



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

Processo nº 10120.724569/2012-01
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-002.753 – 1ª Turma
Sessão de 4 de abril de 2017
Matéria IRPJ-CSLL
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ITIQUIRA ENERGÉTICA S.A.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2008, 2009

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO EM PARTE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL COMPROVADA APENAS PARCIALMENTE.

Conhece-se em parte de recurso especial no qual restou comprovada apenas parcialmente a divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e os paradigmas apontados.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009

RECOMPRA OU RESGATE DE AÇÕES DE SUA PRÓPRIA EMISSÃO. ARTS. 385 E 386 DO RIR/1999. AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS EM SOCIEDADE COLIGADA OU CONTROLADA, COM ÁGIO OU DESÁGIO. DISTINÇÃO.

A recompra ou resgate de ações de sua própria emissão, feita ainda que indiretamente por meio de empresa-veículo, não se subsume ao disposto nos arts. 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/1999 (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999), os quais são específicos para a aquisição de participações societárias em sociedade coligada ou controlada, com ágio ou deságio.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em conhecer parcialmente do Recurso Especial da Fazenda Nacional, apenas quanto à impossibilidade de dedução do ágio, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que não conheceram do recurso. Por unanimidade de votos, acordam em não conhecer da glosa de despesas financeiras. No mérito, na parte conhecida, por maioria de votos, acordam em dar-lhe provimento, vencidos os

conselheiros Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que lhe negaram provimento. Votou pelas conclusões a conselheira Cristiane Silva Costa.

Nos termos do Art. 58, §5º, Anexo II do RICARF, o conselheiro Carlos Alberto Freitas Barreto não votou nesse julgamento, por se tratar de processo originalmente relatado pelo conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão, que ocupou a posição de presidente, com voto já proferido e consignado.

Conforme Portaria CARF nº 107, de 04/08/2016, alterada pela Portaria CARF nº 07, de 02/03/2017, designado pelo presidente do colegiado, como redator *ad hoc*, o Conselheiro André Mendes de Moura.

Julgamento iniciado em 08/02/2017 e concluído na sessão de 04/04/2017.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto Freitas Barreto – Presidente

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Adriana Gomes Rego, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Luis Flavio Neto, Rafael Vidal de Araújo, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente). Ausente, justificadamente, o Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão.

Relatório

Por meio do despacho de e-fl. 2102, designou-me a Presidência para redigir o acórdão, visto que o relator se afastou provisoriamente por período superior a dois meses após o início da votação. Faço-o adotando ementa, relatório e voto elaborados por ele e lidos na primeira sessão em que o recurso foi por ele colocado no sistema eletrônico de votação no dia 08 de fevereiro de 2017.

Passo à transcrição do relatório do Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão.

Por bem descrever os fatos, reproduzo o relatório da decisão recorrida (destaques do original):

ITIQUEIRA 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 ITIQUEIRA 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 [tendo] 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’ da Folha de São Paulo, disponível em <<http://search.folha.com.br/search?q=crise%20cr%E9dito%20h%20ipotecas%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 S.A., 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 02.592.182/0001-62 (fl. 711);
- b) RIO GLÓRIA ENERGÉTICA S.A., CNPJ nº 08.375.785/0001-99 (fl. 712); e
- c) ENERGÉTICA SALTO NATAL S.A., CNPJ nº 07.587.636/0001-20 (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, 80.730-000, 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 04.731.950/0001-47 (fls. 700 A 702);
- b) SALTO NATAL PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ nº 07.149.924/0001-01 (fls. 703 a 707);
- c) ENERGÉTICA SALTO NATAL S.A., CNPJ nº 07.587.636/0001-20 (fls. 708 a 710);
- d) Brookfield Energia Renovável S/A, CNPJ nº 02.808.298/0001-96 (fl. 738);
- e) Energética Rio Pedrinho S/A, CNPJ nº 03.190.389/0001-73 (fl. 739);
- f) Linha Emília Energética S/A, CNPJ nº 04.502.673/0001-09 (fl. 740);
- g) Caçador Energética S/A, CNPJ nº 04.511.174/0001-70 (fl. 741);

h) Cotipora Energética S/A, CNPJ nº 04.589.680/0001-81 (fl. 742);

i) Serra Negra Energética S/A, CNPJ nº 07.470.931/0001-00 (fl. 743);

j) Energética Ponte Alta S/A, CNPJ nº 07.567.556/0001-03 (fl. 744); e

k) Lumbrás Energética S/A, CNPJ nº 08.431.936/0001-89 (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 à 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) Prevvia-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 à 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 à 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. nº 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. nº 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. nº 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. nº 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. nº 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 [de] 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. nº 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. nº 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*) Energética 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. nº 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 autuada 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, “devido à 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 Greco, 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 1301-000.711, 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 à 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: LANÇAMENTO 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 prejulgado 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 Eletrobrás e a CESP; e, ainda, que o ágio se teria formado regularmente, 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), às 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 IGPM, 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 à 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.

