



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

Processo n° 10140.721925/2012-99
Recurso n° De Ofício
Acórdão n° 1401-001.166 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de abril de 2014
Matéria IRPJ
Recorrente EMPRESA ENERGETICA DE MATO GROSSO DO SUL SA ENERSUL
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. AQUISIÇÃO. PROCESSO PÚBLICO DE PRIVATIZAÇÃO. ÁGIO. REGULARIDADE.

Pode ser lealmente contabilizado como ágio o valor correspondente à diferença entre o valor nominal da participação societária e o valor de arrematação em leilão, ocorrido no âmbito do processo público de desestatização.

INCORPORAÇÃO, FUSÃO OU CISÃO. ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. EXCLUSÃO DO LUCRO TRIBUTÁVEL.

A pessoa jurídica que, por meio de incorporação, fusão ou cisão, absorver patrimônio de outra, na qual detenha participação societária adquirida com ágio fundado em expectativa de rentabilidade, poderá amortizar o valor do ágio nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos subseqüentes ao evento de incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

CSLL E IRPJ. LANÇAMENTO. DECORRÊNCIA.

Aplicam-se ao lançamento da CSLL as mesmas razões de decidir aplicáveis ao lançamento do IRPJ, quando ambos decorrerem dos mesmos elementos de fato.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

Jorge Celso Freire da Silva - Presidente.

(assinado digitalmente)

Fernando Luiz Gomes de Mattos - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Jorge Celso Freire da Silva, Mauricio Pereira Faro, Sergio Luiz Bezerra Presta, Antonio Bezerra Neto, Fernando Luiz Gomes de Mattos e Karem Jureidini Dias.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto e transcrevo o relatório constante do Acórdão de piso, fls. 3690-3693:

Trata-se de impugnação apresentada contra lançamento que, constatando exclusões indevidas na apuração do lucro tributável decorrentes de amortização de ágio, formalizou a exigência de crédito tributário de IRPJ e CSLL, no montante de R\$ 44.482.779,98, compreendendo ambos os tributos, acrescidos de juros de mora e de multa vinculada e multa isolada, tendo por fundamento legal o art. 3º da Lei nº 9.249/1995 e demais dispositivos indicados nos autos de infração de fls. 2617 a 2663.

Os fundamentos de fato e de direito que dão suporte à exigência do crédito tributário foram expostos no Termo de Verificação Fiscal de fls. 2593 a 2606, no qual a autoridade lançadora apontou a existência de planejamento tributário ilícito, baseado em pessoa jurídica fictícia, qualificada no referido termo como “mera empresa de papel”, constituída com o único propósito de possibilitar a transferência de ágio para a impugnante. A infração, em suma, consistiu na amortização de ágio, gerando em consequência redução do lucro tributável.

Os motivos da autuação podem ser assim resumidos:

A empresa Espírito Santo Centrais Elétricas S.A. – Escelsa - integrante de grupo econômico que explora o ramo de energia elétrica - criou em 10/04/1997 a holding Magistra Participações S.A., com o propósito de adquirir o controle acionário da Enersul, na época em que foi implementada a desestatização do setor elétrico.

Em 19/11/1997, Magistra Participações ofereceu o lance vencedor de R\$ 625.555.000,00, em leilão realizado na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, adquirindo assim o controle acionário da Enersul.

Pelos lançamentos verificados no livro Diário de 1997 (fls. 903 a 910), constatou a Fiscalização que a empresa não possuía recursos para quitar o compromisso assumido no leilão, sendo por isso necessário:

a) que o grupo econômico pagasse diretamente ao vendedor a aquisição das ações, sendo lançado no Diário da Magistra Participações, na conta credora nº 2.4.02.02 - adiantamento para aumento de capital, o valor de R\$ 251.982.555,00, em 25/11/1997 (fls. 905);

b) que o grupo econômico oferecesse garantias junto ao BNDES, para obter o empréstimo de R\$ 170.173.000,00, visto que Magistra Participações não possuía lastro patrimonial, nem

financeiro para contrair dívida desse porte, conforme lançamento no livro Diário em 25/11/1997 na conta nº 2.2.01.01 - empréstimos e financiamentos (fls. 905);

c) que o grupo econômico aceitasse notas promissórias no valor de R\$ 240.000.000,00, emitidas por Magistra Participações, para fornecer o recurso destinado à aquisição das ações da Enersul, segundo consta no lançamento no Diário em 25/11/1997, na conta nº 2.1.01.03.

