



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

**Processo nº** 16561.720242/2016-73  
**Recurso nº** Voluntário  
**Acórdão nº** 1402-003.605 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 11 de dezembro de 2018  
**Matéria** IRPJ/CSLL - Glosa de amortização de ágio  
**Recorrente** BIOSEV S/A  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

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

ART. 24 DA LINDB. INAPLICABILIDADE. A Constituição Federal reserva à lei complementar a definição de normas gerais em matéria de legislação tributária e, nesta seara, o Código Tributário Nacional estipula as regras para homologação da atividade de apuração de tributos pelo sujeito passivo, bem como define as normas complementares no âmbito tributário e os critérios de aplicação, interpretação e integração da legislação tributária.

NULIDADE DO LANÇAMENTO POR ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO EM SEDE DE DILIGÊNCIA. Inexiste alteração de critério jurídico se as constatações expressas por ocasião do encerramento da diligência determinada pela autoridade julgadora de 1ª instância apenas confirmam a motivação originalmente adotada para formalização do lançamento. NULIDADE POR NEGLIGÊNCIA NO CUMPRIMENTO DE DILIGÊNCIA. Descabe a arguição de nulidade se a expedição de Requisição de Movimentação Financeira determinada pela autoridade julgadora de 1ª instância não se revela possível depois do encerramento do procedimento fiscal, especialmente se a resistência da contribuinte no curso do procedimento fiscal retardou o conhecimento do Fisco acerca das operações financeiras investigadas e permitiu que apenas parte das requisições fosse antes expedida.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. AUSÊNCIA DE PROVA DO "REAL ADQUIRENTE" DOS INVESTIMENTOS. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA DA TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. Se, apesar do empenho da autoridade fiscal em identificar o fluxo financeiro das operações, a resistência da fiscalizada em fornecer as informações impediu investigações mais aprofundadas para identificação da real adquirente dos investimentos, de modo a apurar se o custo do investimento permaneceu registrado em seu patrimônio, descabe a glosa das amortizações do ágio pago. LAUDO EXTEMPORÂNEO. Subsiste a glosa, apenas, na parte correspondente a

investimento cujo fundamento do ágio não resta demonstrado, dada a apresentação de laudo extemporâneo e que justifica a mais-valia em valor de mercado dos bens do ativo da adquirida, até porque, ainda que o laudo fosse contemporâneo à aquisição, a mera fundamentação em valor de mercado de ativos não validaria a dedutibilidade parcial com base em taxas de depreciação aplicáveis aos ativos, vez que a dedução de depreciação é dependente, também, do tempo remanescente de vida útil dos bens e da sua efetiva utilização na atividade operacional, além da necessária verificação acerca de eventual alienação ou baixa no período considerado. MULTA QUALIFICADA. Deve ser afastada a qualificação da penalidade quando não resta suficientemente provado que os dispositivos legais que autorizam a amortização do ágio foram aplicados *para obter vantagens tributárias a partir da criação de novas hipóteses de casos artificiais, elaboradas em outro contexto*. DECADÊNCIA. Afastada a qualificação da penalidade, cumpre verificar a regra decadencial aplicável. MATÉRIA DECIDIDA NO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. OBSERVÂNCIA. OBRIGATORIEDADE. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-C do Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. APLICAÇÃO DO ART. 150 DO CTN. NECESSIDADE DE CONDUTA A SER HOMOLOGADA. O fato de o tributo sujeitar-se a lançamento por homologação não é suficiente para, em caso de ausência de dolo, fraude ou simulação, tomar-se o encerramento do período de apuração como termo inicial da contagem do prazo decadencial. CONDUTA A SER HOMOLOGADA. Imposto de renda e CSLL retidos na fonte e deduzidos na apuração anual caracterizam pagamento apto a atrair a aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, §4º do CTN.

TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL. Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura 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 se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original. LAUDO EXTEMPORÂNEO. Não se admite como demonstração de fundamento do ágio pago laudo elaborado mais de um ano depois da aquisição do investimento, bem como rejeita-se laudo trazido em impugnação que atribui à investida valor de mercado, considerando a rentabilidade futura, inferior ao seu valor patrimonial. MULTA QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE Caracteriza o evidente intuito de fraudar o Fisco as operações de reestruturação societárias criadas com o objetivo único de possibilitar a amortização de ágio mediante a utilização de empresas-veículo, sem propósito negocial que não seja o de obter benefício tributário. INTERPRETAÇÃO DE PENALIDADE FAVORAVELMENTE AO CONTRIBUINTE. APLICAÇÃO DO ART. 112 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. Estando os fatos que determinaram a aplicação da multa qualificada devidamente identificados e não restando

dúvida sobre o enquadramento da situação de fato ao tipo previsto na lei é inaplicável o art. 112 do CTN. PENALIDADES. ART. 76 DA LEI Nº 4.502/64. NÃO APLICAÇÃO. Embora o artigo 76, II, “a” da Lei nº 4.502/64 exclua a penalidade pela observância de decisão irrecorrível de última instância administrativa, o artigo 100 do CTN (Lei nº 5.172/66), norma posterior, passou a excluir penalidades apenas no caso de observância de decisões administrativas a que a lei atribua eficácia normativa.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. O não-recolhimento de estimativas sujeita a pessoa jurídica à multa de ofício isolada, ainda que encerrado o ano-calendário. CUMULAÇÃO COM MULTA DE OFÍCIO. COMPATIBILIDADE. É compatível com a multa isolada a exigência da multa de ofício relativa ao tributo apurado ao final do ano-calendário, por caracterizarem penalidades distintas, desde que a exigência não se refira a infrações ocorridas na vigência da redação original do art. 44, §1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996. CANCELAMENTO PARCIAL DAS GLOSAS. As multas isoladas devem ser recalculadas com o expurgo das glosas canceladas.

MULTA POR OMISSÃO EM ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL FISCAL - ECF. A lei que prevê a penalidade não indica qualquer conduta que possa dispensar o cumprimento da obrigação acessória determinada, exceto as condutas previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 8º-A da nova redação do Decreto-lei nº 1.598/77, que foram observadas pela autoridade fiscal. O lançamento foi devidamente demonstrado faticamente e fundamentado na legislação pertinente, sendo ato administrativo vinculado, portanto, obrigatório, sob pena de responsabilidade funcional. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INOBSERVÂNCIA. ANÁLISE VEDADA A autoridade administrativa encontra-se vinculada ao estrito cumprimento da legislação tributária, não dispondo de competência para apreciar inconstitucionalidade e/ou invalidade de norma, considerando princípios constitucionais, quando o diploma está legitimamente inserido no ordenamento jurídico nacional.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. Inexistindo questionamentos específicos, o cancelamento parcial das glosas deve repercutir na base de cálculo da CSLL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, i) conhecer da petição apresentada depois de pautado o processo para julgamento, mas rejeitar a preliminar de aplicação do art. 24 da LINDB; ii) afastar a arguição de nulidade do lançamento por alteração de critério jurídico em sede de diligência, bem como por negligência no cumprimento de diligência junto a instituições financeiras; iii) negar provimento ao recurso voluntário para, iii.i) manter integralmente as glosas de amortização do ágio pago na aquisição de Santaelisa Vale S/A, votando pelas conclusões os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira e Junia Roberta Gouveia Sampaio; ; iii.ii) manter os lançamentos de multa por omissão na ECF; iv) dar provimento parcial ao recurso voluntário para que as apurações de 2010, 2011 e 2012 sejam recompostas em razão do

afastamento das glosas de amortização do ágio pago na aquisição de "Tavares de Melo" e do acolhimento da arguição de decadência relativamente à glosa de amortização do ágio pago na aquisição de "Ampla" no ano-calendário 2010, inclusive verificando-se a disponibilização de prejuízos fiscais e bases negativas para compensação em períodos posteriores ao aqui autuados em valores superiores aos utilizados pela autoridade lançadora; por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para: v) afastar as glosas de amortização do ágio pago na aquisição de "Tavares de Melo" (R\$ 114.389.672,40 nos anos-calendário 2010 e 2011 e R\$ 19.064.945,40 no ano-calendário 2012), vencido o Conselheiro Paulo Mateus Ciccone que negava provimento. Os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira e Junia Roberta Gouveia Sampaio acompanharam a Relatora pelas conclusões; vi) acolher a arguição de decadência relativamente à glosa de amortização do ágio pago na aquisição de "Ampla" no ano-calendário 2010 (R\$ 1.033.275,36) e manter as glosas referentes aos anos-calendário 2011 (R\$ 1.033.275,36) e 2012 (R\$ 172.212,55), afastando qualificação da multa, vencido o Conselheiro Paulo Mateus Ciccone que negava provimento; por voto de qualidade, vii) negar provimento ao recurso voluntário em relação à qualificação da multa em 150% sobre as glosas de amortização do ágio pago na aquisição de Santaelisa Vale S/A nos anos-calendário 2011 a 2014, vencidos os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira e Junia Roberta Gouveia Sampaio que davam provimento para excluir a exasperação; viii) dar provimento parcial ao recurso voluntário para recálculo das multas isoladas com o expurgo das glosas de amortização do ágio pago na aquisição de "Tavares de Melo" nos anos-calendário 2011 (R\$ 114.389.672,40) e 2012 (R\$ 19.064.945,40), vencidos os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira e Junia Roberta Gouveia Sampaio que davam provimento para afastar os lançamentos de multas isoladas por concomitância.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente em Exercício.

(assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa - Relatora.

Participaram do julgamento os Conselheiros: Marco Rogério Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Edeli Pereira Bessa, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Júnia Roberta Gouveia Sampaio e Paulo Mateus Ciccone (Presidente em Exercício).

## Relatório

BIOSEV S/A, já qualificada nos autos, recorre de decisão proferida pela 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Ribeirão Preto/SP que, por unanimidade de votos, julgou IMPROCEDENTE a impugnação interposta contra lançamento formalizado em 22/12/2016, exigindo crédito tributário no valor total de R\$ 193.340.077,10.



Consta da decisão recorrida o seguinte relato:

*De acordo com a descrição dos fatos e enquadramento legal neles constantes, os lançamentos decorrem de valores excluídos indevidamente do Lucro Líquido do período, na determinação do Lucro Real (houve a glosa de despesas de amortização de ágio lançadas na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL). Há lançamento de multas isoladas pela falta de pagamento do IRPJ e CSLL incidentes sobre a base de cálculo estimada em função de balanços de suspensão ou redução. Ainda houve aplicação de multa regulamentar em face da apresentação da escrituração contábil fiscal (ECF) com informações inexatas, incompletas ou omitidas, tudo conforme o Termo de Verificação Fiscal (TVF) anexado. Consta ainda as compensações de prejuízos fiscais do IRPJ e de base negativa da CSLL.*

*Às fls. 5087 a 5141 consta o TVF lavrado pelo Auditor-Fiscal, documento que integra os autos de infração, do qual se extrai:*

A ação fiscal visou a apuração do ágio declarado em DIPJ na aquisição da empresa Santelisa Vale S/A, CNPJ 50.402.445/0001-76 (SEV)

Nesta verificação fiscal foi constatado que, embora a empresa adquirida com ágio tenha sido a Santelisa Vale S/A, o verdadeiro objetivo era a aquisição da Santelisa Vale Bioenergia S/A, CNPJ 49.213.747/0001-17 (atual Biosev Bioenergia S/A), a empresa operacional controlada pela Santelisa Vale S/A. A Santelisa Vale era uma holding que concentrava os interesses de dois grupos familiares e de outros investidores, cuja principal empresa operacional era a Santelisa Vale Bioenergia.

Para isso, foi utilizada uma complexa reorganização societária pelo grupo Louis Dreyfus envolvendo empresas veículos criadas ou utilizadas exclusivamente para essa operação de aquisição da Santelisa Vale Bioenergia. A própria aquisição foi efetuada como uma associação de empresas, sob um Contrato de Associação.

Foram utilizadas empresas no exterior que serviram como veículos para capitalizar recursos em espécie no país e, principalmente, uma empresa veículo no país, denominada Ágatis Investimentos e Participações S/A, CNPJ 09.942.712/0001-02, utilizada para transportar o principal ativo utilizado na operação e o ágio dela resultante. O ativo utilizado Bioenergia S/A, CNPJ 15.527.906/0001-36, atual Biosev e ora fiscalizada.

Através da incorporação da Ágatis pela fiscalizada procurou-se dar uma aparência legítima ao aproveitamento da amortização do ágio como despesa dedutível.

Foi constatado, também, a falta de origem para os recursos utilizados na aquisição de outras duas empresas, a então Tavares de Melo Açúcar e Alcool S/A, CNPJ 15.527.906/0001-36, atual Biosev, e a Ampla Participações S/A, CNPJ 03.515.224/0001-24, pela incorporada Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A, CNPJ 51.376.853/0001-63. Essa operação ocorreu em 28/03/2007, mas o ágio apurado foi sendo amortizado tributariamente pela fiscalizada até o ano de 2012.

*No referido TVF a autoridade fiscal descreve a estruturação da operação que envolveu a aquisição da Santelisa Vale S/A (fls. 5088 a 5092), que destaco os principais fatos:*

Em 14/04/2009 foi firmado um Contrato de Associação, Subscrição de Ações e Outras Avenças<sup>1</sup> (doc. F1) entre Louis Dreyfus Commodities Brasil S/A, CNPJ 47.067.525/0001-08, LDC Bioenergia S/A, CNPJ 15.527.906/0001-36, de um lado e Santa Elisa Participações S/A, CNPJ 07.035.643/0001-10, Santelisa Vale S/A, CNPJ 50.402.445/0001-76, Santelisa Vale Bioenergia S/A, CNPJ 49.213.747/0001-17, Família Biagi, Família Cícero Junqueira Franco e GS Power Holdings LLC, empresa constituída em Delaware (EUA), de outro lado.

O Contrato de Associação previa todas as etapas do planejamento da operação societária em que o grupo Louis Dreyfus adquiriu o controle das usinas de açúcar e álcool até então detidas pelas famílias Biagi e Junqueira Franco reunidas na Santelisa Vale Bioenergia. O planejamento foi todo detalhado, prevendo até os horários das assembleias a serem realizadas.

Por esse Contrato de Associação, seria criada uma Sociedade de Propósito Específico, a Veículo LDC (que viria a ser a Ágatis), que integralizaria aumento de capital na Santelisa Vale (SEV), em dois aumentos de capital distintos, pela conferência da totalidade das ações da LDC Bioenergia, exceto por uma ação que seria transferida para a Santelisa Vale Bioenergia, a título gratuito.

A cláusula 2.1.5 do Contrato de Associação estabelecia que o preço de emissão das ações que seriam integralizadas pela Veículo LDC seria fixado de forma a que a soma das participações finais da Família Biagi, da Família Cícero Junqueira Franco, da Santa Elisa Participações e da GS não seria inferior a 14,5% do capital social total e votante da Santelisa Vale, e a participação final da Veículo LDC não seria inferior a 50% mais uma ação do capital social total e votante da Santelisa Vale.

O Contrato de Associação (doc. F1) sofreu modificações em cláusulas importantes pelo Primeiro Aditamento do Contrato de Associação de 28/08/2009 (doc. F2) e pelo Segundo Aditamento do Contrato de Associação de 23/09/2009 (doc. F3). O grupo Louis Dreyfus, através de duas novas empresas, passaria a aportar recursos não previstos no Contrato de Associação de 14/04/2009.

Em resumo, constava do Segundo Aditamento do Contrato de Associação de 23/09/2009, que a associação consistia na subscrição de novas ações ordinárias da Santelisa Vale pela Veículo LDC, que integralizaria as ações mediante a conferência da totalidade das ações da LDC Bioenergia, exceto uma que seria transferida a título gratuito para a Santelisa Vale Bioenergia, e pela Louis Dreyfus Commodities Brasil (LDC Brasil), ou por dois investidores (Investidor A e Investidor B) indicados pela LDC Brasil, que integralizaria o valor de R\$ 400.000.000,00 em dinheiro (cláusula 2.1).

Para esse aumento de capital foi estabelecida uma sequência de eventos (cláusula 2.2) no dia do fechamento.

O primeiro evento previsto foi uma AGE da Santelisa Vale, às 9h00, na qual (...) iriam aprovar um aumento de capital no valor de R\$ 400.000.000,00 (...) que seriam integralizadas em dinheiro pelos investidores citados. Em seguida foi prevista uma AGE da Santelisa Vale Bioenergia, às 10h00, na qual (...) aprovaria um aumento de capital no valor de R\$ 950.000.000,00, por meio da emissão de 8.475.882.708 ações, sendo 3.568.792.718 de ações ordinárias no valor total de R\$ 400.000.000,00, (...) a ser totalmente integralizado pela Santelisa Vale, (...) e 4.907.089.989 de ações preferenciais, no valor equivalente a 100% do Valor de Conversão dos Principais Credores da Santelisa Vale Bioenergia, (...) no valor de R\$ 550.000.000,00. Esses principais credores eram cinco bancos que detinham créditos contra a Santelisa Vale Bioenergia.

O terceiro evento previsto foi a 2ª AGE da Santelisa Vale, às 11h00. Nesta AGE, (...) iriam aprovar um aumento de capital de R\$ 330.000.000,00 (...) a serem subscritas pelos principais credores da Santelisa Vale Bioenergia. Os principais credores integralizariam estas ações por meio da transferência de ações preferenciais da Santelisa Vale Bioenergia, obtidas na etapa anterior.

O próximo evento é a 3ª AGE da Santelisa Vale, às 12h00. Nesta AGE, (...) deveriam aprovar um novo aumento de capital da Santelisa Vale no valor em reais igual ao valor patrimonial contábil da LDC Bioenergia constante do último balanço patrimonial disponível antes da data do fechamento, observado o número de ações e o preço de emissão como descrito anteriormente, além de efetuar a mudança da denominação social e a mudança da sede para São Paulo.

A Veículo LDC integralizou o valor correspondente mediante a transferência das 89.297.655 ações ordinárias, representativas da totalidade do capital social da LDC Bioenergia para a Santelisa Vale, menos uma ação ordinária que foi transferida para a Santelisa Vale Bioenergia.

Com esta associação a Louis Dreyfus Commodities Brasil assumiu o controle da Santelisa Vale desde a data do contrato de associação, como evidenciam as cláusulas destacadas.

*Na sequência, o TVF aborda a “Efetivação da Operação” (fls. 5092 a 5103), cujos pontos que considero mais importantes também copio a seguir:*

Na prática, a operação começou a ser efetivada pelo grupo Louis Dreyfus antes dessas quatro AGE previstas no Contrato de Associação Consolidado pelo 2º Aditamento.

(...) a Ágatis (a citada Veículo LDC), empresa que o grupo Louis Dreyfus utilizou para interpor como veículo na aquisição da Santelisa Vale e da Santelisa Vale Bioenergia, havia sido criada em 30/06/2008 com o capital social de R\$ 10.000,00 pela LDC Bioenergia, com R\$ 9.900,00, e pela Louis Dreyfus Commodities Brasil S/A, com R\$ 100,00 de participação, e cuja sede ficava em Jaboticabal, Zona Rural.

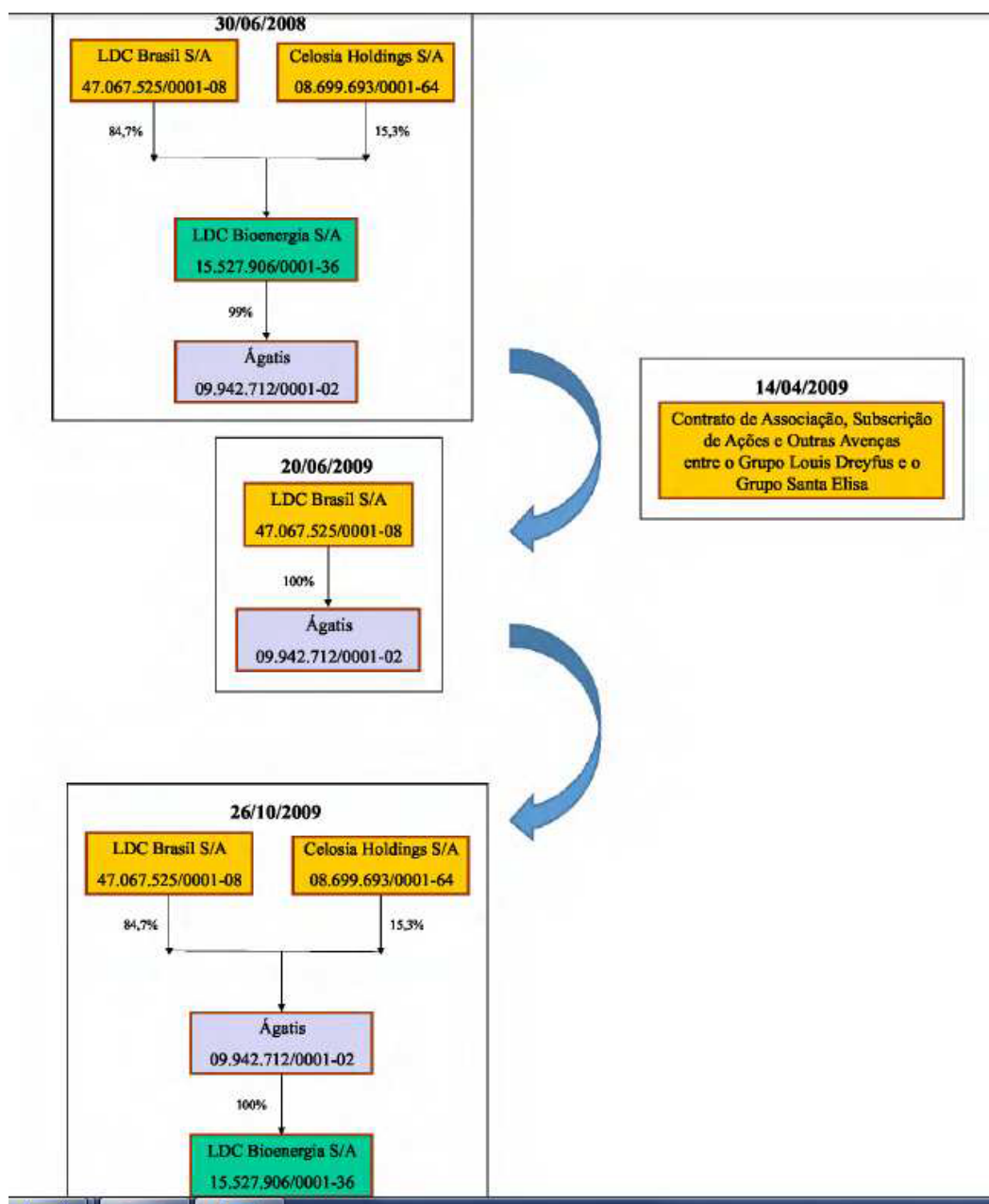
Inativa desde então, em 20/06/2009 foi celebrado um Instrumento Particular de Alteração Contratual (doc. 31) em que a LDC Bioenergia teria vendido a sua participação de 99% na Ágatis para a Louis Dreyfus Commodities Brasil S/A, CNPJ 47.067.525/0001-08, que até então possuía apenas 1%, tornando-se a única sócia. Segundo esse Instrumento, a Louis Dreyfus Commodities Brasil S/A teria pago R\$ 9.900,00 em moeda corrente pela participação adquirida, na data de 20/06/2009. Nesse mesmo instrumento, a única sócia decidiu transformar a empresa de limitada para S/A, e alterou o seu endereço para o endereço da sede do grupo em São Paulo.

Entretanto, na contabilidade enviada ao Sped pela LDC Bioenergia (atual Biosev) não consta lançamento dessa operação ou desse valor nessa data. Ao contrário, a Ágatis ainda consta da conta de Investimento nº 0013110114 da LDC Bioenergia em 31/12/99 com o histórico “INTEGRALIZACAO DE CAPITAL SOCIAL 25/11” e baixada apenas em 01/02/2010 (doc. F7) – ou seja, as transações acordadas no Instrumento de Alteração Contratual (doc. 31) não correspondem ao que foi feito na contabilidade da LDC Bioenergia.

Depois a Ágatis foi usada para receber o controle da própria LDC Bioenergia, conforme a Ata da AGE da Ágatis Investimentos e Participações S/A, CNPJ 09.942.712/0001-02, de 26/10/2009, às 8h00 (doc. 32), realizada antes das quatro AGE previstas para essa mesma data no Contrato de Associação Consolidado.

É de se ressaltar que a Ágatis foi criada pela LDC Bioenergia, que teria “vendido” a sua participação no quadro de acionistas da Ágatis, sendo que depois a Ágatis foi usada para receber o controle da própria LDC Bioenergia.

*Segue diagrama ilustrativo trazido pela autoridade fiscal:*



Ao descrever acerca das 4 AGE's, todas realizadas no dia 26/10/2009, destaca que nas duas primeiras AGEs, em que houve aumento de capital, o preço fixado por ação teria sido calculado conforme demonstrativo apresentado pela empresa fiscalizada, mas esta, por sua vez, após ser intimada, não comprovou o valor da empresa adotado no cálculo, sugerindo que o valor da empresa teria sido adotado para chegar ao número de ações que interessava para atender a condição prevista na cláusula 2.1.5 do Contrato de Associação ("A cláusula 2.1.5 do Contrato de Associação estabelecia que o preço de emissão das ações que seriam integralizadas pela Veículo LDC seria fixado de forma a que a soma das participações finais da Família Biagi, da Família Cícero Junqueira Franco, da Santa Elisa Participações e da GS não seria inferior a 14,5% do capital social total e votante da Santelisa Vale, e a participação final da Veículo LDC não seria inferior a 50% mais uma ação do capital social total e votante da Santelisa Vale").

E o TVF continua:

Com este aumento de capital na LDC-SEV, e consequente aquisição de participação acionária, foi apurado um ágio na empresa veículo Ágatis. O valor total do ágio a ser amortizado tributariamente é de R\$ 355.892.742,60, como consta do Lalur 2013 (doc. 51), que está sendo amortizado em 5 anos. Após as operações descritas nessas AGEs, foi adotado o Acordo de Acionistas da Santelisa Vale S/A de 26/10/2009 (doc. F5). O Acordo de Acionistas tinha um prazo de 20 anos a partir dessa data, ou após a efetivação de um IPO qualificado (clausula 14.1). No Acordo de Acionistas já estavam previstas as próximas etapas da reorganização societária.

Na clausula 4.2.1, sob o título de Reorganizações Sociais Permitidas, consta a previsão de incorporação das empresas Santelisa Vale (a então LDC-SEV) e da veículo Ágatis.

No Acordo de Acionistas também fica claro que quem tem o poder de decisão na empresa é o grupo Louis Dreyfus. A clausula 5.2.2 trata da composição do Conselho de Administração.

É ilustrativo, também, da condição de mero veículo da Ágatis, a clausula 9.1.2 do Acordo de Acionistas, em que constam as características da Ágatis.

Como estava previsto, a próxima etapa do planejamento tributário levado a efeito envolve a incorporação de empresas para se enquadrar no art. 386 do RIR/99.

A primeira incorporação foi efetuada em 31/03/2010, em que a LDC Bioenergia incorporou a atual LDC-SEV, anterior Santelisa Vale, conforme a Ata da AGE da LDC Bioenergia S/A, CNPJ 15.527.906/0001-36 (doc. F6)

O Protocolo e Justificação de Incorporação também foi firmado em 29/03/2010 entre a incorporada LDC-SEV e a incorporadora LDC Bioenergia, ambas representadas pelos mesmos diretores Bruno Melcher e Christophe Malik Akli (doc. 44B).

A etapa final e decisiva para o pretendido aproveitamento tributário da amortização do ágio é a incorporação da veículo Ágatis (em que está registrado o ágio apurado na subscrição de capital na Santelisa Vale) pela LDC Bioenergia.

Porém, antes dessa incorporação são feitas alterações societárias pelo grupo Louis Dreyfus e pelos controladores da Celosia que resultaram na troca das empresas acionistas da Ágatis e, por consequência, acionistas da LDC Bioenergia.

Após essas alterações, e no mesmo dia 30/12/2010, realizou-se a incorporação da Ágatis pela empresa operacional LDC Bioenergia.

Após esta última etapa do planejamento tributário, a fiscalizada LDC Bioenergia considerou estar enquadrada nas determinações legais para aproveitar tributariamente as despesas de amortização do ágio, o que será analisado adiante neste Termo.

*Na seqüência o TVF aborda fatos relacionados ao valor do ágio apurado e conseqüente amortização (fls. 5103 a 5107):*

O valor do ágio apurado pela Ágatis nesta aquisição foi quantificado da seguinte forma pelo fiscalizado (doc. 52):

| Cálculo do Valor do Ágio registrado pela Ágatis (K R\$) |                   |
|---------------------------------------------------------|-------------------|
| Custo de Aquisição do Investimento                      | 1.515.681,00      |
| Patrimônio Líquido da SEV                               | 1.841.226,00      |
| Percentual adquirido                                    | 62,99%            |
| Investimento - Valor de PL                              | 1.159.788,26      |
| <b>Valor do Ágio reconhecido</b>                        | <b>355.892,74</b> |

Note-se que a aquisição de 62,99% da Santelisa Vale custou R\$ 1.515.681.000,00 ao grupo Louis Dreyfus e Canna Investors em 26/10/2009 às 12h00, enquanto que o mesmo grupo Louis Dreyfus, através das empresas NL Participations Holdings 4 BV e NL Participations Holdings 2 BV, pagou R\$ 400.000.000,00 por 33,9% de participação na Santelisa Vale um pouco antes, às 9h00.

Na data-base de 31/12/2008, a Santelisa Vale foi avaliada a valor de mercado em R\$ 621 milhões, conforme o Laudo de Avaliação solicitado pela LDC Bioenergia (doc. 108). Na aquisição em 26/10/2009, às 9h00, a Santelisa Vale foi valorada em R\$ 780.136.442,00, como visto anteriormente, enquanto que a aquisição às 12h00 do mesmo dia 26/10/2009, foi equivalente a uma valoração da Santelisa Vale em R\$ 2.406.224.830,06 (= R\$ 1.515.681.020,46 / 0,6299). Entre 9h00 e 12h00, as ocorrências que poderiam alterar o valor da Santelisa Vale foram o próprio aumento de capital de R\$ 400.000.000,00 e a conversão de dívida em aumento de capital de R\$ 550.000.000,00 na controlada Santelisa Vale Bioenergia, que refletiria na Santelisa Vale por equivalência patrimonial.

Essas duas parcelas totalizaram R\$ 950.000.000,00, que somados ao valor da Santelisa Vale de R\$ 780.136.442,00, resultaria numa valoração de R\$ 1.730.136.442,00 para a aquisição feita às 12h00. Isso já indica que o valor da transação pela aquisição de 62,99% não foi coerente, sendo muito elevado.

No entanto, e apesar disso, o aproveitamento fiscal da amortização do ágio depende de qual é o fundamento econômico em que está baseado e da demonstração desse fundamento, de acordo com o art. 385 do RIR/99.

Para fundamentar economicamente o ágio apurado, o fiscalizado apresentou o “Laudo de rentabilidade futura da Santelisa Vale S/A (‘SEV S/A’ ou ‘Empresa’) relacionado a aquisição do controle desta pela Ágatis Investimentos e Participações S/A”, elaborado pela KPMG Corporate Finance em 14/04/2011 (doc. F4). Quando questionado, o sujeito passivo confirmou que esse é o Laudo que justifica economicamente o ágio apurado pela Ágatis (doc. 87).

É de se destacar que o laudo foi elaborado posteriormente pela KPMG, em 14/04/2011 – um ano e meio após a aquisição da participação societária –, a pedido da LDC Bioenergia. O objetivo desse laudo “foi elaborar um relatório sobre a análise de rentabilidade futura da SEV S/A relacionado à aquisição, em 26/10/2009, pela Ágatis”. A data base do laudo é 31/10/2009, portanto, posterior à aquisição. Além disso, em sua conclusão, o Laudo não apresenta explicitamente um resultado final do valor da empresa, embora conclua que a expectativa de rentabilidade futura da SEV S/A seja a demonstrada na página 48 do Laudo.

Observamos que normalmente, neste tipo de laudo, o valor de mercado da empresa avaliada é dado após o cálculo do fluxo de caixa da empresa a valor presente ao qual é somado uma parcela da chamada “perpetuidade”. O Laudo em questão não apresenta nada disso. Tampouco define o valor do ágio com base nesse valor da empresa, apenas cita na descrição da operação que “como consequência da contribuição de capital, houve a geração de um ágio fiscal no valor de R\$ 356 milhões, registrado fiscalmente na Ágatis”.

Trata-se de um laudo evasivo, mesmo porque foi feito em uma situação anormal. Foi elaborado em 14/04/2011 sobre uma operação feita em 26/10/2009, cuja empresa avaliada deixou de existir, por ter sido incorporada, em 31/03/2010, ou seja, foi elaborado um Laudo de rentabilidade futura de uma empresa que já não existia. Além disso, a empresa que seria a interessada no Laudo, por ser a adquirente (Ágatis), também deixou de existir em 30/12/2010, por também ter sido incorporada, o que evidencia mais uma vez a artificialidade da interposição da Ágatis na operação. O laudo apresentado é deficiente para a fundamentação econômica do ágio pago, ao não apontar claramente o valor de mercado da empresa na data de aquisição e ao ser elaborado após a aquisição.

De toda forma, supondo que não houvessem essas deficiências, se considerarmos a soma dos valores de Resultado do Exercício constantes da página 48 do Laudo, chegaremos ao valor de R\$ 2.017 milhões. Se a esse valor, considerarmos a participação societária adquirida na SEV S/A em outubro de 2009 de 62,99%, chega-se à conclusão de que o valor da participação adquirida é de R\$ 1.270,51 milhões, no máximo, segundo o Laudo. Dessa forma, o Laudo de Avaliação estaria referendando como valor do ágio o montante de R\$ 110,72 milhões (R\$ 1.270,51 milhões – R\$ 1.159,79 milhões), bem abaixo do ágio apurado pela fiscalizada.

Assim, e se fosse válido, o próprio Laudo de Avaliação utilizado para fundamentar o valor do ágio não avaliza o valor pago na aquisição de 62,99% da Santelisa Vale pela Ágatis, confirmando o indício apontado em parágrafo anterior.

A fiscalizada foi questionada a confirmar qual seria o valor da Santelisa Vale S/A, determinado com base na expectativa de resultados futuros, de acordo com o laudo apresentado (doc. 86). Porém, a fiscalizada se omitiu, limitando-se a informar que “os valores indicados na página 48 do laudo elaborado pela KPMG Corporate Finance não representam o valor da Santelisa Vale S.A. Os valores ali indicados representam a projeção dos resultados futuros da Santelisa Vale S.A. e confirmam a existência de expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida” (doc. 87).

Fica-se, assim, na situação em que o laudo de avaliação não chega a concluir qual seria o valor da empresa adquirida, com base na expectativa de resultado futuro, e que o adquirente da participação societária admite não saber qual é esse valor de rentabilidade futura.

Ocorre que essa situação é um flagrante desrespeito à legislação tributária. Afinal, o art. 385, § 2º, inciso II, do RIR/99, diz que o lançamento do ágio deverá indicar o seu fundamento econômico no **valor de rentabilidade** da controlada, **com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros**. Textualmente, diz o § 3º do art. 20 do DL 1.598/77, base do art. 385 do RIR/99:

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

*(...)*

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

- a) - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;*
- b) - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;*
- c) - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.*

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

Dessa forma, na hipótese mais benéfica ao fiscalizado, pode-se concluir que realmente “os valores ali indicados representam a projeção dos resultados da Santelisa Vale S/A e confirmam a existência de expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida”, mas não no valor total do ágio que foi pago. A outra hipótese é a de que o fiscalizado não pode aproveitar tributariamente ágio nenhum nessa operação, em vista de que não conseguiu demonstrar o “valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros”, que deveria ser avaliado antes da aquisição.

Apesar dessa falta de comprovação do ágio, o sujeito passivo está amortizando e aproveitando esse ágio fiscalmente

Em janeiro de 2011, antes até de obter o Laudo de Avaliação, o sujeito passivo começa a aproveitar o ágio tributariamente, com a exclusão da despesa de amortização de ágio da Ágatis no valor de R\$ 5.928.483,33 no mês, lançado como ajuste de RTT no Lalur.

*O TVF passa a demonstrar a utilização de empresa veículo para a amortização do ágio (fls. 5107 a 5115):*

O ponto central no aproveitamento das despesas de amortização de ágio na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL é a incorporação da empresa Ágatis pela fiscalizada, o que ocorreu em 30/12/2010, de forma a justificar o enquadramento da operação nos dispositivos do art. 386 do RIR/99. Como visto anteriormente, o grupo Louis Dreyfus (e o grupo Canna Investors) adquiriu o controle da Santelisa Vale e, em consequência, da Santelisa Vale Bioenergia, através de aumentos de capital. Parte em espécie (R\$ 400.000.000,00 através de duas empresas veículos no exterior), e parte com a participação societária na LDC Bioenergia. A utilização da LDC Bioenergia é a operação que gerou o ágio em análise.

Porém, a utilização da LDC Bioenergia para aumentar o capital social da Santelisa Vale não foi feita de forma direta pelo grupo Louis Dreyfus. Em vez das controladoras da LDC Bioenergia, a Louis Dreyfus Commodities Brasil S/A e a Celosia, aumentarem o capital social da Santelisa Vale, foi interposta a empresa veículo Ágatis como controladora da LDC Bioenergia e fazer o aumento de capital.

A Ágatis era uma empresa inativa, criada em 30/06/2008 com o capital social de R\$ 10.000,00 pela LDC Bioenergia, com R\$ 9.900,00, e pela Louis Dreyfus Commodities Brasil S/A, com R\$ 100,00 de participação, que nunca teve funcionários, nem apresentou custos, despesas ou receitas, como pode ser visto na sua DIPJ 2010, ano-calendário 2009 (doc. F11). Nessa DIPJ apresenta apenas no mês de dezembro de 2009 resultados de participação societária decorrentes da operação em análise nesta fiscalização.

Apenas após ser celebrado o Contrato de Associação com o grupo Santa Elisa em abril de 2009 é que a Ágatis foi colocada como controlada única da Louis Dreyfus Commodities Brasil S/A, empresa holding do grupo Louis Dreyfus no Brasil, em 20/06/2009.

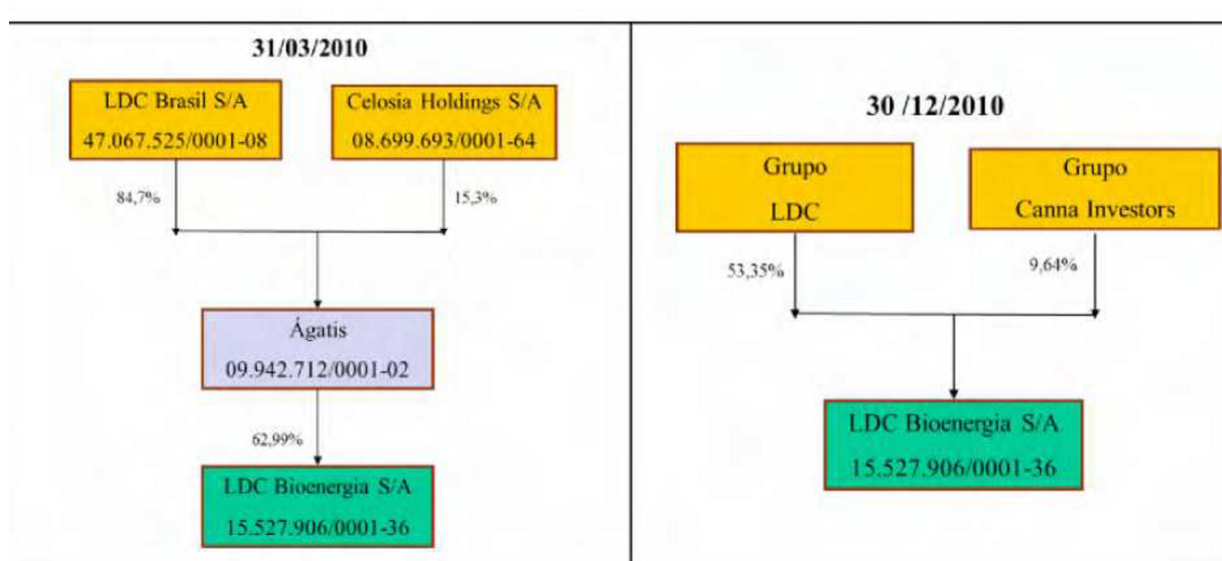
Depois a Ágatis foi usada para receber o controle da própria LDC Bioenergia, na data da operação de aquisição do controle da Santelisa Vale, conforme a Ata da AGE da Ágatis Investimentos e Participações S/A (doc. 32).

Essa inversão de posição, passando a Ágatis de controlada para controladora da LDC Bioenergia permitiu que o ágio fosse formalmente registrado na Ágatis para fins fiscais. Com a incorporação pela LDC Bioenergia, o ágio poderia ser amortizado e aproveitado. Assim, a Ágatis foi utilizada, dentro dos grupos Louis Dreyfus e Canna Investors, como veículo do ativo para a aquisição da Santelisa Vale e veículo do ágio para fins fiscais.

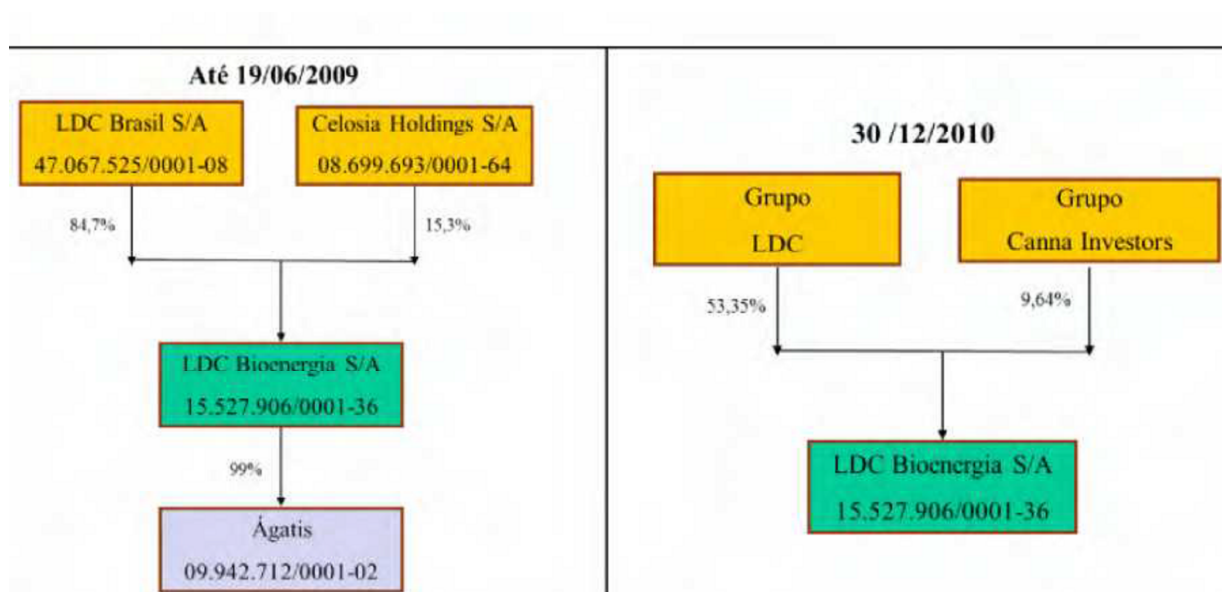
A justificativa apresentada no Protocolo e Justificativa de Incorporação da Ágatis pela LDC Bioenergia (docs. 33 e 34) para essa incorporação, aprovada em AGEs de 30/12/2010, foi a de que essa incorporação estaria inserida no contexto de reorganização societária mencionada no Acordo de Acionistas celebrado em 26/10/2009. A cláusula 4.2.1 desse acordo de acionistas faz referência à reorganização societária por meio da qual a Ágatis seria incorporada pela LDC Bioenergia, de modo que os acionistas da incorporada passem a deter participação direta na incorporadora. A incorporação visa à simplificação da estrutura acionária da incorporadora e à sua preparação para os planos futuros de crescimento.