Ao julgar o recurso, a Segunda Turma Ordinária da Terceira Câmara da Primeira Seção do CARF proferiu o Acórdão nº 1302-001.293, de 12 de fevereiro de 2014, cujas ementa e decisão transcrevo, respectivamente:

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 à 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 tratar 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.

Foram interpostos embargos de declaração pela Fazenda Nacional, contrarrazoados pela recorrida, e não conhecidos, conforme Acórdão nº 1302-001.417, de 5 de junho de 2014, da Segunda Turma Ordinária da Terceira Câmara da Primeira Seção do CARF, assim ementado e decidido:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2009, 2010

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REDISCUSSÃO DO MÉRITO. NÃO CONHECIMENTO.

Não devem ser conhecidos os embargos de declaração que visam unicamente rediscutir o mérito de questões já devidamente julgadas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em não conhecer dos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto proferidos pelo Relator.

Inconformada, a Fazenda Nacional apresenta recurso especial por divergência, reiterando as contrarrazões ao recurso voluntário e as razões ao recurso de ofício, já lidas em Sessão, a saber:

- a) “impossibilidade de dedução do ágio”; e
- b) “inedutibilidade das despesas financeiras – despesas em benefício de terceiros”.

O recurso especial, quanto àquele primeiro ponto — “impossibilidade de dedução do ágio” —, foi admitido pela presidente da Terceira Câmara da Primeira Seção do CARF.

Devidamente cientificado, o contribuinte apresentou contrarrazões, arguindo, preliminarmente, o não cabimento do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, por ausência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigmas, e reiterando, no mérito, as razões de impugnação e de recurso voluntário, já lidas em Sessão.

Em despacho de fase processual que proferi em 11 de outubro de 2016, determinei que fosse retornado o processo à Terceira Câmara da Primeira Seção do CARF, para complementação da análise de admissibilidade do recurso especial da Fazenda Nacional, no que se refere ao segundo ponto ali abordado — “inedutibilidade das despesas financeiras – despesas em benefício de terceiros”.

O recurso especial, quanto a esse segundo ponto, foi, também, admitido pela presidente da Terceira Câmara da Primeira Seção do CARF.

Devidamente cientificado, o contribuinte não apresentou contrarrazões complementares.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro André Mendes de Moura, Redator *ad hoc* designado.

Reproduzo a seguir o voto proferido pelo Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão.

O recurso é tempestivo, porém, entendo que a divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e os paradigmas apontados restou comprovada apenas parcialmente e, por isso, **conheço em parte** do especial.

As matérias postas à apreciação desta Câmara Superior referem-se à:

a) subsunção, ou não, ao disposto nos arts. 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/1999 (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999) da hipótese de recompra ou resgate de ações de sua própria emissão, feita ainda que indiretamente por meio de empresa-veículo; e

b) dedutibilidade, ou não, das despesas financeiras decorrentes de recompra ou resgate de ações de sua própria emissão.

De início, tendo em vista a **preliminar** arguida pela contraarrazoante — de não cabimento do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, por ausência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigmas —, analiso os dois acórdãos paradigmas apontados pela Fazenda Nacional.

Primeira matéria (“a”) - Conhecimento

A ementa do **primeiro acórdão paradigma apontado** (Acórdão nº 1202-001.100, de 2014), que trata daquela **primeira matéria** — “subsunção, ou não, ao disposto nos arts. 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/1999 (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999) da hipótese de recompra ou resgate de ações de sua própria emissão, feita ainda que indiretamente por meio de empresa-veículo” — é a seguinte, no que aqui interessa:

SIMULAÇÃO. AQUISIÇÃO DE AÇÕES PELA PRÓPRIA EMITENTE, PARA SEREM CANCELADAS, COM RECURSOS SACADOS DE SEUS COFRES, TRAVESTIDA DE AQUISIÇÃO FEITA PARA EMPRESAS CONSTITUÍDAS POR SEUS ACIONISTAS.

É simulado o negócio aparente pelo qual os acionistas detentores de 83,96% do capital da sociedade, objetivando adquirir para cancelar as ações representativas dos restantes 16,04%, formalizam a aquisição em nome de duas pessoas jurídicas por eles recém-constituídas, mas utilizam exclusivamente recursos sacados da própria emissora das ações. Neste caso, há que subsistir o negócio verdadeiro que, ao final, foi concretizado no momento em que as ações foram efetivamente transferidas à verdadeira adquirente, a emissora das ações, e por esta canceladas, com redução de seu patrimônio líquido.

Desse acórdão paradigma (Acórdão nº 1202-001.100, de 2014), transcrevo os seguintes trechos (destaques do original):

Consoante o Termo de Verificação Fiscal e de Encerramento de Fiscalização (fls. 1.335-1.355), foram glosadas despesas de amortização de três ágios distintos deduzidas no período de 2005 a 2008.

