



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

Processo nº 10425.720442/2011-08
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-003.470 – 1ª Turma
Sessão de 7 de março de 2018
Matéria ÁGIO.
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ENERGISA BORBOREMA - DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S/A

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

AUSÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA.
INADMISSIBILIDADE.

Não se admite recurso especial quando não demonstrada divergência de interpretação da legislação tributária suscitada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rego - Presidente

(assinado digitalmente)

Luís Flávio Neto - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luís Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra, Adriana Gomes Rêgo (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pela **PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL** (doravante “PFN” ou “recorrente”) em face do acórdão n. **1402-001.409** (doravante “acórdão *a quo*” ou “acórdão recorrido”), proferido pela então 2ª Turma Ordinária, 4ª Câmara, 1ª Seção (doravante “Turma *a quo*”), que tem interessado **ENERGISA BORBOREMA - DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S/A** (doravante “contribuinte” ou “recorrido”)

O caso diz respeito à exigência de IRPJ e CSLL, acrescidos de multa de 75% e juros, pela glosa de dedução de ágio em razão da ausência de observância dos requisitos legais (utilização de empresa veículo), bem como pela compensação de prejuízo fiscal e saldo negativo de CSLL maior do que o devido (**e-fls. 3 e seg.**).

O relatório de auditoria fiscal apresenta, além de outras passagens, a seguinte descrição dos fatos (**e-fls. 40 e seg.**):

“14. Vemos então que a fiscalizada tenta justificar a dedutibilidade das despesas de amortização de ágio contabilizadas, através do disposto no artigo 386 do Decreto 3.000 de 26 de março de 1.999 (RIR/99), sendo a sua amortização efetuada pelo período remanescente de exploração da concessão de distribuição de energia elétrica, em 288 parcelas mensais, segundo uma projeção de rentabilidade futura prevista em Resolução expedida pela ANEEL.

15. Tais despesas têm origem na amortização de “ágio de si mesma”, mediante a formalização da incorporação, em 28/12/2006, da sua “controladora”, a empresa PBPART LTDA - sociedade de propósito específico, de CNPJ 03.013.241/0001-63.

16. A PBPART foi a empresa que formalmente adquiriu o investimento na CELB através do leilão público levado a efeito em 30/11/1999; sendo que, trata-se de empresa de propósito específico, constituída com capital social de R\$ 1.000,00, tendo como sócia majoritária a ENERGISA S/A, principal holding e atual controladora das empresas do GRUPO ENERGISA.

17. Posteriormente, a CELB, ao formalizar a incorporação da PBPART, passou a registrar no seu ativo permanente, conta que poderia se chamar “ágio de si mesma”, submetida à amortização, que entendeu ser possível considerar essa amortização como despesa dedutível do IRPJ e da CSLL, com base no que preceitua o artigo 386 do RIR/99.

18. Dando continuidade aos trabalhos da auditoria fiscal, em 16/12/2010, intimamos a fiscalizada a apresentar os documentos comprobatórios da aquisição do seu controle acionário (da CELB) pela Continuação do PBPART, inclusive os comprovantes dos pagamentos efetuados.

(...)

20. A análise dos documentos apresentados mostrou que foi o BNDES quem financiou uma parcela da aquisição da CELB, o que ensejou a lavratura de novo termo de intimação, Contrato de Financiamento obtido pela PBPART, junto ao BNDES, quando da aquisição do controle acionário da CELB.

21. Em 21/02/2011, os documentos foram apresentados conforme solicitados.

22. Constatamos que o contrato de financiamento junto ao BNDES teve como intervenientes a CFLCL, CELB e GIPAR (holding da família BOTELHO), além das pessoas físicas IVAN MULLER BOTELHO (Presidente do Conselho de Administração da ENERGISA S/A) e STELLA PEREZ BOTELHO.

23. Nas análises dos documentos de pagamento das parcelas referente à compra da CELB pela PBPART, não foi possível identificar a titularidade e localização

(agência de origem) de algumas contas bancárias, o que ensejou a lavratura do Termo de Intimação 006, quando a fiscalizada também foi intimada a informar e identificar os lançamentos contábeis efetuados nas empresas responsáveis pelos pagamentos; tendo a mesma atendido integralmente com a apresentação dos elementos solicitados em 14/04/2011.