Com a incorporação, os controladores indiretos da LDC Bioenergia realmente passaram a ter participação direta na LDC Bioenergia:





Ocorre que esses controladores já controlavam diretamente a LDC Bioenergia desde antes do início deste processo:



Tal situação leva necessariamente a uma dúvida: se é tão importante que os acionistas da incorporada passem a deter participação direta na incorporadora e se é tão importante a simplificação da estrutura acionária da incorporadora, quais seriam os motivos que levaram esses mesmos acionistas a fazer uma estrutura acionária mais complexa, participando indiretamente na LDC Bioenergia, e principalmente, quais os motivos para essa estrutura mais complexa ser utilizada apenas durante o período em que o controle da Santelisa Vale e da Santelisa Vale Bioenergia foi adquirido?

A resposta apresentada não esclareceu muito (doc. 81).

É de se estranhar que seja necessária uma outra empresa para consolidar os interesses do Grupo Louis Dryfus e do Grupo Canna Investors, afinal, esses interesses já estavam consolidados na própria LDC Bioenergia. O fiscalizado foi solicitado a esclarecer por que a Louis Dreyfus Commodities Brasil S/A e a Celosia Holdings S/A não fizeram a contribuição da totalidade das suas participações acionárias no capital da LDC Bioenergia diretamente em aumento de capital da Santelisa Vale S/A.

Entretanto, parece que o sujeito passivo não consegue ou não pode esclarecer essas dúvidas.

Apesar de ser uma estrutura mais eficiente, não foi apresentado um só dado a demonstrar esse fato ou uma única situação que mostre essa eficiência. Os interesses da Celosia e do Grupo LDC já estavam consolidados na LDC Bioenergia, passaram a ser consolidados na Ágatis e depois voltaram a ser consolidados na LDC Bioenergia, sem que houvesse nenhuma outra empresa ou recurso colocado na Ágatis, além da LDC Bioenergia, para ser consolidado.

Porém, é possível inferir em que a “concentração do investimento na Ágatis era a estrutura mais eficiente”. Após a incorporação da Ágatis em 31/12/2010, a LDC Bioenergia passa a amortizar tributariamente o ágio decorrente da aquisição da Santelisa Vale.

É preciso ressaltar a função primordial da empresa veículo Ágatis neste caso concreto. Sem a empresa veículo o ágio ficaria registrado nos controladores da LDC Bioenergia, o grupo Louis Dreyfus Commodities e o grupo Canna Investors, sem haver a possibilidade de sua amortização tributária, a menos que o investimento fosse vendido ou formasse uma única entidade com os reais controladores.

Se não fosse a possibilidade de aproveitar fiscalmente a amortização de ágio, o fato de a estrutura ser mais complexa e com empresas holdings intermediárias não parece ser problema algum para o grupo Louis Dreyfus Commodities. Veja-se, por exemplo, a estrutura organizacional do fiscalizado em 2013, apresentada em 23/07/2015 (doc. 83).

Essa estrutura tem 4 empresas holdings em sequência denominadas Louis Dreyfus Holding. A primeira a Louis Dreyfus Holding BV e na sequência Louis Dreyfus Commodities and Energy Holdings BV, Louis Dreyfus Commodities Holdings BV e Louis Dreyfus Commodities Netherlands Holding BV, uma controlando a outra com 100%, com a última controlando a Sugar Holdings BV.

A Sugar Holdings está no lugar da LDC Brasil como controladora da Biosev, além de controlar as empresas NL Participations Holdings 3 BV NL, que controla a Participations Holdings 4 BV, e a NL Participations Holdings 1 BV, que controla a NL Participations Holdings 2 BV.

Com uma estrutura dessas, não deixa de ser irônica a justificativa das incorporações da Ágatis, da Celosia e da Santelisa Vale, de simplificação da estrutura, redução de custos operacionais e eliminação de holdings intermediárias.

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.

Impõe-se a absorção do patrimônio da incorporada, fusionada ou cindida, pois de outra forma, permanecendo 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.

No caso em análise, a opção do grupo Louis Dreyfus Commodities, e também do grupo Canna Investors, não foi pela extinção do investimento. O ágio na aquisição do controle do grupo Santa Elisa, que foi apurado em uma empresa veículo, foi transferido para a

empresa operacional do grupo (LDC Bioenergia, atual Biosev), e lá permaneceu para ser amortizado após a incorporação da empresa adquirida. Porém, apesar disso, o custo do investimento na Santelisa Vale permaneceu intacto como era originalmente nas reais investidoras, a LDC Brasil e a Celósia, posteriormente em suas sucessoras, Sugar Holdings e Canna Investors, já que não participaram de incorporação, fusão ou cisão com a adquirida. Dessa forma, o investimento não foi extinto.

*A autoridade fiscal, então, passa a descrever uma outra operação enfrentada no presente lançamento, qual seja a aquisição das empresas Tavares de Melo Açúcar e Álcool S/A e Ampla Participações S/A (fls. 5115 a 5126):*

Em março de 2007, a Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A, CNPJ 51.376.853/0001-63, adquiriu as empresas Tavares de Melo Açúcar e Álcool S/A, CNPJ 15.527.906/0001-36, e Ampla Participações S/A, CNPJ 03.515.224/0001-24, esta última detentora da Agroarte Empresa Agrícola S/A, CNPJ 03.526.292/0001-99. Como se percebe, a Tavares de Melo Açúcar e Álcool S/A é a atual Biosev.

Conforme o Contrato de Compra e Venda de Ações (doc. F30), firmado em 28/03/2007 entre vários acionistas pessoas físicas, a Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A, e a Louis Dreyfus Commodities Brasil S/A, CNPJ 47.067.525/0001-08, esta como garantidora e fiadora, as ações da Tavares de Melo e da Ampla foram transferidas em 28/03/2007 para a Louis Dreyfus Commodities Bioenergia pelo preço de R\$ 813.173.310,80, do qual foi pago R\$ 629.360.903,80 à vista na data do contrato, R\$ 86.939.160,10 em notas promissórias com vencimento em 28/03/2008, e R\$ 96.873.246,90 também em notas promissórias com vencimento em 28/03/2009.

As notas promissórias eram de emissão da Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A, mas avalizadas pela Louis Dreyfus Commodities Brasil S/A, CNPJ 47.067.525/0001-08, holding do grupo Louis Dreyfus no país.

Nessa aquisição, a Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A apurou um ágio de R\$ 577.114.738,56

O valor pago e o ágio apurado foram baseados no balanço patrimonial das empresas adquiridas na data de 28/02/2007 (doc. F32) e em Laudos de Avaliação da Tavares de Melo (doc. F33) e da Ampla (doc. F34). O Laudo de Avaliação da Tavares de Melo foi elaborado pela Deloitte Touche Tohmatsu com data de 28/03/2007, mesma data do fechamento do negócio, o que sugere que não houve muito tempo para que a adquirente o analisasse com muita profundidade.

Já o Laudo de Avaliação da Ampla, com certeza não foi analisado antes da aquisição ser fechada, uma vez que, embora também elaborado pela Deloitte Touche Tohmatsu, foi elaborado com data de 10/06/2007, ou seja, após a aquisição ter sido realizada.

Verificando o laudo elaborado, ele realmente parece apto a justificar o ágio pago na aquisição da Ampla. Mas não, é evidente, com fundamento no valor da rentabilidade da adquirida com base em previsão dos resultados dos exercícios futuros (art. 385, § 2º, inciso II, do RIR/99), mas sim, com fundamento no valor de mercado de bens do ativo da adquirida superior ao custo registrado na sua contabilidade (art. 385, § 2º, inciso I, do RIR/99).

Como se sabe, o tratamento tributário de cada uma dessas situações são completamente diferentes, como determina o art. 386 do RIR/99.

Embora o Laudo de Avaliação da Ampla seja claro ao avaliar bens do ativo, máquinas e implementos agrícolas, a valor de mercado, o sujeito passivo utilizou-se desse laudo para amortizar o ágio e aproveitar-se de tais despesas de amortização para reduzir o lucro real e a base de cálculo da CSLL.

Tal fato, por si só, exige que esta fiscalização glose tais despesas das bases de cálculo tributárias, mas há outros problemas que envolvem o aproveitamento deste ágio e também do ágio da Tavares de Melo.

Em seguida à aquisição destas empresas, e na mesma data do contrato de compra e venda, em 28/03/2007, foi realizada uma AGE da Tavares de Melo Açúcar e Alcool S/A às 13h00 (doc. F35) em que foi alterada a sua denominação social para LDC Bioenergia S/A, além da extinção do Conselho de Administração.

Em 30/03/2007, a adquirente Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A é incorporada pela então LDC Bioenergia S/A, conforme a Ata da AGE da Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A às 16h00 (doc. F36). No dia seguinte, 31/03/2007, a Ampla Participações S/A foi incorporada pela LDC Bioenergia S/A, conforme a Ata da AGE da LDC Bioenergia S/A, às 14h00 (doc. F37).

Efetuada a incorporação reversa da Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A e a incorporação da Ampla Participações S/A, a LDC Bioenergia S/A passa a amortizar o ágio apurado na aquisição da Ampla e na sua própria aquisição em cinco anos, à razão de 1/60 por mês.

Com exceção do Laudo de Avaliação da Ampla Participações S/A, a operação societária parece estar toda regular. Se o ágio atribuído à Ampla não pode ser amortizado, devido ao Laudo, a parcela do ágio que seria devido à aquisição da Tavares de Melo aparenta ser regular.

Porém, não é sem motivo que a Louis Dreyfus Commodities Brasil S/A consta como garantidora e fiadora das obrigações da Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A no Contrato de Compra e Venda da Tavares de Melo e da Ampla.

A compradora formal não possui os recursos necessários para o pagamento da primeira parcela do preço acertado, no valor de R\$ 629.360.903,80, que deveria ser pago na data do fechamento do contrato, isto é, em 28/03/2007.

*Demonstra, ainda, mediante dados obtidos em declarações apresentadas pelo contribuinte, bem como em contas contábeis correspondentes, que não haveria volume suficiente a demonstrar a origem de tais recursos. Supondo que tais recursos tivessem sido obtidos junto a terceiros, passa a intimar o fiscalizado para esclarecimentos.*

*Responde o fiscalizado em determinado momento que os recursos “foram provenientes de disponibilidade de caixa imediata na oportunidade, formada tanto pelos recursos gerados nas próprias atividades da Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A, bem como recursos captados no mercado financeiro junto a terceiros e investimento de acionistas, entre outras fontes”*

*Por não demonstrar documentalmente a origem dos recursos captados junto ao mercado financeiro e a terceiros, foi novamente intimado a esclarecimentos, quando respondeu que “não tinha sido possível organizar a documentação/informação requerida” e depois veio esclarecer que “não houve fornecimento de recursos por terceiros para a transação. A aquisição foi feita com recursos disponíveis no momento da transação, conforme retratado nas suas demonstrações financeiras.”*

*Constata a autoridade fiscal uma contradição com a resposta anterior.*

*Novamente o contribuinte volta a responder que “não houve uma operação específica de captação de recursos financeiros para a aquisição da Tavares de Melo Açúcar e Alcool S/A. Os recursos para a operação provieram de disponibilidade de caixa imediata, originadas tanto pelos recursos gerados pelas suas próprias*

atividades operacionais, como captados no mercado financeiro junto a terceiros e investimentos recebidos de acionistas, entre outras fontes”.

*Embora voltando a admitir a captação, permanece não identificando a origem dos recursos, total e tipo e recursos.*

*Passa a autoridade fiscal a analisar os lançamentos contábeis da aquisição:*

A primeira parcela do pagamento, no valor de R\$ 629.360.903,80, estava contabilizada na conta 4420.014 – Contas a Pagar, a segunda parcela, no valor de R\$ 86.939.160,13, foi contabilizada na conta 4420.025 - Notas Promissórias a Pagar, e a terceira parcela, no valor de R\$ 96.873.246,90, na conta 4695.001 - Notas Promissórias a Pagar.

A julgar pelas contas envolvidas, essas contas representavam a dívida com os vendedores da Tavares de Melo e da Ampla. Questionado no Termo de Intimação Fiscal nº 16 a informar a quem a incorporada Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A tinha a obrigação de pagar esses R\$ 629.360.903,83, o sujeito passivo respondeu o seguinte em 15/08/2016:

“A Fiscalizada esclarece que a Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A tinha a obrigação de pagar o valor acima mencionado nos termos e na proporção da cláusula e do anexo 3.6 do Contrato de Compra e Venda de Ações, datado de 28 de março de 2007 (...).

Como era de se esperar, a Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A tinha a obrigação de pagar o valor da conta 4420.014 – Contas a Pagar aos vendedores da Tavares de Melo e da Ampla. Em sendo assim, existiam duas dúvidas a resolver: como um pagamento feito em 28/03, conforme o contrato, continua contabilizado no saldo da conta do passivo em 30/03; e onde foi registrado o ativo adquirido correspondente a essa obrigação no passivo de 30/03.

A respeito do fato de que um pagamento feito em 28/03 continua contabilizado no saldo da conta do passivo em 30/03, foi apresentada a seguinte explicação em resposta de 02/09/2016 ao Termo de Intimação Fiscal nº 17:

“A Fiscalizada esclarece que as informações prestadas na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (“DIPJ”) referentes ao mês de Março/2007 referiam-se, na realidade, ao mês de Fevereiro/2007.”

Em 28/04/2016, respondendo ao Termo de Intimação Fiscal nº 10 que solicitou a informação de quais eram as contas contábeis das contrapartidas do lançamento do investimento de R\$ 236.058.572,24 e do ágio de R\$ 577.114.738,85, informados na DIPJ do período de janeiro a março de 2007 da incorporada Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A, o fiscalizado apresentou dois lançamentos. O primeiro indica que os recursos para o pagamento da aquisição saíram do Banco Pactual, o que poderia esclarecer a origem dos recursos utilizados.

O segundo lançamento revela que a contra-partida do investimento foi creditada nas contas 4420.025 - Notas Promissórias a Pagar e na conta 4695.001 - Notas Promissórias a Pagar, já conhecidas. A nova informação é que a contabilização do valor da primeira parcela foi transferida da conta 4420.014 – Contas a Pagar para a conta 1150.009 – Financeiro Tesouraria da incorporada Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A.

Essa transferência de contas acabou sendo confirmada pelo sujeito passivo ao apresentar uma planilha em 28/10/2016 em resposta ao item 2 do Termo de Intimação Fiscal nº19. Nessa planilha o fiscalizado indicou os lançamentos envolvendo a conta 1150.009 – Financeiro Tesouraria.

Dessa forma, o passivo da primeira parcela foi extinto pelo pagamento aos vendedores das empresas, mas a origem dos recursos permaneceu dissimulada pela conta 1150.009

– Financeiro Tesouraria. Com essa forma engenhosa, a obrigação foi quitada sem haver dívida com ninguém, nem com terceiros nem com os sócios.

Ora, se houve a entrada de recursos na empresa, e recursos vultosos, e não há obrigação com terceiros ou com os acionistas, só poderia se tratar de receita que não foi contabilizada. Tratar-se-ia de omissão de receitas.

E como omissão, não poderia o fiscalizado reconhecer a origem dos recursos, informar quem lhe forneceu as condições para que adquirisse a Tavares de Melo e a Ampla, apesar de que não teria condições para isso. Afinal, a adquirente abriu uma conta bancária no Banco Pactual, em que recebeu os recursos e da qual saíram os pagamentos para os vendedores. A adquirente contabilizou essa conta corrente na conta contábil 1120.208 – Banco Pactual.

O razão da conta contábil 198.001.000.1120.208 – Banco Pactual e o extrato bancário do Banco Pactual foram apresentados pelo fiscalizado em 15/08/2016, na resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 16, como docs. 08 e 09, respectivamente.

Em tais documentos constam os depósitos efetuados nos dias 27 e 28/03/2007 para os pagamentos feitos aos vendedores no mesmo dia 28/03/2007. Esses depósitos são os seguintes:

| Data        | Descrição no Razão   | Descrição no Extrato - Banco Pactual                              | Valor (R\$)    |
|-------------|----------------------|-------------------------------------------------------------------|----------------|
| 27/03/2007  | MOV BANC MANUAL      | DEPOSITO EM C/C VIA CIP - LOUIS DREYFUS COMMODITIES BIOENERGIA SA | 4.600.000,00   |
| 27/03/2007  | MOV BANC MANUAL      | DEPOSITO EM C/C VIA CIP - LOUIS DREYFUS COMMODITIES               | 21.900.000,00  |
| 27/03/2007  | MOV BANC MANUAL      | DEPOSITO EM C/C VIA CIP - LOUIS DREYFUS C BIO SA                  | 2.500.000,00   |
| 28/03/2007  | MOV BANC MANUAL      | DEPOSITO EM C/C VIA CIP - LOUIS DREYFUS COMMODITIES BIOENERGIA SA | 2.000.000,00   |
| 28/03/2007  | Cambio de Venda - 27 | DEPOSITO EM C/C VIA RESERVA - UNIBANCO UNIAO DE BANCOS BRASI      | 61.986.000,00  |
| 28/03/2007  | Cambio de Venda - 27 | DEPOSITO EM C/C VIA RESERVA - CAMBIO-SAO PAULO                    | 165.015.200,00 |
| 28/03/2007  | Cambio de Venda - 27 | DEPOSITO EM C/C VIA RESERVA - LOUIS DREYFUS                       | 206.480.000,00 |
| 28/03/2007  | MOV BANC MANUAL      | DEPOSITO EM C/C VIA RESERVA - BANCO ABN AMRO REAL S.A             | 82.444.000,00  |
| 28/03/2007* | PPM 27/03 ACC 29/03  | DEPOSITO EM C/C VIA RESERVA - BANCO CALYON BRASIL S.A.            | 82.462.800,00  |
| 29/03/2007  | MOV BANCARIO MANUAL  | DEPOSITO EM C/C VIA CIP - LOUIS DREYFUS COMMODITIES BIOENERGIA SA | 2.392.000,00   |
| Total       |                      |                                                                   | 631.780.000,00 |

\* A data desse depósito consta no extrato bancário; a data no razão é 30/03/2007.

Questionado pelo Termo de Intimação Fiscal nº 17, em 23/08/2016, a apresentar os documentos bancários (contratos de câmbio, comprovantes de depósito, comprovantes de transferência, etc.), com identificação do depositante ou credor, que sustentam cada um dos depósitos realizados no Banco Pactual S/A, respondeu o seguinte em 03/10/2016:

“A Fiscalizada esclarece que tentou obter a documentação solicitada com as instituições financeiras acima identificadas, mas foi informada de que os extratos bancários são guardados pelo período de 5 (cinco) anos – de modo que não dispõem de documentos dos anos de 2006 e 2007”.

Assim, não cabe admitir que o sujeito passivo, beneficiário de tais depósitos, não conheça as movimentações ocorridas, por quem foram feitas e a que título foram feitas, em sua própria conta corrente.

Em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 20, apresentada em 09/11/2016, que questionava sobre os saldos efetivos das contas que compuseram a DIPJ em fevereiro e

março de 2007, o fiscalizado apresentou o “Balancete Fev 2007 X Março 2007”, como doc. 01.

Foi observado nesse balancete a existência de contas contábeis de empréstimos relacionados aos bancos e/ou valores que foram depositados no Banco Pactual para a compra da Tavares de Melo. Esses empréstimos tiveram as mesmas características: foram tomados em março de 2007, e as contas contábeis que os representam foram agrupadas sob a rubrica de “PPM C/ Bancos P/C Exportac”, no grupo contábil 4205 (circulante) ou 4635 (Realizável a Longo Prazo). São as seguintes contas:

| Conta Contábil | Descrição                 | Valor Creditado em março/2007 |
|----------------|---------------------------|-------------------------------|
| 4205.237       | Banco Brasileiro Desc S/A | 16.513.858,86                 |
| 4205.356       | Banco ABN Amro S/A        | 41.388.105,15                 |
| 4635.001       | Banco do Brasil S/A       | 206.671.635,51                |
| 4635.222       | Banco AGF do Brasil S/A   | 82.527.501,52                 |
| 4635.237       | Banco Brasileiro Desc S/A | 165.336.685,15                |
| 4635.356       | ABN Amro                  | 41.174.105,15                 |
| 4635.409       | União Bancos Brasil S/A   | 62.316.972,42                 |

A identificação dos valores dessas contas de empréstimo com os valores depositados no Banco Pactual para pagamento da Tavares de Melo e da Ampla fica evidente em pelo menos dois casos, os empréstimos do Banco ABN Amro e do Unibanco. Na resposta de 09/11/2016 ao Termo de Intimação Fiscal nº 20, foram apresentados os razões contábeis das contas representativas da conta corrente mantidas no Banco ABN Amro (como doc. 05) e no Unibanco (como doc. 06).

No razão da conta 4635.356 – ABN Amro consta o lançamento inicial do total de R\$ 82.444.000,00, que foi o valor depositado no Banco Pactual, o seu estorno e o crédito da metade desse valor e de algumas taxas, perfazendo o valor líquido de R\$ 41.174.105,15. No razão da conta 4205.356 consta apenas o crédito da outra metade, R\$ 41.222.000,00, e o lançamento de taxas, permanecendo o valor líquido de R\$ 41.388.105,15.

No razão da conta 4635.409 – União Bancos Brasil S/A consta o crédito de R\$ 61.986.000,00, que foi o valor depositado no Banco Pactual, e o lançamento de taxas, perfazendo o valor de R\$ 62.316.972,42.

Não obstante essas evidências e embora tenha sido questionado sucessivamente pelos Termos de Intimação desde o início da fiscalização, o sujeito passivo permanece afirmando que os recursos utilizados na aquisição da então denominada Tavares de Melo Açúcar e Alcool S/A e da Ampla Participações S/A foram decorrentes de sua atividade normal.

Talvez por isso, não identificou até o momento a origem dos recursos, não identificou o nome e o CNPJ de quem forneceu o recurso, o total do recurso fornecido e o tipo do recurso (se empréstimo, aumento de capital, etc), e não apresentou qualquer documento que comprovasse essas informações, como transferências bancárias, contratos de câmbio, contratos de empréstimo, demonstrativos dos saldos dos eventuais empréstimos, pagamentos de juros e principal dos eventuais empréstimos, etc.

Apenas em 06/12/2016 apresentou dois contratos de empréstimo em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 23. Apresentou, em língua inglesa, o contrato de financiamento denominado Preexport Financing Agreement, que justificaria o crédito de R\$ 206.671.635,51 na conta contábil 4635.001 (doc. 2). Trata-se de um Contrato de Financiamento de Pré-Exportação, firmado em 22/03/2007 entre o Banco do Brasil através da sua filial em Londres (“London Branch”), Louis Dreyfus Commodities Bioenergia e a Louis Dreyfus Commodities Brasil S/A, CNPJ 47.067.525/0001-08, como garantidora, na quantidade total de US\$ 100.000.000,00.

O outro contrato apresentado foi o denominado Pagamento Antecipado de Exportação, que justificaria o crédito de R\$ 62.316.972,42 na conta contábil 4635.409 (doc. 3). Trata-se de uma Cédula de Crédito Bancário – Pagamento Antecipado de Exportação,

firmada em 13/03/2007 entre o Unibanco, por meio de sua agência em Cayman, e Louis Dreyfus Commodities Bioenergia e Louis Dreyfus Commodities Brasil, no valor de US\$ 30.000.000,00.

Esses dois contratos de financiamento são contratos de financiamento específicos, dirigidos à exportação e que ao utilizar os recursos para outros fins que não a exportação de mercadorias, implicam inclusive em recolhimento de impostos como IOF e IRRF

*Assim, conclui a autoridade fiscal:* “Ao não comprovar a origem dos recursos utilizados para a aquisição das empresas Tavares de Melo Açúcar e Alcool S/A e Ampla Participações S/A, o fiscalizado não comprova que a real adquirente dessas empresas tenha sido a incorporada Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A. Portanto, não comprova que o ágio apurado nessas aquisições pertença, efetivamente, a esta empresa. Assim, não pode a fiscalizada amortizar tal ágio e deduzi-lo na apuração do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL.”

*Na seqüência, o TVF aborda as demais infrações e ajustes promovidos no lançamento.*

*Informa acerca da compensação de prejuízos fiscais, destacando que* “O saldo de prejuízos fiscais e de bases de cálculo negativa de CSLL nos controles do fiscalizado devem ser ajustados aos valores descritos acima, conforme as Planilhas de Compensação de Prejuízos Fiscais do IRPJ e de Compensação de Base Negativa da CSLL, anexas ao Auto de Infração”.

*Justifica o lançamento da falta de recolhimento de estimativa, informando que:*

No período de 2011 a 2014, a fiscalizada apurou estimativa mensal de IRPJ e de CSLL com base em balanço ou balancete de suspensão ou redução.

A dedução de despesas de amortização de ágio levou a fiscalizada a apurar uma base de cálculo mensal menor do que a real, calculando a estimativa de IRPJ e CSLL a menor em tais períodos.

Situação em que o art. 44 da Lei nº 9.430/95 dispõe claramente que deverá ser lançada multa de ofício isolada de 50% sobre o valor não recolhido da estimativa. Nos períodos de abril de 2012 a fevereiro de 2013, de abril de 2013 a dezembro de 2014, o prejuízo fiscal apurado é maior do que o valor do ágio amortizado, não havendo, portanto, diferença a lançar devido à amortização do ágio. Nos demais períodos, foram efetuados os cálculos de estimativa de acordo com a fiscalização.

*Em relação à multa por apresentação da ECF com omissões, destaca:*

*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.*

*(...) foi intimado a apresentar as informações completas da Demonstração do Resultado Líquido e do e-Lalur e e-Lacs em 26/11/2015, com prazo de 20 dias (doc. 98). Após solicitação de prorrogação de prazo na resposta apresentada em 17/12/2015, o contribuinte acabou retificando a ECF de 2014 em 05/01/2016*

*Justifica a gravidade da omissão de informações na ECF e cita as disposições do art. 8 e 8-A do Decreto-lei nº 1.598/77, com a redação dada pela Lei nº 12.973/2014, bem como transcreve disposições da IN RFB nº 1.422/2013. E complementa:*

Como a redação do art. 8 e 8-A do Decreto-lei nº 1.598/77 faz referência ao e-Lalur, apenas os valores omitidos nesse demonstrativo serão objeto de lançamento de multa por omissão, embora outros módulos da ECF tenham sido apresentados com omissões,



como a Demonstração do Resultado Líquido. Os valores omitidos no e-Laes também não serão objeto de lançamento de multa em virtude de os valores omitidos serem os mesmos do e-Lalur, o que poderia representar uma duplicidade de lançamentos.

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%.

*Por fim, o TVF aborda os fundamentos para a aplicação da multa qualificada de 150% sobre os tributos apurados.*

*Defende que os procedimentos adotados pela fiscalizada estão compreendidos na hipótese de sonegação e fraude.*

*Cita 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.*

*Argumenta que “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”.*

*E continua:*

Quando o caput desse art. 386 fala em “pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra” se refere a qualquer pessoa jurídica ou se refere àquela pessoa jurídica que realmente detenha participação societária, realmente adquirida com seus recursos próprios? Não parece razoável que esse dispositivo traga definições que possam ser delegadas tranquilamente para outras pessoas jurídicas, mesmo as ligadas com quem realmente adquiriu a participação societária.

Assim, não cabe à empresa invocar desconhecimento, prática de erro escusável, ou divergência de interpretação da legislação.

No caso da aquisição da Santelisa Vale, a reorganização societária não foi feita ao acaso. A reestruturação societária promovida para a inclusão da empresa veículo Ágatis como controladora da fiscalizada e sua posterior incorporação teve o objetivo de gerar despesas de amortização de ágio.

A contribuinte estava perfeitamente consciente da falta de propósito comercial ou societário na interposição da Ágatis, à luz do art. 966 do Código Civil, ficando caracterizada a utilização dessa como mera “empresa veículo” para transferência do ágio dos reais adquirentes, apenas com o fim almejado de redução do valor tributável pela amortização do ágio.

A Ágatis em seu curto período ativo, não incorreu em custos, despesas ou receitas, apresentando apenas a movimentação decorrente do pretense investimento na LDC Bioenergia, e seu ágio. Ou seja, a sociedade formalizada produziu apenas documentos (atas, estatutos, livros contábeis, entre outros) utilizados para movimentar contabilmente recursos de outras empresas do grupo LDC e da Canna Investors.

O fato de não terem sido utilizados documentos falsos ideologicamente não implica necessariamente na inexistência da intenção de escapar ao pagamento de tributos. 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.

Conforme anteriormente demonstrado, a conduta ilícita consistiu na criação artificial da situação prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 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.

Ressalte-se que no caso da aquisição da Santelisa Vale, o 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 da Lei 4.502/64.

Já no caso da aquisição da Tavares de Melo e da Ampla não se pode dizer o mesmo. Nesta situação, o sujeito passivo adotou procedimentos que visaram esconder os fatos realmente ocorridos, tanto por ocasião da operação quanto no momento desta fiscalização.

Ocorre que ao apresentar a sua DIPJ de evento especial de incorporação, que deveria corresponder ao período de 01/01 a 30/03/2007, a Louis Dreyfus Commodities Bioenergia empregou não os saldos contábeis de 30/03/2007, mas sim os saldos contábeis de 28/02/2007, sob a alegação de que a data base das aquisições (da Tavares de Melo e da Ampla) foi fixada em 28/02/2007.

Não apresenta nenhum documento para comprovar que a competência da operação de aquisição societária tenha se deslocado para um mês antes da aquisição ser fechada e paga. Afinal, a data-base da operação em 28/02/2007 pode ser importante para os contratantes, mas não para determinar os saldos contábeis que devem constar da DIPJ em 30/03/2007.

O uso dos saldos de fevereiro de 2007 na DIPJ, propiciou que a contabilização do valor da primeira parcela fosse feita pelas contas 4420.014 – Contas a Pagar e 1150.009 – Financeiro Tesouraria da incorporada Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A, omitindo os empréstimos tomados para a aquisição das empresas, que foram tomados somente em março de 2007.

Também durante a fiscalização procurou-se esconder como a operação foi efetivamente realizada. Por fim, após a apresentação de um balancete de março de 2007 da Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A, que permitiu a identificação de empréstimos com valores bastante próximos dos valores que foram depositados no Banco Pactual para os pagamentos aos vendedores da Tavares de Melo e da Ampla, passou-se a solicitar a apresentação, para cada um dos empréstimos identificados na contabilidade, dos contratos de financiamento e de demonstrativo do crédito, com informações a respeito dos pagamentos, juros e saldos.

Nessa mesma ocasião, na resposta de 06/12/2016, apresentou apenas dois contratos de empréstimo, como descrito anteriormente, e mesmo assim, sem os demais comprovantes. A comprovar a intenção de postergar a apresentação de todos os documentos, no caso destes dois contratos de empréstimo apresentados, eram os únicos controlados nas suas respectivas contas contábeis, não havendo outros contratos que justificassem a resposta de que “a identificação dos contratos de empréstimo não é realizada pelo número da conta contábil em que referidos contratos são registrados”.

Em vista das inúmeras oportunidades para apresentação da origem dos recursos utilizados para a aquisição das empresas Tavares de Melo e Ampla, desde março de 2015, o sujeito passivo deixou clara a sua intenção de omitir como se deu essa parte fundamental da operação.

Tentou esconder na declaração apresentada à RFB e tenta esconder da fiscalização.

*O sujeito passivo foi cientificado da autuação em 22/12/2016, conforme fls. 5203*

*Foi apresentada, em 20/01/2017, a impugnação de fls. 5216 a 5319, acompanhada dos documentos de fls. 5320 a 7369, a seguir resumida:*

[...]

*Às fls. 7377 a 7385 consta a Resolução 14-4.323 - 1ª Turma da DRJ/RPO, proferida no dia 27 de junho de 2017, na qual se decidiu pela conversão do julgamento em diligência, para as seguintes providências:*

- a) diligenciar as instituições financeiras elencadas no balancete apresentado pela atuada (Banco Brasileiro Desc S/A; Banco ABN Amro S/A; Banco do Brasil S/A; Banco AGF do Brasil S/A e União Bancos Brasil S/A) e o Banco Calyon Brasil S/A, para que elas sejam demandadas a apresentar a documentação de origem dos alegados empréstimos, destacando que se não possuírem mais os documentos arquivados, sejam eles físicos ou digitalizados, que sejam demandadas a manifestarem-se, por escrito, baseadas nos registros dos seus bancos de dados, se houve no ano de 2007 empréstimos em favor da adquirente Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A, detalhando quando e quais valores foram emprestados, separado por cada operação e data, detalhando as condições da contratação, tais como valores contratados; encargos; valores e vencimentos das parcelas do correspondente pagamento devido; se o empréstimo encontra-se quitado ou não, entre outros elementos pertinentes a operação;
- b) diligenciar o Banco Central do Brasil, para que sejam demandados a indicar as operações de câmbio ocorridas em favor da adquirente Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A, em especial as que originaram os recursos creditados na conta do Banco Pactual no mês de março de 2007, de modo a buscar a quê e a quem se referem tais câmbios;
- b) diligenciar o Banco Pactual, para que informe do que se tratam as descrições contidas no respectivo extrato: “DEPOSITO EM C/C VIA CIP- LOUIS...”, detalhando as datas e correspondente descrições em sua íntegra, de modo a indicar hipóteses da origem de tais depósitos, tal como ocorrido com a descrição “DEPOSITO EM C/C VIA RESERVA –UNIBANCO...”, cujo crédito, pela documentação dos autos, indicam serem decorrentes de contrato de câmbio/ antecipação de exportação.
- c) intimar a fiscalizada a apresentar sua escrita contábil, em especial, mas não apenas, o razão das contas representativas dos empréstimos tomados pelas instituições financeiras indicadas no balancete apresentado, demonstrando não só o registro do empréstimo, mas também o pagamento dos mesmos, o registro dos encargos correspondentes, entre outros elementos que entender pertinente, para demonstrar que sua contabilidade, ao menos, registra todos os eventos relacionados a um empréstimo, nos termos das normas aplicáveis a tais operações;
- d) reintimar a fiscalizada a apresentar os contratos e demais documentos que provam a efetiva realização de empréstimos, conforme alegado na impugnação, não apenas os da contratação, mas também os que documentam os desdobramentos de uma operação de empréstimo, por exemplo, a forma dos pagamentos realizados, eventuais renegociações, aditivos, etc.
- e) outras diligências que entender pertinentes a comprovação de quem efetivamente desembolsou os recursos para a aquisição das empresas Tavares de Melo Açúcar e Alcool S/A e Ampla Participações S/A.

*A autoridade fiscal concluiu os trabalhos manifestando-se por intermédio do Termo de Diligência Fiscal de fls. 8052 a 8069, do qual se extraem as seguintes informações mais relevantes:*

- 4. O Auto de Infração foi lançado em 21/12/2016, porém a fiscalização não foi encerrada nesse momento, em vista de que haviam sido encaminhadas RMF – Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira para o Banco BTG Pactual e para o Banco Central do Brasil, que se encontravam pendentes das respostas dessas instituições.
- 5. Além dessas RMF, o fiscalizado continuou a ser inquirido sobre os recursos utilizados na aquisição da Tavares de Melo e da Ampla. A fiscalização acabou sendo

encerrada em definitivo através do Termo de Intimação Fiscal nº 27, do qual o sujeito passivo teve ciência em 22 de junho de 2017, após não haver atendimento aos questionamentos das seguidas intimações.

6. As solicitações encaminhadas para o Banco BTG Pactual e para o Banco Central do Brasil atendem o que foi agora solicitado pela 1ª Turma da DRJ/RPO.

*Em relação ao primeiro item da diligência, informou:* “deixo de promover as diligências solicitadas em vista de que o procedimento de fiscalização no contribuinte já se encontra encerrado, não sendo possível, dessa forma, o atendimento dos requisitos que autorizam a expedição de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF, como consta do art. 2º, § 5º, do Decreto nº 3.724/2001”.

*Na sequência informa:*

Em resposta de 30/03/2017 (doc. D4), o Banco Central encaminhou o demonstrativo denominado “Analítico (Medio)”. Nesse demonstrativo constam todas as operações de câmbio efetuadas pelo contribuinte no período de janeiro a junho de 2007.

Verificando-se os 54 registros relativos a contratos de exportação, constam 7 contratos que tinham como importador a empresa Nethgrain, destacados no demonstrativo Analítico-medio – Nethgrain (doc. D7). Excluindo-se esses contratos, os restantes 47 contratos de exportação perfaziam o total de R\$ 163.386.142,47, com a média de R\$ 3.476.300,90 por contrato.

Por sua vez, os contratos vinculados ao importador Nethgrain totalizaram R\$ 616.978.150,00, com a média de R\$ 88.139.735,71. A disparidade dos valores envolvidos com os contratos do importador Nethgrain se deve a que esses contratos correspondem aos contratos de pré-pagamento de exportação que apontamos no Termo de Verificação Fiscal como sendo a origem dos recursos utilizados para a compra da Tavares de Melo e da Ampla. É importante destacar que a Nethgrain B.V. também é uma empresa pertencente ao grupo Louis Dreyfus.

Como se percebe, os valores desses contratos são os valores que foram depositados na conta do Banco BTG Pactual utilizada para os pagamentos aos vendedores da Tavares de Melo e da Ampla. Aliás, no próprio demonstrativo Analítico (Médio) consta a informação de que os recursos desses contratos seriam depositados no Banco Pactual S.A., agência 1, c/c 89646. Apenas os dois últimos contratos, nos valores de US\$ 5.500.000,00 e US\$ 3.500.000,00, seriam depositados em conta corrente no Banco Bradesco. Possivelmente esses dois contratos são a origem do valor de R\$ 16.513.858,86, creditado na conta contábil 4205.237 – Banco Brasileiro Desc S/A. Ressalte-se que nenhum dos demais 47 registros relativos a contratos de exportação aponta uma conta no Banco Pactual S.A. como destino do depósito dos valores.

O demonstrativo do Banco Central também trouxe outra informação muito importante: as mercadorias que teriam sido exportadas para a Nethgrain seriam açúcar, álcool, soja, café, milho, algodão e suco de laranja.

Assim, procuramos verificar quais foram as mercadorias que teriam sido efetivamente exportadas, considerando-se que tanto a Louis Dreyfus Commodities Bioenergia quanto a sua incorporadora LDC Bioenergia eram empresas compostas por usinas de açúcar e álcool, portanto, produtoras de açúcar e de álcool.

Inicialmente, verificamos os registros de exportação efetuadas pela Louis Dreyfus Commodities Bioenergia no período de 2006 e 2007, e pela LDC Bioenergia no período de 2007 a 2015, constantes do Siscomex – Sistema de Comércio Exterior. Constatamos que houve exportação de soja para a Nethgrain, apenas no período de setembro/2007 a setembro/2010. Em 2006, antes da operação em análise, houve uma única exportação de açúcar cristal para a Nethgrain em março, no valor de US\$ 5.768.700,00.

Houve, também, uma pequena exportação de café para a Nethgrain, efetuada pela Louis Dreyfus Commodities Bioenergia em junho e julho de 2007, período em que já estaria extinta pela incorporação à LDC Bioenergia. O valor total exportado para a Nethgrain no período 2007 a 2010 foi bastante próximo do valor que teria sido obtido com os empréstimos de pré-pagamento de exportação, principalmente se considerarmos que houve uma antecipação das exportações, uma vez que os contratos de exportação tinham prazos superiores a 6 anos para pagamento, além de quatro anos de carência, de acordo com as informações prestadas pelo Banco Central.

Os produtos exportados praticamente se limitaram a derivados de soja:

farelos e óleos de soja degomados. Como a LDC Bioenergia produz e comercializa produtos derivados da cana de açúcar, os produtos derivados de soja que foram exportados tiveram que ser adquiridos de terceiros.

Para identificarmos os fornecedores dos produtos de soja e os destinatários dessas exportações, solicitamos ao contribuinte diligenciado, por meio do Termo de Intimação Fiscal – Diligência nº 02, que apresentasse os arquivos digitais das notas fiscais de saída de seus estabelecimentos e das notas fiscais dos produtos que entraram nesses estabelecimentos, no período de 2007 a 2010, na forma do disposto nos artigos 265, 266 do Decreto nº 3.000, de 26/03/99, no artigo 11 da Lei 8.218/91, na Instrução Normativa do Secretário da Receita Federal nº 86, de 22/10/2001, e no Ato Declaratório Executivo Cofis nº 15, de 23/10/2001, e seu Anexo Único.

Porém, o contribuinte limitou-se a responder que não localizou o arquivo solicitado e que estaria desobrigada da sua conservação.

Em função dessa recusa do contribuinte, utilizamos as informações existentes no Sped – Sistema Público de Escrituração Digital. Analisamos todas as notas fiscais relacionadas à incorporadora LDC Bioenergia, seja como emitente seja como destinatária, constantes no Sped nos anos de 2009 e 2010 (doc. D11 e D12 – Demonstrativos de Notas Fiscais Biosev 2009 e 2010), visto que antes dessa data, a nota fiscal eletrônica não era obrigatória.

Os demonstrativos com os dados das notas fiscais de 2009 e 2010 mostram que o único fornecedor de derivados de soja para a LDC Bioenergia é a Louis Dreyfus Commodities Brasil, sua controladora (doc. Biosev – Fornecedor de Soja 2009 e 2010).

Nas próprias notas fiscais de exportação para a Nethgrain, emitidas pela LDC Bioenergia, consta a informação de que a mercadoria foi adquirida da Louis Dreyfus Commodities Brasil (doc. D16 - Nota Fiscal LDC Bio – 2009 e D17 - 2010). Assim como nas notas fiscais emitidas pela Louis Dreyfus Commodities Brasil para o destinatário LDC Bioenergia consta a informação de que a mercadoria se destina a exportação e é entregue nos armazéns portuários da Louis Dreyfus Commodities Brasil (doc. D18 a D24 - Notas Fiscais Dreyfus Brasil – 2009 e 2010).

Enquanto as exportações da LDC Bioenergia de derivados de soja para a Nethgrain se limitam aos valores dos contratos de empréstimo em análise, a Louis Dreyfus Commodities Brasil exporta uma quantidade bastante superior de mercadorias derivadas de soja para a própria Nethgrain. O volume de exportações da Louis Dreyfus Commodities Brasil mostra claramente que esta era a empresa que possuía condições de arcar com o volume dos empréstimos utilizados para a aquisição da Tavares de Melo e Ampla e, mais ainda, era a empresa que tinha relacionamento comercial importante com a Nethgrain para obter tais empréstimos. A Nethgrain era um dos principais importadores da Louis Dreyfus Commodities Brasil, se não o mais importante pelo valor das importações, inclusive no ano de 2006.

Apenas no ano de 2007, em que foi efetuada a aquisição da Tavares de Melo e da Ampla, a Louis Dreyfus Commodities Brasil exportou mercadorias para a Nethgrain no valor de US\$ 715.245.397,00, quantia 2,4 vezes superior ao valor dos empréstimos utilizados na compra dessas empresas. No ano anterior à aquisição, o volume de

exportações para a Nethgrain foi de mais que o dobro do valor dos empréstimos, US\$ 605.847.824,00. Enquanto que a LDC Bioenergia exportou para a Nethgrain apenas a quantidade necessária para justificar os empréstimos que passaram pela Louis Dreyfus Commodities Bioenergia, e nos períodos após a incorporação reversa. Empréstimos nos quais a Louis Dreyfus Commodities Brasil era a garantidora avalista.

No entanto, há outra inconsistência nesses dados. Nas notas fiscais da LDC Bioenergia não foram encontradas notas fiscais no total dos valores que teriam sido exportados. Nem a LDC Bioenergia emitiu notas fiscais no volume que teria exportado para a Nethgrain, nem a Louis Dreyfus Commodities Brasil vendeu derivados de soja para a LDC Bioenergia nos volumes necessários para a exportação.

Como se verifica, nem as vendas de derivados de soja da Louis Dreyfus Commodities Brasil para a LDC Bioenergia, nem os valores exportados pela LDC Bioenergia são em valores suficientes para o volume exportado para a Nethgrain pela LDC Bioenergia:

No período de 2009, considerando o valor médio de cotação como sendo US\$ 1,00 = R\$ 2,00, o valor das notas fiscais de exportação da LDC Bioenergia representa menos de ¼ do que foi exportado. Em 2010, considerando uma cotação média de US\$ 1,00 = R\$ 1,70, representa 80% do que foi exportado. Sequer o valor das mercadorias que foram fornecidas pela Louis Dreyfus Commodities Brasil foi suficiente para fazer frente ao volume exportado.

Essa situação pode ser a explicação para a recusa constante do contribuinte em fornecer as documentações solicitadas durante a fiscalização e, também, nesta diligência.

