



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



| | |
|--------------------|--|
| PROCESSO | 16682.720121/2019-06 |
| ACÓRDÃO | 1102-001.587 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA |
| SESSÃO DE | 28 de janeiro de 2025 |
| RECURSO | VOLUNTÁRIO |
| RECORRENTE | RAIZEN COMBUSTIVEIS S.A. |
| INTERESSADO | FAZENDA NACIONAL |

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Período de apuração: 01/01/2014 a 01/04/2014

AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO. TESE DA REAL ADQUIRENTE. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE AUTORIZAM A DEDUÇÃO FISCAL DE DESPESA COM ÁGIO, RESULTANTE DE INVESTIMENTO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA DE OUTRA PESSOA JURÍDICA ATRAVÉS DE COMPANHIA “HOLDING”, REGULARMENTE CRIADA COMO EMPRESA-VEÍCULO LEGÍTIMA PARA RECEBER APOORTE DE CAPITAL COM TAL FINALIDADE, SALVO QUANDO DEMONSTRADA A EFETIVA SIMULAÇÃO OU FRAUDE QUE AUTORIZA A QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO.

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

A utilização de pessoa jurídica com natureza de “holding”, tratada como empresa veículo para receber aporte de capital tendente a viabilizar a aquisição de controle societário de empresa alvo de investimento com ágio, ainda que constituída no Brasil com recursos provenientes do exterior e mesmo com operação seguinte de incorporação reversa da investidora

pela investida, representa opção lícita do contribuinte, salvo quando efetivamente ficar demonstrada a efetiva simulação do negócio, seja pela falta de sacrifício financeiro ou pela prática de ato tendente a ocultar ou dissimular a realidade dos fatos.

Não há amparo no ordenamento que autorize validar a tese do “real adquirente” para limitar ou impedir o direito à dedução fiscal do ágio, quando efetivamente comprovado o efetivo pagamento da transação, com sacrifício patrimonial, op pela sociedade “holding”, ainda que a mesma venha a ser incorporada pela sociedade investida, assegurando-se aos envolvidos a liberdade para planejarem licitamente seus negócios, inexistindo obrigação jurídica que imponha ao contribuinte a opção pela tributação mais onerosa, sendo legítima a vantagem tributária decorrente de planejamento tributário regular.

Entendimento em linha a precedente do Superior Tribunal de Justiça, visando assegurar a amortização fiscal do ágio decorrente de operações com empresa-veículo para aquisição de participação societária, por investidora estrangeira, tendente a estruturar negócios jurídicos no Brasil com investimentos onde haja expectativa de rentabilidade futura, conforme REsp nº 2.026.473-SC, DJe 19/09/2023. A utilização de empresa-veículo na operação, por si só, não invalida ou impede a amortização fiscal do ágio, salvo se demonstrada eventual artificialidade, cuja prova cabe ao Fisco demonstrar.

Apenas devem ser desconsideradas, para fins tributários, as operações societárias exclusivamente artificiais, não sendo dado à Fazenda Pública, a pretexto de extrair o propósito comercial das operações, impedir a dedutibilidade da despesa com ágio, quando decorrer de negócio regularmente realizado, mesmo quando materializado através “empresa-veículo”, não sendo cabível presumir, de maneira absoluta, que esse tipo de organização seja desprovida de fundamento material e/ou econômico.

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

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

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

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

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

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

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

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas e, no mérito, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Felon Moscoso de Almeida e Lizandro Rodrigues de Sousa, que negavam provimento. Acompanhou o Relator pelas conclusões o Conselheiro Fernando Beltcher da Silva. Manifestou intenção de declarar voto o Conselheiro Felon Moscoso de Almeida.

Assinado Digitalmente

Fredy José Gomes de Albuquerque – Relator

Assinado Digitalmente

Fernando Beltcher da Silva – Presidente

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

RELATÓRIO

Trata-se de lançamentos de IRPJ e CSLL referentes ao período de 01/01/2014 a 01/04/2014, decorrentes de alegada amortização fiscal indevida de ágio por aquisição de participação societária, mediante interposição de empresa veículo, cuja realização foi considerada artificial e sem propósito negocial, tendente ao aproveitamento ilegal do benefício fiscal ora referenciado.

Além do IRPJ e da CSLL, foram cobrados juros de mora, multa de ofício (75%) e multa isolada (50%), totalizando crédito tributário global de R\$ 30.567.881,52 (IRPJ e acréscimos) e R\$ 11.004.437,35 (CSLL e acréscimos), assim discriminados:

| | IRPJ (R\$) | CSLL (R\$) |
|------------------------|--------------------------|---------------|
| Principal | 11.122.064,30 | 4.003.943,15 |
| Juros de Mora | 5.543.236,84 | 1.995.565,26 |
| Multa de Ofício | 8.341.548,22 | 3.002.957,36 |
| Multa Isolada | 5.561.032,16 | 2.001.971,58 |
| Total | 30.567.881,52 | 11.004.437,35 |
| Total Geral | R\$ 41.572.318,87 | |

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

Trata o presente processo de autos de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ (fls. 1417/1425) e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (fls. 1427/1434), exigindo um crédito tributário de R\$ 41.572.318,87, consolidado na data da lavratura dos autos, em razão de o contribuinte ter excluído do Lucro Líquido e da Base de Cálculo da CSLL ágio, entendido pelo autuante como indedutível.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal de folhas 1354 a 1412, o presente procedimento fiscal já havia sido precedido por dois outros, cujo propósito eram verificar a prática do mesmo tipo de infração, tendo sido lavrados autos de infração - processos 16682-722929/2016-77 e 16682-720863/2017-61 - mantidos nas Delegacias da Receita Federal de Julgamento, e o primeiro também no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

O autuante utilizou uma denominação abreviada para representar as diversas pessoas jurídicas citadas no Termo de Verificação, conforme abaixo:

| Denominação | Sociedade Empresária | CNPJ |
|--------------------------|--|--------------------|
| AGRICOLA | AGRÍCOLA PONTE ALTA S.A. | 05.495.024/0001-82 |
| BIH | BRAZIL INTERNATIONAL HOLDINGS COOPERATIEF U.A. | 10.407.152/0001-67 |
| BHC | BRAZIL HOLDINGS COOPERATIEF U.A. | 10.403.849/0001-60 |
| COSAN S.A. | COSAN S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO | 50.746.577/0001-15 |
| COSAN DC | COSAN DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA | 02.041.195/0001-43 |
| COSAN CL | COSAN COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES S.A. | 33.000.092/0001-69 |
| COSAN LE | COSAN LUBRIFICANTES E ESPECIALIDADES S.A. | 33.000.092/0001-69 |
| COSANPAR | COSANPAR PARTICIPAÇÕES S.A. | 09.503.936/0001-00 |
| ESSO | ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA | 33.000.092/0001-69 |
| EXXONMOBIL INTERNATIONAL | EXXONMOBIL INTERNATIONAL HOLDINGS B.V. | - |
| EXXONMOBIL BRAZIL | EXXONMOBIL BRAZIL HOLDINGS B.V. | - |
| LATINA | LATINA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA | 01.562.225/0001-02 |

Conforme o referido Termo de Verificação Fiscal, o contribuinte:

*Em 30 de abril de 2011 (Doc 08), a contribuinte, constituída até então sob a forma de sociedade limitada, é transformada em sociedade por ações, sem solução de continuidade, alterando-se o seu nome empresarial de **Shell Brasil Ltda** para **Shell Brasil S.A. (SHELL)**.*

*Posteriormente, em 1º de junho de 2011 (Doc 09), ocorreu a absorção, pela **SHELL**, de parcela cindida do patrimônio da pessoa jurídica **Cosan Lubrificantes e Especialidades S.A. (COSAN LE)**, antiga **Cosan Combustíveis e Lubrificantes S.A. (COSAN CL)**, CNPJ no 33.000.092/0001-69, no valor contábil de R\$ 601.698.458,00 (apurado na data-base de 30/04/2011).*

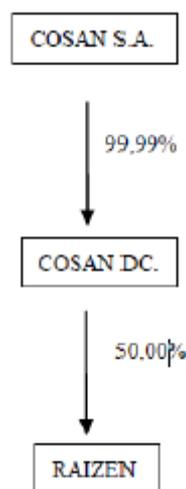
*Em razão desta absorção, o capital social da **SHELL** aumentou em R\$ 301.698.458,00, sendo os R\$ 300.000.000,00 remanescentes destinados à formação de reserva de capital.*

*Em razão do aumento de seu capital, a **SHELL** emitiu 589.448.062 novas ações, todas elas nominativas e sem valor nominal, subscritas e integralizadas exclusivamente por **Cosan Distribuidora de Combustíveis***

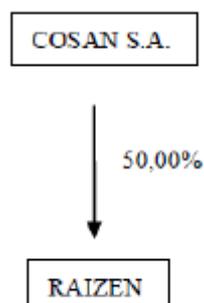
Ltda (COSAN DC), subsidiária integral da Cosan S.A. Indústria e Comércio (COSAN S.A.).

Nesta mesma data, ocorreu nova alteração no nome da companhia, desta feita de **Shell Brasil S.A. (SHELL)** para **Raizen Combustíveis S.A.** (doravante denominada **RAIZEN**).

O grupo societário assume, em síntese, a seguinte organização:



A seguir, em 23 de novembro de 2011, a COSAN S.A. incorporou a COSAN DC, passando a ser controladora direta da RAIZEN.



Posteriormente, em 1º de abril de 2014 (Doc 10), portando, já no período abrangido pela presente fiscalização, ocorreu a incorporação, pela RAIZEN, da pessoa jurídica Latina Distribuidora de Petróleo Ltda. (LATINA), CNPJ nº 01.562.225/0001-02, controlada direta daquela, permanecendo inalterados o capital social e o Estatuto Social da RAIZEN.

No período de 01/01/2014 a 01/04/2014 a fiscalizada (RAIZEN) fez opção pelo regime de tributação do IRPJ com base no Lucro Real Anual, conforme sua Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ 2014/2014 (incorporação/incorporadora), transmitida em 20/09/2016, sob o nº 0001681012, constando como ativa nos sistemas da Receita Federal do Brasil – RFB, quando do início deste procedimento fiscal.

Para o autuante, o ágio ou deságio decorrente de aquisição de participação societária avaliada pelo patrimônio líquido deve ser desdobrado em parcelas distintas, dependendo da fundamentação econômica das mesmas, conforme preconizava o artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, conforme redação vigente à época dos fatos geradores. Deve ser desdobrado o custo de aquisição de participação societária em sociedade coligada ou controlada em duas subcontas distintas: valor do patrimônio líquido na época da aquisição, e ágio ou deságio.

Além disso, quando o fundamento econômico do ágio pago na aquisição de investimento em coligada ou controlada for o valor de mercado de bens do Ativo em valor superior ao registrado na contabilidade, ou a expectativa de rentabilidade futura, é indispensável a elaboração de demonstrativo, que deverá ser arquivado na contabilidade da empresa.

A contrapartida da amortização do ágio pago (cuja natureza é de despesa) em tais aquisições, qualquer que tenha sido o seu fundamento econômico, caso tenha sido computada na determinação do lucro contábil, deve ser adicionada na apuração do resultado tributável, conforme dispunha o artigo 25 do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730/1979, ressalvado o disposto no seu artigo 33.

Observa-se, assim, que a legislação tributária, de um lado, preceitua o desdobramento do custo de aquisição do investimento em duas contas distintas (valor de patrimônio líquido na época da aquisição e ágio ou deságio na aquisição), mas, de outro, veda o cômputo da despesa de amortização do ágio na determinação do lucro real. Ou seja, o princípio adotado pela legislação é o de que, como regra geral, os efeitos fiscais das despesas de amortização do ágio pago na aquisição de investimentos avaliados pelo valor de patrimônio líquido devem ser nulos.

Nos termos da legislação acima reproduzida, as referidas despesas de amortização de ágio somente são consideradas para fins fiscais, como regra geral, quando houver a alienação ou a liquidação do investimento em coligada ou controlada, segundo o art. 33 do Decreto-lei nº 1.598/1977, uma vez que será considerado na determinação de eventual perda ou ganho de capital, pois o ágio, desde que efetivamente pago, representou custo para o alienante e, enquanto era amortizado para fins comerciais, não o era para fins fiscais.

É importante ressaltar que a legislação tributária abriu uma exceção à regra geral citada anteriormente, permitindo o cômputo das despesas de amortização do ágio na determinação do lucro real, mas apenas no caso de absorção de patrimônio de pessoa jurídica na qual se detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio em virtude de incorporação, fusão

ou cisão, nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997:

...

Os investimentos em sociedades coligadas ou controladas avaliados pelo valor de patrimônio líquido são tratados na Subseção IV, Artigos 384 a 391, e na Subseção V, Artigos 426 a 428, todos do Regulamento do Imposto sobre a Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/99), cujos principais artigos, úteis ao entendimento da matéria sob análise, encontram-se reproduzidos a seguir:

...

Assim, o caput do art. 391 do RIR/99 dispõe expressamente que as contrapartidas do ágio ou deságio de que trata o art. 385 do RIR/99 não serão computadas na determinação do lucro real, ao passo que o parágrafo único daquele mesmo dispositivo estabelece que, concomitantemente à amortização na escrituração comercial, seja mantido controle no LALUR, para determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento.

*Por sua vez, o art. 2º da Lei nº 7.689/1988, que instituiu a **CSLL** das pessoas jurídicas, impõe **neutralidade dos ajustes decorrentes da equivalência patrimonial na apuração da base de cálculo da CSLL**, conforme se observa pela redação do dispositivo, com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/1990, in litteris:*

...

*Já o artigo 57 da Lei nº 8.981/1995, com a redação dada pela Lei nº 9.065/1995, bem como os artigos 2º e 13 da Lei nº 9.249/1995, e o artigo 28 da Lei nº 9.430/1996, estabelecem que **devem ser aplicadas à CSLL as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ:***

...

Sendo assim, a obrigatoriedade desse ajuste para fins de apuração da base de cálculo da CSLL decorre naturalmente do tratamento contábil e tributário previstos em lei, achando-se devidamente estatuído no art. 57 da Lei nº 8.981/1995 e demais dispositivos legais anteriormente citados, os quais preconizaram para a CSLL o mesmo procedimento adotado na legislação do IRPJ, qual seja, a necessidade de adicionar-se ao lucro líquido as despesas de amortização do ágio pago nas aquisições de investimentos em coligadas e controladas, para a determinação do lucro real.

*Portanto, **a contrapartida da amortização do ágio, como regra geral, é despesa operacional indedutível tanto para apuração do lucro real, quanto para apuração da base de cálculo da CSLL, conforme dispositivos legais anteriormente apontados.***

*Como visto, o artigo 386 do RIR/99 e o artigo 75 da IN SRF n° 390/2004 abrem a possibilidade de **dedução das despesas de amortização de ágio das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL apenas na hipótese da pessoa jurídica absorver, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, patrimônio de uma coligada ou controlada na qual detenha participação societária adquirida com ágio fundamentado em rentabilidade futura** (art. 7º da Lei n° 9.532/1997, e art. 10 da Lei n° 9.718/1998).*

*Observe-se, contudo, que essa exceção (permitir a dedução de despesas de amortização de ágio para fins de apuração do IRPJ e CSLL devidos) **depende da validade do negócio jurídico de incorporação, bem como dos demais atos conexos e necessários a ele, segundo os termos da lei civil.***

...

*...na recente jurisprudência administrativa do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – **CARF** (antigo Conselho de Contribuintes), têm-se verificado que o entendimento predominante é o da essência sobre a forma, desconsiderando-se planejamentos tributários que apresentem, resumidamente, as seguintes características:*

- *Falta de propósito negocial nas transações efetuadas, ou seja, inexistência de outras motivações que não as exclusivamente tributárias.*
- *Dissociação entre os fatos narrados pela contribuinte e a realidade fática constatada. Caracteriza-se esta situação quando a forma jurídica adotada está em desacordo com a sua substância jurídica e econômica.*

Podem-se acrescentar, ainda, outros fatores, tais como: a proximidade temporal de atos; a disparidade infundada de valores entre eles; o desfazimento dos efeitos do ato simulado; a prática de certos atos entre partes ligadas; a inexistência de outra causa econômica além da economia fiscal; operações estruturadas em sequência (“step transactions”); operações invertidas; uso de sociedades (aparentes, fictícias, efêmeras, com interpostas pessoas); deslocamento da base tributável; substituições jurídicas; neutralização de efeitos indesejáveis; ingresso de sócio seguido de cisão seletiva; ágio de si mesmo; empréstimo, ao invés de investimento; dentre outras (ato normal de gestão, negócios indiretos, reestruturações societárias sucessivas, operações recíprocas, etc.).

Os julgadores vêm desconsiderando os efeitos fiscais dos planejamentos tributários (que, contaminados por atos ilícitos, acabem assumindo outra feição) quando evidenciado que se valeu da transação em determinada forma jurídica com o fito exclusivo de promover a redução de tributos, não existindo qualquer outra motivação sob o prisma empresarial, ou, ainda, quando não haveria sentido na forma adotada no negócio praticado, não fossem os benefícios tributários. Reforçando este entendimento, seguem

algumas deliberações do CARF (antigo Conselho de Contribuintes), nas quais a situação exposta acima fica plenamente evidenciada, a saber:

- *Acórdão n° 104-20.749, de 15/06/2005, da 4ª Câmara / 1o Conselho de Contribuintes:*

OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA.

O fato de cada uma das transações, isoladamente e do ponto de vista formal, ostentar legalidade, não garante a legitimidade do conjunto de operações, quando fica comprovado que os atos praticados tinham objetivo diverso daquele que lhes é próprio.

AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO EXTRATRIBUTÁRIA.

A liberdade de auto-organização não endossa a prática de atos sem motivação negocial, sob o argumento de exercício do planejamento tributário.

- *Acórdão n° 101-96.724, de 28/05/2008, da 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária do CARF:*

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. SIMULAÇÃO.

A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. A caracterização dos atos como simulados, e não reais, autoriza a glosa da amortização do ágio contabilizado.

- *Acórdão n° 1402-001.404, de 09/07/2013, da 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária do CARF:*

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE SOCIEDADE VEÍCULO SEM PROPÓSITO NEGOCIAL. ANTECIPAÇÃO DE EXCLUSÕES DO LUCRO REAL E DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL. IMPOSSIBILIDADE.

A utilização de sociedade veículo, de curta duração, colimando atingir posição legal privilegiada, quando ausente o propósito negocial, constitui prova da artificialidade daquela sociedade e das operações nas quais ela tomou parte, notadamente a antecipação de exclusões do lucro real e da base de cálculo da CSLL. A operação levada a termo nesses moldes deve ser desconsiderada para fins tributários.

Para o autuante, o Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406/2002, tratou da simulação de forma específica no seu art. 167. Ressalta que o *caput* do referido artigo prevê que o que se dissimulou subsistirá; portanto, o fato de ser nulo o negócio jurídico por simulação não quer dizer que os efeitos civis e, por consequência, tributários, do que foi simulado, não se mantenham. Mantêm-se e são plenamente válidos.

No caso dos autos, a origem dos ágios amortizados pela Raizen foi assim esclarecido pela própria empresa:

"Originou-se do valor pago pela empresa Cosanpar Participações S/A., à Exxonmobil Capital N.V., no montante de R\$ 1.672.445.205,96, referente a aquisição de 100% das participações societárias de duas empresas holandesas que detinham os Ativos de Distribuição da então denominada empresa Esso Brasileira de Petróleo Ltda. Tais pagamentos foram realizados na forma e datas infra demonstradas:

| Data Fechamento | Montante US\$ | Taxa | Montante R\$ | Doc. SAP |
|------------------------|-----------------------|-------------|-------------------------|-----------------|
| 21/11/2008 | 214.353.314,10 | 2,4277 | 520.385.540,64 | 100000400 |
| 25/11/2008 | 500.000.000,00 | 2,3056 | 1.152.800.000,00 | 100000457 |
| 25/11/2008 | 26.921.260,87 | 2,3056 | 62.069.659,06 | 100000401 |
| 28/11/2008 | (26.921.260,87) | 2,3331 | (62.809.993,74) | 100000868 |
| TOTAL | 714.353.314,10 | - | 1.672.445.205,97 | - |

O seu custo de aquisição foi desdobrado entre valor de patrimônio líquido do investimento e ágio no montante de R\$ 1.464.180.872,40, conforme demonstrado no quadro ilustrativo abaixo:

| | |
|--|------------------------|
| Valor pago na aquisição | (1.672.445.206) |
| Patrimônio Líquido da Investida | 195.520.088 |
| Outros custos | 12.744.245 |
| Ágio apurado na aquisição do Investimento | (1.464.180.873) |

O início da amortização deste ágio se deu após a incorporação da empresa Cosanpar Participações S/A. pela Cosan Combustíveis e Lubrificantes S/A. [CLL] (denominação social adotada à época pela empresa Esso Brasileira de Petróleo S/A.). Para suportar tais registros e informações, apresentamos:

_ Documentos de remessas dos numerários e lançamentos contábeis (Doc. 3);

_ Balanço Patrimonial da empresa Esso Brasileira de Petróleo Ltda. (Doc. 4);

_ Laudo de avaliação econômico-financeira da empresa Esso Brasileira de Petróleo Ltda. (Doc. 5);

_ Instrumento Particular de Alteração de Contrato Social da empresa Esso Brasileira de Petróleo Ltda., datado de 19 de janeiro de 2009, comprovando que a Cosanpar adquiriu a participação na Esso Brasileira de Petróleo Ltda. (Doc. 6);

_ Ata da Assembleia Geral Extraordinária, realizada em 23 de junho de 2009, deliberando acerca da incorporação da empresa Cosanpar Participações S/A. pela Cosan Combustíveis e Lubrificantes S/A. (atualmente Cosan Combustíveis e Especialidades S/A.) (Doc. 7).

O quadro ilustrativo abaixo sintetiza as amortizações do ágio ocorridas desde a sua formação até o período ora fiscalizado, bem como as

referências entre suas amortizações e as informações prestadas pela fiscalizada na DIPJ do ano calendário de 2014.

| | |
|---|----------------------|
| Ágio gerado na aquisição do Investimento | 1.464.180.973 |
| Amortização/Movimentações anteriores a Cisão Parcial - Jul/2009 a Mai/2011 | (494.878.901) |
| Saldo do Ágio antes da Cisão Parcial | 969.301.972 |
| Parcela vertida para Raizen Combustíveis S.A. (Shell) | 548.688.506 |
| Nº de Meses a Amortizar | 37 |
| Valor da Parcela Mensal a Amortizar | 14.829.419 |
| Montante Amortizado no Ano Calendário 2014 - Jan a Mar | 44.488.257 |
| Montante Amortizado no Ano Calendário 2014 - Abr a Jun | 44.488.257 |

Referência aos valores preenchidos na DIPJ:

| AC 2014 - DIPJ 2014 - 01/01 a 01/04 | Valores R\$ |
|--|----------------|
| Ficha 9A Linha 56 - Ágio Amortizado | 43.961.218 |
| Ficha 17 Linha 46 - Ágio Amortizado | 43.961.218 |
| Composição Amortização | |
| Parcelas 32 a 34/37 (Janeiro a Março 2014) | 44.488.257 (1) |
| Ágio Jacta | (527.039) |
| | 43.961.218 |

Continua o relato do autuante:

Vale citar neste ponto, que a **COSAN LE** (antiga **COSAN CL**), foi submetida a procedimento de fiscalização anterior, objeto do Mandado de Procedimento Fiscal - **MPF no 07.1.85.00-2012-00043-9**, no âmbito do qual se constituíram dois processos de autos de infração.

O processo no **16682.721208/2012-16** trata da redução indevida do lucro real e da base de cálculo da CSLL, nos anos-calendário de 2009, 2010 e 2011, dada a utilização de despesas não dedutíveis relativas à amortização do ágio gerado na operação de aquisição das cotas da **ESSO** (atual **COSAN LE**) pela empresa veículo **COSANPAR**, ágio este que posteriormente foi transferido para a **COSAN LE** por meio de incorporação reversa.

O processo no **16682.720343/2013-25** trata da falta de recolhimento do IRRF a cargo da **COSAN LE**, como responsável tributário, incidente sobre o ganho de capital auferido por **EXXONMOBIL INTERNATIONAL** e **EXXONMOBIL BRAZIL**, sociedades alienantes domiciliadas na Holanda, na alienação de suas participações societárias na **ESSO**, sociedade domiciliada no Brasil.

No procedimento fiscal referido acima, concluiu-se que **as operações societárias realizadas pelo grupo econômico de que a COSAN LE fazia parte caracterizaram simulação, por se tratar de operações estruturadas que, apesar de isoladamente aparentarem licitude de direito, quando observadas em seu conjunto acabavam por demonstrar uma outra realidade, tendo sido extrapolados os limites da função social e do fim econômico da propriedade e dos contratos, em especial o de sociedade.**

*Apesar de a **RAIZEN**, no período abrangido pelo presente procedimento fiscal, deter formalmente parte do referido ágio, este mantém, a princípio, sua natureza e características originárias, fazendo-se necessário, **para se concluir sobre a sua dedutibilidade por parte da RAIZEN, analisar as operações estruturadas, realizadas anteriormente, que lhe deram origem.***

...

VII.4 *Das operações estruturadas pelo grupo COSAN que deram origem ao ágio amortizado pela COSAN LE e RAIZEN:*

*Por meio da análise dos documentos acostados aos autos do processo administrativo nº 16682.721208/2012-16, lavrados em face da **COSAN LE**, juntamente com os documentos disponibilizados pela **RAIZEN**, em resposta ao TIPF, descrever-se-á, a seguir, de forma sumária, as operações societárias relevantes que deram origem ao ágio e sua amortização, primeiramente pela **COSAN LE**, e, posteriormente, pela **RAIZEN**, de modo a propiciar uma melhor compreensão dos fatos, em ordem cronológica dos eventos.*

*1o) **19/03/2008**: Constituição da sociedade **COSANPAR**, sob a forma de sociedade limitada, com a integralização do capital social no valor de R\$ 1.000,00 pelas sociedades **USINA** (99,90%) e **AGRICOLA** (0,10%) (**Doc 20**).*

*2o) **23/04/2008** (cerca de um mês após a criação da **COSANPAR**): Contrato de Compra e Venda de participações em duas cooperativas, organizadas de acordo com a lei dos Países Baixos, **ainda não criadas**, que deteriam 100% das ações da **ESSO**, firmado entre **EXXONMOBIL INTERNATIONAL** e **EXXONMOBIL BRAZIL** (subsidiária integral da anterior), na qualidade de fornecedoras, e **COSAN S.A.** e **USINA**, na qualidade de compradoras (**Doc 21**).*

O contrato foi posteriormente alterado, em 25/11/2008, para a retirada da COSAN S.A. do negócio, ingressando em seu lugar a empresa veículo COSANPAR.

