



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10469.723539/2019-13
ACÓRDÃO	1402-007.105 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	10 de setembro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	COMPANHIA ENERGETICA DO RIO GRANDE DO NORTE COSERN
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016, 2017

**FATOS CONTABILIZADOS COM REPERCUSSÃO EM EXERCÍCIOS FUTUROS.
EFEITOS TRIBUTÁRIOS. DECADÊNCIA.**

Na hipótese de fato que produza efeito em períodos diversos daquele em que ocorreu, a decadência não tem por referência a data do evento registrado na contabilidade, mas sim a data de ocorrência dos fatos geradores em que esse evento produziu o efeito de reduzir o tributo devido.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

A amortização do ágio, como regra geral, é indedutível para a apuração do lucro real, bem como da base de cálculo da CSLL. A possibilidade de deduzi-la prevista no art. 386, III, do RIR/99 - art. 7º, III, da Lei nº 9.532/97 e art. 10 da Lei nº 9.718/98 - não pode prevalecer quando, para sua configuração, é utilizada empresa veículo para, em nome dela e com recursos provenientes de sua controladora, serem adquiridas ações com ágio da empresa que vem a ser a incorporadora e que passa a amortizar ágio de si mesma.

A condição legal de ocorrência de uma operação de incorporação, mediante extinção da investida ou da investidora, e da consequente confusão patrimonial entre elas, não pode ser admitida apenas como uma exigência formal, mas deve ser considerada como um requisito de efetivo conteúdo econômico e societário, que reflita um verdadeiro propósito comercial e não apenas uma opção empresarial dos interessados.

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a

investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, o que não ocorre quando inserida no procedimento uma terceira pessoa jurídica com nítido caráter de empresa veículo.

POSTERGAÇÃO. EFEITOS

Somente se comprovada a ocorrência de postergação, cabe ao Fisco aplicá-la, procedendo aos devidos ajustes nos valores lançados. Inexistindo tal comprovação, não há o que se ajustar.

LANÇAMENTOS REFLEXOS.

Excetuadas as especificidades de cada tributo, inexistindo fatos novos a serem apreciados, estendem-se aos lançamentos reflexos o decidido no lançamento matriz.

MULTA ISOLADA SOBRE ESTIMATIVAS NÃO PAGAS. MULTA DE OFÍCIO. CONCOMITÂNCIA.

O não recolhimento ou o recolhimento a menor de estimativas mensais sujeita a pessoa jurídica optante pela sistemática do lucro real anual, à multa de ofício isolada estabelecida no artigo 44, inciso II, “b”, da Lei nº 9.430/1996, ainda que encerrado o ano-calendário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, vencidos a Relatora e o Conselheiro Ricardo Piza Di Giovanni que davam provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Paulo Mateus Ciccone.

Assinado Digitalmente

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça – Relatora

Assinado Digitalmente

Paulo Mateus Ciccone – Presidente e Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Alexandre Iabrudi, Catunda, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Rafael Zedral, Ricardo Piza di Giovanni, Alessandro Bruno Macedo Pinto, Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em desfavor do Acórdão nº 02-96.389, proferido pela 3ª Turma da DRJ/BHE, que julgou improcedente a impugnação, para manter integralmente os lançamentos de IRPJ e de CSLL, assim como a multa e os juros de mora respectivos.

Por bem relatar os fatos, adoto o relatório da decisão de piso complementando-o adiante:

“Os autos de infração a folhas 2 a 41 exigem o recolhimento de crédito tributário no montante de R\$ 74.112.077,44, assim discriminado:

Descrição das infrações imputadas**Auto de infração de IRPJ**

Os autuantes, fazendo remissão ao relatório de auditoria fiscal a folhas 42 a 68, atribuem à autuada as infrações de cuja descrição adiante se faz uma síntese.

1. ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL - CUSTO/DESPESA INDEDUTÍVEL - Valor não adicionado ao lucro líquido do período, para a determinação do lucro real, conforme relatório fiscal anexo. Datas do fato gerador: 31/12/2014, 31/12/2015, 31/12/2016, 31/12/2017. Enquadramento legal: artigo 3º da Lei nº9.249, de 1995; artigos 247 e 249, inciso I, do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR 1999).

2. EMPRESAS INSTALADAS NA ÁREA DA SUDENE/ADENE – REDUÇÃO/SUPERESTIMAÇÃO DO LUCRO DA EXPLORAÇÃO - Superestimação da redução do imposto, decorrente de cálculo incorreto do Lucro da Exploração, conforme relatório fiscal anexo. Datas do fato gerador: 31/12/2015, 31/12/2016. Enquadramento legal: arts. 544, 551 e 552 do RIR 1999; art. 2º da Medida Provisória nº 2.199-14/01.

3. MULTA OU JUROS ISOLADOS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA - Falta de pagamento/pagamento a menor do Imposto de Renda Pessoa Jurídica incidente sobre a base de cálculo estimada em função dos balanços de suspensão ou redução, conforme descrição contida no título II.3 do Relatório de Auditoria Fiscal anexo. Datas do fato gerador: períodos mensais que vão de 31/01/2014 a 31/05/2017. Enquadramento legal: arts. 222 e 843 do RIR 1999; art. 44, inciso II, alínea b, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/07.

Auto de infração de CSLL

Os autuantes, fazendo remissão ao termo de verificação fiscal a folhas 42 a 68, atribuem à autuada as infrações de cuja descrição adiante se faz uma síntese.

1. CUSTOS/DESPESAS OPERACIONAIS/ENCARGOS - CUSTOS/DESPESAS OPERACIONAIS/ENCARGOS NÃO DEDUTÍVEIS - Majoração indevida de custos, despesas operacionais e encargos apurados, conforme relatório fiscal em anexo. Datas do fato gerador: 31/12/2014, 31/12/2015, 31/12/2016, 31/12/2017. Enquadramento legal: art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90; art. 57 da Lei nº 8.981/95, com as alterações do art. 1º da Lei nº 9.065/95; art. 2º da Lei nº 9.249/95; art. 1º da Lei nº 9.316/96; art. 28 da Lei nº 9.430/96; art. 3º da Lei nº 7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08; art. 28 da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo art. 49 da Lei nº 12.715/12.