A Louis Dreyfus Commodities Bioenergia foi utilizada como uma empresa veículo, por onde transitaram os recursos necessários para a aquisição e o ágio obtido na operação. Sequer as mercadorias enviadas para a quitação da dívida passaram por ela. A Louis Dreyfus Commodities Brasil foi a real adquirente, pois foi quem quitou os recursos utilizados na aquisição com as mercadorias exportadas. Essas operações de exportação de mercadorias derivadas de soja foram efetuadas após a aquisição da Tavares de Melo e após a incorporação reversa da Louis Dreyfus Commodities Bioenergia pela adquirida.

O único propósito de todas essas operações foi apenas para permitir o enquadramento da operação no art. 386 do RIR/99 e o consequente aproveitamento das despesas de amortização de ágio. Afinal, o que impedia que a própria Louis Dreyfus Commodities Brasil efetuasse todas essas operações em seu nome, já que as fez em nome de uma controlada?

Como é evidente, nada a impedia, a não ser o impedimento de aproveitar o ágio.

Chama a atenção, também, que esses empréstimos possam ter sido quitados com as exportações de farelo de soja e óleo de soja degomado nos períodos imediatamente subsequentes (setembro de 2007 a setembro de 2010) à obtenção dos empréstimos, em março de 2007. Isso porque os empréstimos tinham prazo de quitação de mais de 2500 dias, com prazo de carência de 4 anos. Os empréstimos teriam sido quitados dentro do prazo de carência.

Da mesma forma que em relação ao item anterior, também já havíamos solicitado ao Banco BTG Pactual que prestasse as informações acima.

Em resposta de 09/12/2016, apresentou a seguinte planilha para identificar os remetentes dos recursos Visando esclarecer as descrições empregadas nessa planilha, objeto deste item da diligência, solicitamos esclarecimentos ao Banco BTG Pactual (doc. D33). Na resposta datada de 09/04/2017 (doc. D35), informou apenas o seguinte:

a) A sigla CIP significa Câmara Interbancária de Pagamentos e transcreveu a definição constante da página eletrônica do Bacen.

b) A expressão “Reserva” significa Sistema de Transferência de Reservas e também transcreveu a definição constante da página eletrônica do Bacen.

c) A expressão “Cambio – São Paulo” está na descrição da transferência recebida do Banco Bradesco S/A.

d) Em relação aos demais itens questionados informou que não possuía mais informações além das que já haviam sido enviadas na planilha apresentada em 09/12/2016, reproduzida acima.

Assim, com relação ao solicitado neste item da diligência, a informação relevante está na confirmação de que o depósito de R\$ 165.015.200,00, com a descrição “Depósito em c/c via reserva – Cambio São Paulo”, teve origem no Banco Bradesco.

Outra informação relevante para a compreensão da operação de aquisição da Tavares de Melo e da Ampla, com a utilização da Louis Dreyfus Commodities Bioenergia como uma mera empresa veículo, está na apresentação da ficha cadastral da conta (doc. D31).

A Ficha Cadastral foi firmada com data de 21/03/2007, apenas uma semana antes que os depósitos dos recursos fossem realizados. O que comprova que a Louis Dreyfus Commodities Bioenergia não tinha conta nessa instituição financeira, e que essa conta no Banco BTG Pactual foi aberta exclusivamente para o trânsito dos recursos da compra da Tavares de Melo e da Ampla. Após essa operação, a conta não teve mais movimentação.

Em atenção aos itens “c” e “d” desta diligência, foi encaminhado ao sujeito passivo o Termo de Intimação Fiscal – Diligência nº 01, do qual teve ciência em 07/07/2017.

Em resposta apresentada em 28/07/2017, apresentou arquivos em Excel como sendo os razões contábeis das contas solicitadas. Os arquivos apresentados dizem respeito apenas ao período de abril a dezembro de 2007, segundo consta do nome dos arquivos. Apesar disso, constam os lançamentos de contratação dos empréstimos, que foram realizados em março de 2007.

Esses arquivos apresentam algumas deficiências, uma vez que não constam saldos, os históricos são compostos apenas por números, e os lançamentos encontram-se sem ordem cronológica. É importante ressaltar que esses arquivos já haviam sido apresentados em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 25, e essas deficiências já haviam sido apresentadas nessa ocasião, e foram objeto do Termo de Intimação Fiscal nº 26. Este Termo nº 26 não foi atendido pelo fiscalizado.

À parte esses problemas, a questão não foi respondida, uma vez que não foram apresentados o pagamento dos empréstimos, dos juros, o registro dos encargos correspondentes, entre outros elementos que entendesse pertinente, para demonstrar que sua contabilidade, ao menos, registra **todos os eventos** relacionados a um empréstimo. A única informação atendida, que foi apresentar o registro da contratação do empréstimo, era a menos relevante de todas, uma vez que esse registro já era conhecido, ao constar do balancete de fevereiro/março de 2007 (arquivo da resposta apresentada pelo contribuinte em 09/11/2016).

Este item da diligência também foi objeto do Termo de Intimação Fiscal – Diligência nº 01, do qual teve ciência em 07/07/2017.

Neste caso, o sujeito passivo apresentou os contratos de empréstimo que vinham sendo solicitados durante a fiscalização, embora estejam em língua estrangeira, com exceção do contrato com o Unibanco.

No Termo de Intimação Fiscal – Diligência nº 02 solicitamos a apresentação da tradução juramentada dos contratos de empréstimos. Em resposta de 06/09/2017, apresentou os arquivos de nº 01 a 09 contendo a tradução.

Deixou de apresentar os contratos de empréstimo que justificassem os valores creditados na conta 4205.237 - Banco Brasileiro Desc S/A, como consta do arquivo apresentado no item anterior como sendo o razão contábil dessa conta. Provavelmente, essa conta recebeu os recursos obtidos com os contratos de empréstimo listados no arquivo do Banco Central (item b1 deste Termo) nos valores de US\$ 5.500.000,00 e US\$ 3.500.000,00, nas mesmas datas dos demais contratos de empréstimo e que tinham como importador a mesma Nethgrain. A diferença é que os valores foram depositados na conta corrente mantida no Banco Bradesco.

Embora tenha apresentado os demais contratos de empréstimo, também este item não foi atendido. Não foram apresentados, nem prestados qualquer outro esclarecimento, os documentos que mostrem os desdobramentos de uma operação de empréstimo, como por exemplo, a forma dos **pagamentos realizados**, eventuais **renegociações**, **aditivos**, etc.

Veja-se que, em resposta ao item 7 do Termo de Intimação Fiscal nº 23, apresentada em 06/12/2016, o fiscalizado respondeu o seguinte sobre as características dos contratos de pré-pagamento de exportação:

A Fiscalizada esclarece que o termo 'PPM C/ Bancos – P/C Exportac' refere-se à (i) Contratos de Pré-Pagamento de Exportação ("PPE") e a (ii) Recebimentos Antecipados de Exportação.

Nestas modalidades de contratos, instituições financeiras **ou o próprio importador** fornecem recursos de que o exportador necessita para a realização de seu ciclo produtivo, mediante cobrança de taxa de juros.

De maneira simplificada, a operação se estrutura da seguinte forma: (i) O exportador celebra contratos com uma instituição financeira ou com o próprio importador; (ii) o credor externo adianta ao exportador os recursos que lhe seriam provenientes da exportação; (iii) o exportador transfere ao credor os direitos sobre os recursos provenientes da exportação por meio de Instrumento Contratual próprio, notificando o importador que, tão logo receba a documentação de embarque, efetue o pagamento ao credor; (iv) o pagamento da obrigação se dá com o embarque da mercadoria e a remessa dos juros ao exterior, finalizando o ciclo comercial da operação.

Apesar dessa resposta, e embora intimado nos Termos seguintes, não apresentou nenhum Instrumento Contratual por meio do qual foram transferidos os direitos sobre os recursos provenientes da exportação às instituições financeiras credoras; não comprovou o pagamento da obrigação com o embarque das mercadorias; e também não comprovou o pagamento e a remessa dos juros ao exterior.

Detalha cada contrato apresentado, dando destaque aos objetivos do contrato de empréstimo, que seriam para financiar a produção e exportação, mas com cláusulas que permitem a realização do pagamento com exportações da **garantidora**, no caso a sua controladora Louis Dreyfus Commodities Brasil.

Em relação ao empréstimo com o Banco Calyon, no contrato consta explicitamente que o empréstimo é efetuado para a aquisição de usinas de açúcar e álcool, na sua cláusula 3 – Finalidade, cujo pagamento seria feito com exportações, sendo que o importador (comprador) faria o pagamento diretamente à instituição financeira, em uma "Conta de Arrecadação", aberta pelo Credor exclusivamente para esse fim, mas, mediante um termo aditivo, constou que os produtos a serem exportados seriam cana-de-açúcar, subprodutos da cana-de-açúcar (álcool, fermento) e qualquer outra mercadoria **produzida por qualquer devedor (definido como o tomador do empréstimo – Louis Dreyfus Commodities Bioenergia – ou pelo garantidor – Louis Dreyfus Commodities Brasil)**, incluindo suco de laranja, café, soja, trigo ou farelo de soja ou óleo, algodão e quaisquer outros produtos aceitáveis.

Reforça que no empréstimo do Bradesco, "foi firmado um Contrato de Cessão de Dívida em 28/06/2007 (resposta de 06/09/2017 – doc. 04), firmado com a LDC



Bioenergia, a empresa que foi adquirida e que incorporou a Louis Dreyfus Commodities Bioenergia, como a Devedora Original, e a **Louis Dreyfus Commodities Brasil, como a Devedora Atual, pelo qual, a Devedora Atual assume total responsabilidade pelas obrigações assumidas pela Devedora Original conforme os termos e condições constantes no Contrato de Abertura de Crédito**, firmado em 26/03/2007". E que "Na resposta de 06/09/2017 (doc. 03) foi apresentada também a tradução de uma Nota Promissória datada de 28/06/2007, em que consta que a **Louis Dreyfus Commodities Brasil S/A é a "Devedora Atual" do valor do principal de US\$ 80.000.000,00**"

*Por fim, conclui a diligência, manifestando-se nos seguintes termos:*

No lançamento da matéria em questão, havíamos concluído que a Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A não dispunha de recursos próprios para a aquisição da Tavares de Melo e da Ampla. Dessa forma, tais recursos deveriam ter sido fornecidos por uma terceira empresa, pertencente ao grupo Louis Dreyfus.

Verificamos também que os recursos utilizados pela incorporada Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A na aquisição da Tavares de Melo Açúcar e Alcool S/A e da Ampla S/A, foram formalizados através de contratos de empréstimo de pré-pagamento de exportação, embora o fiscalizado nunca tenha admitido essa situação e também não tenha apresentado nenhum documento que demonstrasse a evolução dos contratos de empréstimo apontados pela fiscalização.

Após o lançamento, foram obtidos novos documentos, fornecidos pelo Banco Central do Brasil, que confirmaram o fato de que a Louis Dreyfus Commodities Bioenergia foi utilizada como uma empresa veículo na aquisição da Tavares de Melo e da Ampla e que a verdadeira adquirente dessas empresas foi a Louis Dreyfus Commodities Brasil, controladora da fiscalizada e holding do grupo no Brasil.

Os recursos para essa aquisição foram obtidos através de contratos de pré-pagamento de exportação, tendo como empresa importadora a holandesa Nethgrain, também integrante do grupo Louis Dreyfus, para a qual a controladora Louis Dreyfus Commodities Brasil já exportava um volume bastante expressivo de mercadorias derivadas de soja.

Assim, as empresas foram adquiridas efetivamente pela controladora Louis Dreyfus Commodities Brasil, através de um planejamento tributário abusivo, em que foi usada uma controlada, a Louis Dreyfus Commodities Bioenergia como veículo da transação, apenas para justificar o aproveitamento das despesas de amortização do ágio obtido como forma de reduzir o valor dos tributos que viriam a ser devidos.

Os recursos para os pagamentos aos vendedores das empresas Tavares de Melo e Ampla foram depositados na conta corrente da Louis Dreyfus Commodities Bioenergia na mesma data em que foram feitos os pagamentos aos vendedores das empresas, ou seja, 28/03/2007. Em seguida, dois dias após, em 30/03/2007, a Louis Dreyfus Commodities Bioenergia deixa de existir ao ser incorporada pela adquirida.

Está evidente que a Louis Dreyfus Commodities Bioenergia não desembolsou os valores pagos pelas empresas. Até aqui, essa é uma situação bastante comum nos planejamentos tributários adotados pelas empresas para o aproveitamento tributário do ágio, em que se simula uma situação em que a empresa veículo obtém empréstimos, ou os recebe por transferência, para que a própria adquirida arque com a sua própria compra.

Neste caso, a sofisticação é maior ainda, vez que nem a própria adquirida viria a pagar pela sua aquisição. Como os empréstimos utilizados na operação são empréstimos de pré-pagamento de exportação, os pagamentos desses empréstimos se dariam pela exportação de mercadorias. Porém, tais exportações sequer foram efetuadas com açúcar e álcool, que são as mercadorias produzidas pela empresa veículo Louis Dreyfus Commodities Bioenergia e pela adquirida Tavares de Melo.

As mercadorias exportadas por conta de tais empréstimos foram produtos derivados de soja. E produtos derivados de soja que já eram produzidos e normalmente exportados pela controladora Louis Dreyfus Commodities Brasil, e que os forneceu para a exportação pela LDC Bioenergia. A Louis Dreyfus Commodities Brasil também exportou diretamente para a Nethgrain para cobrir os empréstimos, como os próprios contratos de financiamento permitiam e, em pelo menos um caso, assumiu a obrigação diretamente, por meio de uma cessão da dívida original.

É significativo que a fiscalizada não consiga mostrar os pagamentos efetuados no âmbito desses empréstimos, sejam pagamentos do principal, sejam pagamentos dos juros incorridos, nem demonstrar os saldos devedores desses empréstimos.

*Intimada em 16/11/2017 do Termo de Diligência Fiscal, conforme AR de fls. 8070, a impugnante apresentou sua manifestação complementar no dia 15/12/2017, conforme fls. 8071 a 8130, acompanhada dos documentos de fls. 8131 a 8148, da qual também extraímos os seguintes excertos:*

[...]

A Turma Julgadora manteve a exigência em acórdão assim ementado:

*ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO*

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

*PRELIMINAR DE NULIDADE.*

*Rejeita-se a preliminar de nulidade invocada pela defesa, quando não presentes os fatos descritos no artigo 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.*

*DECADÊNCIA. INÍCIO DA CONTAGEM Começa a fluir o prazo decadencial no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ser lançado, quanto aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

*ÁGIO. CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL O prazo decadencial para a lavratura de auto de infração para a glosa de despesas de amortização de ágio tem início com a efetiva dedução de tais despesas pelo contribuinte. Não ocorrência de decadência no caso concreto.*

*MULTA QUALIFICADA. SIMULAÇÃO. FRAUDE A simulação tem ínsita no seu conceito a fraude, que se subsume à definição contida no art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964, e à ação dolosa tendente a modificar as características essenciais da obrigação tributária, de modo a reduzir o montante do imposto devido, sendo aplicável a multa qualificada.*

*INTERPRETAÇÃO DE PENALIDADE FAVORAVELMENTE AO CONTRIBUINTE. APLICAÇÃO DO ART. 112 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE.*

*Estando os fatos que determinaram a aplicação da multa qualificada devidamente identificados e não restando dúvida sobre o enquadramento da situação de fato ao tipo previsto na lei é inaplicável o art. 112 do CTN.*

*PENALIDADES. ART. 76 DA LEI 4.502/67. NÃO APLICAÇÃO.*

*Embora o artigo 76, II, “a” da Lei 4.502/1964 exclua a penalidade pela observância de decisão irrecorrível de última instância administrativa, o artigo 100 do CTN (Lei 5.172/1966), norma posterior, passou a excluir penalidades apenas no*

*caso de observância de decisões administrativas a que a lei atribua eficácia normativa.*

**MULTA ISOLADA. FALTA/INSUFICIÊNCIA DO RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS.**

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

*MULTA ISOLADA - APRESENTAÇÃO DA ECF COM OMISSÕES A lei que prevê a penalidade não indica qualquer conduta que possa dispensar o cumprimento da obrigação acessória determinada, exceto as condutas previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 8º-A, que foram observadas pela autoridade fiscal. O lançamento foi devidamente demonstrado faticamente e fundamentado na legislação pertinente, sendo ato administrativo vinculado, portanto, obrigatório, sob pena de responsabilidade funcional.*

*PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INOBSERVÂNCIA. ANÁLISE VEDADA A autoridade administrativa encontra-se vinculada ao estrito cumprimento da legislação tributária, não dispondo de competência para apreciar inconstitucionalidade e/ou invalidade de norma, considerando princípios constitucionais, quando o diploma está legitimamente inserido no ordenamento jurídico nacional.*

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

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

**ÁGIO. FUNDAMENTO ECONÔMICO. DEMONSTRATIVO. MOMENTO. PROVA**

*O fundamento econômico do ágio há de ser determinado antes, ou, no máximo, até o momento da aquisição. A prova de que foi a rentabilidade futura a razão do pagamento do ágio há de ser feita com documentos contemporâneos aos fatos, pois a “demonstração” se faz com os documentos que de fato serviram de base para a tomada da decisão de adquirir a participação societária.*

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

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

**ÁGIO. REQUISITOS LEGAIS. EFETIVA EXISTÊNCIA DA ADQUIRENTE. EMPRESA VEÍCULO.**

*Mesmo uma holding pura requer um mínimo de elementos materiais que a caracterizem como sociedade empresária, para além de um registro na Junta Comercial e um número no CNPJ. Não há a geração de ágio na situação em que, no momento da aquisição, a holding dita adquirente era apenas um CNPJ, existente no âmbito formal, mas materialmente vazia.*

#### *DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.*

*A amortização, a qual se submete o ágio para o seu aproveitamento, constitui-se em espécie de gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99, submetendo-se aos testes de necessidade, usualidade e normalidade.*

#### *DESPESAS. ARTIFICIALIDADE.*

*Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica. Não há como estender os atributos de normalidade, ou usualidade, para despesas derivadas de operações atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.*

#### *ÁGIO. DEDUTIBILIDADE. A PESSOA JURÍDICA QUE INCORPOROU A SOCIEDADE ADQUIRIDA, OU FOI POR ELA INCORPORADA, DEVE SER A QUE DE FATO TEVE O SACRIFÍCIO PATRIMONIAL.*

*Para dedutibilidade da amortização do ágio estabelecida pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, é imprescindível que a pessoa jurídica que incorporou a sociedade adquirida, ou foi por ela incorporada, seja a que de fato teve o sacrifício patrimonial para a aquisição da participação societária.*

#### *ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL*

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

#### *LANÇAMENTO REFLEXOS. CSLL.*

*Aplica-se à CSLL o decidido no IRPJ, vez que compartilham o mesmo suporte fático e matéria tributável.*

Cientificada da decisão de primeira instância em 02/04/2018 (fl. 8268), a contribuinte interpôs recurso voluntário, tempestivamente, em 27/04/2018 (fls. 8269), no qual deduz os argumentos a seguir sintetizados.

A recorrente principia destacando que *nestes autos não se discute a geração de ágio interno* e vincula as amortizações de ágio a *duas transações realizadas por sociedades pertencentes ao Grupo Louis Dreyfus Commodities (“Grupo LDC”), quais foram:*

- *Março de 2007: a Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S.A. (“LDCB”) adquiriu com ágio as ações representativas da integralidade de capital social das empresas Tavares de Melo Açúcar e Alcool S.A. (“Tavares de Melo”) e Ampla Participações S.A. (“Ampla”). Estes ágios passaram a ser amortizado a partir das incorporações realizadas ainda em março de 2007.*
- *Outubro de 2009: a Ágatis Investimentos e Participações (“Ágatis”) adquiriu com ágio ações representativas do capital social da empresa*

*Santaelisa Vale S.A. (“Santaelisa Vale”), amortizando o respectivo ágio a partir da incorporação realizada em dezembro de 2010.*

Assevera que *ambas transações acima apontadas foram movimentos estratégicos na consolidação do Grupo LDC como um dos maiores produtores de açúcar e álcool do Brasil*, iniciando a amortização do ágio após incorporações, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97, classificando, assim, de equivocada a conclusão fiscal de *que ambas as transações realizadas em março de 2007 e a transação realizada em outubro de 2009 foram ardilosas e tiveram como único objetivo transferir o ágio às sociedades operacionais sem que houvesse o suposto atendimento do requisito de “confusão patrimonial” entre o “real adquirente” e a sociedade adquirida*, bem como de *que teria havido intenção deliberada de modificar as características essenciais da obrigação tributária de modo a reduzir o montante do tributo devido*, com a consequente qualificação da penalidade. Destaca, ainda, a exigência de multa isolada por falta de recolhimento de estimativa e a aplicação de *multa por omissão no Registro M300 (“e-Lalur”) da Escrituração Contábil Fiscal no valor de R\$ 48.182.189,88 (cerca de 25% do valor global do auto de infração)*.

Na sequência, apresenta as características das transações realizadas e confronta a acusação fiscal, bem como a decisão recorrida e o resultado da diligência determinada pela autoridade julgadora de 1ª instância, deduzindo argumentos contra a integralidade do lançamento, ao final assim sintetizados:

#### **X. CONCLUSÃO**

*543. Esse Recurso Voluntário é tempestivo e deve ser integralmente apreciado e acolhido em suas razões de fato e de Direito, que demonstram a total improcedência desta infundada exigência fiscal.*

*544. Quanto aos fatos, pode-se concluir que:*

*(i) Aquisição da Tavares de Melo – a aquisição foi realizada pelo Grupo LDC em um contexto de expansão de suas atividades com partes independentes, sendo o preço efetivamente pago em dinheiro, com reconhecimento do ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura da companhia reconhecido em laudo técnico elaborado anterior à aquisição;*

*(ii) Aquisição da Ampla - a aquisição foi realizada pelo Grupo LDC em um contexto de expansão de suas atividades com partes independentes, sendo o preço efetivamente pago em dinheiro, com reconhecimento do ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura da companhia reconhecido em demonstrativos elaborados especialmente para esse fim;*

*(iii) Aquisição da Santaelisa Vale – a aquisição foi realizada pelo Grupo LDC em um contexto de expansão de suas atividades com partes independentes, sendo o preço efetivamente pago em participação em sociedade (LDC Bioenergia), com o reconhecimento de ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, reconhecido em demonstrativos elaborados especialmente para esse fim, confirmados posteriormente por laudo técnico. A justificativa econômica para realizar a aquisição da Santaelisa Vale pela Ágatis foi a necessidade de assegurar a manutenção do controle societário durante a aquisição (momento em que instituições financeiras poderiam diluir o controle do grupo) e posteriormente (em virtude de possíveis ajustes nas participações societárias).*

*545. Quanto à nulidade, pode-se concluir que:*

**(i) Impossibilidade de alteração de critério jurídico** – a fundamentação principal apontada pelas Autoridades Fiscais (única para o ágio da Tavares de Melo) seria a **não** comprovação da origem dos recursos utilizados pela LDCB para adquirir a Tavares de Melo e Ampla. Ocorre que houve alteração do critério jurídico utilizado para a manutenção do crédito em sede de Diligência (as Autoridades Fiscais passaram a identificar que a contratação do empréstimo teria sido simulada e realizada com o único propósito de viabilizar a amortização do ágio sem envolver o suposto “real adquirente”). A referida alteração de critério jurídico é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 146 e 149 do CTN, bem como § 3º do art. 18 do Decreto 70.235/72), devendo-se, portanto, ser declarado nulo o auto de infração neste particular. De outra forma, o E. CARF somente poderá analisar se houve ou não a comprovação da origem dos recursos para aferir se o ágio seria ou não regular para fins de amortização;

**(ii) Erro de direito** – caso não seja caracterizada a alteração de critério jurídico, o que se admite para argumentar, deverá ser identificado o “erro de direito”, entendido como uma confusão com relação à norma aplicada (ao invés de aplicar, de início, a norma que dispunha que as operações foram simuladas, aplicou-se uma presunção de que a não comprovação dos recursos implicaria a conclusão de que a LDCB não seria a “real adquirente”). Neste sentido e levando-se em consideração o entendimento asseverado pelo STJ no REsp 1.130.545/RJ (vinculante ao E. CARF por força do art. 62 da Portaria 343/15), não será possível, a este E. CARF, considerar em suas razões de decidir o “aditamento” realizado em sede de diligência;

**(iii) Erro de fato** – caso o E. CARF entenda que o resultado da Diligência **não** implica “erro de direito”, o que se admite para argumentar, a reinterpretação de novos fatos para caracterizá-los no mesmo critério jurídico **deve** respeitar o prazo decadencial. Dessa forma, caso a transação que implicou na aquisição prescindida de dolo, fraude ou simulação, nos termos do comprovado nas razões de Direito acima aduzidas, dever-se-á reconhecer a decadência do direito do Fisco de realizar o referido “aditamento” probatório aos anos de 2010 e 2011. Na hipótese de a transação ser tida como dolosa, fraudulenta ou simulada, o que se admite exclusivamente para argumentar, haveria decadência do direito das Autoridades Fiscais complementarem as provas obtidas na diligência para o ano de 2010;

**(iv) Vício material** – nos termos do entendimento da CSRF, sempre que houver “inovação” no lançamento, em especial a fatos e motivação, inclusive nos casos em que tal inovação se der por resulte de uma diligência, estará presente um vício de ordem material no lançamento, devendo o eventual novo lançamento ocorrer dentro do prazo de 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador e não de cinco anos a contar da data em que tornada definitiva a decisão que tenha anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado (parágrafo único do art. 149 do CTN).

**(v) Ausência de diligência** – as Autoridades Fiscais negligenciaram a necessidade de diligência juntamente às instituições financeiras que concederam os empréstimos à LDCB, prova que poderia afastar a construção fática e argumentativa perpetrada na Diligência. Este fato macula o presente Auto de Infração de nulidade por vício de motivação, isto porque as Autoridades Fiscais não atuaram de forma prospectiva para buscar elementos probatórios essenciais ao deslinde do caso. Nesse sentido, caso não haja nenhuma prova que infirme que os contratos apresentados pela Recorrente tenham sido, de fato, celebrados, não é possível que sejam desconsiderados como recursos idoneamente contraídos pela LDCB;

546. Quanto ao mérito, pode-se concluir que:

**(i) Argumentação apresentada na Diligência para concluir que a estrutura de aquisição da Tavares de Melo seria simulada** – todos os elementos colhidos em sede de diligência ratificaram que a LDCB tinha patrimônio suficiente para fazer frente aos pagamentos em favor dos antigos acionistas da Tavares de Melo, bem como a origem dos recursos teria sido comprovada e justificada: empréstimos com instituições financeiras. A contabilidade da Recorrente não pode ser desconsiderada sem que haja qualquer indício de fraude ou simulação nas operações. Não há qualquer indício documental que a LDC Brasil adimpliu os empréstimos em favor da LDCB sem que a última não tivesse tido qualquer sacrifício patrimonial. Ademais, a **comprovação de pagamento de empréstimos** que financiaram a aquisição de participações societárias **não é requisito previsto na legislação para que o ágio seja tido como amortizável para fins fiscais**. A Recorrente **comprovou** que (i) realizou o pagamento aos acionistas (as transferências saíram de sua conta no Banco Pactual); (ii) tinha patrimônio registrado na sua contabilidade suficiente para justificar o pagamento; e (iii) contratou empréstimos com **terceiros não relacionados** de forma lícita. Portanto, não há como, pela suposta não comprovação de pagamento dos empréstimos pela LDCB ou LDC Bioenergia, aduzir que o ágio não estaria regular. Vale apontar que o resultado da Diligência se baseou em uma série de equívocos e distorções na interpretação dos fatos, dentre as quais vale ressaltar:

- A Fiscalização identificou que houve exportação da LDC Bioenergia à Nethgrain em montante suficiente para fazer frente aos pagamentos dos empréstimos. Apesar disso, concluiu que o fato de ter adquirido performance da LDC Brasil (soja) e de ter exportado a uma parte relacionada (Nethgrain) seria indicativo de que a operação teria sido simulada;

- Segundo as Autoridades Fiscais, a criação de conta no Banco Pactual que recebeu os valores decorrentes dos empréstimos e realizou o pagamento aos vendedores da Tavares de Melo seria um indicativo que a operação foi simulada. Ocorre que esse argumento não possui nenhuma sustentação, haja vista ser extremamente normal a criação de uma conta para concentrar o pagamento de determinada obrigação, bem como outras motivações financeiras (i.e., taxas mais baratas) que poderiam justificar a referida decisão;

- As Autoridades Fiscais dispuseram que a Recorrente não teria apresentado, na sua contabilidade, o pagamento dos empréstimos, juros e o respectivo registro dos encargos correspondentes. Ocorre que não foi apresentado nenhum indício comprobatório que pudesse constatar que a contabilidade da Recorrente seria imprestável. Portanto, o regular tratamento contábil dos empréstimos, conforme apresentado no balancete apresentado à Fiscalização, deve ser tido como meio idôneo de prova;

- As alegações das Autoridades Fiscais não lograram comprovar que teria sido outra sociedade ou outra pessoa física que, de fato, adimpliu os empréstimos apresentados em sede de diligência.

- A existência de sociedade garantidora dos empréstimos contratados, a realização de exportação de outras commodities que não as produzidas pela própria empresa, a assunção de determinados empréstimos por empresas do mesmo grupo econômico e o adimplemento de contratos utilizados para financiar empresas exportadoras por outras sociedades do mesmo grupo econômico são práticas **extremamente normais**,

*lícitas e, inclusive, previstas em normativos do Banco Central, não sendo possível reconhecer qualquer ilegalidade na transação da forma que foi realizada.*

**(ii) A aquisição da Tavares de Melo preencheu todos os requisitos legais para o reconhecimento do direito à amortização do ágio** – todos os requisitos formais e substanciais exigidos pela legislação foram devidamente observados pela Recorrente. Nos termos do art. 7º e 8º da Lei 9.532/97 a dedutibilidade das despesas de ágio está condicionado ao atendimento **exclusivo** dos seguintes requisitos: **(ii.1)** aquisição de participação societária com o pagamento de ágio (a transação foi realizada com terceiros e a contraprestação paga em dinheiro); **(ii.2)** o investimento deverá ser avaliado por MEP; **(ii.3)** o fundamento do ágio pago deverá se expectativa de rentabilidade futura (no caso em concreto, tal requisito foi atendido, conforme reconhecido pela Fiscalização e DRJ); e **(ii.4)** incorporação, cisão ou fusão entre sociedade que o ágio estava contabilizado (LDCB) e sociedade que o fundamentou (Tavares de Melo);

**(iii) Contabilidade como meio idôneo de prova** – o recurso utilizado pela LDCB para adquirir a Tavares de Melo e a Ampla estava regularmente registrado nos livros contábeis da Recorrente que não apresentava **nenhum** indício de fraude que pudesse descaracterizá-lo como constituído. A contabilidade é meio de prova idôneo em favor do contribuinte (art. 226 do CC/02 e arts. 923 e 924 do RIR/99), pois apenas refletia o que de fato e de direito existia: dinheiro oriundo de empréstimos existente na conta corrente da Recorrente;

**(iv) Única possibilidade de contestar o passivo** – o único instituto jurídico que poderia permitir a descaracterização de passivos seria o de **passivo fictício**. Assim, a Fiscalização não poderia fundamentar a autuação no dispositivo relativo ao ágio, bem como deveria comprovar elemento indiciário (ausência de pagamentos) para presumir que o passivo seria fictício e, quando muito, isto permitiria uma acusação de suposta omissão de receita e não de inidoneidade fiscal do ágio, o que não foi feito;

**(v) Impossibilidade jurídica de classificação da LDCB como “empresa veículo”** – só é possível falar em “empresa-veículo” quando a sociedade não tem absolutamente nenhuma outra função na estrutura que não a de propiciar uma economia fiscal, em um contexto desprovido necessariamente de qualquer propósito comercial efetivo. A LDCB era empresa operacional, existente a anos, com funcionários, ativos e estrutura administrativa própria, não sendo possível classificá-la como “empresa-veículo”. Ainda que fosse tida como “sociedade-veículo”, o que se admite para argumentar, ainda assim, o presente caso teria atendido os requisitos que a jurisprudência administrativa vem entendendo que são necessários para o ágio ser amortizado para fins fiscais: **(v.1)** a transação que gerou o ágio foi realizado entre partes independentes; **(v.2)** houve efetivo pagamento em dinheiro pela LDCB; **(v.3)** o fundamento econômico do ágio estava baseado em avaliação econômica (o laudo técnico para fundamentar o ágio da Tavares de Melo foi, inclusive, reconhecido pela DRJ como regular). A jurisprudência administrativa vem entendendo que há indícios de simulação quando: **(a)** a empresa tida como “veículo” foi criada exclusivamente para a obtenção de economia fiscal; e **(b)** o resultado final dos vários atos realizados se dá para atingir o único e exclusivo objetivo de viabilizar a amortização do ágio para fins fiscais que de outra forma não seria atingido. No caso do ágio gerado na LDCB, não há atendimento de **nenhum** destes requisitos, isto porque **(a)** a LDCB **não foi criada** exclusivamente para a obtenção de economia fiscal, sendo empresa operacional atuante no mercado de açúcar e álcool; e **(ii)** o resultado final dos negócios jurídicos celebrados tinham como finalidade a aquisição da participação



na Tavares de Melo e Ampla pela LDCB, sociedade operacional que, após a aquisição, uniria seu patrimônio com as empresas adquiridas com o intuito de ganho de escala econômica;

**(vi) A LDC Brasil não era “real adquirente”** – além da legislação não prever o suposto requisito de “confusão patrimonial” com o suposto “real adquirente”, sendo somente necessário que haja a união patrimonial entre o investidor que possui o ágio registrado em sua contabilidade e o investimento que fundamentou o pagamento do excedente de preço, cumpre mencionar que é **impossível** considerar a LDC Brasil como “real adquirente” da transação, visto que todos os atos foram praticados pela LDCB de forma lícita e **não** podem ser desconsideradas para fins fiscais pelas Autoridades Fiscais sob pena de afronta do art. 149, VII, do CTN;

**(vii) Aquisição da Ampla e o registro do ágio** – demonstrou-se, ao longo da Impugnação que **(a)** o elemento eleito pela legislação para fundamentar o ágio é a motivação subjetiva do investidor, assim, comprovando-se que a aquisição, pelo Grupo LDC, da Ampla visava o percebimento dos lucros futuros dessa companhia, não poderia ser outra a conclusão que não a que o fundamento do ágio seria **expectativa de rentabilidade futura**, mesmo existindo laudo que objetivamente verifique que o valor pago pela companhia seria atribuível à mais-valia de ativos; **(b)** o “demonstrativo” a qual se refere a legislação tributária poderá ser qualquer elemento que demonstre a motivação da LDCB em adquirir a Ampla por conta de sua expectativa de lucratividade futura, não havendo nenhuma obrigação de ser elaborado **antes** da aquisição da participação societária;

**(viii) Laudo técnico da Ampla embasado em mais-valia de ativos** – Como salientado, o elemento volitivo do Grupo LDC na aquisição da Ampla preponderaria como fundamento do ágio pago em detrimento de laudo que tenha objetivamente identificado a alocação do excedente de preço pago como mais-valia de ativos. Entretanto, mesmo se assim não o fosse, o que admitimos exclusivamente para fins de argumentação, seria admitido a apropriação da despesa de depreciação da mais-valia alocada ao custo das máquinas e equipamentos após sua incorporação pela LDC Bioenergia. Dessa forma, em virtude do prazo de depreciação normalmente aceito pelas Autoridades Fiscais ser de 10 anos para os imobilizados em questão (máquinas e equipamentos), não se poderia admitir a glosa de 50% do ágio amortizado pela Recorrente.

**(ix) Aquisição da Santaelisa Vale o registro do ágio** – demonstrou-se, ao longo da Impugnação, que **(a)** a Fiscalização só poderia julgar o laudo técnico como inidôneo se contraditá-lo com provas técnicas; **(b)** o elemento eleito pela legislação para fundamentar o ágio é a motivação subjetiva do investidor, assim, comprovando-se que a aquisição, pela Ágatis, da Santaelisa Vale visava o percebimento dos lucros futuros dessa companhia, não poderia ser outra a conclusão que não a que o fundamento do ágio seria **expectativa de rentabilidade futura**; **(c)** o “demonstrativo” a qual se refere a legislação tributária poderá ser qualquer elemento que demonstre a motivação da Ágatis em adquirir a companhia por conta da expectativa de lucratividade futura; **(d)** os laudos técnicos elaborados posteriormente à aquisição são idôneos e não existe nenhuma exigência legal de que sejam elaborados antes das aquisições. Por conta disso, conclui-se que o ágio pago na aquisição da Santaelisa Vale estava embasado nas respectivas **expectativas de rentabilidade futura**, foram devidamente registrados com o suporte em laudos contemporâneos à operação que foram confirmados por laudos técnicos que ratificaram, quantitativamente, o ágio pago. Os recentes julgamentos do E. CARF confirmam os elementos e as conclusões ventiladas;

**(x) Validade da utilização de holdings puras em estruturas societárias dotadas de propósito comercial** – o ordenamento jurídico pátrio permite a utilização de sociedades holdings puras sem funcionários, receitas e custos para, inclusive, se beneficiar de regimes fiscais (§ 3º do art. 2º da Lei 6.404/76 e art. 31 da Lei 11.727/08);

**(xi) Ágio da Santaelisa Vale - Preenchimento dos requisitos para a dedução do ágio** – é imperioso reconhecer que no ágio decorrente da aquisição do controle da Santaelisa Vale também houve o atendimento de todos os requisitos previstos na lei para que o ágio fosse tido como regular para fins de amortização: (i) houve efetiva aquisição de participação societária entre partes independentes, com o pagamento do ágio; (ii) o investimento na Recorrente foi avaliado por meio do MEP; (iii) a fundamentação do pagamento do ágio foi a expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida (fundamentado em demonstrativo anterior à transação que foi, em um segundo momento, ratificado por laudo técnico); e (iv) houve incorporação do investimento pela adquirente (Ágatis);

**(xii) Não configuração de “empresa veículo” (existência de motivação econômica para a utilização da Ágatis)** - Não há nenhum vício que justifique a desconsideração do evento de incorporação da Ágatis pela LDC Bioenergia, não subsistindo a alegação da Fiscalização de que a Ágatis é uma “empresa veículo” com finalidades exclusivamente fiscais. Ela existiu por necessidade societária de manter o controle da Santaelisa Vale durante toda operação. Mesmo se admita sua caracterização como empresa cujo único propósito seria viabilizar economia fiscal, o que se admite para fins de argumentação, ainda assim, não poderia ser desconsiderada a operação por falta de aderência da teoria do business purpose ao princípio da estrita legalidade tributária. Também há de se admitir que o sistema jurídico permite a existência de empresas holdings puras, inclusive, com a finalidade de se utilizar de benefícios fiscais. 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;

**(xiii) Ágio da Santaelisa Vale - Inexistência de previsão legal quanto à “confusão patrimonial” do “investidor originário”** – Restou demonstrado que a Ágatis foi a real investidora, não tendo existido única e exclusivamente para viabilizar a amortização do ágio. Sua personalidade jurídica não pode ser desconsiderada. Adotar o posicionamento da Fiscalização 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 Ágatis pela LDC Bioenergia). Se admitida, somente a título de argumentação, a necessidade de confusão patrimonial entre a “adquirente originária” e a empresa adquirida, ainda assim, em relação à Santaelisa Vale, com a incorporação da Celosia pela Ágatis, restaria atendido tal requisito;

**(xiv) A conclusão da I. DRJ sobre a sujeição da norma de amortização do ágio ao art. 299 do RIR não pode prosperar pelas seguintes razões: (xiv.1) a regra aplicável à dedutibilidade do ágio pago baseado em expectativa de rentabilidade futura é regra autônoma e específica, sendo aplicável em detrimento de regra geral; (xiv.2) a regra do art. 299 é aplicável às despesas registradas na contabilidade, a despesa de ágio é um ajuste realizado na própria base de cálculo; e (xiv.3) a interpretação parte da premissa equivocada de que há artificialidade na operação, fazendo com que a redução do IRPJ e da CSL delas decorrentes não fossem usuais, necessárias e**

normais, fato que, conforme já exaustivamente comprovado, não corresponde à realidade da operação.

547. Quanto às multas e aos juros de mora, pode-se concluir:

(i) **Multa agravada 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: (a) não houve propósito negocial utilização da Ágatis na estrutura societária; e (b) a Recorrente teria “escondido” os contratos de empréstimo que originaram o recurso para aquisição da Tavares de Melo e Ampla revelaria a intenção fraudulenta do Grupo LDC são totalmente descabidas e não possuem a menor chance de prosperar;

(ii) **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;

(iii) **Multa pela Omissão na ECF:** As Autoridades Fiscais aplicaram multa na ordem de 48 milhões sobre valores não informados na ECF, em específico as linhas do Registro M300 (e-Lalur). A Recorrente estava, em 2014, em cenário de prejuízo fiscal, inclusive até mesmo depois da realização dos ajustes decorrentes das supostas despesas indedutíveis. 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. Por fim, 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.

## **XI. PEDIDOS**

548. Com base em todo o exposto, a Recorrente tem por comprovada a exatidão dos procedimentos adotados e a total improcedência dos Autos de Infração, bem como o

---

*equivoco cometido pela Autoridade Fiscal ao interpretar os fatos e o Direito a eles aplicável neste caso.*

*549. Assim sendo, a Recorrente pleiteia o acolhimento integral do presente Recurso Voluntário e o imediato e integral cancelamento dos Autos de Infração em tela (principal, multas e juros), com o consequente arquivamento do processo administrativo e recomposição dos prejuízos fiscais e bases negativas compensadas quando da apuração do crédito tributário em discussão.*

*550. A Recorrente protesta ainda pela juntada posterior de documentos que possam se fazer necessários, nos termos do artigo 16, § 40, alínea "a" do Decreto 70.235/72, bem como do princípio da verdade material que orienta o processo administrativo fiscal.*

*551. A Recorrente informa que tem interesse em realizar sustentação oral perante esse E. CARF. (destaques do original)*

Em contrarrazões ao recurso voluntário, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional pondera que:

- Não se verifica a nulidade arguída, vez que *não houve atuação de pessoa incompetente e tampouco qualquer preterição no direito de defesa da contribuinte no presente processo administrativo*, sendo que seus argumentos se confundem com o próprio mérito da exigência. Observa que a Fiscalização desde o início se refere a ausência de confusão patrimonial, acusação que teria como pressuposto a caracterização de "LDC Bioenergia" como empresa veículo, de modo que as considerações posteriores à diligência apenas reforçam o critério jurídico adotado no lançamento, o que infirma o alegado erro de direito e a dita revisão de lançamento. Quanto à falta de intimação de instituições financeiras, a autoridade fiscal apenas ressaltou que aquelas determinações já haviam sido adotadas de antemão e não haveria motivo para sua repetição;
- Também não se verificaria a decadência, vez que não houve alteração de critério jurídico, e na hipótese de dolo, fraude e simulação o prazo decadencial seria regido pelo art. 173, I do CTN, além de *a data da aquisição com ágio não influenciar a contagem do prazo decadencial*;
- O laudo de avaliação de "Tavares de Melo" teria sido elaborado na data de fechamento do negócio, impedindo sua análise com profundidade pela adquirente, e o laudo de avaliação de "Ampla" foi elaborado depois da aquisição e com fundamento no valor de mercado dos bens de ativo da adquirida superior ao custo registrado em sua contabilidade;
- O sujeito passivo não logrou provar a origem dos recursos que utilizou para aquisição dos investimentos em "Tavares de Melo" e "Ampla", inviabilizado seu reconhecimento como real adquirente. Já com referência ao investimento em "Santaelisa Vale", o laudo de rentabilidade futura seria intempestivo e não fundamentaria o valor da companhia, além de ter sido utilizada empresa veículo ("Ágatis") com

finalidade única de adquirir o investimento com ágio e transferi-lo à empresa operacional, sem a necessária confusão patrimonial entre as reais adquirentes e a recorrente.

