



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS**

**Processo n°** 16561.720093/2011-38  
**Recurso n°** Especial do Procurador e do Contribuinte  
**Acórdão n°** 9101-003.364 – 1ª Turma  
**Sessão de** 18 de janeiro de 2018  
**Matéria** ÁGIO  
**Recorrentes** RAIZEN ENERGIA S/A  
FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009

DECADÊNCIA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.

O reconhecimento do ágio não representa manifestação de fato imponible tributário. Diante disso, o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário decorrente da redução indevida do resultado do exercício só se inicia após a amortização anual, e não com o registro original do ágio.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

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

MULTA QUALIFICADA. ATOS SOCIETÁRIOS SEM PROPÓSITO NEGOCIAL. ÁGIO DESPROVIDO DE SUBSTÂNCIA ECONÔMICA. PROCEDÊNCIA.

Se os fatos retratados nos autos deixam fora de dúvida a intenção do contribuinte de, por meio de atos societários diversos, desprovidos de propósito negocial, gerar ágios artificiais, despidos de substância econômica e, com isso, reduzir a base de incidência de tributos, descabe afastar a qualificação da multa aplicada pela Fiscalização.

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

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009

ÁGIO. EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE RENTABILIDADE FUTURA. ELABORAÇÃO CONTEMPORÂNEA À AQUISIÇÃO DO INVESTIMENTO. DESCUMPRIMENTO. INVALIDADE.

O artigo 20, §§ 2º, b, e 3º, do Decreto-lei nº 1.598/1977, em sua redação original, ao tempo dos fatos, prescrevia o obrigatório desdobramento do custo, no momento da aquisição da participação societária, em valor de patrimônio líquido e ágio, sendo que o ágio fundado na expectativa de rentabilidade futura deveria estar baseado em demonstração que o contribuinte deveria arquivar, para comprovação de tal fundamento. Nesses termos, o descumprimento ao mandamento legal que determinava a elaboração de demonstrativo da expectativa de rentabilidade futura justificadora do ágio, contemporânea à aquisição da participação societária avaliada pelo patrimônio líquido, não confere ao ágio pago o grau de confiança necessário a legitimar as influências dele decorrentes para o resultado tributável

#### ÁGIO. REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. INEFICÁCIA.

A reorganização societária na qual inexista motivação outra que não a criação artificial de condições para obtenção de vantagens tributárias é inoponível à Fazenda Pública. Negada eficácia fiscal ao arranjo societário sem propósito comercial, restam não atendidos os requisitos para a amortização do ágio como despesa dedutível, impondo-se a glosa e a recomposição da apuração dos tributos devidos.

#### ÁGIO DE SI MESMO. INCONSISTÊNCIA.

Carece de consistência econômica ou contábil o ágio surgido no bojo de entidades sob o mesmo controle, o que obsta que se admitam suas consequências tributárias.

#### ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

Não há como aceitar a dedução da amortização do ágio artificialmente criado com a utilização de empresa veículo, formalmente constituída, não obstante despida de propósito comercial.

#### COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS E DA BASE NEGATIVA DA CSLL. AFASTAMENTO DA TRAVA. IMPOSSIBILIDADE.

A compensação de prejuízos fiscais e de bases negativas da CSLL acumulados é limitada pela trava de trinta por cento do lucro líquido ajustado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte, vencido o conselheiro Flávio Franco Corrêa, que não conheceu em relação à decadência. No mérito, acordam em negar provimento ao recurso nos seguintes termos: (1) por unanimidade de votos quanto à decadência; (2) por maioria de votos quanto ao ágio interno, vencidos os conselheiros Gerson Macedo Guerra (relator), Luís Flávio Neto e Daniele Souto Rodrigues Amadio, que deram provimento nesse ponto; e (3) por voto de qualidade em relação à (3.1) empresa veículo, (3.2) trava de 30%, (3.3) aos juros sobre multa e (3.4) ao laudo contemporâneo, vencidos os conselheiros Gerson Macedo Guerra (relator), Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Daniele Souto Rodrigues Amadio, que deram provimento a esses quatro temas. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em conhecer

parcialmente do Recurso Especial da Fazenda Nacional, apenas quanto à qualificação da multa (4) do ágio referente à CORONA e (5) do ágio referente à USINA DA BARRA. No mérito do recurso fazendário, por voto de qualidade, acordam em dar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros e Gerson Macedo Guerra (relator), Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Daniele Souto Rodrigues Amadio, que lhe negaram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Flávio Franco Corrêa.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Presidente

(assinado digitalmente)

Gerson Macedo Guerra - Relator

(assinado digitalmente)

Flávio Franco Corrêa - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luis Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Adriana Gomes Rêgo (Presidente).

## **Relatório**

Trata-se de Recursos Especiais de divergência interpostos pela Fazenda Nacional e pelo Contribuinte em epígrafe, contra o Acórdão nº 1402-001.938, que deu provimento parcial ao Recurso Voluntário do Contribuinte, mantendo o lançamento realizado através de: (i) glosa de amortização de ágio pela utilização de empresa veículo e de laudo extemporâneo; (ii) glosa de amortização de ágio interno; e (iii) aproveitamento de saldo de prejuízo fiscal sem observância da limitação da trava de 30%. Por outro lado, cancelou a exigência referente à realização da reserva de reavaliação e reduziu a multa aplicada ao percentual de 75% para toda a exigência.

A Fazenda recorreu apenas da redução da multa qualificada. O contribuinte recorreu das matérias que lhes foram julgadas desfavoráveis, conforme será detalhado adiante.

No procedimento fiscal foram analisadas diversas operações societárias realizadas no âmbito de uma reestruturação promovida pelo grupo empresarial COSAN, que abrangeram operações com empresas do grupo e com terceiros independentes.

Dentre as várias operações societárias avaliadas, algumas causaram impactos tributários. Dentre essas, importam ao presente julgamento as seguintes:

### **1. ÁGIO NA AQUISIÇÃO DA ND-PAR**

Conforme relatado pela fiscalização, a ND-Par foi sociedade criada por acionistas de empresa independente, denominada CORONA, mediante capitalização de participações, com o objetivo de permitir a conclusão da aquisição da totalidade do capital

desta última, pelo grupo COSAN. A ND-PAR possuía 30,02% de participação na CORONA e tinha como sócios pessoas físicas da família Ugolini.

Para conclusão do negócio, foi realizada permuta sem torna onde empresa do grupo COSAN, denominada MANDIÇUNUNGA<sup>1</sup>, entregou aos acionistas da ND-Par participação em outra empresa, denominada AGUAPAR, recebendo em troca a participação da ND-Par.

Descreve a fiscalização que quando da contabilização da permuta, em 22/02/2006, a MANDIÇUNUNGA não contabilizou o ágio. Naquele momento houve apenas substituição da participação da AGUAPAR pela ND-Par, pelos mesmos valores.

Segundo a fiscalização o ágio aparece na contabilidade da MANDIÇUNUNGA em 28/02/2006 (efls 7105), em decorrência do surgimento de passivo a descoberto na CORONA, o que implicou no valor do investimento em ND-PAR estar zerado, de modo a ser todo o valor aplicado pela MANDIÇUNUNGA na ND-Par considerado ágio.

Alega a fiscalização que o laudo de avaliação da ND-Par foi elaborado em momento posterior à permuta e posterior à sua contabilização, de modo que não se prestou a embasar o ágio (efls 7103 - item 185 do TVF).

Ainda sobre essa operação, há acusação de utilização da ND-Par como empresa veículo (item 283 do TVF - efls 7135). Entendeu a fiscalização tratar de empresa efêmera, sem existência real, utilizada apenas para obtenção do benefício da amortização do ágio. Importante destacar que a MANDIÇUNUNGA e a ND-Par foram incorporadas pela CORONA<sup>2</sup> (que posteriormente passa a ser denominada Usina da Barra 48), admitindo assim a dedutibilidade do ágio.

Assim, foi glosada sua amortização.

## **2. ÁGIO NO AUMENTO DE CAPITAL DA CORONA POR MANDIÇUNUNGA/DABARRA**

Em 28/02/2006 MANDIÇUNUNGA/DABARRA subscreveu e integralizou aumento de capital em CORONA no total de 480.356.561 novas ações ordinárias, sem valor nominal, emitidas ao preços de R\$ 1,00 cada.

A integralização de capital ocorreu mediante entrega de crédito da MANDIÇUNUNGA/DABARRA com outras empresas do grupo e participações societárias, inclusive participação com ágio em empresa do grupo aqui denominada USINA DA BARRA 44.

Conforme relatado pela fiscalização, os ativos utilizados para aumento de capital foram recebidos pela MANDIÇUNUNGA/DABARRA no mesmo dia em que ocorreu a integralização desta na CORONA. Foram ativos transferidos pela COSAN 50.

Conforme TVF, nessa operação a MANDIÇUNUNGA/DABARRA registrou ágio de R\$ 485.130.116,16, para investimento de R\$ 480.365.561,00, tendo em vista que o

<sup>1</sup> Cujas denominação posteriormente foi alterada para Dabarra.

<sup>2</sup> Conforme itens 134 e 135 do TVF.

patrimônio Líquido da CORONA estava negativo em 485.291.361,50. Após aumento de capital CORONA ainda apresentava PL negativo de R\$ 6.169.768,19.

Concluiu a fiscalização que a MANDIÇUNUNGA/DABARRA serviu apenas de passagem para os ativos, o que caracterizou utilização de empresa veículo (TVF item 205 - efls 7108).

Concluiu a fiscalização, ainda, que quando a COSAN 50 integralizou capital da MANDIÇUNUNGA/DABARRA, ela já detinha o controle da CORONA, de modo que toda operação ocorreu dentro do grupo COSAN.

Alegou a fiscalização que não houve entrada de novo recurso, nem saída de caixa. Disse não haver transferência efetiva de recursos que permitisse gerar riquezas novas.

Assim, glosou a amortização do referido ágio.

**3. ÁGIO DECORRENTE DO APORTE DE CAPITAL DA USINA DA BARRA 44 EFETUADO PELA COSAN 50 E UTILIZADO COMO PARTE DA SUBSCRIÇÃO DE CAPITAL DA CORONA EFETUADO PELA MANDIÇUNUNGA**

O ágio no aumento de capital da USINA DA BARRA 44 foi constituído pela COSAN 50 em 30/04/2004 e repassado sucessivamente para a MANDIÇUNUNGA e em seguida para a CORONA como parte do aumento de capital nesta última, ocorrido em 28/02/2006.

A partir da incorporação da USINA DA BARRA 44 pela CORONA, esta começou a amortização fiscal do ágio.

O ágio aqui tratado foi gerado em operação de aumento de capital efetuado pela COSAN 50 em USINA DA BARRA 44. Antes da formalização do aumento de capital a primeira, já na condição de controladora da segunda, detinha contra esta, crédito de R\$ 70.000.000,00 contabilizado como conta corrente, operação muito comum entre empresas de um mesmo grupo.

Para concretização do aumento de capital foi elaborado laudo do acervo patrimonial da USINA DA BARRA a valor de mercado, para fins de determinação do valor das novas ações a serem emitidas.

Firmado o preço de mercado do lote de 1.000 ações, houve o aumento de capital no valor de R\$ 70.000.000,00 sendo a diferença entre o preço das ações obtido no laudo e seu valor patrimonial registrado como ágio. Na época o ágio total foi de R\$ 35.241.744,24. O valor transferido para a MANDIÇUNUNGA e posteriormente para a CORONA foi de R\$ 22.894.988,00.

