



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

**Processo n°** 10120.724569/2012-01  
**Recurso n°** De Ofício e Voluntário  
**Acórdão n°** 1302-001.293 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 12 de fevereiro de 2014  
**Matéria** IRPJ e CSLL  
**Recorrentes** ITIQUIRA ENERGÉTICA S/A  
FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2009, 2010

**ÁGIO POR RENTABILIDADE FUTURA. AMORTIZAÇÃO.**

Não deve subsistir a glosa de despesas com amortização do ágio se a autuação não imputa vício nos negócios jurídicos do qual aflorou, pois ou se qualifica a operação como maculada por alguma patologia jurídica ou ela é lícita e a ela devemos dar os efeitos que lhe são próprios segundo a legislação tributária.

**DESPESAS FINANCEIRAS. DEDUTIBILIDADE.**

As despesas financeiras incorridas pela pessoa jurídica em operação de crédito, cujo produto comprovadamente se destinou a aquisição de ativo permanente, pode ser deduzida na apuração do resultado, por se tratar de operação intrinsecamente ligada aos negócios da empresa, sobretudo por se trata de uma *holding*.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado: por unanimidade, em negar provimento ao recurso de ofício, sendo que os conselheiros Alberto Pinto, Hélio Araújo, Marcelo Guerra e Guilherme Pollastri acompanharam o Relator pelas conclusões; e, por maioria, em dar provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Waldir Rocha e Eduardo Andrade. Designado o Conselheiro Alberto Pinto para redigir o voto vencedor.

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior – Presidente e Redator Designado

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Waldir Veiga Rocha, Marcelo de Assis Guerra, Hélio Eduardo de Paiva Araújo, Eduardo de Andrade, Guilherme Pollastri Gomes da Silva e Alberto Pinto Souza Junior.

## Relatório

ITIQUIRA ENERGÉTICA S/A, já qualificada nestes autos, foi autuada e intimada a recolher crédito tributário no valor total de R\$ 17.141.042,19, discriminado no Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário do Processo, à fl. 2.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do minucioso relatório elaborado por ocasião do julgamento do processo em primeira instância, a seguir transcrito:

Trata-se de autos de infração lavrados contra ITIQUIRA ENERGÉTICA S/A para exigir IRPJ e CSLL referentes aos anos-calendário de 2008 e 2009, no valor total de R\$ 17.141.042,19.

A exigência tem por origem a reestruturação societária da companhia ocorrida em 2008, que gerou, segundo a fiscalização, (1) **despesas com ágio não amortizáveis** e (2) **despesas financeiras não dedutíveis**.

### I. DO PROCEDIMENTO FISCAL

Reporto-me ao Termo de Verificação Fiscal de fls. 915/932, lavrado em 27/04/2012, para, inicialmente, destacar as seguintes constatações e conclusões da autoridade fiscal:

#### *“(…) 4) HISTÓRICO DOS ACONTECIMENTOS*

*Em 22 de abril de 2008, a Brascan Energética, mediante escritura pública, constituiu sua subsidiária integral, a São Pedro Energética S/A, com capital social de R\$ 1.000,00 e como objeto social a geração de energia elétrica (fls. 67 a 71).*

*A partir de 13 de agosto de 2008, a São Pedro Energética S/A alterou seu objeto social para holding - participação em outras sociedades, preferencialmente do setor elétrico (fl. 72).*

*Mediante empréstimo contraído junto à Itiquira Energética S/A, a São Pedro pôde adquirir as ações da Itiquira em poder da CESP, mediante pagamento à vista de R\$ 37.570.000,00 realizado em 25 de agosto de 2008 (fl. 65).*

*Com as garantias ofertadas pela Itiquira, a São Pedro contraiu, junto ao Unibanco, Banco Calyon e WestLb, empréstimo para adquirir a participação acionária da Eletrobrás na Itiquira. Em 7 de outubro de 2008, a São Pedro efetuou o pagamento das ações no valor de R\$ 147.110.042,80 (fl. 66).*

*A São Pedro contabilizou o valor de R\$ 117.154.477,93 a título de ágio na aquisição de investimento na Itiquira.*

*Em 17 de dezembro de 2008, a Itiquira incorpora a São Pedro e passa a amortizar o ágio, segundo a curva determinada pela Aneel, pelo prazo de concessão para explorar os recursos hídricos do Rio Itiquira. Tal procedimento reduziu o lucro contábil.*

#### 5) RAZÕES DO LANÇAMENTO

*No exame da documentação e dos fatos trazidos à tona com a fiscalização, verificamos a ocorrência das seguintes infrações à legislação tributária:*

*a) amortização de ágio, para reduzir o lucro contábil, e por consequência a base de cálculo do IRPJ e CSL;*

*b) a assunção de encargos financeiros decorrentes dos empréstimos contraídos revelou-se como despesa desnecessária à manutenção da fonte dos rendimentos da empresa.(...)"*

#### 1. Amortização de Ágio

No que tange especificamente ao tema **amortização de ágio**, transcrevo, a seguir, por relevantes e detalhadas, as seguintes constatações e conclusões da autoridade fiscal, constantes do Termo de Constatação Fiscal lavrado em 13/03/2012 (fls. 539/663), e também transcritas no referido termo de verificação fiscal:

##### "1) SÃO PEDRO - FATOS RELEVANTES

###### 1.1) Constituição da Empresa

*A empresa foi formalizada mediante escritura pública de constituição de sociedade anônima, lavrada pelo Primeiro Tabelionato de Notas de Curitiba, transcrita no livro 1466-N, à fl. 177, em 24 de março de 2008, passando a Brascan Energética S/A a constituir subsidiária de capital fechado sob a denominação de São Pedro Energética S/A, com capital social subscrito e integralizado de R\$ 1.000,00 (hum mil reais). O ato notarial foi registrado na Junta Comercial do Paraná em 22/04/2008 sob nº 41300075174, mediante protocolo nº 08/163706-3 apresentado em 18/04/2008 (fls. 67 a 71).*

###### 1.2) Objeto Social

*O art. 3º do Estatuto Social aprovado pela escritura de constituição da sociedade estabelece o objeto social da empresa criada, a saber:*

*'a) A exploração, como Produtor Independente, de Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCHs), bem como a exploração, como concessionária ou permissionária, de centrais hidrelétricas (UHEs), produzindo e comercializando a potência e a energia gerada pelas PCHs e UHEs; e b) A manutenção e a operação de todos os bens e direitos, equipamentos e instalações que compõem as PCHs e UHEs.' (fl. 72)*

### 1.3) Crise do 'Subprime'

No item "f" do termo de início (fl. 3), exigimos do contribuinte: "informar se, na data de criação da São Pedro Energética - 22/04/2008, a empresa controladora holandesa Tosli Acquisitions pretendia concentrar 100% das ações dessa pessoa jurídica; em caso positivo, qual o motivo de não tê-las adquirido diretamente da CESP e Eletrobrás; em caso negativo, informar qual fato relevante "a posteriori" determinou a concentração das ações;".

O contribuinte respondeu que: a) na criação da São Pedro, a Tosli Acquisitions não pretendia adquirir a totalidade das ações da Itiquira; b) a crise do 'subprime' ocorrida no segundo semestre de 2008 determinou a mudança de planos; e c) a aquisição da participação societária da Itiquira dependia da obtenção de financiamento bancário nacional, de modo que a São Pedro foi escolhida para contrair os empréstimos necessários à aquisição das ações (fl. 47).

A crise do crédito hipotecário de risco - 'subprime' - vem sendo divulgada desde 12 de dezembro de 2007 - data anterior à criação da São Pedro conforme pesquisa (Anexo 1) no "site" a Folha de São Paulo, disponível em <<http://search.folha.com.br/search?q=crise%20cr%E9dito%20hipotecas%20subprime...>> em 09.nov.2011. No resumo da pesquisa, foram encontradas 125 notícias da crise do "subprime" no período de 12/12/2007 até 07/05/2008 (fls. 549 a 576, 604 a 631).

### 1.4) Financiamento Bancário Nacional

Dentre as Notas Explicativas às Demonstrações Financeiras Referentes aos Exercícios Findos em 31 de Dezembro de 2008 e de 2007, publicada em 08/05/2009 no Diário Oficial do Estado de Mato Grosso à página 56, a Nota 1 - Contexto Operacional - afirma o seguinte:

'Em 30 de setembro de 2008, foi assinado o Contrato de Compra e Venda de Ações de Emissão de Itiquira Energética SA, tendo por objeto a alienação de 37.500.000 ações preferenciais classe "B". A obrigação da compradora de consumir a compra e venda das Ações estava condicionada à obtenção pela São Pedro Energética S.A. de financiamento para pagamento à Eletrobrás. Obtida a liberação de recursos do financiamento, a transferência das ações foi realizada juntamente com o pagamento do preço em 07 de outubro de 2008. Em 17 de dezembro de 2008, foram realizadas as Assembléias Gerais Extraordinárias da Itiquira Energética S.A. e da São Pedro Energética S.A., nas quais foi aprovada a incorporação da São Pedro Energética S.A. pela Itiquira Energética S.A., com a consequente extinção da São Pedro Energética S.A.' (fls. 714).

