ 300.802.999,45, integralizado totalmente pela B5 S/A através da transferência de ativos e passivos de sua propriedade relacionados no Laudo de Avaliação.

43. Os bens, direitos e obrigações conferidos em aumento de capital foram os seguintes:

ATIVO		PASSIVO	
Dividendos a receber da Vale do Rosário	4.300.788,00	Financiamento a pagar no Bradesco	744.146.244,65
Investimento na Vale do Rosário	129.262.361,00	Valores a pagar à CESE	35.801.649,82
Ágio pago pela Vale do Rosário	947.187.744,92		
		Acervo líquido a ser conferido	300.802.999,45

44. O financiamento a pagar junto ao Bradesco é o saldo do empréstimo utilizado para a compra da Vale do Rosário, como confirmou o sujeito passivo (doc. 61, item 5.2).

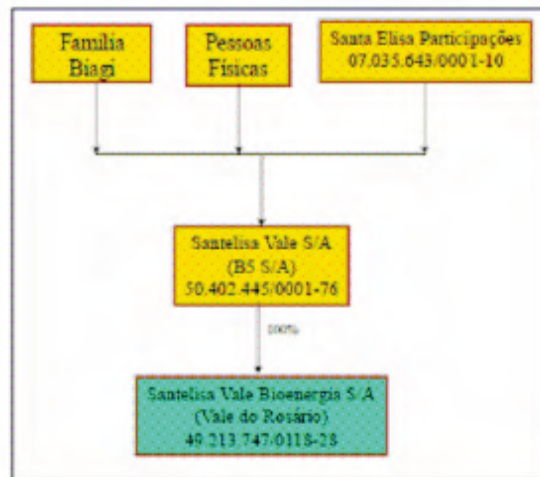


45. Com o ágio e a dívida transferidos para a empresa que vai funcionar como veículo, a próxima etapa é a incorporação dessa empresa veículo pela empresa que foi adquirida. A incorporação da CESE - Companhia Energética Santa Elisa, CNPJ 02.300.261/0001-52, pela Vale do Rosário se deu em 02/01/2008, conforme a Ata da AGE da Vale do Rosário (doc. F7), juntamente com a incorporação de outras duas empresas, a Usina de Açúcar e Alcool MB, CNPJ 50.403.385/0001-06, e a Santa Elisa Serviços de Assessoria Ltda., CNPJ 08.204.717/0001-67.

[...]

48. As ações da CESE foram extintas e a sua controladora Santelisa Vale (nova denominação da B5) recebeu as 2.550.904.170 de novas ações emitidas pela Vale do Rosário, representativas do seu capital social detidas pela CESE no momento da incorporação. A denominação social da Vale do Rosário foi alterada para Santelisa Vale Bioenergia S/A.

49. Com a incorporação da CESE, o ágio e a dívida proveniente da aquisição da Vale do Rosário pela B5 passaram para o ativo da própria Vale do Rosário, agora Santelisa Vale Bioenergia, com o ágio sendo amortizado a partir de abril de 2008, à razão de 1/120 avos por mês, no prazo de 10 anos e, junto com as despesas da dívida contraída junto ao Bradesco, sendo deduzidas na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL.



[...]

50. Como visto anteriormente, a B5 adquiriu a totalidade do capital social da Vale do Rosário por R\$ 1.089.209.619,68, com a apuração de um ágio de R\$ 947.187.762,90, como resumido a seguir:

	Custo	Ágio	Desembolso
Vale do Rosário	161.066.327,54	929.199.219,98	1.065.908.828,06
Jardest Participações	5.312.248,70	17.988.542,92	23.300.791,62
Total	166.378.576,24	947.187.762,90	1.089.209.619,68

[...]

52. Com a incorporação da CESE pela Vale do Rosário em 02/01/2008, o sujeito passivo começa a amortizar o ágio apurado na sua própria aquisição. O fiscalizado informou em diligência anterior que a amortização do ágio começou em abril de 2008 à razão de 1/120 (doc. F17, item 3), o que lhe permitiria amortizar o ágio até março de 2018 [...].

[...]

54. Verificou-se que o sujeito passivo efetuou a amortização contábil do ágio no período de abril de 2008 a março de 2009, e a partir de abril de 2009 a amortização do ágio foi feita apenas para fins fiscais [...].

Após examinar os registros do Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR – da interessada, o Autor do feito informa:

64. Como foi informado anteriormente pelo próprio fiscalizado e se confirmou na contabilidade, a amortização do ágio da aquisição da Vale do Rosário começou em abril de 2008 e continuou sendo amortizado mensalmente desde então. Dessa forma, o controle do contribuinte na parte B do Lalur dos anos de 2011 a 2013 indicam um saldo de ágio a ser amortizado maior do que o efetivo, o que permitiria que o sujeito passivo se aproveitasse da amortização do ágio por até um ano a mais, além de março de 2018.

65. Tal disposição foi confirmada pelo próprio fiscalizado na sua resposta apresentada em 04/03/2016 (doc. 111), em que afirma que até 2008 a amortização do ágio era feita somente na escrituração comercial e não eram demonstradas no Lalur, porém com a adoção no Brasil das normas internacionais de contabilidade, a amortização contábil não foi mais permitida, e o controle da amortização na parte B passou a ser feita a partir do início do exercício de 2009 que, devido ao período do exercício social da fiscalizada, se deu em abril de 2009.

66. No seu "Doc. nº 1 - Controle do Ágio Biosev Bioenergia" (doc. 112), anexo à essa resposta, consta explicitamente a data de início da amortização fiscal como abril de 2009 e data prevista para término da amortização em março de 2019.

67. É preciso destacar que o fiscalizado, ao não controlar a amortização do ágio no Lalur no período de 2008 e 2009, infringiu o disposto no art. 391, § único, do RIR/99 [...].

O Autor do feito volta a enfatizar o uso de CESE como empresa veículo, dado que a reorganização societária do conglomerado econômico de que ela fazia parte incluiu a contribuição "de investimentos da B5, líquida de saldo da dívida junto à instituição financeira, em aumento de capital da CESE"; assim, após Vale do Rosário haver-se tornado controlada direta de CESE, foi possível promover-se sua incorporação reversa, como forma de poder se valer da benesse do artigo 386 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, que regulamenta a tributação do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza (RIR/1999). E detalha:

71. Neste caso, a inclusão de uma empresa para servir de veículo na reorganização societária foi utilizada pela adquirente B5 para transmitir para a própria Vale do Rosário não só o ágio apurado como também as despesas financeiras contraídas na aquisição da Vale do Rosário.

72. Ao longo da fiscalização, foi solicitado por diversas vezes que o fiscalizado justificasse a necessidade e os possíveis benefícios da colocação da CESE como controladora da Vale do Rosário para, logo após, ser incorporada por esta. Assim, inicialmente, o fiscalizado afirmou que o objetivo do aumento de capital da CESE era a transferência da dívida junto ao Bradesco para a empresa operacional (doc. 61):

"(...) a CESE não foi uma empresa interposta, ao contrário, era uma empresa operacional de destaque no setor sucroalcooleiro. (...)

Vale notar que essa reorganização societária era parte integrante de todo o processo de obtenção de recursos junto ao Bradesco, sendo certo que as taxas pactuadas e as condições de pagamento levaram em consideração a posterior unificação do passivo com os ativos operacionais geradores de caixa. Esse legítimo contexto operacional é que permitiu a compra da participação societária e posterior concentração das atividades em uma única empresa operacional.

[...]

De fato, o objetivo econômico e empresarial dessa contribuição em aumento de capital da CESE era fazer com que a dívida frente ao Bradesco fosse transferida para uma sociedade operacional, geradora de caixa, de forma que o passivo pudesse ser quitado eficientemente e,

eventualmente, refinanciado por meio de outras operações de crédito [...].

73. Em outra resposta, essa alegação foi mais detalhada (doc. 89):

Tal como esclarecido anteriormente, caso a CESE tivesse sido diretamente incorporada pela Vale do Rosário, a dívida tomada frente ao Banco Bradesco continuaria na B5 S/A e, assim, só poderia ser amortizada mediante recebimento de dividendos e juros sobre capital próprio distribuídos pela Vale do Rosário para a B5 S/A. Ou seja, a amortização da dívida dependeria da existência de lucros da Vale do Rosário.

A estrutura levada a efeito permitiu a amortização da dívida por meio de caixa e receitas operacionais diretamente geradas pela atividade da Vale do Rosário, sem depender da existência de lucros dessa empresa. A esse respeito, vale mencionar que a geração maior de caixa deve-se ao fato de que o lucro é impactado por despesas de depreciação e amortização, despesas estas que não afetam o caixa da sociedade. Tanto isso é verdade que há empresas que, embora sejam geradoras de caixa, apresentam prejuízos contábeis.

74. Depreende-se dessa resposta que o problema não era a “geração de caixa maior”, mas sim a existência de caixa, na visão do fiscalizado. Se não houvesse lucro na Vale do Rosário não haveria caixa na B5, transmitido pelo pagamento de dividendos. Assim, o contribuinte justifica a adoção da estrutura que permitiria o aproveitamento de ágio (uso de empresa veículo e incorporação reversa) não para aproveitar o ágio, mas pela necessidade de transmitir a dívida para a Vale do Rosário.

75. Em resposta apresentada em 26/08/2015 ao Termo de Intimação Fiscal nº 06, foi apresentado outro motivo, que complementa a resposta acima (doc. 73):

Diga-se que a estrutura implementada era a única possível pois a B5 S/A não podia ser incorporada pela Vale do Rosário, tendo em vista que, quando a Cosan fez a oferta para comprar as ações da Vale do Rosário detida pelos acionistas ofertados, havia uma condição de, durante o prazo de 5 (cinco) anos, ser mantido o controle direto da Vale do Rosário pela Cosan. Dessa forma, como o direito de preferência exercido pela B5 S/A devia observar as mesmas condições da oferta apresentada pela Cosan, a B5 S/A não podia ser incorporada pela Vale do Rosário pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Adicionalmente, como a dívida com o Bradesco foi tomada pela B5 S/A, a mera incorporação direta da CESE pela Vale do Rosário não faria com que essa dívida fosse transferida para a sociedade operacional e geradora de caixa, que era o racional econômico fundamental da transação.

Além disso, o fluxo de dividendos a serem recebidos pela B5 S/A não seriam suficientes para amortizar a dívida tomada pela B5. Por essa razão, a própria CCB já previa a obrigação de consolidar a dívida nas empresas geradoras de caixa. Destaque-se que essas razões eram todas de natureza empresarial e não tributária.

Comenta o Autor do feito:

76. Vê-se que o fiscalizado apresentou dois motivos para ter adotado a estrutura da operação com empresa veículo e incorporação reversa, como explicitado nessa resposta: 1) a B5 não podia ser incorporada pela Vale do Rosário devido à necessidade de cumprir com as condições apresentadas na oferta da Cosan pela Vale do Rosário; e, 2) a dívida precisava ser transferida para empresa operacional geradora de caixa, inclusive por obrigação da própria CCB, uma vez que o fluxo de dividendos recebido pela B5 não seria suficiente para amortizar a dívida.

77. À parte haver outras possibilidades de transferir o passivo com o Bradesco para as empresas operacionais, causa estranheza a alegação de que o fluxo de dividendos não seria suficiente para amortizar a dívida. Afinal, somente seria alcançado o objetivo de comprar a Vale do Rosário com recursos tomados de empréstimo de terceiros e de liquidar esse empréstimo por meio da própria empresa adquirida, se essa empresa adquirida propiciasse lucros suficientes para quitar o empréstimo. Do contrário, para quitar a dívida contraída o adquirente deveria desfazer-se total ou parcialmente do investimento adquirido, de algum outro investimento, ou encontrar fonte diversa de recursos. No caso em análise, o adquirente acabou por se desfazer do controle da adquirida e da própria holding para o grupo Louis Dreyfus.

78. Mesmo que a transferência da dívida para a Vale do Rosário fosse a única alternativa para a sua quitação, é evidente que apenas tal transferência não implica em que a dívida transitasse por uma empresa veículo. Afinal, do mesmo modo que a dívida foi transferida para a veículo CESE poderia ter sido transferida diretamente para a Vale do Rosário.

79. Ou, ainda, permanecer na CESE, ficando a Vale do Rosário como sua controlada, se fosse real a afirmação do fiscalizado de que a CESE não foi uma empresa interposta, mas uma empresa operacional de destaque. Assim, a CESE auferiria o resultado da Vale e o próprio resultado como empresa operacional para fazer frente aos pagamentos dessa dívida. Como se vê, é inegável que a passagem pela CESE, e sua incorporação, não estão ligadas à necessidade da transferência da dívida, mas sim, à transferência do ágio.

Transcreve a cláusula lock-up “prevista no acordo da Cosan para a compra da Vale do Rosário” e conservada na reorganização empresarial posterior:

6. Lock-up. A Compradora obriga-se, pelo prazo de 60 (sessenta) meses a contar da data da efetiva transferência das Ações Vendidas, a não transferir a terceiros as Ações Vendidas, e não realizar qualquer reorganização que implique a perda de controle da Companhia pela Compradora. Caso haja qualquer tentativa de transferência ou reorganização em desacordo com tal cláusula, a transferência ou reorganização será considerada nula de pleno direito, devendo a Compradora pagar, ainda, a cada um dos Acionistas Vendedores uma multa equivalente a 15% (quinze por cento) do preço pago ao respectivo Acionista Vendedor pelas ações por ele alienadas à Compradora.

Tece a respeito os seguintes comentários:

84. Vê-se que a violação da condição de não transferir as ações e não realizar qualquer reorganização que implique a perda de controle da Vale do Rosário, implicaria em duas consequências: a transferência ou reorganização seria

considerada nula, e a compradora pagaria uma multa de 15% do preço pago a cada um dos vendedores.

85. Como se sabe, o controle direto sobre a Vale do Rosário por 5 anos não foi cumprido, afinal a B5, ou Santelisa Vale, junto com a Vale do Rosário, teve o seu controle transferido para o grupo LDC e para o grupo Canna Investors, por meio de uma reorganização societária em 26/10/2009, 2,5 anos após a venda das ações, e a B5 (então Santelisa Vale) foi incorporada pela LDC Bioenergia em 31/03/2010, ou seja, 3 anos após. Essas operações são objeto de análise em outra ação fiscal, sob o TDPF nº 08.1.85.00-2014-00278-6.

86. Resta saber como foram tratadas as consequências previstas na cláusula 6. Lock up. Afinal, a transferência de controle não foi anulada e não se sabe se houve o pagamento da multa de 15%. A esse respeito, a fiscalizada afirmou em 13/06/2016 (resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 13), que ocorreu a “sucessão das obrigações assumidas pela B5 para a LDC Bioenergia, com o consequente cumprimento das condições avençadas. Inclusive, o artigo 227 da Lei 6.404/76 estabelece a sucessão universal como decorrência da incorporação societária”.

[...]

92. De qualquer forma, o que se quer com a discussão a respeito da cláusula de lock-up assumida pela B5 na compra da Vale do Rosário não é saber se a cláusula foi respeitada ou não, mas demonstrar que a alegação dada pelo fiscalizado para a necessidade da interposição da CESE e a sua incorporação reversa não tem fundamento na realidade.

[...]

O Autor do feito salienta que, de R\$ 1,2 bilhão pago em função da dívida assumida junto ao Bradesco, a parcela de R\$ 907,8 milhões - equivalente a 72% do total - foi paga até janeiro de 2008 “em operações que envolveram a própria B5, a título de aumento de capital ou pré-pagamento de exportações, ou seja, sem depender da empresa operacional para essa quitação”. E acrescenta que mais R\$ 238,707 milhões (19% do total), foram pagos pela via de conversão de dívida resultante da “aquisição do controle das empresas B5 (Santelisa Vale) e Vale do Rosário (Santelisa Vale Bioenergia) pelo grupo Louis Dreyfus”. Logo, “91% dos pagamentos da CCB (72% + 19% da conversão de dívida) foram efetuados sem a dependência da empresa operacional, ao contrário da alegação posta”. Os restantes 9% foram pagos a partir de janeiro de 2012, por via da emissão de debêntures, “pela atual Biosev Bioenergia, anterior Vale do Rosário [...], cinco anos após a concessão do empréstimo”, ou seja, depois de satisfeita a condição estabelecida para “não perder o controle da Vale do Rosário [...], deixando claro a insubsistência dessa alegação”.
Enfatiza o Autor do feito:

100. Assim, esta condição de que a empresa operacional é que teria condições de amortizar a dívida também não se comprova, visto que a empresa operacional arcou com apenas 9% dos pagamentos da dívida, e a partir de janeiro de 2012, sendo que essa necessidade foi a justificativa apresentada para uma operação ocorrida em setembro de 2007, e prevista desde fevereiro de 2007. Fica claro que a estrutura da operação com empresa veículo e incorporação reversa teve como

motivação o aproveitamento fiscal da amortização do ágio, que gerou efeitos já a partir de abril de 2008.

101. *Não se pode deixar de notar que apesar da Vale do Rosário arcar efetivamente com apenas 9% dos pagamentos efetuados, e apenas a partir de janeiro de 2012, a transferência da dívida para a Vale do Rosário vem proporcionando a dedução das despesas de juros e demais encargos desse empréstimo na apuração do seu lucro também desde abril de 2008, quando da incorporação da CESE pela Vale do Rosário [...].*

[...]

106. *O que se pretendeu fazer com a interposição da CESE como empresa veículo, foi o transporte do ágio para a Vale do Rosário. A transferência do saldo da dívida assumida pela B5 para a aquisição da Vale do Rosário para que a própria Vale do Rosário assumisse o seu pagamento acabou tendo efeito, para o devedor original e para o credor, apenas quase cinco anos após a interposição da CESE, época em que as empresas envolvidas já tinham sofrido outras reorganizações societárias e até mudança de seu controle para terceiros. Apenas para a própria Vale do Rosário essa transferência teve efeito imediato, com a redução dos seus resultados pela dedução das despesas financeiras desse empréstimo.*

Transcreve a definição de *empresa veículo* dada pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis in *Interpretações e Orientações Técnicas Contábeis – ICPC nº 9 – “como uma entidade cuja finalidade é servir de veículo para transferir da controladora original para uma controlada intermediária a participação que possui em outra entidade”, com a observação de que tais entidades “geralmente são temporárias, desprovidas de autonomia e planos de negócios, não mudam o negócio da empresa que a incorpora e não captam autonomamente recursos no mercado”. Assinala:*

109. *No caso presente, a entidade usada como veículo simplesmente recebeu o investimento, o ágio e a dívida contraída, de forma passageira, apenas para ser transferido para a própria empresa objeto do investimento.*

[...]

116. *Para permitir a dedutibilidade da amortização do ágio, a legislação tributária se fundamenta na efetiva extinção do investimento através dos institutos da incorporação, fusão e cisão entre empresas controladora, a que arcou efetivamente com o desembolso do investimento, e controlada, a que foi realmente adquirida de terceiros vendedores. Ou seja, instituiu um disciplinamento para a tributação de um negócio jurídico particular que culmina em uma “confusão patrimonial”, em que não há mais distinção entre os patrimônios das empresas controladora e controlada. O “encontro” do patrimônio adquirido e do ágio pago por tal patrimônio em um mesmo patrimônio é uma condição obrigatória para a dedutibilidade fiscal da amortização do ágio.*

[...]

119. *No caso em análise, a opção não foi pela extinção do investimento. O ágio na aquisição do controle da Vale do Rosário, que foi apurado pela B5, foi transferido para outra empresa do grupo (CESE), que foi utilizada como veículo, e incorporada pela adquirida Vale do Rosário e lá permaneceu para ser amortizado.*

De outro lado, o investimento adquirido (Vale do Rosário, atual Biosev Bioenergia) permaneceu intacto no patrimônio da B5, como se pode verificar nos razão contábeis que controlavam o investimento e o ágio na B5. Dessa forma, o investimento não foi extinto.