Entendeu a fiscalização que o ágio apurado por ocasião do aumento de capital em questão é um ágio intragrupo, sem geração de novas riquezas no grupo econômico, sem qualquer nova saída de caixa.

Assim, glosou sua amortização.

#### **4. COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZO FISCAL E BASE NEGATIVA ACIMA DO LIMITE DE 30%**

Outra operação societária ocorrida dentro do âmbito da reorganização promovida pelo grupo COSAN foi a incorporação da CORONA/USINA DA BARRA 48, por sociedade do grupo denominada DANCO, no ano de 2007.

Alega a fiscalização que a DANCO era uma empresa inativa desde sua constituição e que a CORONA/USINA DA BARRA 48 possuía saldo de prejuízo fiscal e base negativa a compensar.

Nesse contexto, com a incorporação da CORONA/USINA DA BARRA 48 pela DANCO a fiscalização constatou pela análise da DIPJ evento incorporação entregue, que houve compensação de prejuízo fiscal e base negativa da CSLL em limites superiores aos 30% permitidos pela legislação.

No entendimento da fiscalização a motivação dessa operação foi exclusivamente tributária, sem nenhum propósito negocial.

Nesse contexto foi efetuado o lançamento para cobrança do IRPJ e CSLL indevidamente reduzidos pela compensação do prejuízo.

#### **5. QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO DECORRENTE DA AMORTIZAÇÃO INDEVIDA DO ÁGIO E DA COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS**

Entendeu a fiscalização que os procedimentos adotados pelo contribuinte em questão estavam compreendidos no conceito de fraude trazido pelo artigo 72, da Lei 4.502/64.

Alegou a fiscalização que a reorganização societária promovida teve dois objetivos: gerar despesas de amortização de ágio e compensar lucros com prejuízos fiscais acumulados. Para isso foram realizadas diversas operações que, analisadas isoladamente, não violavam nenhuma norma legal. Porém, o resultado da reorganização proporcionou ao sujeito passivo efeitos tributários que não seriam possíveis legalmente.

Diz a fiscalização que para procurar se enquadrar na determinação legal, ou mesmo em interpretações administrativas mais benéficas, foram criadas empresas sem nenhum propósito negocial.

Menciona a fiscalização que tais empresas não chegaram a exercer nenhum papel empresarial. Não produziram nada, não prestaram nenhum serviço, não tiveram funcionários, nem custos, despesas e receitas.

Destaca-se ainda que o fato de que toda a movimentação no grupo ter sido pública demonstra a intenção de dissimular os verdadeiros objetivos das operações com a capa da legalidade, na tentativa de levar a erro a sociedade em geral e os seus agentes públicos em especial.

Assim, concluiu a fiscalização que ficou patente a caracterização do intuito fraudulento, justificando a aplicação da multa qualificada.

Impugnado o Auto de Infração, a DRJ decidiu pela improcedência dos argumentos de defesa. Assim,, tempestivamente foi aviado Recurso Voluntário, ao qual a Turma *a quo* deu parcial provimento ao Recurso do Contribuinte.

Ao no julgamento do Recurso Voluntário, sobre o ágio gerado na permuta de participações da ND-Par, entendeu a Turma *a quo* que o laudo intempestivo não respaldava sua amortização, tal como o fato de serem utilizadas empresas efêmeras, com o objetivo de possibilitar o benefício da amortização do ágio através de sucessivas operações societárias nos moldes realizados teve como escopo o contorno da legislação que permitem a amortização do ágio. Importante destacar que frisou o relator que tal procedimento, isoladamente, não seria motivo suficiente para descaracterizar os efeitos da operação.

Com relação ao ágio gerado no aumento do capital da CORONA, bem como o ágio gerado no aumento do capital da USINA DA BARRA 44, entendeu a Turma *a quo* o ágio amortizável tributariamente deve ser gerado em operações com partes independentes. A para o relator do acórdão a acepção da palavra aquisição no contexto da legislação em discussão compreende apenas aquisições de partes independentes, muito embora em seu aspecto jurídico a aquisição comportar diversas outros negócios. Entretanto, as empresas participantes das operações sob exame pertenciam ao mesmo grupo econômico e eram controladas pelas mesmas pessoas.

Sobre a utilização de prejuízo fiscal e base negativa acima do limite de 30%, entendeu a nTurma que a limitação à compensação de prejuízos e base de cálculo negativa da CSLL decorre de expressa disposição legal e o texto da lei não faz distinção em relação à extinção de empresas por incorporação.

Sobre a multa qualificada, compreendeu-se que ausência de propósito comercial impediu que o contribuinte usufrísse das reduções tributárias daí decorrentes mas as operações não foram tidas como simuladas ou inexistentes. Sob essa ótica não se verificou elementos que justificassem a qualificação da multa.

Vale a transcrição da ementa da referida decisão:

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

*Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009*

*DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESAS DE MESMO GRUPO ECONÔMICO. INDEDUTIBILIDADE.*

*Incabível a formalização do ágio como decorrência de operação societária realizada entre empresas de mesmo grupo econômico, pela inexistência da contrapartida do terceiro que gere o efetivo dispêndio.*

*DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.*

*Não há como aceitar a dedução do ágio com utilização de empresa veículo, quando o procedimento do sujeito passivo não se reveste de propósito comercial mas revela objetivo exclusivamente tributário.*

*COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DA CSLL. LIMITE DE 30% DO LUCRO LÍQUIDO. EMPRESA INCORPORADA.*

*Em função da ausência de previsão legal em sentido contrário, aplicam-se às empresas incorporadas os dispositivos que estabelecem a limitação à compensação de prejuízos e base de cálculo negativa da CSLL.*

*Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.*

*Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a arguição de decadência e, no mérito, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso para cancelar a exigência referente à realização da reserva de reavaliação e reduzir a multa aplicada ao percentual de 75% para toda a exigência. Vencidos os Conselheiros Moises Giacomelli Nunes da Silva e Carlos Pelá que davam provimento em maior extensão para restabelecer as despesas com amortização de ágio decorrente da aquisição da NDPar.*

Cientificada dessa decisão a Fazenda Nacional apresentou embargos de declaração quanto à matéria realização da reserva de reavaliação. Os embargos foram julgados procedentes, mas sem efeitos infringentes, de modo que permaneceu cancelado o lançamento em relação a esse ponto.

Cientificada dessa decisão dos embargos a Fazenda Nacional, tempestivamente, apresentou Recurso Especial de divergência, objetivando discutir apenas a desqualificação da multa apenas.

Seu recurso foi conhecido, conforme despacho de admissibilidade.

O Contribuinte apresenta contrarrazões alegando:

- ✓ Nulidade do despacho de admissibilidade, por não ter sido exarado pelo Presidente da 4ª Câmara, mas por um auditor fiscal;
- ✓ Não conhecimento do Recurso, por tratarem o recorrido e o paradigma de situações fáticas e jurídicas distintas;
- ✓ Impossibilidade da pretensão Fazenda de reanálise de provas em recurso especial;
- ✓ Inaplicabilidade do paradigma para a matéria compensação de prejuízos fiscais acima do limite de 30%, na medida em que tal decisão apenas trata de fatos relacionados ao ágio;
- ✓ No mérito argumenta pela manutenção do acórdão recorrido no que toca à desqualificação da multa

Ato seguinte o Contribuinte apresente seu Recurso Especial, objetivando discutir diversas matérias.

Na análise de admissibilidade de seu recurso, apenas foram admitidas as discussões acerca das seguintes matérias:

- ✓ Possibilidade de Compensação Integral de Prejuízo Fiscal e Base de Cálculo Negativa da CSLL na Incorporação. Acórdãos paradigmas nº 101-95.872 e nº 01-04.258;
- ✓ Decadência/Preclusão do Direito do Fisco de Questionar os Fatos que Deram Origem aos Ágios. Acórdão paradigma nº 101-97.084;
- ✓ Validade das Empresas Veículo. Acórdãos paradigmas nº 1301-001.505 e nº 1102-000.982;
- ✓ Validade do Ágio Interno para o Direito - Possibilidade de Aquisição, com Ágio, de Participações Societárias Dentro do Mesmo Grupo Econômico. Acórdão paradigma nº 1301-001.224.

Regularmente intimado do despacho o contribuinte aviou agravo, donde restaram conhecidas, ainda, as seguintes matérias:

- ✓ Existência de Laudo de Avaliação Contemporâneo aos Fatos; e
- ✓ Ilegalidade da Cobrança de Juros Sobre a Multa.

Intimada do recurso do contribuinte a Fazenda Nacional apresenta contrarrazões, pugnando:

- ✓ Pelo não conhecimento do Recurso quanto à matéria validade das Empresas Veículo, por não restar perfeitamente caracterizada a divergência;
- ✓ Pela inexistência de decadência;
- ✓ Pela manutenção da glosa da dedução de despesas com amortização de ágio;
- ✓ Pela imprestabilidade do laudo;
- ✓ Pela confirmação da inexistência de ágio na subscrição e integralização de aumento de capital da CORONA;
- ✓ Pela impossibilidade de compensação integral dos prejuízos fiscais pela empresa sucedida;
- ✓ Pela incidência dos juros sobre a multa de ofício

É o relatório.

## **Voto Vencido**

Conselheiro Gerson Macedo Guerra, Relator

## CONHECIMENTO

Diante o questionamento da admissibilidade do Recurso Especial da Fazenda pelo Contribuinte e do Contribuinte, pela Fazenda, faz-se importante sua análise.

Alega a Fazenda Nacional não restar perfeitamente caracterizada a divergência em relação a matéria validade das empresas veículo.

Diz a Fazenda que diferentemente do caso sob exame, em que, conforme explicita o voto recorrido, não havia registro de ágio no momento em que realizada a operação no paradigma nº 1102-000.982, havia registro anterior do ágio. Também no segundo paradigma apresentado, pelo que se extrai do voto vencedor do acórdão nº 1301-001.505, havia ágio registrado quando da operação tratada.

Assim, entende a Fazenda que deve-se negar seguimento ao recurso especial manejado diante da ausência de caracterização da divergência pelas diferenças fáticas das situações analisadas.

Entendo que não cabe razão à Fazenda.

Analisando o recorrido, percebe-se que a razão pela qual não se admitiu o ágio gerado através de empresa veículo foi a ausência propósito comercial, gerada pela ausência de propósito extratributário para a efetivação das operações societárias.

No paradigma 1301-001.505, por seu turno, empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, conforme se depreende já de sua ementa, *verbis*:

*INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO - INOCORRÊNCIA. No contexto das Leis 9.472/97 e 9.494/97, e pelo Decreto nº 2.546/97, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 mediante utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco. ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei.*

Logo, há, sim, similitude fática entre as operações, em ambos os casos foi utilizada empresa intermediária para aquisição de participação, com posterior incorporação.

Muito embora a questão da data da contabilização do ágio seja um ponto tratado na decisão recorrido, não é esta a questão relevante para a decisão de ausência de propósito comercial.

Portanto, conheço do Recurso do contribuinte nos termos do despacho de admissibilidade e do despacho de agravo.