Mais adiante, a Nota 9 'Empréstimos e Financiamentos' informa, à página 57 daquela publicação oficial, uma extensa relação de garantias ofertadas pela Itiquira, para viabilizar os empréstimos

*contraídos pela São Pedro. De fato, a empresa recém criada não possuía lastro patrimonial, nem financeiro, nem capacidade de gerar caixa, visando obter financiamento junto às instituições financeiras nacionais (fls. 715).*

*Somente com o impulso dado pela Itiquira Energética, foi possível obter os financiamentos almejados.*

*Assim sendo, a São Pedro contraiu junto ao Banco Calyon, Unibanco e WestLb empréstimo, para viabilizar o pagamento de R\$ 147.110.042,80, realizado em 07/10/2008, em favor de Eletrobrás, a título de aquisição das ações preferenciais classe "B" da Itiquira.*

*O envolvimento da Itiquira não se restringiu à oferta de garantias: no início da página 58 daquela publicação oficial, a garantidora se comprometeu a pedir prévia e expressa autorização dos credores, se pretender distribuir dividendos acima do nível mínimo obrigatório por lei (fl. 716).*

*Em resposta ao termo de início (fl. 47 item 'f'), o contribuinte afirmou ter optado pelo financiamento bancário nacional, para adquirir a participação acionária da Itiquira. Este fato é verdadeiro, apenas em relação às ações adquiridas da Eletrobrás, conforme se demonstra a seguir:*

*Em 04/01/2008, a Itiquira possuía R\$ 83.179.011,33 aplicado em renda fixa, conforme comprova a conta nº 111021101 (fl. 718).*

*A disponibilidade permaneceu sempre superior ao valor de R\$ 38.380.564,01 (fls. 718 a 728), o qual foi resgatado em 25/08/2008, conforme comprova o lançamento contábil de arquivamento nº 127960/6/3.*

*O resgate teve por contrapartida lançamento a débito na conta corrente do Unibanco conta contábil nº 111012111, no valor de R\$ 37.971.602,41 - arquivamento nº 127960/6/2 (fl. 734).*

*Ainda no mesmo dia 25/08/2008, a Itiquira retirou R\$ 37.570.000,00 da conta corrente do Unibanco, emprestando-o à São Pedro Energética S/A -' lançamento arquivado sob nº 127960/6/1 (fl. 735).*

*Depositado o recurso na conta do Unibanco mantida pela São Pedro - conta contábil nº 11121001, arquivamento nº 14 - a São Pedro paga à CESP a integralidade do valor procedente da Itiquira, a título de aquisição das ações da Itiquira, conforme arquivamento nº 15. As contrapartidas do pagamento à CESP são 2 lançamentos a débito - arquivamento nº 18 e 19; a) Investimento na Itiquira - conta nº 13111001 - no valor de R\$ 20.590.987,73, e b) Ágio na Itiquira - conta nº 13121001 - no valor de R\$ 16.979.012,27 (fl. 736).*

*Apesar de não exigido no termo de início, o contribuinte apresentou Minuta para Discussão Sujeita a Alterações - item*

"q" do Termo de Apresentação de Documentos lavrado em 21/09/2011 - informando o seguinte (fl. 370):

'3.1.4 *Ágio proporcional à parcela de empréstimo obtido junto à Itisa*

*Segundo informado por V.Sas., parcela do preço praticado na aquisição das participações minoritárias na ITISA foi paga com recursos obtidos pela São Pedro junto à própria ITISA.*

*A partir de tal informação e considerando que a estrutura de aquisição previa a posterior incorporação da São Pedro pela ITISA, as autoridades fiscais poderiam concluir que, relativamente a essa parcela, a ITISA teria indiretamente adquirido suas próprias ações, aquisição essa que, em função de sua situação patrimonial (insuficiência do saldo de reserva de lucros) não era possível de ser efetivada diretamente pela própria ITISA e que, mesmo que possível, não geraria o ágio conforme apurado pela São Pedro.*

*Tendo como base esse possível entendimento, não podemos descartar o risco de as autoridades fiscais concluírem pela não dedutibilidade da parcela do ágio correspondente à utilização de recursos oriundos da própria ITISA.'*

*Ressaltamos que o elaborador da minuta utiliza o termo ITISA para designar a empresa ITIQUIRA ENERGÉTICA S A, que denominamos simplesmente de Itiquira.*

*Fica comprovado que estava em poder da Itiquira o recurso utilizado para adquirir da CESP as ações da Itiquira. Portanto, em relação às ações da CESP, falta fundamento à justificativa da alínea "f" do termo de início necessidade de empresa brasileira para obter financiamento bancário nacional.*

#### *1.5) Inoperância como Produtor de Energia*

*Mediante assembleia geral extraordinária realizada em 13 de agosto de 2008 (fl. 72), o objeto social da São Pedro foi alterado, convertendo-a em "holding" administradora de participações societárias.*

*Entre a constituição e alteração do objeto social, verificamos a contabilização de apenas um lançamento: a integralização do capital social mediante suprimento do caixa com R\$ 1.000,00.*

*Com poucos recursos, nem era viável para a empresa investir em projetos de geração de energia, muito menos colocar os projetos em execução. A disponibilidade é insuficiente até para manter a empresa em atividade, posto que as despesas necessárias administrativas, contábeis e de pessoal são suportadas por outras empresas do grupo econômico.*

*Em síntese, apesar de constar no objeto a exploração da produção de energia elétrica, a empresa não se interessou em cumprir sua finalidade social, vindo a alterar o objeto.*

### *1.6) Desnecessidade de Geradora*

*O grupo econômico no qual estão inseridas a São Pedro e a Itiquira já dispõe de outras três empresas que operam no ramo de geração de energia elétrica, a saber:*

- a) GALERA CENTRAIS ELÉTRICAS S/A, CNPJ nº 02.592.182/000162 (fl. 711);*
- b) RIO GLORIA ENERGÉTICA S.A., CNPJ nº 08.375.785/000199 (fl. 712); e*
- c) ENERGÉTICA SALTO NATAL S.A., CNPJ nº 07.587.636/000120 (fl. 713).*

*Fonte: Parecer dos Auditores Independentes da Deloitte Touche Tohmatsu, em relação às demonstrações financeiras referentes aos exercícios findos em 31 de dezembro de 2008 e de 2007, p. 19 (fls. 324).*

*Vale ressaltar que a empresa mencionada na alínea "c" possui o mesmo endereço da São Pedro Energética S/A.*

*Em face da existência de 3 empresas operantes na atividade de geração, não seria necessária a criação da 4ª geradora. A São Pedro somente veio a operar efetivamente após a conversão do objeto social em 'holding'.*

### *1.7) São Pedro - empresa de papel*

*Antes da conversão do objeto social em "holding", a São Pedro apresentou apenas um lançamento contábil: a integralização do capital social de R\$ 1.000,00 mediante suprimento de caixa (fl. 737).*

*Durante seu funcionamento como geradora de energia, nenhuma atividade operacional foi desempenhada, e as despesas administrativas, contábeis e de pessoal foram arcadas por outras empresas do mesmo grupo econômico.*

*Após o ajuste do objeto social no estatuto, a empresa não gastou R\$ 0,01 a título de pagamento de pessoal, pagou regular e mensalmente a contabilidade, e as demais despesas são típicas da operação de sua incorporação: despesas operação Itiquira, despesas legais, consultoria, advogados, amortização de ágio, e impostos e taxas diversas.*

*Apesar de a DIPJ do ano-calendário 2008 informar 8 e 2 empregados no início e no final do período de 01/01/2008 até 17/12/2008, verificamos que a empresa não possuía um empregado sequer, posto que nada foi gasto com pessoal. Se alguém realizava serviço para a São Pedro, a remuneração era paga por outra empresa do mesmo grupo econômico.*

*Além de não possuir empregado ou o possuir mediante empréstimo de pessoal, a São Pedro também tomou emprestada sua sede. Como geradora de energia, a empresa deveria ser*

*dotada de usina ou central hidrelétrica ou termoelétrica, e a área administrativa que compreenderia, no mínimo, a contabilidade, área de pessoal, financeira e planejamento técnico. Como "holding", sua sede poderia se resumir a uma sala. Durante seu curto período de vida, a São Pedro sempre teve a mesma sede AV PADRE ANCHIETA CJ 101 (PARTE), 201 (PARTE) E 301 (PARTE), BAIRRO: BIGORRILHO, 80730-000, CURITIBA, PR que se constitui no endereço de outras empresas e consórcio do mesmo grupo econômico, a saber:*

- a) CONSÓRCIO SALTO NATAL ENERGÉTICA, CNPJ nº 04.731.950/000147 (fls. 700 a 702);*
- b) SALTO NATAL PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ nº 07.149.924/000101 (fls. 703 a 707);*
- c) ENERGÉTICA SALTO NATAL S.A., CNPJ nº 07.587.636/000120 (fls. 708 a 710);*
- d) Brookfield Energia Renovável S/A, CNPJ nº 02.808.298/000196 (fl. 738);*
- e) Energética Rio Pedrinho S/A, CNPJ nº 03.190.389/000173 (fl. 739);*
- f) Linha Emília Energética S/A, CNPJ nº 04.502.673/000109 (fl. 740);*
- g) Caçador Energética S/A, CNPJ nº 04.511.174/000170 (fl. 741);*
- h) Cotipora Energética S/A, CNPJ nº 04.589.680/000181 (fl. 742);*
- i) Serra Negra Energética S/A, CNPJ nº 07.470.931/000100 (fl. 743);*
- j) Energética Ponte Alta S/A, CNPJ nº 07.567.556/000103 (fl. 744); e*
- k) Lumbrás Energética S/A, CNPJ nº 08.431.936/000189 (fl. 745).*

*Em síntese, a São Pedro Energética S/A trata de empresa sem pessoal e sem sede, ou com pessoal e sede emprestada de outra empresa do mesmo grupo econômico.*

#### *1.8) Duração da São Pedro*

*O art. 4º do Estatuto Social da São Pedro (fl. 68) estabelece que a sociedade permanecerá ativa enquanto vigentes as autorizações concedidas pelo Poder Público para explorar PCHs, inclusive as prorrogações.*

*O que se espera de uma geradora de energia é que esta venha a apresentar projeto de exploração de recurso hídrico, térmico ou outra fonte, e pleiteie junto à Aneel a concessão. Ou então que*