Além disso, de 06/08/2004 a 31/07/2005, Magistra Participações ocupou o mesmo prédio, na Rodovia BR 101 Norte, km 9,5, nº 3.450, em Serra - ES, onde funcionavam as seguintes empresas do grupo: Escelsapar - Escelsa Participações S.A., Energest S.A. e Brasympe Energia S.A. No mesmo endereço, a partir de 14/06/2007, iniciou-se o funcionamento da Santa Fé Energia S.A.

Por outro lado, Magistra Participações era uma empresa sem empregados, conforme se verifica dos livros Diários e das Declarações de Informações Econômico-Fiscais – DIPJ. Nem mesmo seu corpo diretivo era por ela remunerado. O grupo econômico é que administrava e executava as operações da empresa, utilizando-se de empregados de outras empresas do grupo.

*Todos esses fatos levaram a Fiscalização a concluir que Magistra Participações não passava de **mera empresa de papel**.*

Prosseguindo, a Fiscalização afirmou que até o ano de 2002, a Enersul vinha apurando prejuízo; portanto, não lhe interessava deduzir o ágio pago pela Magistra Participações na aquisição de seu controle acionário. Reduzidos os custos e as despesas, a Enersul passou a gerar lucro a partir de 2003.

Assim, para reduzir a tributação, a Enersul incorporou sua controladora, passando dali em diante a excluir do respectivo resultado o ágio, na proporção prevista na Resolução Autorizativa Aneel nº 164, de 25 de abril de 2005. Desde de 01/08/2005, o resultado tributável já vem sendo reduzido pelas exclusões efetuadas.

Por tudo isso, concluiu a Fiscalização que Magistra Participações teve a função de contabilizar o ágio do investimento na Enersul, para posterior incorporação por sua controlada, no momento em que a operadora de energia elétrica passasse a gerar lucro.

*Verifica-se que Magistra Participações funcionou como **“empresa veículo”**, com a finalidade exclusiva de transportar ágio para a própria empresa cuja aquisição gerara o sobrepreço.*

Não resignada, a impugnante apresentou contra o lançamento as seguintes alegações:

*1 - A Magistra não é "empresa de papel", já que (a) possuía estabelecimento autônomo e independente; (b) auferia receitas, **contraia despesas e recolhia os tributos correspondentes,***

inclusive IRPJ e CSLL, tendo sido Fiscalizada e autuada pela própria Receita Federal do Brasil (o que, por princípio e definição, não ocorre com empresas exclusivamente de papel); (c) exerceu regularmente seu objeto social de "participar em outras sociedades" por 8 (oito) anos, inclusive em relação a empresa distinta da própria Impugnante, conforme reconhecido pela própria Fiscalização. O fato de a Magistra possuir participação relevante na Impugnante se comparada com outras empresas investidas, com a devida vênia, é absolutamente indiferente para reconhecimento de sua natureza jurídica de holding;

2 - A Magistra foi adquirida pela Espírito Santo Companhia Energética S.A. ("Escelsa") em 08/10/1997 para participação no processo de privatização da Impugnante instaurado em 24/09/1997. Nesse período, sequer existia previsão legal sobre a amortização do ágio (cf. Medida Provisória n. 1.602, de 14.11.1997). A escolha da Magistra para participação no processo de privatização da Impugnante decorreu exclusivamente de aspectos econômicos e comerciais, notadamente (a) adequada organização societária e de investimento, inclusive para preservação de acionistas minoritários, conforme regulamentação da CVM sobre o tema (Instrução CVM 319/99 c/c Instrução CVM 349); e (b) dificultar a percepção dos concorrentes em relação à participação de seu grupo econômico no processo licitatório, como estratégia para não atrair a atenção de outros concorrentes do mesmo setor, que acompanham de perto os indicadores e o desempenho econômico da ESCELSA, empresa pública de capital aberto que tem suas informações amplamente divulgadas em balanços publicados e no site da CVM, os quais poderiam ser utilizados pelos concorrentes para deduzir os limites e as estratégias de preço, trazendo grande prejuízo à sua participação no processo licitatório; (c) preservação da imagem pública da concessionária em caso de insucesso no leilão, perante seus clientes.