*3o) **03/10/2008**: Transferência de 458.848 quotas emitidas pela **ESSO** da sua controladora anterior – **EXXONMOBIL BRAZIL** – para a **EXXONMOBIL INTERNATIONAL** (a primeira era subsidiária integral da segunda), conforme 36ª Alteração Contratual da **ESSO** (**Doc 22**). Até então, a antiga controladora detinha 99,99% do capital social da investida.*

*Na mesma data, e com base nesta mesma alteração contratual, a **EXXONMOBIL INTERNATIONAL** e a **EXXONMOBIL BRAZIL** transferem suas quotas de participação no capital da **ESSO** (que passa a ser de R\$ 139.359.990,00, divididos em 483.000 quotas no valor de R\$ 288,53, cada uma) para as recém-criadas cooperativas holandesas **BIH** e **BHC**, ficando estas últimas com uma participação no capital da **ESSO LTDA** de 99,99958%*

(R\$ 139.359.412,94, divididos em 482.998 quotas) e 0,00042% (R\$ 577,06, divididos em 2 quotas), respectivamente.

4o) **06/10/2008**: Transformação da **COSANPAR**, de sociedade limitada para sociedade anônima, com aumento do capital social em R\$ 557.378.790,00, integralizado pela **COSAN S.A.**

A **AGRICOLA** se retira do investimento na **COSANPAR**, e a sociedade passa a ser controlada pela **COSAN S.A.**, tendo como outro sócio minoritário a **USINA (Doc 23)**.

Ressalta-se que as pessoas físicas Rubens Ometto Silveira Mello e Pedro Isamu Mizutani eram diretores/presidentes tanto das sócias/acionistas da COSANPAR (USINA e AGRICOLA) quanto da COSAN S.A.

5o) **13 e 14/10/2008**: Registro dos CNPJ das cooperativas sediadas na Holanda **BIH** e **BHC**, que funcionaram como empresas veículo (**Doc 24**).

Observe-se que este registro só ocorreu 10 dias após a transferência das cotas da ESSO para as cooperativas holandesas.

6o) **07/11/2008**: Deliberação dos acionistas da **COSANPAR** (a **COSAN S.A.** detinha 99,999% de suas ações) para aquisição das participações societárias representativas da totalidade do capital social de duas sociedades cooperativas sediadas na Holanda (**BIH** e **BHC**), as quais detinham os ativos de comercialização e distribuição de combustíveis da **EXXONMOBIL** no Brasil (representados pela **ESSO**, atual **COSAN LE**) no sentido de autorizar ordens de pagamento, a realização de remessas para o exterior, a título de disponibilidades ou outro título, bem como todos os atos e pagamentos correlatos, até o valor de US\$ 989.000.000 (**Doc 25**). Nesta mesma data, foi celebrado o contrato de alienação fiduciária das quotas da **ESSO** em favor dos titulares das notas promissórias de 1ª emissão da **COSAN S.A.**, com aditamento no dia seguinte. O contrato foi celebrado entre a **COSAN S.A.** e a **PENTAGONO (Docs 26 e 27)**.

7o) **17/11/2008**: Integralização do aumento do capital da **COSANPAR** em mais R\$ 1.149.400.000,00, pela sua controladora – **COSAN S.A.**, conforme Ata de Assembleia Geral Extraordinária, datada de 07/11/2008 (**Doc 28**). **Assim, o capital social da COSANPAR passou para R\$ 1.706.779.790,00, totalmente integralizado pela acionista COSAN S.A.**

8o) **21/11/2008**: A **COSANPAR** transfere ao Grupo **EXXONMOBIL** a primeira parte do pagamento no valor de R\$ 520.385.540,64 (US\$ 214.353.314,10) (**Doc 03**).

9o) **25/11/2008**: Alteração do contrato original firmado em 23/04/2008 entre **EXXONMOBIL INTERNATIONAL** e **COSAN S.A.**, de forma que esta retira-se do negócio, ingressando em seu lugar a empresa veículo **COSANPAR (Doc 29)**, transferindo esta última ao Grupo **EXXONMOBIL** o

restante do pagamento pactuado no valor de R\$ 1.152.059.665,36 (US\$ 500.000.000,00) (**Doc 03**).

10o) **01/12/2008**: Firmados os Contratos de Transferência de Participação em uma Cooperativa e Escritura, por meio dos quais se formalizaram a transferência das participações nas cooperativas holandesas **BIH (Docs 30 e 31)** e **BHC (Docs 32 e 33)**, da **EXXONMOBIL BRAZIL** e da **EXONMOBIL INTERNATIONAL** para as cessionárias **USINA** e **COSANPAR**, respectivamente.

Em face dessas operações, a COSANPAR registra um ágio referente à ESSO no valor de R\$ 1.464.180.873,00.

11o) **04/12/2008**: Ratificação da transferência de numerário realizada em 04/12/2008, no valor de R\$ 70.885.000,00, da conta da **COSANPAR** para sua controladora **COSAN S.A.**

Autorização para transferências do valor individual, por transferência, de até R\$ 250.000.000,00, nos seis meses seguintes, igualmente da **COSANPAR** para sua controladora **COSAN S.A.**, conforme Ata de Assembleia Geral Extraordinária (**Doc 34**).

Note-se que, por meio desta deliberação, **a COSANPAR começa a devolver à sua controladora os recursos que necessitou para aquisição das participações societárias nas “cooperativas sediadas na Holanda” (que controlavam os ativos da EXXONMOBIL no Brasil, ou seja, a ESSO).**

12o) **08/12/2008**: Trigésima Sétima Alteração do Contrato Social da **ESSO**, na qual consta a resolução das suas únicas sócias - **BIH** e a **BHC** (cooperativas holandesas), de alienarem fiduciariamente a totalidade das quotas de emissão da **ESSO**, bem como os direitos dela decorrentes, em favor dos titulares das notas promissórias da 1ª emissão da **COSAN S.A.** (**Doc 35**).

13o) **18/12/2008**: Liquidação das cooperativas holandesas **BIH** e **BHC (Doc 36)**, e, como consequência, **a participação na ESSO, juntamente com o respectivo ágio, passa a ser reconhecida diretamente pela COSANPAR.**

14o) **19/01/2009**: Alteração do Contrato Social da **ESSO** para sua transformação em sociedade anônima, que passou a denominar-se **COSAN COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES S.A. (COSAN CL)** (**Doc 06**).

15o) **23/06/2009**: Ata de Assembleia Geral Extraordinária da **COSAN CL** (antiga **ESSO**), deliberando sobre a incorporação da **COSANPAR**. Trata-se de incorporação reversa, na qual a sociedade controlada **COSAN CL** incorporou sua controladora, a **COSANPAR (Doc 07)**.

Por meio dessa operação, transferiu-se para a **COSAN CL** (atualmente **COSAN LE**) o ágio em investimentos, gerado originalmente em sua

controladora, a **COSANPAR**, quando da aquisição, por esta, das participações societárias nas "cooperativas holandesas".

O ágio transferido passou a ser deduzido do lucro real e da base de cálculo da CSLL pela **COSAN CL** (atual **COSAN LE**) nos meses subsequentes.

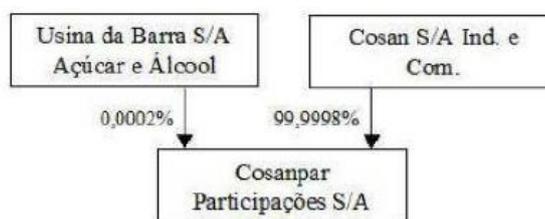
16o) **01/06/2011**: Ata de Assembleia Geral Extraordinária da **COSAN CL**, deliberando sobre a cisão parcial da companhia, com a incorporação do acervo cindido à antiga **SHELL** (atual **RAIZEN**) (**Doc 18**).

Na operação, foi transferido para a **RAIZEN** parte do ágio em investimentos, no valor de R\$ 548.688.506,92, gerado originalmente na **COSANPAR**, quando da aquisição, por esta, das participações societárias nas "cooperativas holandesas", e posteriormente transferido para a **COSAN CL**, por incorporação reversa.

A partir desta data, o ágio transferido passou a ser deduzido pela **RAIZEN** para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

O atuante demonstra graficamente a evolução das estruturas societárias, abaixo:

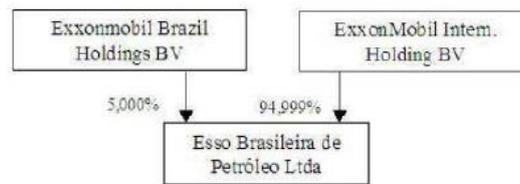
Assim, no momento imediatamente anterior à aquisição das participações societárias nas cooperativas holandesas pelo grupo **COSAN**, a **COSANPAR** possuía a seguinte estrutura societária (**Doc 23**):



Antes da venda das participações societárias, a **COSAN LE**, ainda com a denominação de **Esso Brasileira de Petróleo Ltda**, possuía a seguinte composição societária, conforme sua 35ª Alteração Contratual (**Doc 19**):



Posteriormente, mas ainda antes da venda das participações societárias, a **ESSO** tinha seu capital social dividido da seguinte forma, conforme sua 36ª Alteração Contratual (**Doc 22**):



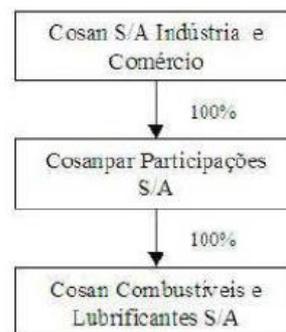
Após a criação das cooperativas sediadas na Holanda, o grupo societário ficou assim estruturado:



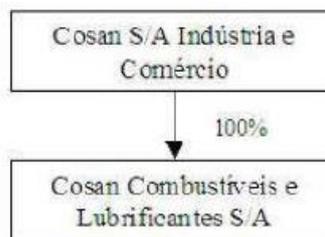
Após a aquisição das participações societárias pelo grupo **COSAN**, mas antes da liquidação das sociedades cooperativas sediadas na Holanda, o controle da ESSO assumiu a seguinte configuração:



Na sequência, já com a razão social alterada para Cosan Combustíveis e Lubrificantes S.A. (**COSAN CL**), a composição acionária passou a ser a seguinte:



Finalmente, a **COSAN CL** (atual **COSAN LE**), após a incorporação reversa de sua controladora, a **COSANPAR**, passou a ter a seguinte estrutura societária:



Para o atuante, as despesas de amortização do ágio gerado na aquisição da participação societária na **ESSO** pela **COSANPAR**, posteriormente incorporada pela **COSAN LE**, são indedutíveis, pois decorrem de reestruturação societária por meio de criação de empresa veículo, com falta de propósito negocial, e, portanto, de uma simulação e abuso de direito, mediante extrapolação dos limites do fim econômico, da função social e da boa-fé objetiva do contrato de sociedade, com o intuito de fraudar a lei tributária.

Continua o relatório:

*A simulação e a ilicitude teriam ocorrido na aquisição das participações societárias na **ESSO**, pelo grupo empresarial **COSAN**, com ágio de R\$ 1.464.180.873,00, fundado em expectativa de rentabilidade futura, em que a adquirente se utilizou de uma empresa veículo, no caso, a **COSANPAR**, de vida efêmera, apenas para poder deduzir das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL as despesas de amortização do ágio pago na aquisição da empresa brasileira.*

*Se a **COSAN S.A.** tivesse adquirido a **ESSO** diretamente (sem se valer de empresa veículo, a **COSANPAR**, de vida efêmera, na medida em que criada para ser extinta), não poderia ter se beneficiado da amortização do ágio para fins tributários, já que, em regra, essa despesa não seria dedutível (e não se queria extinguir a própria **COSAN S.A.**).*

*As evidências de que a criação da **COSANPAR** teve como único propósito a elaboração de um esquema ilícito com o fito de tornar o ágio pago na aquisição das participações societárias na **ESSO** – indedutível por natureza – dedutível, encontram-se na documentação, na escrituração e nas informações contidas nas demonstrações contábeis tanto da própria sociedade, como de sua controladora, a **COSAN S.A.***

*Observando-se a escrituração contábil relativa ao capital social da **COSANPAR** (Doc 37), verifica-se que todos os ingressos de recursos foram provenientes da **COSAN S.A.**, de forma direta, ou por meio de empresas ligadas, utilizando-se de Adiantamentos para Aumento de Capital – AFAC.*

Esses ingressos de recursos concentraram-se entre 28 de outubro e 17 de novembro de 2008, ou seja, num período inferior a um mês. Sem esta

*injeção de recursos em sua controlada **COSANPAR**, a **COSAN S.A.** não poderia jamais ser por ela substituída no negócio original (o que se deu em 25/11/2008, poucos dias após a última transferência de recursos).*

Outros pontos evidenciariam que a **COSANPAR** era mera empresa veículo a serviço dos interesses de sua controladora **COSAN S.A.**:

a) A **COSANPAR** foi criada em 19/03/2008. Sem sede própria, passou a funcionar na sala 22 do Escritório Administrativo da Usina Costa Pinto, sem número, no Bairro Costa Pinto, em Piracicaba-SP, sendo que sua outra controladora, a **USINA**, tinha sede na sala 20 deste mesmo escritório administrativo (**Doc 20**).

b) Tanto a **COSANPAR**, como suas sócias, a **USINA** e a **AGRICOLA**, tinham, à época, os mesmos Diretor Presidente e Diretor Superintendente, respectivamente, os Srs. Rubens Ometto Silveira Mello e Pedro Isamu Mizutani (**Doc 20**).

c) As operações financeiras da **COSANPAR** sempre tiveram a mesma contraparte – sua controladora, a **COSAN S.A.** (**Doc 38**).

d) Apesar de ter sido criada para atuar na área de participações, a **COSANPAR**, no curso de sua curta existência, não adquiriu participação em nenhuma outra sociedade, salvo na que foi objeto do negócio original entre sua controladora **COSAN S.A.** e o grupo **EXXONMOBIL**, qual seja, a **ESSO**, negócio este engendrado com o único intuito de permitir a posterior amortização do ágio.

Tal fato fica evidenciado pela análise do Ativo Total da **COSANPAR** (**Docs 39 e 40**), constante de seu Balanço Patrimonial relativo ao ano-calendário de 2008, do qual 99,73% tiveram origem em operações com sua controladora **COSAN S.A.** O valor restante refere-se a Despesas Pré-Operacionais, Bancos, Impostos e Contribuições a Recuperar, entre outros.

e) Praticamente todas as operações da **COSANPAR** tinham como contraparte a sua controladora **COSAN S.A.** Mesmo suas operações com terceiros, tais como compras a prazo de fornecedores, tiveram como beneficiária, em última instância, a própria **COSAN S.A.**, na medida em que, após o processo de reorganização societária em que se extinguiu a **COSANPAR**, a **COSAN S.A.** deixou de ser controladora indireta para tornar-se controladora direta da **COSAN LE** (antiga **ESSO**, que incorporou sua controladora **COSANPAR**), com praticamente a totalidade de seu capital (99,99%).

Tal fato fica evidenciado pela análise da Demonstração do Resultado do Exercício da **COSANPAR** relativa ao ano de 2008 (**Doc 41**), onde não existem receitas, custos e despesas relacionadas a atividades comerciais, industriais ou de prestação de serviços, mas, tão somente, valores concernentes a resultados de equivalência patrimonial, decorrentes de participações em

pessoas ligadas, em especial na ESSO, além de receitas e despesas financeiras.

O autuante reforça a sua fundamentação com os argumentos extraídos do Termo de Verificação Fiscal constante no processo nº 16682.721208/2012-16, abaixo:

"Diz-se que uma empresa é de passagem quando uma pessoa jurídica é criada apenas para servir como canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro, sem que tenha efetivamente outra função dentro do contexto. Trata-se de uma operação que serve apenas para transitar um patrimônio ou um determinado recurso. Ou seja, a pessoa jurídica não é criada com o propósito de realizar atividade empresária, e sim apenas para permitir a obtenção de determinada vantagem.

Este foi exatamente o caso da COSANPAR. Constituída em 19 de março de 2008, e uma vez tendo cumprido o seu papel predeterminado nas operações engendradas por sua controladora COSAN INDÚSTRIA e COMÉRCIO, que compunham o esquema maior (visando também a fugir da tributação pelo IRRF [processo administrativo no 16682.720343/2013-25]), foi extinta em 23/06/2009. Ou seja, a COSANPAR não foi uma pessoa jurídica criada com o objetivo de emprestar. Trata-se de empresa "de papel", criada com o único intuito de servir como "empresa veículo" para viabilizar o aproveitamento de ágio por sua antiga controlada ESSO (esta sim uma empresa com propósito negocial, dedicada à produção de bens e/ou serviços), hoje Cosan Combustíveis e Especialidades S.A. (a Fiscalizada).

O que se verifica, in casu, é uma incorporação "às avessas" (a controlada, ESSO, incorpora a controladora, COSANPAR), o que acaba por gerar uma situação curiosa em relação ao ágio na aquisição (pela COSANPAR) da participação societária (na ESSO). O ágio é resultante da aquisição de uma participação societária de titularidade da controladora (COSANPAR), participação esta que representa fração do capital da pessoa jurídica controlada (ESSO). Na medida em que a controlada (ESSO) incorpora a controladora (COSANPAR), desaparece o sujeito jurídico titular da participação societária (e do ágio).

Assim, caso preservado, o montante do ágio passaria a estar dentro da incorporadora ESSO (antiga controlada), possuindo como origem, como motivo, um elemento (por exemplo, expectativa de rentabilidade futura) que agora integra a própria incorporadora. Ou seja, a controlada ESSO, ao incorporar sua antiga controladora COSANPAR, passa a ser titular de um ágio amortizável cuja origem está, por exemplo, na expectativa de rentabilidade futura dela mesma, ESSO.

Seria o chamado "ágio de si mesmo", o que faz com que eventual planejamento tributário seja descaracterizado como tal, na medida em que contaminado por ilicitude.

De fato, anteriormente à incorporação, a COSANPAR era o sujeito jurídico titular da participação societária (e, portanto, do ágio pago na aquisição dessa participação societária, cuja razão de existir era a expectativa de rentabilidade futura da ESSO).

A fiscalizada (antiga ESSO) fez desaparecer, por incorporação reversa, sua antiga controladora (COSANPAR), transferindo para dentro de si mesma o montante do ágio, cuja origem era sua própria expectativa de rentabilidade futura.

Assim, no presente caso, reforça-se uma vez mais, a única função da empresa COSANPAR, no conjunto de operações realizadas, foi servir de veículo para a criação de despesas de amortização de ágio que seriam deduzidas das bases de cálculo do Imposto sobre Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da fiscalizada, após esta ter incorporado aquela. Trata-se de uma empresa sem qualquer propósito negocial.

Considerando os fatos narrados, verifica-se que a operação efetivamente realizada (ato dissimulado) deu-se entre a COSAN INDÚSTRIA E COMÉRCIO e a EXXONMOBIL, tendo como objeto a participação societária na ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LIMITADA.

Ocorre que, se a operação tivesse sido realizada em sua forma jurídica original - aquisição direta conforme consignado no parágrafo anterior - NÃO HAVERIA A POSSIBILIDADE LEGAL DE DEDUÇÃO DAS DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO (diferença entre o montante pago e o valor patrimonial correspondente) pago na aquisição da participação societária na ESSO das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL da Fiscalizada."

Reforça que a 4ª Câmara da 2ª Turma Ordinária do CARF, Acórdão nº 14-02002.090, julgou procedente o lançamento consubstanciado no processo nº 16682.721208/2012-16, ementas a seguir:

ÁGIO. REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA SEM MUDANÇA DE CONTROLE ACIONÁRIO. FUNDAMENTO ECONÔMICO. INEXISTÊNCIA.

O ágio na aquisição de participação da sociedade realizada por empresa do mesmo grupo empresarial e posteriormente incorporada pela atuada, sem alteração da composição do controle acionário da mesma, e sem o trânsito de recursos financeiros entre as empresas envolvidas não tem fundamento econômico.

MULTA DE OFÍCIO. CONDUTA ACATADA PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA À ÉPOCA DOS FATOS GERADORES. IMPOSSIBILIDADE.

Constatado que o procedimento adotado pela contribuinte, à época dos fatos geradores, era referendado pelas decisões do CARF, não se pode falar em dolo, e, conseqüentemente, em fraude, sonegação ou conluio (arts. 71,

72 e 73 da Lei nº 4.502/64), elementos necessários à qualificação da multa de ofício, conforme determina o parágrafo 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

DOS FATOS RELACIONADOS AO ÁGIO DEDUZIDO PELA RAIZEN COMBUSTÍVEIS S/A (INCORPORAÇÃO DE PARTE DO ACERVO CINDIDO DA COSAN CL - ATUAL COSAN LE).

De acordo com o **PROTOCOLO E JUSTIFICAÇÃO DE OPERAÇÃO DE CISÃO PARCIAL DE COSAN CL, COM VERSÃO DA PARCELA CINDIDA PARA A SHELL** (Doc 18), em 25 de agosto de 2010, a **COSAN S.A.**, sócia controladora da **COSAN DC**, que por sua vez era a acionista controladora da **COSAN LE**, avançou a formação de uma associação com a **SHELL** e empresas a ela relacionadas, sujeita ao cumprimento de determinadas condições (“**Joint Venture**”), nos termos do Contrato Estrutural (“**Framework Agreement**”), celebrado nesta mesma data entre **COSAN**, **COSAN DC**, **Cosan Limited** (sociedade constituída de acordo com as leis de Bermudas), **Houches Holdings S.A.** (antiga denominação de **Raizen S.A.**), **Shell**, **Shell Brasil Holding B.V.** (sociedade constituída de acordo com as leis dos Países Baixos), **Shell Overseas Holdings Limited** (sociedade constituída de acordo com as leis da Inglaterra) e **Milimétrica Participações S.A.** (antiga denominação de **Raizen Energia S.A.**), conforme retratado a seguir.

Assim, visando cumprir o pactuado nos documentos que formalizaram a **Joint Venturi**, em Assembleia Geral Extraordinária realizada em 01 de junho de 2011, os acionistas da **RAIZEN** (**Shell Brazil Holding B.V.** e **André Lopes de Araujo**) aprovaram a incorporação do acervo patrimonial cindido da **COSAN LE** (antiga **COSAN CL**), correspondente às atividades de distribuição de combustíveis, com valor patrimonial líquido contábil de R\$ 601.698.458,00, apurado na data-base de 30 de abril de 2011.

Em razão desta incorporação, o capital social da **RAIZEN** aumentou em R\$ 301.698.458,00, destinando-se os remanescentes R\$ 300.000.000,00 à formação de Reserva de Capital. Emitiram-se, então, 589.448.062 novas ações (495.799.786 ordinárias e 93.648.276 preferenciais Classe B), todas elas nominativas e sem valor nominal, subscritas e integralizadas exclusivamente pela **COSAN DC**, subsidiária integral da **COSAN S.A.** A partir da incorporação da **COSAN DC** pela **COSAN S.A.** (Doc 43), em 23/11/2011, os benefícios econômicos gerados pela **RAIZEN** passaram a ser igual e diretamente compartilhados por seus dois acionistas **SHELL BRAZIL HOLDING B.V.** e **COSAN S.A.**

Nesta reorganização societária, a **COSAN LE** foi cindida parcialmente, vertendo-se parte de seu patrimônio à contribuinte (**RAIZEN**), juntamente com parte do saldo do ágio existente naquela data, R\$ 548.688.505,92, que tiveram origem na incorporação reversa da **COSANPAR S.A.** pela **COSAN LE**, conforme descrito na resposta ao TIPP.

De acordo ainda com as informações prestadas em resposta ao **TIPF**, a contribuinte (**RAIZEN**), passou, a amortizar, mensalmente, a partir de junho de 2011, R\$ 14.829.419,08 a título do referido ágio.

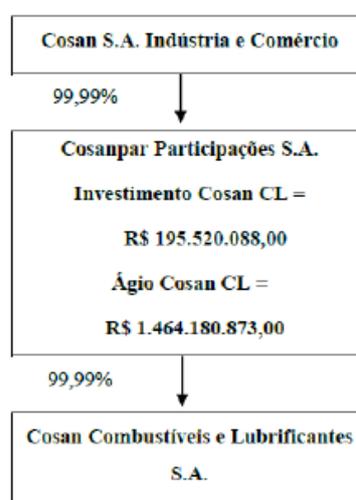
Ou seja, **parte do ágio considerado indedutível na COSAN LE fez parte da parcela de seu patrimônio que foi cindida e vertida para a RAIZEN, que passou a amortizá-lo.**

Resta agora discutir, se, a partir dessa nova combinação de negócios, houve alguma modificação quanto à dedutibilidade desse ágio na nova companhia (**RAIZEN**).

VIII.2 Da esquematização do ágio gerado pelas operações realizadas pelo grupo COSAN:

A fim de proporcionar uma melhor visualização das operações societárias relevantes para o surgimento do ágio e sua posterior amortização pela **COSAN LE** e **RAIZEN**, seguem alguns diagramas que retratam as estruturas societárias com os respectivos ágios gerados ou transferidos, conforme apontam os documentos juntados aos autos do processo administrativo nº 16682.721208/2012-16, lavrado em face de **COSAN LE**, associados aos documentos disponibilizados pela **RAIZEN** no curso do presente procedimento fiscal.

1o) Configuração societária após a aquisição, em 19/01/2009, das participações societárias na **ESSO**, já denominada **COSAN CL** (posteriormente, denominada **COSAN LE**) e da extinção, em 18/12/2008, das cooperativas sediadas na Holanda (**Doc 06**).



2o) Configuração societária após a incorporação reversa, em 23/06/2009, por meio da qual a controlada **COSAN CL** incorpora sua controladora, a **COSANPAR** (**Doc 07**).

