



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

Processo n° 16682.721208/2012-16
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-002.090 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de janeiro de 2016
Matéria IRPJ
Recorrente COSAN LUBRIFICANTES E ESPECIALIDADES S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011

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 autuada, 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. CONDOTA ACATADA PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA À ÉPOCA DOS FATOS GERADORES. IMPOSSIBILIDADE.

Constatado que o procedimento adotado pelo 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.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

O crédito tributário não pago integralmente no vencimento é acrescido de juros de mora, qualquer que seja o motivo determinante. Por ser parte integrante do crédito tributário, a multa de ofício também se submete à incidência dos juros nas situações de inadimplência.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Aplica-se às exigências ditas reflexas o que foi decidido quanto à exigência matriz, devido à íntima relação de causa e efeito entre elas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso para reduzir a multa ao percentual de 75%. Vencidos os Conselheiros Frederico Augusto Gomes de Alencar que votou por negar provimento integralmente ao recurso e o Conselheiro Demetrius Nichele Macei que votou por dar provimento integralmente e fará declaração de voto. Designado para redigir o voto vencedor em relação à multa de ofício o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente.

(assinado digitalmente)

FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR - Relator.

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: LEONARDO DE ANDRADE COUTO, FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR, LEONARDO LUIS PAGANO GONÇALVES e DEMETRIUS NICHELE MACEI.

Relatório

COSAN LUBRIFICANTES E ESPECIALIDADES S.A. recorre a este Conselho contra decisão de primeira instância proferida pela 5ª Turma da DRJ Rio de Janeiro/01/RJ, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Por pertinente, transcrevo o relatório da decisão recorrida (*verbis*):

“Trata o presente processo do auto de infração de fls. 1100 a 1137, lavrado pela DEMAC/RJO, no qual consta a exigência, relativa aos fatos geradores dos anos-calendários de 2009 e 2010 e do 1º semestre de 2011, de:

- imposto de renda da pessoa jurídica (IRPJ), cód. 2917, no valor de R\$ 109.505.363,25, com multa de ofício qualificada no percentual de 150% e juros de mora; e
- contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), cód 2973, no valor de R\$ 38.586.057,98, com multa de ofício qualificada no percentual de 150% e juros de mora.

Consta ainda o ajuste de base de cálculo do IRPJ e da CSLL, conforme tabela a seguir:

Período de apuração	Saldo do prejuízo fiscal após o ajuste	Saldo de bases de cálculo negativas após o ajuste
01/01/2009 a 31/12/2009	31.689.760,56	40.946.175,31
01/01/2010 a 31/12/2010	0,00	0,00
01/01/2011 a 01/06/2011	0,00	0,00
02/06/2011 a 31/12/2011	503.703.707,31	504.253.085,50

De acordo com a descrição dos fatos e enquadramento legal de fl. 1103 e 1122, e do termo de verificação fiscal de fls. 1138 a 1208, os lançamentos se devem:

- redução do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido nos anos-calendário de 2009, 2010 e 2011, com a utilização de despesas não dedutíveis relativas à amortização do ágio gerado na operação de aquisição da impugnante pela empresa veículo Cosanpar Participações S/A, ágio posteriormente transferido para a contribuinte por meio de incorporação reversa; e
- compensação de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa em montante superior aos respectivos saldos.

Segundo a autuação, a infração principal decorreria da caracterização de simulação, tendo em vista tratarem-se de operações estruturadas, que isoladamente, aparentavam licitude de direito, mas que, vistas em seu conjunto, acabaram 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 da sociedade. A autuada teria demonstrado evidente intuito de não se pagarem os tributos devidos mediante uma série de operações estruturadas especificamente para tal fim, razão pela qual foi aplicada a multa qualificada de 150%.

A autuação apresenta como fundamento legal os artigos 3º da Lei nº 9.249/95, e 247, 248, 249, I, 251, 277, 278, 299 e 300 do Decreto nº 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99), em relação às despesas não necessárias; os artigos 2º da Lei nº 7.689/88, 57 da Lei nº 8.891/95, 2º da Lei nº 9.249/95, 1º da Lei nº 9.316/96 e 3º da Lei nº 7.689/88, em relação às despesas indedutíveis.

Cientificada pessoalmente em 07/06/2013, por meio de procuradores regularmente constituídos, a interessado apresentou em 05/07/2013 impugnação de fls. 1236 a 1309, acompanhada dos documentos de fls. 1310 a 1511, nas quais, alega, em apertada síntese, que:

- 1) a criação e utilização da Cosanpar para aquisição das cooperativas holandesas Brazil International Holdings e Brazil Holdings Cooperatief, pertencentes ao Grupo ExxonMobil, controladoras da impugnante, não buscou nenhuma economia tributária que não ocorreria se a aquisição das cooperativas mencionadas se verificassem de outra maneira, sendo a utilização da Cosanpar uma opção estritamente negocial do grupo, por outras razões, que não fiscais, que levaram à reorganização societária tal como praticada;
- 2) a criação da Cosanpar teve como objetivo principal permitir a aquisição e administração desse novo investimento de forma apartada dos demais ativos do Grupo, não impactando os outros negócios desenvolvidos pela Cosan, impedindo a necessidade de abertura do capital da Esso, por exigência das regras da Comissão de Valores Mobiliários, caso fosse efetuada de outro modo, e como objetivos secundários proporcionar transparência na operação de aquisição para antigos e novos investidores e possibilitar a entrada de eventuais novos investidores com experiência no setor de combustíveis e lubrificantes derivados de petróleo sem afetar os outros negócios do Grupo Cosan;
- 3) a Cosanpar era uma empresa operacional, pois no período entre a assinatura do contrato com o Grupo ExxonMobil e a conclusão da transação contratou cerca de 100 empregados, os quais receberam treinamento, e após a conclusão do negócio, passaram a atuar em outras atividades, além disso possuía despesas próprias, efetuando endividamento de forma independente, o que não se coaduna com a afirmação de que seria mera empresa “de papel”;
- 4) em que pese a Cosanpar tenha sido uma empresa operacional, é válida a utilização de “empresas veículo” para fins de aproveitamento do ágio na aquisição de participação societária, sendo que em alguns casos a utilização da opção legal conferida pelo art. 36 da Lei nº 10.637/02 demanda a utilização de empresa veículo, conforme jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais;
- 5) a inaplicabilidade da teoria do propósito negocial, nos casos de exercício de opção legal, tal qual a prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, todavia afirma em que cada uma das operações realizadas pelo Grupo Cosan estão presentes o motivo, a finalidade e a congruência dos atos, os quais não eram predominantemente tributários, estando portando demonstrado o seu propósito negocial;

- 6) as operações realizadas estavam inseridas coerentemente no planejamento estratégico do empreendimento econômico do grupo Cosan, que era, no longo prazo, de expandir sua atuação nos diversos setores de negócios em que atua, dentre eles o de combustíveis e lubrificantes derivados de petróleo, o que os levou à aquisição dos ativos da ExxonMobil na Holanda e, posteriormente, a união das operações com a Shell;
- 7) nega que tenha praticado qualquer ato simulado, o que teria sido reconhecido pela autoridade autuante quando esta afirma que todos os atos que compuseram a operação societária efetuada pelo grupo Cosan estão de acordo com a legislação societária, em razão da existência de motivos extratributários para a criação da empresa de participações Cosanpar, bem como da regularidade e validade dos atos praticados, razão pela qual se mostra inadequada a aplicação da multa agravada, uma vez que ausente a fraude, sonegação ou conluio;
- 8) afirma que os procedimentos por ela praticados decorreram de interpretação de lei, o que não pode ser confundido com ato ilícito, importando na inexistência de dolo ou má-fé, o que impede a aplicação da multa agravada;
- 9) a inexistência de previsão legal para adição a base de cálculo da CSLL da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização;
- 10) afirma que na hipótese de ser considerado devido o IR/Fonte sobre a operação autuada, objeto do processo administrativo nº 16682.720343/2013-25, o valor do ágio deverá ser majorado em razão do acréscimo do custo de aquisição do investimento pela adição do valor do IR/Fonte no preço da operação;
- 11) a ilegalidade da cobrança de juros moratórios aplicados sobre a multa de ofício, por ausência de previsão legal, posto que o art. 13 da Lei nº 9.065/95, combinada com o art. 84 da lei nº 8.981/95, estabelecem a cobrança de juros de mora com base na taxa SELIC apenas sobre tributos.

Por fim, requer que seja recebida, conhecida e provida sua impugnação, para o fim de serem desconstituídos os créditos tributários, e a exigência fiscal cancelada na sua integralidade; e, subsidiariamente, o reconhecimento da impossibilidade de adição da despesa com a amortização do ágio à base de cálculo da CSLL, a exoneração da multa agravada, o cancelamento dos juros calculado com base na taxa SELIC sobre a multa de ofício lançada, e o ajuste no valor do ágio na hipótese de prevalecer a cobrança do IR/Fonte nos autos do PAF nº 16682.720343/2013-25.

É o relatório.”

A decisão de primeira instância, representada no Acórdão da DRJ nº 12-59.028 (fls. 1.523-1.543) de 27/08/2013, por unanimidade de votos, negou provimento à impugnação. A decisão foi assim ementada.