2. MULTA OU JUROS ISOLADOS - FALTA DE RECOLHIMENTO DA CSLL SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA – Falta de pagamento/pagamento a menor da Contribuição Social incidente sobre a base de cálculo estimada em função dos balanços de suspensão ou redução, conforme descrito no título II.3 do Relatório de Auditoria Fiscal anexo. Datas do fato gerador: períodos mensais que vão de 31/01/2014 a 31/12/2017. Enquadramento legal: Art. 44, inciso II, alínea b, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007; art. 28 da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo art. 49 da Lei nº 12.715/12.

Termo de Verificação Fiscal

No relatório de auditoria fiscal a folhas 42 a 68 os autuantes apresentam a motivação dos lançamentos. Dele extraem-se as observações e argumentos resumidos adiante.

DOS PROCEDIMENTOS GERAIS

- Trata-se de sociedade anônima aberta, constituída em 28/10/1966, com sede à Rua Mermoz, 150, Município de Natal-RN, tendo por objeto social principal a distribuição de energia elétrica (CNAE: 3514-0-00).
- A empresa apresentou Escrituração Contábil Fiscal – ECF do ano-calendário de 2014 apontando como base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social o lucro real, com apuração anual.

DESPESA (INDEDUTÍVEL) DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

- Nos anos calendário objeto desta fiscalização (2014 a 2017), a empresa registrou em sua contabilidade, em conta de despesa operacional (Despesa de Amortização de Ágio – código: 615619550G) valores que reduziram os seus resultados tributáveis do IRPJ e da CSLL.
- Tais despesas, salvo exceções de situação especial prevista em lei, não são dedutíveis do IRPJ e da CSLL devendo, portanto, ser adicionadas ao lucro líquido na apuração do Lucro real e da base de cálculo da CSLL; o que não foi feito pela fiscalizada.
- Todavia, a fiscalizada tenta justificar a dedutibilidade das despesas de amortização de ágio como surgidas a partir do registro da conta do Ativo Diferido

– Ágio na Incorporação de Sociedade Controlada (código: 1320631000), submetida à amortização a partir de 12/2000, que entendeu ser possível considerar como despesa dedutível do IRPJ e da CSLL, com base no que preceitua o artigo 386 do RIR/99.

- As operações de reorganizações societárias são originariamente utilizadas para reestruturação de empresas com o fito de torná-las mais competitivas, aproveitar novos mercados, investimentos etc., todavia, frequentemente e indevidamente, têm sido utilizadas como instrumento de planejamento tributário visando (unicamente) a redução da sua carga tributária.

- No enredo das privatizações ocorridas a partir do ano 1995, o setor elétrico brasileiro, de geração e distribuição, foi objeto de interesse por diversos grupos privados, e nesse contexto ocorreu a privatização da empresa Companhia Energética do Rio Grande do Norte - COSERN.

- Pela expectativa de rentabilidade, esperava-se que o valor de alienação dessas companhias superasse seu valor contábil, resultando em pagamento de ágio nessas operações; fato que veio a se confirmar na negociação da COSERN.

- Em relação ao ágio ou deságio, a legislação veda os efeitos fiscais das contrapartidas da sua amortização, exigindo o seu controle em livro fiscal, para permitir o seu cômputo de ganho ou perda de capital quando da alienação ou liquidação do investimento. De sorte que, no plano tributário, enquanto não houver a alienação ou liquidação do investimento adquirido, todo ágio ou deságio contabilmente amortizado deve ter anulado seus efeitos fiscais perante o IRPJ e a CSLL, adicionando-se o ágio ou excluindo-se o deságio, mantendo o controle desses valores em livros fiscais próprios para o seu aproveitamento quando da alienação/liquidação do investimento.

- A esse respeito, a Lei 9.532/1997 (arts. 7º e 8º, com as alterações introduzidas pelos artigos 10 e 11 da Lei 9.718/1997) veio estabelecer novo tratamento fiscal para o ágio ou deságio na aquisição de investimento em outras empresas (art. 386 do RIR/99) tornando possível, em situações específicas, o aproveitamento do ágio pago na aquisição de companhias estatais.

- A permissão legal para que a companhia resultante da reorganização societária de incorporação, fusão ou cisão, em que houver investimento de uma em outra, adquirido com ágio, possa apropriar a amortização desse ágio como despesa dedutível, impõe a absorção do patrimônio da incorporada, fusionada ou cindida; pois que, de outra forma (permanecendo a existir o investimento), não se caracteriza a situação prevista na norma, que é exatamente o de estabelecer uma regra de tributação para quando ocorrer a “confusão patrimonial do investimento”, ou seja, o ágio pago na aquisição das ações de A em B restar desacompanhado de sua origem (conta de investimento).

- Assim, uma empresa que, detendo participação em uma outra, adquirida com ágio, uma vez incorporando-a, poderia amortizar o valor desse ágio na

apuração do lucro real dos períodos posteriores à incorporação. Para isso, seria necessário que esse ágio estivesse fundamentado no valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados de exercícios futuros (art. 385, §2º, inciso II, do RIR 99).

- Ao que parece, o dispositivo normativo é bastante claro, tanto o é, agora no caso em tela, que a própria investidora, no intuito de se aproveitar da dedutibilidade da despesa oriunda da amortização desse ágio (enquadrando-se no disposto no art 386, supra), mas sem incorporar diretamente a companhia ora fiscalizada, promove operações de reorganização societária no intuito de surgir no meio do processo uma “incorporação” da COSERN (companhia adquirida com expressivo sobrepreço).

- No entanto, a premissa da dedutibilidade, na seara tributária, reside no ato de absorção do patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão. Sem que haja a ocorrência de um desses atos, a despesa uma vez reconhecida, deve ser adicionada, trazendo-a, novamente, para o campo da tributação.

- O benefício fiscal de dedução do ágio, no caso da incorporação, traz em sua essência a dicotomia entre o animus de manutenção para venda e a "confusão patrimonial". Ao manter a participação societária adquirida com ágio em seu ativo não-circulante dá a possibilidade ao investidor de recuperar a mais valia desembolsada quando da alienação do investimento. Por sua vez, ao proceder à "confusão patrimonial" da participação, por meio do ato de incorporação, exaure-se essa possibilidade de dedução. Como incentivo, a fim de assegurar uma privatização mais consistente, com o animus de permanência e não de simples aquisição especulativa, foi facultada a dedução do ágio em caso de incorporação, por meio da qual patrimônio de investidora e investida se unificam. Sendo assim, além de manter o custo do investimento com o valor do ágio pago, pode deduzir esse valor dos resultados futuros da companhia.