Prosseguindo, o Autor do feito reporta que o “passivo representado pela dívida contraída com o Bradesco” gerou despesas financeiras “desde a incorporação reversa da CESE, reduzindo a base de cálculo do IRPJ e da CSLL”. Acrescenta:

128. Contabilmente, não há a possibilidade de repassar a dívida do passivo de uma controladora para o passivo de uma empresa controlada. Ao contrário do recebimento de um ativo pela controlada, que teria como contrapartida o aumento do capital social, no caso do passivo não se vislumbra qual seria a contrapartida na controlada por esse recebimento de passivo.

Diz a Autoridade fazendária que a operação em exame seria um artifício para conseguir transferir a dívida contraída por B5 para Vale do Rosário e, assim, contornar superar esta impossibilidade contábil. Reza o TVF:

134. Em vista disso, é necessário [...] verificar se as despesas financeiras incorridas com o empréstimo, e suportadas pelo fiscalizado, são necessárias às atividades da empresa adquirida.

135. Não se pode afirmar que as despesas advindas desse empréstimo eram necessárias para que a fiscalizada operasse, pois o recurso foi utilizado integralmente para a aquisição da própria fiscalizada, ou seja, foi repassado a terceiros (antigos acionistas da Vale do Rosário), sem nunca ter sequer passado pelo caixa da Vale do Rosário.

O Autor do feito destaca que tal empréstimo foi tomado por B5 e utilizado para a aquisição da própria interessada:

142. As despesas financeiras que estão incidindo no resultado da Vale do Rosário são decorrentes de obrigações assumidas pela B5 para aquisição de ativo para a B5, nada tendo a ver com as atividades normais e usuais da Vale do Rosário ou com a manutenção de nenhuma fonte produtora de receitas para a Vale do Rosário. O passivo e o ativo são de interesse da B5.

[...]

144. A empresa não precisa dessa despesa financeira para continuar a gerar resultados. Pelo contrário, os seus resultados seriam melhores sem essa despesa.

[...]

146. [...] é preciso esclarecer inicialmente que não se questiona a sucessão e obrigação jurídica por esse passivo, mas sim a dedutibilidade desse passivo da base de cálculo tributária da Vale do Rosário. Tendo isso claro, cabe dizer que a transferência da dívida para a CESE e a sua posterior incorporação pela Vale do Rosário foram decididas e implementadas pela B5, visando o seu interesse e não o interesse da Vale do Rosário.

148. Por outro lado, a dedutibilidade de uma despesa não é atributo intrínseco a ela. Pelo contrário, a dedutibilidade de uma despesa somente é aferível em

confronto com o objeto social e as atividades produtivas desenvolvidas pelo contribuinte em cada período de apuração. Se num determinado período um bem não for empregado nas atividades produtivas da empresa, mas em outro período sim, as despesas com sua manutenção não são dedutíveis num momento, podendo sê-lo em outro. Da mesma forma, por exemplo, se a empresa aliena um bem que lhe era inútil, que não era utilizado nas suas atividades, e cujas despesas de manutenção, portanto, não podia deduzir, para o adquirente as despesas com a manutenção desse mesmo bem poderão ser dedutíveis.

O Autor do feito relata que a interessada admitiu numerosas falhas na escrituração destes juros, dizendo-se incapaz de “organizar os documentos”.

Em face do acima exposto, o Autor do feito procedeu à retificação dos saldos de prejuízos fiscais e bases negativas de cálculo de CSLL e fez o lançamento de multa por falta de recolhimento de estimativas de IRPJ e CSLL.

Consta ainda do TVF:

216. Durante a presente fiscalização, foi constatado que o sujeito passivo havia entregue ao Sistema Público de Escrituração Digital – Sped os arquivos relativos à Escrituração Contábil Fiscal – ECF, correspondente ao ano de 2014, de forma bastante incompleta. A Demonstração do Resultado Líquido e os Lançamentos das Partes A e B do e-Lalur e os Lançamentos das Partes A e B do e-Lacs traziam apenas algumas linhas de informações sintéticas preenchidas, sendo os valores das linhas de contas analíticas omitidas. O e-Lalur e o e-Lacs traziam informação apenas na linha do Lucro Líquido antes do IRPJ preenchida. A ECF original foi apresentada em 24/09/2015.

217. Em vista dessa constatação, o fiscalizado foi intimado a apresentar as informações completas da Demonstração do Resultado Líquido e do e-Lalur e e-Lacs em 18/12/2015, com prazo de 20 dias (doc. 98). O contribuinte retificou a ECF de 2014 em 05/01/2016 (doc. 100).

[...]

224. O e-Lalur original, apresentado em 24/09/2015, apresentava apenas uma única informação: o Lucro Líquido antes do IRPJ (doc. F23). O e-Lalur retificado, apresentado em 05/01/2016, consta em anexo ao presente Termo (doc. F20).

225. Foi solicitado ao fiscalizado, no Termo de Intimação Fiscal nº 14, que informasse os motivos pelos quais a ECF original do período de 2014 foi apresentada de forma incompleta em diferentes registros, com os valores de várias linhas omitidos.

226. Em sua resposta apresentada em 28/06/2016, informou apenas que estava se adaptando aos layouts da ECF e enfrentou dificuldades em preencher os blocos por completo no prazo inicial. Dessa forma, não se justifica o fato de não ter entregue a ECF de forma completa no prazo original e, muito menos, para não ter retificado a ECF antes da intimação feita por esta fiscalização.

227. A apresentação do e-Lalur, e da ECF, de forma completa ocorreu após procedimento de ofício desta fiscalização, porém dentro do prazo concedido, portanto as multas serão lançadas reduzidas em 50%. Ressalte-se que, na

apuração dos valores omitidos, foram considerados apenas os valores de contas analíticas, desprezando-se os valores das contas sintéticas ou que representem simples soma ou subtração de outras contas no demonstrativo do livro em análise.

Em razão disto, lançou-se a multa regulamentar prescrita pelo artigo 8º e 8A do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, com a redação dada pela Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014.

O TVF assim finda:

229. Em face do lançamento de ofício do IRPJ e da CSLL decorrente da glosa de valores de ágio indevidamente amortizados sem que houvesse a real extinção do investimento, como exige o art. 7º, da Lei nº 9.532/97, cumpre, então, o exame da multa de ofício aplicável ao caso em questão.

230. A redação do art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, dada pela Lei nº 11.488/2007, assim dispõe:

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

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007) (...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

231. Especial atenção deve ser dedicada ao que dispõe o §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, acima transcrito. Nele citado, o art. 72 da Lei nº 4.502/64 assim define fraude:

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

232. Os procedimentos adotados pela fiscalizada estão compreendidos na hipótese prevista na norma acima [...].

234. Assim, não cabe à empresa invocar desconhecimento, prática de erro escusável, ou divergência de interpretação da legislação. A reorganização societária não foi feita ao acaso. A reestruturação societária promovida para a inclusão da empresa veículo CESE como controladora da fiscalizada e sua posterior incorporação teve o objetivo de gerar despesas de amortização de ágio. Para isso, foram realizadas diversas operações que, analisadas isoladamente, não violavam nenhuma norma legal. Porém, o resultado da reorganização

proporcionou ao sujeito passivo os melhores efeitos tributários que não seriam possíveis legalmente.

235. *A CESE foi inserida como controladora da então Vale do Rosário com o objetivo certo de forçar uma situação formal para transferência do ágio apurado na aquisição da Vale do Rosário à própria empresa operacional. Assim, os reais adquirentes promoveram a obtenção de vantagens fiscais pela dedução da amortização do ágio, reduzindo a base de cálculo do IRPJ e da CSLL.*

236. *Se não houvesse essa passagem da reorganização societária, a B5 seria a controladora da Vale do Rosário, mas o ágio ficaria registrado na sua contabilidade, sem possibilidade de ser aproveitado na configuração atual das empresas. Não seria possível a dedução das despesas de amortização de ágio porque a lei não o permite.*

237. *A lei não permite, em vista de que o investimento não foi extinto pela simples reorganização societária (permanecendo na controladora da Vale do Rosário, atual Biosev Bioenergia), portanto, não se enquadrando na situação prevista nos artigos 7º e 8º, da Lei 9.532/97.*

238. *A contribuinte estava perfeitamente consciente da falta de propósito negocial ou societário na interposição da CESE, ficando caracterizada a utilização dessa como mera “empresa veículo” para transferência do ágio do real adquirente, com o fim almejado de redução do valor tributável pela amortização do ágio.*

239. *A CESE permaneceu como controladora da Vale do Rosário por apenas 4 meses, de 04/09/2007 a 02/01/2008, quando foi incorporada. A sua incorporação reversa pela Vale do Rosário já estava decidida desde antes da sua interposição como controladora, decisões tomadas pelo verdadeiro adquirente e controlador de ambas as empresas, das quais a CESE foi apenas um instrumento para atingir o objetivo do aproveitamento tributário do ágio. Para o planejamento tributário em questão nesta ação fiscal, a aparência de legalidade e a publicidade dessa aparente legalidade é um aspecto imprescindível de toda a operação.*

[...]

241. *Assim, através de um processo de reorganização societária, com várias etapas artificiais, apesar de formalmente legais quando vistas isoladamente, procurou-se esconder o objetivo de obter a redução dos tributos devidos, mesmo sabendo-se que essa redução era ilegal. Admitir essa situação como válida seria admitir que a lei permite a sua própria burla.*

242. *O dolo tributário não é caracterizado pelos meios utilizados para obter-se o resultado pretendido. Fraude fiscal é a violação à norma fiscal pelo contribuinte com a finalidade de escapar do pagamento do imposto devido.*

243. *O fato de não terem sido utilizados documentos falsos ideologicamente não implica necessariamente na inexistência da intenção de escapar ao pagamento do imposto. A análise da sequência das operações, e seus resultados antes e depois de sua ocorrência, revelam a existência de um plano, de um artifício criado para reduzir a carga tributária.*

244. *Juridicamente, pode-se definir simulação como a aparência de um negócio jurídico contrário à realidade, destinado a provocar uma ilusão a terceiros, seja*

por não existir negócio de fato, seja por existir um negócio diferente daquele que se aparenta.

245. Conforme anteriormente demonstrado, a conduta ilícita consistiu na criação artificial da situação prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Em outras palavras, da simulação da hipótese legal a fim de ser obtida vantagem fiscal. Houve a interposição de uma aparente controladora da empresa operacional, seguido de uma aparente operação de incorporação. Operações aparentes, porque sem substância econômica, por serem pura forma, sem materialidade.

246. Ressalte-se que a contribuinte não escondeu os atos do Fisco. Se isto tivesse ocorrido estaríamos falando de sonegação pura e simples, e não da fraude prevista no art. 72.

247. A situação dos autos também não pode ser vista como mera divergência na interpretação da legislação aplicável. A elaboração de uma sequência de operações desprovida de razões extra tributárias não pode ser equiparada ao erro ou dúvida na interpretação de dispositivos legais.

[...]

249. Por todo o exposto, fica patente a caracterização do intuito fraudulento, uma vez que as operações efetuadas revelam a intenção de reduzir o tributo de maneira artificial, justificando-se plenamente a aplicação da multa qualificada.

Ciente em 18 de novembro de 2016 (fl. 3.837), a interessada apresentou, em 15 de dezembro de 2016 (fl. 4.686), a impugnação de fls. 3.850 a 3.936, a seguir resumida.

Alega a decadência do direito da Fazenda da União de proceder aos lançamentos de ofício ora em tela, dizendo:

4. No presente caso, a B5 Ltda. ("B5") adquiriu o investimento em Fevereiro de 2007 e a Requerente incorporou a Companhia Energética Santa Elisa ("CESE") em Janeiro de 2008, data em que o ágio passou a ser amortizável para fins fiscais.

5. Tendo em vista que os Autos de Infração foram lavrados em 16.11.2016, só poderiam ser abrangidos pela autuação os fatos geradores ocorridos a partir de 16.11.2011. Como a operação que gerou o ágio foi realizada em 2007 e o ágio tornou-se passível de amortização em 2008, o direito de a Fiscalização contestar sua regularidade encontra-se extinto pela decadência, seja à luz do artigo 150, § 4.º do CTN (ou até mesmo se aplicável a regra prevista no artigo 173, inciso I, do CTN, o que se admite apenas para argumentar).

Faz histórico dos acontecimentos que se coaduna, em linhas gerais, com aquele feito pela Autoridade fazendária, acrescentando que

22. [...] um dos requisitos exigidos pelo Banco Bradesco para a abertura da linha de crédito e concessão da carta de fiança foi que a B5 promovesse uma reorganização societária específica, determinada no Anexo 5 dos documentos firmados com a instituição financeira. A exigência estava prevista na Cláusula 11ª da CCB:

“Cláusula Décima Primeira – Obrigações de Fazer e Não-Fazer. A Emitente compromete-se a: [...]

(v) realizar a reorganização societária descrita no Anexo “5” e no Contrato de Associação datado de 26 de fevereiro de 2007, observadas as seguintes condições: (i) as garantias indicadas no item II-15 não poderão ser adversamente afetadas, sendo certo que as partes, se necessário, celebrarão os documentos exigidos para a preservação das mesmas; (ii) a obrigação de “lock-up” prevista na oferta da Cosan S/A – Açúcar e Alcool não poderá ser violada; e (iii) a referida reorganização deverá organizar de maneira mais eficiente os ativos e passivos da Emitente e de suas controladas, com o objetivo de conduzir a Emitente à planejada oferta de distribuição pública de ações e emissão da Emitente;[...]”

23. O Anexo “5” da CCB, que especificava a reorganização societária a ser implementada pela B5, previa entre os seus passos: (a) a obtenção de financiamento pela B5 para o exercício do direito de preferência; (b) a aquisição das ações da Vale do Rosário pela B5 (através dos passos que serão descritos abaixo); (c) a contribuição da dívida com o Bradesco e da participação adquirida na Vale do Rosário em aumento de capital da CESE; e (d) a incorporação da CESE na Vale do Rosário. O não cumprimento da obrigação de reorganização societária acarretaria no vencimento antecipado da obrigação (Cláusula 12ª da CCB).

24. A exigência de reorganização societária por parte do Banco Bradesco se dava em razão da necessidade de transferência da dívida captada para uma entidade operacional (com o uso do fluxo positivo dos rendimentos operacionais para pagamento da obrigação) e de integração das entidades operacionais, o que geraria ganhos de sinergia significativos. Trata-se de exigência efetuada após minuciosa análise de crédito e da capacidade de solvência das entidades – o que demonstra a efetiva existência de razões econômicas e negociais para a implementação de reorganização societária.

25. Além da obrigatoriedade de reorganização societária, a CCB emitida pelo Bradesco previa a obrigatoriedade de observância da cláusula de “lock-up” pela B5, na qualidade de acionista que exerceu o direito de preferência para compra das ações da Vale do Rosário (essa cláusula estava originalmente prevista na oferta da COSAN e deveria ser observada pelo acionista que exercesse o direito de preferência).

Afirma que, em razão desta cláusula “lock-up”, incumbia a B5

27. [...] encontrar uma alternativa que atendesse cumulativamente a três requisitos: (a) não transferir o controle da Vale do Rosário; e (b) transferir a dívida captada para as entidades operacionais.

28. Tendo em vista essas restrições, a B5 não poderia ser incorporada diretamente na Vale do Rosário para transferência da dívida, uma vez que a incorporação resultaria na perda do controle direto e mudança no Acordo de Acionistas da B5. Além disso, não seria possível a transferência da dívida através de aumento de capital da Vale do Rosário, uma vez que não é possível a cessão de um acervo líquido negativo em aumento de capital de uma pessoa jurídica.

29. Foi exatamente por isso que a estrutura de reorganização societária exigida pelo Banco Bradesco (Anexo "5" da CCB) previa a única alternativa que permitia a concomitante transferência da dívida para uma entidade operacional, sem a pulverização do controle da Vale do Rosário entre diversos acionistas: trata-se da contribuição do investimento adquirido na Vale do Rosário e da dívida (acervo líquido positivo) em aumento de capital da CESE.

Afirma também ser "possível verificar que todos os passos foram realizados com efetivas razões econômicas e em estrita observância à legislação fiscal e societária".

Descreve diversas etapas da negociação em tela e acrescenta:

45. Após a aquisição, a B5 era proprietária de empresas titulares de duas grandes usinas de açúcar e álcool: a CESE (empresa operacional com receitas de aproximadamente R\$ 500 milhões – doc. nº 11) e a Vale do Rosário.

46. Nesse momento, a B5 tinha dois objetivos econômicos e operacionais: (a) transferir a dívida contraída junto ao Bradesco para sociedade capaz de liquidação da dívida com os seus fluxos de caixa operacionais; e (b) combinar as atividades da CESE e da Vale do Rosário em uma mesma pessoa jurídica. Mais do que um objetivo empresarial verdadeiro, esses objetivos estão em linha com as exigências efetuadas pelo Banco Bradesco no Anexo "5" da CCB.

Diz que

47. Para a realização da operação, a empresa tinha duas alternativas do ponto de vista conceitual: (a) incorporar a B5, a CESE e a Vale do Rosário, com concentração da dívida e das atividades operacionais em uma única entidade; ou (b) transferir a dívida contraída junto ao Bradesco em aumento de capital da CESE, junto com ativo que tornasse o acervo líquido positivo (ações da Vale do Rosário), seguida da incorporação da CESE e da Vale do Rosário.

48. Como visto acima, a primeira alternativa [...] não era factível, uma vez que implicaria na pulverização do controle da Vale do Rosário (o que era vedado pela cláusula de lock-up) e resultaria na extinção da holding do grupo [...].

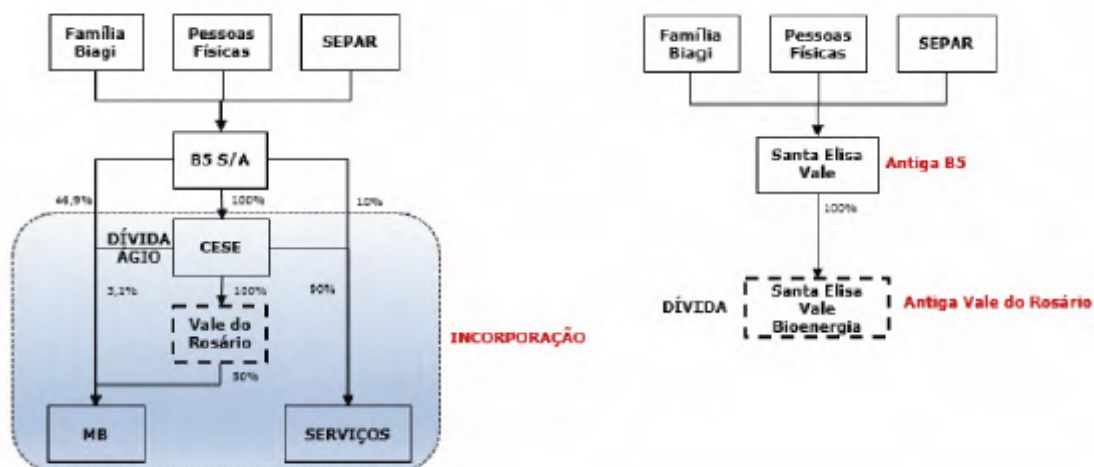
49. Portanto, a única alternativa viável e que permitiria que o Grupo atingisse os seus objetivos econômicos e empresariais seria a contribuição de um acervo líquido positivo (investimento na Vale do Rosário + dívida) em aumento de capital da CESE, seguido da incorporação das duas entidades. Em momento algum a Fiscalização apresenta outra estrutura que permitiria atingir esse objetivo real e verdadeiro de transferência da dívida para uma entidade operacional, limitando-se a discutir se a dívida poderia ser liquidada com o "fluxo de dividendos" das entidades operacionais (o que é um verdadeiro absurdo, como será explorado adiante).