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

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 autuada, sem alteração da composição do controle acionário da mesma, e sem o trânsito de recursos financeiros entre as empresas envolvidas não tem fundamento econômico, logo é indedutível.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. INCORPORAÇÃO REVERSA. DOLO. CABIMENTO. A conduta planejada consubstanciada na incorporação reversa com o único propósito de gerar ágio artificial por meio da utilização de empresa veículo, constituída tão-somente para este fim, opera no sentido de se concluir que existiram atos preparatórios e de execução que analisados objetivamente, compõem percurso notoriamente utilizado para lesar o Erário Público, devendo a autuação ser realizada com multa agravada.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. O crédito tributário não pago integralmente no vencimento é acrescido de juros de mora, qualquer que seja o motivo determinante. Por ser parte integrante do crédito tributário, a multa de ofício também se submete à incidência dos juros nas situações de inadimplência.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. Aplica-se às exigências ditas reflexas o que foi decidido quanto à exigência matriz, devido à íntima relação de causa e efeito entre elas.”

Contra a aludida decisão, da qual foi cientificada em 20/09/2013 (A.R. de fl. 1.549) a interessada interpôs recurso voluntário em 21/10/2013 (fls. 1.600-1.692) onde repisa os argumentos apresentados em sua impugnação. Acrescenta que a decisão recorrida teria inovado o lançamento ao entender que se estaria em discussão a figura do "ágio interno".

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Da preliminar de nulidade da decisão recorrida

Alega preliminarmente a recorrente que a decisão recorrida teria inovado o lançamento. Argumenta, nesse sentido, que teria aquele *decisum* mantido a autuação por entender que se estaria em discussão a figura do "ágio interno", ou seja, aquele oriundo de operações praticadas entre partes relacionadas e onde não há pagamento.

Com efeito, entendo que as razões de defesa são descabidas. Não houve inovação do lançamento, mas apenas sua ratificação utilizando-se outros termos. Veja-se o trecho de interesse na decisão recorrida:

Assiste razão a autoridade autuante. Com efeito, **as operações societárias, vistas em seu conjunto, tiveram como resultado final a transferência do controle societário da autuada, antes pertencentes ao grupo holandês ExxonMobbil para o grupo nacional Cosan, o que poderia ser realizado de modo direto, sem a interposição de pessoas jurídicas, tal qual praticado pelo grupo econômico da fiscalizada.**

Além disso, **não vislumbro a alegada coerência das operações realizadas com o planejamento estratégico do empreendimento econômico do grupo de que a autuada faz parte,** de modo que considero que não restou demonstrado que a forma pela qual foram executadas operações societárias mencionadas tivessem alguma influência na consecução dos objetivos estratégicos de curto ou de longo prazo do grupo Cosan.

Neste contexto, **resta evidente que a Cosanpar Participações S/A não exerceu outra função que não seja de servir de "veículo" para transportar o ágio gerado na aquisição da participação da Fiscalizada. (grifo nosso)**

Do trecho acima constata-se que na decisão recorrida, em momento algum se aventou a manutenção do lançamento com base na ocorrência do denominado "ágio de si mesmo". Tal como apurado pelo Fisco, a DRJ destacou a falta de propósito comercial da participação da empresa COSANPAR PARTICIPAÇÕES LTDA na aquisição da empresa ESSO pelo Grupo COSAN. Expressamente, a decisão recorrida ressalta que não vê razões econômicas que justifiquem a participação da COSANPAR, mas apenas a redução fiscal decorrente do procedimento adotado pela interessada.

Assim, quanto às expressões "ágio interno" e "ágio artificial" utilizadas na decisão recorrida, entendo que aquele *decisum* lançou mão delas a fim de ressaltar a abusividade da conduta do Grupo COSAN. Isso porque a COSANPAR foi criada e extinta dentro do Grupo COSAN com o exclusivo intuito de permitir a amortização e dedução do ágio a despeito do que prevê a legislação. De uma forma ou de outra, o ágio ao final amortizado foi

registrado de forma artificial e a sua dedução decorreu de operações realizadas dentro do Grupo COSAN (operações internas).

Assim, ao mencionar que o ágio gerado é artificial e interno, a decisão recorrida não pretendeu fazer menção ao "ágio de si mesmo", ou que as operações ocorreram entre partes relacionadas e que não houve pagamento. Na verdade, com base na premissa inicialmente exposta de que a participação da COSANPAR na aquisição da empresa ESSO não teve qualquer propósito comercial diverso da economia fiscal que seria gerada, naquele *decisum* ressaltou-se que o ágio registrado pela COSANPAR é artificial em razão da artificialidade da participação dessa própria empresa, e interno porque decorreu de algumas operações que o Grupo COSAN realizou de forma interna (criação e extinção da COSANPAR).

Rejeito, pois, a preliminar de nulidade da decisão recorrida.

Do mérito

Resumo da autuação

Constata-se da descrição dos fatos e enquadramento legal do auto de infração, de fls. 1.103, e do termo de verificação fiscal de fls. 1.138 a 1.208, que a autoridade fiscal apurou infração relativa a redução indevida do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido nos anos calendário de 2009, 2010 e 2011, com a utilização de despesas não dedutíveis relativas à amortização do ágio gerado na operação e aquisição das cotas da fiscalizada pela empresa Cosanpar Participações S/A, ágio esse que, posteriormente, foi transferido para a autuada.

Em consequência, aquelas despesas foram adicionadas de ofício ao lucro real e à base de CSLL dos anos-calendário de 2009 a 2011, sendo recalculado o montante a pagar daqueles tributos, e efetuados os lançamentos correspondentes.

A autoridade fiscal considerou que as operações societárias realizadas pelo grupo econômico de que a autuada faz parte caracterizaram simulação, por se tratarem de operações estruturadas que isoladamente aparentavam licitude de direito, mas que vistas 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 da sociedade.

Resumo das operações societárias

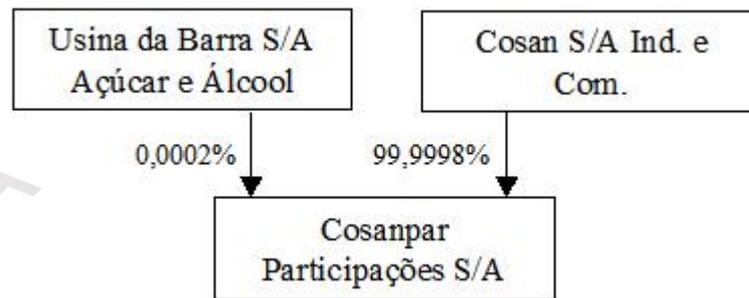
A sequência cronológica das operações societárias foi a seguinte.

- 19/03/2008 - o Grupo COSAN constitui a empresa COSANPAR PARTICIPAÇÕES LTDA.
- 23/04/2008 - o Grupo EXXONMOBIL firma com as empresas COSAN INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A (COSAN S/A) e USINA DA BARRA S/A AÇÚCAR E ÁLCOOL (empresas do Grupo COSAN) o contrato de compra e venda de 100% da participação na empresa ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA (antiga denominação da autuada). De acordo com o contrato, as compradoras não adquiriram diretamente a participação na ESSO, mas sim as

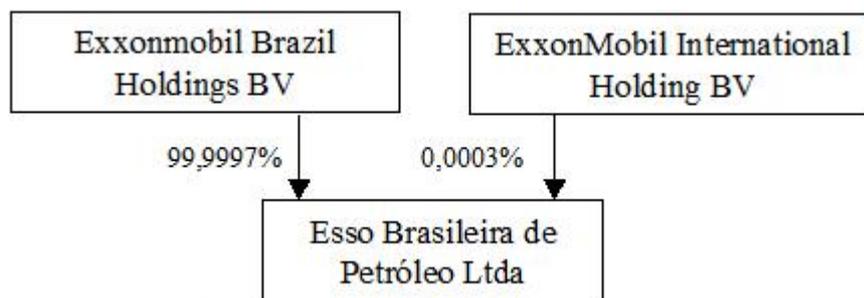
participações em duas cooperativas holandesas que ainda seriam criadas e que, quando do fechamento do acordo, deteriam a totalidade da participação na ESSO.

- 03/10/2008 - o Grupo EXXONMOBIL transfere às cooperativas holandesas BRAZIL INTERNATIONAL HOLDINGS COOPERATIEF U.A. (BIH) e BRAZIL HOLDINGS COOPERATIEF U.A. (BHC) 100% da participação na ESSO.
- 06/10/2008 e 17/11/2008 - a COSAN S/A transfere a COSANPAR, mediante integralização de aumento de capital, R\$ 1.706.779.790,00.
- 21/11/2008 - a COSANPAR transfere ao Grupo EXXONMOBIL a primeira parte do pagamento no valor de R\$ 520.385.540,64.
- 25/11/2008 - nessa data, por meio da alteração do contrato, a COSAN S/A cede a sua posição de compradora da participação na ESSO para a COSANPAR, e esta última empresa transfere ao Grupo EXXONMOBIL o restante do pagamento pactuado (R\$ 1.152.059.665,36).
- 01/12/2008 - o Grupo EXXONMOBIL transfere a COSANPAR (99,99%) e a USINA (0,01%) a totalidade das participações nas cooperativas holandesas BIH e BHC. Em face dessa operação, a COSANPAR registra um ágio referente a ESSO no valor de R\$ 1.464.180.873,00.
- 04/12/2008 - por meio de Assembleia Geral Extraordinária, os acionistas da COSANPAR autorizam a transferência à COSAN S/A de R\$ 320.885.000,00, sob a justificativa de "*valor enviado a mais como aporte de capital*".
- 18/12/2008 - as cooperativas holandesas BIH e BHC são liquidadas, e a participação na ESSO, juntamente com o respectivo ágio, passa a ser reconhecida pela COSANPAR.
- 19/01/2009 - a ESSO é transformada em sociedade por ações e passa a se denominar COSAN COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES S.A..
- 23/06/2009 - a COSAN COMBUSTÍVEIS (antiga ESSO) incorpora a COSANPAR, absorve o ágio pago sobre sua própria participação, e passa a amortizá-lo e deduzi-lo fiscalmente.