O primeiro ágio (‘Ágio da PRA’) decorre de uma efetiva operação de compra e venda das ações da Requerente entre duas sociedades (PRB Investimentos e Participações S/A – ‘PRB’ – e RBA Investimentos e Participações S/A - ‘RBA’) e um antigo

sócio da Requerente denominado Solar Incorporadora e Participações Ltda. ('Solar').

Posteriormente, o investimento detido na Requerente foi contribuído em aumento de capital da PRA Participações e Investimentos Ltda ('PRA'). Após a incorporação da PRA, a Recorrente converteu o ágio em ativo diferido e passou a amortizá-lo para fins fiscais.

A acusação de simulação na aquisição das ações vendidas pela "Solar" (primeiro ágio) decorre da constatação de que a verdadeira adquirente seria a própria impugnante, e não as empresas que figuraram como adquirentes no contrato respectivo, tendo sido aplicada a multa de ofício qualificada, no percentual de 150%.

[...].

Na impugnação (fls. 1395-1444), a contribuinte contesta a acusação fiscal, alegando, em síntese:

- que o ágio da PRA decorreu de operação realizada com terceiros, com pagamento efetivo de preço e pautado em verdadeiras razões empresariais com o objetivo de consolidar 100% das suas ações. Não houve simulação, vez que a contribuinte não poderia realizar a operação de compra das próprias ações, por não ter saldo de lucros ou de reservas em montante suficiente, ou não poder reduzir o seu patrimônio líquido, em razão de vedação constante de contratos de empréstimos anteriores;

[...].

Cientificado dessa decisão em 17/06/2011 (conforme AR, fl.1754), o contribuinte, inconformado, apresentou recurso voluntário ao CARF (fls. 1758/1917), em 18/07/2011, aduzindo as razões abaixo sintetizadas:

[...].

Contesta a acusação de que seu interesse real era efetuar uma operação de compra de suas próprias ações, o que, segundo ela, seria impossível no caso concreto, nos termos da legislação societária, pela inexistência de saldo de lucros ou reservas a serem utilizados nessa aquisição.

[...].

Afirma que a incorporação da PRB e RBA implicaria em redução do patrimônio líquido da Recorrente, fazendo com que a sociedade não cumprisse as obrigações pactuadas nos Contratos de Empréstimo, por esse motivo, antes da incorporação, o investimento na Recorrente foi transferido para a PRA (sociedade que detinha apenas o investimento na Spaipa). Com a incorporação da PRA, o patrimônio líquido da Recorrente foi aumentado em R\$ 14 milhões, atendendo aos propósitos iniciais da reorganização societária.

[...].

Em contrarrazões, a PGFN sustenta, [...].

Sustenta a indedutibilidade do ágio absorvido pela recorrente quando da incorporação da empresa PRA, a simulação praticada e a qualificação da multa aplicada, pelas razões a seguir sintetizadas:

- que se discute quem efetivamente adquiriu as ações que pertenciam à empresa SOLAR, e, conseqüentemente, pagou pelo ágio, e com qual finalidade; e, em um segundo momento, se esse ágio é dedutível nos termos da legislação vigente;

- que a SPAIPA foi quem efetivamente adquiriu suas próprias ações, com a finalidade de cancelá-las e reduzir o seu capital social e, com isso, aumentar, de forma indireta, a participação dos acionistas remanescentes (PRSA, RB e BRASCAR), pois, em que pese as empresas PRB e RBA terem figurado como adquirentes de direito dos 16,04% das ações da SPAIPA, elas utilizaram, nessa aquisição, recursos advindos da emissão de debêntures, em 31/05/2000, através da 18ª AGE da SPAIPA, às quais foram integralmente adquiridas, por sua vez, pela SPAIPA. Os US\$ 38.000.000,00 cobrados pelas proprietárias à época da SOLAR foram pagos pela PRB e pela RBA com os R\$ 70.000.000,00 dados pela SPAIPA, que foram obtidos por meio de empréstimos bancários;

- que as empresas PRB e RBA nada desembolsaram para essa aquisição;

[...];

- que o ágio absorvido pela recorrente com a incorporação da empresa PRA é indedutível, pois, quando da aquisição da participação acionária que pertencia à SOLAR, a SPAIPA, por intermédio da PRB e da RBA, pagou um ágio sobre suas próprias ações no valor de R\$ 43.129.753,30, confundindo-se a sociedade investidora com a investida;

[...].

- que a origem dos recursos utilizados pelas empresas PRB e RBA na aquisição de parte das ações da recorrente foi a própria SPAIPA.

[...].

MÉRITO

Analisando as operações formalizadas quanto à aquisição de ações da SPAIPA (ora recorrente) pelas empresas PRB e RBA, a constituição da PRA pela PRB e RBA, a incorporação da PRA pela SPAIPA, [...], a autoridade fiscal considerou que, ao final, a única operação real foi a aquisição pela SPAIPA de parte de suas próprias ações para cancelamento e redução do seu capital social e o aproveitamento fiscal do ágio pago nessa aquisição.

