



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

**Processo n°** 10140.721925/2012-99  
**Recurso n°** Embargos  
**Acórdão n°** 1401-001.447 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 09 de dezembro de 2015  
**Matéria** Embargos  
**Embargante** Fazenda Nacional  
**Interessado** Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S.A. - Enersul

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REJEIÇÃO**

Rejeitam-se os embargos declaratórios, tendo em vista a ausência de qualquer omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR os embargos declaratórios.

*(assinado digitalmente)*

Antonio Bezerra Neto - Presidente.

*(assinado digitalmente)*

Fernando Luiz Gomes de Mattos - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Bezerra Neto (Presidente), Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Marcos de Aguiar Villas Boas, Ricardo Marozzi Gregorio e Livia de Carli Germano.

## Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto e transcrevo parcialmente o relatório constante do Acórdão embargado, fls. 3733-3737:

*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 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, contraía 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" a 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 1301000.711). (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.*

[...]

*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).*

Esta Turma, em sessão realizada no dia 08 de abril de 2014, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso de ofício, por meio do Acórdão nº 1401-001.166, que recebeu a seguinte ementa:

*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.*

A Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs embargos de declaração (fls. 3744-3745), que foram recebidos nos termos do art.49, §7º, do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22.06.2009, que aprovou o Regimento Interno do CARF - RICARF.

A embargante (Fazenda Nacional) alegou contradição no Acórdão nº 1401-001.166, proferido pela – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária (fls. 3731-3740), relativamente ao fato de que, no seu entender, o argumento ligado à violação do art. 142 do CTN (por questões relacionadas à falha na motivação e na comprovação dos fatos imputados ao contribuinte) ensejaria a nulidade por vício formal do lançamento e não o seu cancelamento.

Processo nº 10140.721925/2012-99  
Acórdão n.º 1401-001.447

S1-C4T1  
Fl. 5

---

A embargante requereu o conhecimento e o provimento dos presentes embargos, a fim de sanar o vício acima apontado e prequestionar a matéria que não foi objeto de análise expressa no acórdão embargado.

É o relatório.

CÓPIA

## Voto

Conselheiro Fernando Luiz Gomes de Mattos

Trata-se de embargos de declaração interpostos pela douda Procuradoria da Fazenda Nacional, sob a alegação de que a violação do art. 142 do CTN, por questões relacionadas à falha na motivação e na comprovação dos fatos imputados ao contribuinte, **enseja a nulidade do lançamento por vício formal, e não o seu cancelamento.**

Visando sustentar seu entendimento, a embargante fez referência a precedentes deste Egrégio CARF, abaixo listados (*verbis*):

*Acórdão nº 9303.01.961 - 3ª Turma*

[...]

***NORMAS PROCESSUAIS. AUSÊNCIA DE REQUISITOS ESSENCIAIS. NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO ELETRÔNICO. NULIDADE.***

*Se a autuação toma como pressuposto de fato a inexistência de processo judicial e o contribuinte demonstra a existência desta ação, deve-se reconhecer a **nulidade do lançamento por falta de amparo fático**. O ato administrativo de lançamento deve se revestir de todas as formalidades exigidas em lei, sendo **nulo por vício formal o auto de infração que não contiver todos os requisitos prescritos como obrigatórios pela legislação processual tributária**. Recurso Especial da Fazenda Nacional negado. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. (Destaque nosso)*

*Acórdão nº 3201-00.248:*

***ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL***

*Período de apuração: 05/11/2004 a 13/11/2006*

*É nulo, por vício formal, o lançamento tributário quando não estiverem presentes todos os elementos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, bem como, quando **se constatar confusa contextualização dos elementos de prova que visavam determinar o fato gerador da obrigação**, e os que forem formalizados com erro na determinação da matéria tributável, posto que, por representar preterição de uma formalidade essencial, caracteriza-se cerceamento do direito de defesa. Recurso de Ofício Negado” (Grifos nossos)*

*Acórdão nº : . 203-09.332:*

***PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - IMUNIDADE - NULIDADE POR VÍCIO FORMAL - A imprecisa descrição dos fatos, pela falta de motivação do ato administrativo, impedindo a certeza e segurança jurídica, macula o lançamento de vício***

*insanável, tornando nula a respectiva constituição. Processo anulado ab initio". (Grifos nossos)*

Não obstante os respeitáveis precedentes transcritos pela embargante, considero que no caso presente o que se constatou foi um erro na subsunção do fato ao critério pessoal da regra-matriz de incidência, o que configura vício material.

Para maior clareza, cumpre destacar que vício formal é aquele que se situa no elemento **forma** do ato administrativo, enquanto o vício material situa-se no elemento **objeto**.

O vício formal é aquele que ocorre no instrumento de lançamento (ato-fato administrativo). É quando o produto do lançamento está corretamente enquadrado na regra-matriz de incidência, existindo meramente um erro formal no instrumento de lançamento (auto de infração ou notificação de lançamento).

Por outro lado, erro material é aquele erro intra-normativo, ou seja, "um desajuste interno na estrutura do enunciado, por insuficiência de dados lingüísticos informativos ou pelo uso indevido de construções de linguagem que fazem às vezes de prova", nos exatos dizeres do festejado professor Paulo de Barros Carvalho (*in* Curso de Direito Tributário. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 485).

No caso concreto, indiscutivelmente houve um desajuste dentro do ato normativo concreto (lançamento ou auto de infração), ou seja, entre o que consta dele e os fatos ocorridos no mundo fenomênico.

Para ilustrar o erro identificado no caso concreto, mais uma vez lanço mão do magistério de Paulo de Barros Carvalho:

*Quer os elementos do fato jurídico tributário, no antecedente, quer os elementos da relação obrigacional, no consequente, quer ambos, podem, perfeitamente, estar em desalinho com os enunciados da hipótese ou da consequência da regra-matriz do tributo, acrescentando-se, naturalmente, a possibilidade de inadequação com outras normas gerais e abstratas, que não a regra-padrão de incidência. (in Curso de Direito Tributário. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 486).*

E estamos diante de um lançamento eivado de **vício material**, não se aplicando a regra especial de contagem do prazo decadencial do art. 173, II, do CTN.

### **Conclusão**

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar os presentes embargos.

*(assinado digitalmente)*

Fernando Luiz Gomes de Mattos - Relator

CÓPIA