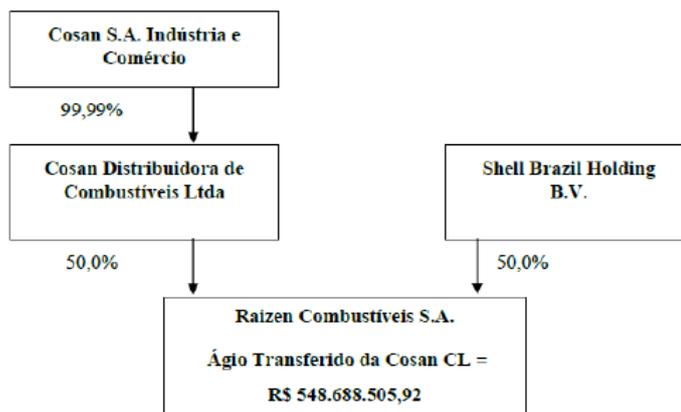
Observe-se que o ágio inicialmente constituído foi ajustado, por meio de estornos, baixas e amortizações, de R\$ 1.464.180.873,00 para R\$

1.329.785.552,43, conforme Balanço Patrimonial de 23/06/2009, referente ao processo de incorporação da **COSANPAR (Doc 39)**.

A partir deste evento, a **COSAN LE** (antiga **COSAN CL**) passou a **amortizar como despesa**, o ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, valendo-se do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.



3o) Configuração societária após a incorporação do acervo cindido da **COSAN CL** (atual **COSAN LE**) pela **RAIZEN**, em 01/06/2011 (**Doc 18**).



A partir deste evento, a **RAIZEN** passou a amortizar, por meio de **exclusão direta**, o ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, valendo-se do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

VIII.3 Da indedutibilidade do ágio na RAIZEN:

Conforme exhaustivamente exposto anteriormente nos subitens VII.4 a VII.7, considerou-se indedutível o ágio amortizado pela **COSAN LE**, por decorrer de reestruturação societária, na qual se utilizou de empresa veículo (**COSANPAR**), com absoluta falta de propósito negocial.

As operações societárias realizadas pelo grupo econômico de que a **RAIZEN** atualmente faz parte caracterizaram simulação, por se tratar de operações estruturadas que, isoladamente, aparentam licitude de direito, no entanto, quando vistas em seu conjunto, demonstram uma outra realidade, pois extrapolam os limites da função social e do fim econômico da propriedade e dos contratos, em especial o de sociedade.

A simulação e a ilicitude teriam ocorrido na aquisição das participações societárias da **ESSO**, pelo grupo empresarial **COSAN**, com ágio, por

*expectativa de rentabilidade futura, de R\$ 1.464.180.873,00, em que a adquirente se utilizou de uma empresa veículo, a **COSANPAR**, de vida efêmera, apenas para poder deduzir das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL as despesas de amortização do ágio pago na aquisição da empresa. **Se a compra fosse feita como investimento direto, a adquirente não poderia ter se beneficiado da amortização do ágio para fins tributários, já que, em regra, essa despesa não é dedutível.***

*Como visto no voto do Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar transcrito acima, o Relatório de Avaliação-Econômica Financeira elaborado pela KPMG Corporate Finance Ltda (**Doc 05**), segundo o qual se fundamentou o ágio pago na aquisição da **ESSO** pela **COSAN S.A.** por meio da empresa veículo **COSANPAR**, foi emitido em 3 de junho de 2009, meses após à realização das operações, portanto, apenas atesta que **a avaliação feita pela interessada ocorreu muito tempo após a conclusão dos negócios praticados.***

*Evidenciou-se, desta forma, que tal documento **não se prestava** para autorizar a dedutibilidade do ágio. Como **o laudo não foi elaborado à época em que o ágio foi pago**, não poderia embasar a decisão tomada sobre o negócio que deu origem ao ágio. Assim, saliente-se uma vez mais **que o ágio foi calculado com base em quaisquer outras razões econômicas, mas não na rentabilidade futura da ESSO.***

*Pelos argumentos anteriormente expostos, ficou cabalmente demonstrado que a **real adquirente** das participações societárias da **ESSO** foi a **COSAN S.A.**, servindo a **COSANPAR** apenas como uma “ponte” na concretização dessa operação, ou seja, como empresa veículo.*

Observe-se que, com a edição da Lei no 9.532/1997, por meio, especificamente, do que dispõem os seus artigos 7º e 8º (artigo 386 do RIR/99), alteraram-se sensivelmente as consequências tributárias do ágio pago por expectativa de rentabilidade futura na aquisição de um investimento.

A partir da edição da referida lei, possibilitou-se, para fins tributários, o aproveitamento do ágio à fração de 1/60 ao mês, no máximo, para cada mês do período de apuração, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão de pessoa jurídica, na qual se detinha participação societária adquirida com ágio.

A origem da norma tributária está no fato de que, a partir do momento em que ocorre, por exemplo, a incorporação de uma sociedade na qual se detinha participação societária adquirida com ágio, este mesmo ágio pago e escriturado pela investidora passa a integrar, junto com os lucros advindos da empresa investida que justificaram o pagamento daquele sobrepreço por expectativa de rentabilidade futura, um mesmo patrimônio.

Assim, impossível para a investidora amortizar o ágio pago quando da aquisição da investida à medida que esta vai auferindo lucros.

Como consequência dessa "confusão patrimonial" entre investidora e investida, a legislação tributária passou a admitir que a contribuinte deduzisse a despesa que teve com o pagamento deste ágio.

Portanto, ao contrário do que muitos entendem, o direito à dedução fiscal do ágio não decorre simplesmente do seu efetivo pagamento. Como visto na norma supracitada, o direito à dedução do ágio pago por expectativa de rentabilidade futura, quando da aquisição de investimento, nasce da "confusão patrimonial" entre investida e investidora.

Todavia, para que se consume essa confusão de patrimônio entre investida e investidora, é imprescindível que o ágio contabilizado tenha sido efetivamente suportado por alguma das entidades que participam desta "confusão patrimonial". O real investidor, portanto, deve se confundir com o seu investimento.

Em outras palavras, no caso de uma incorporação, fusão ou cisão, para poder deduzir, nos termos do artigo 386 do RIR/99, a amortização do ágio registrado, deve a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento unir seu patrimônio ao da pessoa jurídica investida. O ágio deve, portanto, ter sido de fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participa da incorporação, fusão ou cisão societária.

Vale dizer, portanto, que, de acordo com a previsão legal, qualquer situação diferente da hipótese aqui descrita não admite a dedução da despesa com amortização do ágio. Uma incorporação, fusão ou cisão societária que envolva um ágio que não tenha de fato sido suportado por nenhuma das partes envolvidas na operação societária não permitirá a aplicação do benefício fiscal instituído pelo artigo 386 do RIR/99. O ágio pode até existir contabilmente em face da aplicação do Método de Equivalência Patrimonial - MEP, mas não será dedutível para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

...

Retornando ao caso sob análise, tendo sido a COSAN S.A. a real adquirente da participação societária na ESSO, não há como a incorporação da COSANPAR por sua controlada COSAN LE justificar a dedutibilidade desse ágio nos termos do artigo 386 do RIR/99. Por certo, não há como defender que houve o encontro, num mesmo patrimônio, do ágio pago pela COSAN S.A. e dos lucros auferidos pela ESSO, pois quem efetivamente adquiriu (COSAN S.A.) essa empresa (ESSO), com ágio, nunca a incorporou (ou foi por ela incorporado).

Na situação mais atual, em que a RAIZEN incorporou parcela cindida da COSAN LE, também nenhuma das duas pessoas jurídicas participantes da operação societária arcou de fato com o ágio pago na aquisição da participação societária na ESSO.

Não houve, da mesma forma, nesta nova incorporação, a referida "confusão patrimonial" entre a real investidora (COSAN S.A.), que suportou o ágio, e a investida (ESSO), cuja expectativa de rentabilidade futura gerou o ágio.

Assim, não há como justificar a amortização, pela RAIZEN (fiscalizada), do ágio pago pela COSAN S.A. na aquisição (por meio da empresa veículo COSANPAR) da participação societária na ESSO.

Ademais, analisando-se a situação sob outra ótica, nada mais natural que esse ágio seja também indedutível na RAIZEN, uma vez que, com a transferência efetuada, mantêm sua natureza e características originais; portanto, se ele foi considerado indedutível na COSAN LE, também o será na RAIZEN.

Sendo a COSAN S.A. quem de fato adquiriu a participação societária na ESSO e arcou com o pagamento do ágio, ela, e somente ela, poderia repassá-lo a um terceiro em caso de absorção de seu patrimônio. Não foi o caso. A parcela de patrimônio absorvida pela contribuinte (RAIZEN) teve origem em sua controlada, a COSAN LE.

Além disso, e igualmente relevante, quanto ao real beneficiário dos efeitos tributários da amortização do ágio vertido para a RAIZEN, é importante ressaltar que, embora seja intuitivo acreditar que ela, como atual detentora formal do ágio, se aproveitasse do benefício fiscal, não é o que se constata nas NOTAS EXPLICATIVAS ÀS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS DE 31 DE MARÇO DE 2014, referente ao período de abril/2013 a março/2014 (Doc 11), in verbis:

Notas explicativas da administração às demonstrações

financeiras em 31 de março de 2014

(Em milhares de reais, exceto quando indicado de outra forma)

" 9. Partes relacionadas

(...)

(6) Cosan S.A. Indústria e Comércio

(...)

O valor registrado no passivo não circulante, Controladora e Consolidado, refere-se ao valor de benefícios fiscais a reembolsar a Cosan, quando efetivamente aproveitados pela Companhia, no montante de R\$ 30.253 (R\$ 90.756 em 2013) (Nota 20.a), determinado pelo saldo de benefício

fiscal sobre amortização de ágios transferidos para a Companhia quando da reestruturação societária para formação da Companhia.

O pagamento dessa obrigação será realizado anualmente, exceto por reorganizações societárias que venham a ocorrer ao longo do exercício e que gerarem a necessidade de apresentação de Declaração de Imposto sobre a Renda Pessoa Jurídica (“DIPJ”). Neste caso, o pagamento deve ser feito em até 20 dias úteis após entrega da DIPJ momento esse que se materializou a economia fiscal relacionada a utilização de créditos tributários. A forma de pagamento será por meio da distribuição de dividendos exclusivos aos detentores das ações preferenciais classe B.” (grifei)

Idênticas disposições constam das NOTAS EXPLICATIVAS ÀS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS DE 31 DE MARÇO DE 2013, referente ao período de abril/2012 a março/2013 (Doc 12), nas quais se informou ainda o seguinte:

Notas explicativas da administração às demonstrações

financeiras em 31 de março de 2013

(Em milhares de reais, exceto quando indicado de outra forma)

“21. Patrimônio líquido

(a) Capital social

(...)

Em 1º de junho de 2011, em Assembleia Geral Extraordinária, foi deliberado e aprovado pelos acionistas aumento de capital da Companhia no montante de R\$ 601.698, ajustado pelo valor de mercado das ações para R\$857.268 (vide nota 9), através de acervo patrimonial líquido contábil com data-base em 30 de abril de 2011, contribuído pela Cosan Combustíveis e Lubrificantes S.A. relacionado às suas atividades de distribuição de combustíveis, conforme laudo de avaliação emitido por empresa especializada independente. Desse montante, R\$ 301.698 foram destinados à conta de capital social e R\$ 555.570 foram destinados à conta de reserva de capital, totalmente subscritos e integralizados mediante a conferência de 589.448.062 ações, sendo 495.799.786 ações ordinárias e 93.648.276 ações preferenciais Classe B. A partir deste momento os benefícios econômicos da Companhia passaram a ser igualmente compartilhados por seus acionistas Shell e Cosan.

Ações preferenciais a pagar

*Os benefícios fiscais oriundos da utilização dos saldos de prejuízos fiscais e da base negativa de contribuição social gerados pela Shell antes da formação da Companhia, assim como os **benefícios fiscais oriundos da amortização fiscal de ágios provenientes da contribuição da Cosan,***

deverão ser restituídos aos respectivos acionistas à medida que a Companhia os utilizar como redução dos saldos de seus tributos a pagar.

Para a realização dessas restituições, foram emitidas ações preferenciais classe B exclusivamente para Cosan e classe C exclusivamente para Shell com o objetivo de remunerá-los por meio do pagamento de dividendos no montante do benefício fiscal utilizado pela Companhia no ano fiscal que segue de janeiro a dezembro, de cada ano.

Dessa forma, em 1º de junho de 2011, a Companhia reconheceu obrigação junto a Shell e Cosan, no montante de R\$ 500.791 e R\$ 196.440, respectivamente, determinada pelas soma dos benefícios fiscais mencionados anteriormente, em contrapartida da rubrica Ações preferenciais, no patrimônio líquido.” (grifei)

Portanto, os benefícios tributários decorrentes do ágio da aquisição das participações societárias na ESSO (atual COSAN LE), vertidos para a contribuinte, no fim de tudo, são integralmente revertidos para a COSAN S.A., à medida que a RAIZEN vai amortizando este ágio. Tal fato vem corroborar também tudo o que foi apurado no decorrer do procedimento fiscal, a condição de real adquirente da COSAN S.A. e a busca de um mecanismo que possibilitasse a economia tributária indevida.

Assim, verifica-se, em última análise, que a operação engendrada para transferir o ágio da COSAN LE para a RAIZEN buscou, em verdade, permitir que a COSAN S.A. continuasse a beneficiar-se das deduções indevidas das despesas correspondentes à amortização daquele mesmo ágio, oriundo da operação ilegal de incorporação reversa envolvendo a COSANPAR (empresa veículo) e sua controlada COSAN LE, objeto das autuações anteriores mencionadas no presente TVF.

Os montantes deduzidos foram os seguintes:

| Mês | Exclusão Indevida | Total Não Tributado |
|--------------|----------------------|----------------------|
| 01/2014 | 14.829.419,08 | 14.829.419,08 |
| 02/2014 | 14.829.419,08 | 14.829.419,08 |
| 03/2014 | 14.829.419,08 | 14.829.419,08 |
| Total | 44.488.257,24 | 44.488.257,24 |

Em razão da exclusão indevida do ágio, as estimativas de IRPJ e CSLL restaram recolhidas a menor, ensejando o lançamento da multa isolada prevista no art. 44, inc. II, alínea "b", da Lei nº 9.430, de 1996.

O atuante manteve os mesmos valores compensados de prejuízos fiscais e de base de cálculo negativa da CSLL, pois, conforme os arts. 579 a 586 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 9.580, de 2018), a compensação é opção do contribuinte, não cabendo ao Fisco proceder de ofício essa

compensação e, nesse sentido, houve manifestação pela sua não aplicabilidade, conforme resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 08, de 19/02/2018.

O contribuinte apresentou a impugnação de folhas 1447 a 1545, alegando, em síntese, o seguinte:

- as operações resultaram no aproveitamento do ágio, não podem ser analisadas simplesmente do ponto de vista dos atos societários considerados isoladamente, tal como fez o Sr. Agente Fiscal. Ou seja, não se pode analisar a operação “quadro a quadro”, é necessário analisá-la como um todo. Vale dizer: não basta ver os fatos tais como descritos fotografia a fotografia, mas sim analisar o filme como um todo, conforme leciona Marco Aurélio Greco.

- faz parte do Grupo Cosan, que atua em diversos setores econômicos. No ano de 2008, com o intuito de expandir o seu portfólio de negócios para o setor de combustíveis e lubrificantes, o Grupo Cosan negociou e adquiriu ativos do Grupo Exxonmobil no exterior, o que resultou, posteriormente, no controle da Esso Brasileira de Petróleo (“Esso”).

- em 19/03/2008, neste contexto de expansão das atividades do Grupo Cosan, houve a constituição da Cosanpar Participações Ltda. (“COSANPAR”), CNPJ nº 09.503.936/0001-00, cujos acionistas eram as sociedades brasileiras Usina da Barra S/A Açúcar e Álcool (“Usina”) e Agrícola Ponte Alta S/A (“Agrícola”).

- a COSANPAR tinha por objetivo segregar a atividade de distribuição de combustíveis e lubrificantes dos demais negócios do Grupo e, ainda, permitir o ingresso de investidores nesse negócio, o que não se concretizou naquele momento e motivou a incorporação da COSANPAR pela COSAN LE alguns meses depois de concluída a operação de compra e venda com o Grupo Exxonmobil.

- a entrada do investidor externo acabou acontecendo apenas em 2010, quando a COSAN e SHELL decidiram unir suas operações e constituir a Raízen Combustíveis S/A (uma das maiores empresas do segmento de combustíveis do mundo), com início efetivo das atividades em 06/2011.

- Em 23/04/2008, foi firmado o Contrato de Compra e Venda, entre as sociedades Exxonmobil Holdings e Exxonmobil BR, na qualidade de Vendedoras (“Fornecedoras”), e Cosan e Usina, como Compradoras, cujo objeto era a aquisição de todas as participações em duas cooperativas que seriam criadas em conformidade com a legislação dos Países Baixos, e que deteriam 100% das ações da Esso.

- o interesse do Grupo Exxonmobil era a venda da empresa Exxonmobil BR. Após as negociações, chegou-se a um acordo no sentido de que seriam constituídas as mencionadas cooperativas holandesas para receber o investimento direto na Esso. Com isso, foi possível chegar ao mesmo resultado prático da aquisição de ativos na Holanda (aquisição direta da Exxonmobil BR ou das cooperativas).

-Em 03/10/2008, como uma etapa intermediária na reestruturação societária para constituição das cooperativas, a Exxonmobil BR transfere parte da participação societária na Esso para a Exxonmobil International.

- Nessa mesma data, foram transferidas as quotas de participação na Esso para as cooperativas holandesas Brazil International Holdings Cooperatief U.A. (“BIH”) e a Brazil Holdings Cooperatief U.A. (“BHC”), em estrita observância ao previsto no contrato firmado em 23/04/2008.

- Em 06/10/2008, houve a transformação da COSANPAR em sociedade anônima e o aumento de seu capital social em R\$ 557.378.790,00, integralizado pela Cosan. Neste evento, a Agrícola se retira do investimento na COSANPAR.

- Em 13 e 14/10/2008, houve o registro das cooperativas holandesas BIH e a BHC perante o Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (“CNPJ”) no Brasil.

- Em 07/11/2008, foi realizada Assembleia Geral Extraordinária (“AGE”) para a deliberação dos acionistas da COSANPAR com relação à aquisição das participações societárias representativas da totalidade do capital social das duas sociedades cooperativas sediadas na Holanda, bem como para autorizar ordens de pagamento e remessas para o exterior até o valor de US\$ 989 milhões.

- Em 17/11/2008, houve nova integralização de capital da Cosan na COSANPAR no valor de R\$ 1.149.400.000,00, o que fez com que o saldo final da conta Capital Social da COSANPAR correspondesse a R\$ 1.706.779.790,00.

- Em 21/11/2008, ocorreu a primeira transferência no valor de R\$ 520.385.540,64 da COSANPAR para a Exxonmobil Capital N.V.2 relativa ao pagamento da aquisição das participações nas cooperativas holandesas BIH e BHC.

- Em 25/11/2008, houve a alteração do Contrato de Compra e Venda firmado em 23/04/2008 entre Exxonmobil e Cosan, de forma que esta empresa fosse substituída pela COSANPAR na qualidade de compradora (empresa esta que havia sido constituída pelo Grupo Cosan com a finalidade de aquisição do investimento, conforme demonstrado).

- Nesta mesma data, houve a segunda transferência da COSANPAR para a Exxonmobil Capital N.V. relativa à aquisição das participações societárias nas cooperativas holandesas.

- Em 01/12/2008, são firmados 4 contratos de “Transferência de Participação em uma Cooperativa”, por meio dos quais as participações societárias que a Exxonmobil International e a Exxonmobil BR possuíam nas cooperativas holandesas BIH e BHC foram adquiridas pela COSANPAR e pela Usina, que passam a ser suas controladoras diretas.

- Com efeito, neste momento, a COSANPAR registrou um ágio de R\$ 1.487.009.597,183 gerado pela referida aquisição entre partes independentes e com pagamento em dinheiro.

- Em 04/12/2008, ratificação em AGE de transferências de numerários da COSANPAR à sua controladora Cosan referentes a valores de caixa não utilizados na aquisição do investimento nas cooperativas, bem como autorização para proceder a novas transferências de valores pelo período de seis meses.
- Em 18/12/2008, houve a liquidação das cooperativas holandesas BIH e BHC, em conformidade com a legislação vigente na Holanda, motivo pelo qual a participação na Esso passou a ser registrada diretamente nas empresas brasileiras Usina e COSANPAR como sucessoras legais, desdobrando-se seu custo de aquisição entre patrimônio líquido e ágio nos mesmos montantes registrados na etapa anterior.
- Em 19/01/2009, transformação da Esso de sociedade limitada em sociedade por ações, passando a denominar-se Cosan Combustíveis e Lubrificantes S.A (“COSAN CL”).
- Em 23/06/2009, houve a deliberação sobre a incorporação da COSANPAR pela COSAN CL (antiga Esso – atual Cosan Lubrificantes e Especialidades S.A. “COSAN LE”). Trata-se de incorporação reversa, na qual a sociedade controlada incorpora sua controladora. Neste momento, o ágio pago passou a ser amortizado para fins fiscais, nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.
- Em 01/06/2011, a COSAN LE sofreu cisão parcial, sendo o acervo cindido incorporado pela antiga SHELL (atual Raízen Combustíveis S/A, ora Impugnante).
- Na operação, conforme consta do próprio TVF, “foi transferido para a RAIZEN parte do ágio em investimentos, no valor de R\$ 548.688.506,92, gerado originalmente pela COSANPAR, quando da aquisição, por esta, das participações societárias nas “cooperativas holandesas”, e posteriormente transferido para a COSAN CL, por incorporação reversa” (fl. 31 do TVF).
- Em nenhum momento foi questionada a amortização do ágio em razão da cisão em si mesma, mas tão somente em razão de supostos vícios na origem/formação do ágio quando da aquisição realizada pela empresa COSANPAR.
- O cerne da acusação fiscal está na desqualificação da suposta sociedade veículo (COSANPAR) como real adquirente do investimento, sendo que quem verdadeiramente teria ocupado tal posição, no entendimento da fiscalização, seria a COSAN S/A Indústria e Comércio. Entretanto, em razão da mesma operação, a fiscalização também lavrou auto de infração em razão da suposta ausência de retenção de imposto de renda na fonte, decorrente de ganho de capital auferido por sociedade no exterior - processo nº 16682.720343/2013-25 - qualificando a COSANPAR como a real adquirente do investimento, cuja decisão definitiva já foi proferida pelo CARF no acórdão nº 2201-002.666.
- Isso representa uma flagrante contradição entre as acusações. No caso dos autos a real adquirente do investimento é a COSAN S/A Indústria e Comércio, ou seja, há a desconsideração da COSANPAR (empresa veículo), sucedida pela Cosan Combustíveis e Lubrificantes, cujo acervo cindido foi incorporado pela

impugnante. No caso do processo 16682.720343/2013-25, a premissa fiscal ratificada pelo CARF, é de que a real adquirente do investimento é a COSANPAR. Ou seja, não há a desconsideração da COSANPAR.

- Tal fato reflete a sua ilegitimidade passiva para figurar no polo passivo da presente autuação fiscal e, conseqüentemente, a dos autos de infração.

- Caso não seja acatada a preliminar acima, sendo o ágio a diferença entre o custo de aquisição das participações societárias e o patrimônio líquido da sociedade investida, resta claro que caso o custo de aquisição seja majorado pela inclusão do imposto que supostamente deveria ter sido retido na fonte, conseqüentemente ter-se-á um inevitável aumento do valor do ágio passível de amortização. Assim, a não retenção do IR/Fonte teve influência direta na determinação do valor apurado a título de ágio, o qual, efetivamente, deu-se em valor inferior ao que poderia ter sido registrado no caso de eventual retenção do IR/fonte, que acarretaria no aumento da operação.

- Diante do fato de que o CARF considerou devido o IR/Fonte no processo antes referido, resta clara a necessidade de reajuste do valor da operação, de modo a ser registrado o referido valor como acréscimo ao valor do negócio e, conseqüentemente, ao valor do ágio registrado em sua contabilidade, devendo a autoridade julgadora determinar o reajuste no valor registrado à título de ágio passível de amortização.

- Na época dos fatos (2008 a 2011), a jurisprudência administrativa então majoritária era no sentido de que o aproveitamento fiscal do ágio em casos semelhantes ao presente era legítimo e plenamente válido. Com a edição da Lei nº 13.655, de 2018 (Lei da Segurança Jurídica), que incluiu disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público no Decreto-Lei nº 4.657, de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), impondo à Administração e, conseqüentemente, a esta Turma de Julgamento, a necessidade de considerar as *orientações gerais da época*, entendidas como jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, em suas decisões administrativas (art. 24 do referido Decreto-Lei).

- Para o aproveitamento do ágio, a Lei nº 9.532, de 1997, arts. 7º e 8º, apenas estabeleceu que aquisição da participação societária se desse com ágio, que houvesse absorção do patrimônio da investida em virtude da fusão, cisão ou incorporação (ou a absorção da investidora pela investida, consoante previsão expressa do art. 8º) e que a fundamentação econômica do ágio fosse lastreada em expectativa de rentabilidade futura. Esses requisitos legais foram integralmente cumprido, pois (i) houve a efetiva aquisição das cooperativas holandesas (controladoras da Esso no Brasil), mediante o pagamento integral em dinheiro (21 e 25/11/2008); (ii) foi efetivada a incorporação COSANPAR pela COSAN LE (antiga COSAN CL) - incorporação reversa, nos termos do art. 8º - e (iii) o ágio pago pela COSANPAR foi fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da

companhia investida, conforme estudo interno promovido pelo Banco Morgan Stanley e Laudo de Rentabilidade Futura da KPMG.

- No caso dos autos, somente é questionado o direito à amortização do ágio (inocorrência de confusão patrimonial, empresa veículo, propósito negocial e suposta inexistência do laudo) e, em nenhum momento, questiona o fato de que tal ágio foi vertido à impugnante por meio da cisão parcial, deixando tal questão fora da lide. Inclusive, o próprio autuante, alegando que o ágio é indedutível, reconhece que *com a transferência efetuada, (o ágio) mantêm sua natureza e características originais.*

- A operação não buscou nenhuma economia tributária que não ocorreria se a aquisição das cooperativas holandesas se verificasse de outras maneiras, sendo a utilização da COSANPAR uma opção estritamente negocial do Grupo Cosan.

- Assim, caso a aquisição se desse na forma original (i) adquirentes Cosan e Usina; (ii) vendedores Exxonmobil International e ExxonMobil BR e (iii) adquiridas BIH e BHC (cooperativas), não haveria nenhum benefício fiscal diferente do que foi efetivamente verificado. Na verdade, o Grupo Cosan obteria maiores benefícios do que aqueles alcançados com a criação da COSANPAR e a segregação do investimento, pois, nos anos anteriores à operação, a COSAN acumulava prejuízos fiscais e bases de cálculo negativa de CSLL, os quais seriam passíveis de compensação com os lucros gerados pela COSAN LE caso tivesse sido incorporada diretamente por aquela empresa.