Já o contribuinte, em sede de contrarrazões traz quatro preliminares quanto ao conhecimento, a saber:

- ✓ Nulidade do despacho de admissibilidade, por não ter sido exarado pelo Presidente da 4ª Câmara, mas por um auditor fiscal;
- ✓ Não conhecimento do Recurso, por tratarem o recorrido e o paradigma de situações fáticas e jurídicas distintas;
- ✓ Impossibilidade da pretensão Fazenda de reanálise de provas em recurso especial;
- ✓ Inaplicabilidade do paradigma para a matéria compensação de prejuízos fiscais acima do limite de 30%, na medida em que tal decisão apenas trata de fatos relacionados ao ágio.

Quanto à nulidade do despacho de admissibilidade, entendo não caber razão ao contribuinte.

De fato, como se pode depreender do referido despacho, houve análise prévia do caso por auditor fiscal da receita federal. Contudo, tal análise foi submetida ao presidente da 4ª Câmara, que efetivamente deu seguimento parcial ao Recurso.

Quanto a impossibilidade da pretensão Fazenda de reanálise de provas em recurso especial, também entendo que não merece razão ao contribuinte.

O que se pretende é a análise de divergência quanto aos critérios jurídicos utilizados para análise dos fatos.

Porém, quanto aos temas (i) paradigma e recorrido tratarem de situações fáticas distintas e; (ii) inaplicabilidade do paradigma quanto à matéria compensação de prejuízos fiscais acima do limite de 30%, entendo que merece ser aprofundado o debate.]

Analisando a situação fática do paradigma, foi possível depreender que apenas a questão do ágio interno foi ali analisada, vale aqui a transcrição do trecho do voto do relator que descreve os fatos:

*Dos autos, extraio, por relevante, os seguintes fatos:*

*- em 31 de janeiro de 2006, a fiscalizada promoveu reavaliação de seus imóveis, motivo pelo qual constituiu uma reserva de reavaliação;*

*- em 08 de março de 2006, foi constituída a empresa ESTRE HOLDING, com capital de R\$ 1.000,00;*

*- em 30 de abril de 2006, a ESTRE HOLDING promove a incorporação de ações do capital social da contribuinte, transformando-a em sua subsidiária integral;*

*- o valor econômico da fiscalizada foi avaliado, por meio de laudo, em R\$ 220.179.000,00, sendo registrado ágio de R\$ 175.824.453,00*

*- em 26 de junho de 2006, a ESTRE HOLDING é incorporada pela fiscalizada.*

Vê-se que a decisão tomada naquele caso paradigmático apenas analisou a aplicação da multa qualificada no âmbito de operação de ágio gerado intragrupo, conforme se depreende das seguintes passagens do voto do relator:

*Com efeito, um processo de reestruturação societária, submetido a uma única vontade, eis que realizado entre empresas pertencentes ao mesmo Grupo Econômico, realizado em um espaço curto de tempo, no qual não houve desembolso e totalmente desprovido de substância econômica, não encontra guarida nas disposições dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, de modo a tornar o ágio, nascido de si próprio, dedutível.*

(...)

*Relativamente à qualificação da multa, diversamente do esposado na decisão de primeiro grau, penso que ela deve ser mantida.*

*A autuação, no presente caso, fundou-se na constatação e comprovação de que a reestruturação elaborada pela fiscalizada visou, apenas, alcançar um benefício fiscal previsto em lei. Para tanto, em curtíssimo espaço de tempo, não obstante declinar formalmente razões de ordem societária ou econômica, constituiu uma HOLDING; transformou-se em subsidiária integral da HOLDING criada, vez que esta incorporou suas ações pelo valor de mercado; e, passo seguinte, fez desaparecer a HOLDING criada para, por meio de uma incorporação reversa, deduzir um suposto “ágio”, derivado de uma alegada rentabilidade futura dos seus ativos.*

Logo, não se analisou no presente caso a aplicação de multa de ofício para operação de utilização de ágio mediante empresa veículo, como foi o caso da ND-Par.

Nesse contexto, entendo que esse paradigma não pode ser considerado para demonstrar a divergência quanto à desqualificação da multa quanto ao ágio ND-Par.

Com relação à matéria compensação de prejuízo fiscal, importante destacar que no julgamento do paradigma, confirmou-se o cancelamento do lançamento relativo a essa matéria, nos termos do cancelamento já decidido pela DRJ, negando-se provimento ao recurso de ofício, nos seguintes termos:

*No que diz respeito às compensações dos resultados negativos, a providência encontra respaldo na legislação de regência, eis que, em conformidade com o disposto no art. 24 da Lei nº 9.249, de 1995, o valor devido a ser lançado de ofício deve ser apurado com observância do regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base correspondente. Tratando-se, pois, de apuração com base no lucro real anual, há de se recompor a base de cálculo com base no valor declarado e com a imputação da matéria tributável apurada.*

*No caso vertente, tal recomposição tomou por base a declaração apresentada pela contribuinte (DIPJ), sistema interno de controle da Receita Federal (SAPLI) e o Livro de Apuração do*

*Lucro Real (LALUR), motivo pelo qual o recurso de ofício, no que tange a este item, não deve ser provido.*

Logo, como houve o cancelamento do lançamento em relação à matéria compensação de prejuízo fiscal, não se pode tratar de divergência em relação à multa sobre esse lançamento, de modo que não pode ser conhecido o Recurso da Fazenda quanto a esse ponto.

Mas não é só. Ainda que tal decisão servisse a tal fim, analisando o quanto discutido em relação à compensação de prejuízo, percebe-se que o tema foi o regime de apuração, conforme o seguinte trecho da decisão:

*(..)Tratando-se, pois, de apuração com base no lucro real anual, há de se recompor a base de cálculo com base no valor declarado e com a imputação da matéria tributável apurada.*

Em nenhum momento evidenciou-se que no paradigma se discutiu a possibilidade de utilização integral de prejuízo fiscal na extinção da pessoa jurídica.

Logo, também por essa razão não merece ser conhecido o recurso da Fazenda em relação à multa aplicada sobre a compensação de prejuízo fiscal.

Nesse contexto, voto pelo conhecimento do Recurso do Contribuinte nos moldes do despacho de admissibilidade e de agravo e pelo conhecimento parcial do Recurso da fazenda, o qual não conheço em relação à desqualificação da multa aplicada no ágio relativo à ND-Par e à multa aplica na compensação de prejuízo fiscal sem a observância do limite de 30%.

## **MÉRITO**

### **A) RECURSO DO CONTRIBUINTE**

#### **A.1) DECADÊNCIA**

Alega o contribuinte ter ocorrido a decadência do direito do fisco constituir o crédito tributário com base na glosa do ágio, haja vista que os fatos que deram origem ao ágio, ou seja, quais sejam, permuta de participações e capitalização de sociedades com ágio, ocorreram em período anterior a cinco anos do lançamento.

Nesse ponto entendo que não cabe razão ao contribuinte.

O prazo decadencial para lançamento do IRPJ e da CSLL deve levar em consideração os períodos em que a amortização do ágio gerou efeitos no resultado fiscal do contribuinte.

O que se busca homologar é a apuração dos tributos, não os fatos que podem gerar efeitos futuros. Logo, o período decadencial tem seu prazo inicial com a amortização fiscal do ágio, não com a sua geração.

Assim, voto por negar provimento ao recurso do contribuinte nesse ponto.

#### **A.2) ÁGIO ND-PAR - LAUDO CONTEMPORÂNEO**

O voto condutor do acórdão recorrido, na forma transcrita não admitiu o laudo apresentado para fundamentação do ágio escriturado porque a operação de permuta foi registrada em 22/02/2006 sem qualquer ágio o qual apareceu na escrituração em 28/02/2006, sendo que o laudo foi elaborado apenas em 16/03/2006 e, assim, inexistiria fundamento econômico à época em que o ágio foi escriturado.

O Contribuinte ressalta que à época dos fatos, a legislação não estabelecia qualquer formalidade para comprovação da expectativa de rentabilidade futura de modo que se poderia se dar a comprovação por qualquer forma de demonstração, contemporânea aos fatos, que indique porque se decidiu por pagar um sobre-preço.

Alega, ainda, que em sede de Embargos de Declaração bem apontou a omissão da Turma Julgadora quanto ao fato de que o Laudo elaborado pela Deloitte aferiu o valor justo de mercado da CORONA com data com data base de 31/01/2006 (com base na metodologia de Fluxo de Caixa Descontado), tendo em vista que esse era o único ativo da sociedade adquirida pela MANDIÇUNUNGA.

Pois bem.

O §3º, do artigo 20, do DL 1.598/77 diz que o ágio deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração, nos seguintes termos:

*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:*

(...)

*§ 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.*

É fato que esta norma, na redação da época dos fatos, gera muitas discussões no âmbito deste Tribunal sobre o formato e o momento em elaborada a demonstração.

Sou afeto à posição de que, quanto à forma, não há obrigação de que seja laudo, bastando que sejam estudos elaborados com base em dados sólidos. Quanto ao momento, entendo que deve levar em consideração dados contemporâneos ao negócio, entendendo que contemporâneo é um conceito amplo e maleável, na medida em que aceita que seja anterior ou posterior, desde que não seja em data muito distante.

Por essa razão, apenas, já seria possível me posicionar pela reforma da decisão a quo nesse ponto.

Entretanto, tal como exposto pelo contribuinte em, compulsando os autos é possível identificar, às efls 1274 e seguintes, laudo de avaliação econômica da CORONA, elaborado pela Deloitte, com data base de 31/01/2006. Laudo esse que foi assinado em 16/03/2006, como pontuado pelo relator da decisão a quo.

Gostaria de destacar, apenas, que considerar que o Laudo foi elaborado na data de sua assinatura não é razoável.

Como se sabe, a elaboração de trabalho tão complexo não é feita do dia para a noite. São elementos específicos do negócio, além de elementos micro e macro econômicos que devem ser levados em consideração, que demandam pesquisa, reuniões, dentre outras tantas atividades que não se pode tratar a questão com tanta simplicidade.

E ainda que a elaboração do laudo em questão tivesse ocorrido no dia 16/03/2006, o fato é que os elementos considerados foram anteriores à celebração do negócio em 31/01/2006.

Logo, também por essa razão, voto por dar provimento ao recurso do contribuinte nesse ponto.

### **A.3) POSSIBILIDADE DE AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO EM OPERAÇÕES COM EMPRESA VEÍCULO**

No entender da fiscalização a grande razão a justificar a invalidação da amortização fiscal do ágio realizada pelo Contribuinte em questão foi a ausência de propósito negocial na criação de empresa holding, cujo único objetivo de nascimento foi de servir como meio para cumprimento de requisito legal para aproveitamento fiscal do ágio, mediante incorporação de sociedades.

Penso que não assiste razão à fiscalização nessa interpretação dos fatos e das normas em análise.

Em minha concepção o instituto doutrinário chamado propósito negocial vem sendo indiscriminadamente utilizado pelas fiscalizações, sem se observar os pormenores de cada situação.

O propósito negocial, cuja discussão no Brasil foi inicialmente atribuída ao Professor Marco Aurélio Greco, teve seus contornos delimitados, com o fito de tratar qualquer operação que tivesse como objetivo principal a economia de tributos como inoponível ao fisco, admitindo-se a desconsideração de seus efeitos e a consequente cobrança dos tributos.

Penso que essa posição deve ser vista com ressalvas, principalmente ao se considerar que essa teoria é oriunda de países da comon law.