- Como a amortização de ágio seria benefício fiscal, a interpretação restritiva da norma se impõe, e nela se *estabelece uma presunção de perda de investimento em face da "confusão patrimonial" entre investimento e investidor*, circunstância em que *é imprescindível que o investimento tenha sido efetivamente adquirido pelo investidor com ágio*, e que o ágio seja *de fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participaram da incorporação, fusão ou cisão societária que tornará o ágio dedutível*. Cita jurisprudência da 1ª Turma da CSRF e da 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara quanto à *impossibilidade de utilização de empresa veículo para a obtenção do ágio e à necessidade de confusão patrimonial entre o real investidor e o investimento*.
- A Fiscalização demonstrou que "LDCB" *não possuía recursos próprios para arcar com os pagamentos decorrentes da operação de aquisição de "Tavares de Melo" e "Ampla"*, e a recorrente não provou *que os empréstimos contratados foram efetivamente arcados pela LDC Bioenergia*. Mais do que a apresentação de contratos de empréstimo, deve ser demonstrado o *efetivo cumprimento dos compromissos assumidos*, e assim não foi feito apesar das diversas oportunidades que lhe foram dadas. Os elementos da acusação fiscal e resultantes da diligência deixam *foram de dúvida que quem arcou com os pagamentos da aquisição Tavares de Melo e da Ampla foi, de fato, a LDC Brasil, e não a LDC Bionergia*. As constatações sintetizadas na decisão recorrida acerca das demonstrações presentes nos autos evidenciam que a escrituração somente faz prova quando suportada por documentos, subsistindo a conclusão de que *a realidade negocial foi falseada, fazendo crer que a LDC Bionergia estivesse suportando os custos decorrentes das aquisições, e sobre ela recaindo o "animus" da operação, com a utilização de empresa veículo para a obtenção do ágio, o que é vedado pelo Direito*.
- O laudo apresentado para avaliação de "Santaelisa Vale" já indicaria "Ágatis" como empresa veículo, e as demais circunstâncias apresentadas confirmam esta figuração, restando desconstituído na decisão recorrida o argumento de que ela foi usada por razões empresariais. Considerando que *o Fisco poderá desconsiderar os efeitos jurídicos tributários se comprovado que a pretensão das partes ao celebrar o negócio jurídico foi exclusivamente fugir à tributação*, conforme precedentes citados, não procede a oposição da contribuinte à aplicação do art. 116, parágrafo único do CTN. Também a possibilidade de se constituir uma *holding* com o intuito único de gozo de incentivos fiscais foi validamente refutada na decisão de 1ª instância, a evidenciar que a glosa foi regularmente promovida. *No caso, a realidade negocial foi falseada, fazendo crer que a Ágatis estivesse suportando os custos decorrentes da aquisição*

---

*do investimento, e sobre ela recaindo o "animus" da operação, a evidenciar utilização de empresa veículo para a obtenção do ágio, o que é vedado pelo Direito.*

- Não foram apresentados laudos contemporâneos à aquisição do investimento em "Ampla" e "Santaelisa Vale", restando injustificado o fundamento se *não foram elaborados à época em que o ágio foi pago (mais especificamente, antes do pagamento, impondo considerar que o ágio foi pago com base em quaisquer outras razões econômicas, mas não na rentabilidade futura.* O fundamento em questão não é um simples documento, mas sim a vontade real que fez parte do negócio firmado, sendo que, na forma da legislação citada, o lançamento contábil do ágio deve indicar a razão econômica que levou o seu pagamento, a qual, por seu turno, deve estar demonstrada em um documento arquivado na contabilidade da empresa, não sendo possível conceber que o documento que ateste a razão econômica de um ágio seja elaborado após o seu efetivo pagamento, o que significaria admitir que a parte adquiriu o bem e depois analisou se tinha interesse na compra já realizada, ou seja, que o ato existiria antes da vontade. Esta hipótese, além de ser um disparate hermenêutico, implicaria a permissão de inimagináveis situações fraudulentas. Ademais, o laudo referente à aquisição de "Ampla" se conformaria no valor de mercado de bens do ativo da adquirida superior ao custo registrado na contabilidade, descabendo ao Fisco cogitar de outro tipo de amortização diversa daquela que a contribuinte promoveu. E o documento alegado em relação a "Santaelisa Vale" promove sua avaliação a valor de mercado e não foi dirigido a "Ágatis", inclusive reafirmando a sua falta de essência empresarial. Arremata referindo outros vícios apontados no laudo de rentabilidade futura da "Santaelisa Vale".
- A multa qualificada deve ser mantida ainda que não existam documentos com fraudes materiais, e a acusação fiscal é de simulação, praticada de modo a parecer que os atos praticados foram aqueles formalizados, quando a substância é, na verdade, distinta. Confirmado que os atos praticados no processo de aquisição das empresas padecem de artificialidades próprias de fraude por simulação, em especial pela utilização de empresas veículo, em estrutura complexa adotada com o único intuito de obter vantagem tributária indevida, e considerando as demais ponderações apresentadas pela Fiscalização, bem como o enquadramento legal apresentado, conclui que foi preenchida a circunstância qualificadora da multa de ofício (art. 72), sendo inaplicável o art. 112 do CTN por inexistir dúvida quanto aos fatos que a autorizam.
- É possível a cumulação entre multa de ofício e multa isolada, pois são penalidades distintas que incidem sobre bases de cálculo diversas, mormente em face da alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351/2007, e no caso a autoridade autuante agiu de acordo com as normas aplicáveis ao caso, realizado o seu dever

*de efetuar o lançamento, nos termos do art. 142 do CTN, inclusive no que se refere à sua exigência depois do encerramento do ano-calendário.*

- Não há hipótese aplicável de dispensa da multa por omissão na ECF, e o argumento de não prejuízo à administração contém uma contradição inerente, levando-se em conta que, no caso, toda norma que impõe penalidade, impõe justamente para obrigar uma conduta, que uma vez não observada, obviamente, implica em prejuízo à administração pública. Quanto ao alegado efeito confiscatório, a Súmula CARF nº 2 impede sua apreciação.

Em 3 de dezembro de 2018 o sujeito requereu a juntada da petição de fls. 9279/9336, na qual invoca a recente alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB pela Lei nº 13.655/2015, em razão da qual entende evidente *a necessidade de que os órgãos judicantes administrativos apliquem as previsões da LINDB na interpretação de atos e negócios jurídicos praticados por particulares*. Cita manifestações de doutrinadores favoráveis à aplicação do art. 24 da LINDB à instância administrativa que controla o lançamento tributário e expõe sua avaliação acerca dos critérios jurídicos utilizados pela jurisprudência administrativa majoritária para que fosse caracterizada "empresa-veículo" no período em que a Recorrente deduziu as despesas de ágio em suas bases de apuração do IRPJ e da CSLL (2010 a 2014) e, mesmo se caracterizada a utilização de "empresa-veículo", se esse critério teria relevância para invalidar a amortização do ágio para fins fiscais.

Conclui inexistir dúvidas que a orientação geral da época adotava como premissa o fato de que a simples utilização de holdings puras em reorganizações societárias não seria elemento suficiente para inviabilizar o aproveitamento fiscal do ágio, isto porque desde que (i) não surgisse "novo" ágio; (ii) houvesse transação com terceiros independentes; e (iii) não fosse identificado defeitos nos negócios jurídicos celebrados (dolo, fraude ou simulação), a utilização de holdings puras não seria relevante para fins fiscais. Acrescenta especificamente em relação ao Ágio da Tavares de Melo que todos os precedentes existentes à época não admitiriam a classificação da "LDCB" como "empresa-veículo".

Pede, assim, que se admita aplicável o art. 24 da LINDB e que, considerando a jurisprudência majoritária da época, bem como a unanimidade dos posicionamentos contrários à circunstância referente ao ágio da "Tavares de Melo", que seja cancelado integralmente o crédito tributário aqui formalizado.

Em 07/12/2018 a recorrente apresentou nova petição, cujo objetivo seria juntar aos autos novos documentos que comprovam que os contratos celebrados com o (i) Banco do Brasil S.A.; (ii) Banco Calyon Brasil S.A.; (iii) Unibanco União de Bancos Brasil S.A.; (iv) Banco ABN AMRO S.A.; e (v) Banco Bradesco S.A., implicou oneração do patrimônio da Recorrente, sendo possível concluir que a LDC Brasil não atende a condição de adquirente para fins de aplicação do artigo 7º da Lei nº 9.532, de 10.12.1997. Os elementos foram integrados às fls. 9339/10130.

## Voto

Conselheira Edeli Pereira Bessa - Relatora

---

**Aplicação do art. 24 da LINDB**

Preliminarmente é oportuno registrar que, apesar de ser passível de conhecimento a petição apresentada depois de pautado o presente processo para julgamento, na medida em que nela estão veiculados novos argumentos acerca de matéria previamente impugnada e debatida em recurso voluntário, deve ser afastada a pretendida aplicação do art. 24 da LINDB, que assim dispõe:

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

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

As expressões destacadas evidenciam que o dispositivo em questão se dirige à revisão de ato, processo ou norma editados pela Administração Pública, bem como contratos firmados entre ela e particulares. O lançamento tributário, por sua vez, não opera revisão de atos administrativos, nem afeta ato ou *situação plenamente constituída*. E, caso se cogite que o lançamento de ofício resulta em revisão de apurações promovidas pelo sujeito passivo, está patente que a norma em referência tem por objeto a revisão de atos da Administração Pública dos quais decorram benefícios ou vantagens ao particular, e não a revisão de atos de particulares, mormente considerando que as apurações promovidas pelo sujeito passivo somente se tornam definitivas com o decurso do prazo de homologação previsto no art. 150, §4º do CTN. Esta incompatibilidade, aliás, revela que o alcance atribuído à norma pela requerente conflita com a Constituição Federal que, em seu art. 146, inciso III, alínea "b", atribui à lei complementar a disciplina acerca da atividade administrativa de lançamento. E, mesmo vislumbrando-se o lançamento tributário como sendo o ato passível de revisão por meio de decisão proferida no âmbito do processo administrativo fiscal, basta observar que a aplicação, interpretação e integração da legislação tributária também é regida pelo Código Tributário Nacional.

Acrescente-se, ainda, o fato de a norma em referência ter sido editada em face das atividades de controle das contratações públicas, e os prejuízos que sua aplicação traria ao contencioso administrativo, obstaculizando seu aperfeiçoamento e evolução mediante a consolidação de jurisprudência que, quando editada, não dispunha de qualquer atributo normativo na forma da legislação complementar desde antes vigente.

Por tais razões, deve ser REJEITADA a preliminar de aplicação do art. 24 da LINDB.

**Nulidade do lançamento relativo à glosa de amortização do ágio gerado na aquisição da Tavares de Melo e Ampla**

A recorrente argúi a nulidade da parcela do lançamento *relativa a glosa de amortização do ágio gerado na aquisição da Tavares de Melo e Ampla*, em razão da



impossibilidade de alteração de critério jurídico promovida em sede de diligência, ou, subsidiariamente, que seja reconhecida a ocorrência de erro de direito, impeditivo da admissibilidade do aditamento realizado em diligência, ou mesmo erro de fato, corrigido depois do transcurso do prazo decadencial relativamente aos anos-calendário de 2010 e 2011 ou, minimamente, de 2011. A nulidade do lançamento também estaria evidenciada pela negligência no cumprimento de diligência junto a instituições financeiras.

Expondo a acusação fiscal de que a autuada teria ocultado fatos por ocasião da operação e do procedimento fiscal, inclusive invocando estas constatações para qualificação da penalidade, muito embora elas permitissem cogitar, quando muito, da majoração por embaraço à fiscalização, a recorrente assevera que a invalidação do ágio para fins de amortização decorreu do fato de a contribuinte não conseguir *comprovar a origem dos recursos utilizados para o pagamento aos vendedores das empresas Tavares de Melo e Ampla*, de modo que *a LDCB, empresa operacional do Grupo LDC, não seria a "real adquirente" das participações societárias*. Relata que, frente às alegações veiculadas na impugnação de que a acusação fiscal estaria baseada em simples ilação, e de que os recursos em questão teriam origem em *empréstimos e financiamentos regularmente contraídos pela LDCB* e contabilizados sem qualquer evidência de fraude, a exigir a caracterização da hipótese em passivo fictício, a autoridade julgadora de 1ª instância, a partir das mesmas provas apresentadas à Fiscalização, requereu diligências junto às instituições financeiras que teriam concedido os empréstimos em 2007, bem como ao Banco Central do Brasil para esclarecimentos quanto aos contratos de câmbio que internalizaram os recursos, além da intimação à contribuinte para apresentação da escrituração do pagamento dos empréstimos e de sua reintimação para apresentação dos contratos e outros desdobramentos da operação. A contribuinte teria localizado outros documentos, apesar de não estar mais obrigada a guardá-los, e destacando que na conversão em diligência *a I. DRJ deixou evidente que a comprovação que se fazia necessária para tornar o ágio válido para fins fiscais seria a apresentação dos contratos celebrados pela LDCB*, observa que apesar de apresentadas as provas necessárias, a decisão recorrida expressou a conclusão de que elas *ratificariam que a LDCB não atenderia à condição de "real adquirente"*, mas sim a Louis Dreyfus Commodities Brasil S/A (LDC), que teria incorrido no ônus patrimonial para fazer frente aos pagamentos realizados e registrados na LDCB em março de 2007.

Entende que as conclusões assim expostas em diligência implicariam nulidade do auto de infração, dado que na forma do art. 142 do CTN, o lançamento deve *conter os elementos indispensáveis à identificação inequívoca da obrigação surgida*. Como o auto de infração firmou que os documentos apresentados ao longo da Fiscalização *não teriam sido suficientes para comprovar que os recursos teriam sido originados do patrimônio da LDCB, sendo, portanto, "presumível" que a LDCB não seria "real adquirente"*, não se afirmando inequivocamente que os recursos não seriam da LDCB, inclusive havendo elementos a indicar que *a LDCB teve sacrifício patrimonial*, uma vez solicitadas novas provas em diligência, o Auto de infração deveria ser *peremptoriamente anulado por ausência de comprovação fática das alegações da Fiscalização*.

Frente a tais alegações, necessário se faz analisar como transcorreu o procedimento fiscal e em que termos foi formulada a acusação fiscal original. Segundo relatado no Termo de Verificação Fiscal (fls. 5087/5141), a conclusão de que *a compradora formal não possui os recursos necessários para o pagamento da primeira parcela do preço acertado, no valor de R\$ 629.360.903,80, que deveria ser pago na data do fechamento do contrato, isto é, em 28/03/2007*, decorreu das seguintes constatações:

- 
- *a Louis Dreyfus Commodities Brasil S/A consta como garantidora e fiadora das obrigações da Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A no Contrato de Compra e Venda da Tavares de Melo e da Ampla;*
  - Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A auferiu receita líquida de R\$ 566.313.544,93 e lucro bruto de R\$ 82.118.570,96 no ano-calendário 2006, e R\$ 53.290.934,76 de receita líquida nos três meses anteriores ao evento especial de março/2007; além de o ativo circulante variar de R\$ 342.455.705,86 a R\$ 314.004.442,58 nos dois períodos, representando R\$ 686.143.521,23 o ativo total ao final de 2006. Como não houve aporte de capital, os recursos teriam advindo de terceiros, dado o aumento, na DIPJ de janeiro a março/2007, do passivo circulante de R\$ 75.462.289,99 para R\$ 748.786.797,46, e do exigível a longo prazo de R\$ 5.373.605,77 para R\$ 102.246.852,67, sendo que este último aumento corresponde à nota promissória da terceira parcela devida na operação (R\$ 96.873.246,90), e no detalhamento do aumento do circulante foi indicada a nota promissória da segunda parcela devida (R\$ 86.939.160,10), bem como em contas a pagar foi indicada a primeira parcela de R\$ 629.360.903,80, paga em 28/03/2007;
  - Questionada no início do procedimento fiscal, em 25/02/2015, acerca da *origem dos recursos utilizados pela incorporada Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A, CNPJ 51.376.853/0001-63, na aquisição da então denominada Tavares de Melo Açúcar e Alcool S/A, CNPJ 15.527.906/0001-36, com Contrato de Compra e Venda datado de 28/03/2007 (fls. 04/07), a fiscalizada apenas informou que os recursos foram provenientes de disponibilidade de caixa imediata na oportunidade, formada tanto pelos recursos gerados nas próprias atividades da Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A, bem como recursos captados no mercado financeiro junto a terceiros e investimento de acionistas, entre outras fontes (fls. 08/14 e 1366/1369);*
  - Em 21/05/2015 a Fiscalização solicitou *identificação da origem dos recursos utilizados nessa aquisição, informando o nome e o CNPJ de quem forneceu o recurso, o total do recurso fornecido e o tipo de recurso, se foi empréstimo, aumento de capital, etc (fls. 2006/2008), reiterando a solicitação em 26/11/2015 (fls. 2492/2495), mas, depois de solicitar nova dilação de prazo, em 15/01/2016 a fiscalizada reiterou a resposta anterior (fls. 2527/2530), ensejando a reintimação do que antes solicitado (fls. 2664/2666), motivando o esclarecimento de que não houve fornecimento de recursos por terceiros para a transação. A aquisição foi feita com recursos disponíveis no momento da transação, conforme retratado nas suas demonstrações financeiras (fls. 2667/2668). Mais à frente, em 05/05/2016, indicou que não houve uma operação específica de captação de recursos financeiros para a aquisição da Tavares de Melo Açúcar e Alcool S/A. Os recursos para a operação provieram de disponibilidade de caixa imediata, originadas tanto pelos recursos gerados pelas suas*

---

*próprias atividades operacionais, como captados no mercado financeiro junto a terceiros e investimentos recebidos de acionistas, entre outras fontes (fls. 2710/2712);*

- A fiscalizada informou que as obrigações registradas em seu passivo decorriam do Contrato de Compra e Venda de Ações, datado de 28 de março de 2007 (fl. 2726) e, constatando que a obrigação de R\$ 629.360.903,83 permanecia no balanço em 30/03/2007, apesar de paga em 28/03/2007, a autoridade fiscal inquiriu a contribuinte (fls. 2911/2914), que em 02/09/2016 justificou na utilização de balanço de fevereiro/2007 a permanência dos valores no balanço informado na DIPJ de evento especial (fls. 2919/2924). Contudo, observando que as obrigações, também firmadas em 28/03/2007, já estavam contabilizadas em fevereiro/2007, a autoridade fiscal exigiu novos esclarecimentos (fls. 3014/3021), obtendo em resposta *que, apesar de o fechamento da operação ter sido realizado em 28.3.2007, a data-base da transação foi fixada em 28.2.2007, conforme previsto na cláusula 1.5 do Contrato de Compra e Venda de Ações, datado de 28 de março de 2007, cuja cópia já foi apresentada pela Fiscalizada. Desse modo, no que pese o contrato ter sido assinado em 28.3.2007, o evento refere-se à 28.2.2007 - mês de contabilização da operação (fls. 3023/3033);*
- Intimada a prestar informações acerca do registro do investimento no ativo (fls. 2679/2681), a fiscalizada indicou, em 28/04/2016, o creditamento de conta bancária mantida junto ao Banco Pactual em 28/03/2007, além da constituição das obrigações relativas às notas promissórias a pagar (fls. 2683/2686 e 2699/2700), bem como, em respostas de 15/08/2016 (fls. 2813/2816) e 28/10/2016, que a contabilização do valor da primeira parcela foi transferida da conta 4420.014 – Contas a Pagar para a conta 1150.009 – Financeiro Tesouraria da incorporada Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A, a ensejar a conclusão de que *o passivo da primeira parcela foi extinto pelo pagamento aos vendedores das empresas, mas a origem dos recursos permaneceu dissimulada pela conta 1150.009 – Financeiro Tesouraria;*
- Observando que, *se houve a entrada de recursos na empresa, e recursos vultosos, e não há obrigação com terceiros ou com os acionistas, só poderia se tratar de receita que não foi contabilizada*, a autoridade fiscal investigou a movimentação escriturada no razão contábil da conta mantida no Banco Pactual S/A, passando a exigir os documentos bancários (contratos de câmbio, comprovantes de depósito, comprovantes de transferência, etc.), com identificação do depositante ou credor, que sustentam cada um dos depósitos realizados no Banco Pactual S/A (fls. 2719/2721, 2764/2765), mas em resposta de 03/10/2016 a fiscalizada informou *que tentou obter a documentação solicitada com as instituições financeiras acima indicadas, mas foi informada de que os extratos bancários são guardados pelo período de (cinco) anos (fls. 2932/2933);*

- Insistindo na exigência de esclarecimentos acerca dos valores que compunham o saldo das contas em fevereiro e março/2007, mediante novas intimações de 08/10/2016, 21/10/2016, 27/10/2016 e 01/11/2016 (fls. 2940/2943, 2949/2952, 2967/2970 e 2987/2991), a autoridade fiscal obteve informações em 09/11/2016 acerca da escrituração de empréstimos relacionados aos depósitos junto ao Banco Pactual, registrados sob a rubrica "PPM C/ Bancos P/C Exportac", verificando-se identidades em empréstimos vinculados aos Bancos ABN e Unibanco (fls. 2996/3000). Em 16/11/2016 a autoridade fiscal exigiu outros esclarecimentos, inclusive quanto à evolução contábil de tais dívidas (fls. 3014/3021) e depois de apresentar óbices operacionais para prestar tais informações (fls. 3023/3033), sujeitando-se a nova intimação em 29/11/2016 (fls. 3073/3078), em 06/12/2016 a fiscalizada solicitou prazo adicional e apresentou apenas dois contratos de financiamento de pré-exportação (fls. 3080/3089) que, segundo a fiscalização eram *dirigidos à exportação e que ao utilizar os recursos para outros fins que não a exportação de mercadorias, implicam inclusive em recolhimento de impostos como IOF e IRRF*.

Com base nas informações assim reunidas, a autoridade lançadora promoveu o lançamento em 22/12/2016 (fls. 5087/5203) e, frente às alegações deduzidas em impugnação, a autoridade julgadora de 1ª instância converteu o julgamento em diligência sob as seguintes justificativas:

*Conforme se depreende do TVF, a autoridade fiscal demonstra indícios de que a adquirente Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A, na negociação de compra das empresas Tavares de Melo Açúcar e Alcool S/A e Ampla Participações S/A, cujo Contrato de Compra e Venda de Ações foi firmado em 28/03/2007, não possuía os recursos necessários para o pagamento da primeira parcela do preço acertado, no valor de R\$ 629.360.903,80, que deveria ser pago na data do fechamento do contrato, alegando que, assim, não poderia ser a real adquirente e, conseqüentemente, aproveitar-se do ágio gerado.*

*Por outro lado, no decorrer do procedimento fiscal, também foram apresentados indícios de que parte dos recursos necessários para o referido pagamento aparentam vir de empréstimos junto a instituições financeiras.*

*Por sua vez, a impugnante alega que “em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 20, a Requerente apresentou Balancete de Fevereiro a Março de 2007, no qual ficou evidenciado, contabilmente, o registro dos contratos de empréstimo que financiaram a aquisição das empresas Tavares de Melo e Ampla. Tais contratos foram contabilizados nas contas do Grupo contábil 4205 (circulante) e 4635 (realizável a longo prazo). As Autoridades Fiscais, inclusive, identificaram dois valores (Banco ABN Amro e Unibanco) dessas contas de empréstimo em dois depósitos efetuados no Banco Pactual. O que ratificaria que a LDCB, efetivamente, contraiu dívidas para adquirir a Tavares de Melo e a Ampla”.*

*Alega ainda “a operação que originou parte dos recursos utilizados pela LDCB para adquirir a Tavares de Melo, presumida como verdadeira até que se prove o contrário, foi um empréstimo. Assim, os recursos que adentraram ao patrimônio da LDCB tiveram uma dívida correspondente contabilizada. Isto é, patrimonialmente e nos*

termos do que foi contabilizado, é incontestável que o dispêndio para a aquisição da Tavares de Melo originou-se do patrimônio da LDCB.”

*Ocorre que diversos documentos que embasariam os alegados empréstimos não foram apresentados pelo autuado, apesar de reiteradamente intimado. Também houve uma concentração na obtenção de vultosos recursos em dias antes da data prevista para o pagamento, tudo a colocar dúvidas se de fato houve tais empréstimos em favor da adquirente.*

*Ao analisar a documentação acostada aos autos, não localizei diligências realizadas pela autoridade fiscal junto às respectivas instituições financeiras identificadas no balancete apresentado pela fiscalizada, a seguir elencadas, que poderiam esclarecer acerca da veracidade dos alegados empréstimos:*

[...]

*Consta a apresentação de alguns registros contábeis (razão) relacionados aos supostos empréstimos, mas apenas junto aos Bancos ABN e Unibanco, mas até o mês dos créditos, ocorrido em março/2007, conforme solicitado em termo de intimação fiscal. Poderia ser juntado aos autos os registros contábeis dos desdobramentos, tais como pagamentos e demais eventos relacionados, destes supostos empréstimos e dos demais elencados no balancete.*

*No demonstrativo dos depósitos ocorridos na conta do Banco Pactual, comparado com os lançamentos no Razão, há a descrição de “Câmbio de Venda” em alguns créditos relevantes, bem como “DEPOSITO EM C/C VIA CIP – LOUIS DREYFUS...”, conforme a seguir:*

[...]

*Como operações de câmbio são controladas pelo Banco Central do Brasil, fui pesquisar, mas também não localizei, diligências junto a esta instituição com o intuito de apurar do que se tratam tais câmbios, a quem se referem tais operações.*

*Na mesma linha, não consta nenhum esclarecimento do que se tratam as descrições no extrato do Banco Pactual: “DEPOSITO EM C/C VIA CIP – LOUIS DREYFUS...”, que também poderiam ajudar a trazer elementos para o convencimento da origem dos recursos pertencerem legalmente à adquirente Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A. A título ilustrativo, consta a descrição “DEPOSITO EM C/C VIA RESERVA– UNIBANCO...”, e tais créditos são decorrentes de contrato de câmbio/antecipação de exportação, conforme juntado nos autos. É isto que precisamos para os demais lançamentos.*

*Sendo assim, proponho a conversão do julgamento deste processo em diligência para que os autos sejam devolvidos a DRF de origem, a fim de que sejam adotadas as seguintes providências:*

*a) diligenciar as instituições financeiras elencadas no balancete apresentado pela autuada (Banco Brasileiro Desc S/A; Banco ABN Amro S/A; Banco do Brasil S/A; Banco AGF do Brasil S/A e União Bancos Brasil S/A) e o Banco Calyon Brasil S/A, para que elas sejam demandadas a apresentar a documentação de origem dos alegados empréstimos, destacando que se não possuírem mais os documentos arquivados, sejam eles físicos ou digitalizados, que sejam demandadas a manifestarem-se, por escrito, baseadas nos registros dos seus bancos de dados, se houve no ano de 2007 empréstimos em favor da adquirente Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A, detalhando quando e quais valores foram*

*emprestados, separado por cada operação e data, detalhando as condições da contratação, tais como valores contratados; encargos; valores e vencimentos das parcelas do correspondente pagamento devido; se o empréstimo encontra-se quitado ou não, entre outros elementos pertinentes a operação;*

*b) diligenciar o Banco Central do Brasil, para que sejam demandados a indicar as operações de câmbio ocorridas em favor da adquirente Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A, em especial as que originaram os recursos creditados na conta do Banco Pactual no mês de março de 2007, de modo a buscar a quê e a quem se referem tais câmbios;*

*b) diligenciar o Banco Pactual, para que informe do que se tratam as descrições contidas no respectivo extrato: "DEPOSITO EM C/C VIA CIP – LOUIS...", detalhando as datas e correspondente descrições em sua íntegra, de modo a indicar hipóteses da origem de tais depósitos, tal como ocorrido com a descrição "DEPOSITO EM C/C VIA RESERVA – UNIBANCO...", cujo crédito, pela documentação dos autos, indicam serem decorrentes de contrato de câmbio/ antecipação de exportação.*

*c) intimar a fiscalizada a apresentar sua escrita contábil, em especial, mas não apenas, o razão das contas representativas dos empréstimos tomados pelas instituições financeiras indicadas no balancete apresentado, demonstrando não só o registro do empréstimo, mas também o pagamento dos mesmos, o registro dos encargos correspondentes, entre outros elementos que entender pertinente, para demonstrar que sua contabilidade, ao menos, registra todos os eventos relacionados a um empréstimo, nos termos das normas aplicáveis a tais operações;*

*d) reintimar a fiscalizada a apresentar os contratos e demais documentos que provam a efetiva realização de empréstimos, conforme alegado na impugnação, não apenas os da contratação, mas também os que documentam os desdobramentos de uma operação de empréstimo, por exemplo, a forma dos pagamentos realizados, eventuais renegociações, aditivos, etc.*

*e) outras diligências que entender pertinentes a comprovação de quem efetivamente desembolsou os recursos para a aquisição das empresas Tavares de Melo Açúcar e Alcool S/A e Ampla Participações S/A.*

Apesar das diversas intimações lavradas pela autoridade fiscal de 25/02/2015 a 29/11/2016 para obter da fiscalizada as informações acerca da *origem dos recursos utilizados pela incorporada Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A, CNPJ 51.376.853/0001-63, na aquisição da então denominada Tavares de Melo Açúcar e Alcool S/A, CNPJ 15.527.906/0001-36, com Contrato de Compra e Venda datado de 28/03/2007*, inclusive com a expressa referência ao disposto no art. 37 da Lei nº 9.430/96<sup>1</sup>, a autoridade julgadora de 1ª instância entendeu pertinente a busca perante o Banco Central do Brasil e as instituições financeiras indicadas nos registros contábeis das informações não prestadas pela fiscalizada, além da formalização de novas intimações e reintimações para apresentação, pela autuada, de elementos de sua escrituração contábil.

<sup>1</sup> Indicou a autoridade fiscal no Termo de Intimação Fiscal nº 19 (fls. 2949/2952):

"Cabe esclarecer que a responsabilidade pela guarda dos documentos que comprovem a escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, é do fiscalizado e devem ser conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios, nos termos do art. 37 da Lei nº 9.430/96. Além disso, não é admissível que o próprio beneficiário não conheça as movimentações ocorridas, por quem foram feitas e a que título foram feitas, em sua própria conta corrente".

A autoridade fiscal intimou a autuada (fls. 7387/7388 e 7412/7413), reunindo novos elementos juntados às fls. 7398/8046, e observou no Termo de Encerramento de Diligência Fiscal (fls. 8052/8069) que por ocasião da lavratura do auto de infração ainda se encontravam pendentes de respostas as Requisições de Informação sobre Movimentação Financeira - RMF dirigidas ao Banco BTG Pactual e ao Banco Central do Brasil, além de ter sido dirigidos outros questionamentos acerca do tema em referência à autuada, que não foram respondidos. Esclareceu que não poderiam ser expedidas RMF às demais instituições financeiras em razão do encerramento do procedimento de fiscalização, relatou as informações prestadas pelo Banco Central do Brasil em 30/03/2017 e, confrontando-as com registros do Siscomex, bem como com informações de notas fiscais existentes no Sped - Sistema Público de Escrituração Digital, na medida em que a autuada afirmou-se desobrigada em conservar tais documentos para apresentá-los à autoridade fiscal, apontou as incongruências constatadas e concluiu:

*A Louis Dreyfus Commodities Bioenergia foi utilizada como uma empresa veículo, por onde transitaram os recursos necessários para a aquisição e o ágio obtido na operação. Sequer as mercadorias enviadas para a quitação da dívida passaram por ela. A Louis Dreyfus Commodities Brasil foi a real adquirente, pois foi quem quitou os recursos utilizados na aquisição com as mercadorias exportadas. Essas operações de exportação de mercadorias derivadas de soja foram efetuadas após a aquisição da Tavares de Melo e após a incorporação reversa da Louis Dreyfus Commodities Bioenergia pela adquirida.*

*O único propósito de todas essas operações foi apenas para permitir o enquadramento da operação no art. 386 do RIR/99 e o consequente aproveitamento das despesas de amortização de ágio. Afinal, o que impedia que a própria Louis Dreyfus Commodities Brasil efetuasse todas essas operações em seu nome, já que as fez em nome de uma controlada? Como é evidente, nada a impedia, a não ser o impedimento de aproveitar o ágio.*

O fiscal autuante também fez considerações acerca das informações prestadas pelo Banco BTG Pactual, destacando as evidências de que *a Louis Dreyfus Commodities Bioenergia não tinha conta nessa instituição financeira, e que essa conta no Banco BTG Pactual foi aberta exclusivamente para o trânsito dos recursos da compra da Tavares de Melo e da Ampla. Após essa operação, a conta não teve mais movimentação. Com referência às intimações dirigidas à autuada, observou que não foram apresentados o pagamento dos empréstimos, dos juros, o registro dos encargos correspondentes entre outros elementos que entendesse pertinente, para demonstrar que sua contabilidade, ao menos, registra todos os eventos relacionados a um empréstimo. A única informação atendida, que foi apresentar o registro da contratação do empréstimo, era a menos relevante de todas, uma vez que esse registro já era conhecido, ao constar do balancete de fevereiro/março de 2007 (arquivo da resposta apresentada pelo contribuinte em 09/11/2016).*

Para além disso, a interessada apresentou tradução juramentada dos contratos de empréstimos, mas deixou de prestar esclarecimentos também em relação aos empréstimos creditados em conta mantida no Banco Bradesco, dado que, mesmo considerando as características informadas acerca dos contratos de pré-pagamento de exportação, a autuada *não apresentou nenhum Instrumento Contratual por meio do qual foram transferidos os direitos sobre os recursos provenientes da exportação às instituições financeiras credoras; não comprovou o pagamento da obrigação com o embarque das mercadorias; e também não comprovou o pagamento e a remessa dos juros ao exterior. Com referência aos empréstimos creditados em contas mantidas no Banco do Brasil S/A, Banco Calyon, Banco Bradesco S/A,*

Banco Unibanco S/A, o fiscal autuante destacou os registros que permitiam o cumprimento das obrigações de exportação pela controladora Louis Dreyfus Commodities Brasil e, ao final, concluiu que:

*Assim, as empresas foram adquiridas efetivamente pela controladora Louis Dreyfus Commodities Brasil, através de um planejamento tributário abusivo, em que foi usada uma controlada, a Louis Dreyfus Commodities Bioenergia como veículo da transação, apenas para justificar o aproveitamento das despesas de amortização do ágio obtido como forma de reduzir o valor dos tributos que viriam a ser devidos.*

*Os recursos para os pagamentos aos vendedores das empresas Tavares de Melo e Ampla foram depositados na conta corrente da Louis Dreyfus Commodities Bioenergia na mesma data em que foram feitos os pagamentos aos vendedores das empresas, ou seja, 28/03/2007. Em seguida, dois dias após, em 30/03/2007, a Louis Dreyfus Commodities Bioenergia deixa de existir ao ser incorporada pela adquirida.*

*Está evidente que a Louis Dreyfus Commodities Bioenergia não desembolsou os valores pagos pelas empresas. Até aqui, essa é uma situação bastante comum nos planejamentos tributários adotados pelas empresas para o aproveitamento tributário do ágio, em que se simula uma situação em que a empresa veículo obtém empréstimos, ou os recebe por transferência, para que a própria adquirida arque com a sua própria compra.*

*Neste caso, a sofisticação é maior ainda, vez que nem a própria adquirida viria a pagar pela sua aquisição. Como os empréstimos utilizados na operação são empréstimos de pré-pagamento de exportação, os pagamentos desses empréstimos se dariam pela exportação de mercadorias. Porém, tais exportações sequer foram efetuadas com açúcar e álcool, que são as mercadorias produzidas pela empresa veículo Louis Dreyfus Commodities Bioenergia e pela adquirida Tavares de Melo.*

*As mercadorias exportadas por conta de tais empréstimos foram produtos derivados de soja. E produtos derivados de soja que já eram produzidos e normalmente exportados pela controladora Louis Dreyfus Commodities Brasil, e que os forneceu para a exportação pela LDC Bioenergia. A Louis Dreyfus Commodities Brasil também exportou diretamente para a Nethgrain para cobrir os empréstimos, como os próprios contratos de financiamento permitiam e, em pelo menos um caso, assumiu a obrigação diretamente, por meio de uma cessão da dívida original.*

*É significativo que a fiscalizada não consiga mostrar os pagamentos efetuados no âmbito desses empréstimos, sejam pagamentos do principal, sejam pagamentos dos juros incorridos, nem demonstrar os saldos devedores desses empréstimos.*

Resta patente nesta descrição do procedimento fiscal que a resistência da autuada em prestar as informações exigidas desde 25/02/2015, impediu a autoridade fiscal de alcançar a plena realidade dos fatos. Também está evidente que o fiscal autuante se valeu de todos os meios postos à sua disposição, especialmente quando se observa que ele, frente às informações prestadas somente 09/11/2016 acerca da escrituração de empréstimos relacionados aos depósitos junto ao Banco Pactual, registrados sob a rubrica "PPM C/ Bancos P/C Exportac", de plano, em 14/11/2016, expediu RMF ao Banco Central do Brasil, cuja resposta somente foi apresentada em 30/03/2017, depois da lavratura dos autos de infração que, tendo por objeto fatos geradores a partir de 31/12/2010, não poderiam ser formalizados a partir de 01/01/2017.



De outro lado, o fato é que as constatações expressas por ocasião do encerramento da diligência apenas confirmam o critério jurídico originalmente adotado para formalização do lançamento quanto ao ponto específico em debate: a autuada não foi a real adquirente dos investimentos em tela, quer por não conseguir provar a causa e a regular quitação dos empréstimos escriturados como origem das disponibilidades destinadas ao pagamento da primeira parcela do Contrato de Compra e Venda de Ações, como exposto no Termo de Verificação Fiscal, quer por se constatar que tais empréstimos tinham por referência exportações que integravam a atividade de sua controladora, na forma evidenciada a partir dos elementos colhidos em diligência.

Inexiste, assim, qualquer erro de direito ou pretensão de saneá-lo em diligência, mas sim um lançamento sustentado por indícios consistentes e convergentes de que a autuada não seria a real adquirente dos investimentos em questão, e a confirmação, em diligência, desta constatação. Assim, a recorrente tem razão quando assevera que a invalidação do ágio para fins de amortização decorreu do fato de a contribuinte não conseguir *comprovar a origem dos recursos utilizados para o pagamento aos vendedores das empresas Tavares de Melo e Ampla*, de modo que a LDCB, empresa operacional do Grupo LDC, não seria a "real adquirente" das participações societárias. Todavia, a diligência realizada, na qual a contribuinte, ao contrário do que afirma, não apresentou todos os documentos exigidos por alegar não estar mais obrigada a guardá-los, como bem exposto pela autoridade julgadora de 1ª instância, resultou na conclusão de que as provas apresentadas *ratificariam que a LDCB não atenderia à condição de "real adquirente"*, mas sim a LDC Brasil, que teria *incorrido no ônus patrimonial para fazer frente aos pagamentos realizados e registrados na LDCB em março de 2007*. Ou seja, em essência, a autuada permanece afastada da condição de "real adquirente" dos investimentos; o critério jurídico adotado na lançamento, portanto, não foi reformado; e o lançamento, assim, não padece de nulidade, pois *os elementos indispensáveis à identificação inequívoca da obrigação surgida* já estavam presentes desde a origem, restando somente avaliar, no mérito, se devem ser considerados apenas os elementos probatórios reunidos até a formalização do lançamento, ou se também aqueles reunidos em sede de diligência podem ser considerados para avaliação da procedência da exigência, inclusive no que se refere à alegada suposição de fraude.

Esclareça-se que nem a referência à fiscalizada como "empresa veículo" importa em inovação pela autoridade fiscal encarregada da diligência, dado que esta indicação foi feita no sentido de que por ela *transitaram os recursos necessários para a aquisição e o ágio obtido na operação*, na mesma linha acusatória original.

Logo, não era exigível a formalização de lançamento complementar, não houve ofensa ao art. 146 do CTN e não há razão para se cogitar de decadência do direito de o Fisco apresentar as constatações reunidas em sede de diligência. A autoridade julgadora de 1ª instância reputou necessária a investigação complementar em razão das alegações de defesa da autuada, mas os elementos reunidos, em sua maior parte sem a colaboração da interessada, não lhe favoreceram, mas sim reafirmaram a acusação inicial, na medida em que, apesar de *confirmarem a existência dos empréstimos e seus respectivos registros*, permitiram estabelecer sua correlação, especialmente no que se refere ao cumprimento das obrigações correspondentes, com a controladora da autuada, indicando-a como "real adquirente" e mantendo a acusação original de que a autuada não o seria.

Reitere-se, como já dito, que os dados do SISCOMEX somente puderam ser acessados a partir do momento em que a autoridade fiscal alcançou a informação dos contratos,

dada a permanente resistência da fiscalizada em apresentá-los durante a investigação original, sendo imprópria a alegação de que tais informações *já estavam à disposição das Autoridades Fiscais no momento da lavratura do Auto de Infração*. Este cenário, inclusive, evidencia a impropriedade da pretensão da recorrente de que seja proferida decisão em seu favor em razão da impossibilidade de expedição de RMF às demais instituições financeiras não questionadas durante o procedimento fiscal. Como antes observado, a possibilidade de tal questionamento só se materializou com a tardia resposta da fiscalizada em 09/11/2016, apesar de intimada neste sentido desde 25/02/2015, e assim inviabilizou o alcance de outros esclarecimentos antes do transcurso do prazo decadencial, sendo certo que, apesar disso, as requisições expedidas foram suficientes para obtenção das informações necessárias junto ao SISCOMEX, dispensando requisições semelhantes às demais instituições financeiras.

Sob esta ótica, não existe sequer "erro de fato", sob a conceituação exposta pela recorrente. Os fatos novos foram trazidos aos autos em razão das alegações de defesa mas, ao contrário do que pretendia a autuada, apenas corroboraram a acusação inicial, sem qualquer alteração de critério jurídico ou *"aditamento" na valoração jurídica do fato*. Antes, a autuada não provara ser a real adquirente do investimento, deixando de apresentar provas que, como se viu na diligência, estavam sob sua guarda, e o exame destas provas, assim como as demais investigações que elas permitiram, apenas confirmaram a conclusão original de que a fiscalizada não reunia provas que permitissem caracterizá-la como real adquirente dos investimentos.

Assim estabelecidas estas premissas formais, descabe, em preliminar, declarar a nulidade do lançamento por alteração de critério jurídico, ou mesmo firmar a decadência em razão do resultado da diligência, eventualmente avaliando a ocorrência de eventual vício formal para fins de aplicação do art. 173, II do CTN. Na apreciação do mérito serão definidas as provas que se prestam a sustentar a acusação fiscal, bem como a imputação de multa qualificada aos créditos tributário lançados.

Por tais razões, deve ser REJEITADA a arguição de nulidade do lançamento por alteração de critério jurídico em sede de diligência, bem como por negligência no cumprimento de diligência junto a instituições financeiras.

**Dedutibilidade das amortizações de ágio na aquisição dos investimentos em "Tavares de Melo" e "Ampla"**

A acusação fiscal se baseia na *falta de origem para os recursos utilizados na aquisição de outras duas empresas, a então Tavares de Melo Açúcar e Alcool S/A, CNPJ 15.527.906/0001-36, atual Biosev, e a Ampla Participações S/A, CNPJ 03.515.224/0001-24, pela incorporada Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A, CNPJ 51.376.853/0001-63, acordada em 28/03/2007 e tendo a Louis Dreyfus Commodities Brasil S/A como garantidora e fiadora das operações da adquirente*. A autoridade fiscal também apresentou objeções aos laudos que fundamentaram o ágio pago em rentabilidade futura, dado que, como o valor pago teve por base o balanço patrimonial das adquiridas em 28/02/2007: 1) no que se refere à aquisição de "Tavares de Melo", sendo o laudo elaborado em 28/03/2007, *não houve muito tempo para que a adquirente o analisasse com muita profundidade*; 2) no que se refere à aquisição da "Ampla", o laudo elaborado em 10/06/2007 certamente *não foi analisado antes da aquisição ser fechada*, além de seu conteúdo indicar a fundamentação do ágio *no valor de mercado de bens do ativo da adquirida superior ao custo registrado na sua contabilidade*. As glosas promovidas alcançaram as amortizações deduzidas nos anos-calendário 2010 a 2012,

aplicando-se multa qualificada aos créditos tributários, dado que as definições do art. 7º da Lei nº 9.532/97 não poderiam *ser delegadas tranquilamente para outras pessoas jurídicas, mesmo as ligadas com quem realmente adquiriu a participação societária*, sendo que o sujeito passivo adotou procedimentos que visaram esconder os fatos realmente ocorridos, tanto por ocasião da operação quanto no momento desta fiscalização.