24. Diante da tamanha anormalidade da operação negocial e evidente estranheza que causa o fato de uma empresa com um ano de existência e insignificantes R\$ 1.000,00 de capital ter “conseguido comprar uma distribuidora de energia elétrica” pelo preço de R\$ 87.387.074,63, e ainda para pagar essa compra em 3 (três) parcelas; solicitamos outros documentos comprobatórios da origem dos recursos utilizados pela PBPART nos pagamentos das parcelas, através dos Termos de Intimação Fiscal 007 e 008.

25. Da análise nos documentos apresentados pela fiscalizadas, podemos montar o quadro abaixo, que resume as origens dos recursos utilizados nesses pagamentos:

(...)

26. Ou seja, a totalidade dos recursos utilizados no pagamento da aquisição da CELB teve origem em recursos externos, sendo a primeira parcela paga com recursos obtidos junto ao BNDES e as demais parcelas pagas com recursos disponibilizados pela ENERGISA S/A, às suas controladas, através de adiantamentos para futuro aumento de capital.

(...)”

Vale transcrever a síntese dos fatos colhida do acórdão recorrido, *in verbis*:

“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 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.”

O acórdão *a quo* deu provimento ao recurso voluntário, com o cancelamento da exigência fiscal, em decisão assim ementada :

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

INCORPORACÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ARTIGOS 7º E 8º DA LEI N. 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO. INOCORRENCIA.

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.

A PFN, então, interpôs recurso especial requerendo o restabelecimento do auto de infração (**e-fls. 1396 e seg.**). O referido recurso foi admitido por despacho (**e-fls. 1414 e seg.**).

O contribuinte apresentou contrarrazões (**e-fls. 1443 e seg.**). Preliminarmente, requer não seja conhecido o recurso especial interposto pela PFN, pela não demonstração de divergência de interpretação e pela ausência de similitude fática dos acórdãos paradigmas apresentados. No mérito, requer seja mantida a decisão recorrida.

Conclui-se, com isso, o relatório.

Voto

Conselheiro Luís Flávio Neto, Relator

Em sede de contrarrazões, sustenta o contribuinte que os acórdãos n. 103-23290 e 101-00120, indicados como paradigmas de divergência pela recorrente, não seriam hábeis a ensejar a interposição do recurso especial, por ausência de similitude fática. Compreendo que lhe assiste razão, razão pela qual não deve ser conhecido o recurso especial interposto pela PFN.

O presente caso envolve a acusação de utilização de suposta “empresa veículo” (PBPART), que teria adquirido diretamente, por meio de leilão público, o controle de CELB e, após sete anos, foi incorporada por esta. Assim, **i)** em 1998, o grupo Energisa teria constituído PBPART, a qual foi capitalizada inclusive com recursos derivados de empréstimos do BNDES; **ii)** em 1999, PBPART teria adquirido a ora recorrida (então denominada CELB), que pertencia ao Município de Campina Grande – PB, como decorrência do leilão público de privatização do setor elétrico, com efetivo pagamento de ágio por expectativa de rentabilidade futura; **iii)** em 2006, após autorização da ANEEL, a PBPART foi incorporada pela recorrida, a partir do que passou a ser amortizado o ágio para fins fiscais.

O Relatório de Auditoria Fiscal (**e-fls. 40 e seg.**) considerou, *in verbis*:

“69. O único fim visado era a utilização do benefício fiscal de redução da carga tributária na ENERGISA BORBOREMA, cujo permissivo condicionava à incorporação/fusão/cisão da empresa investidora - investida. Como não era essa a vontade dos detentores do controle acionário da ENERGISA BORBOREMA, engendrou-se (então) o artifício jurídico de criação de empresa efêmera (sociedade criada com propósito específico), sem qualquer propósito comercial ou racionalidade econômica, para mais adiante ser incorporada pela sua controlada (a ENERGISA BORBOREMA) e devolver as ações de sua emissão às suas controladoras originárias.

70. No comando do art. 386 do RIR/99, a legislação tributária, para permitir a dedutibilidade da amortização do ágio, tem sua inteligência fundamentada na efetiva extinção do investimento através dos institutos da fusão, cisão ou incorporação entre as empresas (investidora e investida); ou seja, a legislação tributária instituiu um disciplinamento para tributação do resultado (ganho/perda) de um negócio jurídico particular que culmina numa “confusão patrimonial” – o ágio de si mesmo.

71. No caso aqui tratado, não houve a requerida unificação patrimonial, apenas fabricou-se na ENERGISA BORBOREMA o que deveria ser o “ágio de si mesma”. O grupo econômico detentor da maioria das ações da ENERGISA BORBOREMA tentou se ajustar à letra da lei, sem atender à sua fundamentação; praticando uma série de “reestruturações societárias” sem

qualquer motivação econômica para, ao final das operações, apresentarem a mesma estruturação societária de antes. Tudo não passando de um estratagema para se tentar conseguir ganho tributário em prejuízo do fisco federal.”

