



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

Processo n° 10425.720442/2011-08
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-001.409 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de julho de 2013
Matéria IRPJ E CSLL - DESPESA COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO
Recorrente ENERGISA BORBOREMA - DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO. INOCORRÊNCIA.

A reorganização empresarial, sob amparo dos 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

LEONARDO DE ANDRADE COUTO – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Frederico Augusto Gomes de Alencar, Carlos Pelá, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Paulo Roberto Cortez e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

Por bem resumir a controvérsia, adoto o Relatório da decisão recorrida que abaixo transcrevo:

Contra a contribuinte acima qualificada, lavraram-se autos de infração formalizando a exigência do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, através dos quais se constituiu crédito tributário, referente aos anos-calendário de 2006, 2007 e 2008, no valor total de R\$ 7.484.552,15, incluídos juros de mora e multas de ofício proporcional e isolada.

No lançamento referente ao IRPJ (fls. 6991/7005), encontram-se registradas as seguintes infrações, ao final tipificadas (*mutatis mutandis*, as mesmas infrações foram cometidas em relação à CSLL):

2.1. “001 – ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL. DESPESA INDEDUTÍVEL COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO” (anos-calendário de 2006, 2007 e 2008);

2.2. “002 – SALDO INSUFICIENTE. COMPENSAÇÃO INDEVIDA DE PREJUÍZO OPERACIONAL COM RESULTADO DA ATIVIDADE GERAL” (ano-calendário de 2008);

2.3. “003 – MULTA OU JUROS ISOLADOS. MULTA ISOLADA PELA FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA” (anos-calendário de 2006, 2007 e 2008);

3. Em alentado Relatório de Auditoria Fiscal (fls. 40/78), as autoridades autuantes descrevem, com minúcias, as infrações apontadas, juntamente com o relato de todo o procedimento fiscal, inclusive destacando a “reestruturação societária” engendrada para permitir a amortização do conhecido “ágio de si mesma”.

No prazo legal, a contribuinte apresentou impugnação de fls. 850/919, por meio da qual aduz, em síntese, depois de defender a sua tempestividade e de relatar os fatos:

Suposta indedutibilidade de despesas de amortização de ágio

4.1. A fiscalização partiu de uma premissa equivocada, a de que as despesas com amortização do ágio são indevidas;

4.2. Descreveu-se a ocorrência de diversos atos societários implementados no âmbito do GRUPO ENERGISA, do qual a ENERGISA BORBOREMA faz parte, que não guardam qualquer relação com esta empresa e, conseqüentemente, em nada afetam a apuração do ágio em questão (passa a descrever todos os passos vinculados à aquisição com ágio, em leilão público, de suas ações pela PBPART e, posteriormente, a incorporação desta pela contribuinte autuada, mais de sete anos após a aquisição);

Aplicabilidade do art. 386 do RIR/99

4.3. Conforme reconhecido pela própria fiscalização, o art. 386 do RIR/99, com base legal nos arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532, de 1997, prevê que, considerando a

fundamentação econômica do ágio pago na aquisição de investimentos em outras empresas (perspectiva de rentabilidade futura), pode ser reconhecida a dedutibilidade da despesa de amortização desse ágio, num prazo não inferior a 60 meses, nos casos de extinção do investimento por incorporação, fusão ou cisão de sociedades;

4.4. A partir da análise conjunta do art. 386 com o art. 385 do RIR/99, é possível constatar que este último impõe o desdobramento do custo de aquisição de investimentos em sociedade controlada ou coligada sobre cuja administração a investidora tenha influência ou em que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, avaliado pelo método do patrimônio líquido. Deve ainda estar indicado, no lançamento do ágio ou deságio, o seu fundamento econômico;

4.5. A depender de sua fundamentação, o ágio registrado na aquisição de investimentos deve ser amortizado em contrapartida de conta de resultado do exercício, segundo diferentes critérios. O art. 386 do RIR/99 atribui tratamentos diferenciados para a despesa relativa à amortização do ágio apurado na forma descrita nos parágrafos anteriores, a depender do fato de umas das sociedades (investidora ou investida) ter ou não incorporado o patrimônio da outra em virtude de incorporação, cisão ou fusão. O ágio pode ser amortizado à razão máxima de 1/60 (um sessenta avos) para cada mês de apuração. Consoante disposição expressa do art. 8º da Lei n.º 9.532, de 1997, tais regras também são aplicáveis no caso de a empresa incorporada, fusionada ou cindida ser aquela que detinha a propriedade da participação societária. Na hipótese de absorção do patrimônio da investidora pela investida, o ágio inicialmente registrado pela primeira (investidora) é transferido, por sucessão, para esta última (investida). Nesse caso, a investida passa a amortizar em sua escrituração contábil e, conseqüentemente, a deduzir na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL o ágio que fora pago na aquisição de suas próprias ações. No caso, todos os requisitos para a aplicação dos arts. 385 e 386 do RIR/99 estão presentes;