Invocando os arts. 385 e 386 do RIR/99, e arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, foram glosadas as despesas consideradas indedutíveis, por decorrerem de um ágio pago por uma empresa na aquisição de suas próprias ações para cancelamento e redução do seu capital.

[...].

No presente caso, a fiscalização glosou as despesas de ágio após concluir que seriam indedutíveis.

Em se tratando de glosa de despesas de amortização de ágio constituído em três operações, a primeira delas com fundamentação distinta, cabe analisá-los separadamente.

PRIMEIRO ÁGIO

Os fatos antecedentes à autuação em exame podem ser descritos cronologicamente, conforme síntese abaixo:

- em 28.4.2000, sua composição acionária era: (i) PRSA Participações S/A (“PRSA”) detinha 46,98% das ações, (ii) RB Investimentos e Participações Ltda. (“RB”) detinha 14,17%, (iii) Basear S/A Imóveis e Participações (“Basear”) detinha 16,89%; (iv) Solar detinha 16,04%; e (v) Gribal S/A (“Gribal”) detinha 5,92%;

- em 18.5.2000, PRSA, RB e Basear constituem as empresas PRB e RBA;

- em 30.5.2000, PRB e RBA emitem debêntures no valor de R\$ 35.000.000,00 cada uma, para reforçar o capital de giro das companhias;

- em 31.5.2000, PRB e RBA adquirem a participação societária detida pela SOLAR na Recorrente (16,04%), pelo valor de US\$ 38.000.000,00, reconhecendo um ágio na operação, integralmente fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da Recorrente, com base em laudo de avaliação (fls. 95-100); na mesma data, a Recorrente capta recursos junto ao Banco Itaú S.A. e Banco Itaú Europa, no montante de US\$ 20.000.000,00, e junto ao BNDES, no valor de R\$ 14.000.000,00, e aprova a aquisição das debêntures emitidas pela PRB e RBA, até o montante de R\$ 70.000.000,00, passando a ter um crédito contra a PRB e RBA;

- em 20.6.2001, PRB e RBA constituem sociedade denominada PRA, cujo capital social foi subscrito e integralizado com as ações da Recorrente que tinham sido adquiridas da Solar, e que passa a registrar o ágio anteriormente registrado pela PRB e RBA;

- em 1.1.2002, a Recorrente aprova a incorporação da PRA, registrando o ágio pago para aquisição da Recorrente como ativo diferido, e passando a amortizá-lo para fins fiscais.

[...].

A autoridade fiscal reconhece que houve um negócio jurídico efetivo de alienação de participação societária na operação inicial (aquisição da participação da SOLAR na recorrente), mas aponta que teria havido simulação tendente a ocultar o verdadeiro adquirente das ações, como se vê do seguinte trecho:

[...].

Por seu turno, a recorrente sustenta que o ágio em questão decorre de uma operação realizada com terceiros, com pagamento efetivo de preço e pautada em verdadeiras razões empresariais, já que não poderia comprar suas próprias ações, em razão de inexistência de lucros acumulados ou reservas em montante suficiente, nem tampouco reduzir seu patrimônio líquido, em razão de obrigações assumidas com instituições financeiras internacionais. Assim, a estrutura utilizada para aquisição de suas ações era a única que viabilizaria a aquisição, além do fato de o credor pretender ter maiores garantias no recebimento do crédito.

[...].

Como se vê, o valor de aquisição das referidas ações se deu exclusivamente com recursos da própria recorrente (SPAIPA), o que contraria frontalmente o disposto nos arts. 385 e 386 do RIR/99, que permitem a dedutibilidade de despesas geradas com ágio decorrente de um investimento realizado por uma empresa (investidora) em outra (investida).

Tenho como **inegável** a **similitude fática** entre a situação aqui analisada e a enfrentada no acórdão paradigma apontado (Acórdão nº 1202-001.100, de 2014): em ambas, houve a “aquisição de ações” do sujeito passivo, de posse de terceiros, por empresas a ele (sujeito passivo) ligadas, mediante recursos a ele (sujeito passivo) pertencentes ou por levantamento de empréstimos bancários por ele (sujeito passivo) garantidos, com a final incorporação daquelas empresas “adquirentes de ações” pelo mesmo sujeito passivo.

A divergência existente entre ambos os casos, apontada pela recorrida em suas contrarrazões — a saber: a acusação de simulação na “aquisição das ações”, feita pela fiscalização no acórdão paradigma —, não corresponde, propriamente, a uma **divergência fática** entre ambos os casos, mas a uma **qualificação jurídica** diversa dada por aquela fiscalização para **fatos similares**, que resultou, no acórdão paradigma, na aplicação de multa de ofício no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento).