- Neste momento, faz-se necessário debruçar-se sobre a compreensão e alcance de uma operação de incorporação tendo em vista que, nesse ponto, entendemos que a fiscalizada equivoca-se no seu conceito e o elastece no intuito de circunscrever a operação realizada à situação tratada no artigo 386 do RIR/99, a qual, claramente, não se enquadra.

- Para tanto, faz-se necessário contextualizar o processo das operações realizadas pelo Grupo NEONERGIA no qual finaliza com uma operação de “incorporação” (assim entendida pela fiscalizada) da Companhia investida COSERN.

- Em 12/12/1997, por meio do leilão público (também através de subscrição de ações em Ofertas Públicas de Ações - OPA) levado a efeito a COSERN foi adquirida pelas seguintes empresas, as quais passaram a ser seus novos controladores: GUARANIANA S/A, CNPJ 01.083.200/0001-18 (“GUARANIANA”), atualmente NEOENERGIA S/A; Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia

COELBA, CNPJ 15.139.629/0001-94 (“COELBA”); UPTICK Participações S/A, CNPJ 02.162.616/0001-94 (“UPTICK”).

- Em 30/11/2000, surge uma nova personagem no processo: a IBIDEM, uma Sociedade de Propósitos Específicos - SPE, CNPJ 02.573.267/0001-01, constituída pelos antigos controladores da COSERN (Guaraniana/Neoenergia, Coelba e Uptick). Na constituição da SPE foram utilizadas para integralização do seu capital as ações de emissão da COSERN pertencentes aos antigos controladores. Ou seja, as três empresas deixaram de ser controladoras diretas da COSERN e passaram a controlar indiretamente, por intermédio da SPE (IBIDEM). Com essa operação, formalizaram a transferência do ágio pago para a SPE.

- Em 28/12/2000, portanto, menos de um mês da constituição, a COSERN incorpora sua nova controladora (IBIDEM S/A.), passando com isso, a deter em seu ativo o valor do ágio gerado inicialmente da sua própria aquisição. Numa outra leitura, a COSERN passa a registrar no seu ativo intangível o ágio oriundo de sua própria aquisição (ágio ao qual não suportou, mas que, todavia, apareceu em seu ativo, fruto de um esquema de planejamento societário).

- Após as operações, os antigos proprietários (Guaraniana/Neoenergia, Coelba e Uptick) continuam a ser os mesmos atuais, agora sem a participação da empresa IBIDEM (que entra no circuito, apenas e unicamente, como um veículo objetivando transferir o ágio dos adquirentes originais da COSERN para a própria).

- A situação é confusa, pois a própria compreensão de que uma companhia tenha em seu ativo um valor suportado em sua própria aquisição também o é. Todavia, não é confusa a intenção de todo esse movimento: defender a ideia de que a COSERN absorveu patrimônio de outra (ela própria?), em virtude de incorporação... na qual detenha participação societária adquirida com ágio (art 386 RIR/99).

- Na verdade, não houve absorção de patrimônio (a COSERN nada absorveu, a não ser ela própria); não existiu outra empresa (a IBIDEM “era” a própria COSERN, seu único patrimônio) e não houve ágio suportado pela COSERN (este foi assumido pelas três primeiras personagens do processo, adquirentes da fiscalizada).

- No final das operações de “reestruturação”, antigos e atuais donos continuam os mesmos, com a diferença de que o ágio fora transferido das empresas investidoras iniciais para a investida, com seu registro na conta do ATIVO DIFERIDO – ÁGIO INCORP. SOCIEDADE CONTROLADA (código: 1320631000), submetido à amortização a partir de 12/2000.

- A própria finalidade do instituto da incorporação como forma de agregação de empresas não se verifica no caso, eis que o GRUPO (GUARANIANA, COELBA e UPTICK), no início do processo de “reestruturações”, detinha 152.967.605 ações de emissão da COSERN, e, ao término das operações, permanece com a mesma

quantidade de ações e na mesma condição de controlador da COSERN, ou seja, nada mudou.

- Outrossim, não se pode admitir como efetiva a ocorrência de aquisição de investimento com ágio na operação de subscrição de ações na IBIDEM pelas empresas GUARANIANA, COELBA e UPTICK, com integralização através das ações de emissão da COSERN, pois ele pressupõe efetivo pagamento a maior na aquisição de bens ou direitos. E, no ágio meramente escritural, que é este recebido pela empresa veículo (IBIDEM), não há qualquer pagamento, distorcendo por completo a figura desse instituto.

- Visivelmente, o dispositivo do art 386 não foi destinado para abraçar essa situação. É de fácil compreensão seu alcance. Seu benefício existe, mas para uma situação que não a ocorrida com a fiscalizada. Não existe uma empresa C neste processo. Admitir seria forçar a inclusão de uma nova personagem nesse texto.

- Para se enquadrar no dispositivo normativo mencionado, a fiscalizada, em essência, procura está nos dois polos exigidos: absorvendo o patrimônio de outra e sendo incorporada (absorvendo e, simultaneamente, sendo absorvida. Uma verdadeira autofagia societária).

- Ressalte-se que a regra exige a absorção do patrimônio de outra (e não dela própria), e nos atos praticados, em essência, não houve uma outra empresa no processo, não existiu um outro patrimônio (apenas o da própria COSERN).

- A IBIDEM não poderia ocupar o status de outra empresa, pois nasceu e morreu apenas com o fim, único e exclusivo, de viabilizar, por vias transversas, o aproveitamento tributário da despesa de amortização de ágio. Se seu objeto social pudesse abraçar “todas” as operações realizadas (a única realizada), no seu contrato social poderia, simplesmente, está escrito que o objeto social seria receber uma empresa em incorporação de capital e, logo em seguida, ser incorporada por esta mesma empresa (desaparecendo do mundo jurídico, porque do real nunca foi), e nada mais.