4.6. Há a necessidade de absorção do patrimônio da empresa investidora pela investida, o que se verificou no presente caso, já que, em razão dessa incorporação, passou a pertencer à ENERGISA BORBOREMA todos os bens, direitos e obrigações da PBPART, devidamente relacionados em laudo de avaliação contábil;

4.7. Sem qualquer comprovação legal ou fática concreta, a fiscalização alega que o GRUPO ENERGISA teria praticado uma série de "reestruturações societárias" sem qualquer motivação econômica, com o artifício da criação de empresa efêmera, sem qualquer propósito negocial, para mais adiante ser incorporada pela sua controlada, a fim de produzir a despesa dedutível. A PBPART não era e não foi efêmera e possuía claros propósitos negociais. Além do que a sua incorporação pela ENERGISA BORBOREMA decorreu de fatos diversos da intenção de aproveitamento do benefício fiscal;

Fundamento econômico da operação

4.8 Diferente do mencionado no terceiro trecho acima transcrito, nas Notas Explicativas às Demonstrações Financeiras publicadas pelas empresas envolvidas, referentes aos períodos dos atos praticados e seguintes, não há qualquer referência a que as operações realizadas fizessem parte de uma reestruturação societária do GRUPO ENERGISA. Ou melhor, em toda a documentação apresentada não há qualquer evidência de que a PBPART foi constituída com o propósito específico de

adquirir ações da ENERGISA BORBOREMA e, posteriormente, ser incorporada por essa empresa, para assim aproveitar a dedutibilidade do ágio gerado;

Razões econômicas para a aquisição da participação na ENERGISA BORBOREMA pela PBPART

4.9. A PBPART não foi constituída como uma empresa veículo, mas como uma empresa de propósito específico, sendo certo que a fiscalização comete impropriedade ao buscar caracterizar as empresas de propósito específico como empresas veículo, a fim de lhe conferir carga pejorativa. Tais empresas são sociedades constituídas dentro de um modelo de organização empresarial, para a realização de um objetivo específico. A sua estrutura tem como vantagem isolar o risco financeiro da atividade a ser desenvolvida, permitindo um perfeito isolamento das outras atividades comerciais dos acionistas controladores e um acesso direto e menos complicado aos ativos e recebíveis do empreendimento pelos agentes financiadores, nos casos de inadimplência. Não há qualquer ilicitude na sua constituição;

4.10. Vale observar, no que se refere ao capital social inicial da PBPART, não haver qualquer problema em ser irrisório, já que seria subscrito e integralizado na medida em que fosse vencedora do leilão público para alienação das ações da ENERGISA BORBOREMA e fosse definida a forma de capitalização da referida empresa para fins de pagamento do preço das ações adquiridas. Não há dúvida de que a PBPART não teve existência efêmera (reproduz fragmentos de acórdãos do Conselho de Contribuintes, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, para sustentar que, quando uma empresa teve existência efêmera, tal existência não durou mais do que algumas horas, alguns dias ou alguns meses). A previsão na cláusula décima do contrato de financiamento celebrado com o BNDES de que uma das obrigações especiais da PBPART seria a manutenção do controle do capital votante da CELB (ENERGISA BORBOREMA), enquanto não fosse integralmente satisfeitas as obrigações oriundas do contrato, prevista somente para dezembro de 2005, reforça a demonstração de que a PBPART representa um investimento de longo prazo, não sendo constituída para uma existência efêmera;

Razões econômicas para a incorporação da PBPART pela ENERGISA BORBOREMA

4.11. Em 15/03/2004, foi editada a Lei n.º 10.848, de 2004 (conversão da MP n.º 144, de 2003), que promoveu uma significativa alteração no § 5º do art. 4º da Lei n.º 9.074, de 1995, impondo a segregação das atividades exercidas pelas concessionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica, assim como a vedação de participarem em outras sociedades de forma direta ou indireta. Diante da alteração do cenário legislativo relacionado às empresas de distribuição de energia elétrica, o GRUPO ENERGISA não mais poderia manter a estrutura societária até então adotada. Somente a partir de 2004, é que se iniciou, de fato, um processo de reestruturação societária do GRUPO ENERGISA, que decorreu não da vontade de seus acionistas, nem de qualquer intenção de aproveitamento de benefício fiscal, mas sim em decorrência exclusiva de imposição legal, sendo o GRUPO ENERGISA pressionado pela ANEEL para o cumprimento de todos os prazos para desverticalização de suas atividades, conforme imposto pela Lei n.º 10.864, de 2004. A fiscalização, de forma equivocada, interpretou que a reestruturação societária do GRUPO ENERGISA não estaria vinculada à necessidade de desverticalização de suas atividades;