A autoridade julgadora de 1ª instância manteve as objeções ao laudo apresentado em relação à aquisição de "Ampla", entendeu que o laudo apresentado em relação à aquisição de "Tavares de Melo" *está dentro dos limites pontuados na decisão*, e firmou o entendimento de que *o requisito da confusão patrimonial não ocorreu entre a real adquirente, por quem teve o sacrifício patrimonial efetivo, de fato, não estando cumprido o aspecto pessoal e material da hipótese de incidência para tal despesa no âmbito da LDC Bionergia*, validando também as exigências de multa isolada, bem como a imputação de multa qualificada porque *houve simulação de quem seria o real adquirente das investidas, de quem estaria suportando os empréstimos, formalmente em nome da aparente adquirente (LDCB/LDC Bio)*, mas que, *de fato, estaria sendo pago pela controladora LDC Brasil*. Em consequência, rejeitou a arguição de decadência em face da necessária aplicação, ao caso, do art. 173, I do CTN.

A recorrente descreve os fatos, iniciando pela aquisição de "Tavares de Melo" (sua antiga denominação) e "Ampla" pela LDCB, empresa operacional controlada pelo Grupo LDC, descrevendo a atuação das adquiridas e da investidora, bem como a motivação econômica das operações. Relata que *as partes assinaram Contrato de Compra e Venda de Ações (fls. 5477 a 5498) em 28.3.2007, no qual figurara os vários acionistas pessoas físicas detentores da Tavares de Melo; a Exitus Administração e Participações S.A. ("Exitus") e Ângela Cristina de Albuquerque Melo (detentores da Ampla)*, bem como a LDCB, acordando-se o preço de R\$ 813.173.310,80, *parte para a aquisição da Tavares de Melo, parte para aquisição da Ampla*. Ressaltando que a transação se deu entre partes independentes e com efetivo pagamento do preço em dinheiro, observa que estava obrigada a avaliar o investimento segundo o método da equivalência patrimonial, destacando o correspondente ágio que, considerando o preço de aquisição distribuído em R\$ 5.166.376,60 em contrapartida às ações de "Ampla", e R\$ 808.006.934,20 em contrapartida às ações de "Tavares de Melo", representou R\$ 5.166.376,56 relativamente ao investimento em "Ampla" e R\$ 571.948.362,00 relativamente ao investimento em "Tavares de Melo".

Aborda a *incorporação da LDCB e da Ampla pela LDC Bioenergia (nova denominação da Tavares de Melo)*, deliberada no mesmo dia da aquisição das empresas Tavares de Melo e Ampla e efetivada nos dois dias seguintes, com *alteração da denominação da companhia para LDC Bioenergia*. Reforça que *a LDCB era empresa operacional, existente há muitos anos, com diversos ativos, empregados e atividades operacionais* e que após a incorporação a "LDC Bionergia" passou a ser *detida pela LDC Brasil, holding existente há muitos anos, que concentrava os negócios do Grupo LDC no Brasil*.

Esclarece que *a referida reestruturação societária foi, a todo momento, idealizada pelo Grupo LDC para unir seus ativos voltados à produção de açúcar e etanol, buscando-se, como evidenciado em notícia da época, a redução de custos e ganhos de produtividade*. Complementa que *após a referida incorporação, a LDC Bioenergia passou a amortizar o ágio pago na sua aquisição, bem como o ágio pago na aquisição da Ampla à razão de 1/60 por mês, nos termos do art. 7º da Lei 9.532/97*.

Resume os argumentos da acusação fiscal para glosa das despesas de amortização de ágio gerado na aquisição de "Tavares de Melo" à *suposta ausência de comprovação da origem dos recursos utilizados pela LDCB na referida aquisição*, e transcreve trecho da acusação no qual a *própria Fiscalização no TVF indicou que caso fosse comprovada a origem do recurso o ágio contabilizado na LDCB e, posteriormente, amortizado na LDB Bioenergia seria regular*. Em seu entendimento, *ao identificar que a Fiscalização não teria se utilizado de todos os itinerários suficientes para alcançar a verdade material neste particular, a I. DRJ solicitou Diligência para obter maiores informações a respeito dos empréstimos contabilizados na LDCB, mas frente à apresentação destes documentos pela recorrente, as Autoridades Fiscais, em uma tentativa de "convalidar" o Auto de Infração iniciaram nova tese jurídica para classificar os contratos celebrados pela LDCB como simulados e que sua finalidade na estrutura seria de mera empresa-veículo utilizada para viabilizar a amortização do ágio sem a extinção do "real adquirente" (no entender das Autoridades Fiscais, LDC Brasil).*

Reitera que não houve imputação de simulação na acusação original e que as informações utilizadas em diligência *sempre estiveram à disposição da Fiscalização, inexistindo fato novo, mas, somente, uma tentativa de convalidá-lo após a Recorrente ter comprovado que, de fato, celebrou contratos de empréstimos com instituições financeiras*. Assim, ao primeiro argumento de que *a LDCB não teria comprovado ter, de fato, incorrido no sacrifício patrimonial necessário para ser tida como adquirente da participação societária* foi agregado o segundo argumento de que *a LDCB desempenhou o papel de "empresa-veículo" na transação, tendo sido utilizada pela "real adquirente" (LDC Brasil) com o único objetivo de viabilizar a amortização do ágio que de outra forma não seria implementada, além do terceiro argumento de que não houve o atendimento do requisito de "confusão patrimonial" entre o "real adquirente" (LDC Brasil) e a Tavares de Melo (investimento adquirido).*

Entende que *as alegações do resultado da Diligência, acolhidas pelas Autoridades Julgadoras, não merecem prosperar, não só pelas razões antes expostas, como também porque os elementos fáticos trazidos pelas Autoridades Fiscais somente corroboram o entendimento de que a LDCB teria sido, de fato, a "real adquirente" suportando com o ônus patrimonial do empréstimo e figurando como investidora da Tavares de Melo*. Reportando-se às provas admitidas na decisão recorrida para firmar o entendimento de que *a LDCB foi utilizada como empresa de passagem, observa que todos os pontos apresentados nas razões de decidir da r. Decisão recorrida extrapolam a justificativa inicial de que a LDCB não tinha patrimônio suficiente para justificar o pagamento ou não teria justificado qual seria a origem dos recursos utilizados para adquirir a participação societária na Tavares de Melo e Ampla*.

Mas defende que os pontos apresentados são *ilações superficiais* e que os elementos colhidos ao longo da Diligência *somente ratificam que a LDCB tinha patrimônio suficiente para fazer frente aos pagamentos em questão*. Afirma inexistir qualquer indício documental que *a LDC Brasil adimpliu os empréstimos em favor da LDCB sem que a última não tivesse tido qualquer sacrifício patrimonial e assevera que sendo comprovado que havia patrimônio para fazer frente ao pagamento e que sua origem seria lícita (empréstimos contratados com terceiros independentes) seria necessário reconhecer que o ágio relativo à Tavares de Melo seria regular e passível de amortização fiscal, até porque a legislação que disciplina a amortização fiscal do ágio não exige prova de empréstimos que financiaram a aquisição de participações societárias, mormente se comprovado que (i) realizou o pagamento aos acionistas (as transferências saíram de sua conta no Banco Pactual); (ii) tinha patrimônio*

*registrado na sua contabilidade suficiente para justificar o pagamento; (iii) contratou empréstimos com terceiros não relacionados de forma lícita.*

Acrescenta que *apesar de todos esses aspectos, para não deixar nenhuma dívida quanto ao fato de que a LDC Bioenergia (sucessora da LDCB em todos os seus direitos e obrigações após a sua incorporação) teria adimplido os referidos empréstimos, a Recorrente apresenta, separado pelos contratos, os REs relativos às exportações realizadas (doc. nº 5). Os REs até agora obtidos que ora se junta ao presente Recurso Voluntário subsidiaram a liquidação dos empréstimos. E nesta linha, aborda equívocos do relatório de diligência e das conclusões da decisão recorrida sob os seguintes tópicos:*

- *Das Informações oferecidas pelo Banco Central do Brasil: provado que os recursos creditados na conta do Banco Pactual foram internalizados em razão de contratos de câmbio relativos aos empréstimos e financiamentos apresentados pela Recorrente, a Fiscalização contrapôs que as exportações associadas teriam sido de produtos derivados de soja, e não de açúcar e álcool produzidos pela "LDCB", concluindo que as alienações ao exterior teriam sido promovidas pela "LDC Brasil" em razão do volume de exportações por ela promovidos e do relacionamento comercial mantido com a adquirente estrangeira ("Nethgrain"). Argumentando que a exportação de outra commodity seria prática extremamente comum no mercado, com a necessidade de adquirir performance de terceiros, junta provas das exportações realizadas e discorda da qualificação da "LDCB" como empresa veículo pois foi ela quem efetivamente (i) contraiu o empréstimo; (ii) recebeu os recursos; (iii) quitou os empréstimos com exportações foi a LDCB e a LDC Bioenergia (sucessora da LDC em todos os seus direitos e obrigações após a incorporação); e (iv) registrou as operações perante as Autoridades Competentes (Banco Central e Autoridades Aduaneiras);*
- *Das informações fornecidas pelo Banco Pactual: desqualifica a acusação fiscal de que a ficha cadastral da conta que recebeu os valores utilizados para o pagamento da aquisição da Tavares de Melo e da Ampla teria sido criada em 21.3.2007 (uma semana antes da realização dos depósitos) e assim seria prova de que a LDCB criou a referida conta exclusivamente para o trânsito dos recursos da compra da Tavares de Melo e da Ampla, argumentando que não há qualquer simulação criar uma conta bancária para concentrar determinada quantia de dinheiro a ser utilizada para um fim.*
- *Dos arquivos contábeis apresentados pela Recorrente: anota que apresentou balancete de fevereiro a março de 2007 para evidenciar o registro dos empréstimos que financiaram a aquisição de "Tavares de Melo" e "Ampla", bem comprovou contabilmente que os pagamentos aos vendedores teve contrapartida nas contas passivas de empréstimos, e observa que, dada a relevância destes valores, certamente os empréstimos foram analisados pela auditoria à época. Invoca o valor probatório de sua escrituração realizada em conformidade com a legislação comercial, e se opõe ao entendimento*

de que a suposta ausência de comprovação do pagamento seria um indício de que a LDCB não seria a "real adquirente", mormente tendo em conta que o adimplemento de tais obrigações não seria requisito necessário para dedutibilidade das amortizações, consoante se poderia ver em exemplo no qual um Banco perdoa um empréstimo contratado para aquisição de investimento. De toda a sorte, haveria indícios de prova suficientes reunidos em diligência de que houve exportações em montante equivalente ao valor dos empréstimos, além de outros documentos juntados pela recorrente, e as *Autoridades Fiscais não lograram comprovar que teria sido outra sociedade ou outra pessoa física que, de fato, adimpliu os empréstimos apresentados em sede de diligência.*

- *Dos contratos apresentados pela Recorrente:* os documentos apresentados tinham a LDCB como tomadora do empréstimo, assumindo um compromisso mediante as instituições credoras de adimplir a respectiva dívida com exportações de commodities nos termos da regulamentação vigente, o que, como sabido, poderia ser feito por qualquer empresa do grupo. Discorre sobre as características de referidos contratos, afirma incontroversa a contratação dos empréstimos, e se opõe aos demais indícios de planejamento tributário suscitados em diligência, concernentes em dispositivos contratuais que vinculam a "LDC Brasil" como garantidora ou cessionária ou solidária da dívida, afirmando a normalidade destas ocorrências em grupo econômico, sua regulação pelo Banco Central do Brasil e sua reprodução no mercado financeiro. Discorda da conclusão de que o investimento teria sido adquirido por "LDC Brasil" e assevera que a operação não tinha como único propósito econômico a geração do ágio e sua amortização para fins fiscais. A Fiscalização teria desvirtuado a suposta ausência de comprovação da origem dos recursos pela LDCB, não há prova de cessão de obrigação contratual da "LDCB" à "LDC Brasil" a título gratuito e o passivo sempre permaneceu registrado com a empresa que tomou os empréstimos.
- *Do atendimento das regras regulatórias - operações para financiamento de empresas exportadoras:* discorre sobre a regulação das operações de antecipação de exportação, inclusive quanto à possibilidade de liquidação do contrato de câmbio por recebimento da receita decorrente de exportação de outras pessoas jurídicas do mesmo grupo econômico, providência que implica necessariamente no reconhecimento de um crédito da sociedade que teria adimplido a obrigação em face da devedora original, ou seja, a liquidação não se dá a título gratuito. Quanto à cessão de obrigação mencionada pela Fiscalização, reitera que ela faz nascer uma dívida da recorrente com a LDC Brasil na mesma proporção, também evidenciando onerosidade. Já a figuração da LDC Brasil como garantidora, em nada justificam a desconsideração da LDCB nas transações. Destaca que a aquisição da totalidade do capital da Tavares de Melo e da Ampla seriam causas jurídicas legítimas, e não simuladas, para a

*celebração dos contratos de empréstimo, sendo a amortização do ágio mera consequência daquela operação. E acrescenta que segundo jurisprudência atual deste E. CARF, não há qualquer ilícito quando a motivação do negócio jurídico está relacionada à obtenção de vantagem fiscal. O ilícito ocorre quando a causa do negócio jurídico (a aquisição da participação societária) está apenas ligada à obtenção de um benefício fiscal, o que não ocorre no presente caso.*

Conclui que *todas as alegações apresentadas na conclusão da Diligência, ratificadas pela r. Decisão recorrida, sobre a ilicitude da contratação dos empréstimos pela LDCB são infundadas* e passa à demonstração das razões de direito que fundamentam o atendimento a todos os requisitos legais para amortização do ágio e da impossibilidade de a LDCB ser considerada empresa-veículo.

Nota-se que o Grupo LDC estruturou a operação realizada objetivando, também, auferir as vantagens fiscais em face do ágio pago na aquisição de "Tavares de Melo" e "Ampla". Considerando o alinhamento entre as atividades exercidas pelas adquiridas e a LDCB, a figuração desta como adquirente dos investimentos permitiria cogitar da sua unificação às adquiridas e a construção do cenário no qual a Lei nº 9.532/97 permite a redução do lucro tributável pela amortização do ágio pago.

Neste sentido, LDCB foi apresentada como adquirente de tais investimentos no Contrato de Compra e Venda de Ações (fls. 2817/2883), estando LDC indicada como *interveniente garantidora e fiadora das obrigações de LDC BIO* (LDCB), sem que a acusação fiscal apontasse como suspeita qualquer outra disposição contratual. De outro lado, ainda que LDC tenha atuado financeiramente para suprir a incapacidade de LDCB efetivar a aquisição dos investimentos, não há evidências, nos meios utilizados, de que o custo do investimento esteja replicado no patrimônio de LDC, permitindo-lhe dele também se valer, apesar da amortização fiscal promovida por LDCB.

A autoridade julgadora de 1ª instância, replicando as premissas adotadas pelo Conselheiro André Mendes de Moura para admissibilidade da amortização fiscal do ágio, expostas no Acórdão nº 9101-002.301, firma o entendimento de que *o requisito da confusão patrimonial não ocorreu entre a real adquirente, por quem teve o sacrifício patrimonial efetivo, de fato, não estando cumprido o aspecto pessoal e material da hipótese de incidência para tal despesa no âmbito da LDC Bionergia*. Contudo, cabe observar o contexto dos exemplos citados no voto condutor do referido acórdão acerca do descumprimento do *requisito da confusão patrimonial*:

#### ***Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização***

[...]

*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 análise se dirige à pessoa jurídica **investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição, e à pessoa jurídica investida.***

Ocorre que, em se tratando do ágio, as reorganizações societárias empreendidas apresentaram novas pessoas ao processo.

Como exemplo, podemos citar situação no qual a pessoa jurídica A adquire com ágio participação societária da pessoa jurídica B. Em seguida, utiliza-se de uma outra pessoa jurídica, C, e integraliza o capital social dessa pessoa jurídica C com a participação societária que adquiriu da pessoa jurídica B. Resta consolidada situação no qual a pessoa jurídica A controla a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C controla a pessoa jurídica B. Em seguida, sucede-se evento de transformação societária, no qual a pessoa jurídica B absorve patrimônio da pessoa jurídica C, ou vice versa.

Ocorre que os sujeitos eleitos pela norma são precisamente a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) cuja participação societária foi adquirida com ágio. Para fins fiscais, não há nenhuma previsão para que o ágio contabilizado na pessoa jurídica A (investidora), em razão de reorganizações societárias empreendidas por grupo empresarial, possa ser considerado "transferido" para a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C, ao absorver ou ser absorvida pela pessoa jurídica B, possa aproveitar o ágio cuja origem deu-se pela aquisição da pessoa jurídica A da pessoa jurídica B.

Da mesma maneira, encontram-se situações no qual a pessoa jurídica A realiza aportes financeiros na pessoa jurídica C e, de plano, a pessoa jurídica C adquire participação societária da pessoa jurídica B com ágio. Em seguida, a pessoa jurídica C absorve patrimônio da pessoa jurídica B, ou vice versa, a passa a fazer a amortização do ágio.

Mais uma vez, não é o que prevê o aspecto pessoal da hipótese de incidência da norma em questão. A pessoa jurídica que adquiriu o investimento, que acreditou na mais valia e que desembolsou os recursos para a aquisição foi, de fato, a pessoa jurídica A (investidora). No outro pólo da relação, a pessoa jurídica adquirida com ágio foi a pessoa jurídica B. Ou seja, o aspecto pessoal da hipótese de incidência, no caso, autoriza o aproveitamento do ágio a partir do momento em que a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) passem a integrar a mesma universalidade.

São as situações mais elementares. Contudo, há reorganizações envolvendo inúmeras empresas (pessoa jurídica D, E, F, G, H e assim por diante).

Vale registrar que goza a pessoa jurídica de liberdade negocial, podendo dispor de suas operações buscando otimizar seu funcionamento, com desdobramentos econômicos, sociais e tributários.

Contudo, não necessariamente todos os fatos são recepcionados pela norma tributária.

A partir do momento em que, em razão das reorganizações societárias, passam a ser utilizadas novas pessoas jurídicas (C, D, E, F, G, e assim sucessivamente),

pessoas jurídicas distintas da investidora originária (pessoa jurídica A) e da investida (pessoa jurídica B), -> **o evento de absorção não envolve mais a pessoa jurídica A e a pessoa jurídica B, mas sim pessoa jurídica distinta (como, por exemplo, pessoa jurídica F e pessoa jurídica B), a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato impositivo (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto pessoal.**



---

*Em relação ao aspecto **material**, 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...). Com a confusão patrimonial, aperfeiçoa-se o encontro de contas entre investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na **base de cálculo** do IRPJ e da CSLL.*

*Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUEIR<sup>9</sup>, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas.*

*O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.*

*Por sua vez, a partir do momento em que se consuma a confusão patrimonial, os lucros auferidos pela então investida passam a integrar a mesma universalidade da investidora. Reside, precisamente nesse ponto, o permissivo para que o ágio, pago pela investidora exatamente em razão dos lucros a serem auferidos pela investida, possa ser aproveitado, vez que **passam a se comunicar, diretamente, a despesa de amortização do ágio e as receitas auferidas pela investida.***

*Ou seja, 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.*

*Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam **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, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.*

*Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao 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.** Considerando-se o regime de tributação adotado pelo sujeito passivo, aperfeiçoa-se o lançamento fiscal e o termo inicial para contagem do prazo decadencial.*

### **Consolidação**

*Naturalmente, a cognição para verificar se a amortização do ágio passa, **primeiro**, por verificar se os fatos se amoldam à hipótese de incidência, e, **segundo**, verificar*

*se requisitos de ordem formal estabelecidos pela norma encontram-se atendidos e, terceiro, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado.*

*A primeira verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente no momento situado antes da subsunção do fato à norma. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que possam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é que, independente da genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. Quem viabilizou a aquisição?*

*De onde vieram os recursos? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem decidiu adquirir um investimento com sobrepreço? A investidora originária.*

*Ainda que a pessoa jurídica A, investidora originária, para viabilizar a aquisição da pessoa jurídica B, investida, tenha (1) "transferido" o ágio para a pessoa jurídica C, ou (2) efetuou aportes financeiros (dinheiro, mútuo) para a pessoa jurídica C, a pessoa jurídica A não perderá a condição de investidora originária.*

*Pode-se dizer que, de acordo com as regras contábeis, o ágio legitimamente passou a integrar o patrimônio da pessoa jurídica C, depois da pessoa jurídica D que por sua vez foi incorporada pela pessoa jurídica B (investida).*

*Ocorre que a absorção envolvendo a pessoa jurídica D e a pessoa jurídica B não tem qualificação jurídica para fins tributários.*

*Trata-se de operação que não se enquadra na hipótese de incidência da norma, que elege, quanto ao aspecto pessoal, a pessoa jurídica A (investidora originária) e a pessoa jurídica B (investida), e quanto ao aspecto material, o encontro de contas entre a despesa incorrida pela pessoa jurídica A (investidora originária que efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com sobrepreço) e as receitas auferidas pela pessoa jurídica B (investida).*

*Mostra-se insustentável, portanto, ignorar todo um contexto histórico e sistêmico, para que se autorize "pinçar" os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, promover uma interpretação isolada e se construir uma tese no qual se permita que fatos construídos artificialmente possam alterar a hipótese de incidência de norma tributária. (negritos do original e grifos acrescentados)*

O traço comum das operações de transferência de ágio está no fato a real adquirente não perder a *condição de investidora originária*. Ou seja, ao final das operações, subsiste em seu patrimônio o custo do investimento na pessoa jurídica adquirida ou na sociedade veículo para a qual o investimento foi transferido, a depender de quem seja a incorporadora no passo que antecede a amortização fiscal do ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

No voto condutor, no mérito, do Acórdão nº 1402-003.574, esta Conselheira recentemente reafirmou seu entendimento contrário ao aproveitamento fiscal de ágio transferido, dada a constatação de que a cessão do direito de aquisição do capital social da *holding* que detinha a totalidade das ações do Banco Cacique S/A (Cacipar Comércio e Participações Ltda), promovida pelo Banco Société Générale Brasil em favor de Trancoso Participações S/A, mantendo-se a primeira como garantidora da operação, com o subsequente aporte de capital necessário na cessionária para a aquisição sob análise, evidenciavam o Banco

Société Générale Brasil como real adquirente do investimento, subsistindo o investimento no Banco Cacique S/A em seu patrimônio ao ser promovida a incorporação da Trancoso Participações S/A e da Cacipar Comércio e Participações Ltda pelo Banco Cacique S/A.

Os demais acórdãos citados naquele julgado, de relatoria desta Conselheira, também apresentavam o traço característico representado pela amortização fiscal do ágio sem que a real adquirente do investimento incorporasse ou fosse incorporada pela investida. Veja-se:

- Acórdão nº 1101-000.942 (processo nº 10980.722071/2012-76): *os recursos utilizados para aquisição de participação na autuada foram aportados pela Arcelor Spain Holding SL na ArcelorMittal Brasil SSC Participações S/A, e imediatamente transferidos para Gonvarri Corporacion Financiera SL (na primeira parte do acordo) ou para a autuada (na segunda parte do acordo), prestando-se a ArcelorMittal Brasil SSC Participações S/A apenas como extensão do caixa da Arcelor Spain Holding SL no Brasil. Ao final, Arcelor Spain Holding SL passa a ser detentora de 50% das ações da autuada, adquiridas mediante interposição da Arcelor Mittal Brasil SSC Participações S/A, a qual não apresenta outra utilidade senão sua posterior extinção, em razão de incorporação pela autuada, de modo a construir o cenário a partir do qual poderia ser almejada a aplicação do art. 7º, inciso III da Lei nº 9.532/97 c/c art. 8º, alínea “b” da mesma lei;*
- Acórdão nº 1101-000.936 (processo nº 16561.720040/2011-17): *o ágio pago por Accor Participações S/A ao adquirir Cia. Sinal de Participações e Sinal Participações S/A, holdings que possuíam como únicos ativos ações das empresas Ticket Serviços S/A e GR S/A, passou a ser amortizado por Ticket Serviços S/A ao ser transportado para o seu patrimônio mediante incorporação da interposta Sobraser Participações Ltda, muito embora, ao final, Ticket Serviços S/A permaneça controlada por Accor Brasil Participações Ltda, esta submetida ao controle de Accor Participações S/A;*
- Acórdãos nº 1101-000.961 e 1101-000.962 (processos nº 16643.000142/2010-21 e 16643.000144/2010-11): *o investimento inicial de R\$ 9,6 bilhões feito pelo Santander Hispano, aportado em "Santander Holding" para aquisição do Banespa, permaneceu sob sua titularidade indireta, ao final representado por investimento na controlada Banco Santander S/A, que posteriormente incorporou o Banespa;*
- Acórdão nº 1101-000.899 (processo nº 19515.005924/2009-77): *com os recursos aportados por AVERDIN, as empresas veículo APENINA e MKV realizam a operação que gera o ágio aqui amortizado, após a extinção, apenas, de APENINA e MKV, incorporadas pela autuada. A investidora original, AVERDIN, que efetivamente adquiriu a LISTEL, subsistiu ativa e, inclusive, mantendo em seu patrimônio o investimento feito na LISTEL, por seu valor majorado pelo ágio pago.*

Em tais cenários, a amortização do ágio não é passível de dedução fiscal pelas razões assim reiteradas no Acórdão nº 1402-003.574:

*Isto porque os efeitos das amortizações de ágio e deságio, à época em que as operações foram realizadas, estavam assim disciplinados no Decreto-lei nº 1.598/77:*

Art. 23. [...]

Parágrafo único - **Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição**, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

[...]

Art. 33 - O valor contábil, **para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido** (art. 20), será a **soma algébrica** dos seguintes valores:

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

II - **ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte**, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.

§ 1º - Os valores de que tratam os itens II a IV serão corrigidos monetariamente.

§ 2º - Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda de capital por variação na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978). *(negrejou-se)*

*Dessa forma, as amortizações de ágio e deságio deveriam ser adicionadas ou excluídas na apuração do lucro real, e controladas na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR, para posteriormente compor a apuração do ganho de capital na alienação ou liquidação do investimento. Mas, segundo a Lei nº 6.404/76:*

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

II - pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.

*Nestes termos, por vislumbrar distinção entre a hipótese do inciso II do art. 219 da Lei nº 6.404/76 e de encerramento prevista no inciso I do mesmo dispositivo, esta hábil a ensejar a aplicação do disposto no art. 33 do Decreto-lei nº 1.598/77, o legislador assim fixou na sequência deste dispositivo:*

#### **Participação Extinta em Fusão, Incorporação ou Cisão**

Art 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas:

I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para

efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos;

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado.

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se:

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e

b) mantiver, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente.

§ 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional.

*Nos casos em que a incorporação, fusão ou cisão ocorre em momento próximo à aquisição do investimento com ágio, o valor contábil do investimento é sempre superior ao acervo líquido contábil que substitui as quotas/ações extintas em razão da incorporação, fusão ou cisão, ensejando perda de capital. Para que esta perda fosse dedutível, em interpretação literal do texto, necessário seria que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão fosse avaliado a preços de mercado.*

*De outro lado, caso atendido este requisito, qualquer ágio apurado na aquisição de investimentos, quando esta fosse seguida de incorporação da investida, ensejaria perda dedutível. A exposição de motivos da Lei nº 9.532/97 expressa preocupação com circunstâncias semelhantes a esta, como a seguir transcrito:*

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

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

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

*Neste contexto, as disposições da Lei nº 9.532/97 podem ser interpretadas como um instrumento para evitar a dedução do ágio apurado sem fundamento econômico, o qual deveria ser mantido em conta do ativo permanente, não sujeita a amortização, bem como uma forma de parcelar os efeitos tributários do ágio pago sob outros fundamentos:*

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

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

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

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

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

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

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

- a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;
- b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

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

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

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

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

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

*No mesmo sentido manifesta-se Luís Eduardo Schoueri, na obra Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários), Dialética: São Paulo, 2012. Depois de reportar-se à doutrina que se posiciona em sentido contrário, diz o referido autor (p. 67):*

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

*Realizada a incorporação, na escrituração comercial, o acervo líquido recebido pelo valor contábil anula o investimento correspondente, avaliado pela equivalência patrimonial, e remanesce no patrimônio da sociedade resultante apenas o*

*ágio/deságio, classificado em Ativo Diferido, quando fundamentado em rentabilidade futura, para amortização no período pelo qual ela foi projetada. Com a edição da Lei nº 9.532/97 a amortização do ágio com este fundamento passa a ser dedutível, na apuração do lucro real, no mesmo momento em que registrada contabilmente, desde que observado o prazo mínimo de 5 (cinco) anos para amortização.*

*Quanto ao ágio fundamentado em ativos ou em outras razões econômicas, a doutrina contábil orienta em sentido semelhante ao da lei, pois no primeiro caso vincula seus efeitos no resultado à realização do ativo incorporado, e no segundo caso determina sua baixa imediata, por não ser possível associar seu pagamento a algum critério que permita dimensionar sua amortização.*

*Esta abordagem não autoriza a conclusão de que a Lei nº 9.532/97 tenha instituído um benefício fiscal. A regra expressa em seus artigos 7º e 8º, nos termos de sua exposição de motivos, prestou-se, em verdade, a evitar planejamentos tributários que viabilizassem a dedução de ágios, como perda de capital, qualquer que fosse seu fundamento, e as justificativas apresentadas pela Comissão de Finanças e Tributação para negar sua revogação por meio do Projeto de Lei nº 2.922/2000 não alteram a motivação originalmente apresentada para a edição dos dispositivos legais em referência. Equivocada, portanto, a argumentação da recorrente no sentido de que a dedutibilidade fiscal do ágio gerado na aquisição de sociedades teve como objetivo incentivar a prática de fusões e aquisições, tais como as ocorridas em processos de privatização. Se a extinção do "Société" ou da autuada não integrava as pretensões futuras do grupo empresaria, a impossibilidade de aproveitamento do ágio era uma desvantagem que deveria ser considerada na decisão empresarial.*

*Neste sentido, inclusive, é o entendimento de Ricardo Mariz de Oliveira (Fundamentos do Imposto de Renda, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 766):*

*Voltando ao primeiro e principal requisito para que a amortização seja dedutível - haver absorção de patrimônio por meio de incorporação, fusão ou cisão deve-se ter presente que, a despeito da largueza de opções dadas pela Lei n. 9532 para a consecução do seu desiderato, trata-se de condição a ser cumprida em sua substância, e não apenas formalmente, até tendo em vista a continuidade da vigência da norma de proibição da dedução da amortização se não houver um desses atos, prevista no art. 25 do Decreto-lei n. 1598.*

*Com razão, a dedução fiscal da amortização é admitida a partir do momento em que "a pessoa jurídica [...] absorver patrimônio de outra", segundo o "caput" do art. 7º, o que deve representar uma ocorrência efetiva. Outrossim, não se trata de absorção de patrimônio de qualquer pessoa jurídica, pois o mesmo dispositivo acrescenta que deve ser a pessoa jurídica "na qual detenha participação societária adquirida com ágio". E, ademais, o dispositivo ainda restringe a forma de absorção, dizendo que ela deve ocorrer "em virtude de incorporação, fusão ou cisão".*

*Essa disposição legal evidencia acima de qualquer dúvida que a exigência é de reunião total (por incorporação ou fusão) ou parcial (por cisão) da pessoa jurídica investidora e da pessoa jurídica investida.*

*O art. 8º, letra "b", dá a alternativa de se inverter a ordem, ou seja, trata a absorção da investidora pela investida (a chamada "incorporação para baixo" ou "down stream merger") do mesmo modo que a absorção da investida pela investidora (a "incorporação para cima" ou "up stream merger"), que está prevista no art. 7º.*

*Seja como for, o relevante para a lei é a substância da reunião das duas (ou mais de duas pessoas jurídicas) pessoas jurídicas, por um dos atos jurídicos previstos nos dois artigos.*

*Portanto, é insuficiente que a amortização do ágio se verifique em contrapartida à expectativa de lucros a serem gerados, sendo fundamental a absorção de patrimônio envolvendo investidora e investida.*

*Na sistemática vigente à época, a amortização do ágio realizada pela investidora permanece indedutível na apuração do lucro real, e somente gera efeitos na alienação ou liquidação do investimento. Já a amortização do ágio realizada após a extinção do investimento não precisa ser adicionada ao lucro real, desde que o ágio esteja fundamentado em rentabilidade futura e a amortização observe o limite temporal mínimo estabelecido pela legislação.*

*Contudo, é fundamental que a incorporação se verifique entre investida e investidora, com conseqüente confusão patrimonial e extinção do investimento, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável. Aqui, porém, ao término das operações, nada mudou, pois o "Société" permaneceu detendo as participações na atuada.*

*Esta distorção, aliás, é reconhecida pela própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ao analisar a incorporação promovida por meio de uma sociedade veículo, assim expondo na Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349/2001, que alterou a redação da Instrução CVM nº 319/99:*

A Instrução CVM nº 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), acabou possibilitando, nos casos de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.

*Significa dizer que embora alocado o ágio em empresa veículo, e na seqüência na incorporadora desta, os efeitos econômicos do investimento contabilizado na controladora por ocasião do aporte de caixa na empresa veículo subsistem. Em consequência, a incorporação entre a investida e esta empresa que localizou temporariamente o ágio não atende aos requisitos legais para que a amortização deste afete o lucro tributável.*

*Recorde-se o que diz a Lei nº 9.532/97:*

**Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio** de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, **na qual detenha participação societária adquirida com ágio** ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

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

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

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



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

[...]

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

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

*Claro está que as empresas envolvidas na incorporação devem ser, necessariamente, a adquirente da participação societária com ágio e a investida adquirida. A interposição de uma empresa veículo não extingue, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da investidora, diversamente do que cogita a lei.*

*Em tais condições, a amortização do ágio que passou a existir no patrimônio da investida somente poderia surtir efeitos na apuração do seu lucro real caso se verificasse a sua extinção, ou da investidora ("Société"), mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, por meio da qual o ágio subsistisse evidenciado apenas no patrimônio resultante desta operação, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97.*

*Na medida em que tal não ocorreu, a dedutibilidade do ágio submete-se à regra geral exposta, à época, no Decreto-lei nº 1.598/77:*

Art. 23. [...]

Parágrafo único - **Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição**, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

[...]

Art 33 - O valor contábil, **para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido** (art. 20), será a **soma algébrica** dos seguintes valores:

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

II - **ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte**, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.

[...]

*Pertinente citar, novamente, abordagem contida na obra Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários), antes referida. Nela, o autor Luís Eduardo Schoueri preliminarmente expõe o entendimento de que o ágio, para o investidor, é custo que deve ser considerado em caso de alienação do investimento. Os resultados*

*auferidos com este investimento são reconhecidos, no patrimônio do investidor, como resultados da equivalência patrimonial, não sujeitos a tributação nesta ótica. Seguindo a mesma lógica, a amortização contábil do ágio por rentabilidade futura, por parte do investidor, também não deve afetar o lucro tributável.*

*Diante deste contexto, o autor reputa incabível afirmar que o ágio, ainda que fundamentado na rentabilidade futura, pode ser considerado realizado antes da incorporação de uma das pessoas jurídicas envolvidas (exceto se antes disso tiver ocorrido baixa da participação societária adquirida, quando, em regra o ágio será realizado) (Op. cit. p. 73). E complementa mais à frente: com a incorporação, alerte-se, já não há mais que falar em investimento nem em ágio. Ambas as figuras desaparecem (Op. cit. p. 74).*

*Entende o referido autor que a partir da incorporação, os lucros passam a ser tributados na investidora, pois antes disso no máximo haverá receita de equivalência patrimonial, não tributável (Op. cit. p. 79). Aqui, porém, os lucros permanecem tributados na investida, que os reduz mediante amortização de ágio decorrente de investimento que subsiste no patrimônio da investidora original.*

*A provisão determinada pela Instrução Normativa CVM nº 349/2001 impediria que a equivalência patrimonial refletisse no patrimônio da investidora apenas o valor líquido dos resultados, restabelecendo o reconhecimento bruto dos resultados da investida, sem os efeitos da amortização do ágio na investida, dado que a amortização do ágio se repetiria na investidora. A diferença está na redução da carga tributária da investida que esta manobra permite, em desrespeito ao previsto no art. 7º da Lei nº 9.532/97.*

*Evidenciado, portanto, que não houve a extinção do investimento, inadmissível a amortização fiscal do ágio, o que dispensa a avaliação dos demais argumentos da recorrente acerca da vinculação do fundamento econômico do ágio a rentabilidade futura, até porque a acusação fiscal também não se debruçou sobre este aspecto. (negritos do original e grifos acrescidos)*

No presente caso, ao constatar que a primeira parcela paga pela aquisição dos investimentos em "Tavares de Melo" e "Ampla" (R\$ 629.360.903,80) superavam não só a receita líquida anual de LDCB em 2006 (R\$ 566.313.544,93), como também seu ativo circulante (R\$ 342.455.705,86), e aproximava-se do valor de seu ativo total (R\$ 686.143.521,23), a autoridade fiscal empenhou significativos esforços para identificar a origem dos valores pagos aos alienantes das participações societárias mas, somente em momento próximo ao término do prazo decadencial para constituição do crédito tributário relativo ao ano-calendário 2010, encontrou indícios de que as disponibilidades utilizadas pela LDCB estariam vinculadas a empréstimos bancários nos quais a LDC também figurava como garantidora, além de associados a compromissos de exportação que não se provou vinculados à LDCB, ou mesmo por ela honrados.

Os elementos posteriormente reunidos em diligência confirmaram a possível interferência de LDC nas operações, como indicado desde o início das investigações, quando se constatou que a *Louis Dreyfus Commodities Brasil S/A consta como garantidora e fiadora das obrigações da Louis Dreyfus Commodities Bioenergia S/A no Contrato de Compra e Venda da Tavares de Melo e da Ampla*. Há indícios de que LDC tenha promovido as exportações exigidas em decorrência dos empréstimos que favoreceram LDCB, como detalhadamente exposto no Termo de Encerramento de Diligência (fls. 8052/8069):

*Os contratos de empréstimos apresentados foram os seguintes, nos quais constam como partes a Louis Dreyfus Commodities Bioenergia, como Tomadora, a Louis Dreyfus Commodities Brasil, como Garantidora, e a instituição financeira como Credora:*

**a) Banco ABN Amro S/A**, através da sede na Holanda, no valor de US\$ 40.000.000,00, com data de 15/02/2007 (resp. de 06/09/2017 - docs. 01 a 03), e com as seguintes datas de pagamento:

[...]

*O objetivo do empréstimo seria financiar a produção e a exportação de commodities, definida como açúcar bruto e refinado e/ou etanol.*

*Neste contrato consta que a entrega dos produtos dos Contratos de Exportação seria o principal mecanismo de pagamento do empréstimo (cláusula 7.1), sendo que o comprador deveria pagar o produto diretamente na "Conta de Arrecadação" (cláusula 13.3.e), aberta pelo Credor exclusivamente para esse fim (cláusula 15). Consta, ainda, a possibilidade de pagamento do empréstimo com exportações da garantidora, a Louis Dreyfus Commodities Brasil.*

**b) Banco do Brasil S/A**, agência de Londres, no valor de US\$ 100.000.000,00 (resp. de 06/09/2017 - docs. 05 e 06), firmado em 22/03/2007, em que constam:

*"CONSIDERANDO QUE a Tomadora firmou contratos comerciais (doravante denominados "Contratos de Exportação") com um ou mais importadores (sendo cada um deles doravante denominado um "Importador"), conforme os quais a Tomadora concordou em exportar remessas futuras regulares de cana-de-açúcar e subprodutos da cana-de-açúcar, incluindo açúcar refinado e cristal, etanol, álcool ou etanol anídrico ou hidratado, fermento biológico seco, álcool etílico sintético e de fermentação, qualquer outra commodity produzida e/ou negociada pela Tomadora ou pela Garantidora como, por exemplo, suco de laranja, café, trigo, soja, farinha de soja, óleo de soja, algodão e/ou produtos relacionados e/ou qualquer outra mercadoria que possa ser exportada no futuro pela Tomadora ou pela Garantidora (doravante denominados "Produto") do Brasil pelo valor total de US\$ 100.000.000,00 (Cem Milhões de Dólares Norte-Americanos), e os Importadores serão instruídos pela Tomadora a efetuar o pagamento dos Produtos diretamente à Credora."*

*"Importador" significa a NETGRAIN B.V. e outros compradores de produtos da Tomadora localizados fora da República Federativa do Brasil, para o qual há uma Instrução de Pagamento Irrevogável, para que faça os pagamentos diretamente para o Banco do Brasil, agência de Londres.*

*No Anexo II constam as datas de pagamento do principal: 10/03/2011, 10/03/2012, 10/03/2013 e 10/03/2014.*

**c) Banco Calyon**, agência de Londres (identificado na resposta como Banco AGF), no valor de US\$ 40.000.000,00, datado de 26/03/2007 (resp. de 06/09/2017 - docs. 07 a 09). Neste contrato consta explicitamente que o empréstimo é efetuado para a aquisição de usinas de açúcar e álcool, na sua cláusula 3 - Finalidade:

*"A Tomadora deverá aplicar todos os valores tomados em empréstimo (...) para o financiamento da aquisição de quatro fábricas de açúcar e etanol e uma destilaria da Vendedora1 (doravante denominada "Aquisição") que é necessário para possibilitar que a Tomadora cumpra suas obrigações nos termos de seus contratos*

de exportação existentes ou futuros. A Credora não é obrigada a supervisionar, monitorar ou verificar a aplicação de qualquer valor tomado em empréstimo de acordo com o presente Contrato”. Não obstante esse propósito, o pagamento seria feito com exportações, sendo que o importador (comprador) faria o pagamento diretamente à instituição financeira, em uma “Conta de Arrecadação”, aberta pelo Credor exclusivamente para esse fim, como pode ser visto na cláusula 8 e na cláusula 20:

“(D) A Tomadora deverá, imediatamente, mediante confirmação da Credora que a Credora aprovou os contratos de exportação relacionados na Notificação de Contrato de Exportação Designado, entregar Instruções de Pagamento Irrevogáveis aos Compradores Elegíveis de acordo com cada um dos Contratos de Exportação Designados e, ao mesmo tempo, garantir que a Credora receba uma cópia de cada referida Instrução de Pagamento Irrevogável, devidamente certificada por um conselheiro da Tomadora como uma cópia fiel e completa do respectivo original. Quando qualquer pagamento de acordo com um Contrato de Exportação Designado tiver que ser feito de acordo com a Carta de Crédito, a Tomadora deverá garantir que uma Instrução de Pagamento Irrevogável seja entregue ao Banco Elegível pertinente no momento da apresentação dos Documentos de Transporte de acordo com essa Carta de Crédito e, ao mesmo tempo, garantir que a Credora receba uma cópia dessa Instrução de Pagamento Irrevogável, devidamente certificada por um conselheiro da Tomadora como uma cópia fiel e completa de seu original”. No Termo Aditivo ao Contrato2 (Doc. AGF 10 (2) da resposta de 28/07/2017), para o qual o contribuinte não apresentou a tradução, consta que o primeiro pagamento do empréstimo seria em 15/06/2010 e o último em 15/06/2013, e que seriam feitos trimestralmente a partir do depósito de receitas de Contratos de Exportação na Conta de Cobrança. Os produtos a serem exportados seriam cana-de-açúcar, subprodutos da cana-de-açúcar (álcool, fermento) e **qualquer outra mercadoria produzida por qualquer devedor (definido como o tomador do empréstimo – Louis Dreyfus Commodities Bioenergia – ou pelo garantidor – Louis Dreyfus Commodities Brasil), incluindo suco de laranja, café, soja, trigo ou farelo de soja ou óleo, algodão e quaisquer outros produtos aceitáveis.**

**d) Banco Bradesco S/A**, agência das Ilhas Cayman, no valor de US\$ 80.000.000,00, datado de 26/03/2007 (doc. 11 da resposta de 28/07/2017 – consta a tradução deste contrato como o Adendo A do Contrato de Cessão de Dívida, cuja tradução foi apresentada em 06/09/2017). Neste contrato também consta o seguinte:

Todos os adiantamentos serão utilizados unicamente para financiar as atividade de exportação da Tomadora no curso regular de seu negócio, o que é reconhecido como sendo de exportação de cana-de-açúcar e subprodutos da cana-de-açúcar, (...), qualquer outra commodity produzida e/ou negociada pela Tomadora ou pela Garantidora, como suco de laranja, café, trigo, soja, farinha de soja, óleo de soja, algodão e/ou produtos relacionados e/ou qualquer outra mercadoria que possa ser exportada no futuro pela Tomadora ou Garantidora (doravante definido como "Mercadorias"). A respeito dos pagamentos do empréstimo, reza o contrato que a Tomadora deveria reembolsar o montante principal do Adiantamento em 10 parcelas iguais de US\$ 8.000.000,00. A primeira parcela seria devida em 28/09/2009 e cada parcela restante seria devida no dia 27 de março e setembro de cada ano subsequente. O montante do principal não pago será devido no total em 27 de março de 2014 (“Data de vencimento final”). Neste caso foi firmado um Contrato de Cessão de Dívida em 28/06/2007 (resposta de 06/09/2017 – doc. 04), firmado com a LDC Bioenergia, a empresa que foi adquirida e que incorporou a Louis Dreyfus Commodities Bioenergia, como a Devedora Original, e a Louis Dreyfus Commodities Brasil, como a Devedora Atual, pelo qual, a Devedora Atual

*assume total responsabilidade pelas obrigações assumidas pela Devedora Original conforme os termos e condições constantes no Contrato de Abertura de Crédito, firmado em 26/03/2007.*

*Na resposta de 06/09/2017 (doc. 03) foi apresentada também a tradução de uma Nota Promissória datada de 28/06/2007, em que consta que a Louis Dreyfus Commodities Brasil S/A é a “Devedora Atual” do valor do principal de US\$ 80.000.000,00, que deverá ser amortizada em 10 parcelas iguais de US\$ 8.000.000,00 no dia 28 de setembro e de março de cada ano subsequente.*

*e) Banco Unibanco S/A, agência das Ilhas Cayman, no valor de US\$ 30.000.000,00, firmado em 13/03/2007 (resposta de 28/07/2017 – doc. 12).*

*Trata-se de uma Cédula de Crédito Bancário – Pagamento Antecipado de Exportação, que traz como emitentes a Louis Dreyfus Commodities Bioenergia, exportadora, e a Louis Dreyfus Commodities Brasil, co-emitente, com vínculo de solidariedade pelo pagamento do principal, juros e encargos, conforme a cláusula 2 – Promessa de Pagamento e cláusula 8 – Obrigação Solidária.*

*O pagamento do principal estava previsto para ser pago em 3 parcelas de US\$ 10.000.000,00, com os prazos de 1.800 dias após o empréstimo para a primeira parcela, 2.160 dias para a segunda e 2.520 dias para a terceira.*

*Os pagamentos do valor do principal deveriam ser feitos por meio do embarque das mercadorias integrantes da exportação, obrigando-se a Exportadora a transferir ao Unibanco Cayman o direito de receber dos Importadores diretamente o preço devido pela exportação.*

Contudo, para afirmar-se a transferência do ágio era determinante aferir a repercussão financeira destes favores da LDC à LDCB na escrituração contábil na LDC, dado que somente se poderia cogitar de duplicação do investimento, e da consequente possibilidade de dedução do custo por ambas, se a dívida de LDCB em favor de LDC foi convertida em investimento desta em sua sucessora (haja vista a incorporação de LDCB por "Tavares de Melo").