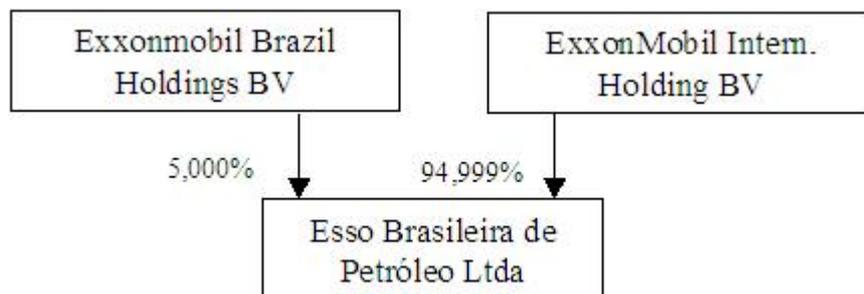
Conforme relatado na decisão recorrida, no momento imediatamente anterior da aquisição das participações societárias da autuada, a Cosanpar Participações S/A possuía a seguinte estrutura societária:



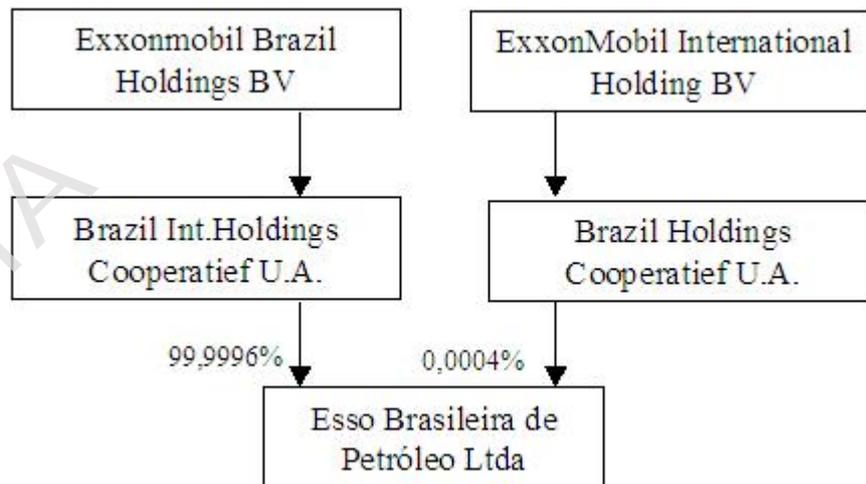
Antes da venda das suas participações societárias, a autuada, ainda com a denominação de Esso Brasileira de Petróleo Ltda, possuía a seguinte composição, conforme descrito na sua 35ª Alteração Contratual:



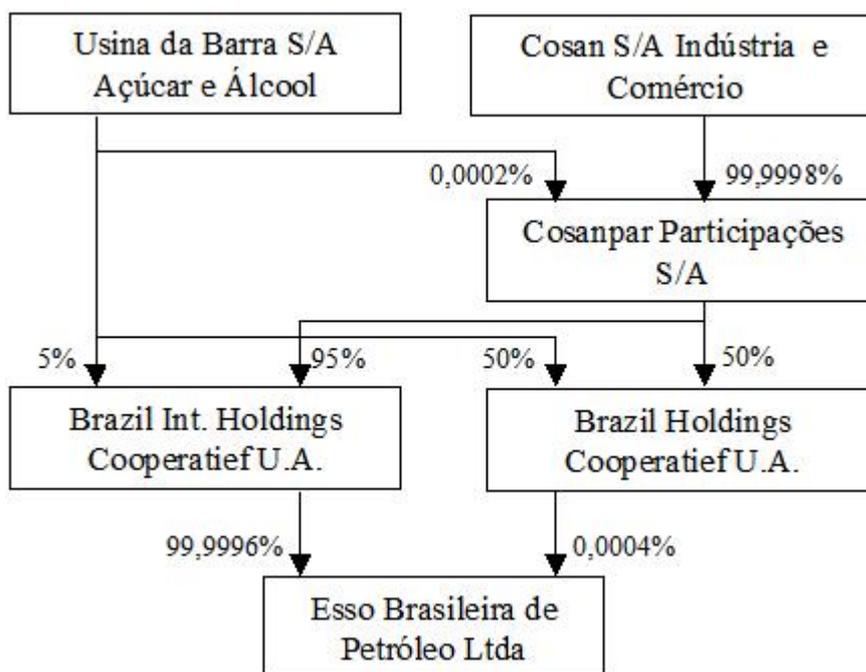
Posteriormente, mas ainda antes da venda das suas participações societárias a Esso Brasileira de Petróleo Ltda, possuía a seguinte composição, conforme descrito na sua 36ª Alteração Contratual:



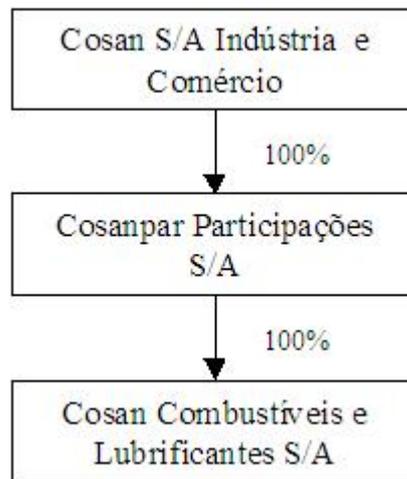
Após a criação das cooperativas sediadas na Holanda, a Esso Brasileira de Petróleo Ltda, modificando o percentual de participação societária, passou a ter a seguinte composição:



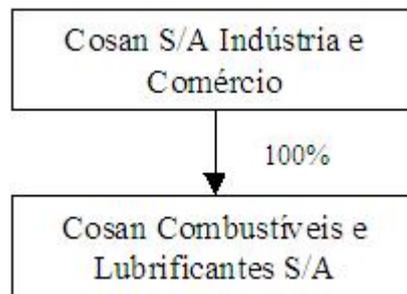
Após a aquisição das participações societárias, mas antes da liquidação das sociedades cooperativas sediadas na Holanda, a Esso Brasileira de Petróleo Ltda passou a seguinte composição societária:



Na seqüência, já com nova razão social, modificada para Cosan Combustíveis e Lubrificantes, a autuada, passou a seguinte composição:



Finalmente, após a incorporação reversa de sua controladora, Cosanpar Participações Ltda, a autuada passou a seguinte estrutura societária:



Após o processo de reorganização societária, na qual a Cosanpar Participações S/A foi incorporada pela sua controlada, Cosan Lubrificantes e Especialidades S/A, caracterizando uma incorporação reversa, o ágio passou a ser amortizado na sucessora nos anos-calendário subseqüentes, reduzindo o lucro real e a base de cálculo da CSLL.

Da dedução do ágio

Segundo consta do termo de verificação fiscal, as despesas de amortização do ágio gerado na aquisição da participação societária da autuada por Cosanpar Participações S/A, empresa posteriormente incorporada pela fiscalizada, seriam indedutíveis, por decorrerem de reestruturação societária, com a criação de empresa veículo, sem de propósito negocial. Considerou o Fisco a sequência de operações como uma simulação com abuso de direito, mediante extrapolação dos limites do fim econômico, da função social e da boa-fé objetiva do contrato da sociedade, com o intuito de fraudar a lei tributária.

A simulação e a ilicitude teriam ocorrido na aquisição das participações societárias na Esso Brasileira de Petróleo Ltda, pelo grupo empresarial COSAN, com ágio de R\$ 1.464.180.873,00, por expectativa de rentabilidade futura, em que a adquirente se utilizara de uma empresa veículo, Cosanpar Participações S/A, 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.

Segundo a autoridade autuante, se a adquirente 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.

Em sua defesa a autuada alega que atendeu a todos os requisitos legais para aplicar a dedução fiscal do ágio pago na aquisição de participação societária em coligada ou controlada, registrando tais fatos em sua escrituração; que não realizou planejamento tributário, mas apenas exerceu uma opção legal para proceder à reavaliação do investimento a valor de mercado, sendo, portanto, uma conduta lícita e expressamente prevista pelo legislador.

A amortização do ágio na aquisição de participação societárias, em virtude de incorporação, fusão, ou cisão, está assim disposta nos art. 385, 386, 391 e 426 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99):

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em

contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

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

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 1º).

§ 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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 2º):

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

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

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 3º):

I - 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;

II - 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 do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 4º).

§ 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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 5º).

§ 6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;

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

§ 7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no § 2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei nº 9.718, de 1998, art. 11).

(...)

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

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

(...)

Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

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

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;

III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior.

Os dispositivos legais supracitados, que autorizam a dedutibilidade do ágio na aquisição de participação societária nos casos de incorporação, fusão ou cisão, estabelecem,

implicitamente, como requisito para fruição do benefício fiscal que as operações realizadas devam estar fundadas em fatos existentes não só no plano jurídico mas principalmente no plano econômico, esses últimos não podem estar limitados à própria fruição do benefício. Como forma de redução do montante do imposto a pagar, o dever probante de tais circunstâncias incumbe a quem dele pretende se beneficiar, no caso a atuada.