Reitera que "existiam reais razões econômicas verdadeiras para a adoção da estrutura exigida pelo Banco Bradesco no Anexo '5' da CCB" e que "B5 aumentou o capital da CESE com a participação detida na Vale do Rosário e a dívida contraída junto ao Banco Bradesco", resultando disso a seguinte estrutura:



Complementa dizendo que, posteriormente, “atendendo ao objetivo final de consolidação de duas empresas [...], a CESE foi incorporada pela Vale do Rosário”, e ainda:

53. As ações da CESE foram extintas e a B5 (agora denominada Santaelisa Vale) passou a deter diretamente a Vale do Rosário, após a emissão de ações em benefício da B5. Nesse momento, a denominação da Vale do Rosário foi alterada para Santaelisa Vale Bioenergia S.A. (“Santaelisa Vale”). A estrutura final consolidou-se da seguinte forma:



Nega que tenha havido “qualquer ato doloso, fraudulento ou simulado realizado pelo Grupo Santa Elisa ou pela Requerente nas operações acima”, acrescentando que “cada uma de suas etapas está fartamente suportada em documentação hábil e idônea, devidamente registrada nos órgãos oficiais”.

Sob o título “IV. AS DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO GERADO NA AQUISIÇÃO DA VALE DO ROSÁRIO”, aduz que “a operação em exame [...] consistiu na aquisição, pela B5 [...] da totalidade do capital da Vale do Rosário”, com

respeito aos “requisitos formais e substanciais exigidos pela legislação”, conforme “artigos 385 e 386 do RIR/99”, e enumera:

- (i) A transação [...] foi realizada entre partes independentes [...];
- (ii) Houve efetivo pagamento do preço (e do ágio) [...];
- (iii) O fundamento econômico do ágio [...] estava embasado em Laudo de Avaliação [...];
- [...]
- (vi) A concessão do empréstimo pelo Banco Bradesco teve como condição contratual a organização da estrutura nos termos do previamente acordado [...].
- (vii) [...] houve a consolidação em uma única pessoa jurídica da investida (Requerente) e de sua investidora (CESE), juntamente com a subconta de ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura.

Relembra que “a participação na Requerente passou a ser registrada por meio do MEP [...] com desdobramento do custo de investimento e registro de ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura da Requerente” e acrescenta:

68. Por fim, o quarto requisito (incorporação, cisão ou fusão entre a sociedade que detém o investimento e a sociedade que fundamenta economicamente o ágio) foi atendido por meio da incorporação da CESE em janeiro de 2008. Em razão de expressa autorização legal, o ágio pago e fundamentado na expectativa de rentabilidade passou a ser amortizado para fins fiscais à razão de 1/120, o que lhe permitiria amortizar o ágio até março de 2018.

Diz que “a legislação não prevê o requisito de ‘confusão patrimonial’ do ‘investidor originário’ para fins de amortização fiscal do ágio”, acrescentando, a respeito “dos artigos 7º e 8º da Lei nº 8532/97” que a “compreensão do alcance das normas jurídicas não decorre de uma mera leitura fria dos textos de lei”.

Relembra que “a Lei nº 9.532/97 beneficiou grandes privatizações em curso no país quando de sua promulgação”, não cabendo “a aplicação do art. 111 do CTN” e complementa:

86. Apesar de a lei ser taxativa quanto a forma como deve ocorrer a união, em um mesmo patrimônio, do ágio com as receitas que justificaram sua formação (por meio de cisão, incorporação – inclusive reversa – ou fusão), ela não traz nenhuma outra exigência para autorizar a amortização do ágio para fins fiscais, inclusive, estando os contribuintes livres, no âmbito de sua liberdade econômica, para escolher a forma mais conveniente para efetivar essa união e, posteriormente, procederem à amortização fiscal do ágio.

87. Assim, quando o art. 7º da Lei nº 9.532/97 utiliza-se da expressão “absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão”, ele o faz porque deseja condicionar a amortização do ágio a tal união (reunião dos patrimônios para que receitas e custos sejam emparelhados) e não à extinção de uma ou outra empresa, via incorporação, fusão ou cisão [...].

88. [...] *A absorção de patrimônio poderia ocorrer independentemente da extinção da pessoa jurídica, por exemplo, por meio de cisão parcial.*

89. *Conclui-se que não há impedimento legal à manutenção da existência das duas sociedades envolvidas inicialmente na aquisição, no caso, B5 e Vale. Aliás, a segregação dessas duas empresas em pessoas jurídicas distintas é uma das intenções societárias do grupo [...].*

Assegura que

95. [...] *a norma jurídica que estabelece a condição para a amortização do ágio prescreve a união, em um mesmo patrimônio, do custo incorrido para a aquisição de um investimento com as receitas geradas por esse mesmo patrimônio [...].*

[...]

97. *Mesmo admitindo que a “confusão patrimonial” entre o adquirente e adquirida seja um requisito legal para [...] amortização do ágio [...], deve-se, ainda, constatar que houve, no presente caso, confusão patrimonial entre adquirente e adquirida.*

98. *A Fiscalização não admitiu que a CESE seria Adquirente por utilizar-se do conceito de que para ser Adquirente, nos termos do “requisito da confusão patrimonial”, deveria ser a empresa que arcou efetivamente com o desembolso. Se o termo “desembolso” for entendido como pagamento em dinheiro, realmente, a CESE não seria Adquirente. Ocorre que, contudo, recebeu o investimento com encargos contraídos para adquiri-lo, configurando-se, assim, onerosidade na transferência (cujo preço está fundamentado em uma transação com terceiros).*

99. *Dessa forma, [...] a CESE, após a transferência onerosa, seria a nova adquirente do investimento, tanto é que contabilmente o ágio registrado, a despeito de ter a mesma natureza e fundamento, é um novo ágio, custo do investimento da CESE [...].*

Afirma ser absurdo considerar que CESE haja atuado como empresa veículo, ao argumento de que “o conceito de empresa veículo, além de não estar previsto em lei, não possui nenhuma aplicabilidade no presente caso”. Explicitando seu raciocínio, diz:

102. *A expressão “empresa veículo” quer dizer, em última análise, que uma determinada sociedade é dita “de passagem”, ou seja, ela não tem nenhuma outra função ou substância econômica além de servir de um efêmero canal de transmissão de direitos no contexto considerado. A empresa veículo existe para a criação de um determinado benefício fiscal novo, que não existiria se a empresa veículo não fosse constituída.*

Diz a este respeito que a existência efetiva de CESE poderia ser comprovada “pela existência de diversos funcionários (doc. nº 15), receita de quase R\$ 500 milhões e despesas administrativas incorridas na estrutura de sua sede” e, portanto, ela não poderia ser considerada “uma empresa veículo interposta com o objetivo de permitir a amortização fiscal do ágio”.

Volta a enumerar “os motivos econômicos para realizar a integralização do acervo de investimentos líquido da dívida com o Bradesco na CESE”:

106 [...] (i) transferir a dívida frente ao Bradesco para uma sociedade operacional, geradora de caixa, de forma que o passivo pudesse ser eficientemente quitado; (ii) previsão contratual no próprio CCB que obrigava a consolidação da dívida nas empresas geradoras de caixa; e (iii) necessidade da B5 manter o controle da Vale do Rosário por 5 (cinco) anos e de não extinguir a holding que centraliza o investimento dos acionistas e que poderia ser utilizada em uma futura abertura de capital.

Diz que “o fluxo de caixa da B5” seria insuficiente para “honrar com as suas obrigações” e, portanto, “a transferência das dívidas da holding (B5) para uma sociedade operacional permitiria maior previsibilidade quanto a capacidade de pagamento das obrigações financeiras”.

Enfatiza que a “cédula de crédito bancário (CCB) [...] concedida pelo Bradesco” traria algumas exigências, como a de “realizar a reorganização societária descrita no Anexo ‘5’ [...] com o objetivo de conduzir a Emitente à planejada oferta de distribuição pública de ações e emissão da Emitente [...]” e alega que isto implicaria “a transferência da dívida às empresas operacionais do grupo”.

Frisa que a cláusula “lock-up” impediria “qualquer transferência do controle da Vale pela B5, em um prazo de 5 anos”, sob pena de “nulidade da reorganização” e afirma que a “aquisição da Vale do Rosário pela B5” teria sido “expressamente autorizada pelo Banco Bradesco”. Acentua que, assim, “não houve, com a transferência da participação da Vale para a CESE, controlada da B5, qualquer infração à cláusula contratual”.

[...]

117. A transferência do investimento da B5 para a CESE em nada modifica a prerrogativa do Grupo Santa Elisa de amortizar o ágio pago a terceiros na operação de compra e venda. Frise-se: a transferência do investimento para a CESE não cria novo ágio ou permite que o Grupo Santa Elisa se beneficie de um ágio que não seria amortizado.

Sob o título “V. O DIREITO: DEDUÇÃO DAS DESPESAS FINANCEIRAS INCORRIDAS PELA REQUERENTE”, preleciona a respeito da assim dita “compra alavancada” e argumenta:

132. [...]

(ii) A dívida contraída pela B5 frente ao Bradesco, após ser assumida pela CESE - por decorrência transferência em integralização de capital na CESE - foi transferida à Requerente por sucessão de obrigações [...].

(iv) O motivo para a captação da dívida pela B5 era verdadeiro, lícito e, na realidade dos fatos, foi efetivamente realizado, qual seja: a operação de aquisição da Vale para a consolidação do Grupo Santa Elisa como um dos maiores players do setor sucroalcooleiro. Não há qualquer contestação da D. Fiscalização quanto

aos motivos apresentados para a justificativa da dívida tomada, assim, o motivo para sua contratação foi real e verdadeiro; e

[...]

133. A única forma de viabilizar a aquisição do novo investimento pela B5 seria contratar dívida com instituição financeira [...].

[...]

136. Especificadamente quanto à apropriação de despesas financeiras pela Requerente, a Fiscalização valeu-se dos seguintes argumentos principais:

(i) Argumento nº 1 | Impossibilidade de transferência de passivo: segundo a Fiscalização, contabilmente não haveria possibilidade de repassar a dívida do passivo de uma controladora (B5) para o passivo de uma empresa controlada (CESE) via aumento de capital, isto porque não se vislumbraria qualquer contrapartida na controlada pelo recebimento desse passivo.

(ii) Argumento nº 2 | Desnecessidade da despesa financeira: não se poderia afirmar que as despesas financeiras advindas do empréstimo contraído pela B5 Ltda ("B5") para a aquisição da participação societária na Vale seriam despesas necessárias para a operação da Requerente. Assim, nada tendo a ver com as atividades normais e usuais da Vale ou com a manutenção de sua fonte produtora de receitas tais despesas seriam indedutíveis;

Recorda tanto o artigo 47 da Lei 4.506, de 30 de novembro de 1964, base legal do artigo 299 do RIR/99, quanto o Parecer Normativo CST nº 32, de 17 de agosto de 1981 ("PN 32/81") para afirmar que *"despesa dedutível é toda aquela feita no interesse da pessoa jurídica [...] ainda que não tenham ligação direta com a fonte material de produção de suas receitas"*, gozando os contribuintes de *"liberdade de escolha sobre os bens e serviços que pretendem adquirir no desempenho de sua atividade econômica"*.

[...]

Acentua que, na operação em exame,

155. [...] (i) a dívida e os juros incorridos foram devidamente comprovados pela Requerente, sem qualquer questionamento da D. Fiscalização nesse ponto; e (ii) os valores captados via empréstimo não foram repassados a pessoas ligadas, muito menos com cobrança de juros menores [...].

Afirma ser possível a uma pessoa jurídica transferir passivo a controlada via aumento de capital, dizendo, com fulcro no artigo 170 da Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas - LSA), que

158. [...] não houve "redução de capital" com a transferência da dívida detida juntamente com o Bradesco. A B5 procedeu, então somente, à integralização de acervo líquido, isto é, o conjunto de ativos (investimento) líquido da dívida em questão, como reconhecido pela D. Fiscalização na tabela constante do item 43 do TVF.

[...]

160. Note-se que como bem a D. Administração pressupôs, está correta a premissa de que para haver “aumento de capital” é necessário “acréscimo patrimonial” por parte da empresa que recebe o aumento. Entretanto, equivocou-se a administração em asseverar que, per se, seria impossível haver “aumento de capital” com a transferência de uma dívida.

161. O conceito de “bens” pressuposto pela LSA é o constante do Código Civil de 2002. Segundo Clóvis Bevilacqua os bens “constituem a parte positiva do patrimônio” e, ainda nesse sentido, Maria Helena Diniz estabelece que “o patrimônio é o complexo de relações jurídicas de uma pessoa, apreciável economicamente”. Para não restar qualquer dúvida sobre o que consiste o patrimônio, Clóvis Bevilacqua comenta que “compreendem-se no patrimônio tanto os elementos ativos quanto os passivos, isto é, os direitos de ordem privada economicamente apreciáveis e as dívidas. É a atividade econômica de uma pessoa, sob o seu aspecto jurídico, ou a projeção econômica da personalidade civil”.

162. Dessa forma, conclui-se que, havendo elemento patrimonial positivo (acervo líquido da B5 integralizado na CESE), não há nenhuma vedação legal, muito pelo contrário, há o atendimento da premissa necessária para o aumento de capital.

Diz ser “juridicamente possível” e contabilmente correto “a integralização de acervo líquido positivo (investimento na Vale e dívida com o Bradesco)”, transcrevendo excerto do Pronunciamento Conceitual Básico do Comitê de Pronunciamentos Contábeis referente ao regime de competência e assegura:

165. Note-se que ao transferir o passivo (empréstimo com o Bradesco) junto com o investimento na Vale, a B5 estaria atendendo ao princípio do emparelhamento entre as receitas e despesas, haja vista que o empréstimo foi contraído para a aquisição da participação societária e sua amortização estaria condicionada à rentabilidade do investimento.

Alega a necessidade das despesas financeiras glosadas, dizendo

170. A dívida contraída pela B5 tinha como objetivo permitir a aquisição da totalidade do capital da Requerente. A aquisição de participações societárias é, sem dúvida alguma, transação necessária ao desempenho da atividade empresarial. No caso em análise, a aquisição da Requerente pelo Grupo Santa Elisa fazia parte da estratégia de crescimento e consolidação do grupo no setor sucroalcooleiro.

171. É inegável que a aquisição da Requerente pela B5, integrante do Grupo Santa Elisa, trouxe benefícios econômicos efetivos ao grupo, sendo, inclusive, noticiada em importantes meios de comunicação especializados no assunto, como já mencionado nas notícias jornalísticas supracitadas.

[...]

177. Ora, se tais despesas financeiras seriam dedutíveis para B5, como considerar que essas mesmas despesas financeiras seriam indedutíveis da base de cálculo do IRPJ/CSL quando incorridas pela Requerente? Não faz sentido.

178. Como já salientado, a transferência da dívida à CESE e, posteriormente, à Requerente decorre de uma obrigação contratual [...].

179. [...] a Requerente não incorreu nas despesas financeiras em questão por ato de liberalidade [mas] por decorrência de obrigação legal.

180. O artigo 1.116 do Código Civil de 2002, ao conceituar a operação de incorporação, é expresso e mandatório ao estabelecer que a empresa que absorveu a outra, em uma incorporação societária, lhe sucede em todos os direitos e obrigações [...].

181. A incorporação nada mais é que um processo de sucessão, ou seja, operação em que uma pessoa jurídica transfere para outra um conjunto de direitos e obrigações, ativos e passivos, haveres e deveres [...].

[...]

Afirma também:

193. Com a transferência das quotas do capital da Requerente, essa sociedade passou a ser detida por grupo com sólida reputação não só no mercado brasileiro, mas também no mercado mundial. A Requerente passou a ter gestão completamente profissionalizada, que geraram ganhos indispensáveis ao crescimento dos seus resultados financeiros. Até por isso, é possível dizer que as receitas geradas em função da prospecção de novos negócios feitos pela Requerente.

194. E não foi só isso. Ao fazer parte do Grupo Santa Elisa, a marca da Requerente também se tornou mais conhecida. Isso sem contar que, após a aquisição da Requerente, o Grupo passou a consolidar, expandir e unir os ativos para alcançar eficiências produtivas.

Diz que

196. [...] não poderia ser aplicada a multa qualificada de 150%, pois [...] não ocorreu nenhuma conduta simulada, dolosa ou fraudulenta por parte da Requerente neste caso.

[...]

204. Para se indagar sobre o intuito de fraude, ou seja, o elemento doloso, deve-se examinar se o contribuinte teria conhecimento do ilícito e a vontade de enganar, que a doutrina penalista chama de elemento intelectual e volitivo [...].

Assevera que a “integralização de capital na CESE pela B5 com o investimento na Vale líquido da dívida com o Bradesco” teria “propósito negocial”.

Afirma que “considerar as despesas de ágio como dedutíveis não é uma conduta fraudulenta premeditada” e que, mesmo “se a presente reorganização societária tivesse sido feita com o único intuito de reduzir a tributação [...], não haveria simulação” e sim “abuso de direito, instituto jurídico que não se confunde com a simulação, não permitindo, assim, a aplicação do agravamento da multa constante do art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430/96”.

Afirma também que, se a reorganização societária em tela cumprisse “os requisitos formais de registro, seja contábil ou nos órgãos competentes [...], estaria afastada a possibilidade de aplicação da multa qualificada por ausência de simulação”

Recorda o teor da Súmula nº 14, do antigo Conselho de Contribuintes, aplicável aos casos de omissão de receita, dizendo tratar-se de, “no máximo, uma divergência no entendimento da legislação entre a Requerente e a Fiscalização, o que não pode em nenhuma hipótese gerar a aplicação de uma multa qualificada”, invocando a dicção dos artigos 112, do CTN, e artigo 76, inciso II, alínea “a” da Lei 4.502, de 30 de novembro de 1964, dita Lei do Imposto de Consumo.

Menciona “o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, conforme o artigo 2.º, parágrafo único, inciso VI, da Lei 9.784/99, que rege supletivamente o processo administrativo fiscal”.

Opõe-se à multa aplicada isoladamente, dizendo:

246. Sem prejuízo aos argumentos acima, é ainda importante mencionar que os pagamentos mensais antecipados pelo contribuinte a título de IRPJ/CSL (estimativas) não têm o condão de extinguir de imediato o crédito tributário em questão, o que só ocorrerá quando encerrado o exercício fiscal, ou seja, no último dia de cada ano. É nessa data que ocorre o fato gerador do tributo e que é possível apurar o montante efetivamente devido, bem como se houve ou não pagamento a maior por meio das estimativas mensais antecipadas.

247. Desse modo, constatando-se eventual insuficiência da estimativa do imposto, a Fiscalização apenas poderia apurar o tributo devido após o encerramento dos períodos-base e constituir eventual diferença do crédito tributário [...].

Insurge-se também contra a multa regulamentar dizendo ser

257. [...] plenamente justificável, no contexto do volume de dados processados pelo sistema da Requerente, não ser possível o preenchimento em tempo hábil da obrigação. Foi por conta disso que a Requerente decidiu por bem em enviar a obrigação acessória com as informações zeradas e retificá-las assim que resolvido as dificuldades internas.

258. Assim, as Autoridades Fiscais constataram que a Requerente, em virtude dos excessivos custos de conformidade trazidos pela obrigação acessória em questão, não preencheu as linhas analíticas do e-Lalur (Registro M300 da ECF) e do e-Lacs (Registro M350 da ECF). Em virtude disso, intimou à Requerente para apresentar as informações completas em 18.12.2015, o que foi prontamente realizado com a retificação da ECF em 5.1.2016.

[...]

Diz que tal penalidade seria indevida em face de: “(i) ausência de prejuízo à Administração”, caracterizada pelo fato de haver apurado prejuízo fiscal ao longo do ano-calendário de 2014; “(ii) desrespeito ao princípio da proporcionalidade”, por ultrapassar o “valor do tributo cujo recolhimento ou fiscalização visa proteger”; e “(iii) configuração do confisco”, afirmando que “na ausência de tributo devido a multa por

obrigação acessória será tida como desproporcional e confiscatória, especialmente no montante relevante tal qual aplicado à Requerente”.

Pleiteia sejam recompostos “o Prejuízo Fiscal e a Base de Cálculo Negativa [...] para os seus valores originais (anteriores à autuação)”.