Já no acórdão recorrido, em face da **qualificação jurídica** distinta dada por esta fiscalização para **fatos similares**, como não sendo simulação, a multa de ofício aplicada foi de apenas 75 % (setenta e cinco por cento).

O que está em discussão, todavia, não é propriamente a **qualificação jurídica** dada em cada um dos casos pelas respectivas fiscalizações, mas, sim, a **interpretação divergente** do acórdão paradigma (Acórdão nº 1202-001.100, de 2014) em relação ao acórdão recorrido, para **fatos similares**, e seu consequente **enquadramento legal**, no sentido de que:

Em razão da confusão patrimonial entre investidora (SPAIPA) e investida (SPAIPA), resultante da sequência de operações

societárias envolvendo empresas-veículo, o que demonstra que as ações foram efetivamente adquiridas pela SPAIPA, o ágio questionado é totalmente insubsistente e indedutível para fins de apuração do lucro real. [...].

Ou, como bem destaca a Fazenda Nacional, em seu recurso especial (e-fls. 1.956 a 1.961, destaques do original):

Segundo o acórdão paradigma, a impossibilidade de aquisição direta de suas ações pela autuada e a utilização de empresa-veículo para tanto, bem como a utilização de recursos financeiros da autuada para que a empresa-veículo adquirisse as ações, configura a divergência de entendimento nas Turmas do CARF, tendo em vista que, diante dos mesmos fatos, o Acórdão 1302-001.293 julgou o lançamento improcedente; enquanto, em sentido oposto, o acórdão paradigma 1202-001.100 manteve a glosa do ágio criado artificialmente. A divergência fica mais clara com o cotejo de trechos do voto condutor do acórdão paradigma, verbis:

[...].

Como se verificou acima, no acórdão paradigma houve participação de empresas-veículo (RBA e PRB), bem como no acórdão recorrido (São Pedro). Além disso, nos acórdãos recorrido e paradigma, a ITIQUIRA e a SPAIPA não possuíam recursos para fazer a aquisição direta de suas ações, tendo se utilizado das empresas-veículo para gerar um ágio artificial, conforme se pode comprovar das seguintes passagens:

[...].

Em suma, tanto no acórdão paradigma, quanto no acórdão recorrido, tem-se:

- a participação de empresas-veículo, sendo que, no acórdão recorrido, a empresa-veículo é a São Pedro Energética S.A, e no acórdão paradigma 1202-001.100, as empresas-veículo são as correspondentes às siglas PRB e RBA;

- as autuadas (ITIQUIRA e SPAIPA) não possuíam recursos para aquisição direta de suas ações, de maneira que a ITIQUIRA não possuía reserva de lucros, o que seria ofensivo à legislação societária e ao seu Estatuto; e a SPAIPA ensejaria ferimento à legislação societária e/ou ao contrato firmado com instituições financeiras;

- os recursos financeiros não advieram das empresas-veículo, mas da ITIQUIRA e da SPAIPA, conforme as seguintes passagens, repita-se:

[...].

Contudo, diante dos mesmos fatos, a 2ª Turma da 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF, no acórdão 1202-001.100, manteve a

autuação, tendo em vista a artificialidade do ágio, enquanto a e. Turma a quo julgou a improcedência da glosa.

Insta destacar, ainda, que, para efeito de comprovação de divergência jurisprudencial no recurso especial, não se exige “igualdade fática”, mas apenas “similitude fática” entre o acórdão recorrido e o(s) acórdão(s) paradigma(s).

Assim, sou pelo **conhecimento** da **primeira matéria** apontada como divergente pelo recurso especial da Fazenda Nacional — “impossibilidade de dedução do ágio”.

Segunda matéria (“b”) - Conhecimento

A ementa do **segundo acórdão paradigma apontado** (Acórdão nº 1301-001.037, de 2012), que trata daquela **segunda matéria** — “dedutibilidade, ou não, das despesas financeiras decorrentes de recompra ou resgate de ações” — é a seguinte:

GLOSA DE DESPESAS

Em conformidade com o disposto no artigo 299 do RIR/99, são dedutíveis apenas as despesas necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora e as pagas ou incorridas para realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa, não se subsumindo à hipótese as despesas incorridas por mera liberalidade.

Desse acórdão paradigma (Acórdão nº 1301-001.037, de 2012), transcrevo os seguintes trechos (destaques do original):

Conforme descrição de fatos (fl. 683), foram glosadas despesas consideradas indedutíveis, sendo que as tais despesas são relativas ao ano-calendário 2004 e correspondem a encargos pagos pela liquidação antecipada de financiamentos anteriormente contraídos.

De acordo com a Fiscalização, a antecipação decorreu de condição estabelecida em contrato realizado entre a CSN (Companhia Siderúrgica Nacional) e a TKS (Thissen Krupp Stahall), acionistas controladores da contribuinte (Galvasud), no âmbito de operação relativa a compra e venda de ações desta.