Esta interpretação decorre da observância do princípio da prevalência da substância sobre a forma, reforçado em nosso ordenamento jurídico com a promulgação do Código Civil de 2002, ao qual determina que todos os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé (art. 113), bem como conceitua como ato ilícito aquele exercido manifestamente com excesso dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé, ou pelos bons costumes (art. 187).

Isto posto, a controvérsia cinge-se à existência ou não de artificialismo nas operações societárias realizadas para o fim de se considerar amortizável o ágio na aquisição do controle societário da atuada pela Cosanpar Participações S/A, sociedade posteriormente incorporada pela atuada para aproveitamento do benefício fiscal mencionado.

Do suposto propósito negocial das operações

Há que se verificar, portanto, se operações societárias foram montadas para obtenção do benefício fiscal sem que de fato tenha algum propósito negocial, de cunho econômico extratributário. Verificada tal hipótese configurar-se-ia o abuso do direito de auto-organização da sociedade, por ausência de fundamento econômico. Vale dizer, tal ato seria ilícito, e, conseqüentemente, não poderia beneficiar-se a atuada dos seus efeitos.

Alega a defesa que a criação da Cosanpar Participações S/A, e as demais operações societárias subseqüentes foram realizadas com o propósito de evitar a abertura de capital da Esso, decorrente de exigências das normas emanadas pela Comissão de Valores Mobiliários, bem como de possibilitar apartar a administração do novo investimento com as demais atividades do grupo Cosan, além de proporcionar transparência na operação de aquisição para antigos e novos investidores.

Destaco que as alegações apresentadas para justificar as operações realizadas não vieram acompanhadas de provas que corroborassem suas afirmações. Ademais, *a priori*, não há razões para se acreditar que a administração do novo investimento de forma apartada dos negócios já praticados pela atual controladora da atuada não poderia ser efetuada caso a aquisição do controle societário da atuada se desse de forma direta, o que, na verdade, traduziria em maior transparência na operação, ao contrário do alegado.

Com efeito, as operações societárias, vistas em seu conjunto, tiveram como resultado final a transferência do controle societário da atuada, antes pertencentes ao grupo holandês ExxonMobil para o grupo nacional Cosan, o que poderia ser realizado de modo direto, sem a interposição de pessoas jurídicas, tal qual praticado pelo grupo econômico da atuada.

Além disso, não vislumbro a alegada coerência das operações realizadas com o planejamento estratégico do empreendimento econômico do grupo de que a atuada faz parte, de modo que considero que não restou demonstrado que a forma pela qual foram executadas as operações societárias mencionadas tivessem alguma influência na consecução dos objetivos estratégicos de curto ou de longo prazo do grupo Cosan.

Neste contexto, resta evidente que a Cosanpar Participações S/A não exerceu outra função que não seja de servir de meio para transportar o ágio gerado na aquisição da participação da autuada.

Nesse sentido, veja-se os fundamentos trazidos pela d. Procuradoria em contra-razões apresentadas:

"...

b) Da real adquirente da empresa ESSO.

Antes de demonstrar o conteúdo do presente tópico, vale registrar que a lide ora em debate envolve saber a real adquirente da empresa ESSO, haja vista que, ao final, o ágio amortizado e deduzido se refere a esta empresa. Sobre esse ponto, em resumo, enquanto a Fiscalização aponta que a real adquirente foi a COSAN S/A, o autuado defende que foi a COSANPAR.

Destarte, como não faz parte da presente discussão o objeto da compra e venda, não será aqui abordado o que fora adquirido pelo Grupo COSAN: a empresa ESSO, ou as cooperativas holandesas BIH e BHC. Tal ponto diz respeito exclusivamente ao processo nº 16682.720343/2013-25, e não tem qualquer influência acerca da dedutibilidade do ágio.

Portanto, para fins de exposição das razões que levam à manutenção do lançamento, sem adentrar especificamente na questão, **o objeto da compra e venda estabelecida entre o Grupo EXXONMOBIL e COSAN será aqui definido como a participação na empresa ESSO.**

Pois bem. Antes de iniciar a análise da dedutibilidade do ágio propriamente dita, deve-se, por razões meritórias, demonstrar quem foi a real adquirente da empresa ESSO. A fim de apurar tal aspecto, devem ser respondidos três pontos: a um, quem participou da negociação dessas ações; a dois, quem de fato arcou com a contrapartida financeira; e a três, quem acabou detendo as ações que foram adquiridas.

Sobre o primeiro aspecto acima referido, recorre-se ao **contrato de compra e venda da empresa ESSO firmado no dia 23/04/2008**. De acordo com esse instrumento, a empresa EXXONMOBIL INTERNATIONAL HOLDINGS B.V. é qualificada como fornecedora, **e as empresas COSAN S/A e USINA DA BARRA são identificadas como Compradoras 1 e 2, respectivamente.**

Portanto, da simples leitura do contrato de compra e venda que permitiu a transferência da empresa ESSO, é possível notar sem maiores dificuldades que **a negociação fora realizada entre o Grupo EXXONMOBIL e as empresas COSAN S/A e USINA DA BARRA.** Foram tais empresas do Grupo COSAN que acordaram com o Grupo EXXONMOBIL o preço a ser pago, a forma de pagamento, a maneira como a participação societária seria entregue, assim como outras avenças.

Outrossim, vale registrar que, **mesmo com a cessão de direitos e deveres realizada entre a COSAN S/A e a COSANPAR, a COSAN S/A e a USINA DA BARRA permaneceram responsáveis pelo pagamento do preço ao Grupo EXXONMOBIL na qualidade de devedores principais,** e não como meros garantidores. Tal aspecto se extrai da redação da cláusula 3.2 do Termo Aditivo:

COSAN S/A INDUSTRIA E COMERCIO e Usina da Barra S.A. Açúcar e Álcool vem absoluta, incondicional e irrevogavelmente, isoladamente e em conjunto, garantir (como devedor principal e não apenas como garantidor) o desempenho integral e pontual de todas as obrigações assumidas por COSANPAR no Contrato original, nesta Alteração e todos os outros documentos, cartas e acordos celebrados pelos compradores, e renuncia aqui a prontidão, assiduidade, apresentação, demanda, notificação de aceitação e qualquer outro aviso e qualquer exigência de que o titular venha a exaurir, ter direito ou tomar qualquer ação contra COSANPAR. (grifo nosso)

Ora Senhores Conselheiros, da leitura da cláusula acima citada se vê claramente que mesmo com a inclusão no negócio da COSANPAR a COSAN S/A permaneceu vinculada ao pagamento como devedor principal. Diante de tal constatação, cabe indagar a veracidade de tal cessão. Se fosse uma cessão verdadeira, a COSAN S/A jamais poderia garantir o pagamento do preço como devedora principal, haja vista que a COSANPAR passou a ocupar tal posição.

Desta feita, demonstra-se que **a COSAN S/A, juntamente com a USINA DA BARRA, fora a empresa responsável pela negociação da empresa ESSO, e que, mesmo com a inclusão da COSANPAR, tal empresa permaneceu responsável pelo pagamento do preço como devedora principal.**

Reconhecida a negociação, parte-se agora ao pagamento do preço estipulado. Sobre esse segundo ponto, vale repetir o seguinte trecho do Termo de Verificação Fiscal (fl. 56 do TVF):

Observando-se a escrituração comercial relativa ao capital social da COSANPAR PARTICIPAÇÕES S/A, a seguir transcrita, verifica-se que todos os ingressos de recursos foram provenientes da COSAN S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO, de forma direta ou por meio de empresas ligadas, utilizando Adiantamentos para Aumento de Capital - AFAC. --- omissis --Verifica-se também que os ingressos de recursos foram concentrados entre 28 de outubro e 17 de novembro de 2008, ou seja, durante um período de duração inferior a um mês. Sem esta injeção de recursos em sua controlada COSANPAR, não poderia jamais a COSAN S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO ser por ela substituída no negócio original (o que se deu em 25/11/2008, poucos dias após a última transferência de recursos).

Ou seja, a sociedade COSANPAR, de 28/10/2008 até 17/11/2008, portanto, em menos de um mês, teve seu capital social aumentado de R\$ 1.000,00 para R\$ 1.706.779.790,00 com integralização efetuada pela COSAN S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO, sendo este valor aplicado

em quase sua totalidade na aquisição da participação societária com ágio na ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLIO LTDA e a parcela restante devolvida à controladora. (grifo nosso)

Sendo assim, além de ter negociado previamente a aquisição da ESSO, a **COSAN S/A fora quem efetivamente arcou com preço acordado**. Por meio da COSANPAR, a **COSAN S/A transferiu ao Grupo EXXONMOBIL R\$ 1.672.445.206,00**. Portanto, a circulação de riquezas decorrente do negócio que fora estabelecido se deu entre a COSAN S/A e o Grupo EXXONMOBIL. Sem maiores rodeios, tal origem financeira pode ser facilmente aferida quando se vê que **os recursos utilizados pela COSANPAR para adquirir a participação na ESSO foram exatamente aqueles enviados poucos dias antes a essa empresa pela COSAN S/A**.

E mais, a responsabilidade pelo pagamento resta ainda mais evidente quando se vê que **os recursos não utilizados pela COSANPAR na aquisição da ESSO foram devolvidos a COSAN S/A nove dias depois do pagamento, a título de "valor enviado a mais como aporte de capital"**.

Por fim, quanto ao destino final da empresa ESSO, a incorporação da COSANPAR pela COSAN COMBUSTÍVEIS ocorrida **menos de sete meses após a aquisição** a demonstra: a **COSAN S/A**. Com efeito, em decorrência da referida incorporação, a COSANPAR foi extinta, e a antiga empresa ESSO (agora transformada em COSAN COMBUSTÍVEIS) **passou a ser detida de forma direta pela COSAN S/A (controladora da COSANPAR), que fora justamente a empresa que negociou e pagou por essa participação societária**.