Após análise das razões de impugnação, os membros da 4ª Turma de Julgamento da DRJ/BHE, por unanimidade de votos, julgaram improcedente a impugnação, como denota a ementa do Acórdão n.º 02-73.724, a seguir transcrita:

“ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2011, 2012, 2013, 2014, 2015

DECADÊNCIA

O prazo quinquenal para a Fazenda Pública realizar lançamento de ofício em razão de glosa de despesa de amortização de ágio não se conta a partir do momento em que o ágio foi constituído.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2011, 2012, 2013, 2014, 2015

ÁGIO I

A absorção de uma pessoa jurídica por outra implica a fusão de seus patrimônios.

ÁGIO II

Operações registradas como ágio, ainda que formalmente atendam aos requisitos legais, não podem ser assim consideradas quando não implicam custo para a pessoa jurídica.

DESPESA OPERACIONAL

São operacionais as despesas não computadas nos custos, usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa, desde que necessárias à sua atividade e à manutenção da respectiva fonte produtora.

MULTA QUALIFICADA

O percentual de multa proporcional exigida nos lançamentos de ofício será duplicado nos casos de dolo do contribuinte.

MULTA EXIGIDA ISOLADAMENTE

Não se confundem os bens jurídicos protegidos pela multa proporcional e pela multa exigida isoladamente, inexistindo bis in idem na sua cobrança concomitante.

MULTA REGULAMENTAR

As penalidades são cobradas em função de dever de ofício e, em razão dos princípios da legalidade e da vinculação da autoridade fazendária, não podem ser relevadas nem mitigadas.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

Inconformada com a decisão retro, a interessada apresentou Recurso Voluntário para apreciação por estes Conselho, pleiteando o cancelamento dos autos de infração, bem como a recomposição dos prejuízos fiscais e bases negativas, a partir da descrição dos fatos apurados e contraposição dos argumentos utilizados pela Autoridade Fiscal e ratificados pela Turma Julgadora “*a quo*”. Disto, concluiu o que segue transcrito:

- I. Quanto aos fatos, concluiu:
 - a. **Aquisição da Recorrente** - A Recorrente foi adquirida pelo Grupo Santa Elisa (B5) no contexto de expansão de suas atividades. A aquisição foi realizada entre partes independentes, sendo o preço efetivamente pago em dinheiro, com o reconhecimento de ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura amparado por laudo de avaliação elaborado especificamente para este fim por terceiro (profissional técnico e independente). Tais fatos não foram contestados pela D. Fiscalização;
 - b. **Aumento de capital CESE e Incorporação pela Vale** - Há, ao menos, cinco justificativas econômicas para a implementação da reorganização societária do Grupo Santa Elisa: (a) adimplir a obrigação contratual perante ao Bradesco para transferir a dívida contraída na holding para as empresas operacionais (Vale do Rosário e CESE), caso contrário o Banco poderia antecipar o vencimento da dívida e exigir as garantias; (b) adimplir a obrigação contratual com os Vendedores de não transferir o controle da Vale do Rosário em um prazo de 5 (cinco) anos após alienação (clausula de lock-up), sob pena de ser devida indenização no valor de 15% do preço da alienação da participação societária; (c) unir as sociedades operacionais voltadas à produção de açúcar e etanol do Grupo Santa Elisa, estratégia empresarial que traria ganhos de produtividade e economias de custos; (d) manter a holding existente após a transferência da dívida às empresas operacionais para facilitar a governança corporativa dos investimentos do Grupo Santa Elisa; e (e) manter a holding como sociedade que concentrasse todos os investimentos do Grupo Santa Elisa para

que, em um futuro, pudesse ser capitalizada por meio de uma oferta pública de ações.

II. Quanto ao mérito, concluiu:

- i. **Decadência total** - Deve ser reconhecida a decadência total do direito de a Fiscalização questionar apenas em 2016 valores de ágio relacionado a operação efetuada em 2007, nos termos do artigo 150, §4 e/ou 173, I do CTN;
- ii. **Preenchimento dos requisitos para a dedução do ágio** - Ainda que não se entenda pela decadência do direito de a Fiscalização constituir os créditos tributários em discussão, deverá ser determinado o cancelamento dos Autos de Infração em discussão, tendo em vista que todos os requisitos legais para a amortização do ágio foram preenchidos. De fato, na transação discutida: (a) houve efetiva aquisição de participação societária entre partes independentes, com o pagamento do ágio; (b) o investimento na Recorrente foi avaliado por meio do MEP; (c) a fundamentação do pagamento do ágio foi a expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida; e (d) houve incorporação do ágio pela Recorrente;
- iii. **Natureza Jurídica da norma de amortização do ágio e a transferência do investimento** - Em linha com a finalidade constante da promulgação da Lei no 9.532/97, a norma jurídica do ágio tem natureza de norma indutora de condutas (natureza extrafiscal), além de ser norma de dedutibilidade de apuração do IRPJ e CSL. Não há espaço para interpretar a amortização do ágio para fins fiscais como benefício fiscal, passível de interpretação literal segundo o art. 111 do CTN. Tendo-se caráter de norma influenciadora, a amortização do ágio deve ser interpretada segundo os princípios da livre iniciativa, livre concorrência e valorização do trabalho, não sendo possível que a Administração Tributária sustente uma interpretação no sentido de vedar que ágio validamente apurado não possa ser transferido a outra sociedade do mesmo grupo econômico porque haveria afronta à liberdade do contribuinte se auto organizar. Ademais, não há vedação no ordenamento jurídico para a implementação de tal transferência, estando em consonância com o princípio contábil de confrontação das receitas com os custos que lhe deram fundamento;
- iv. **Inexistência de previsão legal quanto à "confusão patrimonial" do "investidor originário"** - Restou demonstrado que não há nenhuma disposição legal no sentido de que a sociedade que (a) incorrer no custo da aquisição da participação societária, e (b) de início, registrar o investimento na sociedade adquirida, deverá incorporá-la. A formula operacional básica requisitada para viabilizar a amortização do ágio para fins fiscais

seria o processamento da conta de ágio contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio. Adotar o posicionamento da Fiscalização e da r. Decisão implicaria condicionar a amortização fiscal do ágio a requisito absolutamente vago e abstrato, que não está previsto em lei, causando absoluta insegurança jurídica. No caso analisado, houve o evento societário que implicou a confusão do investidor com a investida (incorporação da CESE pela Vale do Rosário). Se admitida, somente a título de argumentação, a necessidade de confusão patrimonial entre a adquirente originária e a empresa adquirida, ainda assim, com a incorporação da CESE pela Vale do Rosário seria atendido tal requisito, uma vez que a B5 ao transferir o investimento com onerosidade fez com que a CESE torna-se adquirente originária em transação em que há onerosidade e registro do custo do investimento na CESE;

- v. **Não configuração de "empresa veículo"** - Não há nenhum vício que justifique a desconsideração do evento de incorporação da CESE pela Vale do Rosário, não subsistindo a alegação da Fiscalização, mantida pela I. Delegacia de Julgamento, de que a CESE seria uma "empresa veículo" (conforme reconhecido pela própria D. Fiscalização, a CESE era uma sociedade operacional, com empregados, receitas e despesas próprios). Os recentes julgamentos do E. CARF envolvendo os mesmos elementos do caso discutido nesses autos (alegação de inexistência de confusão patrimonial por conta de interposição de "empresa veículo") foram julgados a favor do contribuinte, especialmente quando haviam propósitos econômicos para a implementação da reorganização, como é o presente caso;
- vi. **Dedutibilidade das despesas financeiras decorrentes do empréstimo com o Bradesco transferidas à recorrente** – demonstrou-se, ao longo da Impugnação, que (a) as despesas financeiras incorridas pela Recorrente atende aos requisitos gerais da legislação do IRPJ e CSL para fins de dedutibilidade; (b) as despesas financeiras atendem aos requisitos da jurisprudência administrativa para serem consideradas como dedutíveis (juros devidamente comprovados e os recursos não foram repassados a pessoa ligada com cobrança de juros menores); (c) não há vedação à integralização de acervo líquido no capital social de controladas, pelo contrário, é recomendável contabilmente, pelo princípio do emparelhamento das receitas e despesas, que o passivo acompanhe o ativo que se espera auferir benefícios econômicos futuros; (d) a necessidade da despesa financeira é elemento extrínseco e não intrínseco, assim, se o contrato que originou tais despesas financeiras for dedutível, na origem, também o será suas transferências, seja por integralização de capital, seja por incorporação; (e) a Recorrente é obrigada, por lei, a suceder a CESE em todos os direitos e obrigações e, portanto, a dedutibilidade da despesa financeira é consequência

da absorção do patrimônio. Os recentes julgamentos do E. CARF confirmam os elementos e as conclusões ventiladas.

III. Quanto às penalidades e os juros, concluiu:

1. **Multa Qualificada de 150%** - A severa multa de 150% aplicada pela Fiscalização também deve ser prontamente afastada, pois, como se sabe, essa penalidade somente poderia ser imposta a casos de evidente intuito de fraude, sonegação ou conluio, quando restar provada pelo Fisco a inequívoca intenção do contribuinte de enganar, esconder ou iludir. Porém, é claro que este não é um caso de fraude, sonegação ou conluio. Ainda que se entenda que as operações praticadas pela Recorrente não lhe davam o direito de proceder como procedeu, o que se admite apenas para argumentar, não se pode falar em qualquer tipo de fraude. A Recorrente jamais falsificou documentos ou "maquiou" livros contábeis ou fiscais, ao contrário, sempre registrou, às claras, todas as operações em sua contabilidade. A Recorrente registrou todos os seus atos nas Juntas Comerciais e demais órgãos públicos cabíveis e sempre recebeu a Fiscalização com total transparência e atendeu a todas as suas solicitações com clareza e prontidão. As alegações de que não houve propósito negocial na integralização de capital na CESE revelaria a intenção fraudulenta do Grupo Santa Elisa ou que a B5 teria sido muito bem assessorada são totalmente descabidas e inaplicáveis como comprovação de dolo, necessário à caracterização do ilícito para fins de agravamento da multa. Ademais, a há decisões administrativas que ratificam o direito à amortização do ágio em procedimentos semelhantes ao adotado pela Requerente, fato que, no mínimo, faz com que sua conduta seja classificada como erro de proibição ou dívida relevante, institutos que afastam a classificação da conduta como fraude ou simulação, estando comprovada a boa-fé da Requerente;
2. **Multa isolada de 50%** - A Fiscalização aplicou também uma multa isolada de 50% sobre os mesmos supostos fatos geradores que motivaram a lavratura dos Autos de Infração. Trata-se de mais um excesso que deve ser imediatamente cancelado. A multa isolada aplica-se somente aos casos em que, ao fim do período-base, o contribuinte paga regularmente os valores de IRPJ/CSL, mas deixa de fazer as antecipações mensais. Nesses casos, a multa pode ser aplicada isoladamente, sem a exigência do tributo, daí a sua denominação. Porém, quando o fisco entende que o contribuinte deixou de pagar valores de IRPJ/CSL ao fim do período-base e efetua o lançamento desses valores juntamente com uma penalidade aplicada de ofício, não há que se falar em multa isolada. Já está amplamente pacificado na jurisprudência que a multa isolada não pode ser exigida cumulativamente com a penalidade imposta de ofício, de modo que a multa isolada também deve ser integralmente cancelada nos períodos em que há aplicação simultânea;

3. **Multa pela Omissão na ECF:** As Autoridades Fiscais aplicaram multa na ordem de 33 milhões sobre valores não informados na ECF, em específico as linhas analíticas do Registro M300 (e-Lalur). Ocorre que, contudo, a Recorrente estava, em 2014, em cenário de prejuízo fiscal, inclusive até mesmo depois da realização dos ajustes decorrentes das supostas despesas indedutíveis (glosa da amortização do ágio e da despesa financeira). Sendo assim, a multa por omissões na obrigação acessória, especialmente após a retificação realizada pela Recorrente, é medida que sanciona conduta que não trouxe prejuízo algum à administração. Além disso, segundo o melhor entendimento do STF, toda multa por obrigação acessória que superar o valor do tributo devido (no caso não há tributo devido) será considerada como desproporcional e confiscatória. Nesse sentido, a multa por omissão de informações na ECF deve ser cancelada ou, no mínimo, reduzida a patamares proporcionais e não confiscatórios.
4. **Juros sobre a multa de ofício:** Caso a multa de ofício constituída pelas autoridades fiscais seja mantida, o que se admite somente a título argumentativo, não poderá ser, o crédito decorrente da multa, corrigido pela SELIC, uma vez que o artigo 13 da Lei no 9.065/95, que prevê a cobrança dos juros de mora com base na taxa SELIC, remete-se ao artigo 84 da Lei no 8.981/95 que, por sua vez, estabelece a cobrança de tais acréscimos apenas sobre tributos e contribuições, não sendo aplicável a multas punitivas.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa - Relator.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade (cf. fl. 2964), conheço do presente Recurso.

Das Considerações iniciais

Conforme descrito no relatório, o ágio em discussão surgiu a partir da aquisição pela *holding* B5 S/A que, com recursos obtidos por via de financiamento bancário, adquiriu a totalidade do capital da recorrente (à época Vale do Rosário; atualmente BIOSEV) com o pagamento de mais-valia.

Após a aquisição da interessada, a mencionada *holding* então, transferiu o investimento para um terceiro, este a Companhia Energética Santa Elisa S/A – CESE (empresa veículo estranha às operações que originaram o ágio). Nessa operação a B5 transferiu tanto o ágio, quanto a dívida financeira utilizada para a aquisição do capital da recorrente BIOSEV.

Neste ponto, há documento que a DRJ reputa “absolutamente crítico para o deslinde da questão”, este é o laudo de fls. 2.980/2.982 que apresenta o DEMONSTRATIVO

DO ACERVO EM 10 DE AGOSTO DE 2007, A SER CONFERIDO EM AUMENTO DE CAPITAL NA COMPANHIA ENERGÉTICA SANTA ELISA. Este demonstrativo elenca os bens distribuídos em aumento de capital, e segue reproduzido abaixo:

ATIVO		PASSIVO	
Dividendos a receber da Vale do Rosário	4.300.788,00	Financiamento a pagar no Bradesco	744.146.244,65
Investimento na Vale do Rosário	129.262.361,00	Valores a pagar à CESE	35.801.649,82
Ágio pago pela Vale do Rosário	947.187.744,92		
		Acervo líquido a ser conferido	300.802.999,45

O “*Financiamento a pagar junto ao Bradesco*”, como ressaltado anteriormente, é o saldo do empréstimo utilizado para a compra da BIOSEV.

Posteriormente, a CESE, que detinha o patrimônio da interessada, foi incorporada, juntamente com outras duas empresas (Usina de Açúcar e Álcool MB e Santa Elisa Serviços de Assessoria Ltda.), ao patrimônio da recorrente.

Em razão disso, as ações da CESE foram extintas e a sua controladora Santelisa Vale (nova denominação da B5) recebeu as 2.550.904.170 de novas ações emitidas pela Vale do Rosário, representativas do seu capital social detidas pela CESE no momento da incorporação.

Com a incorporação da CESE, o ágio e a dívida proveniente da aquisição da Vale do Rosário pela B5 passaram para o ativo da própria BIOSEV, com o ágio sendo amortizado a partir de abril de 2008, à razão de 1/120 avos por mês, no prazo de 10 anos e, junto com as despesas da dívida contraída junto ao Bradesco, sendo deduzidas na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL.

Após procedimento fiscal, foi procedida a glosa, na contabilidade da recorrente, tanto das despesas de amortização de ágio, quanto das despesas financeiras com os recursos obtidos para a compra de suas próprias ações, juntamente com os ajustes nos Saldos de Prejuízo Fiscal e Base de Cálculo Negativa para refletir a existência de tais adições nas apurações de 2010 a 2014.

Passa-se à análise.

Das Despesas com Amortização de Ágio

Sempre importante ressaltar que o ponto de partida para as discussões sobre reconhecimento do ágio, deve ser a análise dos dispositivos legais aplicáveis. De outra forma não poderia ser, haja vista estarmos frente ao Direito Tributário Brasileiro que, por sua estrita vinculação à lei, fez supor que mais do que atinência ao princípio da legalidade, o Direito Tributário deve observância ao princípio da tipicidade cerrada.

Pois bem, em relação ao ágio pago na aquisição de participação societária, há que se observar o disposto nos artigos 385, 386 e 391 do RIR/99, *in verbis*:

“Desdobramento do Custo de Aquisição

Art. 385. 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 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; 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 inciso anterior.

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

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

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

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).

Tratamento Tributário do Ágio ou Deságio nos Casos de Incorporação, Fusão ou Cisão

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

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

(...)

Amortização do Ágio ou Deságio

Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).

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

O art. 385 acima (reprodução do art. 20 do Decreto-Lei n.º1.598/77) determina que em caso de avaliação do investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor do patrimônio líquido, deveria o adquirente da participação societária desdobrar o custo desta aquisição em duas classificações:

- 1) valor do patrimônio líquido na época da aquisição;
- 2) ágio ou deságio, que é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido, apurado pelo método de equivalência patrimonial.

Tendo definido o valor de referência sobre o qual seria calculado o ágio, o legislador decidiu também delimitar os fundamentos econômicos possíveis para o lançamento do ágio, os quais, na conformidade do art. 385, § 2º do RIR/99 são eles: (i) o valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; (ii) valor da rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; e (iii) os fundos de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Disso pode-se concluir que: conforme o art. 385 do RIR/99, para fins de **registro** do ágio deverá ocorrer o seguinte: (i) o efetivo pagamento do ágio; (ii) a mais-valia paga deve encontrar base em um dos fundamentos elencados pelo §2º, do artigo mencionado; e (iii) o investimento deve ser elegível à avaliação com base no método da equivalência

patrimonial (cf. se extrai dos arts. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77; art. 248 da Lei nº 6.404/76 e art. 384, do RIR/99). Passemos à verificação da presença dos requisitos para **registro** do ágio.

In casu, o ágio decorrente da aquisição das ações da BIOSEV pela B5 foi efetivamente pago como atesta a seguinte passagem do TVF que discorre sobre o pagamento da despesa financeira contraída:

93. A respeito da dívida com o Bradesco que, segundo a alegação do fiscalizado, precisava ser transferida para empresa operacional geradora de caixa, inclusive por obrigação da própria CCB, uma vez que o fluxo de dividendos recebido pela B5 não seria suficiente para amortizar a dívida, temos o seguinte fluxo de pagamentos³:

Período	Valor	Pagamento
Julho-Agosto/07	407.866.735,00	Aumento de capital na B5 pela GS
05/Setembro/07	350.000.000,00	Pré-pagamento de exportação da B5
29/Janeiro/08	149.999.999,00	Aumento capital na SEV pelo BNDESPar
Outubro/09	238.707.208,99	Conversão dívida Bradesco em ações da SEV Bio
Dezembro/09	631.050,00	Amortização
Janeiro/12	13.123.449,26	Pagamento juros
Março/12	1.977.834,64	Pagamento juros
Julho/12	10.718.998,60	Pagamento juros
Jan a Dez/13	56.069.924,48	Pagamento e/ou amortização
Jan a Dez/14	33.832.236,60	Pagamento e/ou amortização
Total	1.262.927.436,57	

3 - Informações apresentadas em 29/09/2015 nos demonstrativos do empréstimo do Bradesco, com suas despesas e encargos (docs. 81 a 85).

(...)

96. Assim, pode-se concluir que 72% dos pagamentos efetuados para a quitação desse passivo foram feitos sem que o passivo estivesse na empresa que seria a responsável por isso, e 91% dos pagamentos da CCB (72% + 19% da conversão de dívida) foram efetuados sem a dependência da empresa operacional, ao contrário da alegação posta.

97. Note-se, ainda, que os 9% restantes dos pagamentos efetuados para quitação dessa dívida, R\$ 115.722.443,58, foram realizados a partir de janeiro de 2012 pela atual Biosev Bioenergia, anterior Vale do Rosário. Por coincidência, ou não, cinco anos após a concessão do empréstimo e da compra das ações da Vale do Rosário pela B5, portanto, feitos após a satisfação da condição de não perder o controle da Vale do Rosário por cinco anos, como citado anteriormente, deixando claro a insubsistência dessa alegação.