O acórdão recorrido verificou que a operação que gerou o ágio “está perfeitamente regular e, inclusive, não foi objeto de questionamentos pela autoridade lançadora”, bem como considerou que a constituição da PBPART, ainda que qualificada como “empresa veículo”, teria nítido propósito não tributário, afastando o entendimento da fiscalização e da DRJ de que tal empresa teria como “único objetivo permitir a amortização do ágio pago na aquisição da CELB por ela própria”. Vale transcrever os seguintes trechos do acórdão *a quo* (grifos acrescentados):

“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 pela 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.

Quanto 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 negocial 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 desconfiância 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.

Vejamos, então, os acórdão indicados como paradigmas de divergência pela recorrente.

O ac. 103-23290, indicado como paradigma analisa situação bastante distinta da presente no acórdão recorrido (o que, consideradas as peculiaridades dos casos, de forma semelhante já concluiu este Colegiado ao proferir o acórdão 9101-003.007, em 08/08/2017). O referido acórdão indicado como paradigma apresenta o seguinte contexto fático:

- 1- A empresa BREPA adquire participação societária na empresa RDC (a autuada) pagando ágio por rentabilidade futura;
- 2- BREPA transfere a participação na RDC em integralização de capital na RIVIEREPAR;
- 3- Na mesma data, RDC incorpora RIVIEREPAR (incorporação reversa), contabilizando o ágio pago (na aquisição da participação societária dela própria) em seu ativo diferido ("para posterior

amortização, assim como a sua integração ao custo dos estabelecimentos adquiridos");

4- BREPA transfere a participação societária que detinha em RDC para o CARREFOUR

5- Dois anos após, RDC aliena todos os estabelecimentos (unidades de supermercado) da (computados todos os respectivos ativos e passivos como parte da operação) para o CARREFOUR. Na apuração do ganho de capital correspondente, RDC considerou o valor do ágio como parcela do custo, o que foi considerado irregular pela Fiscalização.

Vale transcrever trecho do relatório onde são expostas essas operações, bem como excerto do voto condutor do paradigma, onde o Relator Aloysio José Percínio da Silva aprecia as razões do recurso voluntário:

A infração intitulada "Ganhos e perdas de Capital — alienação/baixa de bens do - ativo permanente" foi assim detalhada pela autoridade fiscal (fls. 101):

"Em 01.01.2000 a Brepa Comércio e Participação Ltda., CNPJ 49.740.038/0001-90 adquiriu esta empresa conforme contrato entre ela e os seus antigos sócios, por R\$ 3.399.000,00, valor atribuído às quotas. A diferença do preço foi contabilizada a título de ágio, no total de R\$ 669.286.468,30, com base na rentabilidade futura e conforme Laudo de Avaliação. Em 01 10 2000 a Brepa subscreve capital de nova sociedade, Rivierepar, transferindo seu investimento em RDC a título de capital de empresa. Em sua contabilidade o investimento permanece em valores iguais, mudando apenas o nome da sociedade investida de RDC para Rivierepar. Nesta mesma data a RDC incorpora a Rivierepar, transferindo para sua contabilidade o único bem da Rivierepar, ou seja, o valor do ágio pago pela Brepa por ocasião em que adquiriu a RDC e a Reserva de Ágio. A RDC trouxe para dentro da empresa a mais valia atribuída a seus bens.

Em 01.01.2001 a Brepa transfere o seu investimento RDC para o Carrefour. Em 30.9.2002, o Carrefour, sócia controladora, compra os imóveis que compõem os supermercados e os Estoques pelo preço estipulado em Laudo de Avaliação = R\$376.951.818,00. Os fatos acima descritos mostram que a empresa Rivierepar foi criada para servir ao propósito de transferir o ágio e a reserva de ágio para a RDC. Ao assumir seu próprio ágio a RDC contabilizou indevidamente um fato jurídico estranho a ela. Não há na legislação qualquer previsão normativa que suporte a contabilização do ágio na RDC. Somente ocorre ágio ou deságio na aquisição de participação societária de terceiros. A subscrição é sempre em outra empresa. O artigo 20 do Dec. Lei 1.598/77, reproduzido no art. 385, inciso II, parágrafo 2º, inciso II do RIR/99 estabelece a norma legal pela qual o sujeito passivo da obrigação está expressamente identificado. E aquele que adquire participação em sociedade em volume que o classifique como sócio coligado ou controlador, com ágio ou deságio. A falta de conexão entre o sujeito e o fato descrito na norma impede a realização da hipótese de incidência. A transferência do ágio ao comprador Carrefour constitui flagrante irregularidade gerando como efeito fiscal a apuração a menor do ganho de capital pela indevida consideração do valor do ágio como parcela do custo na apuração do resultado da alienação realizada.