Desta feita, ante essa breve análise, demonstra-se que, em que pese a COSANPAR ter sido incluída no contrato como adquirente e titular da empresa ESSO, ter entregue os recursos necessários a tal aquisição, e ter recebido a referida participação societária, **a COSAN S/A fora a real adquirente**. Fora essa empresa que negociou com o Grupo EXXONMOBIL o preço a ser pago, as condições de pagamento, e a forma como a participação societária seria entregue. Além disso, fora essa empresa que efetivamente arcou com o preço e ao final passou a ser a titular da participação adquirida.

A COSANPAR, portanto, foi apenas uma empresa veículo **por meio da qual a COSAN S/A resolveu concretizar o acordo que seria celebrado com o Grupo EXXONMOBIL**. Nesse esteio, tal empresa foi constituída pelo Grupo COSAN **um mês antes do acordo ser celebrado**, foi incluída no contrato de compra e venda por meio de um termo aditivo, e serviu de "ponte" para a transferência tanto do pagamento como da empresa que seria entregue. Ao final, com a sua incorporação pela COSAN COMBUSTÍVEIS, **a participação da COSANPAR na aquisição da ESSO foi completamente desfeita, tal como se ela nunca tivesse existido**.

Tal fragilidade existencial da COSANPAR explica, dessa forma, o motivo pelo qual a COSAN S/A e a USINA DA BARRA permaneceram garantindo o pagamento do preço pela aquisição da ESSO mesmo após a inclusão da COSANPAR no contrato. Por motivos óbvios, **como a COSANPAR não era uma pessoa jurídica que continha caráter de continuidade, e sequer lastro financeiro quando da assinatura do contrato, as suas obrigações deveriam necessariamente ser assumidas também pelos antigos (verdadeiros) devedores**.

Destarte, demonstrada que a real adquirente da empresa ESSO fora a COSAN S/A, e que a COSANPAR serviu apenas como uma "ponte" na concretização dessa operação, parte-se à análise da dedutibilidade do ágio com base nessa conclusão.

..."

(grifos do original).

Da indedutibilidade do ágio

Via de regra, a aquisição de participação societária não é considerada despesa dedutível da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, e, uma vez que a atuada não logrou êxito em demonstrar fundamento econômico, que não seja a fruição do próprio benefício fiscal pretendido, tenho como artificiosas as operações societárias realizadas com o intuito de obtenção do direito a amortização do ágio na aquisição de participação societária da atuada.

Do laudo de avaliação apresentado

Verifica-se, ainda, que o Relatório de Avaliação-Econômica Financeira da atuada, elaborado por KPMG Corporate Finance Ltda, de fls. 84 a 129, utilizado para servir de parâmetro na análise da fundamentação no ágio pago na aquisição da atuada pela Cosan S/A Indústria e Comércio, foi emitido em 3 de junho de 2009, meses após as operações realizadas, apenas confirmando a avaliação feita pela interessada antes da conclusão dos negócios praticados, de modo que considero que nem mesmo a existência e quantificação do ágio foram devidamente comprovados.

Bem andou, nesse ponto, a d.PFN em suas contra-razões:

"...

d) Da intempestividade do laudo apresentado.

Acerca do laudo trazido pelo contribuinte para atestar o fundamento do ágio pago, destaca-se que tal documento **não serve** para tanto, e, assim, autorizar a dedutibilidade dessa "mais valia". Como o laudo **não foi elaborado à época em que o ágio foi pago**, esse documento não pode ser aceito para a finalidade pretendida pelo contribuinte. **Deve-se considerar que o ágio foi calculado com base em quaisquer outras razões econômicas, mas não na rentabilidade futura da ESSO.**

Como primeiro ponto a ser analisado, deve-se ter em mente o que a legislação tributária prevê acerca da dedutibilidade do ágio baseado na rentabilidade futura, e sobre a necessidade desse fundamento econômico estar comprovado em um documento elaborado antes do efetivo pagamento dessa "mais valia".

Nesse diapasão, o artigo 386 do RIR/99, mormente o seu inciso III, dispõe que, uma vez uma empresa controladora tendo absorvido o patrimônio de uma controlada, a qual tenha adquirido a participação societária com ágio, essa "mais valia" poderá ter a sua amortização deduzida na apuração do lucro real **se o seu fundamento econômico tiver sido a rentabilidade futura da participação societária adquirida**. Se o ágio tiver sido pago com base em outras razões econômicas (valor de mercado dos bens do ativo, fundo de comércio, intangíveis, etc), ele terá um tratamento tributário distinto, **e sem a dedução fiscal de sua amortização**.

Por fundamento, razão ou justificativa econômica, que leva ao surgimento de um ágio, por sua vez, deve-se entender o **elemento volitivo que impulsiona uma empresa a adquirir a participação societária de outra**. O fundamento econômico, assim, **não é um simples documento, mas sim a vontade real que fez parte do negócio firmado**. A rentabilidade futura, por exemplo, traduz o interesse da empresa adquirente de auferir no futuro a rentabilidade que será distribuída pelo investimento adquirido.

No que se refere à forma pela qual o fundamento econômico de um ágio deve ser comprovado por quem o registra, o artigo 385 do RIR/99 estabelece:

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

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

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

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

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

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

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

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

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

Apresentando, então, verdadeira **natureza** de norma **contábil-tributária**, vê-se que o artigo 385 do RIR/99 estabelece que **o lançamento contábil do ágio deve indicar a razão econômica que levou o seu pagamento, a qual, por seu turno, deve estar demonstrada em um documento arquivado na contabilidade da empresa.**

Em face do texto do artigo 385, tem-se, então, a necessidade da vontade econômica que levou ao pagamento de um ágio ser comprovado em um documento elaborado antes do seu efetivo desembolso.

Por certo, tendo o artigo 385 determinado que o lançamento do ágio deve registrar o fundamento econômico, e que essa justificativa deve estar arquivada na contabilidade da empresa, **não há como imaginar que o documento que ateste a razão econômica de um ágio seja elaborado após o seu efetivo pagamento.**

Caso o referido documento seja produzido após o pagamento da "mais valia", com certeza, o registro contábil do ágio, que ocorre quando do seu efetivo pagamento, não terá qualquer fundamento a que se referir, haja vista que não haverá qualquer informação a ser arquivada na contabilidade que demonstre a sua existência.

Outrossim, além do que prevê a norma, a anterioridade do laudo econômico ao pagamento do ágio **também decorre de uma questão de ordem lógica.**

Com efeito, a anterioridade que deve existir do documento que atesta o fundamento econômico do ágio ao seu efetivo pagamento, em que pese não estar expressamente prevista na lei, **decorre de uma estrutura lógica que se impõe à realização dos atos negociais que propiciam o surgimento de um ágio.** Isso porque, sendo o ágio fruto de uma negociação, onde uma parte adquire um bem (participação societária) de outra, **a ordem necessária dos fatos é que a parte adquirente estude o seu interesse no bem antes do negócio ser fechado.** Imaginar o contrário seria admitir que **a parte adquiriu o bem e depois analisou se tinha interesse na compra já realizada.** O ato existiria antes da vontade. Um absurdo!

Assim, numa operação pela qual uma participação societária é adquirida, **a razão econômica que justifica o preço cobrado/pago necessariamente deve anteceder o seu efetivo desembolso.** Em face de um negócio realizado, o estabelecimento entre as partes do valor envolvido indispensavelmente antecede a sua circulação. Não há como pensar o contrário.

Admitir que, na realização de um negócio, a efetiva circulação de riquezas entre as partes possa anteceder a razão econômica que levou ao estabelecimento do valor que seria recebido/pago, **significa afastar, em última análise, a regra fundamental da Economia da oferta e da demanda.** A demanda não mais influenciará o preço de bens negociáveis, haja vista que ela ocorreria depois do pagamento. Com efeito, os pagamentos seriam feitos sem qualquer razão econômica, sem qualquer interesse. Em momento posterior, as partes iriam analisar as suas reais intenções na persecução do negócio já firmado.

Portanto, a anterioridade do laudo econômico é tanto uma **imposição de ordem contábil**, imposta pela norma, assim como uma **questão de ordem lógica**, pois se assim não for, não há como imaginar a ocorrência dos fatos. Se a lei exige que o lançamento do ágio demonstre a sua justificativa econômica, a qual deve ser demonstrada por documento arquivado na escrituração da empresa, por certo que esse documento deve ser elaborado antes do pagamento do ágio, nunca depois. Se a

ordem natural das coisas implica a demanda (interesse) surgir antes da efetiva negociação, não há como imaginar o inverso.

Por outro lado, pensar que o laudo econômico possa ser elaborado após o pagamento do ágio, além de ser um disparate hermenêutico, implicaria a permissão de inimagináveis situações fraudulentas. A fraude se mostra possível em face do poder de manipulação que os contribuintes terão sobre as informações que servem para comprovar a materialidade dos fatos.

Por certo, em total contraposição ao princípio da verdade material, a possibilidade de o laudo econômico de um ágio ser elaborado após o seu efetivo pagamento permite ao contribuinte contabilizar o que quiser, e não o que efetivamente ocorreu. Será dado aos contribuintes o poder de manipular a vontade por trás dos seus atos. O fundamento econômico de um ágio não será aquilo que realmente levou ao seu pagamento, mas sim o que a parte que o suportou quiser que o seja.