- Nenhuma operação de substância econômica fora realizada, nenhum bem/serviço vendido e nenhum resultado auferido, apenas a sua utilização como veículo para passagem de um ativo (ágio) de um titular (Guaraniana/Neoenergia, Coelba e Uptick) para outro (COSERN). É de fácil constatação que a finalidade da operação foi forçar uma interpretação favorável do art. 386 por meio da qual pudesse se beneficiar de uma dedução (indevida).

- No caso aqui tratado, as empresas investidoras (o GRUPO: GUARANIANA, COELBA e UPTICK) não deixaram de existir (não foram incorporadas pela investida) nem perderam seus investimentos na COSERN (nem tampouco a investida deixou essa condição).

- A prática adotada pelo GRUPO, detentor do controle da empresa fiscalizada, consistiu numa série de procedimentos, num curto intervalo de tempo, com o objetivo de “construir” uma situação contábil que lhe permitisse o

aproveitamento (indevido) do benefício fiscal de amortização do ágio previsto no art. 386 do RIR/99; isso sem que as empresas que efetivamente fizeram o investimento de aquisição de seu controle acionário, com ágio, liquidassem esses investimentos ou sofressem concentração ou desconcentração empresarial (incorporação, fusão ou cisão).

- Assim, procedendo a uma série “reestruturações societárias” que, de fato, não passaram de atos formais desprovidos de racionalidade econômica, o GRUPO conseguiu: i) permanecer com os seus investimentos na COSERN intocados, apenas, agora, não mais apresentado contabilmente desdobrado em “investimento + ágio”, e ii) constituir, na contabilidade da COSERN, uma conta de ativo diferido em valor igual ao ágio com que adquiriram o seu controle acionário, de forma a poder amortizar esse ativo, no prazo de sua concessão para distribuição de energia elétrica, fabricando assim uma extraordinária despesa a deduzir do lucro tributável.

- O único fim visado era a utilização do benefício fiscal de redução da carga tributária na COSERN, cujo permissivo condicionava à incorporação/fusão/cisão das empresas investidoras-investida. Como não era essa a vontade dos detentores do controle acionário da COSERN, engendrou-se, então, o artifício jurídico dessas empresas subscreverem a suas ações de emissão da COSERN (com o ágio) em empresa efêmera (sociedade criada com propósito específico), sem qualquer propósito negocial ou racionalidade econômica, para, logo em seguida, ser esta incorporada pela sua controlada (a COSERN), e devolver as ações de sua emissão às suas controladoras originárias.

- 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.

- No caso aqui tratado, não houve a requerida unificação patrimonial, apenas fabricou-se na COSERN o que deveria ser o “ágio de si mesma”. O grupo econômico detentor da maioria das ações da COSERN tentou se ajustar à letra da lei, sem atender a 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.

- De sorte que, se considerarmos a participação societária que o GRUPO possuía na COSERN no início das operações, essa mesma participação continuou existindo ao final do processo de reestruturação.

- Em conclusão, estamos diante de uma sequência de operações cujo único propósito foi o de produzir uma despesa dedutível na apuração do IRPJ e da CSLL através da projeção na investida (COSERN) do ágio pago pelas investidoras (GUARANIANA, COELBA e UPTICK) na aquisição do investimento.

DO ENREDO DAS REESTRUTURAÇÕES SOCIETÁRIAS

- Com vistas a permitir uma compreensão das “reorganizações societárias” procedidas pelas empresas (controladoras - controlada), que visaram passar a utilizar (indevidamente) das deduções das despesas de amortização de ágio na apuração do IRPJ e CSLL, narramos a seguir, um resumo dessas operações.

- Em 18/12/1997, o grupo das empresas: GUARANIANA, COELBA e UPTICK, através de processo licitatório de leilão de privatização adquiriu, com expressivo ágio, 83.768.248 ações ordinárias e 4.648.146 ações preferenciais classe “A”, representativas de 79,60% do capital votante e 3,91% do capital social da COSERN, respectivamente, pelo preço total de R\$ 645.057.192,00; e se tornaram os NOVOS ACIONISTAS CONTROLADORES da COSERN (“GRUPO”).

- Outras aquisições de ações de emissão da COSERN foram feitas por essas empresas (GRUPO) através de leilão especial realizado em 20/02/1998 e de Ofertas Públicas de Ações (OPA) da COSERN realizadas em 2000; tendo sido apurado ágio em todas essas operações.

- A partir daí, objetivando obter o benefício fiscal de amortização do ágio, no entanto, sem que houvesse interesse na extinção das empresas envolvidas (controladoras ou controlada), nem nos investimentos das controladoras, utilizou-se do seguinte artifício jurídico: em 06/04/1998, foi criada a empresa IBIDEM S/A (empresa de propósitos específicos - SPE), com capital de R\$ 1.000,00; em 30/11/2000, o GRUPO (GUARANIANA, COELBA e UPTICK) transferem as suas ações de emissão da COSERN para a Sociedade de Propósito Específico (SPE) - IBIDEM, tornando-a (momentaneamente) a controladora da COSERN; e em 28/12/2000, a COSERN incorpora a sua (então) controladora - IBIDEM, retornando as ações de sua emissão de volta ao GRUPO (GUARANIANA, COELBA e UPTICK).

- Essa operação de incorporação resultou (na COSERN) na constituição de um ativo diferido amortizável no valor de R\$ 638.018.272,59, equivalente ao montante do ágio pago pelo GRUPO nas aquisições das ações, em contrapartida de um passivo (ou conta redutora do ativo) titulado como Provisão para Manutenção da Integridade do Patrimônio Líquido (no valor de R\$ 421.092.059,91) e de um Patrimônio Líquido, na conta de Reserva Especial de Ágio (correspondente a diferença entre o ágio e a provisão constituída de R\$ 216.926.212,68).

- Sendo a COSERN uma empresa rentável, quis o GRUPO que, ao incorporar a empresa veículo IBIDEM, aproveitar os benefícios fiscais da dedutibilidade da despesa de amortização do ágio previsto no artigo art. 386 do RIR/99, reduzindo (indevidamente) a sua carga fiscal do IRPJ e CSLL dos exercícios futuros.