- As razões da criação da COSANPAR teve como principal objetivo permitir a aquisição e a administração desse novo investimento de forma apartada dos demais ativos do Grupo (essencialmente no setor sucroenergético), não impactando os outros negócios desenvolvidos pela Cosan, além disso a necessidade que se teria de observar as regras da Comissão de Valores Mobiliários para a operação, o que poderia implicar, inclusive, na abertura do capital da Esso em um momento indesejado pelo Grupo.

- Caso a aquisição das cooperativas holandesas tivesse sido efetuada diretamente pela COSAN e depois efetuada a sua cisão, vertendo a parcela correspondente ao patrimônio da Esso, ainda haveria o encontro do investimento com ágio pago pela participação societária, possibilitando, conseqüentemente, a amortização do ágio pago.

- Uma terceira alternativa que poderia ter sido adotada pelo Grupo Cosan, caso o intuito fosse apenas a amortização fiscal do ágio na aquisição das cooperativas holandesas, seria a implantação de reorganização societária verificada em quase a totalidade das privatizações ocorridas no Brasil, em que o investimento adquirido com ágio seria integralizado em qualquer empresa operacional do Grupo Cosan, a qual, posteriormente, seria incorporada pela empresa adquirida, procedimentos admitidos como válidos nas empresas Vivo S/A (acórdão nº 1101-00.354) e Tele Norte Leste Participações S/A (Acórdão nº 1301-000.711).

- Uma quarta hipótese à criação da COSANPAR, seria a aquisição das cooperativas holandesas por intermédio de uma das empresas operacionais do Grupo Cosan já existentes antes da aquisição, a qual poderia ser capitalizada pela Cosan para essa finalidade e, posteriormente, a incorporação reversa e a amortização do ágio, nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

- Como demonstrado, haveria formas alternativas de se realizar a operação em comento, as quais conduziram ao mesmo resultado fiscal que foi obtido com as operações questionadas nos autos de infração originários do presente processo administrativo.

- Em relação ao propósito negocial para a constituição da COSANPAR, afirma que, sendo a maior empresa do Brasil e uma das maiores do mundo no setor sucroenergético, buscou ampliar seu leque de atividades, iniciando no ano de 2008 negociações com o Grupo Exxonmobil, que culminou com a aquisição de duas cooperativas na Holanda e, por conseguinte, os seus ativos no Brasil.

- Tratando-se a magnitude da negociação que estava em curso, a complexa transição que se seguiria e a opção do Grupo Cosan em manter seus investimentos no setor de combustíveis e lubrificantes derivados de petróleo separados do restante das empresas do grupo, verificou-se a necessidade de criar uma estrutura administrativa apartada. Assim, a COSANPAR foi criada com o objetivo de ser a estrutura administrativa que daria suporte às atividades desenvolvidas pela COSAN LE (posteriormente, parcialmente cindida).

- Durante a fase de transição a COSANPAR contratou cerca de 100 empregados, os quais receberam treinamento e, após a conclusão do negócio, passaram a atuar nas atividades de atendimento a clientes, contas a pagar, contas a receber, informática, controladoria, entre outras atividades. Por isso, não poderia ser uma mera empresa sem propósito negocial.

- A COSANPAR foi devidamente constituída, permanecendo ativa por um ano e três meses, o que de modo algum pode ser considerado um curto espaço de tempo (ou vida efêmera), como quer fazer crer a fiscalização.

- A COSANPAR foi constituída também por necessidade de transparência no projeto de aquisição, assegurando assim os direitos dos antigos e novos investidores do Grupo, pois, desde 2005, tinha aberto seu capital, estando listada no segmento especial de listagem denominado Novo Mercado da Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros BM&FBOVESPA S/A.

- Caso houvesse a aquisição direta das cooperativas holandesas, muitos gastos efetuados estariam pulverizados nos gastos incorridos pelo próprio Grupo na consecução de suas atividades, tornando o trabalho de separá-los muito mais difícil e aumentando a possibilidade de imprecisões.

- A COSANPAR também foi criada com o objetivo de atrair investidores com *KNOW HOW* no ramo de combustíveis e auxiliasse no desenvolvimento da COSAN LE por intermédio dessa *expertise*, sem que tivesse influência nos demais negócios

do Grupo, não chegando a se concretizar nenhum acordo, motivo pelo qual foi decidida a incorporação da COSANPAR pela COSAN LE para simplificação da sua estrutura societária e que, posteriormente, foi parcialmente cindida e tal parte resultou na impugnante.

- Somente em 2011 foi que conseguiu entrar em acordo com a SHELL, com a qual uniu suas operações (com a criação da impugnante) e concretizou o planejamento realizado pelo Grupo em 2008, quando da criação da COSANPAR.

- Deve-se observar que, em diversas operações, a constituição de uma *sociedade veículo* é indispensável para que se obtenha o propósito negocial pretendido, exatamente como ocorreu no presente caso, tendo em vista que a COSANPAR foi fundamental para os objetivos estratégicos do Grupo Cosan, pois, apesar dos questionamentos do autuante, deve-se ter em conta que a existência dessas empresas não é suficiente para que se infirme a validade de uma operação que culmine na amortização fiscal do ágio, nos termos da recente jurisprudência administrativa, conforme se observam em diversos acórdãos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

- Não houve a intenção de ocultar ou simular intenções no presente caso. Pela definição estatuída no art. 167 Código Civil, haverá simulação sempre que um ato apresenta vontade diferente da aparentemente manifestada, o que não se verifica no presente caso, já que todos os atos executados pela Impugnante e seu Grupo tinham o intuito de clareza hialina: (i) adquirir ativos do Grupo Exxonmobil na Holanda; (ii) administrar os ativos adquiridos separados dos outros negócios do Grupo Cosan; (iii) dar maior transparência ao processo de aquisição e (iv) possibilitar a entrada de um investidor com *expertise* específica no setor de derivados de petróleo.

- Além disso, os efeitos fiscais, que seriam o único objetivo para a criação da COSANPAR segundo a fiscalização, poderiam ser obtidos com outras estruturas como já evidenciado na presente defesa.

- A simulação não se presume e não se prova por meio de indícios. Ela deve ser efetivamente comprovada, sob pena de, com isso, infringir-se todo o fim pretendido pelo legislador ao dispor sobre a interpretação e a integração da legislação tributária, constante nos arts. 107 a 112 do Código Tributário Nacional.

- Tanto que o autuante não lançou a multa qualificada nos autos do presente processo, bem como no julgamento que resultou o Acórdão nº 1402-002.090 - processo nº 16682.721208/2012-16 (COSAN LE), utilizado como fundamento da presente autuação, o voto foi no sentido de que as operações que originaram o ágio em comento eram legítimas à época dos fatos à luz da jurisprudência do CARF, o que ensejou o cancelamento da multa qualificada.

- As operações realizadas pelo Grupo Cosan foram efetuadas de forma transparente e pública, dentro da liberdade que os contribuinte possuem para organizar seus negócios jurídicos da melhor forma, como afirma Pontes de

Miranda, para quem o direito privado outorga aos homens e às pessoas jurídicas considerável parcela de poder para a constituição de negócios jurídicos, numa auto-regramento da vontade.

- Quanto ao Laudo de Rentabilidade Futura, questionado pelo autuante por ter sido emitido após a realização das operações, a legislação e a jurisprudência administrativa aceitam porque a o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, não define a forma ou o momento em que o laudo deveria ser elaborado, tampouco exigia a existência de um laudo formal. No caso concreto, embora o Laudo seja datado de 03/06/2009 (Doc. 04), tem como data base 30/11/2008. Além disso, em janeiro de 2008, previamente a realização dos negócios, o Banco Morgan Stanley elaborou estudos internos que demonstram a expectativa de rentabilidade futura (doc. 03).

- Somente com a edição da Medida Provisória nº 627, de 11 de novembro de 2013, convertida na Lei nº 12.973, de 2014, foram introduzidos requisitos e prazos para a apresentação de laudo, determinando que o laudo seja elaborado por perito independente, protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do décimo terceiro mês subsequente ao da aquisição da participação.

- Também não prospera o argumento de que não teria ocorrido confusão patrimonial, por não ter o evento de incorporação se verificado entre investidor (o real adquirente, Cosan) e a Esso (investida), pois suposto requisito não se encontra positivado nas normas tributárias como condição para o aproveitamento do aludido benefício de amortização fiscal do ágio.

- O instituto da *confusão patrimonial* existe no ordenamento jurídico brasileiro, mas não possui qualquer relação com o aproveitamento fiscal do ágio decorrente de operações societárias. Trata-se de instituo inserido no contexto de desconsideração da personalidade jurídica nos casos de abuso, em que os bens e recursos da pessoa jurídica e de seus sócios se confundem, art. 50 do CC.

- No caso dos autos, conforme disposto no art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, o requisito legal para o aproveitamento do ágio é a absorção do patrimônio da pessoa jurídica adquirida em virtude de incorporação, fusão ou cisão (ou a absorção reversa do patrimônio da investidora pela investida), o qual foi integralmente cumprido no caso concreto, em que houve a incorporação reversa da COSANPAR pela COSAN LE seguida de cisão dessa empresa com a incorporação da parcela cindida pela Impugnante.

- Quando a COSANPAR adquiriu, por meio das Cooperativas Holandesas, participação societária na ESSO, registrando um ágio devidamente pago, fundamentado na expectativa de rentabilidade futura e, posteriormente, sendo incorporada pela sua controlada, ocorreu a absorção do investimento e do ágio pela COSANPAR (confusão patrimonial), possibilitando o início da amortização fiscal do ágio, o que foi vertido quando da cisão relacionada.

- Não se pode aceitar as alegações de ausência de propósito comercial da suposta empresa veículo COSANPAR, pois não há dúvidas de quem teve o dispêndio econômico foi a COSANPAR, devidamente constituída e registrada nos órgãos públicos, além de ser operacional com mais de 100 funcionários.

- O Fisco não pode adentrar na liberdade de auto-organização dos contribuintes, que sempre foi tida como resultado das garantias asseguradas por diversos princípios constitucionais e amplamente aceito pela jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

- A multa isolada somente poderia ter sido exigida caso o Fisco verificasse a falta de recolhimento dos tributos, ou recolhimento insuficiente, com base nas estimativas mensais antes do término do ano-calendário, conforme reiteradas decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, corroboradas pela Súmula 82.

- Inexiste previsão legal para a adição à base de cálculo da CSLL da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização, pois o art. 2º e §§ da Lei nº 7.689, de 1988, não elencou, como hipótese de adição ao lucro líquido, o valor correspondente à amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial. O art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995, é inaplicável ao caso, pois determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ, entendimento já manifestado, inclusive, pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, Acórdão nº 9101-002.310).

- Caso o mérito da impugnação seja julgado improcedente, há equívocos no lançamento que devem ser sanados, pois o autuante desconsiderou a compensação de prejuízos fiscais de períodos anteriores, no valor de R\$ 102.305.332,16, declarado na DIPJ/2014. Tal equívoco confirma-se em comparação ao lançamento da CSLL, no qual a autoridade fiscal manteve a compensação da base de cálculo negativa da CSLL de períodos anteriores.

Por fim, o impugnante requer (i) que seja reconhecida sua ilegitimidade passiva, diante da configuração da COSANPAR como a real adquirente para fins de cobrança do IRRF; (ii) subsidiariamente, que se determine o reajuste o reajuste no valor do ágio diante da manutenção do lançamento fiscal em controle no processo nº 16682.720343/2013-25 e a imediata aplicação ao previsto no art. 24 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942 (LINDB); (iii) na remota hipótese dos pedidos anteriores não serem acolhidos, o reconhecimento da validade da amortização fiscal do ágio realizado, cancelando integralmente os autos de infração lavrados; (iv) caso não sejam cancelados os autos de infração, que seja reconhecida a impossibilidade de exigência da CSLL sobre a amortização do ágio, por falta de previsão legal; a exoneração da multa isolada em razão da alegada falta de recolhimento das estimativas, e os ajustes na base de cálculo do lançamento fiscal de IRPJ, em virtude do erro cometido pelo autuante.

No que pertine à operação societária da qual resultou o ágio, o TVF informa que as despesas relacionadas à sua amortização, resultantes da aquisição de participação societária pela Cosanpar Participações Ltda (“COSANPAR”), considerada empresa veículo – que foi posteriormente incorporada pela empresa atuada – são consideradas não dedutíveis. Isso ocorre porque a operação foi parte de uma reestruturação societária que supostamente envolveu a criação de uma empresa veículo sem um propósito comercial real. O Fisco entendeu que essa série de operações configurou uma simulação, caracterizando abuso de direito ao exceder os limites do objetivo econômico, da função social e da boa-fé objetiva do contrato societário, com o intuito de violar a legislação tributária.

A suposta simulação e irregularidade teriam ocorrido na aquisição das participações societárias na Esso Brasileira de Petróleo Ltda. pelo grupo COSAN. O ágio foi justificado pela expectativa de rentabilidade futura. A Cosanpar Participações S.A., sendo uma entidade de curta duração, teria sido utilizada como veículo para possibilitar a dedução das despesas de amortização do ágio nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Segundo a autoridade fiscal, se a aquisição tivesse sido realizada como um investimento direto, a empresa não poderia ter usufruído do benefício tributário da amortização do ágio, já que essa despesa não é dedutível em circunstâncias normais.

A DRJ manteve os lançamentos e julgou improcedente a impugnação, em decisão assim ementada (fls. 1959/2023):

ASSUNTO: IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano de 2014.

IRPJ/CSLL - TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL. AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR MEIO DE EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO POR INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DE INVESTIMENTO EM PATRIMÔNIO DE INVESTIDORA ORIGINAL. Para dedução tributária de amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que ocorra operação de incorporação entre investida e pessoa jurídica que adquiriu participação. Não há autorização legal de dedução se o investimento que deu origem ao ágio subsistir em patrimônio de investidora original.

IRPJ/CSLL - MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA CUMULADA COM MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO. É cabível exigência de multa isolada, decorrente de falta de pagamento de estimativas mensais, em concomitância com multa de ofício, decorrente de falta de pagamento de IRPJ e CSLL devidos ao final do ano.

LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO - LINDB.

É inaplicável ao processo administrativo fiscal o artigo 24 do Decreto-Lei 4.657/42.

ERRO EM APURAÇÃO DE BASE DE CÁLCULO DE IRPJ. Não há erro em apuração de base de cálculo de IRPJ. Cálculos demonstram correção de valores.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido.

Irresignada, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 2033/2145), em que reitera e repete os fundamentos apresentados em impugnação e que se encontram acima elencados, controvertendo adicionalmente a nulidade do acórdão recorrido, por entender que houve omissão, vício de fundamentação e inovação indevida da decisão da DRJ, uma vez que “(i) inovou quanto aos fundamentos do lançamento fiscal; e (ii) deixou de analisar argumentos/documentos de defesa acostados à Impugnação que infirmam as conclusões que foram indevidamente alcançadas no julgamento”.

Em 09/01/2025, a recorrente protocolou petição de fls. 2286/2289, em que apresenta o resultado do julgado do **RECURSO ESPECIAL** no Processo Administrativo nº 16682.722247/2017-45, que tratou da mesma matéria e analisou a mesma operação (naquele caso, referente ao ano-calendário de 2012). Informa que a Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, **DEU PROVIMENTO PARCIAL** ao Recurso Especial apresentado por COSAN LUBRIFICANTES E ESPECIALIDADES S.A. (“COSAN LE”), para cancelar a glosa da despesas de amortização de ágio decorrentes de operações societárias realizadas pelo Grupo Cosan para aquisição de cooperativas holandesas, as quais detinham participação na Esso Brasileira de Petróleo Ltda. (“ESSO”).

Anexa a referida decisão da 1ª Turma da CSRF, com a seguinte conclusão:

Relator(a): HELDO JORGE DOS SANTOS PEREIRA JUNIOR

Processo: 16682.722247/2017-45

Recorrente(s): FAZENDA NACIONAL/ COSAN LUBRIFICANTES E ESPECIALIDADES S.A

ACÓRDÃO 9101-007.244

Decisão: Acordam os membros do colegiado em: (i) quanto ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, por unanimidade de votos, conhecer do recurso; **(ii) relativamente ao Recurso Especial do Contribuinte: (a) por unanimidade de votos, conhecer da matéria “amortização de ágio” - englobando as matérias “2 - efetiva confusão patrimonial entre investidora e investida/ improcedência da tese do real adquirente” e “3 - impossibilidade da invalidação do ágio por suposta utilização de empresa veículo”, da matéria “amortização de ágio na base de cálculo da CSLL” e da matéria “multa isolada concomitante”; e (b) por maioria de votos, não conhecer da matéria “multa isolada após encerramento do exercício”, vencida a Conselheira Edeli Pereira Bessa que votou pelo conhecimento. No mérito, acordam em: (i) quanto ao recurso da Fazenda Nacional, por unanimidade de votos, negar-lhe provimento; e (ii) relativamente ao recurso do Contribuinte: **(i) quanto à matéria “amortização de ágio”, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso, com retorno ao colegiado a quo para exame de fundamento autônomo relativamente à exigência de laudo, vencidos os Conselheiros Edeli Pereira Bessa e Guilherme Adolfo dos Santos****

Mendes que votaram por negar provimento; (ii) no que diz respeito à matéria “amortização de ágio na base de cálculo da CSLL”, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior (relator), Luis Henrique Marotti Toselli e Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic que votaram por dar provimento; e (iii) relativamente à matéria “multa isolada concomitante”, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Fernando Brasil de Oliveira Pinto que votaram por negar provimento. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Edeli Pereira Bessa. Votaram pelas conclusões: quanto ao conhecimento da matéria “amortização de ágio na base de cálculo da CSLL” e ao mérito do recurso da Fazenda Nacional, a Conselheira Edeli Pereira Bessa; relativamente ao mérito da matéria “amortização de ágio”, os Conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado e Fernando Brasil de Oliveira Pinto; e quanto ao voto vencedor da matéria “amortização de ágio na base de cálculo da CSLL”, o Conselheiro Jandir José Dalle Lucca. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado. Fez sustentação oral, a patrona do Contribuinte, Drª Ana Paula Schincariol Lui Barreto, OAB/SP 157.658.

Apresenta o seguinte quadro do resultado de julgamento:

| Conselheiro(a) | Tema - Ágio |
|--|--------------------------|
| Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente da 1ª Seção) | Provimento |
| Edeli Pereira Bessa | Negado Provimento |
| Guilherme Adolfo dos Santos Mendes | Negado Provimento |
| Luiz Tadeu Matosinho Machado | Provimento |
| Jandir José Dalle Lucca | Provimento |
| Luis Henrique Toselli | Provimento |
| Maria Carolina Kraljevic | Provimento |
| Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior (Relator) | Provimento |
| Resultado | 6x2 - Favorável |

A recorrente também apresenta decisão da 12ª Turma da 9ª Delegacia Regional de Julgamento da Receita Federal do Brasil (“DRJ 09”) no Processo Administrativo nº 16682.721207/2022-43, juntando-a aos autos (Acórdão nº 109-021.418, de 18/04/2024) e onde informa ter sido dado provimento à Impugnação apresentada pela COSAN LE para cancelar a glosa das despesas de amortização do mesmo ágio aqui discutido (sendo que na decisão da DRJ se discute o ágio amortizado nos anos-calendários de 2017 e 2018).

Aduz que, restou decidido pela DRJ 09 que:

(i) “a criação da COSANPAR não teve como único motivo a economia tributária, pois essa mesma economia poderia ter sido obtida regularmente de outras formas” (fls. 42 do Acórdão n.º 109-021.418). Mais especificamente, o mesmo resultado seria alcançado se a ESSO fosse adquirida diretamente pela COSAN S.A., tida como “real adquirente” na acusação fiscal (fls. 41 e 42 do Acórdão n.º 109-021.418);

(ii) “não é cabível nem mesmo a configuração da COSANPAR como empresa veículo uma vez que a impugnante demonstrou que a sua criação tinha propósito econômico/negocial” (fls. 46 do Acórdão n.º 109-021.418); e

(iii) “a legislação tributária aplicável ao caso não trazia exigências quanto a forma do documento que comprovaria o fundamento econômico do ágio”, bem como “toda a fundamentação utilizada no TVF para rejeitar a amortização do ágio se ampara na indevida utilização de empresa veículo” (fls. 36 do Acórdão n.º 109-021.418).

Ao final de sua petição, aduz que, “considerando (i) a decisão proferida pela 1ª Turma da CSRF no Processo Administrativo n.º 16682.722247/2017-45 e (ii) a decisão proferida pela DRJ 09 no Processo Administrativo n.º 16682.721207/2022-43, a Recorrente ratifica os argumentos aduzidos no seu Recurso Voluntário e pleiteia seu provimento”.

É o relatório.

VOTO

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

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos para ser parcialmente conhecido. A contribuinte foi intimada da decisão de 1ª instância em 18/06/2019 (certidão de fls. 2029) e protocolou Recurso Voluntário em 15/07/2019 (certidão de fls. 2032), tendo tomado conhecimento do julgamento anteriormente.

Destaco que o presente julgamento é realizado em conjunto com o Processo 16682.720715/2019-17, que versa sobre os mesmos fatos e abrange o mesmo ano-calendário, diferenciando-se apenas em relação aos meses.

DAS PRELIMINARES

NULIDADE DO ACÓRDÃO POR INOVAÇÃO DO CRITÉRIO JURÍDICO

A recorrente alega que o acórdão da DRJ teria inovado quanto à alegada intempestividade do laudo de rentabilidade futura, uma vez que o TVF fez menção ao laudo da KPMG que seria intempestivo, porquanto posterior à transação, enquanto a decisão recorrida

teria utilizado como razões de decidir os fundamentos do acórdão nº 1402-003.701 (fls. 7.190/7.214 dos autos), o qual adentrou sobre a análise de outro estudo do negócio, que fora elaborado pelo Banco Morgan Stanley (DOC. da Impugnação), e que serviu de fundamento prévio para a contribuinte realizar a operação em questão.

A DRJ adentrou na análise do referido estudo, que não fora objeto do TVF, mas que foi controvertido na impugnação, tendo aquele colegiado de 1ª instância concluído que *“o fato de referido documento trazer em sua primeira página a citação 'January 18 2008' não permite concluir que ele seja anterior ou contemporâneo à aquisição ou mesmo que se refira a avaliação da investida, vez que, além de redigido em língua estrangeira, inexistente qualquer especificação do que representaria o dito 'Project Marlin'”*.

A recorrente suscita que tal análise foi indevida, porque o fundamento não consta do TVF, o que representaria inovação ao lançamento, conforme defende.

Entendo que tal linha argumentativa não procede, uma vez que o tema relacionado ao estudo do Banco Morgan Stanley foi parte da defesa da contribuinte, para confirmar seu entendimento de que não foi apenas o laudo da KPMG (aquele trazido no TVF) que serviu de fundamento econômico para a transação, mas que o referido estudo também demonstraria a licitude da operação e as razões que levaram a companhia a promover as aquisições societárias em questão.

Não há inovação alguma do TVF, apenas se trata de razões de decidir por meio das quais a DRJ afastou o elemento de prova trazido na impugnação. Caso não se manifestasse em relação a tal ponto, seria omissa quanto ao dever de motivar e fundamentar o acórdão.

Afasto a preliminar de nulidade nesse ponto.

NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA POR ALEGADA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO E MOTIVAÇÃO

Antes de adentrar à análise das demais matérias, importa verificar a prejudicial trazida no recurso que controverte a nulidade do acórdão da DRJ por alegada preterição ao direito de defesa, sob o fundamento de que foi prolatada com ***“(i) omissão quanto aos elementos que comprovam a existência de propósito comercial no caso concreto e a substância da COSANPAR, (ii) contradição/omissão quanto à jurisprudência do CARF acerca das empresas veículo, (iii) omissão sobre a contradição fiscal à tese do real adquirente, (iv) omissão quanto à impossibilidade de se aplicar a teoria do propósito comercial, (v) omissão quanto à impossibilidade de exigência de multa isolada e equívocos quanto à impossibilidade de exigência da multa à apuração do montante devido a título de multa isolada exigida, relativamente ao IRPJ, (vi) omissão quanto à inexistência de previsão legal para a adição à base de cálculo da CSLL da despesa com a amortização do ágio considerada indedutível pela fiscalização, e (vii) omissão quanto à necessidade de se observar os comandos da LINDB”***.

Sem razão a recorrente, porquanto a decisão da DRJ objetivamente fundamenta suas razões de decidir com elementos de motivação que infirmam todas as teses trazidas pela contribuinte na peça recursal. Não obstante, a parte se insurge por entender ser necessário tecer a minúcias, ponto a ponto, linha a linha, seu arrazoado de defesa, hipótese que não encontra guarida na processualística brasileira.

Com efeito, o motivo determinante para a DRJ afastar a tese do aproveitamento do ágio foi a utilização de empresa veículo tratada sem propósito negocial, tendo aquela turma julgadora pormenorizado todas as operações que envolveram o ágio no caso em análise e concluído pela improvemento da impugnação.

Não é necessário transcrever a decisão recorrida, pois os temas foram enfrentados, com a devida motivação e fundamentação. Assim, inexistente qualquer cerceamento ao direito de defesa da contribuinte, ao contrário, a decisão é clara ao afastar as operações societárias trazidas.

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

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

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

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

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

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

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

5. Embargos de declaração rejeitados.

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

Observe-se precedentes do CARF neste sentido:

ASSUNTO: IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA

Anos-calendário: 2002 e 2003

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - DEFESA DO CONTRIBUINTE - APRECIÇÃO

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

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

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

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

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012

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

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

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

Evidencio, ainda, que os temas tratados se confundem com o mérito da própria autuação, a qual foi analisada pela primeira instância. O único ponto dissonante diz respeito à análise da preliminar de mérito suscitada na impugnação que trata da pretensa inobservância dos comandos da LINDB, a qual realmente não foi devidamente fundamentada pela instância de piso, ainda que expressamente conste na ementa o seu afastamento.