Desta feita, haja vista o que até aqui foi exposto, demonstra-se que, para o reconhecimento da dedutibilidade de um ágio nos termos dos artigos 385 e 386 do RIR/99, esse ágio deve ter se pautado na rentabilidade futura da participação societária adquirida. E, para a aferição dessa razão econômica, deve o documento que a atesta ter sido elaborado antes do efetivo pagamento da "mais valia" a que se refere.

Demonstrada a premissa normativa, parte-se a sua aplicação ao caso concreto.

No caso do ágio aqui discutido, decorrente da aquisição da participação da ESSO pelo Grupo COSAN, verifica-se que o laudo elaborado no dia 03/06/2009 não é um documento hábil a demonstrar o fundamento econômico do ágio na rentabilidade futura da ESSO. Tendo por base que o referido documento foi elaborado em data posterior àquela em que o ágio foi pago (o que é incontroverso nos presentes autos), deve-se considerar que esse documento não se coaduna com o requisito à dedutibilidade imposto pela lei.

De fato, em que pese o Grupo COSAN ter negociado a participação da ESSO em 23/04/2008, com o pagamento de ágio nos dias 21 e 25/11/2008, o laudo trazido para justificar o fundamento econômico desse montante foi elaborado somente em 03/06/2009. Ou seja, mais de um ano depois que o preço foi fixado entre as partes.

Tal como demonstrado acima, essa intempestividade afeta de maneira irrefutável o alegado fundamento econômico da "mais valia" paga. Tendo sido elaborado em data posterior, não há como o laudo elaborado em 03/06/2009 atestar que o ágio pago em 21 e 25/11/2008 teve como fundamento a rentabilidade futura da participação societária adquirida. A elaboração de um laudo no presente não é hábil a atestar o elemento volitivo das partes em um negócio que se realizou no passado. Ou o documento foi elaborado à época do pagamento do ágio e, portanto, é possível aferir a justificativa econômica eleita; ou o documento não existe, não sendo possível aferir a razão que levou o pagamento do ágio.

O laudo trazido pelo contribuinte pode até calcular a rentabilidade futura da ESSO a partir de determinada data no passado. Agora, servir como fundamento econômico (justificativa) para um negócio já realizado, é impossível.

Ora, como pode um ágio ter como fundamento uma rentabilidade futura apurada posteriormente ao seu pagamento? Quer dizer, então, que o Grupo COSAN negociou a aquisição da ESSO em **23/04/2008, pagou o preço nos dias 21 e 25/11/2008, e somente em 03/06/2009 foi apurar o motivo pelo qual arcou com a quantia paga?**

Portanto, não há como admitir que seja dado ao contribuinte tamanho poder de manipulação sobre os fatos tributáveis. Como regra-matriz de julgamento eleita pelo CARF, a verdade material deve sempre ser buscada. No presente caso, **a verdade material só pode ser averiguada pelos documentos produzidos à época do pagamento do ágio.** Aceitar documentos elaborados em data posterior significa: tornar letra morta o disposto no artigo 385 do RIR/99; aceitar como possível uma situação impossível; e admitir que a verdade formal deva prevalecer sobre a verdade material, ou seja, "jogar no lixo" a coerência jurisprudencial que este Conselho tanto almeja.

Demonstra-se, assim, que o contribuinte não logrou demonstrar o fundamento econômico exigido pela lei do ágio pago pelo Grupo COSAN quando da aquisição da empresa ESSO. Não consta dos autos qualquer documento prévio ao seu pagamento que ateste a sua fundamentação na rentabilidade futura da empresa. **Não há no processo qualquer elemento que ateste o elemento volitivo do Grupo COSAN quando da aquisição da ESSO.**

Claro se mostra, portanto, que **o ágio pago pelo Grupo COSAN não foi pautado na rentabilidade futura da ESSO.** Se assim tivesse sido, o contribuinte não teria qualquer problema em trazer aos autos o documento que pautou (e, portanto, antecedeu) a decisão de pagar o ágio.

Ante todo o exposto, considero procedente a adição à base cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica dos anos calendário de 2009 a 2011 dos valores relativos a amortização do ágio promovida pela autoridade fiscal, e, de igual modo, por via de consequência, as reduções do saldo de prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa da CSLL, efetuadas na autuação.

Da qualificadora da multa de ofício

A autoridade fiscal aplicou a multa qualificada no percentual de 150%, pela sonegação e fraude em razão da simulação das operações societárias praticadas, resultando na falta de adição das despesas de amortização do ágio na aquisição de investimento ao Lucro Líquido, para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, decorrente da vontade livre e consciente e da demonstração de evidente intuito de não se pagar os tributos devidos mediante uma série de operações estruturadas especificamente para tal fim.

A autoridade fiscal entendeu que a intenção das operações realizadas foi, única e exclusivamente, o indevido aproveitamento do ágio pela autuada, com a dedução dos encargos de amortização desse ágio, através de atos elaborados em curto espaço de tempo, os quais tiveram a função de distorcer o resultado final que se daria naturalmente caso as partes não engendrassem elaborado planejamento.

A recorrente nega que tenha praticado sonegação ou fraude, e que tenha agido dolosamente, na medida que todas as operações por ela realizadas observaram a legislação societária, afirma que os procedimentos por ela praticados decorreram de

interpretação de lei, o que não pode ser confundido com ato ilícito, importando na inexistência de dolo ou má-fé, o que impede a aplicação da multa qualificada.

Com efeito, entendo correto o procedimento da Fiscalização, a qual pautou a sua conclusão na simulação orquestrada pelo contribuinte. Não fosse a participação artificial da COSANPAR na aquisição da participação na ESSO, o ágio pago não seria deduzido da forma como foi.

Nessa esteira, bem resumiu a d.PFN:

A Lei nº 9.532/1997 exige à dedutibilidade do ágio a "confusão patrimonial" entre investida e investidora (real adquirente do investimento), e, como visto, esse fato não ocorreu no presente caso, uma vez que a empresa que efetivamente adquiriu a empresa ESSO não a incorporou ou fora incorporada por ela.

Partindo, portanto, da dedução ilícita do ágio pelo contribuinte e da sequência de operações societárias realizadas, conclui-se pelo resultado pretendido pelo contribuinte: conseguir deduzir fiscalmente o ágio que seria pago pelo Grupo COSAN em face da aquisição da ESSO, sem, contudo, ter que promover a "confusão patrimonial" entre investidora e investida exigida pela lei.

De fato, vendo as operações realizadas como um filme, é possível visualizar o resultado obtido pela COSAN COMBUSTÍVEIS em conluio com o Grupo EXXONMOBIL e outras empresas do Grupo COSAN. Uma vez acordada a aquisição da empresa ESSO, fora orquestrada uma sequência de operações artificiais que permitiriam a dedução do ágio, que inevitavelmente seria pago, e sem que fosse necessário a real adquirente da participação societária ter que, por exemplo, incorporar ou ser incorporado pela ESSO.

E, como isso foi feito? Promovendo a constituição de uma empresa veículo um mês antes da celebração do acordo, a qual, sendo utilizada como "ponte" tanto para a transferência do dinheiro como para a participação societária que seria entregue, figuraria de forma artificial como real adquirente da ESSO. Ao final, por lógico, esta empresa veículo deveria ser extinta, a fim de que a real adquirente da participação societária a detivesse de forma direta.

Nesse diapasão, pergunta-se: é lícita a interposição de uma empresa veículo na aquisição de um investimento com exclusivo intuito de usufruir um benefício fiscal?

Tenho que a resposta só pode ser negativa. Não há como estender o benefício previsto na Lei nº 9.532/1997 para um caso onde a empresa que adquiriu a participação societária é uma empresa sem qualquer propósito negocial. E mais, empresa esta que foi incluída no processo de aquisição do investimento com prazo certo de vigência, ou seja, programada para ser extinta.

Caso o dispositivo legal pretendesse abranger em seu campo de incidência tal artificialidade, ele não teria lançado mão de conceitos específicos, tais como "absorver patrimônio de outra" e "adquirida com ágio". A norma simplesmente teria feito menção que, havendo uma aquisição de participação societária com ágio pautado em sua rentabilidade futura, essa "mais valia" geraria uma despesa dedutível ao próprio investimento adquirido.

Mas não, expressamente ela determina que para a concessão da redução fiscal, haja a "confusão patrimonial" entre a investida e a real investidora,

pois, só assim haverá a presunção de perda do investimento adquirido. No caso dos presentes autos, como já dito, não ocorre essa presunção uma vez que a real adquirente da participação na ESSO não se "confundiu patrimonialmente" com ela.

E justamente essa era a intenção do contribuinte e das outras empresas: **simular a materialização dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.**

A simulação absoluta ocorreu em razão da participação simulada da COSANPAR na aquisição. Como fora visto, não obstante essa empresa constar dos contratos, ela jamais adquiriu a empresa ESSO. Quem o fez fora a COSAN S/A, a qual, após o tempo programado, acabou sendo a efetiva detentora da empresa adquirida.

Dessa forma, a simulação fica caracterizada em decorrência da seguinte divergência entre a vontade declarada e a vontade real aferida dos fatos:

(i) **Vontade declarada** - aquisição pela COSANPAR da participação na ESSO, com pagamento de ágio, seguida da incorporação da primeira pela segunda, e aproveitamento fiscal da "mais valia" conforme prevê a Lei nº 9.532/1997.