(...)

A acusação fiscal não contemplou indicação de quaisquer irregularidades na constituição do ágio quando da aquisição de quotas do capital da recorrente pela BREPA. As infrações especificadas pela autoridade fiscal dizem respeito a:

a) transferência do valor correspondente ao ágio pago pela BREPA na aquisição de participação societária na recorrente para ela própria, mediante a utilização de empresa criada unicamente para esse fim (RIVIEREPAR);

b) Dedução indevida do valor transferido na apuração da venda dos - estabelecimentos ao CARREFOUR como custo na apuração do resultado da operação.

Quanto à primeira infração, a integralização de capital da RIVIEREPAR pela BREPA com o investimento na RDC, seguida de incorporação da primeira por sua controlada, ora recorrente, logo no dia seguinte, ratificam a afirmação da autoridade fiscal de que "a empresa Rivierepar foi criada para servir ao propósito de transferir o ágio e a reserva de ágio para a RDC". Da descrição dos fatos e elementos de prova constantes dos autos bem se percebe a ausência de qualquer propósito negocial ou societário na incorporação realizada, restando caracterizada a utilização da incorporada como mera "empresa veículo" para transferência do ágio para a incorporadora, apenas com o fim almejado de redução do ganho tributável resultante da venda dos estabelecimentos ao CARREFOUR. Observe-se que, abstraindo-se do contexto de fato a incorporação, a reserva de ágio não comporia o patrimônio da RDC, ora recorrente. A meu ver, o caso concreto deveria ser enquadrado como simulação, acompanhada da aplicação de multa qualificada. Entretanto, a autoridade fiscal impôs apenas a multa ordinária de 75%.

(...)

No tocante à segunda infração, mesmo que se considerasse regular a incorporação apenas para fins de argumentação, o valor do ágio não poderia ser integralmente computado como custo na apuração do resultado da venda dos estabelecimentos ao CARREFOUR.

Destaque-se a infração “a” acima descrita:

“a) transferência do valor correspondente ao ágio pago pela BREPA na aquisição de participação societária na recorrente para ela própria, mediante a utilização de empresa criada unicamente para esse fim (RIVIEREPAR);”

Por outro lado, observa-se que o vício de transferência do ágio que se apresenta no caso do paradigma, e que foi substancial para o colegiado decidir pela irregularidade do ágio aproveitado, inclusive afirmando que seria caso de multa qualificada, não se revela no caso do acórdão recorrido.

Assim, não se vê nas operações do presente caso qualquer transferência do ágio pago de uma empresa à outra. No presente caso, o ágio pago por PBPART na aquisição de participação na CELB nunca foi transferido, tendo sido amortizado por esta, ora recorrida, quando fez a incorporação (reversa) de PBPART.

Por sua vez, o ac. 101-00120 também não apresenta similitude capaz de evidenciar divergência jurisprudencial. Embora o acórdão paradigma trate da glosa de amortização de ágio, a decisão restou fundamentada principalmente em vício na demonstração da expectativa de rentabilidade futura, o que não se verifica no caso sob julgamento.

Nesse sentido, é importante transcrever o trecho do voto do aludido acórdão indicado como paradigma:

“Conforme se depreende do Termo de Verificação Fiscal (fls. 34/57), a glosa se deu em razão da Astúrias, para estimar, contabilizar e amortizar o valor do ágio, se valer apenas de urn "Relatório Interno de Avaliação Econômico-Financeira", elaborado pela própria EPTV, datado de setembro de 2002 (fls. 135/151), com o objetivo de estimar o valor econômico, em 31 de agosto de 2002, de 100% de suas ações (EPTV),

pela metodologia de fluxo de caixa descontado a valor presente (FCD), com o intuito de fornecer subsídios para a transação envolvendo 29% das cotas de participação na empresa, sem identificação e assinaturas dos peritos que porventura tenham o elaborado.

Com razão a Recorrente quando assevera que não há no art. 385 do RIR/99 e seus parágrafos, qualquer determinação no sentido de que a validade do laudo de avaliação da participação societária adquirida em sociedade coligada ou controlada, esteja condicionada a assinatura de um ou mais peritos.