*participe de licitação para adquirir empresa não participante do grupo econômico, visando a exploração de central ou usina já instalada. Nenhum estudo ou projeto foi elaborado, nem executado; nenhum ativo gerador de energia elétrica foi incorporado ao grupo econômico.*

*Houve apenas a alteração do objeto social, para viabilizar a concentração da participação societária na Itiquira.*

*Criada em 24/03/2008, a São Pedro alterou o objeto social em 13/08/2008, e foi extinta mediante incorporação em 18/12/2008.*

#### *1.9) Atipicidades da São Pedro*

*No planejamento tributário abusivo, verificamos que o grupo econômico utiliza os institutos legais, porém não os faz funcionarem de acordo com a normalidade, aproveitando-se dos tratamentos permitidos somente em regime de exceção.*

*Relacionamos a seguir os comportamentos excepcionais conferidos pelo grupo econômico à São Pedro:*

*a) Previa-se a duração da sociedade por prazo indeterminado ou enquanto vigorasse a autorização concedida pelo Poder Público. A normalidade seria o desempenho do objeto social pela empresa criada, ou seja, a geração de energia elétrica. A empresa nunca praticou qualquer ato tendente a gerar energia - o que é exceção. O grupo optou por 2 tratamentos excepcionais - alteração do objeto social e extinção da empresa mediante incorporação.*

*b) O empréstimo normalmente é concedido a empresa com capacidade de se endividar e posteriormente quitar o compromisso assumido. Por exceção, é aceita a assunção de responsabilidade por terceiro. O devedor principal não pagou qualquer parcela da dívida - exceção nº 1; após a incorporação, a garantidora assumiu o papel de devedor principal - exceção nº 2, e tomou para si os benefícios da aplicação do recurso angariado com o empréstimo - exceção nº 3. Quando contraiu o empréstimo, a São Pedro não visou qualquer benefício para si mesma, o que também é exceção. Dentro da normalidade, o devedor secundário se restringe a desempenhar o papel de garantidor da quitação da dívida; somente em regime de exceção o devedor secundário se beneficia do recurso disponibilizado pelo empréstimo, ou assume o papel de devedor principal.*

*c) A constituição de empresa com capital insuficiente para operacionalizar o objeto social é uma exceção. Também constitui tratamento excepcional a ausência de despesas, de projetos e de instalações tendentes à geração de energia, a falta de contratação de pessoal, e a localização da sede da empresa no mesmo local de outras empresas.*

*O grupo econômico tentou justificar a alteração do objeto social com a surpreendente crise do "subprime" e consequente*

*necessidade de financiamento bancário nacional com empresa brasileira. O "subprime" já era conhecido desde 2007; e a aquisição de ações da CESP não exigiu financiamento.*

*Diante do exposto, glosamos a amortização de ágio lançada na conta de resultado, após o evento da incorporação."*

Nesse cenário, concluiu o agente fiscal no mencionado termo de verificação fiscal:

*"As operações realizadas pelo contribuinte tiveram como resultado final:*

*a) a Itiquira adquiriu suas próprias ações em poder da CESP, com recursos próprios;*

*b) a Itiquira adquiriu suas próprias ações em poder da Eletrobrás, mediante empréstimos bancários.*

*O longo caminho percorrido pelo grupo econômico objetivou transformar uma realidade simples - aquisição da própria participação acionária mediante recursos próprios e de terceiros - em fatos isolados, que poderiam fazer jus a benefício tributário. A aquisição de ações da própria empresa não se constitui em evento capaz de gerar a amortização de ágio dedutível nos termos do art. 386 do RIR/99."*

## **2. Despesas com Financiamento**

No que tange especificamente ao tema **despesas com financiamento**, transcrevo a seguir as seguintes constatações e conclusões da autoridade fiscal, constantes do Termo de Constatação Fiscal lavrado em 13/03/2012 (fls. 539/663), e também transcritas no referido termo de verificação fiscal, no sentido de serem indedutíveis, na base de cálculo do IRPJ e CSLL, os encargos financeiros decorrentes dos empréstimos contraídos para adquirir a participação acionária da Itiquira em poder da Eletrobrás:

*"Reconhecemos que o objeto social da 'holding' é administrar participações societárias, e que após alteração estatutária a São Pedro passou a ter por objeto social a atividade de 'holding'.*

*Todavia, verificamos a utilização de empresa veículo com todas as características mencionadas no item 1 "São Pedro - Fatos Relevantes", objetivando única e exclusivamente a redução da carga tributária. O resultado final das transações foi: a Itiquira adquiriu suas próprias ações: a) com recursos próprios, a participação da CESP, e b) mediante empréstimo, a participação da Eletrobrás.*

*Uma vez que a Itiquira se utilizou de planejamento tributário abusivo, passamos a considerar, para fins tributários, o resultado final das transações.*

*Ficou exaustivamente demonstrado no item 1.4 "Financiamento Bancário Nacional" que a São Pedro - com as garantias oferecidas pela Itiquira - contraiu dívida junto aos bancos*

*Calyon, Unibanco e WestLb, com a finalidade de adquirir ações da Itiquira, em poder da Eletrobrás.*

#### *Documentação Apresentada pelo Contribuinte*

*Apesar de não exigido no termo de início, o contribuinte apresentou minuta de parecer endereçado a Brascan Energética S/A versando sobre o assunto 'Aproveitamento de Ágio em Reestruturação Societária - item 't' do Termo de Apresentação de Documentos lavrado em 21/09/2011 - informando o seguinte:*

*Todavia, o Parecer PWC levanta potencial risco de questionamento, por parte das autoridades fiscais, quanto à dedutibilidade dos juros incorridos e pagos pela Itisa relativamente a tais financiamentos, sob a alegação de não serem os mesmos despesas necessárias às atividades da Itisa.*

*No caso em análise, a Itisa assumiu uma dívida contraída por São Pedro para aquisição de ações de emissão da própria Itisa, a qual gerou uma redução patrimonial na Itisa. Em tal hipótese, as autoridades fiscais podem, de fato, entender que a assunção dos financiamentos por parte da Itisa configura-se um ato anormal de gestão e que as despesas a eles correspondentes não cumprem os requisitos de dedutibilidade do citado artigo 299 do RIR/99. \* (fls. 390 a 392).*

#### *Razões da Infração Tributária*

*Passamos então a demonstrar que são indedutíveis os encargos financeiros decorrentes dos empréstimos utilizados na aquisição das ações da Itiquira detidas pela Eletrobrás.*

#### *Interesse*

*As ações da Itiquira - adquiridas pela São Pedro - foram canceladas; e igual número de ações foram emitidas em favor de Tosli Acquisitions que passou a concentrar em seu poder 100% das ações da Itiquira. A detenção de todas as ações da Itiquira interessa tão somente ao sócio controlador, que passa a ter direito a 100% dos lucros da controlada.*

#### *Tratamento Tributário do Rendimento*

*O rendimento obtido com a aquisição de participação societária é o incremento na participação do lucro, que neste caso concreto chega a 100%.*

*Por ter sido tributado na atividade de operação com energia elétrica, o lucro auferido e/ou distribuído não sofre nova tributação.*

*Em se tratando de imposto de renda e contribuição social sobre o lucro, a dedutibilidade de despesas é viável, somente se contribuir para obtenção de rendimento de natureza tributável.*

*Tendo em vista que não se tributa o lucro anteriormente tributado, nem a variação positiva de investimento avaliado pelo*

*método da equivalência patrimonial e também pelo método do custo de aquisição, não serão dedutíveis as despesas tendentes a incrementar receita não tributada.*

#### *Necessidade à Atividade da Empresa*

*Após a incorporação, o objeto social do contribuinte foi ampliado para incluir a atividade de "holding" participar do capital social de outras sociedades. Entretanto, o financiamento objetivou adquirir as ações da própria Itiquira - transação viável para sociedade empresarial de qualquer ramo de atividade. Concluindo, a aquisição de ações próprias não pode ser enquadrada como uma operação típica da atividade de 'holding'.*

*A aquisição das próprias ações não só é desnecessária à atividade da empresa, mas também não mantém a respectiva fonte produtora; portanto, tal operação não contribui para incrementar o lucro.*

*Vale ressaltar que a necessidade da despesa está intrinsecamente ligada à produção e comercialização, conforme se depreende do disposto na IN SRF nº 11/96.*

#### *Normalidade e Usualidade*

*A série de transações executadas de forma orquestrada pelo contribuinte não se constitui em procedimento normal e usual. A legislação tributária prevê diversos dispositivos proibitivos de dedução de despesas. O contribuinte cria uma 'holding' com o objetivo de viabilizar a dedução dos encargos financeiros; e depois incorpora a 'holding' para alcançar o objetivo proibido: adquirir ações da própria empresa e deduzir os encargos financeiros decorrentes do empréstimo contraído."*

Nesse cenário, concluiu o agente fiscal no mencionado termo de verificação fiscal:

*“Considerando que:*

- a) a série de atos praticados de forma harmônica objetiva fuga à incidência de norma tributária impositiva;*
- b) concentrar a participação societária interessa exclusivamente à Tosli Acquisitions;*
- c) a aquisição de ações visa obtenção de rendimento não tributável;*
- d) a compra da participação societária própria não se constitui em despesa necessária à atividade da empresa;*
- e) os atos praticados em conjunto não atendem aos princípios da normalidade e usualidade;*

*Glosamos os encargos financeiros decorrentes do empréstimo contraído junto aos bancos Calyon, Unibanco e WestLb, cujos*

*recursos foram utilizados para adquirir ações do próprio contribuinte, em poder da Eletrobrás."*

## II. DA IMPUGNAÇÃO

Irresignada, a pessoa jurídica ITIQUIRA ENERGÉTICA S/A apresentou a impugnação de fls. 1.032/1.061, por meio da qual relata os seguintes pontos relevantes que justificariam a reestruturação societária realizada:

*"Nos termos do "Instrumento Particular de Acordo de Acionistas e Outros Pactos da Itiquira Energética S/A", celebrado em 17.01.2000 (doc. n.º 03), entre Construtora Triunfo (posteriormente Triunfo Participações), Inepar (antigas acionistas de Itiquira), CESP, Eletrobrás e a própria Itiquira (como interveniente), ficou acordado que as ações detidas por CESP e Eletrobrás seriam resgatadas até 2008.*

(...)