O mesmo TVF, identificou o fundamento econômico do ágio conforme a passagem reproduzida a seguir:

51. O Ágio foi fundamentado economicamente na expectativa de resultados futuros com base em Laudo de Avaliação elaborado pelo Banco Rabobank International Brasil S/A (doc. 65). Como consta do laudo, o objetivo era o de apresentar a avaliação a mercado da Vale do Rosário e de suas controladas e coligadas, na data base de 27/02/2007. A conclusão é que o valor de mercado da Vale do Rosário é de até R\$ 1.577 milhões, apurado de acordo com a perspectiva de rentabilidade futura.

Por fim, no mencionado Termo é possível verificar que o investimento é elegível à avaliação com base no MEP, como denota a passagem a seguir:

28. Segundo o Protocolo e Justificação, as ações da Vale do Rosário foram avaliadas pelo valor contábil do patrimônio líquido, com base no balanço patrimonial de 28/02/2007, a que o Laudo de Avaliação atribuiu o valor de R\$ 206.387.286,77. A Justificativa apresentada para a incorporação foi, novamente, de que “a incorporação de ações integra um projeto de reestruturação societária que resultará em maior eficiência operacional, administrativa e financeira, bem como na redução dos custos operacionais dessas sociedades”.

29. A segunda incorporação de ações foi oficializada em 28/06/2007, conforme a Ata da AGE da B5 S/A (doc. F5). Os acionistas da Vale do Rosário também receberam uma ação da B5 para cada ação da Vale do Rosário que detinham.

30. O Laudo de Avaliação aprovado atribuiu o valor de R\$ 142.081.215,53 para o total das ações da Vale do Rosário, avaliadas pelo valor contábil do patrimônio líquido com base no balanço patrimonial de 31/03/2007.

Portanto, não há contestações quanto à possibilidade de **registro** do ágio em questão.

As divergências começam com relação a possibilidade de transferência do ágio registrado. A DRJ entende que a empresa-veículo (CESE) recebe, sem nenhum custo – ou seja, sem qualquer ágio – as ações da Recorrente que estavam no patrimônio da B5; e, inclusive, as sobreditas ações transferidas representaram um aumento do capital da empresa CESE. Ou seja, a esta última teria incorporado ao seu ativo as ações da Recorrente sem qualquer ônus, pelo contrário, esta teria obtido, sim, um significativo ganho líquido com o negócio.

Assim, como o “novo ágio” registrado na empresa CESE sem que houvesse qualquer dispêndio ou sacrifício econômico do investidor não poderia ser admitido como válido; logo, não havendo ágio, não há possibilidade de amortização deste. Por isso, a DRJ reputou correta a glosa das despesas de amortização de ágio feitas pela BIOSEV quando incorporou suas próprias ações, que se encontravam no patrimônio da CESE.

Observa-se que a transferência do investimento para a empresa-veículo CESE abrangeu tanto o ágio pago na aquisição, quanto a dívida contraída junto ao Banco Bradesco para o pagamento do investimento. O Demonstrativo da “Contribuição de investimentos da B5, líquida de saldo da dívida junto à instituição financeira, em aumento de capital da CESE” informa que o aumento de capital foi de R\$ 300.802.999,45, integralizado totalmente pela B5 S/A através da transferência de ativos e passivos de sua propriedade relacionados no Laudo de Avaliação. Novamente, vejamos o quadro do referido Demonstrativo:

ATIVO		PASSIVO	
Dividendos a receber da Vale do Rosário	4.300.788,00	Financiamento a pagar no Bradesco	744.146.244,65
Investimento na Vale do Rosário	129.262.361,00	Valores a pagar à CESE	35.801.649,82
Ágio pago pela Vale do Rosário	947.187.744,92		
		Acervo líquido a ser conferido	300.802.999,45

Pois bem. Primeiramente, com relação a possibilidade de transferência do ágio em questão, assiste razão à recorrente quando afirma que caso o legislador tivesse a intenção de limitar a liberdade de auto-organização deveria tê-lo feito de forma

manifestadamente expressa. De fato, a vedação da transferência do ágio registrado com atenção às formalidades legais atentaria contra a o direito de auto-organização, livre iniciativa e livre concorrência das empresas.

Ademais, mesmo que após a transferência o ágio tenha sido integrado ao patrimônio da CESE, trata-se do mesmo ágio, com o mesmo fundamento econômico, com a mesma “genética”, ainda que, no momento, estivesse registrado em outro patrimônio. O “novo ágio” vedado em lei é aquele que apresenta novidade substancial, material, ou seja, novo numerário em acréscimo ao ágio registrado anteriormente; e que não existiria caso não fosse interposta a empresa-veículo. Nesse sentido, colaciona-se o seguinte julgado:

“INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL REGULAR. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. É regular o planejamento, sob amparo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que não tenha resulte em aparecimento de novo ágio, tampouco em economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo”

(Acórdão nº 1402001.310 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária; Sessão de 5 de dezembro de 2012)

Nessa esteira de raciocínio, com relação a falta de pagamento ou de assunção de custos na transferência do investimento que originou o aumento de capital da empresa CESE, também assiste razão à Recorrente ao afirmar que a transferência do investimento da B5 para a CESE em nada modifica a prerrogativa do Grupo Santa Elisa de amortizar o ágio pago a terceiros na operação de compra e venda. Isto porque, como dito acima: a transferência do investimento para a CESE não cria novo ágio ou permite que o Grupo Santa Elisa se beneficie de um ágio que não seria amortizado.

Portanto, o ágio registrado na empresa CESE, por corresponder ao mesmo ágio registrado anteriormente na empresa B5, o qual atendeu a todos os requisitos previstos em lei para o registro, a meu ver, prescinde da assunção de quaisquer custos, pois sua aquisição decorre de mera reorganização empresarial.

Para ilustrar o entendimento acima, cita-se o caso julgado no Acórdão n.º 1102-001.018 que, em caso semelhante, consignou que nem sempre a simples conferência de capital resulta em ágio diverso do existente. Vejamos trecho da r. decisão:

“Assim, devo discordar da afirmação da autoridade fiscal de que a simples conferência de capital sempre resulta em um ágio diverso do anteriormente existente.

(...)

Esta Turma de Julgamento já analisou situação onde a investidora, detentora do ágio, não podia, por disposições contratuais e legais, incorporar a investida e amortizar o ágio. Por isso, criou empresa veículo e nela conferiu as ações da investida, realizando posterior incorporação reversa da empresa veículo pela investida e nela amortizando o ágio. Tal

situação, muito comum no contexto das privatizações do final da década de 1990, foi admitida como válida, pois ficou comprovado que o aproveitamento do ágio poderia se dar mesmo sem as operações societárias, e que somente não se utilizou a incorporação direta por vedações legais e contratuais.

Trata-se do Acórdão nº 1102000.873, julgado na sessão de 11 de junho de 2013, tendo como redator do voto vencedor o Conselheiro Antonio Carlos Guidoni Filho, que possui a seguinte ementa na parte de interesse à discussão:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PRIVATIZAÇÃO. TELECOMUNICAÇÕES.

É legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio pago no âmbito de leilão de privatização de empresas de telecomunicações. A circunstância de a reorganização societária de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº. 9.532/97 ter sido realizada por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei. Precedentes dessa Corte Administrativa.

Recentemente, esta Turma proferiu outro voto nesse sentido, no Acórdão nº 1102000.982, julgado na sessão de 4 de dezembro de 2013, com voto vencedor de minha autoria, em acórdão que restou assim ementado, na parte de interesse à discussão:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO.

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

A circunstância de a reorganização societária de que tratam os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ter sido realizada por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei.

O segundo laudo de 2006 não comprova, como pretende a acusação, tratar-se de um ágio diverso, pois os fundamentos dos dois são o mesmo: o sobrepreço pago em virtude do investimento da Credicard/Itaú Cartões possuído pela Tulipa.

Desse modo, desfaz-se outro fundamento da autuação: o que alegava diferença entre os ágios de 2004 e 2006. Trata-se do mesmo valor, transferido pela conferência de capital do investimento adquirido com ágio.

Ora, se é necessário frear os planejamentos que criem benefícios fiscais aos quais o contribuinte não faça jus, não se deve permitir que um formalismo exacerbado impeça o uso de direito legitimamente adquirido.

O que importa para se garantir o direito à dedução fiscal do ágio em outra empresa do grupo é o atendimento dos requisitos aqui discutidos: (i) tratar-se de ágio pago, decorrente de transação entre partes independentes; (ii) o direito à amortização poder se dar por incorporação direta em outra parte da estrutura societária; (iii) existir propósito negocial”.

Do trecho acima, faço ressalvas apenas quanto ao requisito de propósito negocial nas operações de reestruturação societária por não caber à Administração – estritamente aprisionada aos quadrantes da lei – adentrar na motivação do particular em agir conforme à Lei.

Não custa lembrar que o exame quanto à “inexistência de propósito negocial” advém de construção jurisprudencial estrangeira que não encontra validade no nosso Ordenamento Jurídico, justamente por conflitar com uma gama de princípios, como o da Legalidade tributária, descrito acima, além de outros princípios como a liberdade de iniciativa e iniciativa privada, estes últimos provenientes da Ordem Econômica.

Neste sentido, colaciono as seguintes ementas provindas de Acórdãos deste Conselho:

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. EMPRESA VEÍCULO.

Os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio. Bem como, nota-se que tal regra não está presente em nenhum outro dispositivo legal de nosso sistema jurídico, seja nacional ou federal. Neste tom, registra-se, nenhuma norma pátria veda que a realização de negócios tenha por finalidade a redução da carga tributária de forma lícita. É o que se observa no §3º, art. 2º da Lei das SA, o qual dispõe que a companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades (empresa veículo), também, como forma de beneficiar-se de incentivos fiscais.

Some-se a tal assertiva o fato de que a contribuinte possuía motivação negocial, clara, posto que se encontrava impedida, por regras da ANEEL, de realizar a incorporação diretamente. Motivo pelo qual se valeu de uma empresa veículo. (Acórdão nº 1302001.978; Relatora: Talita Pimenta Felix; Data da Sessão: 14/09/2016)

REQUISITOS PARA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO. EXISTÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

Ausente conduta tida como simulada, fraudulenta ou dolosa, a busca de eficiência fiscal em si não configura hipótese de perda do direito de dedução do ágio, ainda que tenha sido a única razão aparente da operação.

A existência de outras razões de negócio que vão além do benefício fiscal, apenas ratifica a validade e eficácia da operação.

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

A utilização de empresa-veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude. (Acórdão nº 1201001.507; Relator: Luis Fabiano Alves Penteado; Data da Sessão: 14/09/2016).

Outrossim, com relação a alegação de utilização de empresa veículo, ressalto que a utilização de empresa-veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude (o que, como veremos adiante, não é o presente caso). Nesse sentido, colaciono trecho da ementa do Acórdão nº 1302-002.045, de minha relatoria:

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. EMPRESA VEÍCULO.

Os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio. O legislador tributário, não desconsidera o fato de o contribuinte buscar uma maneira menos onerosa de conduzir seus negócios, seja por motivos tributários, societários, econômicos ou quaisquer outros, desde que o faça lícitamente.

A utilização de empresa-veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude.

Ademais, ainda que se entendesse pela necessidade de assunção de custo, ou de dispêndio financeiro para escrituração do “novo ágio”, cumpre ressaltar que houve assunção de encargos pela CESE. Ainda que estes, somados aos outros componentes do passivo, tenham sido menores que o ativo transferido (o que resultou em aumento do capital da empresa-veículo), pois o investimento, máxime no que tange à expectativa de rentabilidade futura das ações da Recorrente, poderia ser frustrado. Porém, sem embargo disso, o financiamento contraído junto ao Banco continuaria sendo devido, o que reafirma a importância da assunção da referida dívida.

À luz do exposto, reconheço a validade do ágio adquirido e registrado inicialmente na empresa B5, posteriormente transferido e registrado na empresa CESE.

Entretanto, para a efetiva amortização do ágio em questão faltava, como bem explicitado pela Turma Julgadora, um requisito que os patrimônios da investidora e da investida se fizessem um só, por um dos meios apontados no art. 386, do RIR/99 (incorporação, fusão ou cisão); o que, de fato, ocorreu quando a BIOSEV incorporou a CESE, registrando em seu patrimônio o ágio de suas próprias ações. A operação foi registrada pela Fiscalização em seu TVF:

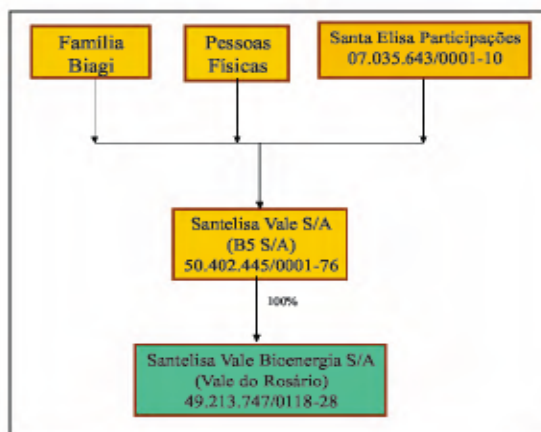
45. Com o ágio e a dívida transferidos para a empresa que vai funcionar como veículo, a próxima etapa é a incorporação dessa empresa veículo pela empresa que foi adquirida. A incorporação da CESE - Companhia Energética Santa Elisa, CNPJ 02.300.261/0001-52, pela Vale do Rosário se deu em 02/01/2008, conforme a Ata da AGE da Vale do Rosário (doc. F7), juntamente com a incorporação de outras duas empresas, a Usina de Açúcar e Álcool MB, CNPJ 50.403.385/0001-06, e a Santa Elisa Serviços de Assessoria Ltda., CNPJ 08.204.717/0001-67.

46. De acordo com o Protocolo de Incorporação e Justificação (doc. F8), a justificativa para a incorporação foi, mais uma vez, de que “a incorporação de ações integra um projeto de reestruturação societária que resultará em maior eficiência operacional, administrativa e financeira, bem como na redução dos custos operacionais dessas sociedades”.

47. O patrimônio das incorporadas foi avaliado pelo valor contábil do patrimônio líquido apurado com base nos balanços patrimoniais levantados com essa finalidade em 31/10/2007, conforme os respectivos Laudos de Avaliação (doc. F8).

48. **As ações da CESE foram extintas** e a sua controladora Santelisa Vale (nova denominação da B5) recebeu as 2.550.904.170 de novas ações emitidas pela Vale do Rosário, representativas do seu capital social detidas pela CESE no momento da incorporação. A denominação social da Vale do Rosário foi alterada para Santelisa Vale Bioenergia S/A.

49. Com a incorporação da CESE, o ágio e a dívida proveniente da aquisição da Vale do Rosário pela B5 passaram para o ativo da própria Vale do Rosário, agora Santelisa Vale Bioenergia, com o ágio sendo amortizado a partir de abril de 2008, à razão de 1/120 avos por mês, no prazo de 10 anos e, junto com as despesas da dívida contraída junto ao Bradesco, sendo deduzidas na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL.



Relativamente ao requisito da “confusão patrimonial” entre investidora e investida após a ocorrência de alguma das operações previstas no art. 386 do RIR/99, coadunome com a definição de Ricardo Mariz, para quem o verdadeiro sentido da norma inserta nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 é permitir que a amortização fiscal do ágio ou deságio faça frente à rentabilidade futura que o fundamentou.

Nesse sentido, as afirmações da autoridade fiscal de que *para permitir a dedutibilidade da amortização do ágio, a legislação tributária se fundamenta na efetiva extinção do investimento* através dos institutos da incorporação, fusão e cisão entre empresas controladora, *a que arcou efetivamente com o desembolso do investimento, e controlada, a que foi realmente adquirida de terceiros vendedores* não se sustentam.

A exigência de que a “confusão patrimonial” se dê entre a empresa que arcou efetivamente com o desembolso do investimento e aquela que foi “realmente adquirida” constitui-se requisito distinto daqueles autorizadores da amortização do ágio, não podendo, portanto, ser utilizado pela Administração como fundamento para glosa das despesas com amortização de ágio.

Não obstante, pode ser verificada confusão patrimonial após a incorporação da CESE pela Recorrente; operação que, inclusive, ocasionou a extinção das ações daquela, atestando a união dos patrimônios.

Por tudo exposto voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário do contribuinte quanto a este ponto.

Da Multa Qualificada

Em relação a aplicação ou não da multa qualificada no caso em apreço, entendo restar prejudicada a sua análise haja vista o provimento do recurso voluntário, afastando-se a infração que gerou a qualificação da multa.

Da Preliminar de decadência

Alega a Recorrente que o ágio surgiu em 2007 e passível de amortização desde o ano-calendário d 2008, isto é, a B5 adquiriu o investimento em Fevereiro de 2007 e a Recorrente incorporou a CESE em Janeiro de 2008, data em que o ágio passou a ser amortizável para fins fiscais.

Logo, não caberia razão à I. Delegacia manter lançamento tributário que contesta a validade jurídica de tal valor, pois os autos de infração foram lavrados somente em 16.11.2016.

A referida preliminar merece parcial provimento.

Isto porque, para a constituição de créditos de IRPJ e CSLL, o Código Tributário Nacional prevê a modalidade de lançamento por homologação, no qual a atividade administrativa limitar-se-á a verificação da atividade do contribuinte, ou seja, compor a base de cálculo, aplicar a alíquota e efetuar o pagamento.

Desta feita, conclui-se que a homologação procedida pelo Fisco denota-se pela apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL realizada pelo contribuinte, e não pela verificação do ágio registrado, ou qualquer outro elemento patrimonial, ainda que definitivamente constituído. Logo, o prazo decadencial correrá em face do fato gerador da obrigação tributária, e não sobre qualquer operação contabilizada.

Apenas quando se verifica a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária é que surge contra o Fisco o prazo para a homologação dos elementos que dão origem aos créditos passíveis de constituição. O prazo para controle dos registros patrimoniais com possibilidade de repercussão tributária no futuro é definido em função do prazo para gozar do crédito decorrente.

Neste contexto, pode a autoridade fiscal, no prazo de que dispõe para rever o período de apuração no qual foi aproveitado, exigir prova de sua efetividade e formação e, na ausência desta, negar sua utilização.

É, exatamente, para ter esse controle que o art. 37 da Lei nº 9.430/96 estabelece que:

“Art. 37. Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.”

Assim, a jurisprudência, a meu ver pacífica do CARF, converge no sentido de que *“se a lei determina que o sujeito passivo deva guardar documentos referentes a negócios jurídicos que venham produzir efeitos fiscais futuros, há de se concluir, necessariamente, que essa lei dá ao fisco o direito de examiná-los. Pois não haveria razão de a lei tributária exigir que o sujeito passivo guardasse documentos se não fosse para ficarem à disposição de eventual exame pela autoridade tributária. E se a lei confere ao fisco o direito de examinar aqueles documentos, é porque também lhe dá o direito de vir a questionar os negócios jurídicos ali registrados, desde que para constituir créditos tributários relativos a fatos geradores ocorridos em períodos posteriores, ainda não alcançados pela decadência, nos termos do art. 150, § 4º, e do art. 173, I, ambos do CTN.”* (Acórdão: 9101-002.387, Número do Processo: 10970.720271/2012-11, Data de Publicação: 14/09/2016, Contribuinte: METALSIDER LTDA, Relator(a): LUIS FLAVIO NETO)

Para reforçar o entendimento esposado, transcreve-se trecho do Acórdão nº 1302-001.817, de relatoria da Conselheira Edeli Pereira Bessa, para quem *“a homologação tácita prevista no art. 150, §4º do CTN recai sobre a atividade de apuração do crédito tributário pelo sujeito passivo, em regra revelada ao Fisco por meio do pagamento ou da confissão da dívida. O registro contábil do ágio não afeta o resultado tributável antes de sua amortização fiscal, e assim não integra a atividade de apuração do crédito tributário. Logo, somente se cogitará de revisão da atividade de lançamento a partir do momento em que esta for praticada, ou seja, a partir do momento em que a amortização do ágio afetar a determinação do crédito tributário.”*

Em face do exposto, tendo em conta que o ágio apurado em 2007 só foi amortizado nos anos de 2010 a 2014, quando fez valer-se de sua condição de direito creditório, alterando a base de cálculo dos tributos e, assim, sendo passível de glosa pelo Fisco, entendo parcialmente adequada a formalização da exigência em tela, tendo em vista que somente o ano de 2010 estaria decaído em virtude de ser aplicado ao presente caso o §4, do art. 150 do CTN.