Um exemplo clássico que entendo que essa doutrina deve ser reavaliada é no caso de operações societárias que admitem a utilização fiscal do ágio.

A possibilidade de amortização fiscal do ágio gerado por rentabilidade futura, após absorção de patrimônio de uma sociedade por outra, mediante incorporação, fusão ou cisão, inclusive da investidora (chamada operação reversa), surgiu em nosso ordenamento jurídico com o advento da Lei 9.532/97, artigos 7º e 8º, abaixo transcritos:

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

dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

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

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

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

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

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

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

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

Referida Lei veio ao mundo jurídico num contexto histórico de privatizações ocorridas no país. Como amplamente divulgado na época em que publicada a norma, o objetivo da permissão contida em seu inciso III, de amortização do ágio gerado com base em rentabilidade futura, era o de incentivar a aquisição de empresas públicas e sociedades de economia mista pelos investidores privados.

E nesse contexto, tal norma é tida como indutora de comportamentos dos contribuintes, na medida em que incentivou as operações de aquisições de empresas públicas, bem como as aquisições de participações em âmbito privado, tanto por investidores não residentes, que se interessaram enormemente por um mercado em recente abertura, como por investidores residentes no Brasil.

E é aí que a teoria do propósito comercial deve ser repensada, afinal, como um investidor não residente poderia se valer de tal incentivo, sem se fazer presente no país através de uma sociedade aqui residente? Como sociedades nacionais reguladas por órgãos específicos poderiam usufruir do incentivo diante de proibição legal de incorporação de sociedades com outras atividades?

Ora, excluir a possibilidade dessas pessoas e possibilitar outras a terem benefício fiscal seria ferir a isonomia.

Logo, essas e outras sociedades tiveram que planejar a forma como seria possível investir no país e aproveitar o incentivo da amortização do ágio, nas mesmas condições que sociedades nacionais sem restrições assim o poderiam.

Foi nesse contexto que se utilizaram de sociedades holdings, que lhes permitia organizar a etapa pré aquisição, bem como posteriormente se valer do incentivo de amortização fiscal do ágio. Tais sociedade foram informalmente denominadas "empresas veículo".

Mas a questão que se põe é: a criação de empresas veículos para utilização de incentivos fiscais é um ato de evasão fiscal ou é lícita a economia fiscal mediante planejamento realizado previamente à ocorrência do fato gerador do tributo e estimulado por norma legal?

Em minha concepção, mesmo dentro da teoria do propósito comercial a economia de tributos é permitida, desde que realizada mediante atos e negócios lícitos. E para mim não há qualquer ilicitude em se criar uma sociedade, efetuar sua capitalização, adquirir participação societária de terceiros e, posteriormente realizar as operações societárias induzidas pela lei para se obter a economia de tributos.

Economia de tributos é sim algo legitimamente objetivado pelos empresários, que buscam a maximização de lucros em seus negócios, desde que obtida mediante atos e negócios lícitos. O negócio jurídico pretendido, qual seja a aquisição de participação societária de fato ocorreu, ou seja, não há que se falar em simulação, seja ela absoluta, seja ela relativa.

E alie-se a isso, o fato de que, no presente caso, não existissem as sociedades denominadas veículos e fosse a CORONA diretamente incorporada pela COSAN 50, não haveria questionamento quanto à amortização fiscal do ágio. Se não foi essa a operação realizada, outra razão extratributária deve ter influenciado na decisão de utilizar outro modelo societário, tal como a impossibilidade operacional de se unir as estruturas.

Sobre a legitimidade da utilização de "empresas veículos" para fins de amortização de ágio sabias foram as palavras do Conselheiro Marcelo Cuba Netto, proferidas no acórdão 1201-001.267, que abaixo tomo a liberdade de transcrever:

*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 comercial, e; (ii) emprego de empresa veículo.*

*Quanto à falta de propósito comercial, 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 autuada.*

*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 120100.689).*

*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 idéia 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.*

Por tais razões, entendo que o ágio gerado no presente caso o foi de forma legítima.

#### **A.4) ÁGIO INTERNO**

Como visto, as operações que geraram os ágio classificados pela fiscalização e pala a Turma a quo como internos foram originado em duas operações de aumento de capital em duas sociedades do grupo distintas.

Na operação de aumento de capital da USINA Da BARRA 44, COSAN 50 integraliza crédito detido contra aquela, em operação que gerou ágio decorrente da diferença entre o valor patrimonial das ações e seu valor de mercado.

Na operação de aumento de capital da CORONA o grupo, em meio ao processo de reorganização societária, concentra uma série de ativos no capital desta, que depois absorve as participações de outras sociedades com atividades condizentes com as suas.

Em ambas operações entendeu-se que o simples fato de o ágio ser gerado em operações com sociedades do mesmo grupo o macula com a chamada falta de propósito negocial. Alegou-se ausência de propósito extratributário na reorganização societária perpetrada pelo grupo COSAN.

Ora, o entendimento de que o contribuinte pode se reorganizar desde que não seja exclusivamente para reduzir carga tributária é apenas uma doutrina muito mais propositiva do que analítica do Direito posto, a qual se aproxima muito da interpretação econômica do Direito Tributário. Em minha opinião, essa interpretação econômica leva ao desmedido subjetivismo na valoração dos fatos tributáveis e, conseqüentemente, à insegurança jurídica.

Além disso, a finalidade da sociedade empresária é maximizar seus lucros, pelo aumento do faturamento e redução de custo – inclusive tributário, o que é legítimo desde que suas condutas sejam lícitas.

Para o principal doutrinador da tese da substância econômica, Marco Aurélio Greco, há dois tipos de ilícitos que acarretam a invalidade do planejamento tributário: os ilícitos típicos (sonegação, fraude e conluio, previstos nos artigos 71, 72 e 73, da Lei 4.502) e os ilícitos atípicos (tais como abuso de direito, fraude a lei e simulação, institutos do direito civil utilizados no âmbito do direito tributário).

Discordo dessa posição. Em minha visão, dado o princípio da tipicidade cerrada e da segurança jurídica, apenas os ilícitos típicos acarretam a invalidade do planejamento tributário.

Concluo dessa forma, inclusive, avaliando o parágrafo único do artigo 116, do CTN que ao dizer que *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*, impôs que fossem observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

Sendo válida em nosso ordenamento a teoria do Professor Marco Aurélio Greco, a letra da norma acima seria morta, na medida em que seria totalmente dispensável a Lei específica que estabelecesse os procedimentos a serem observados pelas autoridades administrativas para desconsiderar atos ou negócios jurídicos, já que a legislação civil cumpre tal papel.

Quisesse o legislador ver aplicáveis no âmbito do direito tributário, pelas autoridades administrativas, as regras de direito civil, o faria expressamente, por meio da Lei prevista no parágrafo único do referido artigo 116. Se não o fez, a autoridade administrativa não possui poderes para desconsiderar atos e negócios jurídicos com base em institutos do direito civil.

Não podemos nos esquecer que no âmbito civil impera a vontade, enquanto que em âmbito tributário impera a legalidade.

Entendo que apenas na hipótese em que demonstrado pelas autoridades fiscais a sonegação, fraude ou conluio dos artigos 71, 72 e 73, da Lei 4.502, ela poderá desconsiderar os atos e negócios jurídicos praticados pelos contribuintes. E não entendo que a realização de planejamento com a finalidade de reduzir impactos tributários seja elemento suficiente para configuração de uma das figuras típicas.

Nesse contexto, em minha análise os critérios definidores de um planejamento tributário legítimo, oponível às autoridades fiscais, são: (i) os atos que impliquem a redução na carga tributária devem ocorrer cronologicamente antes do fato gerador; (ii) os atos praticados pelo contribuinte que resultaram na redução da carga tributária devem ser lícitos; dada a ausência de dolo ensejador da sonegação, fraude e conluio previstos nos artigos 71, 72 e 73, da Lei 4.502.

Diante disso, entendo que o ágio gerado no âmbito da reorganização societária realizada pelo grupo do contribuinte em questão não estava maculado, o ágio gerado nas operações de aumento de capital tinham fundamento contábil, respeitaram regras contábeis e fiscais que diziam ser hipótese de geração de ágio. Não se pode dizer que foram criados.

Não existia à época regra vedando a amortização fiscal do ágio gerado internamente, como ocorre nos presentes dias, após a Lei 12.973.

A regra vigente à época dizia ser ágio a diferença entre o valor patrimonial e valor do negócio, e que não hipótese de confusão patrimonial o ágio seria dedutível fiscalmente.

Vejo nitidamente no caso em questão o objetivo de reorganização societária após uma série de aquisições de sociedades de terceiros realizadas pelo grupo COSAN. É deveras muito mais simplificado o quadro societário do grupo antes e depois das operações realizadas.

Trata-se, a meu ver, de planejamento tributário válido. A fiscalização não comprovou no presente caso o dolo gerador da sonegação, fraude ou conluio. Intenção de executar um planejamento tributário não pode ser sinônimo de dolo.

Por essa razão voto por dar provimento ao Recurso do Contribuinte.

#### **A.5) LIMITAÇÃO À UTILIZAÇÃO DE PREJUÍZO FISCAL E BASE NEGATIVA NA EXTINÇÃO DE PESSOA JURÍDICA**

Com o advento dos artigos 15 e 16 da Lei nº 9.065/95 o legislador acabou com a limitação temporal anteriormente imposta para a compensação de prejuízos fiscais e de base de cálculo negativa de CSLL, mas, por outro lado, impôs uma limitação quantitativa para essa compensação, correspondente a 30% do lucro líquido e da base de cálculo da CSLL de cada período de apuração, nos seguintes termos:

*Art. 15. O prejuízo fiscal apurado a partir do encerramento do ano-calendário de 1995 poderá ser compensado, cumulativamente com os prejuízos fiscais apurados até 31 de dezembro de 1994, com o lucro líquido ajustado pelas adições e exclusões previstas na legislação do imposto de renda, observado o limite máximo, para a compensação, de trinta por cento do referido lucro líquido ajustado.*

*Artigo 16 - A base de cálculo da contribuição social sobre o lucro, quando negativa, apurada a partir do encerramento do ano-calendário de 1995, poderá ser compensada, cumulativamente com a base de cálculo negativa apurada até 31 de dezembro de 1994, com o resultado do período de apuração ajustado pelas adições e exclusões previstas na legislação da referida contribuição social, determinado em anos-calendário subsequentes, observado o limite máximo, de redução de trinta por cento, previsto no art. 58 da Lei nº 8.981, de 1995.*

A norma tratou, exclusivamente, do limite quantitativo de utilização de prejuízos fiscais, partindo da premissa de que períodos seguintes viriam e, com eles, a possibilidade de apuração de lucros tributáveis por parte da pessoa jurídica.

Tal norma não teve ou tem o intuito de extinguir o direito à compensação dos prejuízos fiscais e da base de cálculo negativa da CSLL acumulados, mas tão-somente diferir o seu aproveitamento, visando garantir uma arrecadação tributária mínima.

Assim é que a constitucionalidade e a legalidade dessa limitação quantitativa estão no pressuposto de que haja a continuidade das atividades da pessoa jurídica, de modo que, ainda que não haja a compensação integral do saldo acumulado de prejuízos fiscais e de

base de cálculo negativa de CSLL em um determinado exercício, possa o saldo remanescente ser aproveitado em períodos subsequentes, a fim de evitar a tributação do patrimônio da pessoa jurídica, o que afrontaria o fato gerador do IRPJ e da CSLL.