*A forma de pagamento acordada para o resgate das ações era por meio de parcelas mensais e sucessivas equivalentes a pelo menos 1/96 das ações integralizadas, por um valor equivalente a 1/96 do somatório do valor atualizado de cada aporte realizado, corrigido pro rata temporis pela variação do IGPM.*

*Posteriormente a Tosli Acquisition B.V. adquiriu a participação societária da Inepar e da Triunfo Participações (doc. n.º 04), tornando-se controladora da Itiquira Energética S/A com 77,99% do seu capital social. A Centrais Elétricas Brasileiras S/A - Eletrobrás (com 15,04% do capital social) e a Companhia Energética de São Paulo - CESP (6,97% do capital social) continuaram como acionistas minoritárias da Itiquira.*

(...)

*Entretanto, como dito, o ingresso da CESP e da Eletrobrás no capital social da Itiquira Energética S/A se deu mediante compromisso do futuro resgate de suas ações, conforme acordo de acionistas celebrado à época e confirmado em 2001 (doc. n.º 05).*

*Ocorre que, em razão de elevados prejuízos em anos anteriores, a Impugnante não possuía saldo na reserva de lucros em montante suficiente para resgatar suas próprias ações na forma e valores anteriormente acordados.*

*Vale lembrar que o art. 30 da Lei 6.404/1976 dispõe que, para o resgate das próprias ações, a sociedade deve utilizar recursos da reserva de lucros da companhia, que à época era insuficiente. Além disso, no caso específico da Impugnante, o art. 8º, §3º, do seu estatuto social determina que as ações "serão resgatáveis mediante a utilização de lucros ou reservas, nos termos do art. 44 da Lei 6.406/76", que à época não possuía saldo suficiente.*

*Esse impasse motivou diversas notificações extrajudiciais da CESP e Eletrobrás em face da Tosli Acquisition BV, e, inclusive o ajuizamento de uma ação de execução pela Tosli Acquisition*

*BV em face da CESP no Tribunal de Justiça do Paraná (docs. n.º 06 e 07).*

*Pois bem.*

*Em 22.07.2008 a Tosli Acquisition B.V. adquiriu nova subsidiária integral, a São Pedro Energética S/A, com capital social de R\$ 1.000,00, que, a exemplo de outras subsidiárias da Tosli, tinha como objeto social a geração de energia elétrica (doc. n.º 08).*

*Entretanto, em razão do agravamento da crise financeira do subprime (crise esta que foi noticiada em 2007 e estende seus efeitos até os dias hoje) e do clima de incerteza que se instalou sobre a economia mundial, a Tosli Acquisition B.V optou por investir nas empresas que já controlava, fortalecendo sua posição acionária.*

*Por outro lado, o impasse em relação à aquisição das ações da Itiquira Energética S/A em poder da Eletrobrás e da CESP se agravou, e as tensões entre os acionistas demandavam uma rápida solução do litígio já em fase judicial.*

*Nesse contexto, a única opção viável para a aquisição das ações da Itiquira Energética S/A em poder da CESP e Eletrobrás foi a aquisição utilizando empresa veículo. Os motivos são os seguintes:*

*(i) Impossibilidade de resgatar as ações pela própria Itiquira Energética S/A pelos valores acordados, uma vez que o saldo da reserva de lucros era insuficiente;*

*(ii) Resistência das empresas públicas, CESP e Eletrobrás, em negociar diretamente com uma empresa estrangeira (Tosli Acquisition B.V. - doc. n.º 05, cit); e*

*(iii) A distensão entre os acionistas minoritários e a controladora Tosli Acquisition B.V. acarretou uma renegociação dos preços das ações, de modo que os critérios de valoração da participação societária da CESP e Eletrobrás anteriormente pactuados foram revistos, o que motivou a aquisição do investimento com ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura (doc. n.º 09).*

*Em julho foram iniciadas as tratativas para compra das ações da Itiquira Energética S/A detidas pela CESP e pela Eletrobrás, e, em 13.08.2008 a São Pedro Energética S/A alterou seu objetivo social para holding participação em outras sociedades do setor elétrico.*

*(...)*

*Para viabilizar a aquisição das ações detidas pela CESP e Eletrobrás, a São Paulo (sic) Enegetica tomou dois empréstimos (i) no valor de R\$ 37.570.000,00 da Itiquira Energética S/A; e (ii) no valor de R\$ 147.110.042,80 junto aos bancos Unibanco, Banco Calyon e WestLb (doc. n.º 10).*

*Assim, em 25.08.2008, a São Pedro Energética utilizou os recursos provenientes do empréstimo para adquirir mediante pagamento à vista as ações da Itiquira em poder da CESP e da Eletrobrás.*

**Vale destacar que toda a operação de reestruturação societária, o mútuo firmado entre Itiquira S.A. e São Pedro Energética, as garantias para o empréstimos tomados pela São Pedro Energética junto aos bancos Unibanco, Banco Calyon e WestLb para a aquisição das ações da Itiquira em poder da CESP e da Eletrobrás, foram expressamente aprovados pela ANEEL (doc. nº 11).**

*Em decorrência do investimento realizado, a São Pedro Energética contabilizou ágio no valor de R\$ 117.154.477,93.*

*Por fim, em 17.12.2008, a Itiquira incorporou a São Pedro Energética pelo valor registrado no seu capital social (R\$ 3.251.959,00), e contabilizou em seu ativo o ágio pago pela São Pedro na aquisição das ações que anteriormente estavam em poder da CESP e Eletrobrás (doc. nº 12).*

*Via de consequência, a Itiquira Energética S/A tornou-se subsidiária integral da Tosli Acquisition B.V.*

(...)

*No mesmo ato, a Itiquira assumiu a responsabilidade pela quitação dos empréstimos tomados pela São Pedro Energética junto ao Unibanco, Banco Calyon e WestLb, e reconheceu as despesas decorrentes desses empréstimos.*

*Concluída a reestruturação, a partir de 2009 o ágio reconhecido contabilmente pela São Pedro passou a ser amortizado (de acordo com o prazo da concessão da empresa junto à ANEEL), reduzindo o lucro tributável da Itiquira Energética S/A, ora impugnante.”*

No mérito, a pessoa jurídica atuada deduz as seguintes razões de impugnação:

1. A Lei nº 9.532/1997 passou a permitir o aproveitamento fiscal do ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura incorrido pela investidora quando esta absorver o patrimônio de investida.

2. O art. 7º da Lei 9.532/1997 “é uma norma de caráter claramente indutor, que estimula as incorporações societárias outorgando às empresas o direito de recuperar parte do sobrepreço pago através da amortização do ágio na apuração do lucro real no prazo mínimo de 5 anos.”

3. Os requisitos previstos na Lei nº 9.532/1997 para fins de amortização fiscal do ágio são: (1) que uma pessoa jurídica incorpore outra na qual detenha investimentos adquiridos com ágio avaliados pelo método da equivalência patrimonial; e (2) que o ágio tenha por fundamento a expectativa de geração de lucros futuros.

4. No caso dos autos os requisitos encontram-se presentes, “*uma vez que: (i) a São Pedro Energética adquiriu participação societária da Itiquira Energética com ágio, apurado pelo método da equivalência patrimonial, fundamentado na expectativa de rentabilidade futura; e (ii) posteriormente, houve a incorporação da São Pedro Energética pela Itiquira Energética, transferindo o ágio contabilizado para esta.*”

5. “*Em nenhum momento a legalidade da operação foi questionada pelo Fisco (até porque expressamente autorizada pelo órgão regulador - ANEEL). Entretanto, a atuação levantou dúvidas sobre a existência de propósito negocial na incorporação, vale dizer, se o caso trata ou não de planejamento fiscal abusivo.*”

6. O Fisco não aponta nenhuma ilegalidade concreta na operação realizada, limitando-se a levantar ilações sobre a alteração do objeto social da São Pedro Energética S/A, utilizada como empresa veículo.

7. O simples fato de uma operação ter ocorrido de forma diversa daquela usualmente vista não dá ao Fisco o direito de desconsiderá-la para fins fiscais.

8. O planejamento tributário lícito deve ser respeitado com todos os efeitos fiscais dele decorrentes, em razão do princípio da estrita legalidade que vigora em nosso Direito Tributário.

9. Se o negócio jurídico não é descrito como fato gerador de um tributo, não cabe ao Fisco desconsiderar a forma como o contribuinte gere seus negócios exigindo que este utilize a forma mais gravosa em termos fiscais. Cita recente acórdão do CARF.

10. A atuação do Fisco carece de base legal, até mesmo pela falta de regulamentação do parágrafo único do art. 116 do CTN, dispositivo de constitucionalidade duvidosa.

11. O agente fiscal tenta adentrar no foro íntimo do contribuinte procurando adivinhar o que ele pensou ao criar a São Pedro Energética S/A.

12. O ordenamento jurídico não veda a utilização de empresa veículo ou a incorporação reversa.

13. O caso dos autos jamais poderia ser enquadrado de planejamento fiscal abusivo, até porque presente o propósito negocial.