Por conseguinte, REJEITO parcialmente preliminar de decadência arguida, reconhecendo a decadência somente em relação ao ano-calendário de 2010.

Das Despesas Financeiras

Com relação a glosa das despesas financeiras com os recursos obtidos para a compra de suas próprias ações, me alinho ao entendimento exarado pela DRJ/BHE, no sentido do reconhecimento da indedutibilidade das despesas por sua desnecessidade em relação à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, conforme disposto no art. 299 do RIR/99.

Destarte, adoto as razões da decisão recorrida quanto a este tópico, e passo a transcrevê-lo:

“Quanto às despesas financeiras glosadas, alega a impugnante tratar-se de dívida que lhe foi transmitida “por sucessão de obrigações”. Entretanto, cumpre voltar ao permissivo legal para a dedução de quaisquer despesas: sua necessidade, usualidade e normalidade, dentro do ramo de atividades do contribuinte, a teor do artigo 299 do RIR/1999. Esta dívida foi contraída por B5 para proceder à aquisição das ações representativas do capital da interessada e, naquele momento, as despesas com o pagamento dos respectivos juros poderiam ser consideradas necessárias à devedora. Porém, com a transmissão deste débito para a interessada, isto não pode ser considerado verdadeiro, por óbvio, pois nenhuma companhia necessita contrair uma dívida para adquirir, de si mesma, suas próprias ações.

Portanto, é incorreto dizer que “não faz sentido” considerar que uma despesa financeira seja dedutível para uma pessoa jurídica e indedutível para outra.

Considerem-se, por exemplo, as despesas de manutenção de uma traineira de pesca: elas constituiriam despesa necessária para uma cooperativa de pescadores, mas seriam totalmente desnecessárias para o funcionamento de uma sorveteria. De mesma sorte, é errôneo assimilar o conceito de obrigatoriedade ao de necessidade. Assim, por exemplo, uma sociedade empresária receba a fatura de seu cartão de crédito corporativo, da qual constem apenas “despesas com alimentação de sócios, acionistas e administradores”; ela estará obrigada ao pagamento desta fatura, mas tal despesa será indedutível, a teor do inciso V do parágrafo único do artigo 249 do RIR/1999, com a ressalva que ele próprio contém”.

Assim, nego provimento ao Recurso Voluntário quanto a este ponto.

Da Aplicação da Multa Isolada em Concomitância com a Multa de Ofício

Ao analisar a alegação da impugnante quanto à concomitância das multas lançadas em alguns períodos dos anos de 2011, 2013 e 2014, a DRJ estipulou que as multas são distintas não havendo que se falar em duplicidade de incidência sobre uma mesma materialidade, como se verifica ao exame do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996: no caso da multa de ofício, castiga-se a falta de pagamento ou recolhimento, falta de declaração e a declaração inexata de imposto ou contribuição (inciso I do mesmo artigo); no caso da multa exigida isoladamente, pune-se a falta de pagamento de antecipação do *quantum debeat* sob a forma de estimativa mensal, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa de CSLL no ano-calendário correspondente (inciso II, alínea b, também do mesmo artigo).

Inconformada, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário alegando, em apertada síntese que a autoridade fiscal ao exigir multa de ofício incidente sobre tributos lançados concomitante com a multa de ofício isolada, sobre a insuficiência calculada em decorrência da mesma infração (dos mesmos períodos) estaria incorrendo em duplicidade de penalidades de ofício sobre uma mesma infração.

Pois bem. Em relação a cobrança da multa isolada em concomitância com a multa de ofício, cabe esclarecer inicialmente, que não é necessário que haja identidade de valores para que possamos falar em concomitância de multas aqui aludidas, basta que elas se refiram ao mesmo ano-calendário, que no caso em comento ocorreu referente aos períodos de apuração dos anos-calendários 2011, 2013 e 2014.

A concomitância a que aludimos diz respeito ao fato de que a infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o valor do IRPJ e da CSLL no final do período em análise, isto é, o fato gerador do IRPJ e CSLL somente se aperfeiçoa quando ao término de determinado período se valorizam os “n” fatos isolados, que somados, resultam então o fato gerador do tributo. Logo, não podemos dissociar eventuais recolhimentos mensais da contribuição social sobre o lucro líquido do recolhimento final, relativo a todo o período anual.

No caso sob análise, além do IRPJ e da CSLL, a fiscalização aplicou multa isolada por pagamento a menor das estimativas do período em análise, bem como aplicou multa de ofício em face do valor recolhido a menor na apuração do IRPJ e CSLL nos mesmos anos-calendários.

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

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

Pelo critério da consunção, a multa de lançamento de ofício de 75% é meio de execução da multa isolada por ausência de recolhimento da estimativa mensal. O bem jurídico mais importante é, sem dúvida, a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação.

Logo, a interpretação do conflito de normas deve prestigiar a relevância do bem jurídico e não exclusivamente a grandeza da pena cominada, pois o ilícito de passagem não deve ser penalizado de forma mais gravosa que o ilícito principal. É o que os penalistas denominam “princípio da consunção.”

Noutras palavras, as expressões “isoladas” ou “conjuntamente” (com o tributo não pago) são apenas formas pelas quais podem ser exigidas as penalidades, mas não indicam hipóteses autônomas da aplicação das multas como faz crê a decisão recorrida, daí não poderem incidir concomitantemente.

O Ilustre Ex-Conselheiro do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, MARCOS VINICIUS NEDER aborda a questão de forma brilhante no Acórdão CSRF/01-05.511. Respalado nas lições do Professor PAULO DE BARROS CARVALHO, o Conselheiro sustenta que uma das funções da base de cálculo da regra sancionatória é atender à exigência de proporcionalidade entre o delito e a sanção, o que estaria sendo violado pela cobrança simultânea das multas de ofício e isolada, *litteris*:

“Por fim, a última função da base de cálculo atende a exigência de proporcionalidade entre o delito e a sanção. Se a conduta visa coibir falta de pagamento de tributo, a base de cálculo apropriada é o montante não pago. Se, por outro lado, a conduta ilícita refere-se ao descumprimento de um dever instrumental não relacionado à falta de recolhimento de tributo, não seria razoável adotar essa grandeza como base de cálculo. Nessa mesma linha, a adoção de bases de cálculo e percentuais idênticos em duas regras sancionadoras faz pressupor a identidade ou, pelo menos, a proximidade da

materialidade dessas condutas ilícitas. Ou seja, sanções que têm a mesma base de cálculo devem, em princípio, corresponder a idêntica conduta ilícita.

Essas conclusões aplicadas à legislação tributária evidenciam o desarranjo na adequação das regras sancionadoras atualmente vigentes no imposto sobre a renda, em que ofensas a bens jurídicos de distintos graus de importância para o Direito são atribuídas penas equivalentes, sem que se atente ao princípio da proporcionalidade punitiva. A punição prevista no artigo 44 da Lei nº 9.430/96 pelo não recolhimento do tributo (75% do imposto devido) é equivalente a punição prevista no mesmo artigo pelo descumprimento do dever de antecipar o mesmo tributo (75% do valor da estimativa). Em certos casos, a penalidade isolada chega a ser superior a multa de ofício aplicada pelo não recolhimento do tributo no fim do ano.

Desta forma, estamos diante de duas penalidades, ou melhor, de um *bis in idem* punitivo, ao arrepio do princípio da não propagação das multas e da não repetição da sanção tributária, porquanto estão sendo exigidas cumulativamente duas multas de ofício sobre uma mesma irregularidade, ou seja, falta de pagamento do IRPJ e da CSLL no ano-calendário em análise, em decorrência da alteração da base de tributação efetuada pela fiscalização.

A multa isolada, ora exigida, está fundamentada no inciso II, “b” do art. 44, da Lei n.º 9.430/96, vejamos:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

(...)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Caput com redação determinada na Lei nº 11.488, de 15.6.2007, DOU 15.6.2007 - Edição Extra)

Ora, analisando o dispositivo legal de forma sistemática, tenho para mim, que não há como sustentar tal exigência, porquanto não se encontra no artigo em referência, autorização legal para que o Fisco lance concomitantemente duas penalidades sobre uma única infração – deixar de recolher IRPJ e CSLL – vez que a norma sancionadora autoriza apenas o lançamento da multa de ofício nos casos das infrações previstas nos incisos I, II, do art. 44 da Lei n.º 9.430/96.

Explicando, para o caso de penalidade prevista no inciso I, do art. 44, da Lei n.º 9.430/96, trata-se de norma geral que estabelece o percentual da penalidade a ser aplicada para os casos de falta de pagamento, pagamento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, falta de declaração e/ou declaração inexata, enquanto que o inciso II do citado artigo, trata especificamente das infrações que irão suportar aquela penalidade.

Logo, qualquer penalidade que venha a ser atribuída ao contribuinte por infrações, porventura praticadas, deverá necessariamente estar capitulada conjuntamente com

os incisos I e II do caput, do art. 44 e incisos do mesmo dispositivo legal, pois, um não existe sem o outro.

Desta forma, não há que se falar em distinção de multas previstas no referido artigo, mas tão somente de uma penalidade que deverá ser interpretada de forma sistemática entre os incisos I e II “caput”, com os demais parágrafos do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Esse “excesso punitivo”, por conseguinte, não se trata de desestímulo ao ilícito e à punição da infração, mas sim, de um autêntico confisco, repellido pela Constituição Federal, além do art. 97, V combinado com o art. 113 do CTN, que somente autorizam a cobrança de multa isolada na hipótese de descumprimento de obrigação acessória.

Tal matéria já se encontra pacificada no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por meio da edição da súmula CARF n.º 105, *litteris*:

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

De acordo com o CTN, somente é possível estabelecer duas hipóteses de obrigação de dar, uma ligada diretamente à prestação de pagar tributo e seus acessórios (juros e a multa) e a outra relativamente à penalidade pecuniária por descumprimento de obrigação acessória, não podendo ocorrer bis in idem em relação a penalização, ou seja, sobre a mesma obrigação de dar, incidir mais de uma penalização pelo fato de descumprimento da obrigação principal.

É inaplicável a multa isolada prevista no inciso II, do art. 44, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, cumulativamente com a multa genérica prevista no inciso I do referido dispositivo legal, exigível juntamente com a contribuição devidas, nas hipóteses de falta de pagamento de antecipação do IRPJ e da CSLL.

A multa isolada de que trata o dispositivo legal supracitado é aplicada apenas nas hipóteses ali previstas, ou seja, quando o contribuinte, sujeito ao pagamento da antecipação do tributo deixar de fazê-lo, mas ao incluir a contribuição na sua declaração anual de ajuste, afasta a aplicação da multa isolada.

A imputabilidade da multa genérica exclui as referidas multas isoladas, sob pena de se impor dupla penalização sobre um mesmo fato jurídico, não admitida pelo ordenamento jurídico nacional, devendo, portanto, ser canceladas as multas isoladas aqui exigidas.

Multa pela Omissão na ECF

A Fiscalização apurou omissões na ECF, após a entrega desta pela contribuinte, apurando omissões que foram lançadas conforme o descrito abaixo:

227. A apresentação do e-Lalur, e da ECF, de forma completa ocorreu após procedimento de ofício desta fiscalização, porém dentro do prazo concedido, portanto as multas serão lançadas reduzidas em 50%. Ressalte-se que, na apuração dos valores omitidos, foram considerados apenas os valores de contas analíticas, desprezando-se os valores das contas sintéticas ou que representem simples soma ou subtração de outras contas no demonstrativo do livro em análise.

228. Será lançada a seguinte multa, conforme apuração no Demonstrativo de Apuração da Multa por Omissão na ECF (doc. F38):

Livro	Período	Soma valores omitidos na ECF original	Multa Devida 3%	Multa Lançada 50%
Lançamentos Parte A do e-Lalur	Anual 2014	2.252.552.764,67	67.576.582,94	33.788.291,47

Insurgindo-se contra o r. lançamento, a Recorrente requereu a anulação da multa com base em três argumentos: (i) ausência de prejuízo à Administração; (ii) desrespeito ao princípio da proporcionalidade; e (iii) configuração do confisco.

Entretanto, entendo correta a autuação fiscal, uma vez que esta, obrigatoriamente, tem que proceder em conformidade com as disposições legais. Nesse sentido adoto as razões da decisão recorrida, transcritas abaixo:

“Quanto à multa regulamentar, cabe lembrar que ele foi lançada em estrita obediência ao que determina o artigo 8º do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, com a redação dada pelo artigo 2º da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014. Opondo-se a ela, a interessada alega haver cometido uma infração “plenamente justificável, no contexto do volume de dados processados pelo sistema da Requerente”, e afirma que tal penalidade seria indevida em face de “ausência de prejuízo à Administração” e caracterizada pelo fato de haver apurado prejuízo fiscal ao longo do ano-calendário de 2014; “desrespeito ao princípio da proporcionalidade”. Porém, estes argumentos não podem ser acolhidos, em face do disposto nos artigos 136 e 142, parágrafo único, do CTN. Em particular, cabe recordar que a vedação ao confisco é dirigida ao legislador, não à autoridade fazendária”.

Assim, nego provimento ao recurso voluntário quanto a este ponto.

Juros sobre Multa de Ofício

Com relação à incidência de juros sobre a multa de ofício, a Recorrente protestou pela impossibilidade de correção pela taxa SELIC do crédito decorrente da multa.

No entanto, a teor das disposições contidas nos artigos 113, § 1º, e 139 do CTN, depreende-se que a penalidade pecuniária, a despeito de não ser tributo, faz parte do crédito tributário e, por conseguinte, deve receber o tratamento dispensado pelo CTN ao crédito tributário.

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

(...)

Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

A cobrança (futura) dos juros sobre a multa de ofício vinculada tem por fundamento o próprio artigo 161 do Código Tributário Nacional c/c o art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996.

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§ 1º (...).

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

A multa de ofício é, sem dúvida alguma, um débito para com a União, decorrente de tributo e/ou contribuição administrada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, devendo, sobre si, incidir juros.

Outrossim, com relação a aplicação da taxa SELIC sobre a multa de mora, a jurisprudência da CSRF é pacífica. Vejamos:

*JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.
INCIDÊNCIA.*

A multa de ofício, penalidade pecuniária, compõe a obrigação tributária principal, e, por conseguinte, integra o crédito tributário, que se encontra submetido à incidência de juros moratórios, após o seu vencimento, em consonância com os artigos 113, 139 e 161, do CTN, mediante aplicação da taxa SELIC conforme Súmula CARF nº 4. (Acórdão CSRF nº 9101002385, de 12/07/2016,

Processo 10932.000633/200905, relator do voto vencedor do Conselheiro André Mendes de Moura).

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional, e sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic. Recurso Especial do Contribuinte conhecido e negado (Acórdão CSRF n 9202-004250, de 23/06/2016, Processo 10980.723322/2015-82, relatoria da Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo).

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

O crédito tributário, quer se refira a tributo quer seja relativo à penalidade pecuniária, não pago no respectivo vencimento, está sujeito à incidência de juros de mora, calculado à taxa Selic até o mês anterior ao pagamento, e de um por cento no mês de pagamento. Recurso Especial do Contribuinte Negado. (Acórdão CSRF n° 9303-003480, de 25/02/2016, Processo 16682.721207/2011-91, relatoria do Conselheiro Rodrigo da Costa Póssas).

Deste modo, resta afastada a argumentação da interessada quanto à não incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

Da Tributação Reflexa

No tocante a tributação reflexa entendo que o observado a procedência do Imposto de Renda Pessoa Jurídica implica manutenção/exoneração da exigência fiscal decorrente dos mesmos fatos, no caso a CSLL.

Conclusão

Diante exposto, voto no sentido de DAR parcial provimento ao recurso voluntário para:

- a) rejeitar parcialmente a preliminar de decadência, afastando a cobrança somente em relação ao ano de 2010;
- b) afastar a glosa de despesas de amortização de ágio;

Processo nº 16561.720141/2016-01
Acórdão n.º **1302-002.724**

S1-C3T2
Fl. 5.037

- c) manter a glosa de despesas financeiras;
 - d) afastar a aplicação de multa isolada;
 - e) manter a multa regulamentar por omissões na ECF; e,
 - f) manter a incidência dos juros sobre a multa de ofício.
- É como voto.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa

Voto Vencedor

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado - Redator designado

Em que pese o bem fundamentado e respeitável voto do relator, entendeu o colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário quanto ao mérito principal da exigência, concernente na glosa de amortização de ágio levada à efeito pela fiscalização.

Com efeito, alinhei-me à divergência suscitada durante o julgamento, pelos fundamentos que passo a expor.

Da glosa de amortização do ágio

A recorrente sustenta que as operações de reorganização societária realizadas tiveram motivação estritamente econômica e empresarial, e que todos os requisitos legais para a amortização do ágio foram preenchidos. Que, de fato, na transação discutida: (a) houve efetiva aquisição de participação societária entre partes independentes, com o pagamento do ágio; (b) o investimento na Recorrente foi avaliado por meio do MEP; (c) a fundamentação do pagamento do ágio foi a expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida; e (d) houve incorporação do ágio pela Recorrente.

Aduz que não há nenhuma disposição legal no sentido de que a sociedade que (a) incorrer no custo da aquisição da participação societária, e (b) de início, registrar o investimento na sociedade adquirida, deverá incorporá-la. A formula operacional básica requisitada para viabilizar a amortização do ágio para fins fiscais seria o processamento da conta de ágio contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio.

Alega que adotar o posicionamento da Fiscalização e da r. Decisão implicaria condicionar a amortização fiscal do ágio a requisito absolutamente vago e abstrato, que não está previsto em lei, causando absoluta insegurança jurídica.

Defende que no caso analisado, houve o evento societário que implicou a confusão do investidor com a investida (incorporação da CESE pela Vale do Rosário). Se admitida, somente a título de argumentação, a necessidade de confusão patrimonial entre a adquirente originária e a empresa adquirida, ainda assim, com a incorporação da CESE pela Vale do Rosário seria atendido tal requisito, uma vez que a B5 ao transferir o investimento com onerosidade fez com que a CESE torna-se adquirente originária em transação em que há onerosidade e registro do custo do investimento na CESE;

Sustenta, por fim que, não há nenhum vício que justifique a desconsideração do evento de incorporação da CESE pela Vale do Rosário, não subsistindo a alegação da Fiscalização, mantida pela I. Delegacia de Julgamento, de que a CESE seria uma "empresa veículo" (conforme reconhecido pela própria D. Fiscalização, a CESE era uma sociedade operacional, com empregados, receitas e despesas próprios).

O r. voto vencedor acolheu, no mérito as alegações da recorrente, entendendo que restaram preenchidos os requisitos para o reconhecimento e a amortização do ágio.

Com a devida vênia, esta não foi a conclusão da maioria do colegiado.

No caso em apreço, embora se reconheça que as operações geradoras do ágio, ou seja, a aquisição original da participação societária pela empresa B5, tenham se dado entre partes independentes, com efetivo pagamento, e que o ágio surgido está amparado em laudo que atesta a sua fundamentação na rentabilidade futura da investida, o que legitima reconhecimento contábil do ágio efetivamente pago pela investidora (empresa B5), o seu aproveitamento na forma encadeada pela recorrente não encontra amparo na legislação que autoriza a sua amortização antecipada.