- Do exposto, demonstra-se que a sequência de “reestruturações societárias” procedida simplesmente deságua na transferência para a COSERN do ágio com que as empresas investidoras: GUARANIANA, COELBA e UPTICK adquiriram os seus investimentos nela, sem que, com isso, desaparecessem essas empresas ou sequer os seus investimentos na COSERN; ou seja, ao final do enredo, tudo está como era antes, apenas que a COSERN “restou” na história com o seu Ativo e Patrimônio Líquido majorados do exato valor do ágio que as suas investidoras pagaram para adquirirem os investimentos, passando, então, a registrar uma despesa de amortização de ágio, reduzindo assim consideravelmente os seus resultados tributáveis do IRPJ e CSLL.

- Por exigência da CVM, e com efeitos apenas societários, no processo de incorporação, houve a constituição de uma Provisão para Manutenção da Integridade do Patrimônio Líquido.

- Com efeito, ficou evidente que a sequência de atos praticados objetivou unicamente reduzir tributação através do benefício da dedutibilidade da amortização do ágio do IRPJ e da CSLL. Objetivo que se encontra explícito nos diversos documentos produzidos que buscaram justificar o processo de “reestruturação” (vide: Justificação à Incorporação da IBIDEM pela COSERN e Notas Explicativas às Demonstrações Financeiras publicadas pelas empresas envolvidas, referentes aos períodos dos atos praticados e seguintes).

DA TRIBUTAÇÃO (DESPESAS INDEDUTÍVEIS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO)

- O trabalho teve início em 11/02/2019 mediante ciência de Termo de Início de Fiscalização no qual a Cosern foi chamada a apresentar suas justificativas sobre dedução realizada a título de despesa de amortização de ágio. Sem novos elementos em resposta apresentada em 28/02/2019, concluímos que a COSERN (nos anos-calendário de 2014 e 2017) deixou de adicionar ao lucro líquido, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, despesas indedutíveis de amortização de ágio lançadas em sua contabilidade (Despesa de Amortização de Ágio – código: 615619550G).

- Este procedimento foi uma repetição do que a fiscalizada vinha adotando em anos anteriores e que motivou a lavratura dos seguintes autos de infração: 10469.721.944/2010-51; 10469.721.945/2010-03; 10469.721.371/2017-31. Assim, considerando todo o exposto neste relatório, concluímos pela glosa da despesa de amortização de ágio indevidamente deduzida nos resultados de 2014 a 2017, com a lavratura de autos de infração para o IRPJ e CSLL.

AMPLIAÇÃO INDEVIDA DO LUCRO DA EXPLORAÇÃO

- Verificando o lucro da exploração, dos anos-calendário 2014, 2015, 2016 e 2017, constata-se que o contribuinte tem, sistematicamente, adicionado o valor da despesa de ágio na apuração do LE (vide Registro N600 da ECF18). No ano-calendário de 2014 o valor foi informado no item 31 (Tributos com Exigibilidade

Suspensa), enquanto, nos anos posteriores (2015 a 2017), no item 27 (Resultados Negativos em Participações Societárias e em SCP).

- Em 07/05/2019, foi o contribuinte intimado a justificar qual a fundamentação legal que a levou a proceder à referida adição, posto que a adoção de tal procedimento ampliaria o benefício fiscal de redução do imposto de renda calculado sobre o lucro da exploração (75%).

- Em resposta, a fiscalizada assim se manifestou: "A lei determinou que, apesar de comporem o lucro líquido, determinados valores devem ser excluídos/desconsiderados para fins de determinação do lucro da exploração, entre eles, "outras receitas ou outras despesas de que trata o inciso IV do caput do art. 187 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 ("LSA").

- Ao tratar de "outras receitas e despesas" a serem desconsideradas na apuração do lucro da exploração, a própria legislação faz menção à LSA, que trata dos resultados (receitas e despesas) não operacionais. Logo, a partir da leitura da legislação que trata da determinação do lucro da exploração, conclui-se que a partir do lucro líquido devem ser realizadas adições de despesas e exclusões de receitas com base na operacionalidade destas em relação às atividades incentivadas.

- Dessa forma, fica clara a possibilidade de consideração das despesas com a amortização do ágio exclusivamente no que se refere ao lucro real (e não para apuração do lucro da exploração), tendo em vista que o seu fundamento lógico reside no fato de que tal despesa deve estar vinculada à aquisição do investimento, e não ao desenvolvimento de nenhuma atividade incentivada (diretriz para a formação do lucro da exploração).

- Em linha com esse entendimento destacamos o acórdão nº 1402-001.876, prolatado pela 4ª Câmara da 2ª Turma Ordinária do CARF, que determinou expressamente que a amortização do ágio não deve afetar o lucro da exploração da empresa. A título de esclarecimento, referido acórdão refere-se a lançamento em que a fiscalização concluiu que a reversão da Provisão para Manutenção da Integridade do Patrimônio Líquido (PMIPL), constituída por determinação da Instrução CVM 319/99, teria majorado o cálculo do lucro da exploração, por ter sido tratada como receita operacional pelo contribuinte, quando, em verdade, deveria ser, segundo a fiscalização, qualificada como não operacional, no que reduziria o percentual do benefício.

- Segundo o acórdão, a reversão da provisão não seria uma receita não-operacional, e mesmo se o fosse, seria necessário, por coerência, adicionar ao lucro da exploração as despesas de amortização de ágio, intrinsecamente, ligadas à referida provisão, visto que a legislação determina a exclusão dos resultados não-operacionais, e não apenas as receitas (resultado pressupõe receitas e despesas).

- O acórdão citado pela fiscalizada corrobora o entendimento da fazenda no caso da presente ação fiscal, senão vejamos. O ponto de partida para apuração do lucro da exploração é o lucro líquido do período. No caso da COSERN, este lucro contém a despesa de ágio e a reversão da provisão (receita), tornando-se nulo o efeito final do ágio no resultado. Tanto é assim que, na apuração do lucro real, a Companhia exclui a reversão da provisão contabilizada, por entender que o ágio é dedutível para o imposto de renda.