3 - Com a devida vênia, a par dos citados fundamentos econômicos e comerciais, é intuitivamente improcedente a alegação fiscal de que a Magistra teria sido constituída apenas para fins tributários diante do fato incontroverso de que sua constituição, aquisição pela Escelsa e o início do processo licitatório se deram em data anterior à previsão legal que autorizava a amortização do ágio.

4 - A Magistra foi incorporada em 2005 pela Impugnante em virtude de (a) reorganização societária decorrente (e imposta) por legislação federal relativa ao setor elétrico, denominado de "processo de desverticalização", segundo o qual as empresas pertencentes ao setor elétrico deveriam se organizar de forma a que cada concessionária prestasse apenas um dos serviços públicos concedidos pela União (Distribuição, Transmissão ou Geração de energia elétrica), sendo vedada a concentração de mais de um serviço em uma única empresa; (b) concentração e aumento da liquidez das ações no mercado de capitais (para ter

seus valores mobiliários admitidos à negociação em bolsa de valores); e (c) simplificação da estrutura acionária do grupo e redução de custos operacionais combinados, conforme expressamente informado pela Impugnante e suas coligadas em fato relevante;

5 - A Magistrada não "durou o tempo em que a Enersul apresentava prejuízo", pois a Magistrada foi incorporada pela Impugnante em 2005 (repita-se, por força do processo de desverticalização citado), sendo que a Impugnante apresentou lucro tributável desde 2003, conforme faz prova a própria informação contida às fls. 7/8 do TVF. A par de o evento de incorporação competir exclusivamente aos acionistas das empresas, fosse verdadeira a ilação fiscal de "planejamento tributário abusivo", a incorporação deveria ter ocorrido em 2003 e não em 2005, já que desde 2003 haveria lucro tributável passível de ser absorvido pela amortização do ágio. Com a devida vênia, é óbvio que a incorporação não teve a finalidade precípua de aproveitamento de ágio.

6 - A empresa Energias do Brasil S.A. e seu respectivo Grupo Econômico (tida pela Fiscalização como a "controladora direta" da Impugnante) sequer participaram do processo de privatização da Impugnante. A Energias do Brasil apenas passou a ser controladora indireta da Impugnante em 1999, quando da aquisição da Escelsa, dois anos após o advento da privatização e formação do ágio.

7 - Ainda que não fosse demonstrado o fundamento econômico da Magistrada (repita-se: único fundamento da autuação fiscal), o que se admite apenas para argumentar, o aproveitamento de ágio por intermédio de incorporação, fusão ou cisão de empresas veículo de investimento em processos de privatização é conduta não apenas admitida, mas notadamente desejada pelo legislador federal (Lei n. 9.532/97, arts. 7º e 8º), já que permitiu o aumento de preço das ofertas no leilão de privatização e estimulou reorganizações societárias, condutas estas bastante caras ao ordenamento jurídico. Trata-se de entendimento pacífico, com a devida vênia, no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais ("CARF"), segundo a qual "a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco" (3ª Câmara, Acórdão nº 1301-000.711). (fls. 2678 a 2680)

A impugnante alegou ainda a impossibilidade jurídica de cumular multa vinculada com multa isolada, dado que ambas incidiriam sobre o mesmo fato e a mesma base. Insurgiu-se também contra a incidência de juros moratórios sobre a multa, afirmando inexistir respaldo legal para tanto. Com esses fundamentos, pugnou pelo cancelamento dos autos de infração.

A 2ª Turma da DRJ/CGE, por unanimidade de votos, julgou procedente a impugnação, cancelando o crédito tributário exigido.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 03/03/2015 por FERNANDO LUIZ GOMES DE MATTOS, Assinado digitalmente em 03/03/2015 por JORGE CELSO FREIRE DA SILVA, Assinado digitalmente em 03/03/2015 por FERNANDO LUIZ GOMES DE MATTOS

Impresso em 05/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. PROCESSO PÚBLICO DE PRIVATIZAÇÃO. ÁGIO. REGULARIDADE.

É lícito o registro contábil como ágio da diferença entre o valor nominal da participação societária e o valor de arrematação em leilão realizado no âmbito do processo público de desestatização.