A indedutibilidade dos encargos que foram objeto da glosa decorreria, nos termos relatados pela autoridade autuante, de terem sido efetuados unicamente por interesse dos sócios. Sob tal enfoque, não atenderiam aos requisitos de usualidade, normalidade e necessidade.

[...].

As informações, constantes do Termo de Verificação Fiscal (fls. 683), dão conta de que a contribuinte possuía financiamento contraído junto ao BNDES, ao Banco KFW e ao FINAME, e os

respectivos contratos previam a possibilidade de liquidação integral e antecipada da dívida, possibilidade esta condicionada ao pagamento de breakfunding costs (encargos decorrentes da antecipação).

Consignou-se que, em junho de 2004, a CSN adquiriu as ações da outra única sócia da interessada, a TKS, e que, no âmbito da operação de compra e venda, ficou estabelecido que a compradora (CSN) efetuará a imediata liquidação antecipada dos financiamentos anteriormente contraídos pela Galvasud, de forma a desonerar o vendedor da participação acionária de qualquer responsabilidade junto aos agentes financeiros credores. Ficou ainda estabelecido que os valores supridos por aquela que passou a ser a única integrante do quadro social da interessada comporia a contabilidade dela a título de “adiantamento para futuro aumento de capital”.

Destacou-se que, em relação aos breakfunding costs, custos decorrentes da liquidação antecipada da dívida contraída, acordaram a TKS e a CSN que o respectivo ônus financeiro seria repartido em proporção idêntica àquela que correspondia à participação de cada um dos acionistas (49% e 51%, respectivamente), e os pagamentos envolvidos nas operações em questão foram realizados conforme previsão negocial, sem intermediação da interessada.

De acordo com a Fiscalização, contabilmente, a dívida anteriormente contraída com os agentes financeiros foi baixada em contrapartida à conta de adiantamento para futuro aumento de capital, não se registrando os encargos decorrentes da antecipação arcados pela TKS (49%) e, relativamente aos encargos decorrentes da antecipação arcados pela CSN (51%), a contribuinte teria efetuado o registro contábil a crédito de “adiantamento para futuro aumento de capital” e a débito de conta de despesa operacional. Respalhada pelo entendimento de que os gastos relativos aos encargos decorrentes da antecipação arcados pela CSN, não atenderiam às condições de dedutibilidade, a autoridade responsável pela auditoria procedeu à glosa das mesmas.

[...].

Devidamente notificada da autuação interposta, a contribuinte apresentou Impugnação (fls 748), alegando, em síntese, que as despesas glosadas decorrem de operações de financiamento usuais e regulares e que as duas acionistas (CSN e TKS) acordaram que, mediante leilão realizado em 18/06/2004, cada uma das partes apresentaria oferta de compra das ações pertencentes à outra, restando vencedor aquele que oferecesse a maior oferta sem que houvesse uma contraoferta válida, e que, pelo procedimento descrito, a CSN tornou-se única acionista da Galvasud.

Alegou que, em virtude da negociação de ações, a Galvasud se viu obrigada a efetuar o pagamento antecipado dos empréstimos por ela anteriormente contraídos perante o FINAME, BNDES e

KFW, e que tal obrigação tem previsão na cláusula 7 (condições de fechamento), letra 'c' (Baixa da vendedora pelos Bancos) do contrato de compra de ações (doc. 07), afirmando que foram consequência da antecipação de penalidades e acréscimos previstos nos contratos de financiamento para a hipótese.

Salientou que, tendo em vista a ausência de disponibilidades, por parte da Galvasud, sua nova acionista (CSN) disponibilizou o numerário que cobriu o pagamento das dívidas junto aos credores e que a operação foi registrada em sua contabilidade sob a forma de “Adiantamento para Futuro Aumento de Capital”, mencionando que os empréstimos foram contraídos para que se possibilitasse a modernização do parque industrial e que a antecipação dos pagamentos, por sua vez, foi motivada por previsão contratual.

[...].

Voto Vencedor

[...].

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, os custos decorrentes da liquidação antecipada relativa à dívida contraída pela contribuinte Galvasud S.A. (breakfunding costs), se ocorressem, seriam repartidos entre as empresas Thissen Krupp Stahall (TKS) e Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), na proporção de 49% e 51%, respectivamente, aliado ao fato de que a interessada não teve envolvimento e/ou intermediação na previsão contratual envolvendo as duas companhias no caso da antecipação do empréstimo.

Ainda, de acordo com o TVF, contabilmente, a dívida anteriormente contraída com os agentes financeiros foi baixada em contrapartida à conta de adiantamento para futuro aumento de capital, não se registrando os breakfunding costs arcados pela TKS (49%) e, relativamente aos breakfunding costs arcados pela CSN (51%), a contribuinte teria efetuado o registro contábil a crédito de “adiantamento para futuro aumento de capital” e a débito de conta de despesa operacional.