14. Desde 2000 estava acordado o resgate das ações dos minoritários CESP e Eletrobrás, inclusive a forma de pagamento, porém, em razão da insuficiência da reserva de lucros, o resgate das ações em nome da CESP e Eletrobrás não pôde ser realizado pelo valor e no prazo acordados, em razão dos arts. 30 e 44 da Lei 6.404/1976.

15. Esse aspecto já representa, por si só, propósito negocial mais que suficiente para realizar a reestruturação societária mediante a aquisição das próprias ações utilizando a São Pedro Energética S/A como empresa veículo.

16. Ou seja, “*devida a insuficiência de reserva de lucros, a Itiquira, por lei e por previsão de seu estatuto social, estava proibida de resgatar diretamente suas ações perante a Eletrobrás e a CESP.*”

17. E foi justamente esta impossibilidade de resgate das próprias ações que levou a empresa a buscar uma solução de resolver o litígio com as acionistas minoritárias, fazendo uso de empresa veículo, o que é aceito pelo CARF.

18. Por outro lado, conforme ensina Marco Aurélio Grecco, o que o *business purpose test* exige é a existência de uma motivação não tributária (ainda que a tributária esteja presente) para a operação realizada.

19. Assevera a impugnante:

*“No caso dos autos, essa motivação não tributária está mais do que evidente em razão do litígio que envolvia a Itiquira Energética S/A e suas acionistas minoritárias, CESP e Eletrobrás.*

*Como se verifica da correspondência trocada à época, a tensão entre a Impugnante e suas acionistas minoritárias pelo atraso no resgate chegou ao cúmulo de ameaças de inclusão da Impugnante no CADIN pela Eletrobrás (doc. nº 07, cit).*

*Em outras palavras, a divergência entre os valores e a obrigatoriedade no resgate das ações destruiu completamente a affectio societatis, inclusive chegando às vias judiciais (doc. nº 06, cit).*

*Pelo que se pode notar, a relação da Itiquira com a CESP e a Eletrobrás era insustentável, o que forçou a Itiquira a encontrar uma fórmula de resolver o imbróglio jurídico formado pela impossibilidade do resgate de suas ações.*

*E a forma escolhida, como já dito, foi a utilização de uma empresa veículo (instituto legal e amplamente utilizado no Brasil) para aquisição das ações em poder da CESP e da Eletrobrás pelo valor acordado após longas negociações.*

*Já os recursos utilizados na operação foram oriundos de contratos de mútuo celebrado entre a empresa veículo São Pedro Energética com a Impugnante, além de financiamentos tomados pela São Pedro Energética com a Impugnante como fiadora.*

*Ou seja, operações de crédito absolutamente legítimas, além de aprovadas pela ANEEL (doc. nº 11, cit).*

*Posteriormente a empresa veículo São Pedro Energética S/A foi incorporada pela Itiquira Energética S/A - novamente uma operação mediante instituto legítimo previsto em lei -, que passou a amortizar o ágio nos termos do art. 7º da Lei 9.532/1997.”*

20. Mesmo considerando a jurisprudência mais restritiva do CARF, já superada, ainda assim, a operação em foco deve ser considerada legítima.

21. De acordo com essa corrente jurisprudencial, para se considerar válida uma operação societária que resulte em ágio amortizável na apuração do lucro real, exige-se (1) o efetivo pagamento; (2) a negociação entre partes independentes; e (3) a alteração do controle acionário após a operação.

## 22. Insiste a suplicante:

*“No caso dos autos, a formação do ágio na aquisição das ações pela São Pedro decorre do fato de que o preço exigido pela CESP e Eletrobrás para a composição amigável do litígio foi superior ao valor patrimonial das ações. E houve efetivo desembolso desse valor como reconhecido pela própria autuação.”*

*Ou seja, não se trata de ágio de si mesmo, mas ágio formado em uma operação de negociação entre partes absolutamente independentes (São Pedro Energética S/A e as minoritárias CESP e Eletrobrás), de modo que não há dúvidas de que o preço da operação foi decidido em uma operação normal de mercado.*

*Por fim, a operação foi toda estruturada justamente para que houvesse, ao final, a alteração dos acionistas. E, de fato, a Itiquira Energética passou a ser subsidiária integral da Tosli Acquisition B.V. com a saída dos acionistas minoritários CESP e Eletrobrás.”*

23. Por fim, no que tange a esse primeiro item da autuação fiscal, sustenta a impugnante que recentemente o CARF julgou legítima a amortização de ágio em caso análogo ao dos autos (glosa de ágio ao argumento de que teria sido utilizada empresa veículo na operação societária), conforme Acórdão nº 1301-000711, 1ª Seção, 3ª Câmara, Rel. VALMIR SANDRI, julgado em 21.10.2011.

24. No que se refere ao segundo item da autuação fiscal, sustenta a suplicante que toda a fundamentação utilizada pela Fiscalização para não aceitar as despesas financeiras incorridas como dedutíveis é a mesma invocada para glosar o ágio amortizado: a existência de planejamento fiscal abusivo, razão pela qual, no seu entender, *“o cancelamento do auto de infração em relação ao ágio importa, necessariamente, a improcedência da autuação em relação à glosa das despesas financeiras.”*

25. Não obstante, assevera a contribuinte que *“o objeto da São Pedro Energética S/A era justamente o investimento em empresas geradoras de energia elétrica (caso da Impugnante), o que justifica plenamente a tomada de financiamento com a finalidade de adquirir ditos investimentos.”*, razão pela qual, para a São Pedro Energética, as despesas com o financiamento contratado eram plenamente dedutíveis, eis que necessárias a sua atividade (holding).

26. Prossegue a impugnante na linha de raciocínio de que, ao incorporar a São Pedro Energética, evidentemente, assumiu o saldo devedor do empréstimo tomado pela incorporada, incorrendo nas respectivas despesas financeiras, e que:

*“(…) não há que se falar em liberalidade sob qualquer aspecto nessa despesa, uma vez que com a incorporação, a Impugnante assumiu por força de lei todos os direitos e obrigações da incorporada (São Pedro Energética S/A).*

*Assim, o pagamento dos encargos financeiros é despesa necessária porque obrigatória para a Impugnante, que se não honrar a dívida fatalmente irá sofrer a cobrança judicial da mesma com os acréscimos previstos em contrato.*

*Por sua vez, a vinculação à atividade produtiva da empresa, apesar de indireta, encontra-se presente. É que o financiamento foi necessário para que a São Pedro pudesse comprar as ações em poder da CESP e da Eletrobrás, e, assim, por fim a disputas societárias que poderiam levar, em última instância, à dissolução da própria empresa.”*

27. Por fim, sustenta a contribuinte que na eventualidade de ser mantida a glosa das despesas financeiras, o caso seria de, ao menos, manter a dedução das mesmas da base de cálculo da CSLL.

28. Segundo a suplicante o art. 47 da Lei 4.506/1964 se aplica especificamente à legislação do IRPJ, não havendo dispositivo semelhante restringindo a dedutibilidade de despesas da base de cálculo da CSLL.

29. Conclui a impugnante: “(...) se para serem dedutíveis para fins de IRPJ as despesas deve ser usuais e necessárias, não há qualquer norma legal que determine o mesmo para a CSLL, de modo que todas as despesas são dedutíveis de sua apuração.”

30. Cita jurisprudência do CARF nesse sentido e pede o cancelamento dos autos de infração.

A 2ª Turma da DRJ em Brasília/DF analisou a impugnação apresentada pela contribuinte e, por via do Acórdão nº 03-050.499, de 04/02/2013 (fls. 1605/1641), considerou procedente em parte o lançamento, com a seguinte ementa:

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica IRPJ*

*Ano-calendário: 2008, 2009*

*Ementa: RECOMPRA DE AÇÕES. ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.*

*O ágio suportado pela pessoa jurídica em operação da qual resultou a recompra de suas próprias ações, ainda que efetuada por uma outra pessoa jurídica posteriormente incorporada, não se enquadra na literalidade e na teleologia do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, e, por consectário, não é suscetível da amortização admitida pelo inciso próprio do dispositivo em questão.*

*DESPESAS FINANCEIRAS. DEDUTIBILIDADE.*

*As despesas financeiras incorridas pela pessoa jurídica em operação de crédito cujo produto comprovadamente se destinou à recompra de suas ações, pode ser deduzida na apuração do resultado, por se tratar de operação intrinsecamente ligada aos negócios da empresa, sobretudo por essa recompra ter sido efetuada para honrar pacto obrigacional avençado em acordo de acionistas*

*Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL*

*Ano-calendário: 2008, 2009*

*Ementa: LANCAMENTO DECORRENTE.*

*Por se tratar de exigência reflexa realizada com base nos mesmos fatos, a decisão de mérito prolatada quanto ao lançamento de imposto de renda pessoa jurídica constitui prejudgado na decisão do lançamento decorrente relativo à CSLL.*

A Unidade Preparadora buscou dar ciência à interessada da decisão de primeira instância, em seu domicílio cadastral. No entanto, a correspondência foi devolvida pelos Correios, com a anotação “*endereço insuficiente*” (fls. 1651/1652). A seguir, cópia do acórdão foi enviada para o endereço do escritório de advogados que representa a contribuinte (fls. 1653/1655 e 1660).

A interessada apresentou recurso voluntário em 22/04/2013 conforme carimbo de recepção à folha 1663. No recurso interposto (fls. 1663/1692), repisa, mais ou menos com as mesmas palavras, os argumentos trazidos na peça impugnatória, acrescentando excertos que considera mais relevantes dos votos proferidos pelos julgadores em primeira instância. Especialmente, busca reforçar que, devido à insuficiência de reserva de lucros, a Itiquira estaria, por lei e por previsão de seu estatuto social, proibida de resgatar diretamente suas ações perante a Elebrobrás e a CESP; e, ainda, que o ágio se teria formado regulamente, em operação entre partes independentes.