Em suma, apesar do empenho da autoridade fiscal em identificar o fluxo financeiro das operações, e da resistência da fiscalizada em fornecer tais informações, o fato é que a premência do término do prazo decadencial acabou por favorecê-la, impedindo investigações mais aprofundadas para eventual identificação de que a possível adquirente de fato (LDC) não perdeu a *condição de investidora originária*. Em consequência, na operação em tela apenas se vislumbra que LDCB recebeu algum favorecimento financeiro de sua controladora para adquirir "Tavares de Melo" e "Ampla", inexistindo qualquer evidência de aumento de capital que resultasse na replicação dos investimentos adquiridos em LDC. Por tais razões, não é possível afirmar que a confusão patrimonial decorrente da incorporação entre "Tavares de Melo", "Ampla" e LDCB desrespeita o requisito neste sentido estipulado nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Em consequência, apesar de ser passível de conhecimento a petição apresentada depois de pautado o presente processo para julgamento, em 07/12/2018, na medida em que nela estão veiculados novos argumentos acerca de matéria previamente impugnada e debatida em recurso voluntário, desnecessária se faz qualquer manifestação acerca do conteúdo probatório dos documentos por meio dela apresentados, vez que correlacionados à acusação fiscal acima afastada.

No mais, ao discorrer sobre a *validade da amortização do ágio gerado na aquisição da Tavares de Melo*, a recorrente assevera que o fundamento do ágio em rentabilidade futura está atestado em laudo não contestado. Porém, importa esclarecer que a autoridade fiscal assim ponderou no Termo de Verificação Fiscal:

*135. O valor pago e o ágio apurado foram baseados no balanço patrimonial das empresas adquiridas na data de 28/02/2007 (doc. F32) e em Laudos de Avaliação da Tavares de Melo (doc. F33) e da Ampla (doc. F34). O Laudo de Avaliação da Tavares de Melo foi elaborado pela Deloitte Touche Tohmatsu com data de 28/03/2007, mesma data do fechamento do negócio, o que sugere que não houve muito tempo para que a adquirente o analisasse com muita profundidade.*

A autoridade julgadora de 1ª instância expôs suas premissas ao analisar o laudo apresentado *no contexto de aquisição supostamente realizada pela Ágatis* para, mais à frente, manifestar-se acerca da objeção fiscal ao laudo apresentado em relação à aquisição de "Tavares de Melo":

*Primeiramente, em relação ao laudo ou demonstrativo necessário para justificar o fundamento econômico do ágio pago, vejamos o que dispõe o parágrafo 3º do artigo 385 do RIR 99:*

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). (g.n.)

*Uma interpretação literal desse dispositivo exige que o demonstrativo seja arquivado, no máximo, até a data da escrituração contábil do ágio gerado na aquisição de participação societária. Tão somente o fundamento econômico de “fundo de comércio” dispensa essa demonstração. Os demais (incisos I e II do parágrafo 2º) exigem esse demonstrativo como comprovante para a regular escrituração contábil do registro inicial da existência do ágio, em outras palavras, é essencial conhecer o fundamento econômico que deu suporte ao pagamento, na data do registro inicial do ágio.*

*Numa interpretação que não seja a literal, reputa-se inadmissível o início da amortização fiscal do ágio sem que se tenha claramente determinado qual o correto fundamento econômico deste. Caso contrário, estar-se-ia admitindo a amortização de algo que não se sabe efetivamente do que se trata. É necessária a contemporaneidade da “demonstração” que permita a identificação de seu fundamento econômico.*

*Destarte, percebe-se claramente que o fundamento econômico do ágio há de ser determinado antes, ou, no máximo, até o momento da aquisição. Trata-se, ainda, de uma questão de ordem lógica: não faz sentido imaginar que o fundamento econômico determinante para o pagamento de um ágio somente possa ter-se tornado conhecido após a operação de compra. Ora, se somente tornou-se conhecido após a aquisição, não pode ter sido ele o fator determinante para o pagamento ocorrido. Assim, a prova de que foi a rentabilidade futura a razão do pagamento do ágio incumbe obrigatoriamente à empresa que por ele pagou, e tal prova há de ser feita com documentos contemporâneos aos fatos, pois a “demonstração” se faz com os documentos que de fato serviram de base para a tomada da decisão de adquirir a participação societária.*

*Mais ainda, ante a falta de comprovação contemporânea, resta apenas a alternativa de considerar que o ágio teve por fundamento “outras razões econômicas”, posto ser a única alternativa existente a não exigir o arquivamento da referida “demonstração”, e, por conseguinte, a impossibilidade de aproveitamento da dedutibilidade fiscal desse ágio.*

[...]

*Inicialmente abordaremos a questão do laudo/demonstrativo que justificaria o fundamento econômico do ágio pago, nos termos do artigo 385 e §§ 2º e 3º do RIR 99, já abordado no tópico acima, cujos fundamentos para sua exigência são os mesmos.*

*Em relação a aquisição da Tavares de Melo, tanto a tempestividade, quanto o fundamento econômico eleito mostraram-se regulares, inclusive reconhecidos pela autoridade fiscal, a despeito da informação de que o laudo teria sido elaborado com a mesma data do fechamento do negócio. Entendo que está dentro dos limites pontuados acima, quando do enfrentamento do caso da Santa Elisa, aplicável também neste ponto.*

[...] (destaques do original)

De fato, a legislação citada exige prova do fundamento do ágio por ocasião de sua escrituração e esta deve ser promovida no momento da aquisição do investimento, de onde decorre a conclusão de que não se pode negar validade ao laudo apenas porque ele foi elaborado no mesmo dia em que a aquisição se verificou. A autoridade fiscal menciona que sua elaboração em 28/03/2007 teria prejudicado uma análise mais aprofundada de seu conteúdo pelas interessadas, mas é razoável supor que os estudos já estivessem em curso desde a cogitação de aquisição do investimento, com sua posterior formalização que, por ter ocorrido até a data de efetivação do negócio, deve ser admitido com prova do fundamento atribuído ao ágio pago, se inexistem outros questionamentos acerca de seu conteúdo.

Logo, não subsistem motivos para a glosa das amortizações do ágio pago na aquisição de "Tavares de Melo".

Já com referência ao ágio pago na aquisição de "Ampla", a autoridade fiscal destacou que:

*136. Já o Laudo de Avaliação da Ampla, com certeza não foi analisado antes da aquisição ser fechada, uma vez que, embora também elaborado pela Deloitte Touche Tohmatsu, foi elaborado com data de 10/06/2007, ou seja, após a aquisição ter sido realizada. Não foi sem intuito algum que já na página de apresentação deste Laudo, a Deloitte fez constar o seguinte parágrafo:*

Entendemos que o propósito deste trabalho é fornecer à LDCB o suporte necessário na **justificativa do ágio pago** do valor de aquisição da empresa. Nenhum outro objetivo pode ser subentendido ou inferido, bem como, este documento é para uso restrito da finalidade descrita acima. (grifei)

*137. Porém, o mais determinante neste Laudo se encontra no seu item 2 - Objetivo:*

O objetivo dessa Avaliação Patrimonial é estabelecer os valores de reposição e de mercado, bem como as vidas úteis dos ativos classificados na contábil 1.3.2.1.0010 – Máquinas e Implementos Agrícolas, na data-base de 28 de fevereiro de 2007, fornecendo o suporte necessário na justificativa do ágio pago na aquisição da empresa.

*138. Verificando o laudo elaborado, ele realmente parece apto a justificar o ágio pago na aquisição da Ampla. Mas não, é evidente, com fundamento no valor da rentabilidade da adquirida com base em previsão dos resultados dos exercícios futuros (art. 385, § 2º, inciso II, do RIR/99), mas sim, com fundamento no valor de mercado de bens do ativo da adquirida superior ao custo registrado na sua contabilidade (art. 385, § 2º, inciso I, do RIR/99).*

*139. Como se sabe, o tratamento tributário de cada uma dessas situações são completamente diferentes, como determina o art. 386 do RIR/99. Enquanto o fundamento em valor de mercado dos bens da adquirida leva a que essa mais valia seja depreciada da mesma forma que o bem a que se refere, o ágio com fundamento em resultado de exercícios futuros pode ser amortizado na apuração do lucro real, após a ocorrência de fusão, cisão ou incorporação da empresa, à razão máxima de um sessenta avos por mês.*

*140. Veja-se, ainda, o item 6 do Laudo, que apresenta o “Resultado da Avaliação”, em que consta o valor do saldo contábil, o valor de mercado, e o valor da mais valia obtida:*

| Unidade            | Saldo Contábil (*) | Valor de Mercado  | Mais Valia        |
|--------------------|--------------------|-------------------|-------------------|
| GIASA - AGRO       | 4.791.900          | 7.650.200         | 2.858.300         |
| ESTIVAS - AGRO     | 5.482.900          | 10.869.300        | 5.386.400         |
| MARACAJU - AGRO    | 2.217.400          | 2.580.300         | 362.900           |
| PASSA TEMPO - AGRO | 8.526.000          | 10.276.200        | 1.750.200         |
| <b>TOTAL</b>       | <b>21.018.200</b>  | <b>31.376.000</b> | <b>10.357.800</b> |

*141. Embora o Laudo de Avaliação da Ampla seja claro ao avaliar bens do ativo, máquinas e implementos agrícolas, a valor de mercado, o sujeito passivo utilizou-se desse laudo para amortizar o ágio e aproveitar-se de tais despesas de amortização para reduzir o lucro real e a base de cálculo da CSLL.*

*142. Tal fato, por si só, exige que esta fiscalização glose tais despesas das bases de cálculo tributárias, mas há outros problemas que envolvem o aproveitamento deste ágio e também do ágio da Tavares de Melo.*



Afirmando equivocada a análise fiscal dos fatos e do direito aplicável, a recorrente observa que a decisão recorrida ratificou aqueles argumentos e defende a *validade da amortização do ágio gerado na aquisição da Ampla* porque a transação se deu entre partes independentes, houve efetivo pagamento de *preço incorrido por sociedade brasileira (a LDCB) para adquirir o investimento* na Ampla, o fundamento do ágio em rentabilidade futura está baseado *em demonstrativos que certificavam a intenção subjetiva de adquirir as empresas visando perceber seus lucros futuros*, o valor do preço e do ágio não foram questionados, o ganho de capital apurado pelos vendedores foi submetido à tributação pelo IRPF, não houve contestação quanto à *finalidade econômica da estrutura*, no lançamento a *Fiscalização em nenhum momento imputou à Recorrente a execução de nenhuma reorganização societária simulada ou fraudulenta*, e a LDCB era empresa operacional, existente há muitos anos, que não era e não foi tratada pela Fiscalização como sociedade veículo.

Defende, assim, a legitimidade da amortização fiscal do ágio pago na aquisição de "Ampla" porque, além dos argumentos também aplicáveis à aquisição de "Tavares de Melo", em síntese:

- Primeiro argumento: Todos os requisitos legais para a amortização fiscal do ágio decorrente da aquisição da Ampla foram observados, tanto sob uma perspectiva formal quanto sob uma perspectiva substancial;
- Segundo argumento: não há requisito legal que exige que **laudo técnico** elaborado **antes** da aquisição da participação societária seja tido como Demonstrativo hábil para fundamentar o lançamento do ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura, nos termos do § 3º do art. 385;
- Terceiro argumento: o ágio contabilizado baseava-se na expectativa **subjetiva** do adquirente de rentabilidade futura das empresas adquiridas (Tavares de Melo e Ampla), bastando demonstrar a intenção subjetiva do grupo em adquirir a empresa com base em sua expectativa de rentabilidade futura para o fundamento do ágio ser comprovado;
- Quarto argumento: caso o E. CARF entenda que o fundamento econômico do ágio seria a mais-valia dos ativos da empresa adquirida, o que se admite para argumentar, tal conclusão implica reconhecer a possibilidade jurídica de aproveitar-se de maiores despesas de amortização e depreciação de bens após a união patrimonial da sociedade investida com a sociedade investidora. (destaques do original)

A recorrente detalha cada um destes argumentos, reportando-se aos dispositivos legais de regência e, especificamente no que se refere à fundamentação do ágio, assevera que a LDCB possuía o *intuito subjetivo em adquirir a Ampla com vistas a sua expectativa de rentabilidade futura (já que era uma aquisição conjunta com a Tavares de Melo)*, restando comprovado, nos termos que a legislação determina, o fundamento do ágio. Defende a inexistência de vedação à elaboração do *laudo técnico posteriormente a data da aquisição para demonstrar o fundamento econômico do ágio*, pois não há previsão legal de embasamento da contabilidade por laudo técnico antes da aquisição, pois o art. 20, §3º do Decreto-lei nº 1.598/77 exige que o lançamento indique o fundamento econômico, sendo que este momento não coincide necessariamente com a elaboração de demonstração que será arquivada como comprovante do lançamento escriturado, citando doutrina e jurisprudência do CARF em favor da possibilidade de elaboração posterior da demonstração. Ademais, a *conjuntura dos documentos apresentados* evidenciariam a fundamentação subjetiva da

"LDCB" participar da lucratividade da Ampla, de modo que este é o aspecto subjetivo que deve ser indicado na escrituração, consoante doutrina que cita, e de outro lado, se o ágio decorreu de mais-valia de ativos classificados no imobilizado, como reconhecido em laudo, caberia seu reconhecimento como depreciação, na forma demonstrada pela recorrente, a evidenciar o equívoco da postura da Fiscalização ao glosa integralmente as amortizações, sem observar eventual descumprimento do regime de competência, em observância ao art. 273 do RIR/99.

Tais argumentos foram validamente refutados na decisão de 1ª instância, cujos fundamentos a seguir reproduzidos, associados às premissas apresentadas *no contexto de aquisição supostamente realizada pela Ágatis*, antes transcritas, são aqui adotados:

*Contrariamente ao que quer fazer crer as impugnantes, o fundamento econômico do ágio não é elemento sujeito ao exclusivo critério do adquirente. O legislador, ao enumerar as três hipóteses previstas no § 2º do art. 385 do RIR/1999 não ofertou ao contribuinte simples opções de enquadramento do ágio pago. A cada uma das hipóteses o legislador atribuiu um tratamento tributário diferenciado, previsto no art. 386 do RIR/1999, caso a pessoa jurídica absorver, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, o patrimônio daquela na qual detenha participação societária adquirida com ágio.*

*No caso do ágio cujo fundamento seja o valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ao custo registrado na sua contabilidade, a contabilização se dá em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa e o valor do ágio integra o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.*

*Quando o ágio tiver por fundamento fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, a contabilização se dá em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização e o ágio será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital. Além disso, o ágio poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.*

*Finalmente, caso o ágio tenha por fundamento expectativa de rentabilidade futura, é facultado ao contribuinte a respectiva amortização nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60, no máximo, para cada mês do período de apuração.*

*Ora, tendo o legislador atribuído tratamento diferenciado a cada uma das hipóteses, evidentemente é descabido falar-se em opção ao alvedrio do contribuinte do fundamento econômico do ágio. Caso essa fosse a intenção do legislador, bastaria à norma contemplar os três tratamentos tributários acima referidos, facultando ao contribuinte a escolha de qualquer deles. O legislador, porém, vinculou cada um desses tratamentos tributários a um fundamento econômico específico para o ágio.*

*Dessa forma, não pode o contribuinte qualificar ágio pago em virtude de valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ao custo registrado na sua contabilidade como ágio decorrente de expectativa de rentabilidade futura. Ao proceder dessa forma o contribuinte infringe a norma, a fim de eleger o tratamento tributário que mais lhe convém.*

*No caso da Ampla, há evidente extemporaneidade do laudo e o fundamento nele expresso não se conforma a rentabilidade em face de resultados de exercícios futuros (art. 385, § 2º, inciso II, do RIR/99), mas sim, com fundamento no valor de mercado de bens do ativo da adquirida superior ao custo registrado na sua contabilidade (art. 385, § 2º, inciso I, do RIR/99), o que implica em outra sistemática de aproveitamento tributário, que não a adotada pela autuada, razão pela qual, por estes argumentos, correta a autuação fiscal neste aspecto.*

*Mesmo quando defende a autuada de que, neste caso, não seria possível desconsiderar todas as despesas apropriadas no resultado da Requerente no período mencionado, devendo reconhecer as despesas de depreciação do custo de tais máquinas e equipamentos, para fins de considerá-las dedutíveis, cumpre manifestar que a autoridade fiscal agiu corretamente ao glosar despesa sem fundamento legal. Se haveria outro tipo de amortização legalmente possível, esta incumbência competiria, oportunamente, a quem se interessasse.*

Acrescente-se que a dedutibilidade das amortizações de ágio pago em razão de bens do ativo não se prova mediante a mera cogitação das taxas de depreciação que seriam aplicáveis aos ativos, como faz a interessada em seu recurso voluntário, mas também em razão do tempo remanescente de vida útil dos bens e da sua efetiva utilização na atividade operacional, além da necessária verificação acerca de eventual alienação ou baixa no período considerado, que anteciparia sua dedução como custo na apuração de ganho ou perda de capital. Impróprio, assim, imputar à autoridade fiscal o dever de proceder a estas investigações diante da cômoda opção do sujeito passivo por amortizar o ágio em referência linearmente, nos cinco anos subsequentes à incorporação pela autuada.

Considerando, porém, que a qualificação da penalidade, imposta em razão da postura do sujeito passivo de *esconder os fatos realmente ocorridos, tanto por ocasião da operação quanto no momento desta fiscalização*, não pode subsistir na medida em que, como antes exposto, não restou suficientemente provado que os dispositivos legais que autorizam a amortização do ágio foram aplicados *para obter vantagens tributárias a partir da criação de novas hipóteses de casos artificiais, elaboradas em outro contexto*, a glosa da amortização do ágio pago na aquisição de "Ampla", mantida em razão da ausência de laudo que o fundamente em rentabilidade futura, resta parcialmente alcançada pela decadência.

Isto porque, afastada a qualificação da penalidade, passa a ser possível cogitar da contagem do prazo decadencial na forma do art. 150, §4º do CTN, em razão do qual o lançamento pertinente ao ano-calendário 2010 somente seria possível até 31/12/2015, ao passo que a presente exigência foi cientificada ao sujeito passivo em 31/12/2016.

Esclareça-se que, no âmbito do CARF, a matéria em litígio tem seu julgamento afetado pelas disposições do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015:

*Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.*

[...]

*§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973 - Código de Processo*

*Civil (CPC), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.*

Isto porque, relativamente à contagem do prazo decadencial na forma do art. 150, do CTN, o Superior Tribunal de Justiça já havia decidido, na sistemática prevista pelo art. 543-C do Código de Processo Civil, o que assim foi ementado no acórdão proferido nos autos do REsp nº 973.733/SC, publicado em 18/09/2009:

*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE.*

*1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).*

*2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).*

*3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).*

*5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.*

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Extrai-se deste julgado que o fato de o tributo sujeitar-se a lançamento por homologação não é suficiente para, em caso de ausência de dolo, fraude ou simulação, tomar-se o encerramento do período de apuração como termo inicial da contagem do prazo decadencial de 5 (cinco) anos.

Resta claro, a partir da ementa transcrita, que é necessário haver uma conduta objetiva a ser homologada, sob pena de a contagem do prazo decadencial ser orientada pelo disposto no art. 173 do CTN. E tal conduta, como já se infere a partir do item 1 da referida ementa, não seria apenas o pagamento antecipado, mas também a *declaração prévia do débito*.

Relevante notar, porém, que, no caso apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, a discussão central prendia-se ao argumento da recorrente (Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS) de que o prazo para constituição do crédito tributário seria de 10 (dez) anos, contando-se 5 (cinco) anos a partir do encerramento do prazo de homologação previsto no art. 150, §4º do CTN, como antes já havia decidido aquele Tribunal. Por esta razão, os fundamentos do voto condutor mais se dirigiram a registrar a inadmissibilidade da *aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, §4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal*.

Em consequência não há, naquele julgado, maior aprofundamento acerca do que seria objeto de homologação tácita na forma do art. 150 do CTN, permitindo-se aqui a livre convicção acerca de sua definição. Referido dispositivo, por sua vez, assim estabelece:

*Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

*§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.*

*§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.*

*§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.*

*§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

Indispensável, portanto, o exercício da atividade que a lei atribui ao sujeito passivo, a qual não se limita ao pagamento, que deve estar associado à apuração do crédito tributário devido, assim estampada em sua escrituração comercial e fiscal.

No presente caso, como se vê na DIPJ juntada às fls. 4960/5072, a contribuinte apurara prejuízo fiscal e base negativa da CSLL não só na apuração anual, como também em todos os balancetes de suspensão mensais, assim deixando de recolher estimativas ou tributos devidos no ajuste anual. Todavia, sujeitou-se a retenções de IRPJ e CSLL na fonte, as quais, deduzidas na apuração anual, resultaram na apuração de saldos negativos de IRPJ e CSLL, a indicar que se tratariam de retenções promovidas sobre rendimentos computados na apuração anual, hipótese na qual a 1ª Turma da CSRF já se manifestou favoravelmente à aplicação do art. 150, §4º do CTN:

*DECADÊNCIA. 150, §4º, CTN*

*Tendo o contribuinte declarado o IRPJ à ocasião da incorporação, com o pagamento das estimativas e IRFonte, o prazo decadencial para exigência do IRPJ é submetido ao artigo 150, §4º, do CTN. (Acórdão nº 9101-002.245 - Sessão de 1 de março de 2016).*

*DECADÊNCIA. 150, §4º, CTN. PAGAMENTO. IRFONTE. STJ. REPETITIVO. RESP 973.733.*

*Constatando-se o pagamento de Imposto de Renda retido pela fonte pagadora, o prazo decadencial para exigência do IRPJ é submetido ao artigo 150, §4º, do CTN. Aplicação da decisão em recurso especial n. 973.733, submetido à regra do artigo 543-C, do CPC/1973. (Acórdão nº 9101-003.603 - Sessão de 10 de maio de 2018).*

Acrescente-se que a 2ª Turma da CSRF já sumulou entendimento semelhante, aplicável às retenções na fonte sofridas por pessoas físicas:

***Súmula CARF nº 123***

*Imposto de renda retido na fonte relativo a rendimentos sujeitos a ajuste anual caracteriza pagamento apto a atrair a aplicação da regra decadencial prevista no artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional.*

Por tais razões, o presente voto é no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário para:

- afastar as glosas de amortização do ágio pago na aquisição de "Tavares de Melo" (R\$ 114.389.672,40 nos anos-calendário 2010 e 2011 e R\$ 19.064.945,40 no ano-calendário 2012), o que dispensa a apreciação da qualificação da penalidade aplicada sobre o crédito tributário resultante de tais glosas, bem como da arguição de decadência dela dependente; e
- acolher a arguição de decadência relativamente à glosa de amortização do ágio pago na aquisição de "Ampla" no ano-calendário 2010 (R\$ 1.033.275,36) e manter as glosas referentes aos anos-calendário 2011 (R\$ 1.033.275,36) e 2012 (R\$ 172.212,55), mas sem a qualificação da penalidade.

***Dedutibilidade das amortizações de ágio na aquisição dos investimentos em "Santaelisa Vale"***

A acusação fiscal se baseia na constatação de que o ágio na aquisição do controle do grupo Santa Elisa, que foi apurado em uma empresa veículo, foi transferido para a empresa operacional do grupo (LDC Bioenergia, atual Biosev), e lá permaneceu para ser amortizado após a incorporação da empresa adquirida. Porém, apesar disso, o custo do investimento na Santelisa Vale permaneceu intacto como era originalmente nas reais investidoras, a LDC Brasil e a Celósia, posteriormente em suas sucessoras, Sugar Holdings e Canna Investors, já que não participaram de incorporação, fusão ou cisão com a adquirida. Dessa forma, o investimento não foi extinto. Ademais, para fundamentar economicamente o ágio apurado, o fiscalizado apresentou o “Laudo de rentabilidade futura da Santelisa Vale S/A (‘SEV S/A’ ou ‘Empresa’) relacionado a aquisição do controle desta pela Ágatis Investimentos e Participações S/A”, elaborado pela KPMG Corporate Finance em 14/04/2011, ou seja, um ano e meio após a aquisição da participação societária, e a pedido da LDC Bioenergia (e não da adquirente “Ágatis”, já extinta), além de ser deficiente para a fundamentação econômica do ágio pago, ao não apontar claramente o valor de mercado da empresa na data de aquisição e ao ser elaborado após a aquisição, prestando-se a referendar, caso fosse válido, apenas o ágio no montante de R\$ 110,72 milhões.

As glosas promovidas alcançaram as amortizações deduzidas nos anos-calendário 2011 a 2014, aplicando-se multa qualificada aos créditos tributários, dado que as definições do art. 7º da Lei nº 9.532/97 não poderiam ser delegadas tranquilamente para outras pessoas jurídicas, mesmo as ligadas com quem realmente adquiriu a participação societária, afastando-se hipóteses de desconhecimento, prática de erro escusável ou divergência de interpretação da legislação porque:

235. Assim, não cabe à empresa invocar desconhecimento, prática de erro escusável, ou divergência de interpretação da legislação.

236. No caso da aquisição da Santelisa Vale, a reorganização societária não foi feita ao acaso. A reestruturação societária promovida para a inclusão da empresa veículo Ágatis 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.

237. A Ágatis foi inserida como controladora da então LDC Bioenergia pelos grupos Louis Dreyfus Commodities e Canna Investors com o objetivo certo de forçar uma situação formal para transferência do ágio à empresa operacional do grupo. 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.

238. Se não houvesse essa passagem da reorganização societária, a Louis Dreyfus Commoditeis Brasil e a Celosia seriam as controladoras da Santelisa Vale e da Santelisa Vale Bioenergia, mas o ágio ficaria registrado nas suas contabilidades, 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.

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

240. *A contribuinte estava perfeitamente consciente da falta de propósito negocial ou societário na interposição da Ágatis, à luz do art. 966 do Código Civil, ficando caracterizada a utilização dessa como mera “empresa veículo” para transferência do ágio dos reais adquirentes, apenas com o fim almejado de redução do valor tributável pela amortização do ágio.*

241. *A Ágatis em seu curto período ativo, não incorreu em custos, despesas ou receitas, apresentando apenas a movimentação decorrente do pretense investimento na LDC Bioenergia, e seu ágio. Ou seja, a sociedade formalizada produziu apenas documentos (atas, estatutos, livros contábeis, entre outros) utilizados para movimentar contabilmente recursos de outras empresas do grupo LDC e da Canna Investors. A situação do 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.*

242. *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 aprouvesse 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.*

243. *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.*

244. *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.*

245. *O fato de não terem sido utilizados documentos falsos ideologicamente não implica necessariamente na inexistência da intenção de escapar ao pagamento de tributos. 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.*

246. *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.*

247. *Conforme anteriormente demonstrado, a conduta ilícita consistiu na criação artificial da situação prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 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.*

248. *Ressalte-se que no caso da aquisição da Santelisa Vale, o 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 da Lei 4.502/64.*

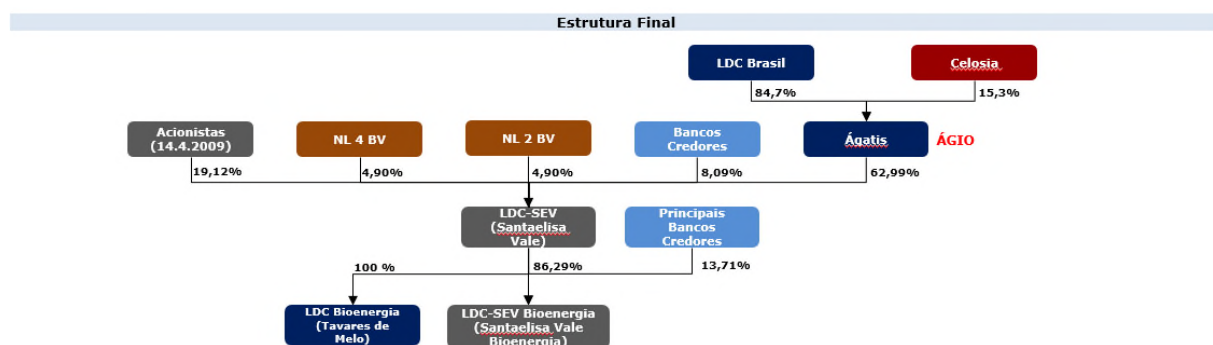
A autoridade julgadora de 1ª instância manteve as objeções ao laudo apresentado, bem como rejeitou o novo laudo apresentado em impugnação porque não foi



dirigido à Ágatis, mas para a LDC Bionergia S.A, mais um fator a demonstrar a falta de essência empresarial da Ágatis. Também rejeitou as justificativas apresentadas pela impugnante para interposição da "Ágatis", asseverando que os motivos extratributários alegados apenas reforçariam o entendimento de que, sem a sua utilização, não seria possível compor a situação em que se deu a amortização do ágio. Ressaltou que mesmo uma "holding pura" não prescinde de um conteúdo material mínimo, à míngua do qual resta caracterizada simulação, rejeitou os demais argumentos da impugnante e afirmou presente evidente artificialismo na interposição da empresa Ágatis, como veículo do ativo usado para pagamento da transação geradora do ágio, mantendo a qualificação da penalidade porque presente o intuito doloso de excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária, mediante a consecução de atos de reorganização societária sem propósito negocial. Em consequência, rejeitou a arguição de decadência em face da necessária aplicação, ao caso, do art. 173, I do CTN.

A recorrente descreve a grave crise financeira em que se encontrava o Grupo Santa Elisa em 2009, a motivar que os próprios Bancos credores, liderados pelo Bradesco, fossem buscar possíveis compradores para a empresa, do que decorreu a aquisição em questão, mediante Contrato de Associação, Subscrição de Ações e Outras Avenças firmado em 14/4/2009 entre a LDC Brasil e LDC Bioenergia (nova denominação da Tavares de Melo), de um lado, e Santa Elisa Participações S.A. ("Santaelisa Par"), Santaelisa Vale, Santaelisa Bioenergia, Família Biagi, Família Cícero Junqueira Franco e GS Power Holdings LLC ("GS"), de outro lado.

Relata a sequência de eventos a serem realizadas no dia do fechamento, previstas no contrato, esclarecendo que o Grupo LDC, juntamente com seu sócio (Grupo Canna Investors), no âmbito do Contrato de Associação, Subscrição de Ações e Outras Avenças, decidiu realizar a aquisição da participação societária por meio de uma empresa já pertencente a ambos (Ágatis), e inclusive porque não havia certeza que parcela relevante dos Bancos Credores aceitaria manter uma participação final na Santaelisa Vale Bioenergia de 13,71%, impedindo que o "Grupo LDC" mantivesse o controle da "Santaelisa Vale". Discorre sobre os procedimentos para contribuir a "LDC Bioenergia" em aumento de capital de Ágatis, as alterações de denominação das investidas e a transferência de controle, demonstrando a estrutura final da seguinte forma:



Ressalta que a intervenção da "Ágatis" assegurou a participação de 62,99% na antiga "Santaelisa Vale", bem como que "LDC Brasil" e "Celosia" possuíam acordo de acionistas, de modo que com muitos sócios novos envolvidos, não havia interesse de tornar ainda mais complexa a relação entre todos os sócios. A celebração deste acordo de acionistas exclusivo entre "LDC Brasil" e "Celosia" foi relatado em formulário de referência apresentado

à CVM (fls. 6.792 a 7.369) como sendo *compatível com as disposições do acordo de acionistas celebrado com os acionistas originais do Grupo Santa Elisa Vale*.

O exame do Contrato de Associação, Subscrição de Ações e Outras Avenças (fls. 3138/3247), porém, permite concluir que o controle da adquirida pelos Grupos LDC e "Canna Investors" foi assegurado mediante imputação de obrigações às partes do referido contrato, especialmente com referência à fixação do preço de emissão das ações. Veja-se:

*2.1. Associação. A Associação consiste na subscrição, pelo Veículo LDC, de novas ações ordinárias, nominativas e sem valor nominal do capital social da SEV (as "Ações LDC"), para integralização, pelo Veículo LDC, mediante a conferência, à SEV, em dois aumentos de capital distintos da SEV, conforme descrito nas Cláusulas abaixo, da totalidade das ações de emissão da LDC BIO, exceto por uma ação, que será transferida a título gratuito para a SEVBIO.*

*2.1.1. Primeiro Aumento de Capital. Até o 10º (décimo) Dia Útil contado do dia em que a última das condições precedentes estabelecidas no Capítulo VII deste Contrato de Associação for cumprida ou renunciada (exceto aquelas condições que, por sua natureza, quer por determinação expressa, devam ser cumpridas no Primeiro Fechamento, e, em tal caso, sujeito ao cumprimento ou renúncia de tais condições) ("Data do Primeiro Fechamento"), o Veículo LDC subscreverá um aumento de capital na SEV com integralização mediante a transferência de 71.438.125 (setenta e um milhões, quatrocentos e trinta e oito mil, cento e vinte e cinco) ações ordinárias, nominativas e sem valor nominal de emissão da LDC BIO, representativas de 80% (oitenta por cento) de seu capital social. **Respeitado o disposto na Cláusula 2.1.5 abaixo, o número de novas ações ordinárias, nominativas e sem valor nominal a serem emitidas pela SEV, no âmbito do Primeiro Aumento de Capital ("Ações Iniciais LDC"), bem como seu preço de emissão, serão calculados com base na metodologia descrita no Anexo 8 deste Contrato de Associação ("Investimento Inicial LDC").***

[...]

*2.1.4. Segundo Aumento de Capital. Até o 10º (décimo) Dia Útil contado do dia em que forem determinados os valores finais referidos na Cláusula 2.1.3 acima ("Data do Segundo Fechamento"), o Veículo LDC subscreverá um aumento de capital na SEV, com integralização mediante a conferência de 17.859.530 (dezesete milhões, oitocentas e cinquenta e nove mil, quinhentas e trinta) ações ordinárias, nominativas e sem valor nominal de emissão da LDC BIO, representativas de 20% (vinte por cento) de seu capital social ("Segundo Aumento de Capital" e "Investimento Complementar LDC"). **O número de novas ações ordinárias nominativas e sem valor nominal a serem emitidas pela SEV no âmbito de tal aumento de capital ("Ações Complementares LDC"), bem como seu preço de emissão serão calculados com base na metodologia descrita no Anexo 8 deste Contrato de Associação, respeitado o disposto na Cláusula 2.1.5 abaixo. Também na Data do Segundo Fechamento, o Veículo LDC transferirá à SEVBIO, gratuitamente, uma ação ordinária de emissão da LDC BIO.***

*2.1.5. Limites de Participação Final Pro Forma. As Partes desde logo concordam que o preço de emissão das Ações Iniciais LDC e das Ações Complementares LDC será fixado de forma que:*

*(a) a soma das Participações Finais Pro Forma da Família Biagi, da Família Cícero Junqueira Franco, da SEPAR e da GS não seja, em qualquer caso e por qualquer razão, inferior a 14,5% (quatorze inteiros e cinco décimos por cento) do*

*capital social total e votante da SEV ("Limite de Participação dos Acionistas Iniciais"); e*

***(b) a Participação Final Pro Forma do Veículo LDC não seja, em qualquer caso e por qualquer razão, inferior a 50% (cinquenta por cento) mais uma ação do capital social total e votante da SEV ("Limite de Participação do Veículo LDC").***

[...]

*2.2.4. Legenda Ações SEV. Simultaneamente à subscrição das Ações Iniciais LDC e a celebração do Acordo de Acionistas SEV, a SEV deverá averbar no seu Livro de Registro de Ações Nominativas a vinculação de tais ações ao Acordo de Acionista SEV. A legenda a ser inserida, para os fins da averbação prevista no artigo 118 da Lei das Sociedades por Ações, terá a seguinte redação:*

***"AS AÇÕES DE TITULARIDADE DA [ . ] ESTÃO SUJEITAS AOS TERMOS E CONDIÇÕES DO ACORDO DE ACIONISTAS CELEBRADOS EM [DATA], CÓPIA DO QUAL SE ENCONTRA ARQUIVADA NA SEDE DA COMPANHIA. NÃO SERÁ REALIZADA OU REGISTRADA NENHUMA TRANSFERÊNCIA DESTAS AÇÕES NOS LIVROS DA COMPANHIA, SALVO SE ACOMPANHADA DE PROVA DE CUMPRIMENTO DOS TERMOS DO REFERIDO ACORDO DE ACIONISTAS. TRANSAÇÕES CELEBRADAS PELA COMPANHIA OU ACIONISTAS EM INFRAÇÃO AO ACORDO DE ACIONISTAS SERÃO NULAS E SEM EFEITO".***

[...]

*8.2. Observadores da Transição. Para fins de acompanhamento da gestão e das atividades da LDC BIO, da SEV, da SEVBIO e suas Subsidiárias, a partir da presente data até a Data do Fechamento:*

***(a) a LDC Brasil terá o direito de manter até 6 (seis) observadores permanentes na SEV, na SEVBIO e em suas Subsidiárias ("Observadores da Transição"), para o fim de acompanhar quaisquer operações e procedimentos das referidas empresas que envolvam: (i) suprimentos e compras de materiais e serviços; (ii) atividades agrícolas, incluindo a aquisição de cana-de-açúcar, contratos de parceria agrícola, arrendamento rural e prestação de serviços por terceiros; (iii) pagamentos, recebimentos e tesouraria em geral; (iv) contabilidade, controladoria, informática e tecnologia da informação; e (v) departamento comercial e de logística (...), limitado a um observador por cada uma das áreas acima; e (b) a LDC Brasil terá a opção de iniciar um projeto de integração com o objetivo de identificar sinergias operacionais e preparar a transição nomeando para tanto uma equipe de projeto que deverá receber o apoio e contribuição dos Diretores da SEV desde que tal contribuição não exceda a 2 (duas) horas diárias de dedicação por Diretor. A empresa de consultoria especializada que conduzirá tal projeto será escolhida pela LDC Brasil e pelas Famílias SEV de comum acordo.***

***8.3.2. Procedimento para Aprovação de Determinadas Matérias. Caso o Diretor Presidente da SEV tenha intenção de praticar qualquer dos atos descritos nos Anexos 8.3(e) deste instrumento ele deverá encaminhar um e-mail para o Sr. Bruno Melcher (...), descrevendo o ato e justificando a necessidade de praticá-lo. Se o representante da LDC Brasil receber o e-mail mencionado acima até as 9:00h de um dia, ele deverá responder ao Diretor Presidente da SEV até as 12:00h do mesmo dia. Se o referido e-mail for recebido pelo representante da LDC Brasil entre as 9:01h e 14:00h de um dia, ele deverá responder ao Diretor Presidente da SEV até às 17:00h do mesmo dia. Caso o representante da LDC Brasil receba o referido e-mail após às 14:01h, ele deverá responder até às 12:00h do dia seguinte***

*ao recebimento. Caso o representante da LDC Brasil não responda ao e-mail encaminhado pelo Diretor Presidente da SEV dentro dos prazos descritos acima, considerar-se-á que a LDC Brasil se absteve de opinar sobre o ato descrito no Anexo 8.3(e) deste instrumento submetido à aprovação no e-mail em questão e a administração da SEV estará automaticamente autorizada a praticá-lo.*

[...] (negrejou-se)

Estes aspectos não escaparam à autoridade fiscal que, além de destacar o controle exercido por "LDC Brasil" desde a assinatura do Contrato de Associação, assim consignou no Termo de Verificação Fiscal:

*34. A primeira AGE prevista no Contrato de Associação foi realizada em 26/10/2009, às 9h00, sendo a AGE da Santelisa Vale S/A, CNPJ 50.402.445/0001-76 (doc. 41). Conforme a Ata dessa AGE, foi decidido a criação de ações preferenciais classe A e classe B, o aumento do capital social de R\$ 842.303.148,90 para R\$ 853.975.344,90, um aumento de R\$ 11.672.196,00 mediante a emissão de 1.167.219.580 novas ações ordinárias, subscritas e integralizadas pelo preço de emissão total de R\$ 400.000.000,00, ou seja, R\$ 0,34269473114047 por ação, fixado com base na perspectiva de rentabilidade futura.*

*35. De acordo com a fiscalizada, o preço por ação foi calculado do seguinte modo (doc. 79):*

*Valor da Empresa: R\$ 780.136.442*

*Quantidade de ações: 2.276.476.326 ações*

*Preço de emissão das ações: R\$ 0,34269473114047 por ação*

*Quantidade das novas ações ordinárias: 1.167.219.580 ações*

*Preço de emissão das novas ações ordinárias: R\$ 400.000.000*

*36. No entanto, o fiscalizado não conseguiu comprovar o valor da empresa adotado no cálculo acima, o que parece indicar que o valor da empresa foi adotado para chegar ao número de ações que interessava para atender à condição prevista na cláusula 2.1.5 do Contrato de Associação. Quando questionado sobre o valor da empresa, pelo Termo de Intimação Fiscal nº 08 (doc. 98), apresentou um Laudo de Avaliação da Santelisa Vale para a data-base de 31/12/2008, que considerou o valor de mercado da empresa, nessa data, em R\$ 621 milhões (doc. 108).*

*37. Do preço de emissão de cada ação ordinária, R\$ 0,01 foi destinado ao aumento de capital social e os restantes R\$ 0,33269473114047 foram destinados a Reserva de Capital. As novas ações foram colocadas para subscrição particular pelas sociedades NL Participations Holdings 4 BV e NL Participations Holdings 2 BV, que as integralizaram em moeda corrente nacional, de acordo com o boletim de subscrição.*

*38. As duas empresas investidoras desse aumento de capital, NL Participations Holdings 4 BV e NL Participations Holdings 2 BV, são empresas sediadas no exterior e integrantes do grupo Louis Dreyfus, usadas como veículo para o aporte de capital em lugar da LDC Brasil S/A, como citado no Contrato de Associação. Os representantes das duas empresas nesse ato eram diretores do grupo Louis Dreyfus Commodities: Bruno Melcher (diretor da LDC Bioenergia e da Ágatis) e Marcelo M. Bacci (diretor da LDC Brasil e da Ágatis).*

[...]