Ocorre que, tal hipótese é desnecessária apenas quando o desdobramento do custo de aquisição se dá com base no patrimônio líquido da investida e não com base em reavaliação efetuada com base em rentabilidade futura da empresa através da metodologia do Fluxo de Caixa Descontado, hipótese dos autos, quando é necessária a apresentação de laudo fundamentado, feita por três peritos ou por empresa especializada, conforme dispõe o art. 8º. da Lei n. 6.404/76.

Assim, o fato de o fiscal autuante ter se pronunciado no sentido de que a lei não autoriza a amortização no ágio na aquisição de ações da própria empresa, e que a EPTV sequer teria adquirido suas próprias ações, em nada modifica a imprestabilidade do Relatório elaborado pela ora Recorrente, bem como, não afasta o abuso de forma e de direito e a falta de propósito comercial ou societário, pois, não há como se admitir que uma empresa assuma um passivo na ordem de R\$ 21 milhões, sem nenhuma contrapartida econômica financeira, eis que como visto antes, as únicas operações da empresa incorporada foi inicialmente a subscrição e integralização do capital social da empresa Serra do Japi por intermédio do empréstimo bancário e, posteriormente, permutado pela participação no capital social da ora Recorrente.

O fato é que, a criação das empresas "veículos" AstÚrias e Serra do Japi -, foi no sentido de permitir a transferência do ágio inicialmente registrado na empresa Astúrias para sua controlada EPTV, ora Recorrente, por intermédio da incorporação as avessas, para posteriormente deduzi-lo da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social, ou seja, criou-se uma situação artificial para que a mesma se enquadrasse na hipótese prevista na Lei n. 9.532/97, e com isso, deduzir para efeitos fiscais as despesas de amortização de ágio.

Em resumo, a sucessão dos atos jurídicos realizados, a proximidade temporal entre eles e a extinção da empresa por incorporação revelam que nunca houve a intenção real de constituir a empresa incorporada (AstÚrias), mas sim de criar sociedades efêmeras, de passagem, que possibilitassem um registro de ágio a ser amortizado por ocasião da incorporação às avessas.

De se notar ainda que, como muito bem apontado pela fiscalização, as condições de dedutibilidade do ágio não foram cumpridas pela Astúrias, não cabendo, dessa forma, o onus de a fiscalização demonstrar a inconsistência da metodologia utilizada no Relatório acima apontado, pelo simples fato de não se tratar de um laudo com os requisitos determinados pela Lei das S/A. e, sendo assim, mutatis mutandi, tal dedutibilidade também não pode ser deduzidas na base de cálculo do imposto de renda pela incorporadora, ora Recorrente.

Quanto a apresentação do Laudo de Avaliação realizado pela Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda., em novembro de 2007, carreado agora em grau de recurso pela Recorrente, é de se observar que tal documento não lhe socorre, eis que não formalizado a época dos atos societários, mas sim, depois de transcorrido quase 5 (cinco) anos das referidas operações.

Logo, independentemente de as operações terem sido realizadas de forma simulada - abuso de forma e de direito -, o que por si só já é suficiente para manter a exigência, o fato é que o ágio apurada pela TV Astúria não atendeu aos requisitos formais para a sua dedutibilidade, devendo também sob este prisma ser mantida a exigência em relação ao presente item.”

No caso sob julgamento, o Relatório de Auditoria Fiscal (**e-fls. 40 e seg.**) não colocou em dúvida o valor pago pela aquisição de investimento em CELB, bem como não questionou a apuração do ágio em questão. O acórdão recorrido consignou que a operação que gerou o ágio “está perfeitamente regular e, inclusive, não foi objeto de questionamentos pela autoridade lançadora”.

A distinção entre o contexto presente no acórdão recorrido e neste segundo acórdão indicado como paradigma é, portanto, evidente e determinante.

Por fim, também é relevante observar que, enquanto ambos os acórdãos indicados como paradigmas analisaram situações em que ficou caracterizada artificialidade e a ausência de razões extratributárias para as estruturas societárias aventadas, o acórdão recorrido considerou inexistir artificialidade na constituição da PBPART e na sua incorporação pela ora recorrente muitos anos após, consignando que “as razões apresentadas pela defesa guardam coerência com o conteúdo dos autos e merecem guarida”.

Nesse seguir, diante da substancial distinção entre o substrato fático e as questões enfrentadas nos acórdãos indicados como paradigmas e o acórdão recorrido, voto no sentido de não conhecer o recurso especial interposto.

(assinado digitalmente)
Luís Flávio Neto