- Vê-se, portanto, que se o ágio não fosse dedutível na apuração do lucro da exploração, como pretende a fiscalizada, a reversão da provisão dele decorrente, por sua vez, deveria ser excluída, o que não ocorreu. Porém, considerando que tanto a despesa do ágio quanto a reversão da provisão não devem interferir na apuração do lucro da exploração; considerando que o lucro líquido já está ajustado pela norma da CVM (IN 319/99), por meio da qual o efeito do ágio não interfere no resultado societário; a adição da despesa do ágio efetuada pelo contribuinte o foi indevidamente. Primeiro porque inexistente previsão legal; segundo porque a despesa de ágio está diretamente ligada à atividade incentivada da empresa, visto que foi constituída com base em rentabilidade futura, rentabilidade do empreendimento investido. Já a reversão da provisão, enquanto receita, apesar de ser uma ficção contábil, decorre diretamente da despesa, portanto dela não se aparta, mantendo a mesma natureza, o que faz com que o lucro líquido da COSERN não necessite de ajustes de adição da despesa (ágio) nem de exclusão da receita (reversão da provisão) para apuração do lucro da exploração.

- Em relação ao ano-calendário de 2014, o contribuinte calculou a redução do imposto de renda no valor de R\$ 35.077.675,76.21. No entanto, limitou sua utilização ao montante de R\$ 32.201.376,49.22, segundo ele, pelo fato de já ter informado anteriormente tal valor à Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE, a qual emite um certificado referente ao benefício.

- Nesse sentido, considerando a glosa da adição do ágio, a fiscalização calculou a redução em R\$ 32.421.620,77, porém, como o valor está limitado a sua utilização pelo contribuinte, limitamo-nos, também, ao valor de R\$ 32.201.376,49. Sendo assim, não haverá, para este ano-calendário de 2014, valor de diferença a ser lançado a título de glosa de adição ao lucro da exploração (superestimado).

- Em relação ao ano-calendário de 2017, o contribuinte calculou a redução do imposto de renda no valor de R\$ 18.231.558,27. Referido valor foi limitado ao imposto de renda calculado com base no lucro real. No entanto, a fiscalização ao efetuar os ajustes no lucro real, apurou um novo montante de imposto de renda, o que elevou o limite do incentivo de redução para R\$ 19.856.464,94. Sendo assim, nesse referido período, não ocorreu diferença de valor a ser lançado a título de glosa de adição ao lucro da exploração.

- Pelos motivos expostos no subitem anterior, a presente fiscalização está glosando a adição da despesa de ágio efetuada pelo contribuinte na apuração do lucro da exploração (Registro N600 das respectivas ECF), assim como lançando a diferença de imposto de renda submetido ao benefício da redução calculado a maior pelo contribuinte:

MULTA PELA FALTA DE PAGAMENTO DAS ESTIMATIVAS MENSAS

- Tendo em vista que, nos anos-calendário de 2014 a 2017, a empresa optou pela forma de tributação do IRPJ e da CSLL com base no lucro real anual, com pagamento das estimativas mensais, e, considerando as infrações levantadas e relatadas por esta fiscalização acima, as quais alteram os resultados fiscais dos períodos de apuração e das estimativas mensais calculadas pelo contribuinte, concluímos que o mesmo efetuou diversos pagamentos do IRPJ e da CSLL a título de estimativa mensal a menor do que o devido.

- A falta do pagamento ou o pagamento a menor do IRPJ e da CSLL devidos mensalmente por estimativa estão sujeitos à multa de 50% sobre o valor que deixou de ser recolhido ou fora recolhido a menor que o devido, conforme disposto no artigo 44, inciso II, alínea "b", da Lei 9.430/1997, com a redação dada pelo artigo 14 da Lei 11.488, de 15/06/2007 (conversão da Medida Provisória nº 351, de 22/01/2007).

- Conforme especificado nos Demonstrativos de Apuração do IRPJ e da CSLL dos anos-calendário de 2014 a 2017, e, em decorrência das infrações apontadas por esta fiscalização, os resultados mensais foram alterados. Sendo assim, a empresa efetuou os recolhimentos do IRPJ e da CSLL a título de estimativa mensal a menor, ficando, portanto, sujeita às multas isoladas previstas no art. 44 da Lei 9.430/96.

Ciência e impugnação do lançamento

A ciência dos lançamentos, conforme termo a folhas 384, deu-se por meio eletrônico em 03/06/2019.

Em 02/07/2019, conforme termo a folhas 385, foi solicitada a juntada da impugnação e de documentos comprobatórios. A impugnação, que se encontra a folhas 387 a 450, contesta ambos os lançamentos, de IRPJ e CSLL. Os enunciados seguintes resumem seu conteúdo.

DOS FATOS

- A Impugnante é sociedade anônima que tem por objeto estudar, projetar, construir e explorar os sistemas de produção, transmissão, transformação, distribuição e comercialização de energia elétrica e serviços correlatos que lhe venham a ser concedidos ou autorizados por qualquer título de direito, e atividades associadas ao serviço de energia elétrica, podendo administrar sistemas de produção, transmissão, distribuição ou comercialização de energia pertencentes ao Estado, à União ou a Municípios, prestar serviços técnicos de sua

especialidade, organizar subsidiárias, incorporar ou participar de outras empresas e praticar os demais atos necessários à consecução de seu objetivo.

- Em recente fiscalização realizada pela Receita Federal, a Impugnante diligenciou da melhor forma possível para colaborar com as atividades dos Srs. Auditores Fiscais, fornecendo todas as informações, materiais e documentos que lhe foram solicitados.

- Todavia, não obstante a lisura dos procedimentos adotados frente à RFB, a fiscalização sustentou, no “Termo de Encerramento de Ação Fiscal”, que a Impugnante teria supostamente cometido três infrações.

- No entanto, conforme restará demonstrado a seguir, os aludidos autos de infração não podem subsistir, devendo ser julgados totalmente improcedentes.

ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES - CONTEXTO DAS PRIVATIZAÇÕES NO SETOR ELÉTRICO NO BRASIL

- A partir da década de 1990, o setor elétrico do Brasil passou por uma série de reformas visando maior eficiência e autonomia. Dentre as reformas mais relevantes temos a desverticalização da indústria de energia elétrica, com a segregação das atividades de geração, transmissão e distribuição e a privatização de geradoras e distribuidoras de energia elétrica.