4.12. Quando da aquisição de ações da ENERGISA BORBOREMA pela PBPART, era intenção do GRUPO ENERGISA a manutenção desse investimento, sendo a empresa adquirida gerida pela PBPART. Somente no ano de 2004, diante da alteração no cenário legislativo, foi que o GRUPO ENERGISA se viu obrigado a

alterar a sua estrutura societária, sendo pressionado pela ANEEL, nos autos do processo administrativo n.º 48500.002818/04- 31, iniciado em 2004, para cumprimento das exigências da Lei n.º 10.864, de 2004. Ou seja, até então, não havia qualquer intenção de reestruturação societária no que se refere ao investimento detido pelo GRUPO ENERGISA na ENERGISA BORBOREMA;

4.13. A criação da PBPART não teve qualquer vinculação com a imposição de desverticalização das atividades de distribuição de energia elétrica prevista nas Leis n.ºs 9.074, de 1995 e 10.864, de 2004. Assim, não há qualquer vinculação entre criação da PBPART e o tema tratado nessas Leis;

Não caracterização de planejamento fiscal abusivo

4.14. A fiscalização procurou caracterizar os atos praticados pela empresa como planejamento tributário abusivo. O fato de haver operações estruturadas em sequência, uso de sociedades, operações entre partes relacionadas e ágio de si mesma não impõe a presunção de que houve um planejamento fiscal e que este seria abusivo;

4.15. As suas operações em sequência possuem claro propósito comercial e são absolutamente autônomas. A doutrina e a jurisprudência, ao buscarem enquadrar um planejamento tributário como abusivo, dão ênfase ao aspecto temporal;

4.16. O GRUPO ENERGISA constituiu a PBPART com o propósito específico de realizar o investimento na ENERGISA BORBOREMA, mediante a adoção de uma estrutura que agilizasse o processo de participação e vencimento do leilão público, bem como, se fosse o caso, que permitisse a obtenção de recursos de terceiros. Nesse sentido, vale destacar a confirmação do atendimento desse propósito mediante a celebração de contrato de financiamento com o BNDES. É evidente, assim, que existiam claros propósitos comerciais para a constituição dessa sociedade, que não tinha qualquer vinculação com o aproveitamento de benefício fiscal;

4.17. O GRUPO ENERGISA não tinha a intenção de incorporar a PBPART pela ENERGISA BORBOREMA, tendo, inclusive, celebrado contrato de financiamento com o BNDES, que lhe impunha a manutenção desse investimento pelo prazo mínimo de cinco anos (quitação do financiamento), decorrendo essa operação de imposição legal imposta;

4.18. Considerando os desentendimentos existentes com a ALLIANT ENERGY (sua sócia), o GRUPO ENERGISA esclareceu à época para a ANEEL que a implementação da sua reestruturação societária para fins de cumprimento da referida imposição legal encontrava-se bastante dificultada pela referida disputa societária. Não havia qualquer falta de interesse do GRUPO ENERGISA em efetivar a operação de incorporação enquanto perdurasse a sua associação com a ALLIANT, como quis fazer crer a fiscalização, mas uma ausência de entendimento entre as partes acerca da reestruturação necessária;

4.19. A existência do ágio em si mesmo pode configurar uma preocupação para a autoridade administrativa quando analisa o caso concreto, mas não configura uma presunção legal de irregularidade da operação realizada. E nem poderia configurar, na medida em que a amortização, por pessoa jurídica, de ágio gerado na aquisição de suas próprias ações não apenas tem substrato (significado econômico e lógico), mas também está em consonância com o que dispõem os princípios fundamentais de contabilidade e a própria legislação;

4.20. No presente caso, não há qualquer razão para que a fiscalização afastasse a aplicação dos artigos 7º e 8º Lei n.º 9.532, de 1997, haja vista que tais dispositivos são válidos, vigentes e aplicáveis, não se enquadrando em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 26-A do Decreto n.º 70.235/72;

Inexistência de compensação indevida de prejuízos fiscais e de base de cálculo negativa de CSLL de períodos anteriores