Ou seja, para os custos suportados pela empresa TKS para a liquidação do empréstimo (49%), o mesmo não foi repassado para a interessada, seguindo o que foi pactuado no contrato, ao passo que os custos suportados pela CSN foram todos lançados como custo da interessada, em detrimento do previsto no contrato assinado entre as duas companhias, tendo tais custos (CSN) sido glosados pela fiscalização, ao entendimento de que o mesmo não atende às condições de dedutibilidade, nos termos do artigo 299 do RIR/1999.

Como se vê, no presente caso não se discute que o empréstimo foi contraído em benefício da ora interessada, bem como os custos daí decorrentes são dedutíveis para efeitos da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o

lucro, eis que necessários à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora.

Ocorre que os custos incorridos na liquidação antecipada do empréstimo, a despeito de poder trazer alguns benefícios à Interessada, fato esse não aventado nos presentes autos, o fato é que o chamado breakfunding costs só ocorreu por razões extra empresa, ou seja, para dirimir questões entre seus acionistas, no caso, para que pudessem ocorrer transferências de ações entre seus acionistas (compra das ações da Galvasud, detidas pela TKS, pela CSN).

Assim, não me parece que tais custos eram necessários à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora naquele momento, eis que foram realizados para desagravar as ações efetuadas por ocasião dos empréstimos e, com isso, liberá-las para que se pudesse transferi-las ao adquirente (via leilão), no caso, a CSN.

Ou seja, a priori, a antecipação do pagamento do empréstimo não foi realizada com o objetivo de trazer algum tipo de benefício à Interessada – no caso, gerou-lhe custos desnecessários -, mas sim, em benefício dos seus acionistas, que puderam, com isso, transacionar suas ações entre si, mesmo que em leilão, não se configurando, portanto, tais custos, nas hipóteses previstas no art. 299 do RIR/1999, para efeito de sua dedutibilidade, eis que realizados por mera liberalidade.

Tenho que, no presente caso, **não há similitude fática** entre a situação aqui analisada e a enfrentada no acórdão paradigma apontado (Acórdão nº 1301-001.037, de 2012).

Aqui, trata-se de despesas financeiras decorrentes de empréstimos bancários, contraídos para o fim de recompra ou resgate de ações do sujeito passivo, por força da existência de acordo entre seus acionistas, prevendo aquela recompra ou resgate.

Já no acórdão paradigma (Acórdão nº 1301-001.037, de 2012), trata-se de encargos financeiros decorrentes de quitação antecipada de empréstimos bancários (*breakfunding costs*), contraídos para o fim de modernização do parque industrial do sujeito passivo, por força da existência de acordo entre seus acionistas, prevendo aquela quitação antecipada.

Ou seja, em um caso, trata-se da glosa, por parte da fiscalização, de todas as despesas financeiras de empréstimos bancários contraídos no interesse de acionistas; em outro, trata-se da glosa, por parte da fiscalização, apenas dos encargos financeiros incorridos pela quitação antecipada, no interesse de acionistas, de empréstimos bancários contraídos no interesse do sujeito passivo.

Ora, não se pode pretender comparar **situações fáticas diversas**, ao argumento de que, em ambas, teria prevalecido o interesse dos acionistas em detrimentos dos da empresa e, assim, considerar as despesas daí decorrentes como igualmente desnecessárias, como o fez o despacho de exame de admissibilidade (e-fls. 2.090):

De fato, o paradigma demonstra que, se a despesa não é propriamente do sujeito passivo, mas sim despesa assumida por

sócio, não pode ser considerada necessária à empresa, nos termos do art. 299 do RIR/99

É que, embora a conclusão a que tenha chegado a fiscalização, nos dois casos, tenha sido a mesma — da desnecessidade das despesas e encargos —, as **situações fáticas** por ela apuradas são **inquestionavelmente distintas**.

Como bem destaca a contraarrazoante (e-fls. 2.022 e 2.023, destaques do original):

*Com a devida vênia, as despesas com **breakfunding costs**, glosadas no acórdão nº 1301-001.037 (caso Galvasud) não têm qualquer semelhança com os encargos financeiros discutidos no caso dos autos.*

No presente caso, não houve pagamento de penalidade contratual assumida pelo contribuinte por mera liberalidade, como no acórdão paradigma.

[...].

Não há, portanto, como comparar duas hipóteses tão distintas (pagamento voluntário de penalidade x juros sobre empréstimo para aquisição de investimento), com o fim de aplicar-lhes o mesmo regime jurídico.