INCORPORAÇÃO, FUSÃO OU CISÃO. ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. EXCLUSÃO DO LUCRO TRIBUTÁVEL.

A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio fundado em expectativa de rentabilidade, poderá amortizar o valor do ágio nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

CSLL E IRPJ. LANÇAMENTO. IDENTIDADE DE MATÉRIA FÁTICA. DECISÃO. MESMOS FUNDAMENTOS.

Aplicam-se ao lançamento da CSLL as mesmas razões de decidir aplicáveis ao lançamento do IRPJ, quando ambos recaírem sobre a mesma base fática.

Impugnação Procedente

Crédito Tributário Exonerado

Os autos foram remetidos a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais em atenção ao disposto no art. 34, inciso I, do Decreto nº 70.235 (recurso de ofício).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Fernando Luiz Gomes de Mattos

O recurso atende aos requisitos legais, razão pela qual deve ser conhecido.

Conforme relatado, o fundamento da autuação foi a alegada inexistência de fato da pessoa jurídica Magistra Participações S.A..

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (fls. 2593 a 2606), a Magistra Participações S.A. seria uma *empresa de papel*, de existência meramente formal, cujo único objetivo teria sido a de servir de veículo para transportar ágio para a contribuinte, para que esta última pudesse deduzi-lo do lucro tributável.

O colegiado recorrido, contudo, por decisão unânime, considerou que o lançamento fundava-se neste único fundamento, o qual, examinado em conjunto com os demais elementos constantes dos autos, não se mostrava consistente para sustentar a conclusão a que chegaram as autoridades autuantes.

Para embasar seu entendimento, assim se pronunciou o voto condutor da decisão de piso, fls. 3693 e seguintes:

Outros casos envolvendo planejamento tributário, mediante reorganização societária, já passaram por esta Turma de Julgamento. E, em quase todos, o lançamento foi mantido na totalidade. Em geral, a ineficácia do atos perpetrados pelos contribuintes decorria de simulação do negócio jurídico ou da inexistência do ágio. Eram situações que muitas vezes envolviam empresas do mesmo grupo econômico, que fixavam, de forma unilateral e às margens das condições de mercado, o preço pelo qual uma empresa seria vendida à outra. Em outras situações, os órgãos de direção das sociedades eram compostos pelas mesmas pessoas, o que também possibilitava a fixação arbitrária do preço da operação, ensejando o aparecimento de ágios fictícios, porquanto imunes aos fatores que atuam na formação do preço de mercado.

[...]

Em determinadas situações, o ágio foi descaracterizado pela falta de propósito negocial, que normalmente se evidenciava quando as operações (aquisição/ incorporação/cisão/fusão) se processavam em lapso de tempo muito curto, deixando entrever que as operações se ajustavam numa estratégia traçada para atingir uma finalidade de natureza estritamente fiscal.

[...]

O caso em exame, entretanto, não se encaixa em nenhuma das situações acima descritas. Em primeiro o lugar, a aquisição da Enersul se deu, no contexto do processo de desestatização do setor elétrico, em leilão público realizado em bolsa de valores. Essa circunstância, por si, afasta a ilação de falsidade do ágio.

Não há ligação entre as empresas envolvidas no negócio. As ações são oferecidas em leilão público, aberto a todos que, atendendo as condições do edital, se disponham a participar da disputa. O preço, por sua vez, é o maior lance oferecido, observado o mínimo estabelecido no mesmo edital.

Portanto, não se trata de negócio jurídico simulado, nem há prova de que o ágio seja falso ou de que o preço fora fixado de forma arbitrária e alheia aos fatores que interferem no mercado. A Fiscalização, aliás, em nenhum momento, fez qualquer afirmação nesse sentido.

A par desse fato, não se poderia afirmar a existência de operações desprovidas de propósito negocial, normalmente caracterizado pelo curto intervalo entre aquisição e incorporação. É que a aquisição da Enersul pela Magistra Participações se deu em 1997 e a incorporação desta pela controlada só veio a se consumir em 2005, ou seja, oito anos depois. A distância entre essas duas operações enfraquece a tese de que ambas integrem uma engenharia societária preordenada exclusivamente a reduzir o IRPJ e a CSLL.

[...]