A recorrente tenta desconstituir o acórdão recorrido em relação a tal omissão, contudo, deve-se esclarecer que essa matéria é objeto da Súmula CARF 169, de caráter vinculante, a qual afasta a LINDB da aplicação no processo administrativo fiscal, a saber:

Súmula CARF nº 169

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

(Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

Não faz sentido algum determinar o retorno dos autos para apreciação dessa matéria, que é objeto de súmula vinculante a todos os órgãos do Ministério da Fazenda, alcançando tanto a DRJ quanto o CARF. Portanto, pelo princípio da instrumentalidade das formas e por não evidenciar defesa possível da interessada em razão da súmula em questão, afasto a alegação de cerceamento ao direito de defesa, por não observar nulidade de possível reconhecimento.

Processo é instrumento e, como tal, deve ser útil, objetivo e eficiente, razão pela qual não há como determinar o retorno para novo julgamento da DRJ a fim de apreciar matéria sumulada, de aplicação obrigatória que é contrária aos fundamentos trazidos no recurso.

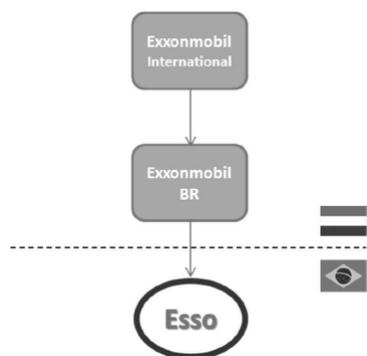
Assim, afasto as nulidades em questão.

NO MÉRITO

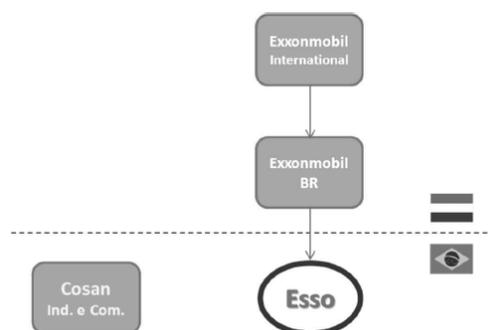
DAS OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS QUE GERARAM O ÁGIO EM QUESTÃO

Faz-se necessário compreender as operações societárias que geraram o ágio em questão, a fim de verificar a pretensa artificialidade indicada no relato fiscal.

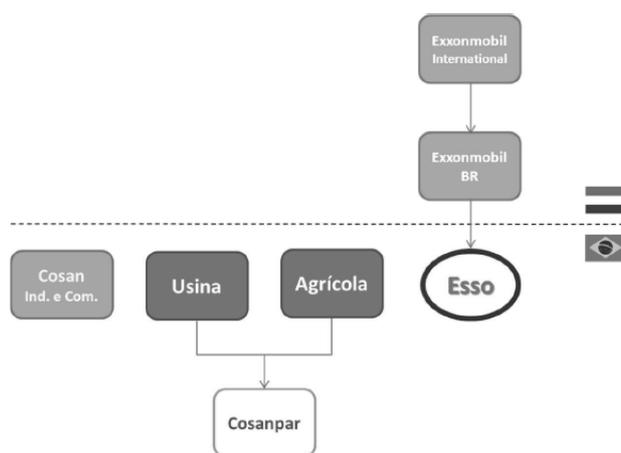
Importa registrar que as operações ocorreram entre grupos econômicos distintos. De um lado, tem-se a empresa alvo, no caso, a companhia ESSO (Esso Brasileira de Petróleo Ltda.), que era a empresa operacional do ramo de combustíveis a qual foi objeto do investimento em questão. Tal companhia situava-se no Brasil, mas era originariamente controlada por um grupo holandês, no caso, o GRUPO EXXONMOBIL, formada pela sociedade holandesa Exxonmobil Brazil Holdings B.V. (Exxonmobil BR – também situada na Holanda), a qual era controlada pela Exxonmobil International Holdings B.V. (Exxonmobil International). Apenas a ESSO situava-se no Brasil, com operação regular, seguindo o seguinte desenho societário:



De outro lado, tem-se o Grupo COSAN, atuante no Brasil no setor sucroalcooleiro, formado por sua *holding* operacional Cosan S/A Indústria e Comércio (COSAN), que decidiu fazer investimentos no setor de combustíveis e lubrificantes de petróleo. Decidiu, então, adquirir parte do Grupo EXXONMOBIL (a fim de controlar no Brasil a ESSO), porém, até 2008, os grupos não tinham negócios comuns. De fato, eram grupos econômicos distintos e não há no presente caso nenhum tipo de análise de ágio interno, tratando-se de operações societárias realizadas entre empresas independentes, a saber:



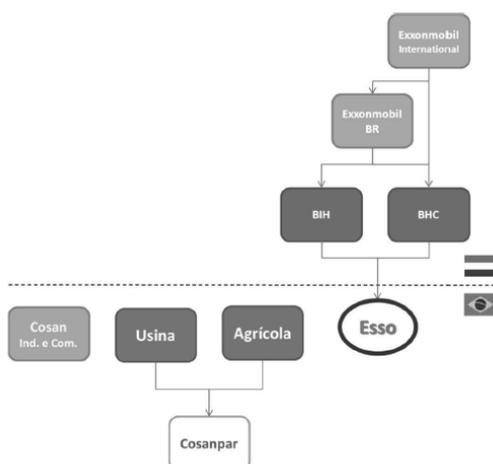
Para que as operações ocorressem, o Grupo COSAN utilizou de duas de suas controladas no Brasil para constituírem uma empresa para centralizar o investimento. As companhias em questão (integrantes do Grupo COSAN) eram Usina da Barra S/A Açúcar e Alcool (USINA) e Agrícola Ponte Alta S/A (AGRÍCOLA), as quais constituíram em 19/03/2008 uma empresa de participações (*holding*) denominada COSANPAR (Cosanpar Participações Ltda.), que passaria a titularizar os investimentos do Grupo COSAN na área de petróleo, mediante a compra posterior do negócio ESSO:



As operações para aquisição do negócio ESSO passaram a ocorrer em 23/04/2008, através de contrato de compra e venda inaugural firmado pela COSANPAR como compradora e pelas empresas holandesas do grupo EXXONMOBIL, que atuavam regularmente desde a década de 1990.

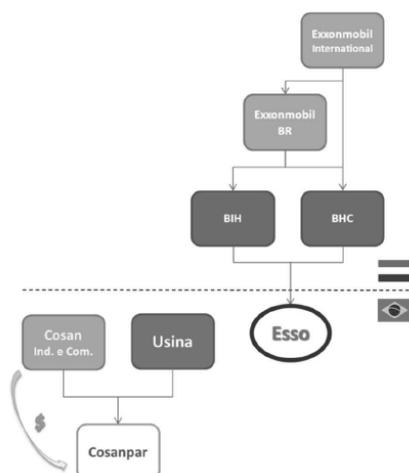
Em razão de possíveis contingências das empresas estrangeiras com outros negócios não envolvidos na operação, o contrato previa a segregação total do negócio ESSO, que deveria passar a ser controlado por duas cooperativas a serem criadas pelo Grupo EXXONMOBIL. Esse seria o passo inicial a ser realizado, a fim de que se tornasse juridicamente viável e seguro.

Assim, após organizações societárias das empresas holandesas, foram criadas as cooperativas previstas na contratação, quais sejam, a Brazil International Holdings Cooperatief U.A. (BIH) e a Brazil Holdings Cooperatief U.A. (BHC), que passaram a titularizar os ativos da ESSO em 03/10/2008, com a seguinte configuração:



Note-se que, até então, a ESSO brasileira continuava sob controle do Grupo EXXONMOBIL (Holanda), enquanto a COSANPAR aguardava a conclusão da organização societária para realizar o investimento.

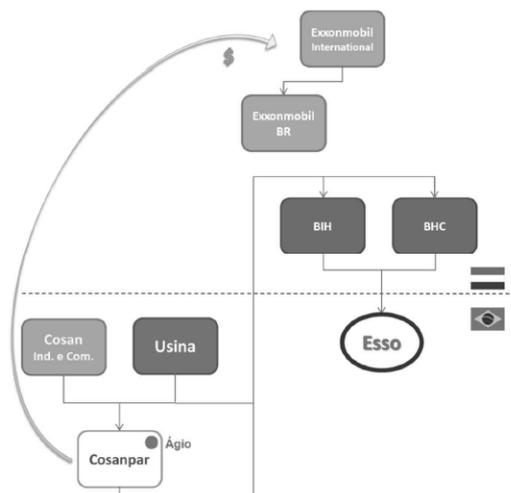
Assim, considerando a estruturação do negócio na Holanda, o ato seguinte foi a COSANPAR se estruturar no Brasil para efetuar a transação. Alguns eventos ocorreram para tanto: (a) a AGRÍCOLA se retirou para o ingresso da COSAN Indústria e Comércio, (b) a empresa se transformou em sociedade anônima e (c) foi realizado o aumento de capital de R\$ 557.378.790,00 em 06/10/2008.



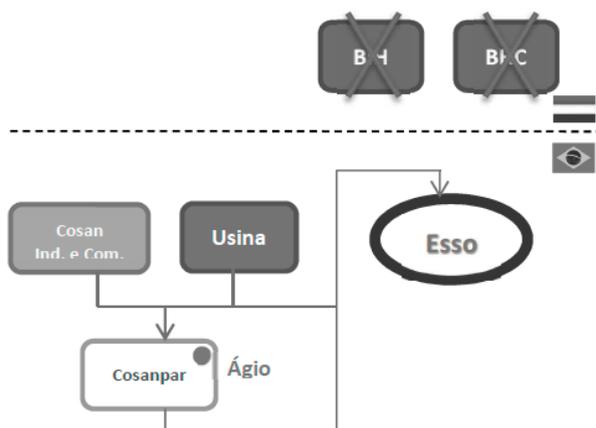
Em 13 e 14/10/2008, as cooperativas holandesas BIH e BHC (controladoras da ESSO brasileira) registraram-se no Brasil com respectivos CNPJs, tendo a COSANPAR recebido novo aumento de capital para concluir a transação em 17/11/2008, no valor de R\$ 1.149.400.000,00, o qual se somou ao aporte anterior para totalizar um capital social da COSANPAR de R\$ 1.706.779.790,00.

Os fatos seguintes dizem respeito ao Grupo COSAN para aquisição das cooperativas holandesas (BIH e BHC), a fim de deter integralmente o controle da ESSO no Brasil. Após os respectivos pagamentos, em 01/12/2008, foram firmados 4 contratos de "Transferência de Participação em uma Cooperativa", a partir dos quais o controle das cooperativas holandesas BIH e BHC, antes detido pelas companhias estrangeiras do Grupo EXXONMOBIL (Exxonmobil International e a Exxonmobil BR), passaram à COSANPAR.

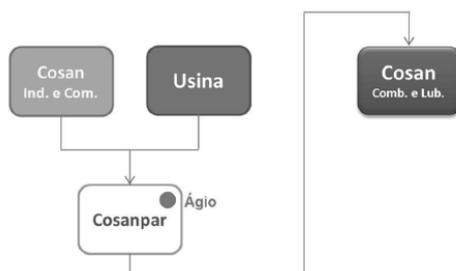
Nesse instante, a COSANPAR registra ágio de R\$ 1.487.009.597,18 pela expectativa de rentabilidade futura (posteriormente reajustado para R\$ 1.393.821.218,31), a saber:



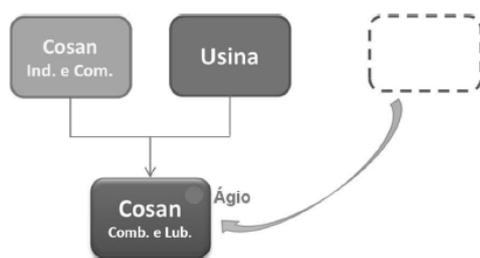
Registre-se que as cooperativas holandesas (BIH e BHC) foram liquidadas em seguida (18/12/2008), de forma que o controle da ESSO passou ser direto do Grupo COSAN no Brasil. O ágio manteve-se na COSANPAR, como ocorrera anteriormente.



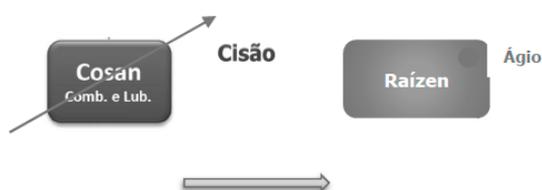
Os fatos seguintes dizem respeito à transformação da ESSO sociedade por ações em 19/01/2009, quando passou a denominar-se COSAN CL (Cosan Combustíveis e Lubrificantes S.A.) e, ao final das operações, o controle total do negócio ficou consolidado na COSANPAR, detentora do ágio e titular da antiga ESSO (agora COSAN CL).



Ao fim da organização, em 23/06/2009, foi realizada a aquisição reversa da COSANPAR pela COSAN CL (antiga ESSO), que passou a amortizar o ágio por se tornar sua sucessora.



Essa é a formação do ágio na COSAN CL (antiga ESSO). Ocorre que tal companhia sofreu cisão parcial em 01/06/2011 (dois anos após as operações do Grupo COSAN). Seu acervo foi cindido e incorporado pela contribuinte/recorrente RAIZEN (Raizen Combustíveis S/A, antiga SHELL), tendo-lhe sido transferido parte do ágio em investimentos de R\$ 548.688.506,92 (oriundo no negócio ora demonstrado, originado na COSANPAR e posteriormente transferido para a COSAN CL).



São essas as premissas das operações societárias que geraram o ágio em questão, que se encontram controvertidos no TVF e explicados no Recurso Voluntário. A decisão da DRJ traz, ainda, o Anexo I com os eventos societários relevantes, que complementam as informações trazidas nesse voto, a saber:

ANEXO 1

- | | |
|------------|--|
| 19/03/2018 | constituição da COSANPAR pelos sócios Usina da Barra S/A e Agrícola Ponte Alta S/A. |
| 23/04/2018 | firmado contrato de compra e venda entre as sociedades Exxonmobil Holdings e Exxonmobil BR, na qualidade de Vendedoras (“Fornecedoras”), e Cosan e Usina, como Compradoras, cujo objeto era a aquisição de todas as participações em duas cooperativas que seriam criadas em conformidade com a legislação dos Países Baixos, e que deteriam 100% das ações da Esso. |
| 06/10/2018 | transformação da COSANPAR em sociedade anônima e o aumento de seu capital social em R\$ 557.378.790,00, integralizado pela Cosan. Neste evento, a Agrícola Ponte Alta se retira do investimento na COSANPAR. |

- 07/11/2008 realização de Assembleia Geral Extraordinária (“AGE”) para a deliberação dos acionistas da COSANPAR com relação à aquisição das participações societárias representativas da totalidade do capital social das duas sociedades cooperativas sediadas na Holanda, bem como para autorizar ordens de pagamento e remessas para o exterior até o valor de US\$ 989 milhões.
- 17/11/2008 nova integralização de capital da Cosan na COSANPAR, no valor de R\$ 1.149.400.000,00, o que fez com que o saldo final da conta Capital Social da COSANPAR correspondesse a R\$ 1.706.779.790,00.
- 21/11/2008 pagamento da primeira parcela da aquisição das cooperativas.
- 25/11/2008 alteração do Contrato de Compra e Venda firmado em 23/04/2008 entre Exxonmobil e Cosan, de forma que esta empresa fosse substituída pela COSANPAR na qualidade de compradora.
- 25/11/2008 pagamento da segunda parcela da aquisição das cooperativas.
- 01/12/2008 firmados 4 contratos de “Transferência de Participação em uma Cooperativa”, por meio dos quais as participações societárias que a Exxonmobil International e a Exxonmobil BR possuíam nas cooperativas holandesas BIH e BHC foram adquiridas pela COSANPAR e pela Usina, que passam a ser suas controladoras diretas, e o registro do ágio de R\$ 1.487.009.597,183 gerado pela referida aquisição.
- 04/12/2008 transferências de numerários da COSANPAR à sua controladora Cosan, referentes aos valores de caixa que não foram utilizados na aquisição do investimento nas cooperativas, bem como autorização para proceder a novas transferências de valores pelo período de seis meses.
- 8/12/2008 a liquidação das cooperativas holandesas BIH e BHC, quando a participação na Esso passou a ser registrada diretamente nas empresas brasileiras Usina e COSANPAR como sucessoras legais, desdobrando-se seu custo de aquisição entre patrimônio líquido e ágio nos mesmos montantes registrados na etapa anterior.
- 19/01/2009 transformação da Esso de sociedade limitada em sociedade por ações, passando a denominar-se Cosan Combustíveis e Lubrificantes S.A (COSAN CL).
- 23/06/2009 a incorporação da COSANPAR pela Cosan Combustíveis e Lubrificantes S.A - COSAN CL (atual Cosan Lubrificantes e Especialidades S.A. - COSAN LE). Trata-se de incorporação reversa, na

qual a sociedade controlada incorpora sua controladora. Neste momento, o ágio pago passou a ser amortizado para fins fiscais, nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

- 30/04/2011 a Shell Brasil Ltda. é transformada em sociedade por ações, alterando sua denominação social para Shell Brasil S/A.
- 01/06/2011 cisão parcial da Cosan Lubrificantes e Especialidades S/A, com o acervo cindido em R\$ 601.698.458,00, incluindo a parcela do ágio gerado na aquisição dos ativos da Exxonmobil, incorporado pela antiga Shell Brasil S/A (atual Impugnante). Nessa operação a Shell aumentou seu capital em R\$ 301.698.458,00 e os R\$ 300.000.000,00 restantes destinou à formação de reserva de capital. Em razão dessa operação, a Shell Brasil S/A emitiu 589.448.062 novas ações, nominativas e sem valor nominal, subscritas e integralizadas pela Cosan Distribuidora de Combustíveis e Lubrificantes Ltda. (COSAN DC), subsidiária da Cosan S/A Indústria e Comércio (COSAN S/A)

Conhecidas e compreendidas as operações, passa-se à análise de mérito.

**DOS FUNDAMENTOS DO TVF QUE TRATAM DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO:
UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO PARA GERAR BENEFÍCIO ILEGÍTIMO**

O TVF anotou que a criação da empresa COSANPAR seria ilícita, pois sua existência seria um mecanismo de planejamento tributário abusivo. Com efeito, eis as razões apontadas no relato fiscal:

VII.6 Da indedutibilidade do ágio na COSAN LE:

Segundo o TVF4 lavrado em face da COSAN LE, constante do PAF nº 16682.721208/2012-16, em procedimento fiscal anterior, as despesas de amortização do ágio gerado na aquisição da participação societária na ESSO pela COSANPAR, posteriormente incorporada pela COSAN LE, são indedutíveis, pois decorrem de reestruturação societária por meio de criação de empresa veículo, com falta de propósito comercial, e, portanto, de uma simulação e abuso de direito, mediante extrapolação dos limites do fim econômico, da função social e da boa-fé objetiva do contrato de sociedade, com o intuito de fraudar a lei tributária.

A simulação e a ilicitude teriam ocorrido na aquisição das participações societárias na ESSO, pelo grupo empresarial COSAN, com ágio de R\$ 1.464.180.873,00, fundado em expectativa de rentabilidade futura, em que a adquirente se utilizou de uma empresa veículo, no caso, a COSANPAR, de vida efêmera, apenas para poder deduzir das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL as despesas de amortização do ágio pago na aquisição da empresa brasileira.

Se a COSAN S.A. tivesse adquirido a ESSO diretamente (sem se valer de empresa veículo, a COSANPAR, de vida efêmera, na medida em que criada para ser extinta), não poderia ter-se beneficiado da amortização do ágio para fins tributários, já que, em regra, essa despesa não seria dedutível (e não se pretendia extinguir a própria COSAN S.A.).

As evidências de que a criação da COSANPAR teve como único propósito a elaboração de um esquema ilícito com o fito de tornar o ágio pago na aquisição das participações societárias na ESSO – indedutível por natureza – dedutível, encontram-se na documentação, na escrituração e nas informações contidas nas demonstrações contábeis, tanto da própria sociedade como de sua controladora, a COSAN S.A.

A administração tributária entendeu que o negócio seria simulado, porquanto realizado mediante a interposição de uma empresa sem propósito negocial, de forma que a amortização do ágio seria indevida.

Importa observar que a origem do ágio na COSANPAR é que está sendo controvertido. Não há discussão quanto à cisão da sua sucessora COSAN CL (antiga ESSO), a qual incorporou a COSANPAR. Tal cisão verteu parcela dos seus ativos à RAIZEN (ora recorrente), sendo transferida a parcela proporcional do ágio.

Assim, os fundamentos para a glosa do ágio decorrem das operações societárias anteriores, onde o ágio foi gerado, no caso, os negócios que envolveram o Grupo COSAN e o Grupo EXXONMOBIL holandês para a compra da ESSO.

Nesse sentido, os fundamentos do TVF são (com grifos):

VIII.3 Da indedutibilidade do ágio na RAIZEN:

Conforme exhaustivamente exposto anteriormente nos subitens VII.4 a VII.7, considerou-se indedutível o ágio amortizado pela COSAN LE, por decorrer de reestruturação societária, **na qual se utilizou a COSANPAR como empresa veículo, com absoluta falta de propósito negocial.**

As operações societárias realizadas pelo grupo econômico de que a RAIZEN atualmente faz parte **caracterizaram simulação**, por se tratar de operações estruturadas que, isoladamente, mostram-se lícitas, no entanto, quando vistas em seu conjunto, demonstram uma outra realidade, pois extrapolam os limites da função social e do fim econômico da propriedade e dos contratos, em especial o de sociedade.

A simulação e a ilicitude teriam ocorrido na aquisição das participações societárias da ESSO, pelo grupo empresarial COSAN, com ágio, por expectativa de rentabilidade futura, de R\$ 1.464.180.873,00, em que a adquirente se utilizou de uma empresa veículo, a COSANPAR, de vida efêmera, apenas para poder deduzir das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL as despesas de amortização do ágio pago na aquisição da empresa. Se a compra fosse feita como investimento

direto, a adquirente não poderia ter se beneficiado da amortização do ágio para fins tributários, já que, em regra, essa despesa não é dedutível.

Como visto no voto do Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar transcrito acima, **o Relatório de Avaliação-Econômica Financeira elaborado pela KPMG Corporate Finance Ltda (Doc 05), segundo o qual se fundamentou o ágio pago na aquisição da ESSO pela COSAN S.A. por meio da empresa veículo COSANPAR, foi emitido em 3 de junho de 2009, meses após à realização das operações**, portanto, apenas atesta que a avaliação feita pela interessada ocorreu muito tempo após a conclusão dos negócios praticados.

Evidenciou-se, desta forma, que tal documento não se prestava para autorizar a dedutibilidade do ágio. Como o laudo foi elaborado posteriormente ao pagamento do ágio, não poderia embasar a decisão tomada sobre o negócio que lhe deu origem. Assim, saliente-se uma vez mais que o ágio foi calculado com base em quaisquer outras razões econômicas, mas não na rentabilidade futura da ESSO.

Pelos argumentos anteriormente expostos, ficou cabalmente demonstrado que a real adquirente das participações societárias da ESSO foi a COSAN S.A., **servindo a COSANPAR apenas como uma “ponte” na concretização dessa operação, ou seja, como empresa veículo.**

Registre-se que existiam à época grupos econômicos distintos, que passaram a realizar transações societárias autônomas. De um lado, o Grupo COSAN e, de outro, investidores estrangeiros situados na Holanda (Grupo EXXONMOBIL) que detinham a ESSO no Brasil, com total independência operacional entre si.

A criação da sociedade COSANPAR para titularizar a compra não revela nenhuma incongruência. É algo muito comum entre companhias de grande porte centralizar investimentos em pessoa jurídica criada para segregar estratégias de compras de outras empresas, como forma de separar as atividades desenvolvidas. No caso, tratava-se da iniciativa de ingressar em novo ramo operacional, voltado à exploração de combustíveis, inexistindo qualquer proibição para a criação de empresa de participação em outras sociedades.

O Recurso Voluntário traz as seguintes matérias jornalísticas que à época apontavam a estratégia de negócios do Grupo COSAN para a aquisição da SHELL:

"A joint venture entre a Cosan e a Shell criará uma empresa com faturamento anual estimado em R\$ 40 bilhões, conforme informou hoje o presidente do Conselho de Administração do grupo sucroalcooleiro [...]"

Os ganhos com escala, eficiência e logística - que reduzirão os custos operacionais da empresa - foram colocados como os fatores que levaram a Cosan a fechar a parceria.1 Cosan vem sendo namorada por várias empresas. Nos casamos com a Shell porque ela é a melhor', disse [...]" (In Valor Econômico, <<http://www.valor.com.br/arquivo/647487/joint-venture-de-cosan-e-shell-tera-faturamento-de-r-40-bilhoes>>. Acesso em 27/07/2020 - g.n.)

"A Cosan anuncia ter concluído as negociações com a Shell para a criação de uma joint venture, como anunciada no começo do ano. As companhias assinaram nesta quarta-feira, 25, os contratos definitivos. A associação, em valor estimado de US\$ 12 bilhões, envolve ativos de açúcar, etanol, cogeração e distribuição e comercialização de combustíveis no Brasil. Serão criadas duas empresas, uma para açúcar e etanol, e outra para distribuição e comercialização de combustíveis, com participação de 50% de cada empresa, em ações ordinárias. Há também uma empresa de administração, cada companhia com metade de participação e direitos de voto, nessa que será "a face da joint venture para o mercado e facilitará a construção de uma cultura corporativa única", de acordo com o fato relevante divulgado há pouco".

(InOEstadodeSãoPaulo.

<<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,cosan-e-shell-assinam-contratos-definitivos-para-joint-venture-de-us-12-bilhoes,32917e>>. Acesso em 27/07/2020 - g.n.)

"Royal Dutch Shell, Europe's second biggest energy company, is poised to become the biggest oil major in biofuels as it battles to reassure investors about profitability.

The Anglo-Dutch company has signed a memorandum of understanding with the most powerful Brazil bioethanol producer, Cosan, in a joint venture said to be worth \$12bn (£8.19bn).

The move, if finalized, will cement Brazil's position as the world's alternative energy superpower with the potential to ship huge quantities of fuel to the United States and Europe. Shell will now lobby the US administration to reduce its tariffs on biofuel imports in a move that could transform profitability"5. (In The Guardian, <<http://www.guardian.co.uk/business/2010/feb/01/shell-cosan-brazil-biofuel-deal>>. Acesso em 27/07/2020) Tradução livre: "Royal Dutch Shell, a segunda maior companhia de energia da Europa, está prestes a se tornar a maior petrolífera na área de biocombustíveis enquanto esforça-se para tranquilizar os investidores sobre a sua rentabilidade. A companhia anglo-holandesa assinou um memorando de entendimento com o mais poderoso produtor de bioetanol no Brasil, a Cosan, em uma joint venture estimada em US\$ 12 bilhões (£ 8.19 bilhões). O movimento, se finalizado, vai consolidar a posição do Brasil como superpotência de energia alternativa do mundo, com o potencial de enviar grandes quantidades de combustível para os Estados Unidos e a Europa. A Shell vai agora tentar convencer o governo dos Estados Unidos a reduzir suas tarifas sobre as importações de biocombustíveis, em um movimento que poderia transformar a sua rentabilidade."(g-n.)