Ou seja, a regra de compensação delineada, por pressupor a continuidade das atividades da empresa, prestigia o fato gerador do IRPJ e da CSLL, os quais recaem sobre o acréscimo patrimonial auferido pela pessoa jurídica.

Caso não existam períodos posteriores em que os prejuízos fiscais e base de cálculo de CSLL sejam passíveis de compensação, a trava em questão perde sentido. Fica sem efeito a possibilidade de compensação de prejuízos fiscais e de base de cálculo negativa de CSLL com lucros, uma vez que sequer haveria períodos em que estes poderiam ser apurados.

Esse racional já foi adotado por essa CSRF, em composições anteriores, conforme se pode depreender da seguinte passagem do voto do Relator do acórdão CSRF/01-05.100:

*Como afirmado pela recorrente, a empresa que aproveitou os prejuízos, sem observar o limite de 30% do lucro líquido, foi a Embel por ocasião de sua incorporação pela Eletrolux. Sua argumentação principal é que, em face da incorporação e da impossibilidade de compensar posteriormente o saldo de prejuízo na incorporadora, não havia outra opção senão a de compensar integralmente seu prejuízo.*

*Esse raciocínio já está pacificado neste Conselho de Contribuintes. A norma (Lei 9065/95, art. 15), ao impor a "trava" na compensação, não pretendeu tolher o direito do contribuinte de não recolher IRPJ sobre a recuperação do capital, correspondente ao lucro após prejuízo. Pretendeu sim uma arrecadação mínima, se apurado lucro líquido, com a limitação de utilização do prejuízo acumulado. Em contrapartida, extinguiu o prazo de aproveitamento do prejuízo (de 4 anos), para que o contribuinte pudesse compensar integralmente seu saldo de prejuízo fiscal, ainda que em muitos anos.*

*Desse modo, e considerando que à empresa incorporadora é vedado o aproveitamento do saldo de prejuízo fiscal da empresa incorporada (Decreto-lei 2341/87, arts. 32 e 33), deixa de existir a premissa de inexistência de limitação de aproveitamento do prejuízo com os lucros futuros, o que compromete a legitimidade da trava do prejuízo.*

No caso de incorporação, como o presente, há a extinção da pessoa jurídica incorporada. Portanto, não há que se falar na sua continuidade de modo que torna-se inaplicável a essa hipótese a limitação de 30% para compensação de prejuízos fiscais e de base de cálculo acumulados.

Vejam que a aplicação da trava de 30% nesse contexto traz como consequência necessária a tributação do patrimônio da empresa e não apenas do seu acréscimo patrimonial. Na extinção da pessoa jurídica, em razão da sua incorporação, não há acréscimo patrimonial futuro a ser compensado com os prejuízos acumulados.

A continuidade do empreendimento cessará com o evento incorporação. Tal continuidade se dará pela sociedade que a sucede, que está por lei proibida de utilizar os prejuízos fiscais e base negativa da sucedida.

Assim sendo, a regra que proíbe a utilização de prejuízos fiscais de sucedidas pelas sucessoras, cumulada com o entendimento de ser aplicável a limitação de aproveitamento do prejuízo fiscal e base negativa da CSLL, carregam em si um desestímulo a operações de fusão, cisão e incorporação de empresas, por tornar tais operações mais onerosas do ponto de vista tributário. E isso não foi a intenção do legislador.

Aqui, cabe apontar que não entendo ser a compensação de prejuízos fiscais e bases negativas tipos de benefícios fiscais, conforme argumenta a Fazenda Nacional em suas contrarrazões. Trata-se, tal compensação, a meu ver, de forma de apuração da base de cálculo dos tributos incidentes sobre resultado.

O acréscimo patrimonial cujo legislador pretende tributar deve ser vislumbrado numa compreensão temporal ampla, compreendendo todo o período de atividade da pessoa. Por isso foi garantido pela norma o direito à compensação de todo prejuízo fiscal e base negativa, sem limitação temporal.

Sendo assim, afigura-se inaplicável a limitação de 30% para compensação do saldo acumulado de prejuízos fiscais e de base de cálculo negativa da CSLL quando da extinção da pessoa jurídica, como no caso de fusão, cisão ou incorporação.

E neste contexto, uma vez afastada a limitação percentual de redução do lucro líquido quando incorporação de uma sociedade, podem estes prejuízos e bases negativas da sociedade a ser extinta serem integralmente compensados com o lucro líquido apurado no momento do encerramento de suas atividades.

Portanto, voto por dar provimento ao Recurso do Contribuinte.

#### **A.6) INAPLICABILIDADE DE JUROS SOBRE MULTA**

De acordo com o artigo 139 do CTN, o crédito tributário decorre da obrigação principal e, nos termos do artigo 113, parágrafo 1º do CTN, esta somente surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto o pagamento de tributo.

Não há que se falar que, de acordo com o artigo 113, parágrafo 1º do CTN, a multa de ofício também faria parte da obrigação principal, uma vez que, primeiro, (i) referida norma trata das obrigações acessórias, ou seja, as decorrentes do não cumprimento de obrigações de fazer e (ii) já é unânime na doutrina e jurisprudência pátria que a penalidade pecuniária não se confunde com a obrigação principal, pois é decorrente de uma sanção pelo não pagamento do tributo (vide artigo 3º do CTN).

Por outro lado, o artigo 161 do CTN prevê que o crédito não pago é acrescido de juros de mora, in verbis:

*“Artigo 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária”*

É evidente que a palavra “*crédito*” sobre o qual incidem os juros de mora previstos no artigo 161 do CTN se refere apenas aos tributos devidos, caso contrário, não haveria razão alguma para a ressalva final constante do mesmo dispositivo, no sentido de que esta incidência de juros se dá “*sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis*”.

Por seu turno, a Lei nº 9.430/96 igualmente prevê a incidência dos juros de mora apenas sobre o valor dos tributos, contribuições e multas isoladas, e não sobre as multas de ofício exigidas como acessório juntamente com o tributo eventualmente exigido, verbis:

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

*§ 1º - A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.*

*§ 2º - O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.*

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

Se for entendido que a palavra “*débitos*” constante do caput do artigo 61 inclui principal e multa de ofício, ter-se-ia que admitir que as multas de ofício, quando não pagas no vencimento, sofreriam também o acréscimo de multa de mora. Mas quando o legislador intencionou que incidisse juros sobre a multa o fez expressamente.

O art. 43 da mesma Lei 9.430/96 vem a reforçar a interpretação acima ao prever a incidência de juros de mora sobre as multas isoladas, verbis:

*“Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora isolada ou conjuntamente.*

*Parágrafo único – Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento”.*

Ora, se a expressão “*débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições*” constante no “*caput*” do artigo 61 contemplasse também multas, não haveria necessidade alguma da previsão do parágrafo único do artigo 43, uma vez que a incidência dos juros sobre a multa isolada, assim como a de ofício, já decorreria diretamente do artigo 61.

Conclui-se, portanto, que, fora a hipótese dos juros serem cobrados a fim de indenizar o credor pelo não pagamento do tributo no prazo estipulado, qualquer outra incidência de juros seria abusiva e arbitrária, por ausência e, diga-se, contrariedade ao pressuposto legal vigente (CTN, artigos 3º, 113, 139, parágrafo 1º, e 161 do CTN).

Admitir-se tal cobrança implicaria enriquecimento ilícito do Erário, o qual estaria aplicando a incidência dos juros de mora à obrigação principal e à multa de ofício.

Portanto, voto DAR provimento ao recurso do Contribuinte.

## **B) RECURSO DA FAZENDA NACIONAL**

### **B.1) DESQUALIFICAÇÃO DA MULTA**

A turma a quo, entendeu que a aplicação da multa em valor duplicado pela fiscalização não foi correta. Para os julgadores as operações analisadas nos presentes autos não foram tidas como simuladas ou inexistentes, sendo que a conduta do Contribuinte apenas impede a dedução fiscal do ágio, mas não autoriza a qualificação da penalidade. Vale aqui a transcrição do respectivo trecho do voto do relator:

*A imputação da multa qualificada ocorreu para a infração referente à desobediência à trava na compensação de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa de CSLL e também no caso da amortização de ágio envolvendo empresas veículos.*

*No entendimento da autoridade lançadora, o procedimento do sujeito passivo visou exclusivamente driblar as restrições legais de amortização do ágio e compensação de prejuízos, caracterizando a conduta fraudulenta.*

*Não concordo com o posicionamento do Fisco. Há que se diferenciar a verificação do cumprimento dos requisitos para que uma operação feita pelo sujeito passivo gere os efeitos a que se destina das situações nas quais a própria existência da operação é questionada.*

*Quanto aos requisitos formais, a utilização de empresas veículo não foi objeto de questionamento. A ausência de propósito comercial impediu que a interessada usufrísse das reduções tributárias daí decorrentes mas, ratifica-se, as operações não foram tidas como simuladas ou inexistentes. Sob essa ótica não vejo elementos que justifiquem a qualificação da multa.*

Penso que bem decidiu a Turma em relação à não qualificação da multa.

Penso que as condutas passíveis de serem enquadradas como fraude, nos termos do artigo 72, da Lei 4.502/64 são aquelas evadas de dolo, pautadas em ações ou omissões que visem ocultar fatos ocorridos ou simular a ocorrência de fatos inexistentes, bem como na falsificação de informações.

Em minha concepção o instituto doutrinário chamado propósito comercial vem sendo indiscriminadamente utilizado pelas fiscalizações, sem se observar os pormenores de cada situação.

O propósito negocial, cuja discussão no Brasil foi inicialmente atribuída ao Professor Marco Aurélio Greco, teve seus contornos delimitados com o fito de tratar qualquer operação que tivesse como objetivo principal a economia de tributos como inoponível ao fisco, admitindo-se a desconsideração de seus efeitos e a consequente cobrança dos tributos e multas.

Penso que essa posição deve ser vista com ressalvas, pois a aplicação da multa qualificada deve ser precedida da extensiva demonstração de uma das condutas contidas nos artigos 71, 72, 73m da Lei 4.502/64.

E é aí que a teoria do propósito negocial deve ser repensada, pois penso que a economia de tributos é argumento válido para suportar o propósito negocial da operação.

Não há que falar que a simples constatação de que o propósito da operação era economia de tributos satisfaz os requisitos dos mencionados artigos 71, 72, e/ou 73.

Por essas razões, entendo ser descabida a aplicação da multa qualificada, nos termos do artigo 44, §1º, da Lei 9.430/96.

Nesse contexto, voto por negar provimento ao Recurso da Fazenda Nacional, quanto à essa matéria.

(assinado digitalmente)

Gerson Macedo Guerra

## Voto Vencedor

Conselheiro Flávio Franco Corrêa.

Pedindo vênia ao Ilustre Relator, exponho as discordâncias em relação ao voto por ele proferido.

De início, a questão relacionada à exigência de laudo de avaliação contemporâneo aos fatos.

O registro do ágio e seu aproveitamento fiscal dependem do fundamento do ágio, quando de sua constituição, consoante o disposto no artigo 7º da Lei nº 9.532/1997:

"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-calendário 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."