39. A segunda AGE prevista no Contrato de Associação foi realizada em 26/10/2009, às 10h00. Conforme a Ata da AGE da Santelisa Vale Bioenergia S/A, CNPJ 49.213.747/0118-28, de 26/10/2009, 10h00 (doc. 45), a primeira decisão foi alterar a denominação social da empresa para LDC-SEV Bioenergia S/A.

40. Em seguida, foi aprovado o aumento do capital social de R\$ 383.105.919,94 para R\$ 637.382.401,94, com um aumento efetivo de R\$ 254.276.482,00, mediante a emissão de 3.568.792.749 novas ações ordinárias e 4.907.089.989 novas ações preferenciais, subscritas e integralizadas nas seguintes condições: as 3.568.792.749 novas ações ordinárias tiveram o preço de emissão total de R\$ 400.000.000,00, ou seja, R\$ 0,11208272138869 por ação, valor fixado com base na perspectiva de rentabilidade futura nos termos do art. 170, § 1º, da Lei 6.404/76. Do preço de emissão, R\$ 0,03 foi destinado ao aumento de capital social e o restante R\$ 0,08208272138869 foi destinado a Reserva de Capital, como previsto no art. 182, § 1º, alínea a, da Lei 6.404/76, para futura destinação. As ações ordinárias foram subscritas pela Santelisa Vale S/A e integralizadas em moeda corrente.

41. As 4.907.089.989 novas ações preferenciais tiveram o preço de emissão total de R\$ 550.000.000,00, ou seja, R\$ 0,11208272138869 por ação, valor fixado com base na perspectiva de rentabilidade futura, nos termos do art. 170, § 1º, da Lei 6.404/76. Do preço de emissão, R\$ 0,03 também foi destinado ao aumento de capital social e o restante R\$ 0,08208272138869 destinado a Reserva de Capital, como previsto no art. 182, § 1º, alínea a, da Lei 6.404/76, para futura destinação. As novas ações preferenciais foram colocadas para subscrição particular pelos principais bancos credores da empresa, as sociedades Banco Bradesco S/A (2.129.741.374 ações), Banco Itaú BBA S/A (648.563.217 ações), Banco Santander (Brasil) S/A (999.137.928 ações), Banco Votorantim S/A (1.042.959.767 ações) e HSBC Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo (86.687.703 ações) e foram integralizadas mediante a capitalização dos créditos detidos contra a companhia.

42. De acordo com a fiscalizada, o preço por ação foi calculado do seguinte modo (doc. 79):

Valor da Empresa: R\$ 655.164.599

Quantidade de ações: 5.845.366.623 ações

Preço de emissão das ações: R\$ 0,11208272138869 por ação

Quantidade das novas ações ordinárias: 3.568.792.719 ações

Preço de emissão das novas ações ordinárias: R\$ 400.000.000

Quantidade das novas ações preferenciais: 4.907.089.989 ações

Preço de emissão das novas ações preferenciais: R\$ 550.000.000

43. No entanto, **aqui também o fiscalizado não conseguiu comprovar o valor da empresa adotado no cálculo acima, o que novamente parece indicar que o valor da empresa foi adotado para chegar ao número de ações que interessava para atender à condição prevista na cláusula 2.1.5 do Contrato de Associação.** A resposta ao questionamento sobre o valor da empresa, pelo Termo de Intimação Fiscal nº 08 (doc. 98), foi a mesma da Santelisa Vale. No Laudo de Avaliação da Santelisa Vale para a data-base de 31/12/2008, consta a avaliação da Santelisa Vale Bioenergia, principal ativo da SEV. Nesse laudo, o valor de mercado da Santelisa Vale Bioenergia, nessa data, era de R\$ 550 milhões (doc. 108). (negrejouse)

Quanto à complexidade que seria carregada para o Contrato de Associação sem a intervenção da "Ágatis", alegada em razão do acordo de acionistas firmado entre "LDC Brasil" e "Celosia", basta observar que consequências semelhantes não impediram a inclusão,

no Contrato de Associação, de outros dois investidores do Grupo LDC, em parcial substituição à "Ágatis", consoante evidenciado na consolidação do acordo após o segundo aditamento promovido pelas partes (fls. 3402/3575):

*2.1. Associação. A Associação consiste na subscrição de novas Ações Ordinárias SEV ("Aumento de Capital SEV"), para integralização:*

*(a) pelo Veículo LDC, mediante a conferência, pelo Veículo LDC à SEV, conforme descrito nas Cláusulas abaixo, da totalidade das ações de emissão da LDC BIO, exceto por uma ação, que será transferida a título gratuito para a SEVBIO; e*

*(b) pela LDC BRASIL, ou, a critério da LDC BRASIL, por pelo menos dois investidores (doravante o "Investidor A e o Investidor B") que venham a ser indicados às demais Partes, por escrito, pela LDC BRASIL pelo menos 5 (cinco) Dias Úteis da Data do Fechamento e que vierem a aderir a este Contrato de Associação Consolidado nos termos da Cláusula 2.1.3 (a LDC Brasil, o Investidor A e/ou o Investidor B e/ou qualquer outro investidor indicado pela LDC BRASIL para os fins de subscrição e integralização previstos nesta alínea "b" são doravante designados indistintamente, "Investidores") em dinheiro, no valor de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), por meio de Transferência Eletrônica Disponível ("TED") ou transferência internacional de recursos imediatamente disponíveis para a conta corrente nº 15947-6, mantida pela SEV junto à agência nº 2042-7 do Banco Bradesco. Fica desde já acordado que os Investidores poderão ser Afiliadas da LDC Brasil. (negrejou-se)*

Estipuladas as parcelas do aumento de capital que seriam subscritas por "Ágatis" e pelos investidores (ao final indicados como NL Participations Holdings 4 BV e NL Participations Holdings 2 BV), as partes acordaram que os "investidores" deteriam 10,67% do capital e "Ágatis" ("Veículo LDC") 68,53%, percentuais suficientes para que, após a conversão dos principais credores, fosse assegurado o controle do Grupo LDC, como também consolidado no segundo aditamento ao Contrato de Associação:

*2.1.2.1. Participações Econômicas na SEV Pós-Aumento de Capital SEV e Conversão dos Principais Credores. Após o Aumento de Capital SEV e a Conversão dos Principais Credores, a participação econômica na SEV/SEVBIO será a seguinte:*

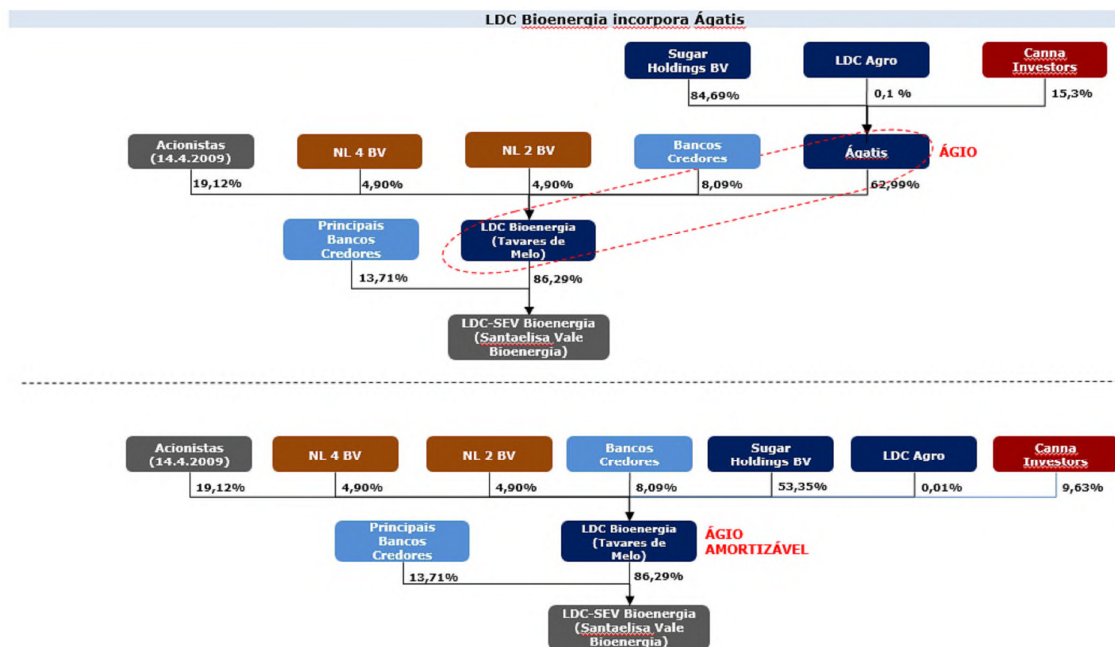
| <i>Nome</i>         | <i>Participação (%)</i> |
|---------------------|-------------------------|
| <i>Investidores</i> | <i>9,3014</i>           |
| <i>Veículo LDC</i>  | <i>59,7683</i>          |
| <i>[...]</i>        | <i>[...]</i>            |
| <b>Total</b>        | <b>100%</b>             |

[...]

Como se vê, o primeiro aumento de capital subscrito pelas partes associadas ao Grupo LDC foi estipulado para que este detivesse participações na adquirida, as quais, juntamente com o compromisso de alienação das participações detidas pelas partes que figuraram no Contrato de Associação, lhe assegurariam o controle da adquirida ainda que todos os principais credores convertessem seus direitos em participação societária na adquirida. Para além disso, a inclusão dos demais investidores associados ao Grupo LDC deixa patente que "LDC Brasil" e "Celosia" poderiam figurar como adquirentes sem o acréscimo de qualquer complexidade à contratação, restando injustificada a interposição de "Ágatis" nesta aquisição.

A recorrente associa a incorporação da LDC-SEV (nova denominação da Santaclisa Vale) pela LDC Bioenergia às finalidades de: (a) simplificar a estrutura empresarial do Grupo LDC; (b) integrar as unidades administrativas, comerciais e financeiras reduzindo os custos operacionais e administrativos em prol da eficiência e racionalização econômica; (c) otimizar o acesso a capitais; (d) alinhar os interesses dos acionistas da Incorporada para participarem diretamente do capital social da sociedade produtora de açúcar, etanol e energia elétrica, em 31.3.2010 a LDC Bioenergia incorporou a LDC-SEV (nova denominação da Santaclisa Vale), conforme a ata da AGE da LDC Bioenergia (fls. 6.087 a 6.158). Na sequência, descreve a reestruturação societária no Grupo LDC e Canna Investors em razão da qual os controladores da Ágatis passaram a ser a Canna Investors LLP (controladora da Celosia) e a Sugar Holdings BV (empresa do Grupo LDC que havia recebido as ações da Pekan da LDC BV. Por fim, associa a incorporação da Ágatis pela LDC Bioenergia à continuidade da integração operacional buscada, destacando que já havia se passado mais de um ano desde a associação original, não havendo mais incertezas relevantes quanto a eventuais ajustes que ainda seriam necessários entre as partes, bem como que, diante desse cenário de menor incerteza, mesmo com a incorporação da Ágatis, havia segurança de que o Grupo LDC manteria sempre pelo menos 50% mais uma ação ordinária da LDC-SEV, o que lhe assegurava o controle da sociedade, o que evidenciaria a importância e a necessidade empresarial (e não meramente tributária) da existência da Ágatis.

Observa que esta reestrutura estava prevista no Contrato de Associação, Subscrição de Ações e Outras Avenças (cláusula 4.2.1) facultando aos acionistas da Ágatis se tornarem acionistas da incorporadora, que viria a abrir seu capital na Bolsa de Valores de São Paulo logo em seguida. Assim demonstra a estrutura empresarial ao final das operações:



A autoridade lançadora, porém, tece severas críticas às citadas justificativas de simplificação e integração das unidades do Grupo ao expor na integralidade a forma como se deu a intervenção de "Ágatis" na operação em debate:

99. A Ágatis era uma empresa inativa, criada em 30/06/2008 com o capital social de R\$ 10.000,00 pela LDC Bioenergia, com R\$ 9.900,00, e pela Louis Dreyfus Commodities Brasil S/A, com R\$ 100,00 de participação, que nunca teve

*funcionários, nem apresentou custos, despesas ou receitas, como pode ser visto na sua DIPJ 2010, ano-calendário 2009 (doc. F11). Nessa DIPJ apresenta apenas no mês de dezembro de 2009 resultados de participação societária decorrentes da operação em análise nesta fiscalização.*

*100. Apenas após ser celebrado o Contrato de Associação com o grupo Santa Elisa em abril de 2009 é que a Ágatis foi colocada como controlada única da Louis Dreyfus Commodities Brasil S/A, empresa holding do grupo Louis Dreyfus no Brasil, em 20/06/2009.*

*101. Depois a Ágatis foi usada para receber o controle da própria LDC Bioenergia, na data da operação de aquisição do controle da Santelisa Vale, conforme a Ata da AGE da Ágatis Investimentos e Participações S/A (doc. 32).*

[...]

*102. Essa inversão de posição, passando a Ágatis de controlada para controladora da LDC Bioenergia permitiu que o ágio fosse formalmente registrado na Ágatis para fins fiscais. Com a incorporação pela LDC Bioenergia, o ágio poderia ser amortizado e aproveitado. Assim, a Ágatis foi utilizada, dentro dos grupos Louis Dreyfus e Canna Investors, como veículo do ativo para a aquisição da Santelisa Vale e veículo do ágio para fins fiscais.*

*103. A justificativa apresentada no Protocolo e Justificativa de Incorporação da Ágatis pela LDC Bioenergia (docs. 33 e 34) para essa incorporação, aprovada em AGEs de 30/12/2010, foi a de que essa incorporação estaria inserida no contexto de reorganização societária mencionada no Acordo de Acionistas celebrado em 26/10/2009. A cláusula 4.2.1 desse acordo de acionistas faz referência à reorganização societária por meio da qual a Ágatis seria incorporada pela LDC Bioenergia, **de modo que os acionistas da incorporada passem a deter participação direta na incorporadora. A incorporação visa à simplificação da estrutura acionária da incorporadora e à sua preparação para os planos futuros de crescimento.***

*104. Ainda segundo o Protocolo, a operação resultará nos seguintes benefícios:*

*“a) simplificação da estrutura societária da incorporadora, propiciando condições mais adequadas para atingimento dos seus planos de expansão futuros;*

*b) otimização do acesso a capitais; e*

*c) alinhamento dos interesses dos acionistas indiretos da incorporada, que após a conclusão da incorporação, passarão a participar diretamente do capital social da incorporadora”.*

*105. Com a incorporação, os controladores indiretos da LDC Bioenergia realmente passaram a ter participação direta na LDC Bioenergia:*

[...]

*106. Ocorre que esses controladores já controlavam diretamente a LDC Bioenergia desde antes do início deste processo:*

[...]

*107. Tal situação leva necessariamente a uma dúvida: se é tão importante que os acionistas da incorporada passem a deter participação direta na incorporadora e se é tão importante a simplificação da estrutura acionária da incorporadora, quais*



*seriam os motivos que levaram esses mesmos acionistas a fazer uma estrutura acionária mais complexa, participando indiretamente na LDC Bioenergia, e principalmente, quais os motivos para essa estrutura mais complexa ser utilizada apenas durante o período em que o controle da Santelisa Vale e da Santelisa Vale Bioenergia foi adquirido?*

*108. A resposta apresentada não esclareceu muito (doc. 81):*

“A Fiscalizada esclarece que a Ágatis não é uma empresa interposta. Ao tempo da transação, a LDC Bioenergia S/A era detida pela Louis Dreyfus Commodities Brasil S/A (84,7%) e pela Celosia Holdings S/A (15,3%). Assim, como a associação com o Grupo Santa Elisa dependia da contribuição da totalidade do capital da LDC Bioenergia em aumento de capital da Santelisa Vale S/A, a Ágatis foi a empresa que passou a concentrar 100% da participação na LDC Bioenergia, consolidando os interesses do Grupo Louis Dryfus e da Celosia, de forma a tornar possível a associação com o Grupo Santa Elisa”.

*109. É de se estranhar que seja necessária uma outra empresa para consolidar os interesses do Grupo Louis Dryfus e do Grupo Canna Investors, afinal, esses interesses já estavam consolidados na própria LDC Bioenergia. O fiscalizado foi solicitado a esclarecer por que a Louis Dreyfus Commodities Brasil S/A e a Celosia Holdings S/A não fizeram a contribuição da totalidade das suas participações acionárias no capital da LDC Bioenergia diretamente em aumento de capital da Santelisa Vale S/A.*

*110. Entretanto, parece que o sujeito passivo não consegue ou não pode esclarecer essas dúvidas. Na nova resposta limitou-se a praticamente repetir a mesma resposta, apenas acrescentando (doc. 87):*

“A concentração do investimento na Ágatis era a estrutura mais eficiente para a negociação da transação com o Grupo Santa Elisa”.

*111. Ainda apresentou outra resposta, repetindo a alegação (doc. 97):*

“Tal como esclarecido pela fiscalizada em suas respostas anteriores, a concentração do investimento na Ágatis era a estrutura mais eficiente do ponto de vista negocial da transação, na medida em que a Ágatis passou a consolidar os interesses da Celosia e do Grupo Louis Dreyfus Commodities para fins de associação como o Grupo Santa Elisa”.

*112. Apesar de ser uma estrutura mais eficiente, não foi apresentado um só dado a demonstrar esse fato ou uma única situação que mostre essa eficiência. Os interesses da Celosia e do Grupo LDC já estavam consolidados na LDC Bioenergia, passaram a ser consolidados na Ágatis e depois voltaram a ser consolidados na LDC Bioenergia, sem que houvesse nenhuma outra empresa ou recurso colocado na Ágatis, além da LDC Bioenergia, para ser consolidado.*

*113. Porém, é possível inferir em que a “concentração do investimento na Ágatis era a estrutura mais eficiente”. Após a incorporação da Ágatis em 31/12/2010, a LDC Bioenergia passa a amortizar tributariamente o ágio decorrente da aquisição da Santelisa Vale. Para essa amortização, sim, era uma estrutura mais eficiente. Essa estrutura permitiria que o ágio transitasse por uma empresa veículo temporária e que poderia ser incorporada pela empresa operacional, atendendo, na visão do grupo Louis Dreyfus, às condições do art. 386 do RIR/99, e sem precisar incorporar a real adquirente ou a empresa operacional adquirida.*

*114. É preciso ressaltar a função primordial da empresa veículo Ágatis neste caso concreto. Sem a empresa veículo o ágio ficaria registrado nos controladores da LDC Bioenergia, o grupo Louis Dreyfus Commodities e o grupo Canna Investors,*

*sem haver a possibilidade de sua amortização tributária, a menos que o investimento fosse vendido ou formasse uma única entidade com os reais controladores.*

*115. No caso do grupo Canna Investors poderia haver a alegação de que o ágio estaria registrado então na Celosia e que como esta foi incorporada pela Ágatis e, posteriormente, pela LDC Bioenergia, a sua parcela do ágio poderia ser amortizável. Ocorre que a Celosia era o único investimento da Canna Investors, e a própria Celosia, como já descrito, era uma empresa sem qualquer atividade empresarial, sem receitas ou despesas. Portanto, a real investidora da LDC Bioenergia era a Canna Investors, que forneceu os recursos para a Celosia em aumento de capital, conforme se pode ver nas Fichas Cadastrais da Jucesp (docs. F18 e F19), para que pudesse realizar esse investimento, e que permanece ativa. Não só permanece ativa, como passou a ser acionista direta da LDC Bioenergia, atual Biosev, com as alterações societárias efetuadas em 30/12/2010 (doc. F20, ficha 60), e da qual permanece acionista (doc. F21).*

*116. Se não fosse a possibilidade de aproveitar fiscalmente a amortização de ágio, o fato de a estrutura ser mais complexa e com empresas holdings intermediárias não parece ser problema algum para o grupo Louis Dreyfus Commodities. Veja-se, por exemplo, a estrutura organizacional do fiscalizado em 2013, apresentada em 23/07/2015 (doc. 83):*

*[...]*

*117. Essa estrutura tem 4 empresas holdings em sequência denominadas Louis Dreyfus Holding. A primeira a Louis Dreyfus Holding BV e na sequência Louis Dreyfus Commodities and Energy Holdings BV, Louis Dreyfus Commodities Holdings BV e Louis Dreyfus Commodities Netherlands Holding BV, uma controlando a outra com 100%, com a última controlando a Sugar Holdings BV. A Sugar Holdings está no lugar da LDC Brasil como controladora da Biosev, além de controlar as empresas NL Participations Holdings 3 BV NL, que controla a Participations Holdings 4 BV, e a NL Participations Holdings 1 BV, que controla a NL Participations Holdings 2 BV.*

*118. Com uma estrutura dessas, não deixa de ser irônica a justificativa das incorporações da Ágatis, da Celosia e da Santelisa Vale, de simplificação da estrutura, redução de custos operacionais e eliminação de holdings intermediárias.*

Não há dúvidas, neste contexto, que "Ágatis" foi interposta na operação de aquisição de "Santaelisa Vale" apenas para permitir a incorporação e a pretendida amortização fiscal do ágio pago. Imprópria a alegação da recorrente de que a *Fiscalização deixou de examinar os atos praticados pelo Grupo Econômico e deturpou as reais circunstâncias fáticas e negociais envolvidas nos eventos descritos acima, na tentativa de construir um cenário fantasioso em que todas as operações foram realizadas unicamente com o objetivo de deduzir as despesas de ágio das bases de cálculo do IRPJ e da CSL*. A autoridade fiscal analisou detalhadamente todos os passos da operação de aquisição em questão, e antecipadamente infirmou as justificativas que a interessada deduz em sua defesa para afastar as glosas promovidas.

Sob esta ótica, afastados os ditos *verdadeiros propósitos negociais* perde o objeto a discussão da recorrente acerca da *possibilidade jurídica de utilização de holding pura em estruturas lícitas dotadas de propósito negocial*. Irrelevante, também, se o conceito de *empresa-veículo*, além de não estar previsto em lei, trata-se de uma importação da teoria

*americana do business purpose que não se adere ao regime tributário nacional, na medida em que deixa de ter qualquer importância o rótulo atribuído à "Ágatis" se regularmente demonstrada a inexistência de qualquer substância que lhe possa ser atribuída, para além de sua utilidade para fins de aproveitamento fiscal do ágio. Não há dúvida que o contribuinte tem o direito de escolher, dentre as alternativas legais válidas e legítimas, aquela que apresenta o menor ônus tributário para alcançar o mesmo objetivo, todavia, a legislação civil e tributária nega efeitos a atos simulados, como bem expôs a autoridade fiscal, ao limitar a vantagem fiscal aos casos reais, afastando-a nos casos em que a atuação do sujeito passivo acaba por mascarar a origem dessa exclusão com a aparência da legalidade e da normalidade, mediante a estruturação de um plano, de um artifício criado para reduzir a carga tributária, característico de simulação, concebida 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.*

Confirma-se, portanto, não ser possível à empresa invocar desconhecimento, prática de erro escusável, ou divergência de interpretação da legislação. Na presença de operações aparentes, porque sem substância econômica, por serem pura forma, sem materialidade, resta caracterizada a fraude prevista no art. 72 da Lei 4.502/64, motivação válida para aplicação da penalidade prevista no art. 44, §1º da Lei nº 9.430/96.

Esclareça-se que, mesmo se não restasse caracterizada a simulação e, por consequência, a fraude em razão da interposição de "Ágatis", ainda assim seria possível a desconsideração de operação sem substância econômica, mediante aplicação do art. 116, parágrafo único do CTN, consoante entendimento expresso pela 1ª Turma da CSRF, e claramente exposto na ementa do Acórdão nº 9101-003.447:

*NORMA GERAL ANTIELISIVA. EFICÁCIA.*

*Perfeita a decisão recorrida, ao discorrer que o art. 116, parágrafo único, do CTN requer, com vistas a sua plena eficácia, que lei ordinária estabeleça os procedimentos a serem observados pelas autoridades tributárias dos diversos entes da federação ao desconsiderarem atos ou negócios jurídicos abusivamente praticados pelos sujeitos passivos. Na esfera federal, há na doutrina nacional aqueles que afirmam ser ineficaz a referida norma geral antielisiva, sob o argumento de que a lei ordinária regulamentadora ainda não foi trazida ao mundo jurídico. Por outro lado, há aqueles que afirmam ser plenamente eficaz a referida norma, sob o argumento de que o Decreto nº 70.235/72, que foi recepcionado pela Constituição de 1988 com força de lei ordinária, regulamenta o procedimento fiscal. Dentre as duas interpretações juridicamente possíveis deve ser adotada aquela que afirma a eficácia imediata da norma geral antielisiva, pois esta interpretação é a que melhor se harmoniza com a nova ordem constitucional, em especial com o dever fundamental de pagar tributos, com o princípio da capacidade contributiva e com o valor de repúdio a práticas abusivas. No mesmo sentido, precedente na 1ª Turma da CSRF, Ac. 9101-002.953.*

Referida decisão está pautada nas razões do voto da Conselheira Cristiane Silva Costa, assim expressas no Acórdão nº 9101-002.953:

*O Código Tributário Nacional, em sua redação original, previa a possibilidade de revisão de ofício do lançamento tributário na hipótese de simulação:*

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos: (...)

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação (...)

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

*A Lei Complementar nº 104/2001 incluiu o parágrafo único ao artigo 116, para assim dispor:*

Art. 116. (...)

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

*Desde sua edição, a doutrina se divide para tratar da norma do artigo 116, parágrafo único, como eficaz, ou não.*

*Paulo Ayres Barreto entende que a norma ainda seria ineficaz: "Enquanto lei ordinária não disciplinar o procedimento de desconsideração dos negócios jurídicos realizados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador, será inaplicável o parágrafo único do art. 116 do CTN. Há ineficácia técnica, de natureza sintática." (Planejamento Tributário Limites Normativos, 1ª edição, São Paulo, Noeses, 2016, p. 256)*

*De outro lado, como pondera Regina Helena Costa, atual Ministra do Superior Tribunal de Justiça, "o direito positivo já autorizava a desconsideração de negócios jurídicos dissimulados, à vista do disposto no art. 149, VII, CTN, que estabelece que o lançamento deva ser procedido de ofício na hipótese de o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, ter agido com dolo, fraude ou simulação" (Curso de Direito Tributário, Saraiva, 2009, p. 184). Em que pese interprete desta forma, a Ministra ainda leciona que "Além de parecer desnecessária, ante o disposto no art. 149, VII, CTN, abriga a referida norma demasiada generalidade e latitude, demandando, a nosso ver, que outra lei venha a estatuir as hipóteses de sua aplicação, sob pena de conceder-se demasiada liberdade ao administrador fiscal na desconsideração dos atos e negócios jurídicos" (obra citada, p. 185).*

*Entendo que a norma do artigo 116 é eficaz, legitimando a desconsideração de atos simulados, reforçando a previsão contida no artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional.*

*A doutrina de Paulo de Barros Carvalho também merece menção, admitindo a desconsideração de atos pelo Fisco, quando demonstrada a simulação. Sua doutrina enfrenta a simulação sob o ponto de vista da vontade:*

*"Apenas as operações do contribuinte que mascarem determinada transação econômica e jurídica, ocultando, por formas artificiosas, a realidade, configuram 'operações simuladas'. Se os verdadeiros motivos dos atos praticados pelas partes não cumprirem com a finalidade imputada a eles por lei, bem como neles estiverem presentes cabalmente notas que indiquem verdadeira hipótese de omissão da real intenção do que faz suporte ao negócio jurídico escolhido, tais atos não são oponíveis ao fisco, devendo merecer tratamento tributário de ato dissimulado e seus consequentes efeitos jurídicos. (...)*

*Para que haja simulação é necessário, portanto: (i) conluio entre as partes, (ii) divergência entre a real vontade das partes e negócio por elas declarado; e (iii) intenção de lograr o Fisco. Se tais características, porém, não se apresentarem no caso concreto,*

---

será vedado à autoridade administrativa desconsiderar o ato" (*Derivação e Positivação no Direito Tributário*, p. 82)

*Esclareço que não comungo do entendimento do ilustre Professor Paulo de Barros Carvalho sobre a necessidade de ilicitude, nos termos dos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, para fins de desconsideração de operações pelo Fisco (na mesma obra, o professor sustenta que "para que seja admissível a autuação fiscal, desconsiderando o negócio jurídico praticado, não basta que os efeitos econômicos de tal prática sejam semelhantes aos de ato diverso, mas é imprescindível que tenha havido ilicitude em tal realização, nos termos dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64").*

*Ora, a conformação dos fatos jurídicos à figura da simulação não depende da identificação destes com os artigos 71 a 73 referidos, basta que se amoldem às prescrições do Código Civil (167) e Código Tributário Nacional (art. 149, VII e 116, parágrafo único). As normas de Direito Tributário, no que concerne à simulação, não alteraram o conceito de simulação tratado pela norma de direito privado, relacionada à vontade do agente, manifestada de forma distinta no ato simulado daquela pretendida pelo ato dissimulado. (Grifos originais)*

Não se acolhe, portanto, a **imposição** apresentada pela recorrente, no sentido de que a *Ágatis* figurou como adquirente da participação societária e sócia do empreendimento e de que, assim, somente ela poderia, para fins contábeis, transferir o custo pago para o patrimônio da *Santaelisa Vale*. Ainda que o direito crie realidades e constitua personalidades jurídicas, estas podem ser afastadas se evidenciada simulação ou inexistência de substância econômica.

Inócuo, assim, o empenho da recorrente em demonstrar que a *transação de aquisição de participação societária* foi realizada entre partes independentes, envolvendo pessoas não relacionadas e que houve efetivo pagamento do preço (e do ágio) firmado entre as partes, porque este preço não foi incorrido por sociedade brasileira (*Ágatis*) para adquirir o investimento em outra sociedade brasileira (*Santaelisa Vale*), sucedida pela Recorrente em todos os direitos e obrigações após sua incorporação, mas sim pelas pessoas jurídicas dos Grupos LDC e Canna Investors, como extensamente demonstrado pela autoridade lançadora.

Irrelevantes, também, as estipulações do art. 2º, §3º da Lei das S/A, bem como o alegado art. 31 da Lei nº 11.727/2008, que reconheceria a *holding pura como uma sociedade válida para todos os fins, ao dispor que a esta poderá diferir o reconhecimento das despesas com juros de empréstimos contraídos para financiamentos de investimentos em sociedades controladas*, até porque referido diferimento tem em conta, justamente, a permanência do investimento adquirido, convertendo em seu custo as despesas com aportes de recursos, nas investidas, por meio de empréstimos. Observe-se, inclusive, que o aporte de novos recursos nas investidas, dentre outras atuações da *holding*, são atividades que operam em favor de sua efetiva existência.

Com referência à discordância manifestada pela recorrente acerca da caracterização da LDC Brasil e Celosia Holding como "reais adquirentes" da transação, sob o fundamento de que inexistiria norma jurídico-tributária que exija o requisito da "confusão patrimonial" entre o "real adquirente" e o investimento adquirido, já restou expresso neste voto os fundamentos do voto condutor, no mérito, do Acórdão nº 1402-003.574, para firmar a conclusão de que *é fundamental que a incorporação se verifique entre investida e investidora, com conseqüente confusão patrimonial e extinção do investimento, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável*, dado que a interposição de uma empresa

*veículo não extingue, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da investidora, diversamente do que cogita a lei.*

Esclareça-se, ainda, que a autoridade fiscal não reconheceu "Celosia Holding" como real adquirente do investimento, consoante se observa nas seguintes passagens do Termo de Verificação Fiscal:

*12. Esclarecemos que a empresa Celosia Holdings, acionista da LDC Bioenergia e por consequência da Ágatis, era uma empresa controlada pela Canna Investors LLP, por sua vez sediada no Reino Unido (docs. F16 e F17). A Celosia Holdings era uma empresa sem custos, despesas, receitas e sem funcionários, cujas únicas movimentações eram as provenientes da participação na LDC Bioenergia ou na Ágatis (docs. F14 a F16). Em vista da ausência de recursos próprios, trata-se de uma empresa veículo do controlador externo. A Celosia não chegou sequer a assinar o Contrato de Associação, limitando-se a enviar uma correspondência em que declara a sua concordância com ele (doc. F1).*

[...]

*67. Em 30/12/2010, a Ágatis incorporou a Celosia Holdings, conforme a Ata da AGE da Ágatis às 9h00 (doc. 82A), e incorporou a Pekan, conforme a Ata da AGE da Ágatis às 10h00 (doc. 100). Com isso, os controladores da Ágatis passaram a ser a Canna Investors LLP (controladora da Celosia) e a Sugar Holdings BV (empresa do grupo Louis Dreyfus Commodities), que havia recebido em 09/09/2010 as ações da Pekan que pertenciam à Louis Dreyfus Commodities BV (doc. 102).*

[...]

*77. Note-se que a aquisição de 62,99% da Santelisa Vale custou R\$ 1.515.681.000,00 ao grupo Louis Dreyfus e Canna Investors em 26/10/2009 às 12h00, enquanto que o mesmo grupo Louis Dreyfus, através das empresas NL Participations Holdings 4 BV e NL Participations Holdings 2 BV, pagou R\$ 400.000.000,00 por 33,9% de participação na Santelisa Vale um pouco antes, às 9h00.*

[...]

*97. Como visto anteriormente, o grupo Louis Dreyfus (e o grupo Canna Investors) adquiriu o controle da Santelisa Vale e, em consequência, da Santelisa Vale Bioenergia, através de aumentos de capital. Parte em espécie (R\$ 400.000.000,00 através de duas empresas veículos no exterior), e parte com a participação societária na LDC Bioenergia. A utilização da LDC Bioenergia é a operação que gerou o ágio em análise.*

[...]

*102. Essa inversão de posição, passando a Ágatis de controlada para controladora da LDC Bioenergia permitiu que o ágio fosse formalmente registrado na Ágatis para fins fiscais. Com a incorporação pela LDC Bioenergia, o ágio poderia ser amortizado e aproveitado. Assim, a Ágatis foi utilizada, dentro dos grupos Louis Dreyfus e Canna Investors, como veículo do ativo para a aquisição da Santelisa Vale e veículo do ágio para fins fiscais.*

[...]

109. É de se estranhar que seja necessária uma outra empresa para consolidar os interesses do Grupo Louis Dryfus e do Grupo Canna Investors, afinal, esses interesses já estavam consolidados na própria LDC Bioenergia. O fiscalizado foi solicitado a esclarecer por que a Louis Dreyfus Commodities Brasil S/A e a Celosia Holdings S/A não fizeram a contribuição da totalidade das suas participações acionárias no capital da LDC Bioenergia diretamente em aumento de capital da Santelisa Vale S/A.

[...]

114. É preciso ressaltar a função primordial da empresa veículo Ágatis neste caso concreto. Sem a empresa veículo o ágio ficaria registrado nos controladores da LDC Bioenergia, o grupo Louis Dreyfus Commodities e o grupo Canna Investors, sem haver a possibilidade de sua amortização tributária, a menos que o investimento fosse vendido ou formasse uma única entidade com os reais controladores.

115. No caso do grupo Canna Investors poderia haver a alegação de que o ágio estaria registrado então na Celosia e que como esta foi incorporada pela Ágatis e, posteriormente, pela LDC Bioenergia, a sua parcela do ágio poderia ser amortizável. Ocorre que a Celosia era o único investimento da Canna Investors, e a própria Celosia, como já descrito, era uma empresa sem qualquer atividade empresarial, sem receitas ou despesas. Portanto, a real investidora da LDC Bioenergia era a Canna Investors, que forneceu os recursos para a Celosia em aumento de capital, conforme se pode ver nas Fichas Cadastrais da Jucesp (docs. F18 e F19), para que pudesse realizar esse investimento, e que permanece ativa. Não só permanece ativa, como passou a ser acionista direta da LDC Bioenergia, atual Biosev, com as alterações societárias efetuadas em 30/12/2010 (doc. F20, ficha 60), e da qual permanece acionista (doc. F21).

[...]

129. No caso em análise, a opção do grupo Louis Dreyfus Commodities, e também do grupo Canna Investors, não foi pela extinção do investimento. O ágio na aquisição do controle do grupo Santa Elisa, que foi apurado em uma empresa veículo, foi transferido para a empresa operacional do grupo (LDC Bioenergia, atual Biosev), e lá permaneceu para ser amortizado após a incorporação da empresa adquirida. Porém, apesar disso, o custo do investimento na Santelisa Vale permaneceu intacto como era originalmente nas reais investidoras, a LDC Brasil e a Celosia, posteriormente em suas sucessoras, Sugar Holdings e Canna Investors, já que não participaram de incorporação, fusão ou cisão com a adquirida. Dessa forma, **o investimento não foi extinto.**

[...]

237. A Ágatis foi inserida como controladora da então LDC Bioenergia pelos grupos Louis Dreyfus Commodities e Canna Investors com o objetivo certo de forçar uma situação formal para transferência do ágio à empresa operacional do grupo. 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.

[...]

241. A Ágatis em seu curto período ativo, não incorreu em custos, despesas ou receitas, apresentando apenas a movimentação decorrente do pretenso investimento

*na LDC Bioenergia, e seu ágio. Ou seja, a sociedade formalizada produziu apenas documentos (atas, estatutos, livros contábeis, entre outros) utilizados para movimentar contabilmente recursos de outras empresas do grupo LDC e da Canna Investors. A situação do 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.*

*Daí porque a alegação de que em 30.12.2010 a Celosia foi incorporada pela Ágatis que, por sua vez, teve seu patrimônio unido à LDC Bioenergia (sociedade que já tinha incorporado a Santa Elisa Vale) no mesmo dia, não se presta a evidenciar a exigida “confusão patrimonial”.*

Sob tais premissas, devem ser mantidas não só as glosas de amortização de ágio, como também a qualificação da penalidade, à semelhança do entendimento firmado pela 1ª Turma da CSRF nos seguintes julgados:

*AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA-VEÍCULO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL Não produz o efeito tributário pretendido pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade comercial ou societária, em operações em sequência feitas em curto espaço de tempo entre a integralização de capital na incorporada e posterior evento de incorporação reversa. Nestes casos resta caracterizada a utilização da incorporada como mera empresa-veículo para transferência do ágio à incorporadora.*

*MULTA QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE Caracteriza o evidente intuito de fraudar o Fisco as operações de reestruturação societárias criadas com o objetivo único de possibilitar a amortização de ágio gerado artificialmente, mediante a utilização de empresas-veículo, sem propósito comercial que não seja o de obter benefício tributário. (Acórdão nº 9101-003.208 - Sessão de 8 de novembro de 2017).*

*QUALIFICAÇÃO DA MULTA. PLUS NA CONDUTA. DOLO.*

*Operações empreendidas com utilização de empresa de papel, sem substância econômica, visando construir deliberadamente o suporte fático para aproveitamento do ágio demonstram flagrante artificialidade. Evidencia-se a presença dos elementos volitivo e cognitivo, caracterizando o dolo, o plus na conduta que ultrapassa o tipo objetivo da norma tributária e que é apenado com a qualificação da multa de ofício. (Acórdão nº 9101-003.275 - Sessão de 6 de dezembro de 2017).*

*MULTA QUALIFICADA. EMPREGO DE EMPRESA VEÍCULO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO ECONÔMICO.*

*O emprego de empresa veículo, despida de propósito econômico, com o fim de dar a aparência de obediência aos requisitos de dedutibilidade do ágio amortizado, previstos nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, autoriza a aplicação da multa qualificada, prevista no artigo 44, § 1º, da Lei nº 9.430/1996, para os fatos geradores ocorridos a partir do ano-calendário de 2007. (Acórdão nº 9101-003.533 - Sessão de 4 de abril de 2018).*

Com referência à pretendida aplicação do art. 112 do CTN, e do art. 76, inciso II, alínea "a" da Lei nº 4.502/64, além dos princípios da razoabilidade e da



proporcionalidade na aplicação de sanções, adota-se, aqui, os mesmos fundamentos expostos pela autoridade julgadora de 1ª instância para rejeitá-las:

*Quanto ao cancelamento integral da multa, com base no artigo 112, do CTN, equivoca-se a impugnante, pois ele é aplicável quando o julgador, na análise do caso concreto e diante das provas dos autos, resta em dúvida quanto à capitulação legal do fato ou quanto à sua natureza, suas circunstâncias materiais, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos. No caso, todavia, tal dúvida inexiste, eis que os fatos que levaram à autuação estão claramente delineados no Termo de Verificação Fiscal e respectivo auto de infração.*

*Dar a tal dispositivo o alcance pretendido pela impugnante faria com que este tivesse o condão de excluir a penalidade sempre que houvesse um conflito de interpretação dos fatos entre as autoridades fiscais e os contribuintes. Definitivamente não é este o caso.*

*O CTN prevê a chamada interpretação benéfica quando houver dúvida em relação às circunstâncias fáticas de cada caso, mas não autoriza o benefício em função de entendimento jurídico diverso da pretensão do contribuinte.*

*Também entendo não assistir razão quando defende a aplicação ao caso do artigo 76, II, “a” da Lei 4.502/1964, que dispõe:*

Art. 76. Não serão aplicadas penalidades:

(...)

II - enquanto prevalecer o entendimento aos que tiverem agido ou pago o imposto:

a) de acordo com interpretação fiscal constante de decisão irrecorrível de última instância administrativa, proferida em processo fiscal, inclusive de consulta, seja ou não parte o interessado;

*A Recorrente sequer menciona qual seria a decisão irrecorrível de última instância administrativa a que se refere.*

*De qualquer forma, entendo que o artigo 76, II, “a” da Lei 4.502/1964 teria sido derogado por norma posterior, no caso, o artigo 100 do Código Tributário Nacional, que assim preceitua (grifei):*

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

**II as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;**

III as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

*Enquanto o artigo 76, II, “a” da Lei 4.502/1964 exclui a penalidade pela observância de decisão irrecorrível de última instância administrativa, o artigo 100*

*do CTN, posterior, passou a excluir penalidades apenas no caso de observância de decisões administrativas a que a lei atribua eficácia normativa, o que também não é o caso.*

Embora os fundamentos até aqui expostos sejam suficientes para manutenção das glosas de amortização do ágio pago na aquisição de "Santaelisa Vale", cumpre recordar que a autoridade fiscal também aponta inobservância do art. 20, §3º do Decreto-lei nº 1.598/77 porque:

*81. Para fundamentar economicamente o ágio apurado, o fiscalizado apresentou o “Laudo de rentabilidade futura da Santelisa Vale S/A (‘SEV S/A’ ou ‘Empresa’) relacionado a aquisição do controle desta pela Ágatis Investimentos e Participações S/A”, elaborado pela KPMG Corporate Finance em 14/04/20112 (doc. F4). Quando questionado, o sujeito passivo confirmou que esse é o Laudo que justifica economicamente o ágio apurado pela Ágatis (doc. 87).*

*82. É de se destacar que o laudo foi elaborado posteriormente pela KPMG, em 14/04/2011 – um ano e meio após a aquisição da participação societária –, **a pedido da LDC Bioenergia**. O objetivo desse laudo “foi elaborar um relatório sobre a análise de rentabilidade futura da SEV S/A relacionado à aquisição, em 26/10/2009, pela Ágatis”. A data base do laudo é 31/10/2009, portanto, **posterior à aquisição**. Além disso, em sua conclusão, o Laudo não apresenta explicitamente um resultado final do valor da empresa, embora conclua que a expectativa de rentabilidade futura da SEV S/A seja a demonstrada na página 48 do Laudo.*

*83. Observamos que normalmente, neste tipo de laudo, o valor de mercado da empresa avaliada é dado após o cálculo do fluxo de caixa da empresa a valor presente ao qual é somado uma parcela da chamada “perpetuidade”. O Laudo em questão não apresenta nada disso. Tampouco define o valor do ágio com base nesse valor da empresa, apenas cita na descrição da operação que “como consequência da contribuição de capital, houve a geração de um ágio fiscal no valor de R\$ 356 milhões, registrado fiscalmente na Ágatis”.*

*84. Trata-se de um laudo evasivo, mesmo porque foi feito em uma situação anormal. Foi elaborado em 14/04/2011 sobre uma operação feita em 26/10/2009, cuja empresa avaliada deixou de existir, por ter sido incorporada, em 31/03/2010, ou seja, foi elaborado um Laudo de rentabilidade futura de uma empresa que já não existia. Além disso, a empresa que seria a interessada no Laudo, por ser a adquirente (Ágatis), também deixou de existir em 30/12/2010, por também ter sido incorporada, o que evidencia mais uma vez a artificialidade da interposição da Ágatis na operação. O laudo apresentado é deficiente para a fundamentação econômica do ágio pago, ao não apontar claramente o valor de mercado da empresa na data de aquisição e ao ser elaborado após a aquisição.*

*85. De toda forma, supondo que não houvessem essas deficiências, se considerarmos a soma dos valores de Resultado do Exercício constantes da página 48 do Laudo, chegaremos ao valor de R\$ 2.017 milhões. Se a esse valor, considerarmos a participação societária adquirida na SEV S/A em outubro de 2009 de 62,99%, chega-se à conclusão de que o valor da participação adquirida é de R\$ 1.270,51 milhões, no máximo, segundo o Laudo. Dessa forma, **o Laudo de Avaliação estaria referendando como valor do ágio o montante de R\$ 110,72 milhões** (R\$ 1.270,51 milhões – R\$ 1.159,79 milhões), bem abaixo do ágio apurado pela fiscalizada.*

86. Assim, e se fosse válido, o próprio Laudo de Avaliação utilizado para fundamentar o valor do ágio não avaliza o valor pago na aquisição de 62,99% da Santelisa Vale pela Ágatis, confirmando o indicio apontado em parágrafo anterior.