"Cosan, the Brazilian sugar and biofuel giant, said Monday it will merge its ethanol and fuel distribution units with Royal Dutch Shell in a joint venture worth up to

\$12 billion, extending the trend of growing foreign investment in alternative fuels, Reuters reports"⁶.

(In *The New York Times*, <http://dealbook.nytimes.com/2010/02/01/shell-to-join-brazils-cosan-in-ethanol-joint-venture/?_r=0>. Acesso em 27/07/2020) Tradução livre: "A Cosan, gigante brasileira de açúcar e biocombustível, anunciou na segunda-feira que irá fundir suas unidades de distribuição de etanol e combustíveis com a Royal Dutch Shell em uma joint venture com o valor estimado de US\$ 12 bilhões, ampliando a tendência de crescimento do investimento estrangeiro em combustíveis alternativos, informa a Reuters." (g.n.)

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

A contribuinte demonstra que as operações foram regulares, pois " (i) houve a efetiva aquisição das cooperativas holandesas (controladoras da Esso no Brasil), mediante pagamento integral em dinheiro (remessas ao exterior, em 21 e 25/11/2008); (ii) foi efetivada a incorporação COSANPAR pela COSAN LE (antiga COSAN CL) (incorporação reversa, nos termos do artigo 8º da Lei nº 9.532/97); e (iii) o ágio pago pela COSANPAR foi fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da companhia investida), conforme estudo interno promovido pelo Banco Morgan Stanley e Laudo de Rentabilidade Futura da KPMG.

Entendo que os fundamentos utilizados pela administração tributária para impedir o aproveitamento fiscal do ágio não encontram amparo em elementos fáticos ou jurídicos, pois ficou demonstrada a existência de estudo e laudo econômico que subsidiaram a operação.

Observa-se que foi realizado estudo prévio pelo Banco Morgan Stanley (fls. 6958/6988), datado de janeiro/2008, assim como o próprio Laudo da KPMG produzido em junho/2009, fazendo referência aos fatos societários ocorridos no final de 2008.

Registre-se que, à época dos fatos, sequer existia exigência para a produção de laudo e apenas o registro dos fatos na contabilidade era relevante, como forma de evidenciar o ágio. A Lei 12.973/2014, ao alterar o art. 20, § 3º, do Decreto-lei 1.598/77, passou a admitir que o laudo fosse registrado no período de 13 meses após a operação, razão pela qual não há fundamento para afastar o laudo da KPMG e o estudo do Banco Morgan Stanley para desconsiderar a expectativa futura de rentabilidade da operação.

Também não há qualquer elemento que permita concluir que a sociedade COSANPAR não tivesse existência real. Antes mesmo de todas as operações, pertencia ao grupo COSAN, servindo ao controle do novo negócio de combustíveis cujo investimento se avizinhava.

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

Entendo que a conclusão da administração tributária para considerar efêmera a sociedade de participações não encontra respaldo nos fatos até aqui demonstrados, pois as operações havidas com sociedades *holdings* controladoras não encontra nenhum impedimento no Direito brasileiro.

Faz-se necessário, ainda, tratar dos demais fundamentos do TVF, como forma de evidenciar a licitude das operações.

TESE DA REAL ADQUIRENTE DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA

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

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

Por sua vez, a contribuinte demonstrou que a existência da empresa intermediária, que efetivamente realizou a aquisição, tratava-se de empresa necessária à titularização do investimento.

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

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

Ao contrário, evidencio a autonomia operacional da empresa intermediária, que recebeu regularmente o aporte do aumento de capital para viabilizar a compra do negócio. Os negócios realizados não demonstram qualquer sinal de artificialidade.

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

Assim, uma vez ocorrida a incorporação reversa, o ágio registrado na investidora pode ser aproveitado após a operação. A legislação autorizava o aproveitamento do ágio quando a

pessoa jurídica intermediária absorvesse patrimônio de outra em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detivesse participação societária adquirida com expectativa de rentabilidade futura.

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

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

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

A contribuinte trouxe aos autos a decisão da DRJ resultante da análise do Processo Administrativo nº 16682.721207/2022-43 (**Acórdão DRJ nº 109-021.418**, de 18/04/2024), em que toda a operação em questão foi analisada, mas o ágio foi glosado em ano-calendário diverso.

Importa trazer os fundamentos da DRJ como razões de decidir complementares à presente análise (com grifos):

38.1. Ao examinar o caso concreto a luz do diploma legal, observamos que houve aquisição participação societária com ágio fundamentado por expectativa de rentabilidade futura.

Com relação a esse requisito destaco que **o evento que originou o ágio foi realizado entre partes não relacionadas (COSANPAR adquiriu as Cooperativas Holandesas que detinham as participações societárias da ESSO) e que houve o efetivo pagamento de um preço. Não há dúvida sobre essas questões.**

38.2. Houve um evento de incorporação reversa em que a COSAN LE incorporou a COSANPAR e posterior a esse evento a COSAN LE (antiga ESSO) passou a amortizar o ágio a razão de 1/60 para cada mês do período de apuração. Também não há questionamentos sobre esses fatos.

38.3. O caso concreto estaria, portanto, em perfeita sintonia com o regramento normativo em vigor. Contudo, a Autoridade Fiscal, entendeu que a perfeita subsunção dos fatos à norma não teria ocorrido dado que o real adquirente das participações societárias da ESSO não foi a COSANPAR, mas sim a COSAN S.A..

Do uso de empresa veículo

39. A solução da controvérsia instaurada nos autos passa pelo enfrentamento da possibilidade ou não de utilização de empresa veículo em reorganizações societárias que culminam com a amortização de ágio na apuração do lucro real.

39.1. A principal justificativa para não admitir a utilização de empresa veículo reside no fato de que sua criação, bem como sua participação na operação, não ter fundamentação econômica, sendo uma ficção criada com o único e exclusivo objetivo de viabilizar a amortização do ágio pelo real adquirente. O objetivo é, portanto, reduzir o tributo devido. Toda linha argumentativa da Autoridade Fiscal está amparada nesse alicerce. In verbis:

Dos dispositivos antes transcritos, extraem-se todas as condições de preenchimento obrigatório para a garantia da dedutibilidade fiscal da amortização do ágio registrado em uma pessoa jurídica, cabendo destaque à obrigação de absorção de patrimônio da investida pela investidora, ou vice-versa(absorção de patrimônio da investidora pela investida), por meio de incorporação, fusão ou cisão, na qual ocorra o “encontro” da participação societária adquirida e do ágio pago por tal participação em um mesmo patrimônio (“confusão patrimonial”).

Assim sendo, não é possível a interposição de sociedade empresarial com o único objetivo de carrear o ágio à pessoa jurídica que as partes pretendem que o amortize, uma vez que não se pode perder de vista a identificação do real adquirente do ágio e se impõe verificar se ocorreu a suscitada hipótese de “confusão patrimonial”. Em não ocorrendo, resta descaracterizado o propósito da empresa veículo interposta, e, levando-se em conta ter sido um terceiro quem efetivamente suportou o ágio, não se pode igualmente admitir sua amortização para fins fiscais na investidora.

(...)No caso analisado, o grupo COSAN adquiriu a antiga ESSO com ágio inicial de R\$ 1.464.180.873 por expectativa de rentabilidade futura, mas se houvesse feito a compra como investimento direto, não poderia ter se beneficiado da amortização do ágio para fins tributários já que, em regra, essa despesa não é dedutível.

Assim, para poder se valer da previsão de dedutibilidade contemplada no art. 8º da Lei nº 9.532/97, aproveitou-se de uma empresa veículo (COSANPAR), de vida efêmera – março de 2008 a junho de 2009, e, nesta, registrou o ágio para que, posteriormente, a incorporasse à COSAN LE (sua controlada) e pudesse, dessa forma, deduzir a amortização do ágio quando da apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

(...)

Da análise de tudo que foi apurado, verificou-se que, desde o início, o objetivo do grupo COSAN era o de deduzir o ágio constituído na aquisição supramencionada(além de fugir da tributação do IRRF), de maneira totalmente artificial, com a utilização de uma empresa veículo.

(...)

Diz-se que uma empresa é de passagem quando uma pessoa jurídica é criada apenas para servir como canal de passagem de dinheiro ou de um

patrimônio, sem que tenha efetivamente outra função dentro do contexto. Trata-se de uma operação encadeada que serviu apenas para transitar um patrimônio ou um volume de recursos, sem a consecução efetiva de atividade empresária e, sim, para permitir a obtenção de determinada vantagem; no caso, a economia tributária.

(...)

Em vista do relatado no presente Termo de Verificação Fiscal, não é possível o aproveitamento tributário do ágio já que não houve a confusão patrimonial exigida entre a real investida e a real investidora.

Assim, não foi atendido o disposto nos arts. 7º, III e 8º da Lei nº 9.532/97, não existindo, portanto, amparo legal para a dedução da despesa com amortização do ágio.

39.2. Aceitando a tese da Autoridade Fiscal de que a COSANPAR foi uma empresa veículo e com o único objetivo de permitir a obtenção de uma economia tributária, retiramos todas as discussões paralelas e nos centramos naquilo que efetivamente precisa ser enfrentado. É o que faremos a partir de agora.

39.3 A primeira questão que devemos analisar é se a premissa de que o uso de uma empresa veículo no caso concreto permitiu a obtenção de uma economia tributária é de fato válida. Esse aspecto é inclusive questionado pela impugnante que traz aos autos 4 alternativas distintas da operação realizada que serviriam para o mesmo propósito, qual seja: que o grupo Cosan adquirisse a participação societária da ESSO.

39.4. Reproduzo aqui a alternativa mais simples das operações e que objetivamente é a operação que a Autoridade Fiscal esperava que fosse a utilizada pela contribuinte, qual seja: aquisição da ESSO diretamente pela COSAN S.A., conforme originalmente previsto no contrato de compra e venda e por quem teria despendido os recursos para o pagamento do preço. Vejamos:

* “Contrato de Compra e Venda” antes do aditamento (operação original): (i) Adquirentes – Cosan e Usina; (ii) Vendedores – Exxonmobil International e Exxonmobil BR; e (iii) Adquiridas: BIH e BHC (cooperativas).

...

87. De fato, conforme se passará a demonstrar, a operação originalmente prevista no Contrato de Compra e Venda teria os mesmos efeitos da operação objeto de análise no presente caso, motivo pelo qual se ratifica a total falta de embasamento na afirmação da Autoridade Fiscal no sentido de que só por meio da Cosanpar o ágio gerado com a aquisição das cooperativas holandesas seria amortizável. Veja-se:

* Aquisição das cooperativas BIH e BHC mediante pagamento em dinheiro, com ágio.

39.5. Não há dúvida que essa alternativa apresentada pela impugnante não faz uso de qualquer empresa que possa ser considerada como veículo, cabendo agora verificar se essa estruturação atenderia a todos os requisitos legais já evidenciados no item 37 deste Acórdão.

39.6. Nesse exemplo de estruturação do negócio, a COSAN S.A. adquire diretamente a participação societária das cooperativas Holandesas que detinham a participação societária da ESSO no Brasil. **A operação envolve partes independentes e o pagamento do preço com ágio, fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, foi realizado diretamente pela COSAN S.A.. O ágio é devidamente apurado e contabilizado na adquirente. Posteriormente a COSAN S.A. liquida as cooperativas Holandesas, detendo diretamente a participação societária da ESSO. Ato contínuo, a COSAN S.A. incorpora a ESSO, cumprindo assim as exigências legais que permitiriam a amortização do ágio decorrente das operações.**

39.7. Ora, esse exemplo é claro o suficiente para demonstrar que, no caso concreto sob exame, **a criação da COSANPAR não teve como único motivo a economia tributária, pois essa mesma economia poderia ter sido obtida regularmente de outras formas.**

39.8. Nesse sentido, pela clareza da sentença, aproveito jurisprudência colacionada pela impugnante que é aderente ao acima exposto:

Ademais, do ponto de vista econômico, o resultado obtido com a interposição de sociedades veículo não causa prejuízos ao Erário. Caso não se analise a tributação de cada empresa isoladamente, mas do grupo controlador como um todo, as deduções seriam as mesmas obtíveis com a incorporação direta da investidora pela empresa adquirida ou vice-versa. (Processo nº 0804759-94.2018.4.05.8300 – 21ª Vara Federal de Recife/PE – 06/05/2019 – g.n.)

39.9. Recentemente o STJ em sede de Recurso Especial se manifestou sobre o tema. Trago aqui principais extratos relacionados ao uso de empresas veículo:

Em suma, a preocupação da Fazenda quanto às operações exclusivamente artificiais é relevante e encontra abrigo na legislação e na interpretação que a esta deve ser dada.

O que, a meu ver, mostra-se seguramente incorreta é a conclusão adotada pelo Fisco após expor as premissas adiantadas nas linhas acima.

Não pode a Receita, alegando buscar extrair o “propósito negocial” das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre “partes dependentes” (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via “empresa-veículo”. Ou seja, não é dado presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações societárias são desprovidos de fundamento material/econômico.

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

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

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

O mais importante, nessas situações, é investigar se:

Houve efetiva aquisição de participação societária? Há efetivo custo(sacrifício) de aquisição? Resta demonstrado que o ágio corresponde à diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento está fundamentado na expectativa de rentabilidade futura? Houve absorção do patrimônio da investida ou da investidora por meio de incorporação, fusão ou cisão?

[...]

Há efetiva aquisição/alienação de participação societária?

(DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Assef. “Ágio interno” e “empresa veículo” na jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária In: Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (coord). São Paulo: MP Editora, 2016)

Aliás, ao fim, quando enxergada a operação de aquisição e incorporação como um todo, baseado no cenário fático acima narrado, verifica-se que: a) ela ocorreu entre partes não relacionadas ou dependentes (grupo Merrill Lynch Global Partners [MLGP] e a CREMER S.A.), tendo sido apenas mediada por complexas reorganizações societárias; b) houve a aquisição com efetivo ágio (valor de compra maior que o patrimônio líquido da adquirida), motivado pela esperança de lucros futuros, o que implicou despesa para amortização; e c) a incorporação/absorção entre investidora e investida efetivamente aconteceu.

Isto é, os requisitos formais (requisitos do art. 7º da Lei n. 9.532/1997), materiais(existência real de substrato econômico), subjetivos (incorporação) e objetivos(negócio jurídico efetivo que gerou dívida/ágio) foram atendidos na espécie.

39.10. Retornando ao caso concreto, verificamos que não há como sustentar a linha argumentativa da Autoridade Fiscal de que a única motivação para a utilização da COSANPAR (empresa veículo) na operação de aquisição de participação societária da ESSO pelo grupo COSAN era o de reduzir o tributo devido, pois, como ficou demonstrado, havia outras alternativas lícitas que poderiam ter sido adotadas para o mesmo fim.

39.11 Uma vez demonstrada que a participação da COSANPAR na operação não se deu unicamente por razões tributárias, cumpre observar que a impugnante apresentou diversas motivações extratributárias para a configuração da operação. Pela relevância dos argumentos, recupero algumas citações diretas já utilizadas no relatório:

21. De fato, a Impugnante faz parte do Grupo Cosan, o qual atua em diversos setores econômicos. Neste contexto, consciente da competitividade dos setores em que atua, o Grupo Cosan adota o procedimento de adquirir empresas e realizar reorganizações societárias como estratégia de negócio e de crescimento.

22. No ano de 2008, com o intuito de expandir o seu portfólio de negócios para o setor de combustíveis e lubrificantes, o Grupo Cosan negociou e adquiriu ativos do Grupo Exxonmobil no exterior, o que resultou, posteriormente, no controle da Esso.

(...)

26. Até 2008, o Grupo Cosan e sua holding operacional, Cosan S/A Indústria e Comércio (“Cosan”), representava um dos maiores conglomerados econômicos no segmento de açúcar e etanol no cenário nacional, porém sem atuação no segmento de combustíveis e lubrificantes derivados do petróleo. Com efeito, foi estabelecido como prioridade em seu planejamento estratégico o ingresso neste segmento, motivo pelo qual surge o interesse na aquisição de parte do Grupo Exxonmobil.

27. Em 19/03/2008, neste contexto de expansão das atividades do Grupo Cosan, houve a constituição da Cosanpar, cujos acionistas eram as sociedades brasileiras Usina da Barra S/A Açúcar e Álcool (“Usina”) e Agrícola Ponte Alta S/A (“Agrícola”).

(...)

31. Ressalte-se, também, que a constituição da Cosanpar tinha o objetivo de segregar a atividade de distribuição de combustíveis e lubrificantes dos demais negócios do Grupo Cosan, permitindo uma maior transparência organizacional e melhor gestão do fluxo de caixa gerado por essas atividades e, conseqüentemente, facilitar o ingresso de novos investidores no negócio.

(...)

56. Conforme demonstrado, as operações societárias (“várias fotografias”) que culminaram no aproveitamento fiscal do ágio pela Impugnante visavam, desde sempre, a expansão das atividades do Grupo em novos setores econômicos no Brasil e posterior simplificação da estrutura societária.

(...)

117. De fato, os principais motivos para a criação da Cosanpar foram: (i) permitir a administração do novo negócio separado dos demais, (ii) proporcionar transparência na operação de aquisição para antigos e novos investidores e (iii) possibilitar a entrada de eventuais novos investidores com experiência no setor de combustíveis e lubrificantes derivados do petróleo sem afetar os outros negócios do Grupo Cosan (o que de fato ocorreu com a Raízen, em sociedade com o Grupo Shell).

39.12. Os argumentos apresentados pela impugnante são razoáveis e entendo que não cabe a Autoridade Fiscal desconsiderá-los sem demonstração de que o contribuinte agiu em desconformidade à lei, especialmente quando **restou demonstrado que a operação engendrada não gerou benefício tributário que não seria alcançado se executada de outra forma.**

39.13. O conceito de empresa veículo vem sendo delineado pela jurisprudência administrativa ao longo do tempo, exigindo-se para a sua configuração alguns prerequisites.

Aproveito as lições de Schoueri (Schoueri, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários) / Luís Eduardo Schoueri. – São Paulo: Dialética, 2012 (fl. 103).

É impressionante a semelhança das decisões, apontada pelas características acima. Parecem elas ser suficientes para sustentar a afirmação de que, hoje, a expressão "empresas-veículo" denota um conceito, firmado pela jurisprudência administrativa. Pode-se dizer que o conceito, conforme verificado nas decisões mencionadas, reúne os traços presentes na tabela abaixo:

| <i>Empresa-veículo</i> |
|---|
| Criada pela própria adquirente com seu investimento na empresa-alvo exclusivamente para a transferência do ágio. |
| Sua criação não tem outro propósito econômico. |
| É a empresa para a qual é transferido o ágio. |
| É controladora da empresa que restou após a incorporação e na qual passou a ser amortizado o diferido (hoje, equivalente a ativo intangível). |
| É extinta por conta da incorporação. |
| Possibilita que sua controlada possa, ao fim e ao cabo, amortizar, em ativo diferido (hoje, intangível), o referido ágio. |

39.14. Dessa forma, entendo que **não é cabível nem mesmo a configuração da COSANPAR como empresa veículo uma vez que a impugnante demonstrou que a sua criação tinha propósito econômico/negocial.**

39.15. Por fim, não tendo sido comprovado que as complexas operações realizadas foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social e que tiveram exclusiva motivação tributária, considero procedentes as alegações da impugnante.

Incorporo como razões de decidir complementares a este voto os fundamentos indicados no acórdão acima transcrito, pois entendo que, de fato, o ágio gerado na empresa de participações foi real, sem nenhuma artificialidade ou falta de propósito negocial.

De fato, a criação da empresa *holding* não impedia que suas controladoras amortizassem o ágio em questão, pois ele foi integralmente gerado no Brasil, em operação nacional. Caso não fosse criada a companhia de participação (COSANPAR), as controladoras seriam as titulares do ágio, cuja amortização seria plenamente autorizada. Significa dizer que a existência da *holding* em nada alterou a realidade dos fatos e em nada beneficiou o grupo econômico com estratégia que seria plenamente possível de forma diversa.

Nesse sentido, a decisão da DRJ acima transcrita está correta ao consignar que “restou demonstrado que a operação engendrada não gerou benefício tributário que não seria alcançado se executada de outra forma”.

Outrossim, destaco que o tema tem sido enfrentado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme indica o acórdão 9101-006.486 – CSRF / 1ª Turma, sessão de 07 de março de 2023, que validou a amortização de ágio independentemente da interposição de empresa com estrutura societária de *holding*, como se vê de sua ementa:

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

O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que detém o investimento pela empresa investida (incorporação reversa).

O uso de holding (ou empresa veículo), constituída no Brasil com recursos provenientes do exterior, para adquirir a participação societária com ágio e, em seguida, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio, não caracteriza simulação, de modo que é indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes.

TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS POR EMPRESA CONTROLADORA DOMICILIADA NO EXTERIOR PARA SOCIEDADE HOLDING. LEGITIMIDADE DA DEDUÇÃO DO ÁGIO. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DO REAL ADQUIRENTE.

A transferência, por controladora domiciliada no exterior, dos recursos empregados na aquisição de participação societária por empresa holding constituída no Brasil não impede a amortização fiscal do ágio após esta ser incorporada pela investida. A tese do “real adquirente”, que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à

aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de simulação, o que não se revela no caso.

Transcrevo parte da declaração de voto do Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, que incorporo como razões de decidir adicionais desta relatoria:

Entendo que estando devidamente comprovado nos autos que houve o efetivo pagamento (sacrifício patrimonial) para a aquisição do investimento por parte da empresa adquirente e tendo a própria lei reguladora permitido a incorporação reversa para fins de amortização da despesa, a forma utilizada pela recorrente para a realização do negócio encontra-se dentro dos limites da liberdade de organização de seus negócios, não lhe sendo vedado utilizar aquela que lhe propicie, dentro do ordenamento legal, o menor custo ou a maior vantagem tributária.

É oportuno registrar que não estou entre aqueles que defendem que os contribuintes podem fazer tudo que a lei não veda.

Entendo que os negócios jurídicos realizados devem respeitar os princípios da boa-fé e a função social da empresa. Assim, não se admitem negócios puramente formais, sem qualquer substância, que visam unicamente a obtenção de benefícios fiscais, como os observados na criação de ágio em operações internas ao grupo econômico ou com vícios de simulação.

No presente caso, entendo que as operações examinadas se amoldam à previsão legal que autoriza a amortização do ágio. Existe em cada uma delas um valor efetivamente pago a terceiros que supera o valor patrimonial, amparado na expectativa de rentabilidade futura. Por outro lado, as adquirentes foram absorvidas por incorporação pela adquirida, verificando-se a confusão patrimonial exigida por lei para viabilizar a amortização da despesa.

Neste passo, com a devida vênia do entendimento fiscal e do adotado pelo colegiado recorrido, o meu entendimento é o de que a utilização de empresa holding para a aquisição dos investimentos encontra respaldo no ordenamento societário e fiscal e, efetivamente, encontra-se dentro da esfera de liberdade que a empresa tinha para realizar os negócios concretizados.

Note-se que o negócio de compra e venda é real. O que se discute é se o contribuinte poderia adotar a estrutura societária que utilizou para a sua concretização.

Ora, ao lado dos motivos regulatórios e negociais apresentados pela recorrente quanto a utilização das empresas holdings nos negócios, o objetivo de aproveitar o benefício fiscal do ágio, previsto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (arts. 385 e 386 do RIR/1999), me parece legítimo neste caso e é parte da própria estruturação do negócio realizado, levando em conta o ordenamento societário e fiscal.

Entendo que a lei fiscal deve ser interpretada, especialmente aquelas que tratam de renúncia fiscal, em consonância com seus objetivos, não se limitando à sua

literalidade. Daí meu entendimento no sentido de afastar a sua aplicação em operações internas, realizadas entre partes dependentes, sem qualquer sacrifício patrimonial e justificativa econômica.

No entanto, não se pode buscar um sentido à lei que a afaste dos institutos que ela pretende regular ou a eles se refira.

A possibilidade legal de aproveitamento do ágio (uma vez que este tenha ocorrido e sido demonstrado legitimamente) decorre da absorção do patrimônio de um pessoa jurídica pela outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio apurado na forma do § 2º. Inc II do art. 385 do RIR/1999, inclusive quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a participação.

Assim dispõe o art. 386 do RIR/1999:

...

Analisando o dispositivo acima, verifica-se que a confusão patrimonial decorre da absorção do patrimônio de uma pessoa jurídica pela outra. É este o requisito que, uma vez atendido, permite a utilização do benefício de amortização antecipada do ágio pago.

E, no caso, concreto, as pessoas jurídicas que detinham os investimentos eram, indubitavelmente, as empresas holdings que foram efetivamente as responsáveis pela aquisição das participações societárias no Brasil, ainda que os recursos tenham vindo, declaradamente, de empresas situadas no exterior mediante inversão no capital social das adquirentes.

Portanto, apesar de os reais detentores do investimento no Brasil serem, ao fim e ao cabo, as empresas do grupo situadas no exterior, as adquirentes são as empresas holding brasileiras criadas para investir na aquisição das companhias.

Ao contrário do que sustenta a fiscalização e o i. relator do voto vencedor do acórdão recorrido, a lei não estabelece a confusão patrimonial entre investidora (de fato) e investida, mas, sim e expressamente, entre a "pessoa jurídica" que detém a participação societária na outra "pessoa jurídica" adquirida com ágio com esta última, ou vice-versa, por meio de processos de incorporação, fusão ou cisão.

A figura da companhia holding encontra-se prevista no art. 2º, § 3º da Lei nº 6.404/1976 (Lei das S/A), verbis:

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

§ 1º Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio.

§ 2º O estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo.

§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

Da mesma forma os institutos da incorporação, fusão e cisão, estão previstos em diversos dispositivos da Lei nº 6.404/1976, em especial os seguintes:

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

[...]

Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

[...]

Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

Com efeito, todos estes institutos estão expressamente previstos na lei comercial, não podendo ter a sua definição, conteúdo e alcance serem interpretados de forma diversa para definição de seus efeitos tributários, nos termos dos art. 109 e 110 do CTN .