4.21. Na situação em que restar confirmado que a infração alegada pela fiscalização simplesmente não ocorreu, não há que se falar em compensação indevida de prejuízos fiscais e de base de cálculo negativa de CSLL decorrentes de tal fato. A suposta insuficiência dos referidos saldos apurada pela fiscalização somente restará concretizada após decisão definitiva confirmando a infração que a fundamentou, suportando, assim, os ajustes nos resultados fiscais dos períodos envolvidos;

Impossibilidade de exigência de multa isolada pelo não recolhimento de estimativas mensais do IRPJ e da CSLL – concomitância da multa isolada e da multa de ofício

4.22. A multa em questão não merece prosperar, sob pena de cobrança de penalidade em duplicidade sobre uma mesma infração. É que já foi penalizada com a multa de ofício de 75% sobre o IRPJ e a CSLL devidos em relação às infrações anteriores (fundamenta-se em ementas de decisões do então Conselho de Contribuintes).

5. Ao final, requer, noutros termos, a improcedência do lançamento, inclusive da cobrança da multa isolada. Caso contrário, requer seja reconhecida a impossibilidade de exigência de juros de mora sobre a multa de ofício lançada, em razão do disposto no art. 161 do CTN.

É o relatório.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Recife prolatou o Acórdão 11-36.312 considerando improcedente a impugnação e mantendo o lançamento na integralidade.

Em resumo do entendimento da autoridade julgadora, a criação da PBPART teve o exclusivo intuito de permitir a amortização do ágio pago na aquisição da CELB por esta própria.

Manifesta-se no sentido de que a PBPART nunca teria sido uma empresa de fato, nunca realizou atividade alguma, nunca teve patrimônio próprio – com exceção da insignificante quantia que lastreou o seu capital inicial –, eis porque todos os valores despendidos na aquisição da CELB foram de responsabilidade de outras empresas do mesmo grupo, ora na forma de empréstimo, ora na forma de adiantamento para futuro aumento de capital, ora na forma de garantia para financiamento concedido pelo BNDES. Portanto, o negócio da criação e posterior extinção, pela incorporação, da PBPART nunca se teria se apoiado em causas reais, concretas e legítimas; sempre foi forma, nunca foi conteúdo.

Afirma que ao criar a PBPART com a só finalidade de permitir a amortização do ágio pago na aquisição da CELB, o GRUPO ENERGISA agiu com claro abuso de direito, figura que, ao menos aqui, confunde-se com a falta de propósito negocial.

Apresenta decisões do Conselho de Contribuintes que reforçariam o entendimento esposado.

Processo nº 10425.720442/2011-08
Acórdão n.º **1402-001.409**

S1-C4T2
Fl. 5

Devidamente cientificado, o sujeito passivo recorre a este colegiado, ratificando em essência as razões expedidas na peça impugnatória.

É o relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheiro Leonardo de Andrade Couto

O recurso é tempestivo e preenche as demais condições de admissibilidade, motivo pelo qual dele conheço.

De imediato, importa delimitar a lide principalmente no que se refere às operações a serem analisadas com vistas a definir ou não a legitimidade das despesas glosadas. Isso porque a Fiscalização historiou os fatos de forma abrangente, trazendo à baila situações que a meu ver não são relevantes ao presente caso.

São determinantes os seguintes fatos:

- a compra das ações da recorrente pela controladora PBART junto ao governo municipal de Campina Grande – PB em 1999, como decorrência do leilão público de privatização do setor elétrico. Essa operação gerou o ágio sob exame;
- As razões que levaram à criação da PBART; e;
- a incorporação da PBART pela recorrente implicando para essa última no direito à amortização do ágio gerado na operação supra mencionada, amortização essa que, nos moldes realizados, não foi aceita pelo Fisco em posicionamento ratificado pela decisão recorrida.

A compra das ações está devidamente documentada inclusive no que se refere ao pagamento com recursos oriundos de financiamento junto ao BNDES, empréstimo de coligada/controlada e adiantamento para futuro aumento de capital.

Portanto, a operação que gerou o ágio está perfeitamente regular e, inclusive, não foi objeto de questionamentos pela autoridade lançadora.

No que se refere à criação da PBART, a decisão recorrida endossou o entendimento da Fiscalização no sentido de que a formalização dessa empresa teve como único objetivo permitir a amortização do ágio pago na aquisição da CELB por ela própria.

O primeiro aspecto digno de nota é o lapso temporal de sete (7) anos entre a criação da empresa e a incorporação pela controlada. Na prevalência da tese do planejamento fiscal orquestrado ter-se-ia quase uma exercício de futurologia.