87. A fiscalizada foi questionada a confirmar qual seria o valor da Santelisa Vale S/A, determinado com base na expectativa de resultados futuros, de acordo com o laudo apresentado (doc. 86). Porém, a fiscalizada se omitiu, limitando-se a informar que “os valores indicados na página 48 do laudo elaborado pela KPMG Corporate Finance não representam o valor da Santelisa Vale S.A. Os valores ali indicados representam a projeção dos resultados futuros da Santelisa Vale S.A. e confirmam a existência de expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida” (doc. 87).

88. Fica-se, assim, na situação em que o laudo de avaliação não chega a concluir qual seria o valor da empresa adquirida, com base na expectativa de resultado futuro, e que o adquirente da participação societária admite não saber qual é esse valor de rentabilidade futura.

[...]

90. Dessa forma, na hipótese mais benéfica ao fiscalizado, pode-se concluir que realmente “os valores ali indicados representam a projeção dos resultados da Santelisa Vale S/A e confirmam a existência de expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida”, mas **não no valor total do ágio** que foi pago. A outra hipótese é a de que o fiscalizado **não pode aproveitar tributariamente ágio nenhum** nessa operação, em vista de que não conseguiu demonstrar o “valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros”, que deveria ser avaliado **antes** da aquisição.

91. Apesar dessa falta de comprovação do ágio, o sujeito passivo está amortizando e aproveitando esse ágio fiscalmente. De acordo com as Demonstrações Financeiras de 31/03/2010 (doc. 23), na nota explicativa sobre as principais práticas contábeis, o ágio de aquisição de empresas deixou de ser amortizado contabilmente em 01/01/2009, conforme o CPC 04 – Ativo Intangível. Tributariamente, o valor total do ágio de R\$ 355.892.742,60 está sendo amortizado em 5 anos.

92. Em janeiro de 2011, antes até de obter o Laudo de Avaliação, o sujeito passivo começa a aproveitar o ágio tributariamente, com a exclusão da despesa de amortização de ágio da Ágatis no valor de R\$ 5.928.483,33 no mês, lançado como ajuste de RTT no Lalur. No ano de 2011, a exclusão é de R\$ 71.178.548,52 (doc. 49B). O procedimento foi o mesmo e no mesmo valor nos anos de 2012 (doc. 50C) e 2013 (doc. 51C), registrando a amortização de ágio como ajuste do RTT.

93. Nas DIPJ 2012 a 2014, relativas aos anos-calendário 2011 a 2013 (docs. F8 a F10), também foi adotado o mesmo procedimento: declarar a amortização de ágio apurado na Ágatis na linha 55 da ficha 07, a título de amortização de ágio nas aquisições de investimento, compondo o ajuste do RTT na apuração do lucro real (ficha 09) e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (ficha 17).

94. Com relação ao ano-calendário de 2014, a empresa fez a entrega da ECF – Escrituração Contábil Fiscal, que substituiu a DIPJ e o Lalur, em setembro de 2015 e o retificou em 05/01/2016 (doc. 104). Da mesma forma que no ano anterior, no e-Lalur (doc. F23) e no e-Lacs (doc. F24), o sujeito passivo excluiu o valor do ágio no valor de R\$ 71.178.548,52 do Lucro Líquido, compondo o ajuste do RTT (doc. F25) na apuração do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL.

95. Essas despesas de amortização do ágio apurado na aquisição de participação societária na Santaelisa Vale S/A serão glosadas nesta fiscalização, mas, ressalte-se, mesmo que pudessem ser amortizadas, o seriam em valor inferior ao aproveitado pelo fiscalizado, como descrito.

A recorrente defende que o fundamento econômico do ágio pago – a expectativa de rentabilidade futura da Santaelisa Vale – foi registrado pela sociedade brasileira Ágatis e estava embasado em documento **anterior** à operação (**doc. 31 da Impugnação – fls. 6723 a 6773**), sendo improcedente qualquer alegação de intempestividade de elaboração do demonstrativo que comprova a escrituração do ágio. Tais informações, tempos depois, foram **confirmadas** por Laudo de Avaliação preparado pela KPMG (**doc. 30 da Impugnação – fls. 6666 a 6773**).

Afirma que o fundamento econômico do ágio na aquisição da Santaelisa Vale pela Ágatis era expectativa de rentabilidade futura, observando que a autoridade julgadora reconheceu a apresentação de documento anterior à operação, mas deixou de avaliar sua aptidão jurídica sob o entendimento de que tal documento não foi dirigido à Ágatis, mas para a LDC Bioenergia S.A., mais um fato a demonstrar a falta de essência empresarial da Ágatis.

Consta da decisão recorrida que:

Numa interpretação que não seja a literal, reputa-se inadmissível o início da amortização fiscal do ágio sem que se tenha claramente determinado qual o correto fundamento econômico deste. Caso contrário, estar-se-ia admitindo a amortização de algo que não se sabe efetivamente do que se trata. É necessária a contemporaneidade da “demonstração” que permita a identificação de seu fundamento econômico.

Destarte, percebe-se claramente que o fundamento econômico do ágio há de ser determinado antes, ou, no máximo, até o momento da aquisição. Trata-se, ainda, de uma questão de ordem lógica: não faz sentido imaginar que o fundamento econômico determinante para o pagamento de um ágio somente possa ter-se tornado conhecido após a operação de compra. Ora, se somente tornou-se conhecido após a aquisição, não pode ter sido ele o fator determinante para o pagamento ocorrido. Assim, a prova de que foi a rentabilidade futura a razão do pagamento do ágio incumbe obrigatoriamente à empresa que por ele pagou, e tal prova há de ser feita com documentos contemporâneos aos fatos, pois a “demonstração” se faz com os documentos que de fato serviram de base para a tomada da decisão de adquirir a participação societária.

Mais ainda, ante a falta de comprovação contemporânea, resta apenas a alternativa de considerar que o ágio teve por fundamento “outras razões econômicas”, posto ser a única alternativa existente a não exigir o arquivamento da referida “demonstração”, e, por conseguinte, a impossibilidade de aproveitamento da dedutibilidade fiscal desse ágio.

O laudo apresentado durante o procedimento de fiscalização, como bem apontado pelo TVF (fls. 5104 e ss), é extemporâneo, foi elaborado posteriormente pela KPMG, em 14/04/2011 – um ano e meio após a aquisição da participação societária –, a pedido da LDC Bioenergia, quando a adquirente seria a Ágatis. Além disso, foram demonstradas diversas outras deficiências pela autoridade fiscal.

---

*Embora a autuada apresente nesta impugnação um outro documento, juntado às fls. 6722 a 6772, como sendo o que embasaria o registro da sociedade brasileira Ágatis, avaliando o valor de mercado da Santaelisa Vale em 31/12/2008, constata-se que tal documento não foi dirigido à Ágatis, mas para a LDC Bionergia S.A, mais um fator a demonstrar a falta de essência empresarial da Ágatis.*

*Nele se encontra a seguinte afirmação: “A KPMG foi contratada pela LDC Bio para realizar uma avaliação econômico-financeira independente da SEV, para a data base de 31 de dezembro de 2008. A avaliação econômico-financeira será utilizada pelos acionistas da LDC Bio para estabelecer o valor econômico-financeiro da SEV no contexto da Transação”.*

*Portanto, por este motivo, já não estariam preenchidos os requisitos legais para se autorizar a amortização fiscal do ágio, no contexto de aquisição supostamente realizada pela Ágatis.*

Como se vê, a autoridade julgadora de 1ª instância apreciou o documento e expressou motivação suficiente para rejeitar o documento. De outro lado, ainda que se admita que o direcionamento do referido laudo à "LDC Bio", e não à "Ágatis", não representaria vício suficiente para desconsiderá-lo, não se pode olvidar que a autoridade fiscal, ao constatar que o laudo datado de 14/04/2011 resultava em avaliação incompatível com a fundamentação do ágio em rentabilidade futura, intimou o sujeito passivo a *confirmar se é esse o Laudo que justifica economicamente o ágio apurado pela Ágatis* (fls. 2338/2341) e, em resposta, o sujeito passivo informou, em 09/09/2015: "Sim, a Fiscalizada confirma essa informação" (fls. 2342/2347), também esclarecendo que:

*7.2) Confirmar se o valor da Santaelisa Vale S/A, determinado com base na expectativa de resultados futuros, é o montante de R\$ 2.017 milhões. Caso contrário, demonstrar de quanto é esse valor de acordo com esse Laudo;*

*Resposta: Os valores indicados na página 48 do laudo elaborado pela KPMG Corporate Finance não representam o valor da Santaelisa Vale S.A. Os valores ali indicados representam a projeção dos resultados da Santaelisa Vale S.A. e confirmam a existência de expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida.*

Apesar disso, em 20/01/2017, ao impugnar o lançamento, a interessada trouxe aos autos outro documento, que lhe teria sido dirigido em 03/09/2009 por KPMG Corporate Finance Ltda, contexto no qual é inevitável perquirir qual a razão de este documento não ter sido apresentado à autoridade fiscal nas oportunidades que lhe foram concedidas, mormente tendo em conta as inconsistências nos cálculos que lhe foram científicas.

Alegações da recorrente são indicativas da motivação desta atitude protelatória, em especial o entendimento de que necessário seria contraditar o laudo com prova técnica para negar-lhe condições de comprovar o valor econômico da empresa. Isto porque, depois de apresentar ao Fisco laudo extemporâneo e impreciso, que remete à sua página 48 a expectativa de rentabilidade futura na data base de 31 de outubro de 2009, na qual constam, apenas, projeções de resultado não consolidadas de uma das empresas do grupo avaliada, a interessada traz em impugnação outro documento sobre o qual também recairia seu entendimento de que o questionamento de seu conteúdo dependeria de prova técnica. E isto possivelmente porque a partir de sua análise resta fora de dúvida, na comparação de ambos os documentos, que a avaliação datada de 03 de setembro de 2009 contempla outras participações societárias detidas pela avaliada e expressamente não consideradas no laudo anterior (17% na

Companhia Nacional de Açúcar e Alcool - CNAA; 25% na Tropical BioEnergia S.A., 73% na Crystalsev Comércio e Representação Ltda.), além de outra sequer mencionada naquele documento (45,95% na Santa Vitória Açúcar e Alcool Ltda), resultando, ao final, na conclusão de que *o valor de mercado de Santa Elisa Vale S.A foi estimado entre R\$ 592 milhões e R\$ 651 milhões*. Ou seja, o laudo em referência atribui à adquirida valor de mercado inferior até mesmo ao patrimônio líquido de R\$ 1.159.788.260,00 considerado para apuração do ágio, conforme indicado à fl. 5104 do Termo de Verificação Fiscal.

Apesar de incorrer em impropriedades conceituais, para afastar questionamentos acerca de inovações em julgamento recompõe-se a acusação fiscal com esta nova referência:

*85. De toda forma, supondo que não houvessem essas deficiências, ~~se considerarmos a soma dos valores de Resultado do Exercício constantes da página 48 do Laudo~~, chegaremos ao valor de R\$ 651 milhões. Se a esse valor, considerarmos a participação societária adquirida na SEV S/A em outubro de 2009 de 62,99%, chega-se à conclusão de que o valor da participação adquirida é de R\$ 410,06 milhões, no máximo, segundo o Laudo. Dessa forma, **o Laudo de Avaliação estaria referendando como valor do ágio o montante de negativo R\$ 749,73 milhões** (R\$ 410,06 milhões – R\$ 1.159,79 milhões), bem abaixo do ágio apurado pela fiscalizada.*

Em outras palavras, se a participação societária adquirida tem valor de mercado proporcional equivalente a, no máximo, R\$ 410,06 milhões, aí consideradas as projeções de resultado das investidas de 2009 a 2018, e as adquirentes pagaram por esta participação societária R\$ 1.515,61 milhões, acima do patrimônio líquido proporcional de R\$ 1.159,79 milhões, resta evidente que nenhuma parcela do ágio pago (R\$ 355.892.740,00) poderia ter por fundamento rentabilidade futura.

Releva anotar, ainda, que o documento trazido em impugnação, em verdade, já constava dos autos às fls. 2576/2625 e foi apresentado como documento nº 2 juntado à resposta apresentada em 15/01/2016 (fls. 2527/2530), nos seguintes termos:

*6. Em resposta protocolizada em 21/07/2015, foi apresentado um cálculo do valor de emissão de novas ações das empresas Santa Elisa Vale S/A e Santa Elisa Vale Bioenergia S/A em que consta o item "Valor da Empresa". Assim:*

*6.1. Esclarecer como se concluiu que o valor da Santa Elisa Vale S/A em 26/10/2009 era de R\$ 780.136.442,00;*

*6.2. Apresentar o documento que comprova e suporta essa avaliação do "Valor da Empresa" da Santa Elisa Vale S/A;*

*6.3. Esclarecer como se concluiu que o valor da Santa Elisa Vale Bioenergia S/A em 26/10/2009 era de R\$ 655.164.599,00;*

*6.4. Apresentar o documento que comprova e suporta essa avaliação do "Valor da Empresa" da Santa Elisa Vale Bioenergia S/A;*

*Resposta: A Fiscalizada anexa a esta Resposta o laudo de Avaliação Econômico-Financeira que suportou o valor da Santa Elisa Vale S/A e da Santa Elisa Vale Bioenergia S/A (doc. nº 2)*

A autoridade lançadora inclusive observou, no Termo de Verificação Fiscal, o descompasso entre a avaliação e o valor pago pela participação societária:

78. Na data-base de 31/12/2008, a Santelisa Vale foi avaliada a valor de mercado em R\$ 621 milhões, conforme o Laudo de Avaliação solicitado pela LDC Bioenergia (doc. 108). Na aquisição em 26/10/2009, às 9h00, a Santelisa Vale foi valorada em R\$ 780.136.442,00, como visto anteriormente, enquanto que a aquisição às 12h00 do mesmo dia 26/10/2009, foi equivalente a uma valoração da Santelisa Vale em R\$ 2.406.224.830,06 (= R\$ 1.515.681.020,46 / 0,6299). Entre 9h00 e 12h00, as ocorrências que poderiam alterar o valor da Santelisa Vale foram o próprio aumento de capital de R\$ 400.000.000,00 e a conversão de dívida em aumento de capital de R\$ 550.000.000,00 na controlada Santelisa Vale Bioenergia, que refletiria na Santelisa Vale por equivalência patrimonial.

79. Essas duas parcelas totalizaram R\$ 950.000.000,00, que somados ao valor da Santelisa Vale de R\$ 780.136.442,00, resultaria numa valoração de R\$ 1.730.136.442,00 para a aquisição feita às 12h00. Isso já indica que o valor da transação pela aquisição de 62,99% não foi coerente, sendo muito elevado.

Confirma-se, portanto, que o laudo apresentado à autoridade fiscal para provar o fundamento do ágio pago era extemporâneo e impreciso, e o dito *documento anterior à operação (doc. 31 da Impugnação – fls. 6723 a 6773)*, tinha outra finalidade na sequência de procedimentos para efetivação da aquisição, além de não se prestar a fundamentar o ágio pago em rentabilidade futura, não se podendo dizer, sequer, que suas informações *foram confirmadas por Laudo de Avaliação preparado pela KPMG (doc. 30 da Impugnação – fls. 6666 a 6773)* em 14/04/2011, vez que este demonstrativo expressamente deixa de contemplar os resultados de investidas da sociedade adquirida.

No mais, a recorrente reitera as alegações deduzidas em face dos questionamentos fiscais ao laudo de avaliação da participação societária adquirida em "Ampla", aduzindo que o fundamento do ágio é dado pela *motivação subjetiva do investidor, sustentada em algum documento*, (neste caso, *laudo anterior à aquisição suportando o valor de mercado da Santaelisa Vale*) bastando que o adquirente busque *perceber lucros futuros* para que o fundamento do ágio seja expectativa de rentabilidade futura; bem como que o *“demonstrativo” a qual refere a legislação tributária poderá ser qualquer elemento de prova que disponha sobre a motivação por parte da Ágatis (representante do Grupo LDC) em pagar determinado preço com vistas a expectativa de rentabilidade*, inexistindo exigência legal determinando que o *Laudo Técnico seja arquivado como comprovante antes da contabilização ou da aquisição*. Assim, valem aqui todos os argumentos já deduzidos neste voto para afirmar da necessária prova do fundamento econômico atribuído ao ágio, a ser arquivada por ocasião do seu registro contábil.

A recorrente também contesta as referências, na decisão recorrida, à necessária observância dos requisitos do art. 299 do RIR/99 para aferição da dedutibilidade das amortizações de ágio, porém, como já se demonstrou a validade da acusação fiscal acerca das glosas sob análise, desnecessária se mostra a apreciação de tais questionamentos.

Por todo o exposto, o presente voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário para manter integralmente as glosas de amortização do ágio pago na aquisição de Santaelisa Vale S/A e a qualificação da penalidade aplicada sobre os créditos tributários daí resultantes, apurados nos anos-calendário 2011 a 2014.

**Multa isolada por falta de antecipação das estimativas mensais**

Reconstituindo os balancetes de suspensão/redução em razão das infrações apuradas, a autoridade lançadora apurou falta de recolhimento de estimativas de IRPJ e CSLL nos meses de dezembro/2011, janeiro/2012, fevereiro/2012 e março/2013.

A recorrente manifesta-se contra a aplicação da multa isolada por falta de antecipação das estimativas mensais alcançando *os mesmos supostos fatos geradores que motivaram a lavratura destes Autos de Infração* asseverando: 1) a *impossibilidade de aplicação simultânea da multa de ofício com a multa isolada* na forma dos julgados administrativos que cita e da Súmula CARF nº 105, bem como do atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em face do qual está sendo determinado o não seguimento de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional na matéria, *inclusive nos casos em que aquelas foram aplicadas com base na nova redação dos incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430/96, realizada por meio da Lei nº 11.488 de 15.6.2007*, a evidenciar a pacificação no âmbito do STJ; e 2) a *impossibilidade de aplicação de multa isolada após o fato gerador do IRPJ e da CSL*, pois *uma vez concretizado o aspecto temporal do fato gerador, não há razão para a Autoridade Fiscal demandar outra base de cálculo que não aquela estritamente definida pela norma que estabelece a hipótese de incidência*, conforme jurisprudência que cita.

Ocorre que a legislação fixa como regra a apuração trimestral do lucro real ou da base de cálculo da CSLL, e faculta aos contribuintes a apuração destes resultados apenas ao final do ano-calendário caso recolham as antecipações mensais devidas, com base na receita bruta e acréscimos, ou justifiquem sua redução/dispensa mediante balancetes de suspensão/redução.

Se assim não procedem, desde a redação original da Lei nº 9.430/96 estava assim disposto:

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

*I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;*

[...]

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

[...]

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

[...]

Conclui-se, daí, que o legislador estabeleceu a possibilidade de a penalidade ser aplicada mesmo depois de encerrado o ano-calendário correspondente, e ainda que evidenciada a desnecessidade das antecipações, nesta ocasião, por inexistência de IRPJ ou CSLL devidos na apuração anual. Para exonerar-se da referida obrigação, cumpria à



contribuinte levantar balancetes mensais de suspensão, e evidenciar a inexistência de base de cálculo para recolhimento das estimativas durante todo o ano-calendário.

Ausente tal demonstração, resta patente a inobservância da obrigação imposta àqueles que optam pela apuração anual do lucro. Logo, para não se sujeitar à multa de ofício isolada, deveria a contribuinte ter apurado e recolhido os valores estimados com os acréscimos moratórios calculados desde a data de vencimento pertinente a cada mês, e não meramente determinar o valor que, ao final, ainda remanesceu devido nos cálculos do ajuste anual.

Ou seja, para desfazer espontaneamente a infração de falta de recolhimento das estimativas, deveria a contribuinte quitá-las, ainda que verificando que os tributos devidos ao final do ano-calendário seriam inferiores à soma das estimativas devidas. Apenas que a quitação destas estimativas, porque posteriores ao encerramento do ano-calendário, resultaria em um saldo negativo de IRPJ ou CSLL, passível de compensação com débitos de períodos subsequentes, à semelhança do que viria a ocorrer se a contribuinte houvesse recolhido as antecipações no prazo legal.

Já se a contribuinte assim não age, o procedimento a ser adotado pela Fiscalização difere desta regularização espontânea. Isto porque seria incongruente exigir os valores que deixaram de ser recolhidos mensalmente e, ao mesmo tempo, considerá-los quitados para recomposição do ajuste anual e lançamento de eventual parcela excedente às estimativas mensais.

Assim, optou o legislador pela dispensa de lançamento do valor principal não antecipado, e reconhecimento dos efeitos de sua ausência no ajuste anual, com conseqüente exigência apenas do valor apurado em definitivo neste momento, sem levar em conta as estimativas, porque não recolhidas. E, para que a falta de antecipação de estimativas não ficasse impune, fixou-se, no art. 44, §1º, inciso IV, da Lei nº 9.430/96, a penalidade isolada sobre esta ocorrência, distinta da falta de recolhimento do ajuste anual, como já explicitado.

Observe-se, ainda, que a norma antes citada recebeu a seguinte redação pela Medida Provisória nº 351/2007, posteriormente convertida na Lei nº 11.488/2007:

*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.*

*..... ”*

Em razão dos efeitos desta alteração, a 1ª Turma da CSRF aprovou a Súmula nº 105 com o seguinte enunciado: *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.* Restou pacificado nesta 1ª Seção de Julgamento que até a vigência da Medida Provisória nº 351/2007, que alterou a redação original do art. 44, §1º, inciso IV da Lei nº 9.430/96 e deslocou o fundamento legal da penalidade em comento para o inciso I, letra “b” daquele art. 44, não é possível a exigência concomitante das duas penalidades.

Todavia, as infrações aqui punidas ocorreram a partir de dezembro de 2011 está evidenciado nos autos que a contribuinte, relativamente ao pagamento mensal esperado naqueles períodos, deixou de efetuar-lo integralmente, descumprindo esta obrigação acessória imposta aos optantes pela apuração anual das bases tributáveis. A multa proporcional, por sua vez, foi aplicada em razão da falta de recolhimento dos tributos devidos ao final do período.

Quanto ao entendimento em contrário firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, importa observar que, nos termos do art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, com a redação dada pela Portaria MF nº 152/2016, é vedado a membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, salvo na hipótese, no caso de manifestações do Superior Tribunal de Justiça, de decisão definitiva em sede de julgamento realizado nos termos do art. 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou do arts. 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária.

Não sendo este o caso, a exigência da multa isolada deve ser mantida, ainda que concomitante com a multa de ofício, bem como após a concretização do fato gerador anual, na linha da jurisprudência dominante na 1ª Turma da CSRF:

---

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

*A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, quando adotou a redação em que afirma "serão aplicadas as seguintes multas", deixa clara a necessidade de aplicação da multa de ofício isolada, em razão do recolhimento a menor de estimativa mensal, cumulativamente com a multa de ofício proporcional, em razão do pagamento a menor do tributo anual, independentemente de a exigência ter sido realizada após o final do ano em que tornou-se devida a estimativa. (Acórdão nº 9101-002.777 - Sessão de 6 de abril de 2017).*

**ESTIMATIVAS NÃO RECOLHIDAS. MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.**

*Nos casos de falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ posteriores à Lei nº 11.488/2007, quando não justificados em balanço de suspensão ou redução, é cabível a cobrança da multa isolada, que pode e deve ser exigida, de forma cumulativa, com a multa de ofício aplicável aos casos de falta de pagamento do mesmo tributo, apurado de forma incorreta, ao final do período-base de incidência.*

**MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA CONCOMITANTE. CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.**

*Repele-se o argumento que pretende escorar-se na tese da consunção para afastar a aplicação simultânea das multas comentadas. Não há como se reduzir o campo de aplicação da multa isolada com lastro no suposto concurso de normas sobre o mesmo fato, seja porque os fatos ora descritos não são os mesmos, seja porque quaisquer dos fatos relacionados no inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007, não absorvem o fato relacionado no inciso II do mesmo artigo. Não há, pois, dúvida alguma sobre a possibilidade de aplicação concomitante da multa de ofício e da multa isolada. (Acórdão nº 9101-003.597 - Sessão de 10 de maio de 2018).*

**MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO SOBRE O TRIBUTO DEVIDO NO FINAL DO ANO. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM.**

*A multa pela falta de estimativas não se confunde com a multa pela falta de recolhimento do tributo apurado em 31 de dezembro. Elas configuram penalidades distintas previstas para diferentes situações/fatos, e com a finalidade de compensar prejuízos financeiros também distintos, não havendo, portanto, que se falar em bis in idem. A multa normal de 75% pune o não recolhimento de obrigação vencida em março do ano subsequente ao de apuração, enquanto que a multa isolada de 50% pune o atraso no ingresso dos recursos, atraso esse verificado desde o mês de fevereiro do próprio ano de apuração (estimativa de janeiro), e seguintes, até o mês de março do ano subsequente.*

*A partir do advento da Medida Provisória nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, que alterou a redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96, não há mais dúvida interpretativa acerca da inexistência de impedimento legal para a incidência da multa isolada cominada pela falta de pagamentos das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL, concomitantemente com a multa de ofício decorrente da falta de pagamento do imposto e da contribuição devidos ao final do ano-calendário. (Acórdão nº 9101-003.611 - Sessão de 5 de junho de 2018).*

Apenas que, considerando o cancelamento das glosas de amortização do ágio pago na aquisição de "Tavares de Melo" nos anos-calendário 2011 (R\$ 114.389.672,40) e 2012 (R\$ 19.064.945,40), cabe aqui DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário para recálculo das multas isoladas com o expurgo daquelas parcelas.

**Multa por omissão na ECF**

A autoridade lançadora aplicou multa no valor de R\$ 48.182.189,88, já reduzida em 50%, e correspondente a 3% do montante de R\$ 3.212.145.991,74 omitido na Escrituração Contábil Fiscal - ECF original (Parte A do e-LALUR) referente ao ano-calendário de 2014.

Consta do Termo de Verificação fiscal que na escrituração apresentada em 24/09/2015 *a Demonstração do Resultado Líquido, anual e do mês de dezembro, os Lançamentos da Parte A e B do e-Lalur e os Lançamentos da Parte A e B do e-Lacs traziam apenas algumas linhas de informações sintéticas preenchidas, com as demais linhas de contas analíticas zeradas, ou seja, com os valores omitidos*. Intimada a apresentar as informações completas, a contribuinte, de pois de solicitar prorrogação de prazo, retificou a escrituração em 05/01/2016.

Invocando as disposições do art. 8º-A do Decreto-lei nº 1.598/77, com a redação dada pela Lei nº 12.973/2014, bem como a Instrução Normativa RFB nº 1.422/2013, a autoridade fiscal destacou a *gravidade da omissão de informações da ECF*, em face da extinção da DIPJ a partir do ano-calendário 2014, e refutou as justificativas apresentadas pela contribuinte para a apresentação incompleta.

A recorrente afirma a *inadequação na aplicação da multa por omissão na ECF*, observando que, diante da constatação de que a contribuinte não havia preenchido as linhas do e-Lalur, a Fiscalização intimou a contribuinte *a apresentar as informações completas em 26.11.2015, o que foi prontamente realizado com a retificação da ECF em 5.1.2016*, mas ainda assim, sob o entendimento de existir *"gravidade da omissão de informação"* e *que sem essa informação corretamente preenchida o Fisco não conseguiria realizar a administração tributária, prejudicando sua capacidade de selecionar e detectar os indícios de fraude*, a autoridade lançadora aplicou multa de 3% sobre todas as linhas não preenchidas na ECF entregue originalmente, calculando cerca de R\$ 48.182.189,88 (quarenta e oito milhões, cento e oitenta e dois mil, cento e oitenta e nove reais e oitenta e oito centavos) a título de multa punitiva com base no inciso II do art. 8º-A combinado com o inciso II do § 3º do mesmo artigo do Decreto-lei 1.598, de 26.12.1977 ("DL 1.598/77").

Destaca os *altos custos de conformidade para o preenchimento da respectiva obrigação*, sendo que *muitas delas não tinham sequer sistema que possibilitasse o preenchimento do Programa Validador e Assinador ("P.V.A")*, e observa que o ano de 2015 destacou-se como *"ano teste" da ECF*, dado o considerável número de versões do manual de preenchimento e do programa validador, o que afetou o atendimento da recorrente à obrigação, inclusive prorrogando-se o prazo para entrega da primeira ECF de julho/2014 para setembro/2014. Foi neste contexto que a Recorrente decidiu por bem em enviar a obrigação acessória com as informações zeradas e retificá-las assim que resolvido as dificuldades internas.

Contudo, como bem observado pela autoridade lançadora:

225. Em sua resposta apresentada em 28/06/2016, informou apenas que estava se adaptando aos lay-outs 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.

De fato, a interessada dispôs de largo período de tempo para retificar a escrituração originalmente apresentada, mas somente o fez, depois de intimada, em 05/01/2016. Pertinente, assim, a observância do disposto no Decreto-lei nº 1.598/77, com a redação dada pela Lei nº 12.973/2014:

*Art 8º - O contribuinte deverá escriturar, além dos demais registros requeridos pelas leis comerciais e pela legislação tributária, os seguintes livros:*

*I - de apuração do lucro real, que será entregue em meio digital, e no qual: (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)*

[...]

*Art. 8º-A. O sujeito passivo que deixar de apresentar o livro de que trata o inciso I do caput do art. 8º, nos prazos fixados no ato normativo a que se refere o seu § 3º, ou que o apresentar com inexatidões, incorreções ou omissões, fica sujeito às seguintes multas:*

*I - equivalente a 0,25% (vinte e cinco centésimos por cento), por mês-calendário ou fração, do lucro líquido antes do Imposto de Renda da pessoa jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, no período a que se refere a apuração, limitada a 10% (dez por cento) relativamente às pessoas jurídicas que deixarem de apresentar ou apresentarem em atraso o livro; e*

*II - 3% (três por cento), não inferior a R\$ 100,00 (cem reais), do valor omitido, inexato ou incorreto.*

[...]

*§ 3º A multa de que trata o inciso II do caput:*

*I - não será devida se o sujeito passivo corrigir as inexatidões, incorreções ou omissões antes de iniciado qualquer procedimento de ofício; e*

*II - será reduzida em 50% (cinquenta por cento) se forem corrigidas as inexatidões, incorreções ou omissões no prazo fixado em intimação.*

*§ 4º Quando não houver lucro líquido, antes do Imposto de Renda e da Contribuição Social, no período de apuração a que se refere a escrituração, deverá ser utilizado o lucro líquido, antes do Imposto de Renda e da Contribuição Social do último período de apuração informado, atualizado pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - Selic, até o termo final de encerramento do período a que se refere a escrituração.*

Indica a recorrente que não há lei válida prevendo essa exigência e que o cálculo está equivocado na medida em que seu cálculo deveria levar em conta apenas os lançamentos faltantes que justificassem o auto de infração e não todos os lançamentos contábeis, que obviamente não causaram qualquer prejuízo ao fisco.

A penalidade em referência, porém, como se vê nos dispositivos acima transcritos, independe de prejuízo concreto ao procedimento fiscal, e presta-se a estimular o cumprimento espontâneo da obrigação mediante consequências objetivamente previstas e que têm em conta os valores omitidos, claramente demonstrados às fls. 5079/5085.

A recorrente também defende que o modelo tributário sancionatório seja coerente dentro de um modelo de Estado Democrático de Direito, observando a proibição de excesso (com aplicação decorrente da proibição do confisco). Assim, a penalidade deveria ser cancelada por três argumentos:

- *Ausência de prejuízo à Administração*: considerando que a sanção não pode ser transformada em instrumento de arrecadação, devendo ser graduada segundo o dano ou ameaça que a infração representa à arrecadação de tributos, conforme doutrina que cita, registra que em 2014 não seria apurado lucro mesmo se indedutíveis a amortização de ágio e as despesas financeiras, a evidenciar que a omissão de valores nas linhas de registro M300 não causou nenhum prejuízo à arrecadação de IRPJ e CSLL. Como tais obrigações acessórias se prestam a permitir a averiguação das obrigações tributárias principais, o Superior Tribunal de Justiça tem relevado tais penalidades nas hipóteses em que o contribuinte agiu de boa-fé, sem qualquer prejuízo ao Erário, até porque o art. 112 do CTN consagra o princípio da proteção ao contribuinte de boa-fé. Destaca, ainda, a desproporcionalidade da multa que representa cerca de 25% do auto de infração;
- *Desrespeito ao princípio da proporcionalidade*: defendendo que na aplicação concreta da sanção sempre deve haver uma proporcionalidade entre a pena e a infração punida, porque uma pena muito branda pode enfraquecer a eficácia da norma jurídica e, assim, comprometer sua função e, ao contrário, a pena excessivamente severa não implementa a justiça, e sim, afasta-a para mais distante, conforme doutrina e jurisprudência que se pautam na adequação, necessidade e razoabilidade, e também distinguem as multas que ultrapassam a medida do tributo, conforme expresso pelo Supremo Tribunal Federal. Na medida em que a contribuinte apurou prejuízo em 2014, não haveria tributo devido e a multa aplicada seria desproporcional, evidenciando confisco, mormente porque a Recorrente se encontra em cenário de dificuldades econômicas, por questões de mercado e até mesmo por questões que o Brasil vem vivendo no cenário econômico; e
- *Configuração do confisco*: o Supremo Tribunal Federal admite a extensão do não confisco às multas, sendo necessário utilizar-se do juízo de proporcionalidade para aferir sua confiscatoriedade, e como não há tributo devido, cabe seu afastamento integral.

Quanto a estes aspectos, basta reiterar o que consignado pela autoridade julgadora de 1ª instância:

*Embora a impugnante defenda dificuldades para a implementação da ECF, que justificaria sua conduta omissiva, assim como a ausência de prejuízo à Administração; desrespeito ao princípio da proporcionalidade; e configuração do confisco, o lançamento foi devidamente demonstrado faticamente e fundamentado na legislação pertinente, sendo ato administrativo vinculado, portanto, obrigatório, sob pena de responsabilidade funcional.*

*A lei que prevê a penalidade não indica qualquer conduta que possa dispensar o cumprimento da obrigação acessória determinada, exceto as condutas previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 8º-A. A primeira hipótese não ocorreu no presente caso, pois já estava sob procedimento fiscal. A segunda hipótese foi respeitada pela autoridade fiscal.*

*O argumento de não prejuízo para administração é absolutamente improcedente, pois toda norma que impõe penalidade, impõe justamente para obrigar uma conduta, que uma vez não observada, obviamente, implica em prejuízo a administração pública.*

*Por fim, se a norma legal desrespeita os princípios constitucionais da proporcionalidade e de vedação ao confisco, esta autoridade julgadora é impedida de se manifestar acerca de inconstitucionalidade. A autoridade administrativa encontra-se vinculada ao estrito cumprimento da legislação tributária, não dispondo de competência para apreciar inconstitucionalidade e/ou invalidade de norma, considerando princípios constitucionais, quando o diploma está legitimamente inserido no ordenamento jurídico nacional. O foro apropriado para discussões dessa natureza é o Poder Judiciário. Nesses termos dispõe o art. 26- A do Decreto 70.235/1972, incluído pelo art. 25 da Lei 11.941/2009:*

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

*Com efeito, no âmbito do procedimento administrativo tributário, cabe exclusivamente*

Registre-se, por oportuno, que penalidade semelhante aplicada a outra companhia do Grupo LDC (Biosev Bioenergia S/A) nos autos do processo administrativo nº 16561.720141/2016-01, foi integralmente mantida no Acórdão nº 1302-002.724.

Neste ponto, portanto, deve ser NEGADO PROVIMENTO ao recurso voluntário.

### **Recomposição dos saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa**

A autoridade lançadora consigna no Termo de Verificação Fiscal que:

*195. No ano-calendário 2009, o contribuinte apurou um saldo de prejuízos fiscais de R\$ 761.162.169,00 e um saldo de bases de cálculo negativas de CSLL de R\$ 799.543.985,05, após a compensação dos seus resultados declarados nesse ano-calendário.*

*196. No ano-calendário 2010, apurou Prejuízo Real de R\$ 114.188.461,12 e Base de Cálculo negativa de CSLL no valor de R\$ 114.188.461,12. Em função dos valores apurados na fiscalização, os resultados declarados pelo fiscalizado em 2010 foram totalmente compensados, além da compensação de saldo de prejuízo fiscal e saldo*

*de bases de cálculo negativa de CSLL de períodos anteriores no valor de R\$ 370.345,99.*

*197. No ano-calendário 2011, apurou Prejuízo Real de R\$ 322.336,78 e Base de Cálculo negativa de CSLL no valor de R\$ 322.336,78. Em função dos valores apurados na fiscalização, os resultados declarados pelo fiscalizado em 2011 foram totalmente compensados, além da compensação de saldo de prejuízo fiscal e saldo de bases de cálculo negativa de CSLL de períodos anteriores no valor de R\$ 55.883.747,84.*

*198. No período de 2012, o contribuinte declarou resultados negativos de R\$ 377.487.483,77, que foram compensados parcialmente com a infração apurada pela fiscalização no valor de R\$ 90.415.706,47. Da mesma forma no período de 2013, em que o resultado declarado pelo contribuinte de prejuízo real e de base de cálculo negativa de CSLL no valor de R\$ 509.853.018,18, foram parcialmente compensados com a infração apurada de R\$ 71.178.548,52.*

*199. Também em 2014, o resultado declarado pelo contribuinte, de prejuízo real e de base de cálculo negativa de CSLL no valor de R\$ 416.016.666,83, foram parcialmente compensados com a infração apurada de R\$ 71.178.548,52.*

*200. O saldo de prejuízos fiscais e de bases de cálculo negativa de CSLL nos controles do fiscalizado devem ser ajustados aos valores descritos acima, conforme as Planilhas de Compensação de Prejuízos Fiscais do IRPJ e de Compensação de Base Negativa da CSLL, anexas ao Auto de Infração.*

*A recorrente demanda que, à semelhança do alegado nas razões de direito que fundamentam a dedutibilidade das despesas com amortização do ágio, os prejuízos fiscais não deveriam ser ajustados, uma vez que as adições de supostas despesas não dedutíveis devem ser afastadas e o Prejuízo Fiscal e a Base de Cálculo Negativa recomposta para os seus valores originais (anteriores à autuação).*

Considerando o afastamento das glosas de amortização do ágio pago na aquisição de "Tavares de Melo" (R\$ 114.389.672,40 nos anos-calendário 2010 e 2011 e R\$ 19.064.945,40 no ano-calendário 2012) e o acolhimento da arguição de decadência relativamente à glosa de amortização do ágio pago na aquisição de "Ampla" no ano-calendário 2010 (R\$ 1.033.275,36), deve ser DADO PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário para que as apurações destes períodos sejam recompostas, inclusive verificando-se a disponibilização de prejuízos fiscais e bases negativas para compensação em períodos posteriores em valores superiores aos utilizados pela autoridade lançadora.

### **CSLL**

*Considerando que à CSL são aplicadas as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ, observada a legislação específica quanto à alíquota e base de cálculo (artigo 57 da Lei nº. 8.981, de 20.1.1995 e artigo 28 da Lei nº. 9.430/1996), a recorrente afirma válidos os argumentos de fato e de Direito apresentados anteriormente, que justificam a legalidade do procedimento adotado pela Recorrente também para efeitos de recolhimento da CSL.*

Na medida em que a autoridade fiscal promoveu glosas de idêntico valor na apuração do IRPJ e da CSLL, diferindo a apuração apenas na compensação de prejuízos ou bases negativas anteriores ou na repercussão dos prejuízos e bases negativas apurados nos



períodos, o afastamento das glosas de amortização do ágio pago na aquisição de "Tavares de Melo" (R\$ 114.389.672,40 nos anos-calendário 2010 e 2011 e R\$ 19.064.945,40 no ano-calendário 2012), bem como o acolhimento da arguição de decadência relativamente à glosa de amortização do ágio pago na aquisição de "Ampla" no ano-calendário 2010 (R\$ 1.033.275,36), devem também repercutir na apuração da base de cálculo da CSLL, já estando esta repercussão contemplada no provimento parcial dado ao recurso voluntário naqueles pontos.

### **Conclusão**

Por todo o exposto, o presente voto é no sentido de:

- CONHECER a petição apresentada depois de pautado o processo para julgamento, mas REJEITAR a preliminar de aplicação do art. 24 da LINDB;
- REJEITAR a arguição de nulidade do lançamento por alteração de critério jurídico em sede de diligência, bem como por negligência no cumprimento de diligência junto a instituições financeiras;
- DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário para: i) afastar as glosas de amortização do ágio pago na aquisição de "Tavares de Melo" (R\$ 114.389.672,40 nos anos-calendário 2010 e 2011 e R\$ 19.064.945,40 no ano-calendário 2012), o que dispensa a apreciação da qualificação da penalidade aplicada sobre o crédito tributário resultante de tais glosas, bem como da arguição de decadência dela dependente; e ii) acolher a arguição de decadência relativamente à glosa de amortização do ágio pago na aquisição de "Ampla" no ano-calendário 2010 (R\$ 1.033.275,36) e manter as glosas referentes aos anos-calendário 2011 (R\$ 1.033.275,36) e 2012 (R\$ 172.212,55), mas sem a qualificação da penalidade;
- NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário para manter integralmente as glosas de amortização do ágio pago na aquisição de Santa Elisa Vale S/A e a qualificação da penalidade aplicada sobre os créditos tributários daí resultantes, apurados nos anos-calendário 2011 a 2014;
- DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário para recálculo das multas isoladas com o expurgo das glosas de amortização do ágio pago na aquisição de "Tavares de Melo" nos anos-calendário 2011 (R\$ 114.389.672,40) e 2012 (R\$ 19.064.945,40);
- NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente à multa por omissão na ECF; e
- DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário para que as apurações de 2010, 2011 e 2012 sejam recompostas em razão do afastamento das glosas de amortização do ágio pago na aquisição de "Tavares de Melo" e do acolhimento da arguição de decadência relativamente à glosa de amortização do ágio pago na aquisição de "Ampla" no ano-calendário 2010, inclusive verificando-se a

---

disponibilização de prejuízos fiscais e bases negativas para compensação em períodos posteriores aqui autuados em valores superiores aos utilizados pela autoridade lançadora.

(assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa – Relatora