Destaque-se que, para os investimentos avaliados pelo patrimônio líquido em sociedade coligada ou controlada, o artigo 20, §§ 2º, b, e 3º, do Decreto-lei nº 1.598/1977, em sua redação original, ao tempo dos fatos, prescrevia o obrigatório desdobramento do custo, no momento da aquisição da participação societária, em valor de patrimônio líquido e ágio, sendo que o ágio fundado na expectativa de rentabilidade futura deveria estar baseado em demonstração que o contribuinte deveria arquivar, para comprovação de tal fundamento. Nesses termos, o descumprimento ao mandamento legal que determinava a elaboração de demonstrativo da expectativa de rentabilidade futura justificadora do ágio, contemporânea à aquisição da participação societária avaliada pelo patrimônio líquido, não confere ao ágio pago o grau de confiança necessário a legitimar as influências dele decorrentes para o resultado tributável. Repare-se o texto do citado dispositivo:

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

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

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

§ 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

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

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

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

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

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

Como se pode ver, é cristalino que o preceito normativo então insculpido no artigo 20, §§ 2º, b, e 3º, do Decreto-lei nº 1.598/1977, na redação vigente ao tempo dos fatos, estabelecia a exigência de comprovante da demonstração da expectativa de rentabilidade futura, quando da aquisição do investimento avaliado pela equivalência patrimonial.

No caso concreto, não se pode perder de vista que a permuta sem torna entre, de um lado, membros da família Ugolini e a pessoa jurídica DIAMANTINA, sócios de ND-PAR, e, de outro lado, a pessoa jurídica MANDIÇUNUNGA, sócia de AGUAPAR, foi celebrada em 08/02/2006, conforme Instrumento Particular de Permuta de Participações Societárias, às efls. 1162/1175. Por essa avença, os contratantes celebraram a troca de participações societárias, de tal modo que aqueles tornar-se-iam sócios de AGUAPAR e esta última, sócia de ND-PAR. Todavia, a pessoa jurídica DIAMANTINA transferiu sua participação societária em ND-PAR à família Ugolini em 09/02/2006, conforme efls. 903/917. Desse modo, a família Ugolini passou a deter a totalidade das quotas do capital de ND-PAR. Em razão da saída de DIAMANTINA do quadro societário de ND-PAR, a permuta celebrada em 08/02/2006 somente efetivou-se entre a família Ugolini e MANDIÇUNUNGA. É preciso lembrar, aqui, que a aquisição de quotas de capital em sociedade por pessoas físicas não se submete à imposição legal para determinação de ágio ou deságio. Portanto, a cessão das quotas de ND-PAR entre a família Ugolini e MANDIÇUNUNGA não acarretou transferência de ágio, já que a família Ugolini não apurou mais valia, ao receber a totalidade da participação societária em ND-PAR.

Ocorre que, na contabilidade de MANDIÇUNUNGA, o recebimento das quotas de ND-PAR, cedidas pela família Ugolini na troca com as participações societárias em AGUAPAR, está registrado no dia 22/02/2004, à efl. 3754. No exame desse documento contábil, constata-se que MANDIÇUNUNGA não efetuou lançamento de ágio, quando registrara as quotas de ND-PAR em seu ativo. Em outras palavras, como descreve a Fiscalização, MANDIÇUNUNGA contabilizou a participação societária em ND-PAR, obtida em permuta com a família Ugolini, pelo custo de aquisição. No entanto, após a consumação da permuta, MANDIÇUNUNGA entendeu que poderia alterar sua escrituração para lançar um ágio na aquisição de ND-PAR com suposto lastro em laudo de avaliação da CORONA, único investimento de ND-PAR, datado 16/03/2006, às efls. 180/223.

Como já dito, o aproveitamento fiscal do ágio depende do fundamento do ágio. Tratando-se de investimento avaliado pelo custo de aquisição, sequer há espaço para se cogitar da existência de ágio. Entretanto, em resposta à Fiscalização, a pessoa jurídica fiscalizada explicou que o ágio contabilizado após a permuta, em relação ao investimento em ND-PAR, era reflexo do investimento desta na sociedade CORONA. Ou seja, como ressaltara a Fiscalização, "o ponto comum tanto para a equivalência de 28 de fevereiro de 2006 quanto para o registro do ágio é o surgimento do passivo a descoberto na CORONA, o que implica no [sic] valor desse investimento na ND-PAR estar zerado, e o valor aplicado pela MANDIÇUNUNGA na ND-PAR ser todo ágio. Com isso, a contabilização efetuada por ocasião da permuta, seria modificada para uma contabilização pelo método da equivalência patrimonial."

Assim, caso o investimento em ND-PAR adquirido por MANDIÇUNUNGA, em permuta com a família Ugolini, estivesse sujeito à avaliação pelo patrimônio líquido, na

forma do artigo 387 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (RIR/99), a adquirente inevitavelmente deveria demonstrar, quando da aquisição da participação societária, a expectativa de rentabilidade futura justificadora do ágio assumido. Isso não aconteceu. De acordo com a explanação acima, o investimento em ND-PAR foi contabilizado pelo custo de aquisição, em 22/02/2006. Isto é, quando as partes envolvidas na permuta eram independentes (MANDIÇUNUNGA e família Ugolini), não se apurou ágio, pois as participações societárias permutadas tinham valores equivalentes. Depois que efetuada a permuta, com a incorporação da participação societária em ND-PAR no patrimônio de MANDIÇUNUNGA (integrante do grupo COSAN), surgiu um laudo para justificar o ágio interno, sob o argumento de que CORONA, único investimento de ND-PAR, estava com passivo a descoberto. Com razão a PGFN, ao afirmar que "admitir esse tipo de comportamento significa permitir que os contribuintes alterem livremente o valor de patrimônio líquido das pessoas jurídicas, os lançamentos contábeis, os fundamentos para a realização de negócios, notadamente para usufruir de benefícios fiscais."

Diante do exposto, deve-se negar provimento ao reconhecimento de efeitos fiscais ao laudo às efls. 180/223.

Na questão seguinte, a possibilidade de amortização fiscal do ágio em operações com empresa veículo.

Em 28/02/2006, MANDIÇUNUNGA, agora com a denominação de DABARRA, subscreveu e integralizou o aumento de capital relativo à emissão, por CORONA, de 480.365.561 novas ações ordinárias nominativas, sem valor nominal, ao preço de R\$ 1,00 cada. A Fiscalização salientou que esse aumento de capital foi totalmente subscrito e integralizado por DABARRA com os mesmos ativos que COSAN 50 havia transferido, no mesmo dia, para integralizar o aumento de capital da própria DABARRA. Na integralização do capital em CORONA, DABARRA registrou um ágio de R\$ 485.130.116,16 para o investimento de R\$ 480.365.561,00, porquanto CORONA apresentava patrimônio líquido negativo de R\$ 485.291.361,50, de acordo com a resposta aos itens 13 e 17 do Termo de Intimação Fiscal nº 07, às efls. 3026/3029. Após o aumento de capital, CORONA passou a apresentar passivo a descoberto de R\$ 6.169.768,19, à efl. 3299.

Cabe consignar que os ativos empregados no aumento de capital em CORONA, integralizados por DABARRA, saíram do patrimônio da COSAN 50 no dia 28/02/2006, às 9 (nove) horas, à efl. 3679, transitaram pela DABARRA até 18 (dezoito) horas do mesmo dia 28/02/2006, à efl. 3771, quando foram transferidos para CORONA. No dia 30/03/2006, à efl. 1246, COSAN 50 aprovou a incorporação de DABARRA pela CORONA.

Quando COSAN 50 integralizou o capital em MANDIÇUNUNGA/DABARRA, o grupo COSAN já detinha o controle de 100% de CORONA. Por conseguinte, toda a operação transcorreu no âmbito do GRUPO COSAN. Então, o ágio obtido no momento em que MANDIÇUNUNGA/DABARRA integralizou o capital em CORONA decorreu de um planejamento tributário articulado para criar um ágio artificial intragrupo com o emprego de empresa veículo, constituída sem finalidade negocial. A utilização de MANDIÇUNUNGA/DABARRA, nesse conjunto de negócios com participações societárias, não teve propósito distinto de sua integração numa engrenagem destinada, ao fim e ao cabo, a gerar uma mais valia artificial e transferi-la para ser amortizada na incorporadora - CORONA - e, assim, reduzir a tributação do IRPJ e da CSLL desta última.

No excelente trabalho de auditoria fiscal executado, constatou-se que o ágio contabilizado por ocasião do aumento de capital em CORONA por DABARRA foi obtido sem envolver nenhum novo recurso do grupo COSAN. Ou seja, não houve transferência efetiva de recursos que possibilitasse a geração de novas riquezas. Não existe ágio sem o sacrifício patrimonial de quem investe em benefício dos alienantes do investimento. Em breve síntese, não se pode falar em ágio se a mais valia do investimento não for gerada em ato de aquisição, e isso supõe dispêndio para se obter algo de terceiro. Ou, de outro modo, isso supõe o sacrifício de outro ativo ou o reconhecimento de um passivo, porquanto o primeiro (sacrifício de um ativo) ou o segundo (reconhecimento de um passivo) são as contrapartidas ao registro do custo do investimento adquirido. Mas o que se vê no caso concreto é um aumento no patrimônio líquido em contrapartida a um aumento no ativo, em decorrência de um negócio “consigo mesmo”. Tal conclusão está em sintonia com a opinião da CVM, exposta no item 20.1.7 do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007:

“A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de “ágio”.

Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.

Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.

Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários, do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge, **única e exclusivamente**, quando o **preço (custo) pago** pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.

Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como “arm’s length”.

Portanto, é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade.” (grifei)

A teor do que segue no Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, atesta-se que o laudo de avaliação de CORONA é ineficaz para o fim de emprestar suporte ao ágio gerado no instante em que DABARRA integrou o capital naquela sociedade, uma vez certificando-se, como efetivamente se certifica, do ágio interno.

No que concerne à ND-PAR, afirma-se que se trata de empresa veículo, já que fora concebida apenas para o transporte de CORONA ao patrimônio de MANDIÇUNUNGA, viabilizando a geração artificial do ágio transferido à primeira (CORONA), por incorporação, com vistas ao pretendido amparo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Imerso nesse panorama, impõe-se transcrever as precisas assertivas da Fiscalização quanto à função das empresas veículos e das empresas efêmeras, no esquema engendrado com a intenção exclusiva de reduzir a tributação do IRPJ e da CSLL, ora em exame:

"297. As operações societárias envolvendo a empresa **Corona** foram realizadas através de empresas efêmeras e sem existência real (**Mandiçununga e ND-Par e Aguapar**), que foram utilizadas apenas para possibilitar a obtenção do benefício da amortização do ágio, com vistas a melhorar as condições financeiras da aquisição feita.

298. De fato, essas empresas foram constituídas tendo com único objetivo a transferência de ativos (empresas veículos) nas aquisições de outras empresas, como o próprio sujeito passivo as denominam.

299. Em reorganizações societárias que envolvam um conjunto de etapas sucessivas e que tenham como objetivo a redução da carga tributária há que se conhecer o todo, pois o fato a ser enquadrado é o conjunto e não apenas etapas isoladamente. Diante de situação complexa tem-se que considerar o quadro como um todo, com exame minucioso dos vários aspectos que cercam o caso, visto que o conhecimento e o enquadramento do ocorrido será o resultado de todos os fatos ocorridos.

[...]