Há que se ressaltar, também, que uma das motivações da fiscalização para a glosa de encargos financeiros no segundo acórdão paradigma (Acórdão nº 1301-001.037, de 2012) foi o descumprimento de cláusula contratual, a caracterizar a mera liberalidade na assunção daqueles encargos, situação inexistente no acórdão recorrido (destaquei):

*Ou seja, para os custos suportados pela empresa TKS para a liquidação do empréstimo (49%), o mesmo não foi repassado para a interessada, seguindo o que foi pactuado no contrato, ao passo que os custos suportados pela CSN foram todos lançados como custo da interessada, **em detrimento do previsto no contrato assinado entre as duas companhias**, tendo tais custos (CSN) sido glosados pela fiscalização, ao entendimento de que o mesmo não atende às condições de dedutibilidade, nos termos do artigo 299 do RIR/1999.*

Assim, sou pelo **não conhecimento da segunda matéria** apontada como divergente pelo recurso especial da Fazenda Nacional — “inedutibilidade das despesas financeiras – despesas em benefício de terceiros”.

Mérito - Primeira matéria (“a”)

No **mérito**, no que se refere, exclusivamente, à **primeira matéria** a que foi dado conhecimento — “subsunção, ou não, ao disposto nos arts. 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/1999 (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999) da hipótese de recompra ou resgate de ações de sua própria emissão, feita ainda que indiretamente por meio

de empresa-veículo” —, assim dispõem os arts. 385 e 386 do RIR/1999, no que aqui interessa (grifei):

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.

[...].

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):

[...].

Pelo que se observa dos dispositivos transcritos, são eles aplicáveis em se tratando de aquisição de participações societárias em sociedade coligada ou controlada, com ágio ou deságio, uma vez que, em se tratando de ações de sua própria titularidade, não se está, obviamente, diante de uma mera aquisição, mas, sim, de uma recompra ou resgate de participações.

Desse entendimento, aliás, não destoa o voto vencedor da decisão recorrida (e-fls. 1.912, sublinhei):

[...] 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 [...].

Porém, como bem ressalta a decisão da DRJ (e-fls. 1.634, destaquei):

[...] o dispositivo em comento não tem como destinatário o ágio suportado pela pessoa jurídica em operação de recompra de suas próprias ações, qualquer que seja a via utilizada para consumir este propósito [...].

No presente caso, a própria recorrida reconhece, expressamente, o fato de ter adquirido indiretamente as suas ações, então de posse da CESP e da Eletrobrás, por meio de empresa-veículo, ou seja, trata-se, em realidade, de recompra ou resgate de ações, e não propriamente de sua aquisição (cf. Impugnação - e-fls. 1.037, Recurso Voluntário - e-fls. 1.668, e Contrarrazões ao Recurso Especial - e-fls. 2.014, respectivamente, destaque do original):

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. [...]:

Nesse contexto, a utilização de uma empresa veículo tornou-se a única opção viável para a aquisição das ações da Itiquira Energética S/A em poder da CESP e Eletrobrás. [...]:

Nesse contexto, a utilização de uma empresa veículo tornou-se a única opção viável para a aquisição das ações da Itiquira Energética S/A em poder da CESP e Eletrobrás. [...]:

Significa dizer que (Embargos de Declaração da PGFN, e-fls. 1.923, grifei):

[...], se nunca houve ágio decorrente da aquisição de investimento (segundo o artigo 385 do RIR/99), não há que se falar em sua amortização no resultado da empresa que o absorveu por incorporação. Se ele nunca existiu, ele não pode ser utilizado.

Assim, não é pelo fato de a recorrida não poder proceder à aquisição direta de suas ações, pela insuficiência do saldo de reserva de lucros, que a aquisição indireta por ela reconhecidamente realizada, por meio de empresa-veículo, poderia vir a proporcionar-lhe um direito a que jamais faria jus naquela aquisição direta, qual seja, a amortização de ágio na aquisição de participações societárias em sociedade coligada ou controlada.

Do que se conclui que **estão corretos** os entendimentos:

a) da fiscalização (e-fls. 924, grifei):

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.

b) da decisão recorrida de primeira instância (e-fls. 1.605, sublinhei):

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.

c) do voto vencido da decisão recorrida de segunda instância (e-fls. 1.908, destaquei):

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. [...].

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).***

Esclareça-se, por oportuno, que somente se poderia falar na existência de “vício nos negócios jurídicos” ou de “operação maculada por alguma patologia jurídica” — como exige o voto vencedor da decisão recorrida — se, e somente se, houvesse o adequado enquadramento legal da situação realmente concretizada (**recompra ou resgate** de ações de sua própria emissão) nos preceitos legais em que se pretendeu agasalhá-la (arts. 385 e 386 do

RIR/1999 – **aquisição** de participações societárias em sociedade coligada ou controlada, com ágio ou deságio), o que, como visto, **não sucedeu** no presente caso.

Do exposto, **conheço em parte** do recurso especial da Fazenda Nacional, por restar comprovada apenas parcialmente a divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e os paradigmas apontados, e, nessa parte, **dou-lhe provimento para restabelecer as glosas de despesas com ágio na operação da qual resultou a recompra de suas próprias ações.**

Esse foi o voto do relator Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão.

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Conselheiro designado Redator *ad hoc*