- À época, visando atrair investidores para participar dos leilões de privatização, o Governo concedeu a possibilidade de amortização do ágio sobre o preço mínimo de venda das estatais, para abatimento do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL) durante o prazo de concessão.

- Em dezembro de 1997, foi editada a Lei nº 9.532, cujos artigos 7º e 8º regulamentaram a amortização do ágio (originariamente autorizada pelo artigo 386 do RIR/99), elemento que foi fundamental para o Programa Nacional de Desestatização. A própria exposição de motivos da Lei nº 9.532/97 deixa claro que o intuito da norma foi assegurar a dedutibilidade fiscal especificamente “às hipóteses de casos reais”, ou seja, aos ágios realmente existentes, como foram todos os ágios pagos nas privatizações. Vejamos:

“Atualmente, pela inexistência de regulação legal relativa a esse assunto, diversas empresas utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária. Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda a vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.”

- Nessa linha, todas as empresas do setor elétrico que foram privatizadas levaram em consideração, quando da sua participação nos leilões e formulação de preço, o benefício fiscal consubstanciado na possibilidade de amortização do ágio pago na compra da estatal da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

- Exatamente nesses termos são as Resoluções e Termos Aditivos aos Contratos de Concessão prolatados pela Agência Nacional de Energia Elétrica à época das privatizações, que determinam expressamente que as concessionárias deveriam proceder à amortização do ágio.

- Citamos como exemplo as seguintes resoluções e aditivos, todos franqueados ao acesso público via internet (DOC.01): Resolução nº 166/2004, relativa à privatização da Rio Grande Energia - RGE; Resolução nº 284/2000 e Primeiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão de Distribuição nº 07/97, relativos à privatização da Empresa Energética de Sergipe - ENERGIPE; Resolução nº 759/2006, relativa à BORBOREMA; Primeiro Termo Aditivo Contrato de Concessão de Distribuição de Energia Elétrica nº 008/1997, relativo à privatização da Companhia Energética do Rio Grande do Norte - COSERN; Primeiro Termo Aditivo Contrato de Concessão de Distribuição de Energia Elétrica nº 010/1997, relativo à privatização da Companhia de Eletricidade da Bahia - COELBA; Primeiro Termo Aditivo Contrato de Concessão de Distribuição de Energia Elétrica nº 014/1997, relativo à privatização da Companhia Paulista de Força e Luz - CPFL.

- No caso específico da Impugnante, foi celebrado o primeiro aditivo ao Contrato de Concessão nº 08/1997, no qual a Impugnante assume o compromisso de proceder à amortização do ágio.

- Não obstante a expressa autorização legal e a determinação da ANEEL, a Secretaria da Receita Federal do Brasil lavrou auto de infração para cobrança de IRPJ e CSLL com base no fundamento de que as despesas de amortização de ágio não seriam dedutíveis, tendo em vista que as operações societárias praticadas teriam sido realizadas com excesso de forma jurídica e abuso de direito.

- No entanto, dentro do contexto político-econômico vivido à época das privatizações, a possibilidade da dedução das despesas de amortização de ágio era um dos grandes incentivadores aos investimentos em privatizações, razão pela qual negar este direito (legalmente previsto) é, além de violar a legislação aplicável, subverter todo o contexto histórico e econômico da época.

DA EVOLUÇÃO DA DISCUSSÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DA DEDUÇÃO DAS DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NO JUDICIÁRIO

- A possibilidade da dedução das despesas de amortização de ágio é inegavelmente um dos principais temas em análise nas instâncias de julgamento da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

- No Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (câmaras baixas), ainda é possível verificar a proliferação de decisões favoráveis aos Contribuintes, no entanto,

quando a discussão atinge à Câmara Superior de Recursos Fiscais, o desfecho é invariavelmente favorável ao Fisco.

- Com o encerramento das discussões administrativas, os contribuintes têm se socorrido do Judiciário, onde o entendimento vem sendo construído no sentido de se reconhecer o direito à dedução das despesas de amortização de ágio, especialmente em casos de privatização como o da Impugnante.

- Por exemplo: em contexto absolutamente idêntico ao ocorrido no caso da Impugnante, a Fazenda Nacional lavrou autuações fiscais em face da COMPANHIA ENERGÉTICA DE PERNAMBUCO – CELPE (que faz parte do mesmo grupo econômico da Impugnante – NEOENERGIA), devido ao aproveitamento, como despesa dedutível de IRPJ e CSLL, de ágio pago ao Estado de Pernambuco no contexto da aquisição de ações da CELPE em leilão de privatização, autorizado pela Lei Estadual n 11.484/97.

- Para fins do devido cotejo analítico entre os casos, é importante ressaltar a identidade entre TODOS os fatos ocorridos no presente feito e no caso da CELPE, desde a aquisição de ações de Companhia de energia elétrica no contexto de privatizações e desverticalização do setor no país, passando pela mesma estrutura das operações societárias utilizadas pelo grupo econômico para possibilitar o aproveitamento do ágio através de “empresa veículo”.

- Encerrado o contencioso administrativo nos casos da CELPE, foram ajuizadas Ações Anulatórias perante a Seção Judiciária de Pernambuco, distribuídas sob os números 0815771-42.2017.4.05.8300 (referente ao Processo Administrativo nº 19647.010151/2007-83 – anos-calendário de 2001 a 2006) (DOC. 02) e 0804759-94.2018.4.05.8300 (referente ao Processo Administrativo nº 10480.723383/2010-76 – anos-calendário de 2007 e 2008) (DOC. 03).

- Em ambos os processos judiciais, foi realizada perícia técnica contábil – ressalte-se, por diferentes especialistas – havendo restado comprovada a regularidade na operação da CELPE para aproveitamento do ágio que deu ensejo às respectivas autuações fiscais (DOCS. 04 e 05, respectivamente).

- No contexto das referidas perícias, comprovou-se, resumidamente, que: (i) A escrituração contábil do ágio referente à aquisição das ações da CELPE no leilão de privatização ocorreu em total regularidade com os ditames legais; (ii) Não houve qualquer incremento desse ágio originalmente formado; (iii) Não houve formação de ágio interno diante das posteriores operações societárias levadas a efeito pelo grupo econômico para promover a transferência do ágio; (iv) Não houve qualquer benefício por parte da CELPE em virtude da realização da incorporação reversa para aproveitamento do ágio.