311. Nesse contexto, é possível vislumbrar qual atividade econômica foi exercida pelas empresas **ND-Par e Dabarra** (antiga **Mandiçununga**)?

312. Em estudos sobre a matéria - planejamento tributário, são citadas situações que são perfeitamente aplicáveis ao caso sob exame. Uma delas é a que se chama de "empresa veículo ou de passagem", que vem a ser uma pessoa jurídica criada apenas para servir de 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 transmitir um patrimônio ou um determinado recurso.

313. Outro exemplo de sociedade é a denominada "**sociedade efêmera**" ou empresa de curta duração que nasce para morrer ou para ser extinta tão logo cumpra seu papel em determinada operação. Assim, algumas vezes, no planejamento uma sociedade é criada para participar de determinado negócio ou **receber determinado patrimônio em trânsito para outra pessoa jurídica**, eventualmente ligada à figura do ágio; feito isto a empresa pode **desaparecer**. Foi o que ocorreu com as empresas **ND-Par e Dabarra** (antiga **Mandiçununga**), desapareceram." (grifos no original)

De acordo com o artigo 981 do vigente Código Civil, celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados, podendo realizar atividades de um ou mais negócios determinados. Assim, um pressuposto fático da existência da sociedade é a disposição dos sócios em prol da realização de atividades econômicas, com a

conjugação de esforços necessários aos fins estipulados no contrato de formação da sociedade. Por via de consequência, sem o ânimo do exercício de atividade econômica, o propósito societário está ausente. Diante disso, descortina-se a inexistência de propósito negocial na constituição formal de ND-PAR e MANDIÇUNUNGA/DABARRA. O fim desejado por aqueles que conceberam a constituição dessas pessoas jurídicas limitou-se à função de transferir patrimônios para viabilizar a geração e/ou a transferência de ágios artificialmente criados com vistas à redução indevida de tributos.

Aqui, é preciso salientar que o artigo 7º da Lei nº 9.532/97 autoriza a dedução do ágio amortizado, no cômputo do lucro real, apenas quando uma pessoa jurídica absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, apurado segundo o disposto no artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977:

“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”:

[...]

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 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei 9.718, de 27/11/98) (*grifei*)

Já o artigo 8º da Lei nº 9.532/1997 prevê que o disposto no artigo anterior é aplicável quando a pessoa jurídica incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária:

“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.

A carência de substância econômica dos ágios já referidos não autoriza a fiscalizada a deduzir as parcelas amortizadas, porquanto não satisfeitos os artigos 7º e 8º, supra. Que fique claro que a amortização do ágio, em regra, não é dedutível, no cálculo do lucro real e da base de cálculo da CSLL. Contudo, a lei confere, excepcionalmente, o direito de deduzir a parcela amortizada do ágio, na apuração do lucro real, somente nos termos dos anteditos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Em face do exposto, impossível anuir com os efeitos fiscais da amortização do ágio criado com o emprego das citadas empresas veículos (que também são efêmeras).

No próximo passo, a questão alusiva à possibilidades de efeitos tributários do ágio interno.

Acima, já se aduziu ao ágio intragrupo, criado quando da integralização de capital em CORONA por DABARRA, bem assim ao ágio interno fundado na reavaliação do patrimônio de CORONA, que se refletiu no investimento em ND-PAR, adquirido por MANDIÇUNUNGA. Completando as informações alusivas a este tópico, traz-se à colação sucinto resumo sobre as operações societárias referentes à USINA DA BARRA 44.

COSAN 50 integralizou capital com ágio em USINA DA BARRA 44, em 30/04/2004. Esse ágio foi repassado para MANDIÇUNUNGA e, em seguida, para CORONA, em 28/02/2006. Tal aumento de capital foi objeto de um "Protocolo de Intenções Visando à Subscrição de Aumento de Capital Social para Integralização com Crédito em Conta Corrente", firmado em 19/04/2004 pela COSAN 50 e pela USINA DA BARRA 44. Citado Protocolo de Intenções previa a subscrição do aumento de capital social no valor de R\$ 70.000.000,00, pela COSAN 50, mediante conferência de crédito em conta corrente que COSAN 50 possuía junto à USINA DA BARRA 44. Esse crédito em conta corrente foi avaliado por três peritos, os quais concluíram que o valor contábil do crédito de COSAN 50 com USINA DA BARRA 44 era de R\$ 200.937.142,59, em 31/03/2004. Também providenciou-se um laudo do acervo patrimonial da USINA DA BARRA 44, a valor de mercado, para determinar o valor das ações a serem emitidas. Com base no aludido laudo de avaliação, estabeleceu-se que o preço de emissão das ações de USINA DA BARRA 44 era de R\$ 0,225491971, por lote de mil ações. Assim, emitiram-se 310.432.339.401 ações ordinárias para o aumento de capital em R\$ 70.000.000,00, tendo gerado um ágio de R\$ 35.241.744,24, segundo o contribuinte. O capital social de USINA DA BARRA 44 passou a ser de R\$ 144.647.024,69, representado por 4.384.870.098.279 ações escriturais, sem valor nominal, segundo consta da Ata da AGE.

Acontece que USINA DA BARRA 44 já integrava o grupo econômico COSAN, quando do aumento de capital realizado em 30/04/2004. Esse fato leva à conclusão de que o ágio apurado, quando do precitado aumento de capital, é um ágio interno, sem geração de nova riqueza no grupo econômico. Anote-se a tal respeito que não houve qualquer sacrifício patrimonial para a criação desse ágio. Com o aumento de capital em tela, o valor que estava contabilizado em USINA DA BARRA 44, em conta de passivo, passou a compor a conta de capital pelo valor integralizado de R\$ 70.000.000,00, mas quem detinha o direito ao crédito, COSAN 50, passou a registrar um investimento com mais valia, o ágio.

Vê-se, por conseguinte, um aumento de capital realizado com ágio sem aporte de capital novo e efetuado em empresa controlada. A mais valia em questão foi aproveitada na integralização de novos aumentos de capital em outras pessoas jurídicas do grupo.

No caso em exame, percebe-se, a exemplo do que se comentou no item precedente, que também não ocorreu variação no percentual de participação, conforme o destacado nas referências ao Ofício Circular CVM/SNC/SEP nº 01/2005.

Perante tais fundamentos e em acréscimo às razões já consignados na solução da questão anteriormente apreciada, não se pode admitir a dedutibilidade do ágio interno amortizado.

Na próxima questão, a limitação da utilização de prejuízo fiscal e base negativa na extinção de pessoa jurídica.

DANCO incorporou USINA DA BARRA 48, e seu capital social, que estava registrado no valor de R\$ 1.000,00, aumentou para R\$ 660.519.604,29. Ao cabo da

incorporação, a sociedade incorporada deixou de existir. Em seguida, a incorporadora alterou sua razão social para USINA DA BARRA S/A AÇÚCAR E ÁLCOOL (USINA DA BARRA 08), como também alterou seu endereço, situando-se, desde então, no local onde era a sede de USINA DA BARRA 48.

DANCO estava inativa desde a sua constituição, com capital de R\$ 1.000,00, enquanto USINA DA BARRA 48, com capital de R\$ 660.518.604,29, estava ativa desde 1956.

Com a incorporação, USINA DA BARRA 08 assumiu todos os ativos e todos os passivos de USINA DA BARRA 48. Tudo o mais permaneceu como na anterior USINA DA BARRA 48: ativos, passivos, receitas, despesas, endereço, sócios. Apenas duas alterações ocorreram: o capital social, acrescido em R\$1.000,00, e o número do CNPJ.

No documento Protocolo e Justificação da AGE de 28/02/2007, citou-se que a incorporação acarretaria vantagens às sociedades envolvidas, "*consistentes na redução de custos operacionais e administrativos em face da unificação dos esforços gerenciais e do redimensionamento da estrutura operacional*". No ponto, a Fiscalização arguiu: como sustentar a justificativa de redução de custos operacionais e administrativos, se a empresa incorporadora - DANCO - foi cadastrada no CNPJ em maio de 2006 e permaneceu inativa até fevereiro de 2007, ocasião da incorporação? Alerta-se para a circunstância segundo a qual a pessoa jurídica DANCO apresentou a DIPJ relativa ao ano-calendário de 2007 com todos os custos e despesas zerados, o que fulmina o argumento de que a incorporação em lume visava à redução de custos operacionais e administrativos, bem como o redimensionamento da estrutura operacional, já que nada disso existia.

Na realidade, a fiscalizada valeu-se da incorporação em foco com o propósito de compensar o prejuízo da pessoa jurídica incorporada acima da trava de 30%. Isto é, o prejuízo fiscal e a base de cálculo negativa de CSLL oriundos de USINA DA BARRA 48 foram compensados por USINA DA BARRA 08 além do limite legal, com o suposto apoio na tese de que não há limitação para compensação de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa de CSLL gerados em pessoa jurídica extinta.

Na linha do pensamento do ilustre Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, no acórdão nº 101-96.142, a pergunta que se deve fazer é: "*quem de fato incorporou quem no caso concreto? A alteração da denominação e a concomitante transferência do endereço para aquele da dita incorporada são sinais fortes do que de fato ocorreu.*" A incorporadora teve a razão social e o domicílio alterados, ajustando-se à razão social e ao endereço da incorporada, deficitária. Nessa prumada, verifica-se que a incorporada sobreviveu de fato, com a geração de resultados positivos compensados com prejuízos dela própria. Em verdade, o que se fez foi a adoção de forma jurídica sem correspondência fática, objetivando-se compensar prejuízos fiscais acumulados com resultados positivos próprios, fora da trava de 30%, contornando-se, com forma vazia de conteúdo, a prescrição proibitiva da legislação.

Sem dúvida, o óbice imposto pela Fiscalização quanto à compensação de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa de CSLL, acumulados anteriormente pela incorporada, decorreu da percuciente procura pela realidade escondida sob a capa das formas jurídicas, que dão a aparência de que os fatos são merecedores de uma qualificação distinta daquela que lhe é juridicamente correta e, como tal, determinante de um desvio da incidência natural da regra jurídica que impede a vantagem fiscal pretendida. Porém, uma vez descobertos os fatos reais pela retirada da capa das formas jurídicas, de plano se constata que toda a atividade após o evento da incorporação derivava da incorporada, com o nome desta e no seu

endereço, que sobreviveu de fato, com geração de resultados compensados com prejuízos fiscais e base de cálculo negativa de CSLL.

Firme nestas razões, anota-se a violação ao artigo 510 do RIR/99, bem como a infração ao artigo 16 da Lei nº 9.065/1995, motivo por que se deve negar provimento ao Recurso Especial do contribuinte, quanto ao item debatido.

Próxima questão: juros sobre a multa de ofício.

O ponto crucial da dúvida está na redação do § 3º do artigo 61 da Lei nº 9.430/1996, *verbis*:

“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. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

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

Mais especificamente, objetiva-se desvendar se, nos débitos a que se refere o § 3º do artigo 61 da Lei nº 9.430/1996, estão incluídos o tributo suprimido ao Erário e a multa proporcional aplicada mediante lançamento de ofício, ou somente o valor do tributo suprimido.