A referência, pela Lei das S/A, às companhias e sociedades que detém participações em outras companhias e às operações societárias (incorporação, fusão e cisão), acima descritas, remetem à relação imediata de umas com as outras sociedades, independente do seu controle direto ou indireto por outras pessoas jurídicas.

Dito de outro modo.

A lei regula, por meio dos dispositivos citados, institutos que disciplinam o objeto das sociedades mercantis e suas transformações em caráter individual, como entidades autônomas, não importando sua condição dentro de um grupo econômico ou quem detenha o seu controle.

Ora, a lei tributária, nos casos os arts. 385 e 386 do RIR/1999 (amparados nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997), simplesmente remete a estes institutos, previstos na lei comercial, para fins de definição do benefício fiscal de amortização antecipada do ágio, não existindo, a meu ver, espaço para interpretá-los de forma diversa.

Decorre daí, também, o meu entendimento já manifestado em outros julgamentos, quanto a impossibilidade de transferência do ágio pago por uma

empresa para outra criada unicamente para permitir o aproveitamento fiscal do ágio.

Assim, inexistindo no caso concreto qualquer indício de simulação nas operações realizadas e considerando o contexto negocial das operações, entendendo plenamente aplicáveis os dispositivos legais que autorizavam à contribuinte a deduzir fiscalmente o ágio pago nas operações.

Destaque-se, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça tem validado a amortização do ágio decorrentes de operações regulares, onde não haja nenhum tipo de simulação. Cito o REsp nº 2.026.473-SC (STJ, 1ª Turma, DJe 19/09/2023, Rel. Min. Gurgel de Faria), que tratou da possibilidade de utilização de empresa-veículo por investidora estrangeira, tendente a estruturar negócios jurídicos no Brasil com formação de ágio.

Entendeu o STJ que a utilização de empresa-veículo na operação, por si só, não invalida ou impede a amortização do ágio, salvo se demonstrada eventual artificialidade, cuja prova cabe ao Fisco demonstrar, concluindo que, **“embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o “propósito negocial” das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre “partes dependentes” (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via “empresa-veículo”; ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico”.**

PROCESSIONAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FIM DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA. DESCABIMENTO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. **ÁGIO. DESPESA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES DEPENDENTES. POSSIBILIDADE. NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR À ALTERAÇÃO LEGAL. EMPRESA-VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE INDEDUTIBILIDADE. ILEGALIDADE.**

1. Não há violação do art. 1.022, II, do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado, como no caso dos autos.

2. Hipótese em que a Corte Regional apresentou motivação clara e expressa a respeito: a) da possibilidade de dedução do ágio no caso concreto, visto que o instituto teria efetivamente ocorrido (e não artificialmente criado); b) da impossibilidade de criação de hipóteses de “inedutibilidade” não previstas na lei, tal como pretendeu fazer o Fisco; c) da extensão da Lei n. 9.532/1997, notadamente dos seus arts. 7º e 8º; d) da ocorrência efetiva de investimento (aporte de recursos), tendo enfrentado diretamente as questões postas em discussão e entregue a prestação jurisdicional nos limites da lide.

3. Quanto à alegada violação do art. 1.026, § 2º, do CPC, assiste razão jurídica à recorrente, uma vez que os aclaratórios foram interpostos com o objetivo de prequestionamento, pelo que aplicável a Súmula 98 do STJ no particular.

4. A controvérsia principal dos autos consiste em saber se agiu bem o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de “empresa-veículo”.

5. Ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença (para mais) entre o custo de aquisição do investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977).

6. Em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

7. A exceção à regra da indedutibilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

8. A exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997 (convertida na Lei n. 9.532/1997) visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que a justificassem.

9. O Código Tributário Nacional autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando “se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação” (art. 149, VII) e também contém norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), a qual poderia, em última análise, até mesmo justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a “plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos” (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

10. Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o “propósito negocial” das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre “partes dependentes” (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via “empresa-veículo”; ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.

11. Do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia o Fisco não resultam automaticamente na conclusão de que o “ágio interno” ou o ágio resultado de operação com o emprego de “empresa-veículo” impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real, especialmente porque, até 2014, a legislação era silente a esse respeito.

12. Quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação a ele.

13. Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que o ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria, por si só, abusivo.

14. No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, em razão dos limites impostos pela Súmula 7 do STJ, não há demonstração de que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social, a ponto de justificar a glosa na dedução do ágio.

15. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa imposta em face da interposição dos embargos de declaração

É relevante destacar o voto condutor do acórdão do STJ, cujas razões convergem com o entendimento manifestado no presente voto, onde ficou evidenciada a regularidade da operação:

Em apertado resumo, a Fazenda compreendeu, no caso, não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de "empresa-veículo", tendo considerado, ainda, que, na espécie, não existiu o propósito negocial e que o ágio teria sido constituído de maneira artificial.

Antes de examinar a discussão em si extraída do caso concreto, é preciso inserir minimamente o debate no contexto em abstrato a respeito do emprego do ágio como meio para reduzir a base de cálculo do IRPJ e CSLL, para que haja melhor compreensão da controvérsia a ser solucionada.

Início, portanto, salientando que ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença(para mais) entre o custo de aquisição do investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977). Ou seja, no ágio, o valor da aquisição é superior ao valor patrimonial contábil do investimento.

E o fundamento para o pagamento dessa diferença, de acordo com a lei, estaria justificado: no valor de mercado de bens do ativo superior ao custo registrado na sua contabilidade; no valor (para mais) de rentabilidade futura; ou no fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas (§ 2º do supracitado dispositivo).

Quando da sua criação, cogitou-se que a amortização do ágio poderia ser, de modo geral, dedutível da base de cálculo do IRPJ e CSLL (previsão inicial do art. 21 do Decreto-Lei n. 1.598/1977 quanto ao primeiro imposto e art. 2º, §1º, da Lei n.

7.690/1988 quanto ao segundo tributo). Ocorre que, na prática, esse cenário jurídico não aconteceu, uma vez que tal disciplina legal foi de imediato revogada pelo Decreto-lei n. 1648/1978 (art. 23 do Decreto-Lei n. 1.598/1978), e, em seguida, passou a prevalecer o comando no sentido de que “as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33.” (redação dada pelo Decreto-Lei n. 1.730/1979).

Assim é que, a rigor, “as variações positivas ou negativas do valor do investimento, decorrentes das novas avaliações obrigatoriamente feitas ao final de cada período-base, sempre foram excluídas do lucro real tributável ou a ele adicionadas, e todas as amortizações de ágios e deságios não influenciam a base de cálculo do tributo”(OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. O tratamento do ágio e do deságio para fins tributários e as modificações da Lei nº 12.973: comparações entre dois regimes. Revista Fórum de Direito Tributário: RFDT, Belo Horizonte, v. 14, n. 84, pp. 35-68, nov./dez. 2016).

Por isso, em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

A exceção à regra da indedutibilidade do ágio está inserida nos arts.

7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

Como a interpretação a ser dada aos supracitados artigos figura como fio condutor desta decisão, transcrevo os dispositivos integralmente, com a redação vigente ao tempo dos fatos:

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.

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

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

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

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

- a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;
- b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

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

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

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

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

Com base na leitura dos artigos destacados, verifica-se que a lei admitiu a dedução fiscal do ágio (da base de cálculo do lucro real) na hipótese de absorção patrimonial de pessoa jurídica da qual se detenha participação societária. Em

especial, a norma (em seu inciso III) estabeleceu a possibilidade de o ágio gerado na aquisição de participação societária, cujo fundamento econômico tiver sido a expectativa de rentabilidade futura (art. 20, § 2º, "b", do Decreto-Lei n. 1.598/1977), ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do lucro real levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de, no máximo, um sessenta avos para cada mês do período de apuração.

Nesses casos, portanto, assiste razão ao contribuinte quando afirma que, em resumo, os requisitos exigidos para a dedução são: (i) que o ágio seja justificado pela rentabilidade futura do investimento; (ii) que, após a aquisição, haja incorporação da controlada pela controladora, ou vice-versa; e (iii) que seja respeitado o limite de amortização de 1/60 por mês.

O problema é que:

[...] a partir daí, muitas operações foram realizadas de forma verdadeiramente escandalosas, com a constituição de empresas com integralização de capital social mediante subscrição de ações da própria investidora por valor de mercado acima do valor de patrimônio líquido, gerando ágios que seriam mais tarde aproveitados por meio da aquisição e posterior absorção patrimonial via fusão ou incorporação, pela intermediária, de outra empresa do mesmo grupo, com aproveitamento fiscal do ágio.

(MOREIRA, André Mendes; CAMPOS, Eduardo Lopes de Almeida. A amortização fiscal do ágio à luz da doutrina da substância econômica. In: OLIVEIRA, Francisco Marconi de; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; GOMES, Marcus Lívio (coord). Estudos tributários do II Seminário CARF. Brasília: CNI, 2017).

A Fazenda defende, portanto – inclusive no recurso em exame –, que a análise da possibilidade de dedução do ágio não deve ser realizada à luz dos aspectos meramente formais da norma, mas também sob a ótica dos eventos reais e econômicos atrelados à operação que ensejou o ágio.

Justifica, aliás, que a interpretação histórica da norma (extraída da sua exposição de motivos) deixa evidente que a disposição legal trouxe verdadeira blindagem ao aproveitamento do ágio fictício; a interpretação teleológica evidencia que a fruição de um ganho tributário pressupõe que seja demonstrada a existência de propósito negocial/substância econômica, cabendo ao Fisco a desconsideração do abuso das formas em detrimento da constatação dos fatos tributáveis (arts. 118, I, 142 e 149, VII, do CTN).

Até aqui, as premissas da recorrente não estariam de todo equivocadas. Pelo contrário, de fato:

A exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997 deixou hialino esse intuito de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas

operações de incorporação. Com isso o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que o justificassem. (SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias [aspectos tributários]. São Paulo: Dialética, 2012).

Além disso, o Código Tributário Nacional realmente autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando “se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação”(art. 149, VII).

E, ainda, a norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), de constitucionalidade indiscutível (ADI 2446), também poderia, em última análise, até justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a “plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos” (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

Em suma, a preocupação da Fazenda quanto às operações exclusivamente artificiais é relevante e encontra abrigo na legislação e na interpretação que a esta deve ser dada.

O que, a meu ver, mostra-se seguramente incorreta é a conclusão adotada pelo Fisco após expor as premissas adiantadas nas linhas acima.

Não pode a Receita, alegando buscar extrair o “propósito comercial” das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre “partes dependentes” (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via “empresa-veículo”. Ou seja, não é dado presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações societárias são desprovidos de fundamento material/econômico.

No esforço de tentar tornar mais claro este arrazoado, saliente-se que o ágio interno ocorre nos casos de aquisições societária que se operam dentro do “mesmo grupo ou conglomerado de sociedades com relações societárias entre si(sociedades controladas ou coligadas) ou não, mas que estejam sob controle de uma mesma pessoa ou mesmo grupo de pessoas – físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil ou no exterior” (ANDRADE FILHO, Edmar Oliviera, Ágio Interno: o protagonismo exacerbado das normas contábeis. Planejamento tributário e fraudes. Pressupostos para aplicação de multa qualificada. Multa qualificada e voto de qualidade. In: Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira(coord). São Paulo: MP Editora, 2016).

A empresa-veículo, por sua vez, seria aquela constituída com a “função específica de transferir participação societária entre controladora e controlada”(MOREIRA JÚNIOR, Gilberto de Castro; SILVA JÚNIOR, Ademir Bernardo. Da dedutibilidade do ágio para fins fiscais: análise do precedente da Columbian Chemicals Brasil LTDA

[Acórdão n. 1102-000.875] In: Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (coord). São Paulo: MP Editora, 2016).

Embora não haja consenso sobre o conceito de "empresa-veículo", algumas características dessa entidade podem ser destacadas:

A "empresa-veículo" geralmente é constituída pela própria pessoa jurídica adquirente com o aporte do investimento na sociedade adquirida ("empresa alvo"), justamente para efetuar a transferência do ágio de rentabilidade futura;

A "empresa-veículo" tem duração efêmera;

A "empresa-veículo" é criada sem outro propósito econômico, além de facilitar o aproveitamento fiscal do ágio de rentabilidade futura;

A "empresa-veículo" é utilizada como instrumento para aquisição da participação societária na "empresa-alvo" ou como sociedade para a qual ocorre a transferência do ágio;

A "empresa-veículo" é controladora da pessoa jurídica sucessora, que continua a existir após o evento societário, na qual o ativo diferido (regime anterior) ou o ativo intangível (regime atual) relativo ao ágio de rentabilidade futura passa a produzir efeitos fiscais;

A "empresa-veículo" é extinta no evento societário de fusão, cisão ou incorporação;

A "empresa-veículo" possibilita que a sociedade investida por meio da incorporação reversa, amortize o ágio de rentabilidade futura.

(SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022).

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

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

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

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

Assim, ao menos até 2014:

[...] parece claro que, em princípio, não há, na legislação tributária, qualquer dispositivo que impeça o reconhecimento e a utilização do ágio, gerado internamente, entre partes relacionadas.

O que se condena é a simulação, a mentira, a operação que não existiu na realidade: assim, se não houve preço em uma relação entre partes relacionadas na qual se registrou ágio, tal operação deverá ser desconsiderada. Resta evidente, aí, que não houve uma compra e venda, uma aquisição de participação societária na qual poderia haver o pagamento do ágio.

Comprovada a simulação, plenamente justificável e autorizada a desconsideração do planejamento realizado.

(SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias [aspectos tributários]. São Paulo: Dialética, 2012) Sobre o emprego da "empresa-veículo", a sua rejeição apriorística contraria o disposto no art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.404/1976 (o qual faculta a criação de holding "como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais").

Não há proibição legal para que uma sociedade empresária seja criada como "veículo" para facilitar a realização de um negócio jurídico; inclusive há razões reais ("propósito negocial") para tanto, pois é possível que as pessoas jurídicas originais queiram manter sua segregação por diversas razões (estratégicas, econômicas, operacionais...).

A propósito, quando a investidora é empresa estrangeira, é ainda mais justificável a constituição de uma "empresa-veículo", por algumas razões práticas:

confere mais segurança quanto à possibilidade de se valer da norma interna de dedução do ágio (o que não aconteceria se a incorporação fosse internacional); permite a negociação com base na moeda local; pode facilitar a realização de operações locais (por exemplo, dispensar garantias que seriam exigidas do investidor internacional) etc.

Assim, filio-me à orientação de que:

A Lei nº 9.532/1997 e a Lei nº 12.973/2014 apenas exigem a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que detém participação societária e a sociedade adquirida, não fazendo qualquer alusão, ainda que implícita, ao suposto "real adquirente", que segundo a tese do Fisco, teria fornecido os recursos financeiros ou ofertado garantia para aquisição do investimento.

(SANTOS, Ramon Tomazela. *Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022) Em resumo, compreendo que a existência do ágio interno (ao menos até 2014) ou a constituição de sociedade-veículo não podem, por si sós, configurar impedimento para a dedução do ágio.

O mais importante, nessas situações, é investigar se:

Houve efetiva aquisição de participação societária? Há efetivo custo (sacrifício) de aquisição? Resta demonstrado que o ágio corresponde à diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento está fundamentado na expectativa de rentabilidade futura? Houve absorção do patrimônio da investida ou da investidora por meio de incorporação, fusão ou cisão?

[...]

Há efetiva aquisição/alienação de participação societária?

(DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Assef. *“Ágio interno” e “empresa veículo” na jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária* In: *Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF*. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (coord). São Paulo: MP Editora, 2016)

No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, entendo não ter sido demonstrado que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social.

Segundo consta da sentença:

No caso dos autos, ao analisar a operação como um todo, o ágio surgiu a partir da diferença entre o valor de avaliação do patrimônio líquido da empresa adquirida (CREMER S. A.), que, de acordo com os registros contábeis, era negativo, e os valores dispendidos para a aquisição. O fundamento jurídico para amortização deste ágio é o inciso III do caput do art.

7º da Lei 9.532/97, já citado acima. (e-STJ fl. 4346)

[...]

Primeiramente, gize-se que o ágio apurado pela parte autora, na casa dos R\$ 60 milhões, foi considerado existente pelo próprio CARF. Logo, não há controvérsia acerca da existência do ágio. O que o voto condutor do julgado argumenta, como fundamento para a glosa realizada, é o ágio verificado foi artificialmente criado, mediante a utilização de "empresa veículo" (no caso, a CREMERPAR), que teria sido incluída no negócio unicamente com a finalidade de geração e aproveitamento de tal ágio. Inicialmente, saliento que da leitura dos autos constato que a criação da CREMERPAR possuía sim

propósito negocial, necessário para a reorganização societária da demandante (fechamento do capital, aquisição do controle acionário, reorganização da estrutura administrativa) e não exclusivamente a geração de ágio, como decidido pelo CARF. A substância econômica do negócio jurídico, portanto, existe, não havendo se falar em fraude, evasão ou elisão fiscal abusiva. A necessidade da criação da CREMERPAR, do ponto de vista negocial e econômico, restou bem ilustrada pela parte autora na petição inicial, na descrição de inúmeros fundamentos com força e relevância: [...]

Outrossim, no caso de investidores estrangeiros (como no caso da MLGP), a criação de uma holding nacional se constitui em pressuposto para usufruir da prática de amortização do ágio, consoante bem ressaltado pela parte autora na petição inicial. Uma empresa nacional, via de regra, não necessitaria criar uma "holding" para efetivar a aquisição de outra, via incorporação, uma vez que poderia adquirir o investimento diretamente e se aproveitar do ágio ocorrido na operação. No caso dos investidores estrangeiros, entretanto, tal prática é inviável. A eles, restaria a possibilidade de realizar uma incorporação internacional (sendo que não haveria condições de usufruir das regras de "ágio" estabelecidas pela legislação tributária brasileira), ou sua participação direta como sócios, aportando recursos de maneira pura e simples, igualmente impedidos de acessar as regras aplicáveis aos nacionais. Ou seja: mais que uma faculdade, a criação da CREMERPAR se constituiu numa necessidade do investidor, para obter acesso isonômico ao mesmo tratamento tributário dispensável ao capital nacional. É evidente que tal prática prejudica os interesses nacionais, mormente os de fomento ao investimento na atividade produtiva no país, seja de capital nacional ou estrangeiro. (e-STJ fls. 4349/4351)(Grifos acrescidos).

Observem-se, agora, os excertos extraídos do acórdão recorrido:

Convém salientar que não está em causa a cláusula antielisiva do art. 116, parágrafo único, do CTN. A autoridade fiscal não identificou nenhuma fraude ou simulação que pudesse colocar em dúvida a lisura do processo de reorganização societária da CREMER, tanto que não foi imposta a multa qualificada de 150%, aplicável às hipóteses de fraude, simulação ou conluio.

Nada foi ocultado. Os atos foram praticados às claras, comunicados ao mercado e à CVM. Havia preceito legal especial para regular o ágio nas incorporações, não existindo a menor menção à necessidade de substância econômica ou que as operações estariam vedadas entre partes relacionadas. (e-STJ fl. 4471)

[...]

O aporte de recursos da CREMERPAR para aumento de capital na CREMER foi no valor de R\$ 87.775.953,46, mas apenas R\$ 60.395.852,04 foram contabilizados como ágio. Isto aconteceu porque os aportes dos recursos

na CREMER foram efetuados quando o seu PL estava negativo. "Assim, enquanto o PL da empresa permaneceu negativo, todos os aportes efetuados tiveram tratamento de ágio pago, até que seu PL ficou positivo" (ev1-COMP6, p. 33). Tal valor, acrescido dos R\$20.273.692,60 pagos aos terceiros que formavam o bloco de controle minoritário, totalizou ágio de R\$80.669.544,64.

Assim, "com a incorporação da CREMERPAR pela CREMER, o valor total do ágio (R\$ 80.669.544,64) foi transferido para a CREMER, e amortizado nos anos seguintes à razão de 20% ao ano, perfazendo uma amortização anual de R\$ 16.133.908,92" (ev1-COMP6, p. 23). (e-STJ fl. 4473)

Aliás, ao fim, quando enxergada a operação de aquisição e incorporação como um todo, baseado no cenário fático acima narrado, verifica-se que: a)ela ocorreu entre partes não relacionadas ou dependentes (grupo Merrill Lynch Global Partners [MLGP] e a CREMER S.A.), tendo sido apenas mediada por complexas reorganizações societárias; b) houve a aquisição com efetivo ágio (valor de compra maior que o patrimônio líquido da adquirida), motivado pela esperança de lucros futuros, o que implicou despesa para amortização; e c) a incorporação/absorção entre investidora e investida efetivamente aconteceu.

Isto é, os requisitos formais (requisitos do art. 7º da Lei n. 9.532/1997), materiais (existência real de substrato econômico), subjetivos(incorporação) e objetivos (negócio jurídico efetivo que gerou dívida/ágio) foram atendidos na espécie.

Também ressalto que as operações em análise foram objeto de **RECURSO ESPECIAL** no Processo Administrativo nº 16682.722247/2017-45 (referente ao ano-calendário de 2012). A Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, **DEU PROVIMENTO PARCIAL** ao Recurso Especial apresentado por COSAN LUBRIFICANTES E ESPECIALIDADES S.A. ("COSAN LE"), para cancelar a glosa da despesas de amortização de ágio decorrentes de operações societárias realizadas pelo Grupo Cosan para aquisição de cooperativas holandesas, as quais detinham participação na Esso Brasileira de Petróleo Ltda. ("ESSO").

Eis a conclusão da decisão da 1ª Turma da CSRF:

Relator(a): HELDO JORGE DOS SANTOS PEREIRA JUNIOR

Processo: 16682.722247/2017-45

Recorrente(s): FAZENDA NACIONAL/ COSAN LUBRIFICANTES E ESPECIALIDADES S.A

ACÓRDÃO 9101-007.244

Decisão: Acordam os membros do colegiado em: (i) quanto ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, por unanimidade de votos, conhecer do recurso; **(ii) relativamente ao Recurso Especial do Contribuinte: (a) por unanimidade de votos, conhecer da matéria "amortização de ágio" - englobando as matérias "2 - efetiva confusão patrimonial entre investidora e investida/ improcedência da tese do real adquirente" e "3 - impossibilidade da invalidação do ágio por**

suposta utilização de empresa veículo”, da matéria “amortização de ágio na base de cálculo da CSLL” e da matéria “multa isolada concomitante”; e (b) por maioria de votos, não conhecer da matéria “multa isolada após encerramento do exercício”, vencida a Conselheira Edeli Pereira Bessa que votou pelo conhecimento. No mérito, acordam em: (i) quanto ao recurso da Fazenda Nacional, por unanimidade de votos, negar-lhe provimento; e (ii) relativamente ao recurso do Contribuinte: **(i) quanto à matéria “amortização de ágio”, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso, com retorno ao colegiado a quo para exame de fundamento autônomo relativamente à exigência de laudo, vencidos os Conselheiros Edeli Pereira Bessa e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que votaram por negar provimento;** (ii) no que diz respeito à matéria “amortização de ágio na base de cálculo da CSLL”, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior (relator), Luis Henrique Marotti Toselli e Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic que votaram por dar provimento; e (iii) relativamente à matéria “multa isolada concomitante”, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Fernando Brasil de Oliveira Pinto que votaram por negar provimento. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Edeli Pereira Bessa. Votaram pelas conclusões: quanto ao conhecimento da matéria “amortização de ágio na base de cálculo da CSLL” e ao mérito do recurso da Fazenda Nacional, a Conselheira Edeli Pereira Bessa; relativamente ao mérito da matéria “amortização de ágio”, os Conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado e Fernando Brasil de Oliveira Pinto; e quanto ao voto vencedor da matéria “amortização de ágio na base de cálculo da CSLL”, o Conselheiro Jandir José Dalle Lucca. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado. Fez sustentação oral, a patrona do Contribuinte, Drª Ana Paula Schincariol Lui Barreto, OAB/SP 157.658.

A decisão acima mencionada tem a seguinte ementa, objeto do acórdão 9101-007.244, onde a CSRF objetivamente já apreciou o caso aqui discutido:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2012

MULTA QUALIFICADA DE 150%. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. ELUSÃO. REDUÇÃO.

Para aplicação da multa qualificada de 150% exige-se conduta caracterizada por sonegação ou fraude, a qual exige a presença de elemento adicional que a qualifique como evidente intuito de fraudar o Fisco. Tal conduta deve ser provada, e não presumida, por meio de elementos caracterizadores como documentos inidôneos, interposição de pessoas, declarações falsas, dentre outros. Além disso, a conduta deve estar descrita no Termo de Verificação Fiscal ou auto de infração, de forma a permitir o contraditório e a ampla defesa.

No caso de planejamento tributário, a partir do conceito amplo de elusão, situação em que o contribuinte busca evitar ou reduzir a incidência tributária mediante interpretação equivocada da norma, que o conduz a formalizações distorcidas; porém desprovida do intuito de fraude - típico da simulação-evasão -, porquanto o contribuinte atendeu a todas as solicitações do Fisco, observou a legislação societária, com divulgação e registro nos órgãos públicos competentes; enfim, houve regularidade formal e transparência perante o Fisco, não se vislumbra o dolo necessário à qualificação da multa. Nesse sentido, em razão de não restar configurado o intuito fraudulento na conduta praticada afasta-se a qualificação da multa, reduzindo-a para 75%.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TESE DO “REAL ADQUIRENTE” COM USO DE “EMPRESA VEÍCULO”. SIMULAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. DEDUTIBILIDADE.

A tese do “real adquirente”, com uso de “empresa veículo” na estruturação do negócio realizado, que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de simulação, fraude ou conluio. No presente caso, em sentido oposto à pretensão fiscal, a contribuinte demonstrou que não apenas existiam outros propósitos negociais na criação da empresa-veículo, além da questão meramente fiscal, como também que se tivesse estruturado o negócio sem a criação da nova empresa o resultado fiscal que seria obtido seria o mesmo.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2012

GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NO ÂMBITO DA APURAÇÃO DA CSLL.

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

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2012

CONCOMITÂNCIA DE MULTA ISOLADA COM MULTA DE OFÍCIO. DUPLA PENALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. SUBSISTÊNCIA DO EXCESSO SANCIONATÓRIO. MATÉRIA TRATADA NOS PRECEDENTES DA SÚMULA CARF Nº 105. ADOÇÃO E APLICAÇÃO DO COROLÁRIO DA CONSUNÇÃO.