Ao final, reitera que estariam presentes todos os requisitos que têm sido exigidos pela jurisprudência do CARF para a amortização fiscal do ágio, que seriam, por seu entendimento (fl. 1692):

- (i) houve efetivo desembolso pela aquisição da participação societária;
- (ii) comprovou-se que o ágio foi formado em operação realizada entre partes absolutamente independentes; e
- (iii) o valor de aquisição das ações com ágio foi fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, conforme estudo técnico apresentado à Fiscalização (fls. 58/62 dos autos) e não contestado pelo lançamento de ofício.

Conclui com o pedido de provimento de seu recurso voluntário e cancelamento integral do auto de infração.

Como a exoneração de crédito tributário superou o limite de alçada (R\$ 1.000.000,00), a Turma Julgadora também recorreu de ofício a este Colegiado. À época, esse procedimento era disciplinado pelo art. 34 do Decreto nº 70.235/1972, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.532/1997, e, ainda, pela Portaria MF nº 3/2008.

Também a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no exercício de suas prerrogativas garantidas pelo art. 48, § 2º, do Anexo II do RICARF vigente, apresentou contrarrazões ao recurso voluntário e razões ao recurso de ofício (fls. 1847/1875), as quais podem ser resumidas como segue, acompanhando-se os tópicos em que se divide o documento:

#### I – IMPOSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DO ÁGIO – ÁGIO INTERNO – AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL – AUSÊNCIA DE LAUDO – JURISPRUDÊNCIA DO CARF

A Fazenda Nacional discorre, por sua ótica, sobre o conceito de ágio e a legislação aplicável, transcreve excertos do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, do item 50 da Orientação Técnica OCPC 02/2008, e conclui (fl. 1855, grifos no original):

Mostra-se, assim, a necessidade de o ágio ou deságio auferido por uma empresa com a aquisição de uma participação societária ter como origem um **propósito econômico real**, assim como um efetivo substrato econômico. A presença concomitante desses dois requisitos é imprescindível ao reconhecimento da existência dessa figura econômica e contábil. **A aquisição de um investimento por meio de mera escrituração artificial, sem a sua real materialização no mundo econômico, não é hábil a gerar ágio ou deságio.**

A seguir, historia os fatos e sustenta que a incorporação da São Pedro Energética pela Itiquira sempre foi o objetivo final da reorganização empresarial promovida pelo investidor Tosli. Desta forma, *“como resultado líquido da estruturação empresarial adotada, tem-se somente como efeito tributário o direito à amortização do ágio pela empresa resultante”*. O ágio não teria qualquer propósito negocial.

A Fazenda Nacional afirma que não identificou nos autos qualquer laudo que documentasse ou fundamentasse contabilmente a expectativa de rentabilidade futura da Itiquira, quando da aquisição de sua participação pela São Pedro Energética junto à CESP e à Eletrobrás. Quanto ao acordo de acionistas que previa o resgate das participações societárias, afirma que estava previsto somente o pagamento do valor nominal corrigido pelo IGP-M, o que, mais uma vez, provaria a insubsistência do ágio e sua indedutibilidade.

Na sequência, passa a discorrer sobre os requisitos de dedutibilidade do ágio, com base no art. 386 do RIR/99. Sustenta que seria necessária a absorção do patrimônio da incorporada. No entanto, como no caso concreto a real investidora (Tosli) não deixou de existir, nem perdeu seus investimentos na Itiquira, não teria sido cumprido o requisito legal de *“absorção do patrimônio da empresa que de fato realizou o investimento”*.

Transcreve jurisprudência do CARF que entende respaldar seus argumentos.

## II – INDEDUTIBILIDADE DE DESPESAS FINANCEIRAS – DESPESAS EM BENEFÍCIO DE TERCEIROS

Após esclarecer que este ponto é objeto do recurso de ofício, a Fazenda Nacional transcreve excerto das razões de decidir da DRJ sobre a matéria e passa a tecer suas considerações em sentido contrário.

Sustenta que a despesa com a contratação de empréstimo para honrar acordo de acionistas da Itiquira se teria dado exclusivamente no interesse de seus sócios (CESP, Eletrobrás e Tosli, que adquiriu as participações da Inepar e Construtora Triunfo). Tratar-se-ia de despesa alheia à sociedade e não haveria qualquer interesse da Itiquira em sua geração ou assunção. A decisão recorrida estaria confundindo a personalidade jurídica dos sócios com a da sociedade (Itiquira).

Afirma que, ainda que se pudesse admitir a despesa como sendo de fato da Itiquira, essa despesa seria indedutível, por desnecessária, não usual e anormal, à vista do art. 299 do RIR/99. Por sua ótica, tomar empréstimo, utilizando-se de empresa veículo, visando a economia tributária, não poderia ser tido como fato necessário, normal e usual à prática empresarial da sociedade.

Também aqui menciona recente jurisprudência do CARF em favor de sua tese.

### III – DO PEDIDO

A Fazenda Nacional conclui com o pedido de que seja negado provimento ao recurso voluntário e dado provimento ao recurso de ofício, restabelecendo integralmente o lançamento.

É o Relatório.

### Voto Vencido

Conselheiro Waldir Veiga Rocha, Relator

### RECURSO VOLUNTÁRIO

O recurso voluntário é tempestivo, e dele conheço.

Seu objeto é a decisão de primeira instância que manteve a glosa das despesas com a amortização do ágio, descrita em detalhes no relatório que antecede a este voto. Sustenta a decisão recorrida que o art. 7º da Lei nº 9.532/1997 não albergaria a operação de recompra de ações pertencentes à própria pessoa jurídica, levada a efeito por caminho indireto, utilizando-se de empresa veículo. Em sentido contrário, a recorrente afirma que, devido à insuficiência de reserva de lucros, a Itiquira estaria, por lei e por previsão de seu estatuto social, proibida de resgatar diretamente suas ações perante a Elebrobrás e a CESP; e, ainda, que o ágio se teria formado regulamente, em operação entre partes independentes.

Por relevante, transcrevo o conteúdo dos arts. 385 e 386 do Decreto nº 3.000/1999 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99):

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do §2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;*

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

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

*IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do §2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.*

*§1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §1º).*

*§2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §2º):*

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

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

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

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

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

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

*§5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §5º).*

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

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

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

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

Do texto legal, se constata que o ágio na aquisição de investimento corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e seu valor de patrimônio líquido na época da aquisição. Em resposta a intimação específica (fl. 5, itens (a) e (b)), a então fiscalizada identificou como fundamento econômico do ágio o valor de rentabilidade futura (fl. 46) e apresentou a título de laudo, exigido pelo parágrafo 3º do art. 385, os documentos de fls. 58/62.

De plano, o exame desses documentos deixa dúvidas sobre sua validade para o fim a que se propõem. Por um lado, a falta de quaisquer formalidades, tais como a identificação de sua autoria e assinaturas, o que já havia sido apontado pelo Fisco no momento mesmo de sua apresentação, vide termo à fl. 44. Por outro lado, a data consignada nesses documentos é 26/10/2007, cerca de dez meses antes da aquisição das ações pertencentes à CESP e doze meses antes da aquisição das ações pertencentes à ELETROBRÁS, o que dificulta a aceitação de que refletiriam o valor de patrimônio líquido *na época da aquisição*, conforme a letra da lei.

No entanto, mais grave do que isso é a constatação de que a compra, pela São Pedro Energética, das ações da Itiquira pertencentes à CESP e à ELETROBRÁS consistiram

no meio encontrado pela Itiquira e seus controladores para fazer cumprir o Acordo de Acionistas, firmado entre, de um lado, Construtora Triunfo Ltda., Inepar Energia S.A., CESP – Companhia Energética de São Paulo e, de outro lado, Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – ELETROBRÁS; e ainda ITIQUIRA ENERGÉTICA S.A. O documento é datado de 17/01/2000, e se encontra por cópia às fls. 1142 e segs.

É incontroverso que a Itiquira assumiu, em 2000, o compromisso de resgatar suas ações adquiridas naquela ocasião pela ELETROBRÁS e também pela CESP. Confira-se o teor da cláusula 3.2, à fl. 1146:

3.2- Ao final do primeiro ano subsequente à DATA DE INÍCIO DA OPERAÇÃO COMERCIAL PLENA, a ITIQUIRA iniciará o resgate das PREFERENCIAIS “B”, em parcelas mensais e sucessivas equivalente a pelo menos 1/96 (um noventa e seis avos) das ações integralizadas pela ELETROBRÁS, por um valor equivalente a 1/96 (um noventa e seis avos) do somatório do valor atualizado de cada aporte realizado, corrigido “pro rata temporis” pela variação do IGP-M, divulgado pela Fundação Getúlio Vargas. [...].

De se observar que a obrigação de resgate das ações se fez acompanhar do valor correspondente. Diante disso, quaisquer discussões sobre o valor de mercado das ações, ou expectativas de rentabilidade futura a lastreá-los, perdem relevância, já que não se trata de uma aquisição de participações societárias negociada entre partes independentes, em condições de livre mercado, mas sim do resgate de ações, estabelecido muitos anos antes, a valor pré-determinado entre os acionistas da interessada.

Isto fica bastante claro ao se examinar o balanço patrimonial da Itiquira Energética S.A., de 31/12/2007, especialmente as Notas explicativas às demonstrações financeiras (em milhares de reais), vide fls. 216 e segs.:

#### 11. Patrimônio líquido

[...]

##### d. Acordo de acionista

Conforme “Instrumento Particular de Acordo de Acionista”, assinado em 17 de janeiro de 2000, a Eletrobrás subscreveu 37.500.000 ações preferenciais de classe “B”, emitidas pela Itiquira. [...]