De início, deve-se aludir à disposição normativa de onde emana a vedação à incidência de juros de mora sobre a multa de mora, conforme prevê o parágrafo único do artigo 16 do Decreto-lei nº 2.323/1987, com a redação dada pelo artigo 6º do Decreto-lei nº 2.331/1987, *verbis*:

“Art. 6º. Os arts. 15 e 16 do Decreto-lei nº 2.323, de 26 de fevereiro de 1987, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 15. Os débitos para com a Fazenda Nacional, de natureza tributária, para com o Fundo de Investimento Social (Finsocial) e para com o Fundo de Participação PIS-Pasep, não pagos no vencimento, serão acrescidos de multa de mora.

Parágrafo único. A multa de mora será de vinte por cento sobre o valor monetariamente atualizado do tributo ou contribuição, sendo reduzida a dez por cento se o pagamento for efetuado até o último dia útil do terceiro mês subsequente àquele em que tiver ocorrido o vencimento do débito.

Art. 16. Os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, para com o Fundo de Participação PIS-Pasep, assim como aqueles decorrentes de empréstimo compulsórios, serão acrescidos, na via administrativa ou judicial, de

juros de mora, contados do mês seguinte ao do vencimento, à razão de um por cento ao mês calendário ou fração e calculados sobre o valor monetariamente atualizado na forma deste decreto-lei.

Parágrafo único. Os juros de mora não incidem sobre o valor da multa de mora de que trata o artigo anterior."

Perceba-se que o Decreto-lei nº 2.323/1987, ao ressaltar a multa de mora, não vedou a incidência dos juros de mora sobre a multa proporcional aplicada mediante lançamento de ofício.

Por outro lado, o § 3º do artigo 950 do Decreto nº 3000/1999 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99) estabelece que a multa de mora não deve aplicada se o tributo suprimido ao Erário já tiver servido de base de cálculo para a multa proporcional decorrente de lançamento de ofício, *verbis*:

“Art. 950. Os débitos 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 (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61).

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do imposto até o dia em que ocorrer o seu pagamento (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, § 1º).

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, § 2º).

**§ 3º A multa de mora prevista neste artigo não será aplicada quando o valor do imposto já tenha servido de base para a aplicação da multa decorrente de lançamento de ofício.”** (grifei)

Assim, a expressão “os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal”, constante do *caput* do artigo 61 da Lei nº 9.430/1996, deve ser interpretada no sentido de compreender, para fins de incidência dos precitados juros moratórios, a diferença do tributo não recolhida até a data de seu vencimento, em razão de sua equivocada determinação, e a consequente multa aplicada mediante lançamento de ofício.

Para tal empreitada exegética, é preciso considerar os artigos 113, § 1º; 139 e 161, *caput* e § 1º, do Código Tributário Nacional (CTN), *verbis*:

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

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

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

“Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.”

A teor dos artigos suprarreferidos:

a) o crédito tributário é uma decorrência da obrigação tributária principal (CTN, artigo 139);

b) essa obrigação tem por objeto o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária imposta como consequência do descumprimento do dever legal de entregar ao Estado-credor, no prazo legal, o valor integral do tributo, apurado em consonância com as normas legais (CTN, § 1º do artigo 113);

c) o crédito não integralmente pago no vencimento, de que trata o *caput* do artigo 161 do CTN, não se resume ao valor do tributo suprimido ao Erário, porquanto a infração consistente na supressão do tributo é fato gerador da multa proporcional a ser aplicada mediante lançamento de ofício. Portanto, o § 3º do artigo 161 do CTN abarca o valor do tributo suprimido e a multa a ser aplicada de ofício, em decorrência da supressão do tributo.

Em apoio à interpretação aqui defendida, traz-se à colação o Resp nº 1.129.990-PR, publicado no Dje no dia 14/09/2009, relator Ministro Castro Meira:

“Da sistemática instituída pelo art. 113, *caput* e parágrafos, do Código Tributário Nacional-CTN, extrai-se que o objetivo do legislador foi estabelecer um regime único de cobrança para as exações e as penalidades pecuniárias, as quais caracterizam e definem a obrigação tributária principal, de cunho essencialmente patrimonialista, que dá origem ao crédito tributário e suas conhecidas prerrogativas, como, a título de exemplo, cobrança por meio de execução distinta fundada em Certidão de Dívida Ativa-CDA.

A expressão "crédito tributário" é mais ampla do que o conceito de tributo, pois abrange também as penalidades decorrentes do descumprimento das obrigações acessórias.

Em sede doutrinária, ensina o Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria que, "havendo descumprimento da obrigação acessória, ela se converte em principal relativamente à penalidade pecuniária (§ 3º), o que significa dizer que a sanção imposta ao inadimplente é uma multa, que, como tal, constitui uma obrigação principal, sendo exigida e cobrada através dos mesmos mecanismos aplicados aos tributos " (Código Tributário Nacional Comentado: Doutrina e Jurisprudência, Artigo por Artigo. Coord.: Vladimir Passos de Freitas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2004, p. 546)

De maneira simplificada, os juros de mora são devidos para compensar a demora no pagamento. Verificado o inadimplemento do tributo, advém a aplicação da multa punitiva que passa a integrar o crédito fiscal, ou seja, o montante que o contribuinte deve recolher ao Fisco. Se ainda assim há atraso na quitação da dívida, os juros de mora devem incidir sobre a totalidade do débito, inclusive a multa que, neste momento, constitui crédito titularizado pela Fazenda Pública, não se distinguindo da exação em si para efeitos de recompensar o credor pela demora no pagamento. (grifei)

Em suma, o crédito tributário compreende a multa pecuniária, o que legitima a incidência de juros moratórios sobre a totalidade da dívida.

Rematando, confira-se a lição de Bruno Fajerstajn, encampada por Leandro Paulsen (Direito Tributário - Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 9ª ed., 2007, p. 1.027-1.028):

*"A partir da redação do dispositivo, fica evidente que os tributos não podem corresponder à aplicação de sanção pela prática de ato ilícito, diferentemente da penalidade, a qual, em sua essência, representa uma sanção decorrente do descumprimento de uma obrigação.*

*A despeito das diferenças existentes entre os dois institutos, ambos são prestações pecuniárias devidas ao Estado. E no caso em estudo, as penalidades decorrem justamente do descumprimento de obrigação de recolher tributos.*

*Diante disso, ainda que inconfundíveis, o tributo e a penalidade dele decorrente são figuras intimamente relacionadas. Ciente disso, o Código Tributário Nacional, ao definir o crédito tributário e a respectiva obrigação, incluiu nesses conceitos tanto os tributos como as penalidades. (grifei)*

*Com efeito, o art. 139 do Código Tributário Nacional define crédito tributário nos seguintes termos:*

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

*Já a obrigação principal é definida no art. 113 e no parágrafo 1º. Veja-se:*

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

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

*Como se vê, o crédito e a obrigação tributária são compostos pelo tributo devido e pelas penalidades eventualmente exigíveis. No entanto, essa equiparação, muito útil para fins de arrecadação e administração fiscal, não identifica a natureza jurídica dos institutos. (...) (grifei)*

*O Código Tributário Nacional tratou da incidência de juros de mora em seu art. 161. Confira-se:*

*'Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.*

*§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.*

*§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito'*

*A redação deste dispositivo permite concluir que o Código Tributário Nacional autoriza a exigência de juros de mora sobre 'crédito' não integralmente recolhido no vencimento.*

*Ao se referir ao crédito, evidentemente, o dispositivo está tratando do crédito tributário. E conforme demonstrado no item anterior, o crédito tributário decorre da obrigação principal, na qual estão incluídos tanto o valor do tributo devido como a penalidade dele decorrente.* (grifos no original)

*Sendo assim, considerando o disposto no caput do art. 161 acima transcrito, é possível concluir que o Código Tributário Nacional autoriza a exigência de juros de mora sobre as multas" (Exigência de Juros de Mora sobre as Multas de Ofício no Âmbito da Secretaria da Receita Federal. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 132, p. 29, setembro de 2006).* (grifos no original)

*Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial.*"(grifos no original)

Essa é a diretriz a ser seguida para se descortinar o alcance do § 3º do artigo 61 da Lei nº 9.430/1996, fundamento legal da multa aplicada no caso concreto.

Do preceito acima invocado, destaca-se a incidência de juros de mora sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições. Facilmente se infere que as multas ora comentadas só nascem porque há tributo devido a ser exigido de ofício. Não houvesse tributo sonogado, não haveria multa proporcional a ser lançada de ofício. Essa deve ser a linha de raciocínio para o desvendamento do que se pode entender no âmbito da expressão “débitos decorrentes de tributos e contribuições.”

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

Alfim, salienta-se que a Câmara Superior já decidiu segundo a linha exegética aqui anunciada:

“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”. (Acórdão CSRF/04-00.651, de 18/09/2007, processo nº 16327.002231/2002-85, Relator Conselheiro Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho)

“JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.” (Acórdão nº 9101-00.539, de 11/03/2010, processo nº 16327.002243/99-71, Relator Conselheiro Valmir Sandri, Redatora Designada Conselheira. Viviane Vidal Wagner)

À luz dos argumentos expostos, deve-se negar provimento ao pleito referente ao reconhecimento da ilegalidade da incidência dos juros de mora calculado com base na taxa SELIC sobre a multa aplicada.

Conclusão: conheço do Recurso Especial do contribuinte para, no mérito, negar-lhe provimento.

Por fim, o Recurso Especial da Fazenda Nacional, que combate a redução da multa aplicada ao percentual de 75%.

As reorganizações societárias descritas pela Fiscalização e já mencionadas neste voto, no julgamento do Recurso Especial do contribuinte, visaram à criação artificial de ágios para serem deduzidos dos resultados tributáveis, quando amortizados, e à compensação indevida de prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa de CSLL. Para tais desideratos, montaram-se esquemas com o emprego de empresas veículos formalmente constituídas, não obstantes despidas de propósito negocial. Tais empresas tiveram duração efêmera e não exerceram qualquer função distinta da transferência de patrimônios e recursos para viabilizar a redução do IRPJ e da CSLL mediante a amortização de ágios sem substância econômica, bem como pela compensação irregular de prejuízo fiscal.

O planejamento tributário em referência foi concebido de tal modo a aparentar normalidade e legalidade, com o intento de ocultar os verdadeiros fins, valendo-se da roupagem das formas jurídicas. Diante disso, é preciso estar atento à redação do artigo 72 da Lei nº 4.502/1964:

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

Nas circunstâncias referidas, revela-se patente o dolo da conduta de fraude, pois os que planejaram e implementaram as reorganizações societárias, a constituição formal de sociedades sem propósito negocial e a criação de ágios artificiais agiram com consciência do que faziam, isto é, sabiam que estavam executando a ação de modificar as características essenciais dos fatos geradores do IRPJ e da CSLL, alterando os resultados tributáveis com a dedução de despesas de amortização de ágio sem substância econômica, como também com a compensação ilegal de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa de CSLL, tudo isso para obter o fim pretendido, efetivamente obtido, a redução indevida do IRPJ e da CSLL.

Desse modo, cabível a aplicação da multa de 150%, na forma:

- a) do artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/1996, para os fatos geradores do ano-calendário 2006;
- b) do artigo 44, § 1º, da Lei nº 9.430/1996, para os fatos geradores ocorridos a partir do ano-calendário de 2007.

Em face do exposto, conheço do Recurso Especial da PGFN para, no mérito, dar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Flávio Franco Corrêa

Processo nº 16561.720093/2011-38  
Acórdão n.º **9101-003.364**

**CSRF-T1**  
Fl. 9.247

---