(ii) **Vontade real aferida** - aquisição pela COSAN S/A da participação na ESSO, com pagamento de ágio, e aproveitamento fiscal da "mais valia" pela própria ESSO **sem ter ocorrido a exigência prevista na Lei nº 9.532/1997.**

Portanto, o evidente intuito doloso do contribuinte resta claro quando se vê que **todos os atos e negócios que envolveram a COSANPAR se traduzem em documentos de conteúdo falso**, uma vez que atestaram a participação de uma empresa sem existência verdadeira. **Empresa esta que, para que o contribuinte atingisse o seu objetivo, tinha que ser extinta, assim como acabou ocorrendo.**

No que se refere às alegações apresentadas pelo recorrente no intuito de demonstrar o propósito negocial da COSANPAR, destaca-se que, tal como ressaltado pelo Termo de Verificação Fiscal, elas não o comprovam. Por certo, não é possível considerar que a participação da COSANPAR visou a permitir a administração do novo negócio pelo Grupo COSAN separado dos demais, porque, como já dito, **ao final a COSANPAR é extinta com a sua incorporação pela antiga ESSO. Ou seja, o resultado final demonstra que nunca houve esse intuito de separação.**

Acerca da afirmação de que a inclusão da COSANPAR procurou proporcionar transparência na operação de aquisição para antigos e novos investidores, não há como admiti-la porque **a sequência de operações demonstra que nunca existiram tais investidores.** Como visto, **o negócio foi realizado e concluído exclusivamente com a participação de empresas do Grupo EXXONMOBIL como alienantes, e do Grupo COSAN como adquirentes.**

No que tange aos documentos que demonstram a contratação de empregados pela COSANPAR ao longo dos anos de 2008 e 2009, destaca-se que tal fato, por si só, também não é suficiente para demonstrar a existência empresarial dessa pessoa jurídica. Isso porque, tal como fora apurado pela Fiscalização, **a atividade da COSANPAR era sustentada por recursos que foram entregues diretamente pela COSAN S/A, a título de aporte de capital, ou oriundos de resultado de equivalência patrimonial decorrente de participação adquirida também com esses recursos.** Ou seja, como dito pela Fiscalização, tendo a COSANPAR funcionado como verdadeira receptora de recursos da COSAN S/A, **os empregados pagos pela COSANPAR, na realidade eram empregados da COSAN S/A.**

Por fim, sobre a afirmação do recorrente de que a sequência de operações adotada pelo Grupo COSAN não buscou qualquer economia tributária que não ocorreria de outra maneira, destaca-se que o contribuinte parte de premissas equivocadas. Em primeiro, quanto às hipóteses 1 e 2, o recorrente cita situações em que a ESSO incorpora a COSAN S/A. Ou seja, como essa "confusão patrimonial" nunca ocorreu, não há como imaginar esse resultado como natural. Em segundo, quanto às hipóteses 3 e 4, o recorrente parte da premissa que a legislação admite a transferência de ágio, assim como o pagamento por meio de uma empresa veículo. Em resumo, por essas hipóteses o contribuinte suscita como caminhos possíveis sequências de operações societárias cuja validade fiscal também é questionável.

Em suma, com base nas hipóteses aventadas pelo recorrente como possíveis, **nenhuma delas demonstra uma possibilidade de participação válida da COSANPAR. Nas duas primeiras hipóteses, ela é desconsiderada, haja vista que a COSAN S/A adquire a ESSO de forma direta. Nas duas últimas, tal participação também é questionável com base na legislação aplicável.**

Vale ressaltar que não se está aqui a defender que a COSAN S/A deveria ter adquirido a ESSO de forma direta. Não. O que se está aqui demonstrando é que, **partindo do resultado ilícito obtido pelo contribuinte** (dedução do ágio sem que tenha havido a "confusão patrimonial" exigida pela Lei nº 9.532/1997), **a participação da COSANPAR na aquisição não pode ser oposta contra o Fisco.** Tal participação acabou proporcionando o gozo indevido de um benefício fiscal.

Vendo de forma isolada, as operações de aquisição da ESSO e de incorporação da COSANPAR são válidas. Contudo, quando se nota a negociação que fora inicialmente estabelecida entre o Grupo EXXONMOBIL e a COSAN S/A juntamente com a USINA DA BARRA, e o resultado final obtido por meio das operações realizadas, vê-se a ilicitude conseguida, assim como o dolo de fraude nessa intenção.

Mantenho, pois, a qualificadora da multa.

O ágio existe, não é dedutível. Daí caber os dois lançamentos: este e o de ganho de capital.

Do custo de aquisição

Pugna a autuada a majoração do ágio na aquisição de sua participação societária em razão do acréscimo do custo de aquisição do investimento pela adição do valor do Imposto de Renda Retido na Fonte no preço da operação, na hipótese de ser julgado procedente o lançamento objeto do processo administrativo nº 16682.720343/2013-25.

Trata o referido processo de auto de infração o qual está sendo lançado em desfavor da autuada imposto de renda retido na fonte (IRRF), na condição de responsável tributário, incidente sobre o ganho de capital na alienação de participação societária das cooperativas holandesas, sendo que as contribuintes do referido imposto, nos termos da legislação de regência, são as pessoas jurídicas alienantes, residentes no exterior.

A tributação do ganho de capital remetido por fonte situada no país à pessoa jurídica residente no exterior está assim tratada na aliena “b”, do inciso I, nos §§ 2º e 3º, do art. 685, do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99):

Art. 685. Os rendimentos, ganhos de capital e demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no País, a pessoa física ou jurídica residente no exterior, estão sujeitos à incidência na fonte (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 100, Lei nº 3.470, de 1958, art. 77, Lei nº 9.249, de 1995, art. 23, e Lei nº 9.779, de 1999, arts. 7º e 8º):

I - à alíquota de quinze por cento, quando não tiverem tributação específica neste Capítulo, inclusive:

(...)

b) os ganhos de capital auferidos na alienação de bens ou direitos;

(...)

§ 2º No caso do inciso II, a retenção na fonte sobre o ganho de capital deve ser efetuada no momento da alienação do bem ou direito, sendo responsável o adquirente ou o procurador, se este não der conhecimento, ao adquirente, de que o alienante é residente ou domiciliado no exterior.

§ 3º O ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País (Lei nº 9.249, de 1995, art. 18).

Normatizando os dispositivos acima mencionados no âmbito da Receita Federais do Brasil, assim dispõe o art. 26 da Instrução Normativa SRF nº 208, de 27 de setembro de 2002:

sob a forma de ganho de capital, segundo as normas aplicáveis às pessoas físicas residentes no Brasil.

§ 1º O ganho de capital é determinado pela diferença positiva entre o valor de alienação e o custo de aquisição do bem ou direito.

§ 2º O custo de aquisição dos bens ou direitos adquiridos:

I - até 1995 pode ser atualizado com base nos índices constantes no Anexo I;

II - a partir de 1996 não está sujeito a atualização.

§ 3º O valor de aquisição do bem ou direito para fins do disposto neste artigo deve ser comprovado com documentação hábil e idônea.

§ 4º Na impossibilidade de comprovação, o custo de aquisição é:

I - apurado com base no capital registrado no Banco Central do Brasil, vinculado à compra do bem ou direito;

II - igual a zero, nos demais casos.

§ 5º Na apuração do ganho de capital de não-residente não se aplicam as isenções e reduções previstas para o residente no Brasil.

Por sua vez, a Instrução Normativa SRF nº 84, de 11 de outubro de 2001, norma que dispõe sobre a apuração e tributação de ganhos de capital nas alienações de bens e direitos por pessoas físicas, assim trata do custo de aquisição, em seu art. 17:

Art. 17 . Podem integrar o custo de aquisição, quando comprovados com documentação hábil e idônea e discriminados na Declaração de Ajuste Anual, no caso de:

I - bens imóveis:

a) os dispêndios com a construção, ampliação e reforma, desde que os projetos tenham sido aprovados pelos órgãos municipais competentes, e com pequenas obras, tais como pintura, reparos em azulejos, encanamentos, pisos, paredes;

b) os dispêndios com a demolição de prédio construído no terreno, desde que seja condição para se efetivar a alienação;

c) as despesas de corretagem referentes à aquisição do imóvel vendido, desde que tenha suportado o ônus;

d) os dispêndios pagos pelo proprietário do imóvel com a realização de obras públicas, tais como colocação de meio-fio, sarjetas, pavimentação de vias, instalação de redes de esgoto e de eletricidade que tenham beneficiado o imóvel;

e) o valor do imposto de transmissão pago pelo alienante na aquisição do imóvel;

f) o valor da contribuição de melhoria;

g) os juros e demais acréscimos pagos para a aquisição do imóvel;

h) o valor do laudêmio pago, etc.;

II - outros bens ou direitos: os dispêndios realizados com a conservação e reparos, a comissão ou a corretagem quando não transferido o ônus ao adquirente, os juros e demais acréscimos pagos, etc.

Não sendo a autuada a contribuinte do imposto, mas tão somente a responsável tributária, não há que se falar que valor o eventualmente recolhido a título de IRRF compõe o custo da aquisição da participação societária da contribuinte. Em verdade caberia a defendente efetuar a retenção do imposto e o seu recolhimento, abatendo do valor a ser remetido às alienantes a título do pagamento pela aquisição de suas participações societárias.

Ademais o IRRF não tem como fato gerador a transferência do bem, mas tão somente o ganho de capital eventualmente auferido, razão pela qual não pode ser o seu valor eventualmente retido e pago considerado como um acréscimo, na medida que o valor a ser pago ao alienante deveria ser abatido do imposto retido, não integrando, portanto, o custo de aquisição do bem, e por isso não passível o seu aproveitamento, para fins da redução do ágio, tal qual requerido pela impugnante.