E a motivação está corretamente descrita no Termo de Verificação Fiscal (fls.), do qual colho os seguintes fragmentos, *verbis*:

111. Como regra geral, o RIR/99 impede a dedução da amortização do ágio decorrente da aquisição de investimentos avaliados pelo patrimônio líquido (art. 391). Ressalvada a hipótese de adicionar o valor do ágio ao valor contábil do investimento para efeito de determinar o ganho ou a perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliada pelo patrimônio líquido (art. 426), a única possibilidade de deduzir a amortização do ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL se dá na situação em que a pessoa jurídica **absorve** o patrimônio de outra em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual tenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, ou em que a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária e, adicionalmente, que o ágio tenha sido fundamentado em rentabilidade futura (art. 386).

112. A aquisição de participação societária com ágio ou deságio é uma transação de capital, entre sócios, que não envolve as atividades normais da empresa e, portanto, não deve influenciar o seu resultado.

113. O resultado da adquirida, transmitido para a sua controladora pelo mecanismo da equivalência patrimonial, não é tributado nessa controladora. A equivalência patrimonial recebida pode ser excluída na apuração do Lucro Real dessa controladora. Da mesma forma, o ágio apurado e registrado pela controladora que era amortizado contabilmente devia ser adicionado na apuração do Lucro Real (art. 391). Essas operações de capital não influenciam o resultado tributável.

114. A separação da transação societária das atividades normais da empresa só não se mantém se houver uma situação de **extinção** dessa participação societária. No caso de haver uma fusão, incorporação ou cisão dessa controlada com a controladora, os resultados das atividades da controlada e da controladora passam a ser apuradas dentro da mesma empresa, não havendo mais transmissão de resultados de uma empresa para outra pelo mecanismo da equivalência patrimonial. Nesta situação, o patrimônio da controladora e o patrimônio da controlada tornam-se um só, não se distinguindo mais, havendo uma “**confusão patrimonial**”. Os resultados das atividades normais e os resultados das atividades de capital estão no mesmo patrimônio.

115. Neste caso também não é mais possível haver a venda da participação societária como tal e, portanto, não é possível a adição do valor do ágio apurado, quando da aquisição, ao valor contábil de uma controlada que estivesse sendo vendida. Quando ocorre a situação de “confusão patrimonial”, o valor do ágio que for amortizado pode ser deduzido na apuração do Lucro Real, no prazo mínimo de 60 meses e desde que a sua constituição tenha se dado em função de rentabilidade de resultados futuros (art. 386).

116. Para permitir a dedutibilidade da amortização do ágio, a legislação tributária se fundamenta na **efetiva extinção do investimento** através dos institutos da incorporação, fusão e cisão entre empresas controladora, a que **arcou efetivamente com o desembolso** do investimento, e controlada, a que foi **realmente adquirida de terceiros** vendedores. Ou seja, instituiu um disciplinamento para a tributação de um negócio jurídico particular que culmina em uma “confusão patrimonial”, em que não há mais distinção entre os patrimônios das empresas controladora e controlada. O “encontro” do patrimônio adquirido e do ágio pago por tal patrimônio em um mesmo patrimônio é uma condição obrigatória para a dedutibilidade fiscal da amortização do ágio.

[...]

118. Dessa forma, impõe-se a **absorção do patrimônio** da incorporada, fusionada ou cindida, pois de outra forma, permanecendo a existir o investimento, não se caracteriza a situação prevista na norma, que é exatamente o de estabelecer uma regra de tributação para quando acontece a **confusão patrimonial do investimento**. Se fosse admitida a amortização do **ágio transferido**, sem a extinção do investimento, o art. 426 do RIR/99 não teria mais sentido de permanecer vigente.

119. No caso em análise, a opção não foi pela extinção do investimento. O ágio na aquisição do controle da Vale do Rosário, que foi apurado pela B5, foi transferido para outra empresa do grupo (CESE), que foi utilizada como veículo, e incorporada pela adquirida Vale do Rosário e lá permaneceu para ser amortizado. De outro lado, o investimento adquirido (Vale do Rosário, atual Biosev Bioenergia) permaneceu intacto no patrimônio da B5, como se pode verificar nos razões contábeis que controlavam o investimento e o ágio na B5. Dessa forma, **o investimento não foi extinto**.

120. Esse fato está claro ao verificarmos as contas de investimento e de ágio da B5 nas empresas controladas Vale do Rosário, Jardest Participações e CESE, no período de 2007 e 2008.

121. Na B5, o investimento foi controlado na conta 13111034 – Companhia Açucareira Vale do Rosário e na conta 13111035 – Jardest Participações, representativas do investimento na fiscalizada de fevereiro a maio de 2007. Em junho de 2007, a Jardest Participações foi incorporada pela Vale do Rosário, ficando o investimento somente na conta 13111034 até setembro de 2007. De outubro a dezembro de 2007, a B5 registra o investimento na CESE na conta 13111006 (doc. 90). O investimento na Vale do Rosário passa para o controle na CESE pela conta de mesmo número, conta 13111034 – Companhia Açucareira Vale do Rosário (doc. 78), e após a incorporação da CESE pela Vale do Rosário em 02/01/2008 passa a ser a conta 13111019 – Santelisa Vale Bioenergia (antiga Vale do Rosário), na então Santelisa Vale, anterior B5 (doc. 92).

122. Da mesma forma com as contas de ágio da Vale do Rosário e Jardest. No período de fevereiro a setembro de 2007, o ágio é controlado na B5 pela conta 13114005 – Ágio em Investimentos Companhia Açucareira Vale do Rosário e conta 13114006 – Jardest Participações (doc. 90), passa para o controle na CESE pela conta de mesmo número conta 13114005 – Ágio em Investimentos Companhia Açucareira Vale do Rosário (doc. 78), e em 02/01/2008 passa para o controle da própria Vale do Rosário, então Santelisa Vale Bioenergia, pela conta 13312001 - Ágio de Participações Societárias Companhia Açucareira Vale do Rosário (doc. 78).

123. Demonstrada a ilegalidade da operação realizada pela fiscalizada, as despesas de amortização do ágio apurado na aquisição de participação societária na própria Companhia Açucareira Vale do Rosário, atual Biosev Bioenergia, e que foram aproveitadas para a redução do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL no período de 2010 a 2014, serão glosadas nesta fiscalização:

[...]

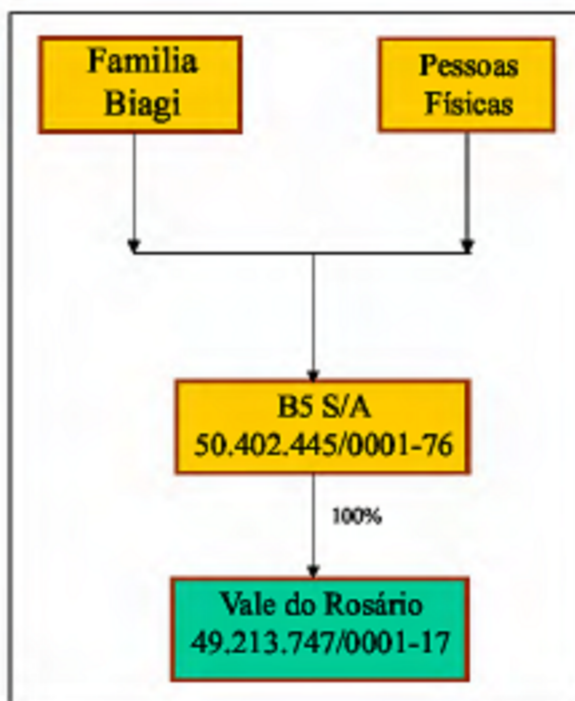
Com efeito, a dedutibilidade do ágio, além de passar necessariamente pela efetividade do dispêndio na aquisição do investimento por parte da empresa que passa a deter o investimento, exige a necessária confusão patrimonial entre investidora e investida, para que se admita sua dedução.

Tal não ocorre no presente caso.

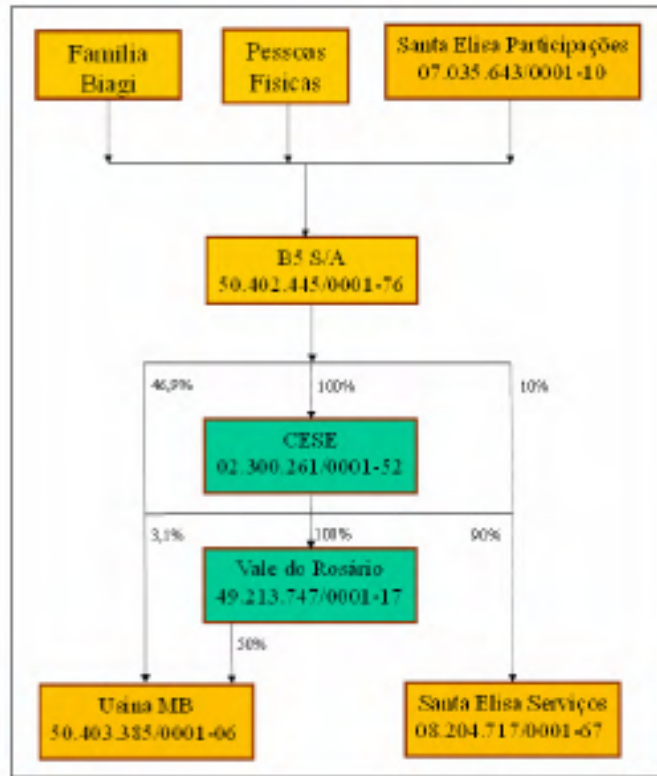
A real investidora (B5, atual Santa Elisa Vale S/A) continua a existir e a deter o controle sobre sua controlada (Vale do Rosário, atual Biosev). Não houve extinção do investimento, mas mera absorção, mediante incorporação ao patrimônio de outra controlada direta da B5 (CESE), para a qual transferiu temporariamente o investimento na Vale do Rosário, tão somente para propiciar a amortização do ágio gerado na aquisição.

Os quadros abaixo, extraídos do TVF, demonstram bem as situações societárias, antes e depois da incorporação:

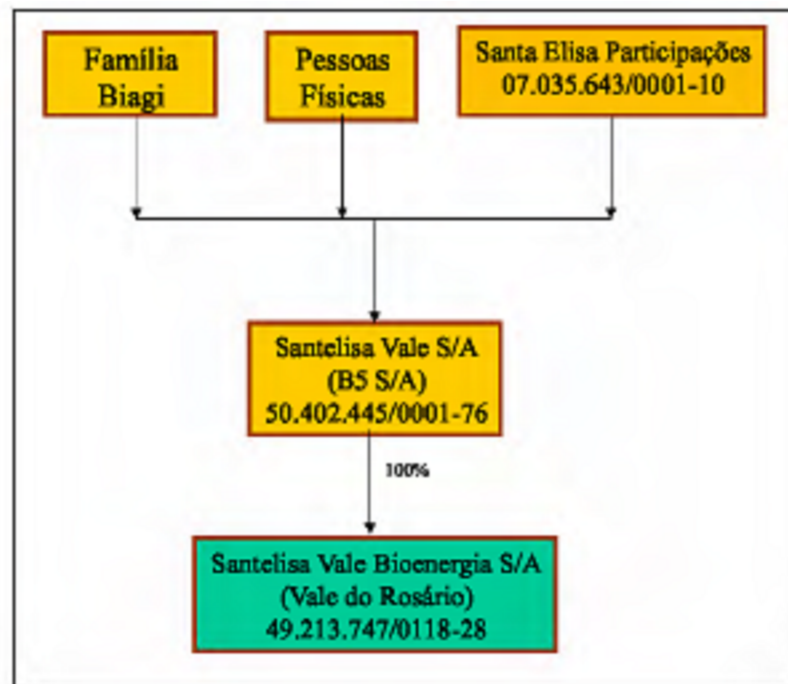
Situação após a aquisição da Vale do Rosário pela B5:



Situação com a transferência da Vale do Rosário para a CESE:



Situação após a incorporação da CESE pela Vale do Rosário:



A 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais ao analisar a possibilidade da transferência do ágio pago firmou entendimento de que sua dedutibilidade fica prejudicada, neste caso, por não se subsumir à hipótese descrita nos art. 385 e 386 do RIR/99, conforme espelhado na seguinte ementa:

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.

Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida. (Acórdão nº 9101-002.186, de 20/01/2016)

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. PLANEJAMENTO FISCAL.

Para dedução fiscal da amortização de ágio é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização do ágio quando a incorporadora não pagou pela aquisição do investimento. (Acórdão nº 9101-002.802, de 10/05/2017)

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A hipótese de incidência tributária da permissividade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora originária, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição. Havendo a transferência do ágio registrado na investidora originária para outra empresa, pertencente ao mesmo grupo econômico, por meio de operações meramente contábeis e sem circulação de riqueza, não mais se torna possível o pretendido aproveitamento tributário do ágio. (Acórdão nº 9101-002.963, de 04/07/2017)

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. PLANEJAMENTO FISCAL.

O caput do artigo 7º da Lei nº 9.532/1997 remete a dedutibilidade da amortização do ágio, fundado em expectativa de rentabilidade futura, para fins de cálculo do lucro real, à exigência de que a participação societária na pessoa jurídica incorporada tenha sido adquirida com esse ágio pela incorporadora. Já o artigo 8º da Lei nº 9.532/1997 permite a dedução da despesa de amortização do ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura, nos casos em que a pessoa jurídica incorporadora adquirir a participação societária na incorporada com a referida mais valia. Ademais, sobreleva-se dos citados dispositivos legais que a influência do ágio no resultado tributável pelo IRPJ só tem amparo legal se houver a confusão patrimonial entre a investidora e a investida, momento em que o investimento adquirido com ágio torna-se extinto. (Acórdão nº 9101-003.255, de 05/12/2017)

Transcrevo, por oportuno, fragmentos do voto condutor do Acórdão nº 9101 - 002.186, da CSRF, contendo os seus fundamentos, *verbis*:

Para o julgamento de mérito sobre a despesa de amortização de ágio e seus reflexos tributários, da mesma forma como fiz para o processo nº 19647.01051/200783, adoto a recente jurisprudência do CARF que considero mais adequada e que restou cinzelada no Acórdão nº 1103001.170, de 04/02/2015, da relatoria do nobre Conselheiro André Mendes de Moura. Seguem trechos do voto condutor:

"[...]

O investimento adquirido com ágio pode ser alienado, liquidado, ou mesmo ser objeto de uma transformação societária.

Passam a ser tratadas as situações específicas, como se pode verificar nos arts. 391 e 426 do RIR/99:

[...]

Verifica-se que o aproveitamento do ágio ocorre no momento em que o investimento que lhe deu causa for objeto de alienação ou liquidação, oportunidade em que o ágio irá compor a apuração do custo de aquisição a ser considerado no ganho de capital auferido pelo alienante.

Por sua vez, em eventos de transformação societária, quando investidora absorve o patrimônio da investida (ou vice versa), adquirido com ágio ou deságio, em razão de cisão, fusão ou incorporação, resolveu o legislador disciplinar a situação no art. 386 do RIR/99:

[...]

Fica evidente que os arts. 385 e 386 do RIR/99 guardam conexão indissociável, constituindo-se em norma tributária permissiva do aproveitamento do ágio nos casos de incorporação, fusão ou cisão envolvendo o investimento objeto da mais valia.

A norma em debate tem repercussão direta na base de cálculo do tributo, o que permite a sua análise sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina (Geraldo Ataliba, Hipótese de Incidência Tributária).

Esclarece o doutrinador que a hipótese de incidência se apresenta sob variados aspectos, cuja reunião lhe dá entidade.

*Ao se apreciar o aspecto **pessoal**, merecem relevo as palavras da doutrina, ao determinar que se trata da qualidade que determina os sujeitos da obrigação tributária.*

*E a norma em debate se dirige à **investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição, sendo ela, e apenas ela a destinatária da prerrogativa de amortização do sobrepreço. A partir do momento em que o ágio é transferido ou repassado para outras pessoas (de A para B, de B para C, de C para D e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora, a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato impondível (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto pessoal.***

*A respeito do aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável.***

*Sobre o aspecto **material**, há que se observar que **apenas o ágio com fundamento econômico no valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros** é que tem a amortização autorizada em sessenta parcelas.*

*Ainda, há que se consumir a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o caput do art. 386 do RIR (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...), ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente.*

Compartilhando o mesmo patrimônio investidora e investida, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que adquiriu o investimento com mais valia (ágio) baseado na expectativa de rentabilidade futura, passa a ser tributada pelos lucros percebidos nesse investimento."

Naquela assentada, tratava-se de caso em que a incorporação se deu conforme o caput do art. 386 do RIR/99. Já no caso dos autos, trata-se de incorporação nos moldes do §6º do art. 386 do RIR/99 (que é comumente conhecida como incorporação "às avessas"). Embora isso não vá impactar nas premissas de exegese

da norma, faz-se necessário tecer comentários adicionais quantos aos aspectos pessoal e material, de forma a adequá-los a esse modelo de incorporação:

[...]

O §6º do art. 386 do RIR/99, na realidade o art. 8º da Lei nº 9.532/97 (do qual este é mera cópia), se utilizou de uma técnica legislativa que faz uso da propriedade transitiva, assim o que vale para o *caput* do art. 386 do RIR/99 vale para o §6º do mesmo artigo, fazendo-se apenas a adaptação para contemplar a situação prevista.

Portanto, o §6º do art. 386 do RIR/99, sob o significado pessoal, se dirige à investida que incorporar a investidora que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o valor do ágio). Ou seja, quando ocorre a incorporação, pela investida, da investidora "original" ou investidora *stricto sensu* (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada a pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco) é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço.

Analisando as situações possíveis, sob a ótica dos dois tipos de incorporações, a partir do momento em que o ágio é transferido ou repassado para outras pessoas (de A para B, de B para C, de C para D e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora **original** (para, ao fim, incorporar a investida ou ser incorporada pela investida), a subsunção ao **caput do art. 386 do RIR/99 ou ao §6º do mesmo artigo** torna-se impossível, vez que o fato impondível (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto pessoal (seja no caso de a investidora que tiver incorporado a investida seja outra investidora que não a original, seja no caso de a investida estar incorporando uma investidora que não a original).

Da mesma forma que no aspecto pessoal, **a confusão de patrimônios**, principal item do aspecto material, para fins de enquadramento no §6º do art. 386 do RIR/99, consuma-se quando, na investida, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobreavaliado) passam a se comunicar diretamente (os riscos se fundem: o risco do investimento assim entendido os recursos aportados e o risco do empreendimento).

Compartilhando o mesmo patrimônio a investida e a investidora original, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que honrará a rentabilidade futura passa a ser detentora da mais valia (ágio) do investimento baseado na expectativa dessa rentabilidade.

[...]

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material.

Na atual redação destes dispositivos e para o caso de incorporação "às avessas", exclusivamente no caso em que a investida **adquire a investidora original** (ou **adquire diretamente a investidora**, nessa linha de raciocínio as intermediárias não seriam investidoras de fato, apenas de direito) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a

possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas. No caso dos autos, esses aspectos não foram satisfeitos, em especial dos aspectos pessoal e material, vejamos:

A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Leicester Comercial S.A) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (CELPE), mas que não era a investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.

A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (CELPE) tivesse incorporado a investidora original (investidora *strico sensu*), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material. Pouco importa terem havido motivos de ordem societária, técnica ou mercadológica que impediam a CELPE de incorporar a real investidora: são as situações que devem se moldar à lei, para fins de aplicação da norma, e não a lei que tem que se moldar às situações, o que implicaria em substituir a coercitividade da regra pela conveniência dos regradados.

Na linha dos fundamentos trazidos no acórdão citado, o aproveitamento do ágio somente seria possível, no presente caso, se a empresa B5 S/A tivesse incorporado a diretamente a Vale do Rosário (ou mesmo, fosse incorporado por esta), pois somente assim haveria a confusão patrimonial, consumando-se, na investida, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobrevalorizado) passam a se comunicar diretamente. Situação que não se verifica no presente caso, inviabilizando os aspectos pessoais e materiais da hipótese de incidência.

Por todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário quanto à glosa na amortização do ágio.

Da multa qualificada

Com relação à aplicação da multa qualificada sobre a infração de glosa de ágio, acompanhei a posição vencedora do colegiado que, por voto de qualidade, cancelou sua aplicação, reduzindo-a ao percentual de 75%.