Oito anos parece um tempo muito grande para sustentar a tese de que Magistra Participações foi criada com o propósito exclusivo de evasão fiscal.

O auto de infração, como se disse, está alicerçado em fundamento único: a pessoa jurídica Magistra Participações seria uma empresa de papel, de existência apenas formal.

[...]

A par de tudo quanto se disse, o que torna mais frágil o argumento de que Magistra Participações é uma pessoa jurídica sem existência real é o fato de a Receita Federal ter lavrado contra ela quatro autos de infração, buscando exigir respectivamente IRPJ, CSLL, PIS e Cofins (18471.001222/2004-09; 18471.001224/2004-90; 18471.001225/2004-34; 18471.001226/2004-89).

Ora, se a empresa é “de papel”, de existência fictícia, jamais poderia figurar em uma relação de natureza obrigacional, seja como credora ou como devedora. O lançamento, portanto, não poderia se dirigido contra pessoa inexistente, mas, sim, contra quem que dela se utilizasse como meio de fraudar a arrecadação tributária.

*A propósito, pesquisando o **comprot**, sistema de controle de processos, verifica-se a existência de inúmeros processos referentes à declaração de compensação.*

*Nesse ponto, esbarra-se numa questão de ordem lógica intransponível, sintetizada na seguinte fórmula: **ou a empresa***

existe ou não existe. Não há terceira hipótese (princípio do terceiro excluído).

Os elementos reunidos pela Fiscalização são insuficientes para respaldar a inexistência de fato da Magistra Participações como fundamento único do auto de infração.

Ademais, a própria Receita Federal, em outro momento, considerou que a referida pessoa jurídica existia e, assim, estava apta a figurar no polo passivo da relação tributária.

Por todas essas razões, sem embargo do tirocínio, da dedicação e do zelo dos fiscais atuantes no exercício de suas funções, o lançamento não pode subsistir.

Considero bastante fortes e contundentes os elementos fáticos e jurídicos que sustentam a decisão recorrida. Com base nestes mesmos elementos, também partilho da convicção de que a pessoa jurídica Magistra Participações não pode ser considerada uma simples *empresa de papel*, conforme sustentado pelas autoridades atuantes.

A guisa de conclusão, apresento uma breve síntese dos aspectos que sustentam a minha convicção de que o presente recurso de ofício não merece provimento:

1 - A aquisição da Enersul se deu, no contexto do processo de desestatização do setor elétrico, em leilão público realizado em bolsa de valores. Tal circunstância, por si só, afasta a ilação de falsidade na constituição do ágio.

2 - Não havia nenhuma ligação entre as empresas envolvidas no negócio jurídico que envolveu a aquisição da Enersul. As ações da Enersul foram oferecidas em leilão público, aberto a todos que, atendendo as condições do edital, se dispusessem a participar da disputa. O preço, por sua vez, foi o maior lance oferecido, observado o mínimo estabelecido no mesmo edital. Assim sendo, resulta afastada a hipótese de negócio jurídico simulado, bem como afastada qualquer suspeita de falsidade do ágio ou de que o preço de aquisição tenha sido fixado de forma arbitrária e/ou sem respeitar as condições de mercado.

3 - A aquisição da Enersul pela Magistra Participações ocorreu em 1997 e a incorporação desta última pela controlada só veio a se consumar em 2005, ou seja, oito anos depois. O grande lapso de tempo decorrido entre essas duas operações enfraquece a tese de que se tratava de uma “engenharia societária” preordenada exclusivamente para reduzir a incidência tributária referente ao IRPJ e à CSLL.

4 - Não é razoável a alegação do fisco no sentido de que a Magistra Participações fosse uma pessoa jurídica sem existência real. Afinal, a Receita Federal lavrou quatro autos de infração contra a citada pessoa jurídica, referentes ao IRPJ, CSLL, PIS e Cofins (PAs nº 18471.001222/2004-09; nº 18471.001224/2004-90; nº 18471.001225/2004-34 e nº 18471.001226/2004-89).

Conclusão

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao presente recurso de ofício.

(assinado digitalmente)

Fernando Luiz Gomes de Mattos - Relator

Processo nº 10140.721925/2012-99
Acórdão n.º **1401-001.166**

S1-C4T1
Fl. 7

CÓPIA