Da impossibilidade de dedução da despesa com a amortização do ágio na base de cálculo da CSLL

Conforme descrição dos fatos e enquadramento legal de fl. 1.122, a contribuinte teve glosada despesas operacionais consideradas não dedutíveis para fins de apuração da contribuição social sobre o lucro líquido.

Assim, a autoridade fiscal recompôs a base de cálculo da CSLL adicionando as despesas relativas à amortização de ágio na aquisição de participação societária da autuada, consideradas como provenientes de simulação.

Alega a interessada a ausência de previsão legal para adição da base de cálculo da CSLL da despesa com amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização.

O regramento que possibilita a adição da base de cálculo da CSLL da despesa de amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização está disposta no art. 1º, combinado com o art. 28, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1997, cuja redação vigente a época da ocorrência dos fatos geradores objetos do lançamento é a seguinte:

Art. 1º A partir do ano-calendário de 1997, o imposto de renda das pessoas jurídicas será determinado com base no lucro real, presumido, ou arbitrado, por períodos de apuração trimestrais, encerrados nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário, observada a legislação vigente, com as alterações desta Lei.

Art. 28. Aplicam-se à apuração da base de cálculo e ao pagamento da contribuição social sobre o lucro líquido as normas da legislação vigente e as correspondentes aos arts. 1º a 3º, 5º a 14, 17 a 24, 26, 55 e 71, desta Lei.

Tais dispositivos, no que tange ao ágio na aquisição de participação societárias, foram regulamentados pelo art. 75, da Instrução Normativa SRF nº 390 de 30 de janeiro de 2004, cuja redação é a seguinte:

Art. 75. 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 n.º 1.598, de 1977, deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento econômico seja:

I - valor de mercado de bens ou direitos do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos períodos de apuração futuros, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio;

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio.

§ 1º - Alternativamente, a pessoa jurídica poderá registrar o ágio ou deságio a que se referem os incisos II e III do caput em conta do patrimônio líquido.

§ 2º - A opção a que se refere o § 1º aplica-se, também, à pessoa jurídica que tiver absorvido patrimônio de empresa cindida, na qual tinha participação societária adquirida com ágio ou deságio, com o fundamento de que trata o inciso I do caput, quando não tiver adquirido o bem a que corresponder o referido ágio ou deságio.

§ 3º - O valor registrado com base no fundamento de que trata:

I - o inciso I do caput integrará o custo do respectivo bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e para determinação das quotas de depreciação, amortização ou exaustão;

II - o inciso II do caput :

a) poderá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de ágio;

b) deverá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de deságio;

III - o inciso III do caput não será amortizado, devendo, no entanto, ser:

a) computado na determinação do custo de aquisição na apuração de ganho ou perda de capital, no caso de alienação do direito que lhe deu causa ou de sua transferência para sócio ou acionista na hipótese de devolução de capital;

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

c) computado como receita, se deságio, no encerramento das atividades da empresa.

§ 4 º-As quotas de depreciação, amortização ou exaustão de que trata o inciso I do § 3 º-serão determinadas em função do prazo restante de vida útil do bem ou de utilização do direito, ou do saldo da possança, na data em que o bem ou direito tiver sido incorporado ao patrimônio da empresa sucessora.

§ 5 º-A amortização a que se refere a alínea "a" do inciso II do § 3 º, observado o máximo de 1/60 (um sessenta avos) por mês, poderá ser efetuada em período maior do que sessenta meses, inclusive pelo prazo de duração da empresa, se determinado, ou da permissão ou concessão, no caso de empresa permissionária ou concessionária de serviço público.

§ 6 º-Na hipótese da alínea "b" do inciso III do § 3 º, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa jurídica usuária ao pagamento da CSLL que deixou de ser recolhida, acrescida de juros de mora e multa, de mora ou de ofício, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 7 º-O valor que servir de base de cálculo da CSLL a que se refere o § 6 º-poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

§ 8 º-O disposto neste artigo aplica-se, também, quando:

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

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

§ 9º - O controle e as baixas, por qualquer motivo, dos valores de ágio ou deságio, na hipótese deste artigo, serão efetuados exclusivamente na escrituração contábil da pessoa jurídica.

A norma em referência determina o registro do ágio na aquisição de participação societária nos casos de incorporação, fusão ou cisão, considerando tais despesas dedutíveis quando atendidos todos os requisitos nela expressos, o que se depreende a impossibilidade de dedução da base cálculo da CSLL, nos casos em que os requisitos não sejam plenamente atendidos.

Ademais, no presente voto foi considerada como ilegítima a dedução da amortização do ágio na aquisição da participação societária da recorrente para fins de apuração do IRPJ.

Uma vez mantido o crédito tributário no tocante ao IRPJ, devem ser mantidos os créditos referentes a CSLL, uma vez que efetuado o lançamento pelas mesmas razões, e com os mesmos fundamentos, os quais foram considerados, neste voto, procedentes.

Dos juros de mora incidentes sobre a multa de ofício

A recorrente questiona a cobrança de juros de mora à taxa Selic sobre a multa de ofício. Afirma que inexistente base legal para essa exigência e apresenta vários julgados deste Conselho que amparam sua tese.

A aplicação de taxa de juros lastreadas em indicadores do mercado financeiro iniciou-se com a Lei nº 8.981/95, cujo art. 84 dispõe:

Art. 84. Os tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores vierem a ocorrer a partir de 1º de janeiro de 1995, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária serão acrescidos de:

I - juros de mora, equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna; (...)

Em seguida, a Lei nº 9.065/95 substituiu o indicador pela taxa SELIC:

Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea "c" do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea "a.2" da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente. (...)

Por seu turno, a Lei nº 9.430/1996, ao remodelar a multa de mora incidente nos pagamentos em atraso, estabeleceu em parágrafo que sobre os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal incidirão juros de mora à taxa SELIC, veja:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal,

cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (...)

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

Com base nessa disposição a Receita Federal vem entendendo que a multa de ofício também está sujeita aos juros de mora à taxa SELIC, a partir do seu vencimento.

O cerne da questão está, pois, na interpretação que se deve dar à expressão “débitos decorrentes de tributos e contribuições”.

De fato o não pagamento de tributos e contribuições nos prazos previstos na legislação faz nascer o débito. Portanto, o débito decorre do não pagamento de tributos e contribuições nos prazos.

Também nesse sentido é a multa de ofício débito decorrente de tributos e contribuições. Isso porque ela resulta, nos exatos termos da alínea *a* do art. 44 da Lei nº 9.430/96, da punição aplicada pela fiscalização à *falta de pagamento ou recolhimento dos tributos e contribuições, após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória.*

A jurisprudência neste Conselho é predominante no sentido de que é cabível a apreciação da matéria pelo contencioso administrativo e de que a aplicação da taxa Selic à multa de ofício é correta.

Nesse sentido já se manifestou este E. Colegiado quando do julgamento do Acórdão nº CSRF/0400.651, julgado em 18/09/2007, com a seguinte ementa:

JUROS DE MORA — MULTA DE OFÍCIO — OBRIGAÇÃO PRINCIPAL — A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

Aplicável, portanto, a SELIC como taxa de juros de mora sobre a multa de ofício.

Conclusão

Ante todo o exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade da decisão recorrida para, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Redator Designado.

Com a devida vênia, discordo do voto do ilustre Conselheiro Relator quanto à manutenção da multa qualificada.

Segundo a autoridade fiscal lançadora, houve sonegação e fraude em razão da participação simulada da COSANPAR na aquisição de ESSO. Para o ilustre Conselheiro Relator, não obstante COSANPAR conste dos contratos, ela jamais teria adquirido a empresa ESSO. Quem o teria feito seria COSAN S/A, a qual, após o tempo programado, acabou sendo a efetiva detentora da empresa adquirida, fazendo jus, de forma artificial, à amortização de ágio.

Dirijó de tal entendimento. À época em que os atos contestados foram praticados a jurisprudência do CARF agasalhava o procedimento adotado pela RECORRENTE.

Esta própria turma julgadora, ainda que em composição bem distinta da atual, em situações idênticas ao presente caso, não só não mantinha a multa qualificada como considerava legítimas operações como as perpetradas pela RECORRENTE, cancelando integralmente os respectivos créditos tributários (por exemplo, Acórdão 1402-00.802 – Caso Santander).

Conforme já abordado em meu voto, somente no julgamento do Caso Bunge – Acórdão 1402-001.460, realizado na sessão de 08/10/2013, esta turma passou a incluir nova premissa para amortização do ágio (necessidade de extinção do investimento), não aceitando a interposição de “empresa veículo” para aquisição do investimento e posterior incorporação reversa a fim, de que, de modo artificial, se pudesse deduzir das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL o ágio efetivamente pago em razão de rentabilidade futura.

Saliento que não se trata da hipótese de ágio inexistente, como nos casos de “ágio interno”, mas sim de ágio efetivamente pago e de uma interpretação da legislação, ainda que equivocada, aceita, inclusive, por boa parte da doutrina, como bem demonstra o Parecer do Ilustre Dr. Ricardo Mariz de Oliveira.

Nesse cenário, considero não restar caracterizada a ocorrência de 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.

Assim sendo, voto por reduzir a penalidade aplicada para 75%.

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Redator Designado

Processo nº 16682.721208/2012-16
Acórdão n.º **1402-002.090**

S1-C4T2
Fl. 1.871

CÓPIA