- [...]

- O Acordo de Acionista prevê que, em conformidade com o estatuto social, as ações preferenciais classe B são resgatáveis, [...]. O valor do resgate das ações equivale ao valor dos aportes efetuados, corrigidos pela variação do IGP-M.

Em 31 de dezembro de 2007, se a Itiquira tivesse apurado resultados em exercícios anteriores em suas operações, suficientes para resgatar as ações, o montante do resgate, incluindo o próprio capital investido de R\$ 41.338, indexado pela variação do IGP-M, seria de R\$ 77.967 (R\$ 72.346 em 2006).

A Companhia, baseada na opinião de seus assessores jurídicos, considera que o resgate de ações e o pagamento de dividendos dependem da existência de lucros. Portanto, nenhuma provisão para pagamento da atualização do capital investido e de dividendos foi contabilizada nas demonstrações financeiras.

Em que pese o fato de haver, nos autos, documentos dando conta de extensas negociações prévias à concretização da aquisição das participações societárias, tudo girou em torno do resgate previamente acertado, fazendo incluir nos valores também os dividendos a que o detentor das ações eventualmente teria direito, entre outros aspectos. No entanto, ainda que assim fosse, não encontro nos autos justificativa para uma tão grande diferença entre o valor das participações societárias em poder da ELETROBRÁS a serem resgatadas, corrigidas pelo IGP-M, em 31/12/2007 (aproximadamente R\$ 78 milhões) e aquele que foi efetivamente pago, em 07/10/2008 (aproximadamente R\$ 147 milhões).

Ao fim e ao cabo, o que resta evidenciado é que a São Pedro Energética, ao adquirir da CESP e da ELETROBRÁS as participações societárias da Itiquira, atuou como empresa veículo, de tal forma a permitir a concretização do resgate das ações, o que, pela via direta (aquisição diretamente pela Itiquira) seria contrário à Lei das S/A e ao estatuto da própria Itiquira. Os recursos financeiros vieram da Itiquira, seja mediante empréstimo direto de recursos próprios desta última (caso da CESP), seja mediante as garantias fornecidas pela Itiquira às instituições financeiras que fizeram empréstimos à São Pedro (caso da ELETROBRÁS), sem as quais nenhum banco emprestaria recursos a uma empresa recém-constituída e desprovida de capital. O valor das aquisições não derivou de livre negociação entre a São Pedro Energética e as alienantes CESP e ELETROBRÁS baseada na expectativa de rentabilidade futura da Itiquira, mas sim no acordo firmado muitos anos antes entre as controladoras da Itiquira e a ELETROBRÁS e a CESP, prevendo o resgate das ações e a correção do capital investido. Em outras palavras, o valor da negociação esteve relacionado ao passado, e não ao futuro.

A empresa São Pedro Energética, de vida tão efêmera, não foi mais do que um meio encontrado para a concretização do negócio, o que é corroborado pelos pontos tão minuciosamente indicados pelo Fisco (falta de estrutura física e econômica para atuar no que seria seu objeto societário, quadro funcional incompatível ou inexistente, entre outros). O real adquirente das ações foi a própria Itiquira, realidade evidenciada pelos fatos, pelo “Acordo de Acionistas” e pelas correspondências trocadas entre as partes envolvidas. A incorporação da São Pedro Energética pela Itiquira foi a conclusão do processo, fazendo com que o suposto ágio contabilizado pela São Pedro Energética passasse a ser amortizado pela Itiquira.

Como corolário desse raciocínio, e na mesma linha da decisão recorrida, concluo que o sobrepreço contabilizado pela São Pedro Energética nada mais é do que um sobrepreço incorrido pela Itiquira em operação de recompra (resgate) de suas próprias ações, em decorrência de acordos pretéritos entre acionistas e, como tal, não se subsume ao ágio a que se refere o art 385 do RIR/99, muito menos se pode admitir que venha a ser amortizado pela Itiquira, com base no art. 386 do mesmo Regulamento (art. 7º da Lei nº 9.532/1997).

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

## **RECURSO DE OFÍCIO**

Quanto à admissibilidade do recurso de ofício, deve-se ressaltar o teor do art. 1º da Portaria MF nº 3, de 03/01/2008, publicada no DOU de 07/01/2008, a seguir transcrito:

*Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de*

*ofício sempre que a decisão exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).*

No caso em tela, ao somar os valores correspondentes a tributo e multa exonerados em primeira instância (demonstrativo à fl. 1655), verifico que superam o limite de um milhão de reais, estabelecido pela norma em referência.

Portanto, o recurso de ofício é cabível e dele conheço.

Seu objeto é a decisão de primeira instância, na parte que exonerou o sujeito passivo dos créditos tributários correspondentes à segunda infração apurada pelo Fisco, a saber, a glosa de encargos financeiros. Tais encargos, vale lembrar, são aqueles incidentes sobre os empréstimos contraídos pela São Pedro Energética junto a instituições financeiras e que foram empregados para a aquisição das participações societárias da Itiquira em poder da Eletrobrás. Com a incorporação da São Pedro pela Itiquira, os encargos financeiros até então devidos pela incorporada passaram a ser devidos pela incorporadora.

Os motivos do Fisco para a glosa foram assim sintetizados no Termo de Verificação Fiscal:

- a) a série de atos praticados de forma harmônica objetiva fuga à incidência de norma tributária impositiva;
- b) concentrar a participação societária interessa exclusivamente à Tosli Acquisitions;
- c) a aquisição de ações visa obtenção de rendimento não tributável;
- d) a compra da participação societária própria não se constitui em despesa necessária à atividade da empresa;
- e) os atos praticados em conjunto não atendem aos princípios da normalidade e usualidade;

A Turma Julgadora em primeira instância entendeu pela improcedência da glosa, cabendo ressaltar a conclusão ao final da fl. 1634:

Por derradeiro, quanto à infração capitulada como **glosa de encargos financeiros**, não há reparos a fazer no voto do i. relator, cujo posicionamento conclusivo acompanho, acrescentando, como reforço, que empréstimo contraído para adimplemento de um acordo de acionistas trata-se de negócio intrinsecamente ligado à atividade empresarial, e, por conseguinte, os encargos financeiros da operação constituem despesa necessária à consecução dos negócios da pessoa jurídica.

Pois bem. Retomando as considerações tecidas quando da apreciação do recurso voluntário, é importante ter em mente que, em momento pretérito, o ingresso da Eletrobrás na sociedade Itiquira era absolutamente necessário às atividades desta última, e que tal ingresso somente foi possível mediante o já tão comentado “Acordo de Acionistas”, o qual previa o resgate futuro das participações societárias em poder da Eletrobrás. Não creio haver dúvidas até este ponto. No momento em que se efetivou o resgate, esse fato (o resgate) deve ser encarado como resultado de atos e fatos passados, quais sejam, a necessidade de viabilizar o **ingresso de novo sócio e o cumprimento do acordo que previa o resgate**. Seria equivocado, por

todo o exposto, pensar que o resgate se deve a eventos futuros tais como a expectativa de rentabilidade futura.

Acrescento que o conjunto de fatos questionados pelo Fisco se, por um lado, conduzem à indedutibilidade do ágio, pelos motivos já ventilados, devem também conduzir à conclusão de que os encargos financeiros decorrentes dos empréstimos eram necessários à atividade da empresa, visto que este foi o modo encontrado para honrar acordo firmado em momento anterior. Considero irrelevante que os empréstimos não tenham sido contraídos diretamente pela Itiquira e que, no caso concreto, tenham sido contraídos pela incorporada São Pedro, passando a seguir ao domínio da incorporadora Itiquira. Em qualquer caso, tenho que sua necessidade é incontestável.

Quanto aos aspectos de normalidade e usualidade, se a empresa não dispunha de recursos próprios, nada mais normal do que recorrer ao mercado financeiro para obter os recursos para honrar o acordo de acionistas, tendo que arcar com os ônus daí decorrentes.

Finalmente, afasto o argumento de que o interesse no resgate das ações seria exclusivamente dos controladores da Itiquira. É claro que, no momento do acordo de acionistas, os sócios da Itiquira desejavam e precisavam do ingresso da Eletrobrás na sociedade. Mas também, e principalmente, a própria Itiquira também nisso tinha interesse. Isso ficou evidenciado na participação da Itiquira no acordo de acionistas e na obrigação por ela assumida de resgatar as ações no futuro.

Por todo o exposto, não faço reparos à decisão recorrida, neste aspecto, e voto por negar provimento ao recurso de ofício.

## **CONCLUSÃO**

Em conclusão, voto por negar provimento aos recursos voluntário e de ofício.

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha

## **Voto Vencedor**

Conselheiro Alberto Pinto S. Jr..

Com a devida vênia, ousou divergir do brilhante voto do Conselheiro Relator, pelas razões que passo a expor.

De plano, ressalto que o julgamento no âmbito do CARF é de cognição restrita. O próprio regimento e a Súmula nº 2 já vedam qualquer juízo de constitucionalidade de lei. Na verdade, isso decorre do fato de que a atividade dos colegiados do CARF não passa de mero controle de legalidade dos lançamentos tributários. Assim, ou se demonstra que a operação está maculada por alguma patologia jurídica ou ela é lícita e a ela devemos dar os efeitos que lhe são próprios segundo a legislação tributária.

Ora, quais os ilícitos apontados pelos autuantes na conduta da recorrente? No item intitulado “Razões do Lançamento”, conforme transcrito pelo Relator, os autuantes assim se pronunciam:

#### “5) RAZÕES DO LANÇAMENTO

No exame da documentação e dos fatos trazidos à tona com a fiscalização, verificamos a ocorrência das seguintes infrações à legislação tributária:

- a) **amortização de ágio, para reduzir o lucro contábil, e por consequência a base de cálculo do IRPJ e CSL;**
- b) a assunção de encargos financeiros decorrentes dos empréstimos contraídos revelou-se como despesa desnecessária à manutenção da fonte dos rendimentos da empresa.(...)”