Referida matéria não havia sido apreciada pelo relator, na medida em que dava provimento ao recurso quanto à glosa do ágio.

A autoridade fiscal fundamentou a multa isolada nos seguintes termos no TVF:

[...]

8. QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO DECORRENTE DA AMORTIZAÇÃO INDEVIDA DE ÁGIO

229. Em face do lançamento de ofício do IRPJ e da CSLL decorrente da glosa de valores de ágio indevidamente amortizados sem que houvesse a real extinção do investimento, como exige o art. 7º, da Lei nº 9.532/97, cumpre, então, o exame da multa de ofício aplicável ao caso em questão.

230. A redação do art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, dada pela Lei nº 11.488/2007, assim dispõe:

[...]

231. Especial atenção deve ser dedicada ao que dispõe o §1º do art. 44 da Lei nº

9.430/96, acima transcrito. Nele citado, o art. 72 da Lei nº 4.502/64 assim define fraude:

[...]

232. Os procedimentos adotados pela fiscalizada estão compreendidos na hipótese

prevista na norma acima. Citemos novamente a exposição de motivos do art. 8º da Medida

Provisória nº 1602/97, convertida na Lei nº 9.532/97, base legal dos arts. 385 e 386 do RIR/99:

[...]

233. Como se vê, desde o seu início, a intenção com essa legislação era que fosse aplicada aos casos reais, procurando tirar o incentivo que poderia haver anteriormente à incorporação de empresas apenas para obtenção de vantagem de natureza fiscal.

234. Assim, não cabe à empresa invocar desconhecimento, prática de erro escusável, ou divergência de interpretação da legislação. A reorganização societária não foi feita ao acaso.

A reestruturação societária promovida para a inclusão da empresa veículo CESE como controladora da fiscalizada e sua posterior incorporação teve o objetivo de gerar despesas de

amortização de ágio. Para isso, foram realizadas diversas operações que, analisadas isoladamente, não violavam nenhuma norma legal. Porém, o resultado da reorganização proporcionou ao sujeito passivo os melhores efeitos tributários que não seriam possíveis legalmente.

235. A CESE foi inserida como controladora da então Vale do Rosário com o objetivo certo de forçar uma situação formal para transferência do ágio apurado na aquisição da Vale do Rosário à própria empresa operacional. Assim, os reais adquirentes promoveram a obtenção de vantagens fiscais pela dedução da amortização do ágio, reduzindo a base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

236. Se não houvesse essa passagem da reorganização societária, a B5 seria a controladora da Vale do Rosário, mas o ágio ficaria registrado na sua contabilidade, sem possibilidade de ser aproveitado na configuração atual das empresas. Não seria possível a dedução das despesas de amortização de ágio porque a lei não o permite.

237. A lei não permite, em vista de que o investimento não foi extinto pela simples reorganização societária (permanecendo na controladora da Vale

do Rosário, atual Biosev Bioenergia), portanto, não se enquadrando na situação prevista nos artigos 7º e 8º, da Lei 9.532/97.

238. A contribuinte estava perfeitamente consciente da falta de propósito negocial ou societário na interposição da CESE, ficando caracterizada a utilização dessa como mera “empresa veículo” para transferência do ágio do real adquirente, com o fim almejado de redução do valor tributável pela amortização do ágio.

239. A CESE permaneceu como controladora da Vale do Rosário por apenas 4 meses, de 04/09/2007 a 02/01/2008, quando foi incorporada. A sua incorporação reversa pela Vale do Rosário já estava decidida desde antes da sua interposição como controladora, decisões tomadas pelo verdadeiro adquirente e controlador de ambas as empresas, das quais a CESE foi apenas um instrumento para atingir o objetivo do aproveitamento tributário do ágio. Para o

planejamento tributário em questão nesta ação fiscal, a aparência de legalidade e a publicidade

dessa aparente legalidade é um aspecto imprescindível de toda a operação.

240. Como buscar guarida e enquadramento na legislação que lhe permitiria obter a redução da despesa fiscal? Com certeza não seria apenas excluindo um valor qualquer que lhe aproovesse na apuração das bases de cálculo dos tributos, sem qualquer justificativa. É imprescindível mascarar a origem dessa exclusão com a aparência da legalidade e da normalidade. Essa é a única chance de que se obtenha êxito no seu propósito: a redução dos tributos devidos.

241. Assim, através de um processo de reorganização societária, com várias etapas artificiais, apesar de formalmente legais quando vistas isoladamente, procurou-se esconder o objetivo de obter a redução dos tributos devidos, mesmo sabendo-se que essa redução era ilegal.

Admitir essa situação como válida seria admitir que a lei permite a sua própria burla.

242. O dolo tributário não é caracterizado pelos meios utilizados para obter-se o

resultado pretendido. Fraude fiscal é a violação à norma fiscal pelo contribuinte com a

finalidade de escapar do pagamento do imposto devido.

243. O fato de não terem sido utilizados documentos falsos ideologicamente não implica necessariamente na inexistência da intenção de escapar ao pagamento do imposto. A análise da sequência das operações, e seus resultados antes e depois de sua ocorrência, revelam a existência de um plano, de um artifício criado para reduzir a carga tributária.

244. Juridicamente, pode-se definir simulação como a aparência de um negócio jurídico contrário à realidade, destinado a provocar uma ilusão a terceiros, seja por não existir negócio de fato, seja por existir um negócio diferente daquele que se aparenta.

245. Conforme anteriormente demonstrado, a conduta ilícita consistiu na criação artificial da situação prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Em outras palavras, da simulação da hipótese legal a fim de ser obtida vantagem fiscal. Houve a interposição de uma aparente controladora da empresa operacional, seguido de uma aparente operação de incorporação. Operações aparentes, porque sem substância econômica, por serem pura forma, sem materialidade.

246. Ressalte-se que a contribuinte não escondeu os atos do Fisco. Se isto tivesse ocorrido estaríamos falando de sonegação pura e simples, e não da fraude prevista no art. 72.

247. A situação dos autos também não pode ser vista como mera divergência na interpretação da legislação aplicável. A elaboração de uma sequência de operações desprovida de razões extra tributárias não pode ser equiparada ao erro ou dúvida na interpretação de dispositivos legais.

248. Paradoxalmente, os dispositivos legais criados com o objetivo de restringir as operações de incorporação, fusão e cisão, “às hipóteses de casos reais”, está sendo aplicado para obter vantagens tributárias a partir da criação de novas hipóteses de casos artificiais, elaboradas em outro contexto.

249. Por todo o exposto, fica patente a caracterização do intuito fraudulento, uma vez que as operações efetuadas revelam a intenção de reduzir o tributo de maneira artificial, justificando-se plenamente a aplicação da multa qualificada.

A recorrente, por sua vez, alega que a multa de 150% deve ser prontamente afastada, pois tal penalidade somente poderia ser imposta a casos de evidente intuito de fraude, sonegação ou conluio, quando restar provada pelo Fisco a inequívoca intenção do contribuinte de enganar, esconder ou iludir, restando claro que este não é um caso de fraude, sonegação ou conluio.

Sustenta que, ainda que se entenda que as operações praticadas pela Recorrente não lhe davam o direito de proceder como procedeu, o que se admite apenas para argumentar, não se pode falar em qualquer tipo de fraude, pois jamais falsificou documentos ou "maquiou" livros contábeis ou fiscais, ao contrário, sempre registrou, às claras, todas as operações em sua contabilidade. Aduz que registrou todos os seus atos nas Juntas Comerciais e demais órgãos públicos cabíveis e sempre recebeu a Fiscalização com total transparência e atendeu a todas as suas solicitações com clareza e prontidão.

Quanto às alegações de que não houve propósito negocial na integralização de capital na CESE, o que revelaria a intenção fraudulenta do Grupo Santa Elisa ou que a B5, são totalmente descabidas e inaplicáveis como comprovação de dolo, necessário à caracterização do ilícito para fins de agravamento da multa.

Observa que há decisões administrativas que ratificam o direito à amortização do ágio em procedimentos semelhantes ao adotado pela Requerente, fato que, no mínimo, faz com que sua conduta seja classificada como erro de proibição ou dúvida relevante, institutos que afastam a classificação da conduta como fraude ou simulação, estando comprovada a boa-fé da Requerente.

Examinando o conjunto de elementos dos autos, entendo que, desta feita, não restou caracterizado o intuito de simulação ou fraude por parte da recorrente, mas sim uma interpretação equivocada do real alcance das normas tributárias que disciplinam a amortização do ágio em reorganizações societárias.

Com efeito, é inegável que foi gerado um ágio na operação societária de aquisição da empresa Vale do Rosário efetuada pela empresa B5 S/A, embora seu aproveitamento antecipado, na forma pretendida pela recorrente, não encontra guarida na legislação aplicável, como já exposto.

No entanto, não há elementos para afirmar o intuito fraudulento da recorrente na obtenção do benefício fiscal. Sua pretensão de economia fiscal, no bojo das operações de uma real aquisição da participação, conquanto feita de forma equivocada, era ao menos discutível, como se revela a própria dissensão jurisprudencial no âmbito deste Conselho sobre o tema, especialmente à época em que os fatos ocorreram.

No presente caso, além da efetiva existência de um ágio pago, se constata que as empresas envolvidas tem operacionalidade, patrimônio e existência real, não podendo ser confundidas com outras situações de ágio interno em que apenas uma empresa (a que se beneficia do ágio) têm existência real.

Penso que, ao contrário da conclusão fiscal, a errônea interpretação da legislação atinente ao ágio, por parte da recorrente, revela-se excusável no tocante à qualificação da multa de ofício, inexistindo, a meu ver, elementos para justificar sua aplicação.

Ante ao exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso nesta parte, para reduzir a multa de ofício aplicada de 150% para 75%.

Decadência

Tendo em vista o cancelamento da multa qualificada, entendimento do colegiado foi no sentido de reconhecer a decadência parcial do lançamento do IRPJ e CSLL, relativo ao ano-calendário 2010, em face da aplicação do prazo previsto no art. 150, § 4º do CTN, nos termos da jurisprudência consolidada pelo STJ no julgamento do Resp. nº 973.733/SC, proferido no regime de recursos repetitivos.

Com relação às multas isoladas por falta de recolhimento por estimativas, o prazo decadencial aplicável é aquele previsto no art. 173, I do CTN, nos termos da Súmula CARF nº 104¹, sendo, portanto, afastada a decadência com relação à sua exigência em face da falta de recolhimento no ano-calendário 2010.

Multa isolada por falta de recolhimento de estimativas de IRPJ e CSLL

¹ Súmula CARF nº 104 : Lançamento de multa isolada por falta ou insuficiência de recolhimento de estimativa de IRPJ ou de CSLL submete-se ao prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I, do CTN

No recurso voluntário a recorrente se insurge contra a exigência da multa isolada. Alega que esta não pode ser exigida em concomitância com a multa de ofício aplicada sobre o imposto devido ao final do exercício. Sustenta que a matéria encontra-se pacificada por meio da Súmula CARF nº 105.

Não assiste razão à recorrente.

Inexiste qualquer conflito legal para aplicação da multa de ofício pela falta de recolhimento do tributo em conjunto com a multa isolada pela falta de recolhimento de estimativas.

Desde logo afasto a aplicação da súmula CARF nº 105², porquanto o lançamento da multa isolada foi fundamentado no Art. 44, inciso II, alínea b, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007.

Com efeito, o alcance da referida súmula é limitado às exigências formalizadas anteriormente às alterações legislativas introduzidas pela Lei nº 11/488/2007. O enquadramento legal citado expressamente no texto da súmula (*art.44, § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996*) deixou de existir a partir de 22/01/2007.

Na mesma data, foi publicada no DOU (edição extra) e entrou em vigor a Medida Provisória nº 351/2007, posteriormente convertida na Lei nº 11.488/2007³. Foram alterados o percentual aplicável (de 75% para 50%) e também a base de incidência da multa (*antes, a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição, após, o valor do pagamento mensal que deixar de ser efetuado*).

² Súmula CARF nº 105:

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

³ Lei nº 11488/2007:

Art. 14. O art. 44 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação, transformando-se as alíneas a, b e c do § 2º nos incisos I, II e III:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

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

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

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

I - (revogado);

II - (revogado);

III- (revogado);

IV - (revogado);

V - (revogado pela Lei no 9.716, de 26 de novembro de 1998).

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

I - prestar esclarecimentos;

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei no 8.218, de 29 de agosto de 1991;

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei.

..... ” (NR)

Assim, com relação aos fatos geradores ocorridos a partir de janeiro de 2007, os Conselheiros podem votar de acordo com seu livre convencimento sobre a matéria.

Com efeito, a lei prevê expressamente aplicação da penalidade isolada no caso do descumprimento da obrigação de recolher o tributo estimado mensalmente, mesmo se apurado prejuízo ao final do exercício.

Entendeu o legislador que tal infração (falta de recolhimento da estimativa) não deve ser ignorada.

Com vistas à proteção da arrecadação tributária e prestigiando os contribuintes que em situação equivalente efetuaram os recolhimentos devidos por antecipação, houve por bem o legislador estabelecer uma penalidade para aquela infração, que não se confunde de modo algum com a multa de ofício eventualmente devida pelo não recolhimento do saldo de tributo apurado no final do exercício.

Assim, se, além das estimativas mensais que deixaram de ser recolhidas, a fiscalização constata que também o saldo de imposto anual devido em face da apuração do resultado do exercício não foi declarado/recolhido, ou o foi à menor, impõe-se a cobrança das diferenças de tributos devidas acrescidas da respectiva multa de ofício (75%), aplicada sobre o saldo de tributo devido.

Ora, é princípio basilar de hermenêutica que "a lei não contém palavras inúteis".

Ao estabelecer que é devida a multa isolada ainda que a pessoa jurídica tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da contribuição social, o legislador deixou muito claro que a penalidade isolada não se confunde e não pode se fundir com a multa de ofício eventualmente devida pelo saldo de tributo devido no ano. Interpretação nesse sentido implica em negar validade ao citado dispositivo.

A imposição da multa isolada visa prestigiar o contribuinte que cumpre com suas obrigações e observa um dos princípios essenciais da atividade econômica, previsto na Constituição Federal de 1988: o princípio da livre concorrência (vide Art. 170, inc IV, Art. 146-A e Art. 173, § 4º).

Ao impor ao infrator a penalidade isolada a lei visa desestimular comportamentos que levem a condições desiguais, pois enquanto os contribuintes que honram com suas obrigações sacrificam parte de seus fluxos de caixa para contribuir com a coisa pública, muitas vezes tendo que recorrer ao pagamento de juros a terceiros, o infrator (que deixa de recolher o tributo estimado) preserva o seu "Caixa" e se coloca em situação vantajosa economicamente perante os seus concorrentes.

É cediço os efeitos que a sonegação tem sobre o equilíbrio concorrencial. Portanto, ao se desonerar da multa isolada o contribuinte que deixa de efetuar o recolhimento por estimativa ferir-se-ia, além da legalidade, o princípio da isonomia.

Rejeito, também, o argumento, que tem sido reiteradamente utilizado pelos que defendem a impossibilidade de coexistência das duas penalidades, quanto a possibilidade de estarmos diante da ocorrência de um "*bis in idem*": aplicação da multa isolada e da multa de ofício sobre um mesmo fato.

Não vejo como se possa defender a existência de um mesmo fato a ensejar a aplicação das penalidades.

A lei é cristalina ao estabelecer cada uma das hipóteses em que as penalidades são aplicáveis, sendo certo que as infrações ocorrem em momentos absolutamente distintos, embora possam ser detectadas num mesmo momento pela fiscalização.

Enquanto a infração pelo não recolhimento dos tributos devidos com base na estimativa mensal ocorre durante o ano-calendário de sua apuração, a infração pelo não recolhimento do tributo anual devido só pode ocorrer depois de encerrado o período de apuração respectivo. São fatos diversos que ocorrem em momentos distintos e a existência de um deles não pressupõe necessariamente a existência do outro.

O percentual da multa isolada que antes coincidia com o mesmo percentual da multa de ofício também era comumente utilizado para justificar o alegado "*bis in idem!*". Porém, também não existe mais essa coincidência, em face de sua redução para 50% pela Lei nº 11.488/2007, e que passou a ser aplicada aos casos pretéritos (inclusive neste) em face da retroatividade benigna prevista no art. 106, II, alínea "c" do CTN.

Os prazos para cumprimento das obrigações em questão também são distintos em cada caso.

Por fim, a definição da infração, da base de cálculo e do percentual da multa aplicável é matéria exclusiva de lei, nos termos do art. 97, inc.V do CTN, não cabendo ao intérprete questionar se a penalidade aplicada em tal e qual caso é adequada ou se é excessiva, a não ser que adentre a seara da sua constitucionalidade, o que é vedado no âmbito deste colegiado.

Se a lei não prevê a possibilidade de aplicação de uma penalidade em detrimento da outra não cabe ao intérprete afastá-la ou modular sua aplicação.

A recorrente alega também que a multa isolada não poderia ser exigida após o encerramento do exercício, mormente quando apurou prejuízos ao final do exercício.

O argumento também não se sustenta.

A aplicação da multa isolada, prevista no art. 44, inc. II, b da Lei nº 9.430 de 1996, decorre, exclusivamente, do descumprimento da obrigação de se efetuar o recolhimento por estimativa nos prazos e condições estabelecidos na legislação tributária, independentemente do resultado anual apurado pelo sujeito passivo.

Excetua-se do disposto nessa regra a pessoa jurídica que comprovar que a insuficiência de pagamento decorreu do levantamento do balanço ou balancete de suspensão ou redução na forma do art. 35 da Lei n.º 8.981, de 1995, e alterações posteriores.

O citado dispositivo não faz qualquer restrição quanto à data em que deva ser apurada a falta de recolhimento ou o recolhimento a menor por estimativa. Daí porque, a Instrução Normativa nº 93 de 1997, ao disciplinar a matéria, expressamente previu a aplicação da multa após o ano-calendário, nos seguintes termos (grifei):

Art. 16. Verificada a falta de pagamento do imposto por estimativa, após o término do ano-calendário, o lançamento de ofício abrangerá:

I - a multa de ofício sobre os valores devidos por estimativa e não recolhidos;

II - o imposto devido com base no lucro real apurado em 31 de dezembro, caso não recolhido, acrescido de multa de ofício e juros de mora contados do vencimento da quota única do imposto.

Atualmente a aplicação da multa encontra-se disciplinada pela IN. RFB. Nº 1700/2017, que assim dispõe no seu art. 53, *verbis*:

Art. 53. Verificada a falta de pagamento do IRPJ ou da CSLL por estimativa, após o término do ano-calendário, o lançamento de ofício abrangerá:

I - a multa de ofício de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do pagamento mensal que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL no ano-calendário correspondente; e

II - o IRPJ ou a CSLL devido com base no lucro real ou no resultado ajustado apurado em 31 de dezembro, caso não recolhido, acrescido de multa de ofício e juros de mora contados do vencimento da quota única do tributo.

Desta forma, já que estava a empresa obrigada ao recolhimento por estimativa, por ter optado pela apuração do lucro real anual, não pairam dúvidas de que a constatação de falta ou insuficiência de recolhimentos mensais, por estimativa, dá ensejo ao lançamento da multa de ofício isolada, prevista no inciso II, alínea b do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, incidente sobre as diferenças apuradas e perfeitamente demonstradas.

Por tais fundamentos, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário quanto a este ponto.

Conclusão do Voto Vencedor

Pelas razões acima expostas, decidiu o colegiado:

a) por negar provimento ao recurso voluntário com relação à glosa de amortização de ágio e à exigência de multas isoladas; e

b) dar provimento parcial ao recurso para cancelar a multa qualificada, reduzindo a multa de ofício para o percentual de 75%; e reconhecer a decadência dos lançamentos de IRPJ e CSLL relativos ao ano-calendário 2010.

É o voto.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado

Processo nº 16561.720141/2016-01
Acórdão n.º **1302-002.724**

S1-C3T2
Fl. 5.056