Não é cabível a imposição de multa isolada, referente a estimativas mensais, quando, no mesmo lançamento de ofício, já é aplicada a multa de ofício.

É certo que o cerne decisório dos Acórdãos que erigiram a Súmula CARF nº 105 foi precisamente o reconhecimento da ilegitimidade da dinâmica da saturação punitiva percebida pela coexistência de duas penalidades sobre a mesma exação tributária.

O instituto da consunção (ou da absorção) deve ser observado, não podendo, assim, ser aplicada penalidade pela violação do dever de antecipar o valor de um determinado tributo concomitantemente com outra pena, imposta pela falta ou insuficiência de recolhimento desse mesmo tributo, verificada após a sua apuração definitiva e vencimento.

Além da Câmara Superior, consta dos autos a informação de que a 12ª Turma da 9ª Delegacia Regional de Julgamento da Receita Federal do Brasil (“DRJ 09”) também julgou a matéria e validou a operação em apreço, nos autos do Processo Administrativo nº 16682.721207/2022-43, que resultou o Acórdão nº 109-021.418, de 18/04/2024. Foi dado provimento Impugnação apresentada pela COSAN LE para cancelar a glosa das despesas de amortização do mesmo ágio aqui discutido (sendo que na decisão da DRJ se discute o ágio amortizado nos anos-calendários de 2017 e 2018). Eis a ementa do acórdão da DRJ9:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2017, 2018

DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. NECESSÁRIO COMPROVAR A ATIPICIDADE, ARTIFICIALIDADE E A EXCLUSIVA MOTIVAÇÃO TRIBUTÁRIA.

A utilização de empresa veículo por si só não configura impedimento para a dedução do ágio, especialmente quando demonstrado que outras configurações para o mesmo negócio teriam o mesmo efeito tributário.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL e MULTA ISOLADA. VINCULAÇÃO AO LANÇAMENTO PRINCIPAL.

Aplicam-se aos lançamentos tidos como reflexos as mesmas razões de decidir do lançamento principal (Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ), em razão de sua íntima relação de causa e efeito.

NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA

As decisões do CARF, mesmo que tratem de idêntica situação fática, não vinculam a Autoridade Tributária, nem mesmo o Órgão Julgador de 1ª instância, não sendo possível, portanto, falar em nulidade.

Impugnação Procedente

Crédito Tributário Exonerado

O voto condutor da decisão da DRJ consigna que:

(i) “a criação da COSANPAR não teve como único motivo a economia tributária, pois essa mesma economia poderia ter sido obtida regularmente de outras formas” (fls. 42 do Acórdão n.º 109-021.418). Mais especificamente, o mesmo resultado seria alcançado se a ESSO fosse adquirida diretamente pela COSAN S.A., tida como “real adquirente” na acusação fiscal (fls. 41 e 42 do Acórdão n.º 109-021.418);

(ii) “*não é cabível nem mesmo a configuração da COSANPAR como empresa veículo uma vez que a impugnante demonstrou que a sua criação tinha propósito econômico/negocial*” (fls. 46 do Acórdão n.º 109-021.418); e

(iii) “*a legislação tributária aplicável ao caso não trazia exigências quanto a forma do documento que comprovaria o fundamento econômico do ágio*”, bem como “*toda a fundamentação utilizada no TVF para rejeitar a amortização do ágio se ampara na indevida utilização de empresa veículo*” (fls. 36 do Acórdão n.º 109-021.418).

Todo o cenário apresentado revela a regularidade das operações, razões pela qual a amortização do ágio é plenamente autorizada.

Adicionalmente, passo a demonstrar outros fundamentos para justificar as razões pela qual a glosa foi indevida.

DAS JUSTIFICATIVAS PARA A AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Quanto à falta de propósito negocial, há que se distinguir dentre as operações levadas a efeito pelos interessados, aquelas que tiveram por objetivo ocultar o ganho de capital auferido pelos alienantes, daquelas cujo objeto foi a transferência do ágio para a atuada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E uma vez que pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras têm direito a adquirir até 100% das ações ou quotas da empresa nacional objeto de desestatização (vide art. 12 da referida Lei nº 9.491/97), é de se perguntar: como poderia um investidor estrangeiro se beneficiar dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 senão por meio da constituição e capitalização de uma pessoa jurídica nacional que fizesse o investimento na empresa objeto da desestatização? Esse foi, de fato, o caminho adotado pelos investidores estrangeiros (vide também caso Celpe, Acórdão nº 1201-00.689).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Entendo que não há elementos para vedar a amortização do ágio por considerar elusiva a instrumentalização de mecanismos previstos, autorizados e estimulados pela legislação

consubstanciaria revogação tácita da Lei 9.532/97. Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intensão, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado.

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

Nesse sentido, colhe-se da doutrina de Carlos Augusto Daniel Neto, ex Conselheiro do CARF, importantes luzes à análise do aproveitamento do ágio, porquanto *“Compreende e, sobretudo, respeitar os efeitos tributários legítimos de uma LBO é, afinal, uma segurança e um estímulo aos crescentes investimentos em empresas brasileiras e ao próprio desenvolvimento econômico nacional, e demonstra a compreensão da relevância desse negócio para viabilizar a aquisição de participações societárias, o que, em muito, transborda as vantagens tributárias que lhe são acessórias”*¹.

Calha à fiveleta trazer a análise doutrinária de Marcos Vinicius Neder e Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira², acerca da interposição de empresas para assegurar o aproveitamento do ágio, sob o enfoque das holdings como as empresas veículo, chegando-se às mesmas conclusões até aqui demonstradas neste voto, a saber:

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

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

A norma tributária, ao conceder o incentivo tributário de aproveitamento do ágio na Lei 9.532/1997, não fez restrição ao uso de holdings, muito pelo contrário as incentivou, como comentamos anteriormente, inclusive ao permitir a dedução do ágio na incorporação reversa. Assim, a mera existência da Instrução CVM 349/2001, que dispõe sobre o

¹ DANIEL NETO, Carlos Augusto. A amortização do ágio gerado em operações de compra alavancada de participações societárias. _____ In: ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de (Coord.). Série Controvérsias Tributárias e os Precedentes do CARF: Tributação sobre a Renda (IPRJ/CSLL). Vol. I. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2022, p. 78.

² NEDER, Marcos Vinicius; JUNQUEIRA, Lavínia Moraes de Almeida Nogueira. Análise do tratamento contábil e fiscal do ágio em estrutura de aquisição ou titularidade de sociedades quanto há a interposição de holding. In: Controvérsias Jurídico Contábeis, 4ª Volume. São Paulo: Dialética, 2013, fls. 161, 162 e 179.

tratamento contábil do ágio na incorporação reversa de holdings em empresas de capital aberto, e a existência dos procedimentos contábeis nela sugeridos não afetam em nada a possibilidade de dedução do ágio na incorporação reversa da holding. (...)

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

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

Apontar ilegalidade inexistente é tão deletério quanto a praticar!

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

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

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

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

Conhecer os senões que estão além da fria relação tributária demanda interesse pela investigação da realidade que cerca o intérprete e o aplicador do direito, que deve estar atento ao conteúdo interdisciplinar com áreas afins ao Direito Tributário, historicamente encaixotado no conforto de repetições apriorísticas. Seja porque, no mundo real, o direito mais se cumpre do que se descumpra, o propósito negocial mais existe do que se simula, mas conceber isso como uma realidade demanda escolha interpretativa que exige do ourives jurídico lapidar os

porquês e os “praquês” da fenomenologia jurídica ao par da realidade econômica, nem sempre transparente às lentes de quem a investiga. Cotejar a interdisciplinaridade destes senões, conforme notável lição do Professor – e também i. Conselheiro deste Colegiado – Jeferson Teodorovicz, “*Trata-se, portanto, de uma atitude de abertura epistemológica ou ‘abertura de pensamento’. O diálogo (recíproco) entre disciplinas é essencial para a efetivação da interdisciplinaridade. O cientista avança sobre o campo de interesse comum de outros ramos do conhecimento, permitindo-se receber contribuições de outras áreas.*” (TEODOROVICZ, Jeferson. *O Direito Tributário Brasileiro e a Interdisciplinaridade: Perspectivas, Possibilidades e Desafios*. In RDTA Revista Direito Tributário Atual. vol. 48. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, p. 578).

Ressalte-se, ainda, que as conclusões a que chegou a administração tributária para concluir por uma pretensa – e ao meu ver inexistente – artificialidade na conduta do contribuinte em manter a estrutura societária proposta para, supostamente, reduzir artificialmente a carga tributária como no caso em apreço, não encontra guarida na realidade indicada nos autos processuais, nem se justifica pelas teorias de escol que pretendem desconstituir negócios sob o prisma do dever de solidariedade que subjaz ao denominado *Dever Fundamental de Pagar Tributos*, conforme ensino do professor português José Casalta Nabais³.

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

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

No Brasil, há grandes professores que defendem o dever de pagar tributos como algo ínsito às sociedades modernas, a exemplo do professores Ricardo Lobo Torres⁴, Marcus Abraham⁵, Marco Aurélio Greco⁶, Marciano Seabra de Godoi⁷, Sérgio André Rocha⁸, Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁹, Klaus Tipke¹⁰, Douglas Yamashita¹¹, dentre outros. Citam o dever

³ NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Almedina: Coimbra, 1998.

⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Solidariedade e justiça fiscal*, In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). *Estudos de Direito Tributário: Homenagem à memória de Gilberto de Ulhôa Canto*, Rio: Forense, 1998; TORRES, Ricardo Lobo. *Sistemas constitucionais tributários*. In: BALEEIRO, Aliomar (Org.). *Tratado de direito tributário brasileiro*. t. II. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

⁵ ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁶ GRECO, Marco Aurélio. *Do Poder à Função Tributária*. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). *Princípios e Limites da Tributação* 2. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

⁷ GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sergio André (Organizadores). *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. GODOI, Marciano Seabra de. *Tributo e solidariedade social*. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coordenadores). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p.158).

⁸ ROCHA, Sérgio André. *Fundamentos do Direito Tributário Brasileiro*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Interpretação e Elusão Legislativa da Constituição do Crédito Tributário*. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; MACEDO, Marco Antonio Ferreira (Coordenadores). *Direitos Fundamentais e Estado Fiscal: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Salvador: Jus Podivm, 2019.

de solidariedade social e as exigências ínsitas coexistência da vida comum como elemento que torna admissível um dever coletivo fundamental de pagar tributos.

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

Note-se que os defensores da teoria do dever fundamental de pagar tributos *não afastam*, em nenhuma hipótese, todos os limites e travas do ordenamento jurídico ao exercício do poder de tributar¹². O próprio Prof. José Casalta Nabais dedica grande parte de sua obra para advertir que as limitações constitucionais e legais protetivas do contribuinte não são afetadas pelo reconhecimento desse dever coletivo.

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

Exatamente por isso, propõe-se aqui um novo olhar hermenêutico que afaste as amarras interpretativas sobre a teoria, passando a concebê-la não apenas sob a égide do dever fundamental de pagar tributos, mas sob a compreensão do dever fundamental de pagar (*legalmente*) tributos¹³.

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

Dito de outro modo, nas circunstâncias em que, licitamente, o contribuinte realizar ato jurídico que importe em economia tributária válida, sem mácula ou vício previsto no ordenamento jurídico, ou seja, sem patologia de forma, de vontade, de intenção ou ocultação, ter-se-á como inválida a exigência da exação que dele decorra, inexistindo dever fundamental de pagar *ilicitamente* tributos. Trata-se da realização do *princípio da tributação conforme a lei*¹⁴, em

¹⁰ TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹¹ Idem.

¹² Cite-se o Professor Marciano Seabra de Godoi, também, um dos grandes defensores da teoria, para quem “a afirmação das íntimas relações entre solidariedade e tributo e o reconhecimento da existência de um dever fundamental de pagar impostos poderão causar espécie e ser mal compreendidos. Poder-se-ia pensar que o reconhecimento de um dever fundamental de pagar impostos credenciaria o Estado a exigir dos contribuintes qualquer tipo de prestações tributárias, enfraquecendo os limites formais e materiais do poder de tributar. De outra parte, poder-se-ia concluir que a vinculação do tributo com a solidariedade constitui uma ‘desculpa’ ou um ‘pretexto’ para justificar a cobrança de exações com graves violações das limitações constitucionais do poder de tributar” (GODOI, Marciano Seabra de. *Tributo e solidariedade social*. In: _____ (Coords.) GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p.158).

¹³ Tais reflexões levaram este Relator a produzir texto acadêmico tratando do assunto, cf. ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de. O Dever Fundamental de Pagar (legalmente) Tributos: Significado, Alcance e Análise de Precedentes do Carf. *Revista Direito Tributário Atual* nº 51. ano 40. p. 197-224. São Paulo: IBDT, 2º quadrimestre 2022.

¹⁴ PONTES, Helenilson Cunha. *Revisitando o tema da obrigação tributária*. In: _____ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário – Homenagem a Alcides Jorge Costa*, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

última instância, o princípio da legalidade, como elemento basilar do ordenamento jurídico, cuja aplicação conjunta torna possível o reconhecimento do dever jurídico em apreço.

Assim, ainda que se admita que a existência do princípio da solidariedade social que justifica a existência do dever fundamental de pagar (legalmente) tributo, tal fato não tem a aptidão de afastar, limitar ou inviabilizar outros princípios e regras que integram a ordem constitucional e validam juridicamente o fenômeno da tributação, sobretudo, as limitações constitucionais ao poder de tributar e os direitos fundamentais do contribuinte. Em circunstâncias que desafiem o intérprete à derrotabilidade (*defeasibility*)¹⁵ de algum deles, o dever fundamental de pagar (legalmente) tributos não terá ascendência sobre os demais, sugerindo-se a solução a partir do sobreprincípio da proporcionalidade e da técnica do balanceamento (*balancing*), a fim de alcançar solução verdadeiramente justa, servindo de freios e contrapesos do próprio ordenamento jurídico.¹⁶

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

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

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

Penso que inexistência atual de norma específica que discipline a pretensa desconstituição de negócios jurídicos válidos não autoriza a administração tributária a se valer de critérios gerais, claramente subjetivos, para atribuir a pecha de planejamento tributário “abusivo” ao exercício regular de direitos de cunho empresarial e societário. Cabe ao legislador – e somente a ele – indicar normas ordinárias de reação ou proibição a planejamentos tributários específicos

¹⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. The ascription of responsibility and rights: *Proceedings of the Aristotelian Society*. Londres, XLIX, p. 171-194, 1948.

¹⁶ ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de. *A proporcionalidade e os limites ao poder sancionador tributário*. In: _____ (Coords.) VIANA FILHO, Jefferson de Paula; CELESTINO JUNIOR, José Osmar; FILGUEIRAS, Ingrid Baltazar Ribeiro; GOMES, Priscilla Régia de Oliveira. *Novos tempos do direito tributário*. Curitiba: Editora Íthala, 2020, p.71;73.

(assim entendidos as “SAAR – *Special Anti Avoidance Rules*”) ou normas gerais de idêntica natureza (“GAAR – *General Anti Avoidance Rules*”), sob pena de se admitir que a generalidade da norma geral antielisiva, que possui mero comando autorizador do exercício secundário de competência legislativa ordinária, autorize o fisco a indicar limites à regular prática de planejamento tributário lícito, que não representa qualquer prática de ato ilegal, não enseja presunção de abuso, não demanda ser combatido (até porque é lícito) ou justifica autuações subjetivas. Com efeito, conforme leciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “*a liberdade pode ser disciplinada, mas não pode ser eliminada*”¹⁷, cabendo ao legislador, portanto, discipliná-la e a administração cumprir a disciplina. Fora daí repousará o excesso!

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

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

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

Isso significa que, *enquanto não for devidamente editada a lei ordinária dispondo a respeito, falta um elemento essencial à aplicabilidade do parágrafo examinado, sendo ilegal o ato administrativo fiscal que, nesse interregno, pretender nele apoiar-se.* Enquanto não vier a ser editada a lei ordinária prevista no dispositivo, falta ao dispositivo a plenitude da produção dos seus efeitos e, por consequência, a autoridade administrativa não pode praticar ato de desconsideração nele fundamentado (o que não impede, porém, as reações já examinadas, nos casos de abuso ou fraude à lei)¹⁸. (Grifou-se)

Luís Eduardo Schoueri confirma tal entendimento, ao estatuir que “*não há lei que obrigue alguém a incorrer em fato jurídico tributário. Ao contrário, sob pena de caracterização de confisco, a hipótese tributária não pode ser conduta obrigatória. Ora, se ao particular é*

¹⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007, p. 196.

¹⁸ GRECO, Op. Cit. p. 568.

assegurado o direito de incorrer, ou não, naquela hipótese, então não se pode considerar fraudulenta a decisão do planejamento tributário”¹⁹.

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

SIMULAÇÃO. MULTA QUALIFICADA

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

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

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

E quando o ato praticado leva a uma economia tributária? Nesse caso, entendo ter razão Sérgio André Rocha, em obra que versa sobre Planejamento Tributário e Liberdade Não Simulada, ao estatuir que *“O querer pagar menos tributo é ubíquo tanto na evasão quanto na elisão fiscal, não sendo, assim, critério relevante para separar uma situação da outra. Logo, é no campo da divergência objetiva entre o ato praticado e a realidade que deve ser identificada a simulação, não no campo das intenções subjetivas do contribuinte”²⁰.*

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

¹⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento Tributário: Limites à Norma Antiabuso. São Paulo: Revista Direito Tributário Atual, n. 24, 2010, p. 355.

²⁰ ROCHA, Sérgio André. Planejamento tributário e liberdade não simulada. 2ª ed. Belo Horizonte-MG: Letramento; Casa do Direito, 2022, p. 137.

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

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

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

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

Sobre o assunto, cite-se a notória contribuição acadêmica de Humberto Ávila, para quem *“Só se pode planejar e agir quando há segurança para planejar e para agir. Segurança é, deste modo, um meio à realização das liberdades individuais, uma espécie de princípio funcional relativamente àquelas. Afinal, quem não pode confiar nas condições jurídicas para a realização de seus atos guardará distância das grandes realizações, já que a liberdade significa, justamente, a possibilidade plasmar a própria via de acordo com os próprios projeto”*²¹. O autor ainda que controverte a necessidade de realização da segurança com foco nos três problemas interpretativos centrais:

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

A segunda questão diz respeito à carência de confiabilidade do ordenamento jurídico. O cidadão não sabe se a regra, que era e é válida, ainda continuará válida. E, quando ele sabe disso, não está segundo se essa regra, embora válida, será efetivamente aplicada ao

²¹ ÁVILA, Humbert. Teoria do Ordenamento Jurídico. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 80.

seu caso. Regras e decisões são, pois, inconstantes. O Direito não é sério – e também deixa de ser levado a sério.

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

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

Penso que se faz necessário assegurar previsibilidade às relações jurídicas e, nesse contexto, não vejo problemas jurídicos em se admitir que a Lei 9.532/97 assegura ao contribuinte, como regra geral, a interposição de empresa veículo para estruturação de seus negócios que lhe assegure amortizar o ágio em decorrência de incorporação reversa para fins de apuração do lucro real. Portanto, as glosas demonstram-se indevidas, a ensejar a desconstituição das autuações.

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

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

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

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

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

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

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

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

Considerando que este voto desconstitui as autuações em seu mérito principal, todos os acessórios caem por consequência lógica, sobretudo a qualificação da multa, que também resta afastada em razão da inexistência de simulação que justifique a majoração dos valores.

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

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

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

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

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO EFETIVAMENTE PAGO NA AQUISIÇÃO SOCIETÁRIA. PREMISSAS. As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7º, inciso III, e 8º. da Lei 9.532 de 1997, são: (i) aquisição de investimento relevante com contraprestação de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura; (ii) fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição; (iii) desdobramento do custo de aquisição

em valor de equivalência patrimonial da investida e ágio ou deságio incorrido; (iv) a amortização do ágio deve se processar com a união entre o acervo patrimonial investidor e o acervo patrimonial investido (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição); (v) absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou vice-versa).

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

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

A adoção de empresas intermediárias alcunhadas pejorativamente de “veículo” como meio de viabilizar as operações societárias amparadas no direito de auto-organização empresarial que levem à transferência do ágio permitindo seu aproveitamento de maneira mais conveniente ao contribuinte não encontra vedação no Direito Brasileiro, ainda que a sua constituição no Brasil se dê por empresa estrangeira para centralizar (de maneira temporária ou perene) os investimentos adquiridos no Brasil.

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

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

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

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

COMPROVAÇÃO DO FUNDAMENTO ECONÔMICO DO ÁGIO

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

Com efeito, vê-se dos autos que a contribuinte realizou análise econômica antes da operação, com base na expectativa de rentabilidade futura da aquisição societária, uma vez que apresentou estudo do Banco Morgan Stanley que apontou os objetivos econômicos necessários à realização da transação em questão.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 3º O valor de que trata o inciso II do caput deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

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

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

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

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

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

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

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

No caso dos autos, além do estudo anterior à transação (Banco Morgan Stanley), a contribuinte contratou laudo de rentabilidade futura da KPMG poucos meses após o início das tratativas – e antes mesmo do prazo de 13 meses hoje vigente –, de forma que o negócio em questão não demonstra nenhuma pecha de artificialidade.

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

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

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

Ano-calendário: 2013

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

Antes do advento da MP nº 627/13, convertida na Lei nº 12.973/14, não existia dispositivo legal, próprio e expresso, quanto à temporalidade e à cronologia da produção e arquivamento de documento em que se demonstra o fundamento econômico do ágio registrado na contabilidade das empresas.

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

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

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

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

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

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

DISPOSITIVO

Ante o exposto, dou provimento ao Recurso Voluntário.

Assinado Digitalmente

Fredy José Gomes de Albuquerque

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro Fenelon Moscoso de Almeida

Apresento declaração de voto, dissentindo das razões apresentadas pelo eminente Relator para justificar o provimento ao recurso voluntário, não só quanto a questão da tese da real adquirente, da falta de substrato econômico e de propósito negocial, e ao planejamento tributário abusivo na operação realizada através da empresa veículo, mas, especialmente, em razão das justificativas para comprovação do fundamento econômico do ágio, por meio dos documentos apresentados e apontados como inservíveis pela fiscalização.

Concluiu o Relator por afastar o fundamento de extemporaneidade do laudo de avaliação que teria servido de fundamento econômico à amortização fiscal do ágio, sob o fundamento de que a legislação (§ 3º, do art. 20, do Decreto-lei 1.598/77) sequer exigia a necessidade de laudo, apenas a escrituração do registro da aquisição com ágio, somente com a nova redação, dada pela Lei nº 12.973/14, teria se passado a determinar a prova do ágio através de laudo de avaliação, registrado em até 13 meses da data do evento societário.

Por sua vez, a Recorrente alega que o laudo de rentabilidade futura apresentado, elaborado pela KPMG em 03/06/2009 para justificar ágio pago em 21 e 25/11/2008, reportar-se-ia a informações de novembro/2008, contemporâneas à aquisição, e cita estudos internos elaborados pelo Banco Morgan Stanley em janeiro/2008.

No que se refere ao laudo extemporâneo, entendo devem subsistir os fundamentos da acusação fiscal para sua rejeição, ressaltando-se que apesar da legislação anterior a nova redação, dada pela Lei nº 12.973/14, não exigir a apresentação de laudo para comprovação do fundamento do ágio pago, já existia a previsão (art. 385 do RIR/99) do arquivamento de demonstração como comprovante da escrituração promovida, evidenciando que o documento que justifica o pagamento do ágio deve ser contemporâneo à aquisição.

Nesse sentido, idêntico precedente, envolvendo o mesmo contribuinte e as mesmas operações societárias, relativo aos fatos geradores dos anos-base de 2017 e 2018, no Acórdão n.º 1402-003.701, 23/01/2019, da relatoria da Conselheira Edeli Pereira Bessa, trecho abaixo reproduzido:

“Em impugnação a interessada asseverou que as operações realizadas a partir de abril de 2018 tiveram em conta estudo prévio elaborado pelo Banco Morgan Stanley juntado como documento nº 5 (fls. 3106/3136). Porém, o fato de referido documento trazer em sua primeira página a citação "January 18 2008" não permite concluir que ele seja anterior ou contemporâneo à aquisição ou mesmo que se refira a avaliação da investida, vez que, além de redigido em língua estrangeira, inexistente qualquer especificação do que representaria o dito "Project Marlin". Ressalte-se que a interessada não adiciona em suas razões de defesa qualquer esclarecimento acerca do conteúdo do referido documento.

Assim, não só pela incoerência de confusão patrimonial, mas também pela inexistência de prova da fundamentação do ágio pago em rentabilidade futura, devem ser mantidas as glosas no âmbito da apuração do IRPJ.”

Ainda, sobre o laudo extemporâneo elaborado pela KPMG e os estudos internos elaborados pelo Banco Morgan Stanley, vale destacar Declaração de Voto do julgador Fernando Luiz Gomes de Mattos no acórdão recorrido, onde restou consignado:

“Em sede de impugnação, a contribuinte apresentou um estudo prévio à negociação, emitido pelo Banco Morgan Stanley e que fundamentaria a expectativa de rentabilidade futura. Tal documento, contudo, configura um simples estudo prévio, tendo sido emitido sem os fundamentos e os critérios técnicos que foram utilizados no Relatório de Avaliação Econômico-Financeira, elaborado pela KPMG Corporate Finance Ltda., em 03/06/2009.

Diante de todo o exposto, com as devidas vênias, dirijo do ilustre Relator e voto por considerar que a questão relativa ao fundamento econômico do ágio integra o litígio no âmbito do presente processo, devendo ser analisada por este colegiado. No mérito desta questão, considero que o Relatório de Avaliação Econômico-Financeira acostado aos autos não é

contemporâneo aos fatos (ou seja, foi elaborado após a operação de aquisição dos investimentos), razão pela qual não se mostra apto para amparar o registro contábil dos ágios com fundamento na previsão de resultado de exercícios futuros.”

Notar que, apesar da manifestação acima reproduzida, restou formalmente decidido no acórdão recorrido que a questão relativa ao fundamento econômico do ágio nem mesmo integraria o litígio no âmbito do presente processo.

Por essas razões, seja por não ter sido formalmente devolvida a apreciação do Colegiado, seja por entender que subsistem os fundamentos da acusação fiscal, não há como reconhecer validade ao laudo de avaliação e ao estudo prévio que respaldem o fundamento econômico do ágio no presente processo.

Assinado Digitalmente

Fenelon Moscoso de Almeida