Ademais, não vislumbrei nas circunstâncias mencionadas pelo Fisco nenhuma razão legal que impedisse a incorporação em momento anterior. Assim, pergunta-se: é razoável a montagem de uma estrutura de planejamento em que o benefício tributário almejado só ocorrerá muito tempo depois, em situação empresarial possivelmente diversa e absolutamente imprevisível?

As razões apontadas pela interessada que justificariam a criação da PBART não foram, a meu ver, devidamente contestadas pelo Fiscalização ou pela decisão recorrida. Segundo alegado, trata-se de uma sociedade de propósito específico (SPE) formalizada

especificamente para participação no leilão de privatização. A desvinculação das demais atividades do grupo implicaria, dentre outras coisas, na diminuição dos riscos o que facilitaria junto a financiadores externos a obtenção dos recursos necessários à aquisição da participação societária.

Quando à incorporação da PBART, convém ressaltar em primeiro lugar que a expressão “ágio de si mesmo” não tem necessariamente o condão de isoladamente desqualificar a operação a que se refere. Se o Fisco a utiliza para rotular a incorporação reversa efetivamente ocorrida deve-se atentar que trata-se de procedimento com expressa previsão legal.

Por outro lado, se a autoridade lançadora a utiliza como sinônimo de “ágio interno”, aí definido como aquele ocorrido exclusivamente entre empresas do mesmo grupo, o conceito seria inaplicável ao caso pois o ágio em discussão não é aquele eventualmente decorrente da incorporação da PGBAP pela sua controlada, mas sim gerado tempos atrás em operação de aquisição de participação societária junto ao Executivo municipal.

Se a operação de incorporação tivesse gerado um novo ágio como decorrência da avaliação de mercado da incorporada, aí sim teríamos a figura do ágio interno, merecedor de avaliação específica quanto ao cumprimento das condições de dedutibilidade, principalmente no que tange ao efetivo pagamento da aquisição.

No entendimento da Fiscalização não haveria propósito comercial na incorporação daí porque inaplicáveis seus efeitos inclusive, no que interessa ao caso, a absorção do ágio pela incorporadora e a amortização da correspondente despesa.

Ao tratar da matéria a decisão recorrida partiu da premissa de que a PBART foi criada exclusivamente para permitir a amortização do ágio pago na aquisição da CELB por ela própria. Assim, a incorporação da PBART pela CELB foi tida como um procedimento incluído na estrutura do planejamento efetuado.

Essa vinculação não foi devidamente comprovada pela Fiscalização. Nesse aspecto a decisão recorrida indiretamente dá razão ao sujeito passivo. Trecho do voto condutor assim se manifesta:

[.....]

As incorporações das empresas veículo que formalizaram as aquisições da ENERGISA BORBOREMA (CELB) e da ENERGISA PARAÍBA (SAELPA) só ocorreram no final de 2006, após autorização da ANEEL, em processo administrativo iniciado em 2004, para cumprimento das exigências da Lei n.º 10.848, de 2004, fato que constitui o motivo da demora na realização formal das incorporações daquelas, as empresas veículo, pelas empresas adquiridas em hasta pública.

[.....]

De fato, o cumprimento das regras estabelecidas na legislação que tratava da desverticalização nas empresas integrantes do setor elétrico foi justamente a principal razão suscitada pela defesa para justificar a incorporação que, como mencionado no texto, foi devidamente autorizada pela ANEEL mediante Resolução que, inclusive, estabeleceu o percentual de amortização do ágio.

Mesmo que se admita a expressão “empresa veículo” aplicável ao caso, o foco da análise não pode ser a prática em si, como decorrência da desconfiança que a expressão suscita, mas as justificativas para fazê-lo. Nesse ponto, entendo que as razões apresentadas pela defesa guardam coerência com o conteúdo dos autos e merecem guarida.

Sob esse prisma, abstraíndo-me de mencionar as questões teóricas que envolvem o abuso de direito posto que exaustivamente tratadas no Termo de Verificação, penso que não se caracterizou tal irregularidade.

As decisões administrativas apresentadas pela decisão recorrida para justificar o entendimento lá esposado tratam de situações que não guardam similitude com o caso sob exame, pois tratam de operações tidas como artificiais

De todo o exposto, voto por dar provimento ao recurso e restabelecer a dedução da despesas com amortização do ágio. Como consequência, cancela-se também a exigência decorrente de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSLL indevidamente compensados.

Fica prejudicada a análise da multa isolada e da incidência dos juros sobre a multa de ofício.

Leonardo de Andrade Couto - Relator