Ou seja, diz os autuantes que uma das infrações consiste na amortização do ágio para reduzir bases tributáveis, ora, mas onde está o ilícito? O que o autuante descreve como ilícito é a própria hipótese fática dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Parece-me, assim, como em tantos outros casos que chegam ao CARF, que os autuantes na verdade não se conformam é com os dispositivos legais retro citados.

Ora, sequer imputação de ato ilícito doloso houve, tanto que a multa de ofício aplicada foi de 75%, pois a autuação sustenta que a São Pedro era uma “empresa veículo”, mas não enquadra expressamente tal condição como simulação, fraude à lei, abuso de direito ou qualquer outro vício do negócio jurídico. Isso, por si só, para mim, já seria motivo para exonerar a contribuinte do valor lançado pela glosa da despesa de amortização do ágio, pois se os autuantes não enquadram a conduta da recorrente como viciada, não há como negar os efeitos jurídicos dos atos praticados.

Por sua vez, os argumentos articulados pelo Relator denotam a presença de alguns indícios de simulação, porém, repito, esse não foi o critério jurídico adotado pelos autuantes, tanto que a multa de ofício aplicada foi de 75%. Ora, se o TVF, parte integrante do lançamento tributário, não qualificou a conduta da recorrente como simulada, alterar-se agora o critério jurídico para atender eventuais conclusões deste julgado, significaria um possível novo lançamento. A instância julgadora pode determinar que se exclua uma parcela da base tributável e que se recalcule o tributo devido, ou mesmo determinar que se recalcule a base de cálculo considerando uma despesa dedutível ou uma receita como não tributável, mas não pode determinar que se refaça o lançamento a partir de outro critério jurídico que o altere substancialmente, mesmo porque, nessa hipótese, estaríamos determinando um novo lançamento.

O Termo de Verificação Fiscal, a fls. 923, não é preciso ao qualificar a conduta da recorrente, se não vejamos o seguinte excerto:

“No planejamento tributário abusivo, verificamos que o grupo econômico utiliza os institutos legais, porém não os faz funcionarem de acordo com a normalidade, aproveitando-se dos tratamentos permitidos somente em regime de exceção”.

Ora, pelo exposto, não se sabe se a imputação é de abuso de direito – já que **falam em planejamento abusivo - ou de fraude à lei – já que sustentam o uso anormal de**

institutos jurídicos, mas, neste rosário de imprecisas imputações, o maior equívoco é falar em regime de exceção, ou seja, entendem os autuantes que a aplicação dos arts. 7º e 8º em tela só seriam normais em um regime de exceção. O que seria um regime de exceção neste caso? O certo é que tal entendimento não encontra guarida no Direito, pois os arts. 7º e 8º são aplicáveis sempre que uma pessoa jurídica absorve patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, ou seja, trata-se de norma específica para tal situação, o que não é exceção, mas especificidade. Exceção é o que foge a regra, especificidade é o que é relativo e próprio a um determinado caso.

Por sua vez, sustenta o Relator que “*O real adquirente das ações foi a própria Itiquira, realidade evidenciada pelos fatos, pelo “Acordo de Acionistas” e pelas correspondências trocadas entre as partes envolvidas*”. Não concordo, pois existia um óbice para a Itiquira resgatar suas ações, como apontado pelo próprio autuante, qual seja, ela não possuía saldo de reserva de lucros, se não vejamos o seguinte excerto também transcrito no Relatório acima:

*“Ocorre que, em razão de elevados prejuízos em anos anteriores, a Impugnante não possuía saldo na reserva de lucros em montante suficiente para resgatar suas próprias ações na forma e valores anteriormente acordados.*

*Vale lembrar que o art. 30 da Lei 6.404/1976 dispõe que, para o resgate das próprias ações, a sociedade deve utilizar recursos da reserva de lucros da companhia, que à época era insuficiente. Além disso, no caso específico da Impugnante, o art. 8º, §3º, do seu estatuto social determina que as ações “serão resgatáveis mediante a utilização de lucros ou reservas, nos termos do art. 44 da Lei 6.406/76”, que à época não possuía saldo suficiente.*

Então, a criação da São Pedro não tinha apenas uma razão tributária, mas também uma razão empresarial, já que sequer a Itiquira poderia resgatar suas ações. Assim, o caso em tela sequer se insere naquela teoria do abuso de direito de reorganização por falta de uma razão extra-tributária. É bem verdade, que, para mim, essa teoria não encontra amparo no direito posto, mas, nem por ela, poder-se-ia afirmar que houve abuso no presente caso.

Ademais, qual é o conceito, para fins tributários, de grupo econômico? É aquele formado entre controlador e controladas? Pode ser aquele formado apenas por coligadas sem controle comum? É bem verdade que o art. 2º do DL 1.598/77 até tentou algo nesse sentido, mas foi logo revogado. Por sua vez, é inaplicável, para fins tributários, o conceito insculpido no art. 2º da CLT, pois a norma já limita a sua aplicação às relações de emprego. Já o inciso X do art. 30 da Lei nº 8.212/91 é de pouca valia, pois não define grupo econômico, o que leva alguns julgados a lhe dar uma interpretação restritiva, se não vejamos o seguinte excerto do Acórdão nº 0223813, de 21/09/09, da DRJ/BH, *in verbis*:

**“PREVIDENCIÁRIO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. NÃO EXIBIÇÃO DE LIVRO OU DOCUMENTO À FISCALIZAÇÃO. Constitui infração à legislação previdenciária deixar a empresa de exibir à Fiscalização documento e/ou livro relacionados com as contribuições previdenciárias. GRUPO ECONÔMICO. Para a configuração de grupo econômico há necessidade de convergência de vários indícios e elementos fáticos. A mera participação societária majoritária de uma empresa em outra não é capaz, por si só, de ensejar**

a constituição do grupo. A partir do exame da documentação contida nos autos, insubsistente a configuração de grupo econômico e consequentemente, a responsabilização da entidade arrolada como solidária, excluindo-a do pólo passivo do lançamento.”

Sem emitir qualquer juízo de valor sobre o julgado acima transcrito, vale observar que a legislação tributária, mais especificamente a legislação do IRPJ, não trabalha com o conceito de grupo econômico, mas com o de entidade jurídica. A São Pedro existiu e tinha personalidade jurídica própria, devendo a ela ser imputados os atos que praticou, salvo se estivéssemos diante de uma caso de simulação, fraude, ou outro vício, do qual pudéssemos desconsiderar a sua vontade manifestada nos atos praticados, mas essa não é a linha da autuação.

Sustenta o relator que não encontra “nos autos justificativa para uma tão grande diferença entre o valor das participações societárias em poder da ELETROBRÁS a serem resgatadas, corrigidas pelo IGP-M, em 31/12/2007 (aproximadamente R\$ 78 milhões) e aquele que foi efetivamente pago, em 07/10/2008 (aproximadamente R\$ 147 milhões). Ora, *data venia*, essa questão é irrelevante, pois o lançamento não demonstra que o valor do ágio tenha sido superestimado, mas, mesmo se o tivesse feito, o ágio não foi pago à CESP e à Eletrobrás, ou seja, foi pago a terceiros. Que planejamento é esse que se paga ágio a terceiros, para, depois, recupera 34% do seu valor em cinco anos por meio de redução de eventuais bases tributáveis positivas ou então acumular mais prejuízo fiscal para ser compensado em período ainda mais longo do que 5 anos? Não é plausível imaginar que a São Pedro pagou graciosamente mais do que a CESP e a Eletrobrás pediam pelas ações da Itiquira, unicamente, com o propósito de gerar ágio e posteriormente, despesas tributárias.

Assim, o mais importante para mim é que foi pago o ágio a terceiros, então, esse caminho (constituição da São Pedro para que adquirisse as ações da Itiquira) teve um custo, pagamento do ágio, o qual, segundo a legislação tributária pode ser amortizado se atendida a condição (incorporação, fusão ou cisão). Note-se que, tanto se a Itiquira tivesse resgatado suas ações pelo valor patrimonial, como se a São Pedro as tivesse comprado pelo valor patrimonial, não haveria qualquer efeito nas bases tributáveis. O efeito nas bases tributáveis se deu porque a São Pedro comprou as ações pagando um ágio à CESP e à Eletrobrás, logo, repito, o que me parece, como em muitos outros casos, que se quer negar a própria norma legal - art. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Quanto ao recurso de ofício, acompanho o Relator, mas, por outros fundamentos, pois, como antes sustentado, não há como atribuir a Itiquira os atos praticados pela São Pedro, se os autuantes não os enquadraram em nenhuma patologia jurídica, ou seja, se os atos eram lícitos, não há como negar-lhes os efeitos que lhes são próprios. Os juros incidentes sobre empréstimo contraído para aquisição de um ativo permanente são dedutíveis das bases tributáveis, mormente quando se trata de juros relativos a empréstimos contraídos por uma holding para aquisição de investimento, segundo a legislação do IRPJ e da CSLL, razão pela qual, voto por negar provimento ao recurso de ofício.

Por essas razões, voto por negar provimento ao Recurso de Ofício, no que acompanho o Relator pelas conclusões, e, por dar provimento ao recurso voluntário, ponto no qual divirjo integralmente do I. Relator.

Alberto Pinto S. Jr. – Redator designado.

Processo nº 10120.724569/2012-01  
Acórdão n.º **1302-001.293**

**S1-C3T2**  
Fl. 1.914

---

CÓPIA