- Diante disto, concluiu-se, de forma inequívoca, que o valor escriturado na CELPE era, de fato, decorrente da aquisição do controle acionário no leilão de privatização e aquisições posteriores.

- Com fundamento nas razões de fato e direito expostas pela CELPE, bem como, com base nas supracitadas conclusões do laudo pericial contábil, o Juízo da 21ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, em recentíssima sentença, proferida em 06 de maio de 2019, julgou procedentes os pedidos formulados na Ação Anulatória nº 0804759-94.2018.4.05.8300 (DOC. 06) para determinar o integral cancelamento da cobrança de IRPJ e CSLL em virtude da glosa das despesas de amortização de ágio.

- Ressalte-se, novamente, que a operação levada a efeito pela CELPE é absolutamente idêntica à operação da Impugnante que deu ensejo à autuação fiscal que ora se pretende desconstituir. Em abono do argumento, transcrevem-se na impugnação alguns trechos da referida sentença, cuja fundamentação poderia facilmente se aplicar ao caso da IMPUGNANTE diante da similitude dos fatos.

- As Varas Federais da Seção Judiciária do Distrito Federal e de São Paulo também já tiveram a oportunidade de analisar casos análogos ao presente. Em decisão proferida pela 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos do Processo nº 1018275.04.2017.4.01.3400, o Juízo manifestou o seu entendimento no sentido de que (i) a utilização de empresas veículo por si só não configura ato ilícito ou abuso de direito, de forma a invalidar a operação; e, (ii) a desconsideração de atos e negócios jurídicos do contribuinte é medida extrema e excepcional, de forma que cabe ao Fisco a demonstração específica e devidamente comprovada, de que o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação.

- Transcrevem-se na impugnação, em abono do argumento, passagens da decisão.

- Nesse mesmo sentido, podem ser citadas as seguintes decisões proferidas, respectivamente, pela 3ª Vara da Sessão Judiciária do Distrito Federal e 7ª Vara Cível Federal de São Paulo.

- Assim, verifica-se que o Poder Judiciário vem adotando o entendimento que era aplicado pelo CARF até o ano de 2012, favorável aos contribuintes, no sentido de exigir a efetiva comprovação de fraude pela Fisco, sendo insuficiente a sua mera alegação e, permitir a dedução da amortização do ágio quando comprovado: (i) o efetivo desembolso financeiro; (ii) fundamento em rentabilidade futura; e (iii) a existência de incorporação de empresas, ainda que mediante emprego de empresas veículos.

PRECLUSÃO DA POSSIBILIDADE DE O FISCO QUESTIONAR A LEGALIDADE DOS ATOS SOCIETÁRIOS QUE DERAM ORIGEM AO ÁGIO

- Em 18/12/1997 o grupo formado pelas empresas GUARANIANA S.A, atualmente denominada NEOENERGIA S/A, COMPANHIA DE ENERGIA DO ESTADO DA BAHIA – COELBA e UPTICK PARTICIPAÇÕES S/A, arrematou, em leilão de privatização, as ações da COSERN.

- Posteriormente, em 30/11/2000, o grupo formado pelas empresas GUARANIANA S.A, atualmente denominada NEOENERGIA S/A, COMPANHIA DE ENERGIA DO ESTADO DA BAHIA – COELBA e UPTICK PARTICIPAÇÕES S/A, subscreveram aumento de capital na empresa IBIDEM S.A, mediante a transferência das ações da COSERN, transformando a IBIDEM em controladora da COSERN. Em 29/12/2000, a COSERN aprovou o protocolo de incorporação da IBIDEM S.A, nos termos da Ata da Assembleia Geral Extraordinária.

- Dessa forma, é fato inconteste que o ágio como elemento contábil e societário surgiu em 29/12/2000, com a incorporação daquela sociedade e a partir daí passou a produzir efeitos tributários. Vale dizer, muito embora o ágio tenha sido amortizado nos anos-base de 2012 e 2013, conforme informado pelo Sr. Auditor Fiscal, o fato contábil-societário, que deu origem ao referido ágio, ocorreu no ano-base de 2000.

- Assim, não poderia o Sr. Auditor Fiscal questionar a legalidade dos atos que originaram o direito ao aproveitamento do ágio, que surgiu, repita-se, em 2000, eis que transcorreu o prazo decadencial de cinco anos entre os fatos que propiciaram o surgimento do ágio em 2000 e a lavratura do auto de infração em questão (30/03/2017).

- Dessa forma, não poderia o Fisco efetuar os lançamentos de ofício sobre fatos pretéritos, já consumados no tempo em razão do decurso do prazo decadencial (fatos societários que geraram o direito à utilização do ágio, que ocorreram em 2000) para alcançar os efeitos decorrentes, desses fatos, em períodos subsequentes.

- Nesse sentido, o Conselho de Contribuintes já se manifestou reiteradas vezes sobre o tema, reconhecendo a impossibilidade de o Fisco questionar a legalidade dos fatos, ocorridos após o transcurso do prazo decadencial de cinco anos, que tenham gerados efeitos em anos subsequentes, como ocorre no presente caso. Confira-se, a propósito, a ementa proferida no acórdão nº 107-06.572, de lavra do I. Conselheiro Relator Luiz Martins Valero, sobre o tema.

- Ante o exposto, patente que ocorreu, no presente caso, a decadência do direito do Fisco questionar a legalidade dos atos societários que originaram o ágio e, como consequência, o direito ao seu aproveitamento que surgiu em 2000, ainda que os seus efeitos tenham ocorrido em momento subsequente (amortização realizada nos anos-base de 2014 a 2017).

DO MÉRITO

APROVEITAMENTO DO ÁGIO PAGO NA AQUISIÇÃO DA COSERN

- Conforme se extrai das informações contidas no Relatório de Auditoria Fiscal (“RAF”), a partir dezembro de 2000, a Impugnante passou a registrar as despesas de amortização de ágio, as quais reduziram os resultados tributáveis do IRPJ e da CSLL nos anos-calendário de 2001 e seguintes.

- No entendimento da Fiscalização, tais despesas não seriam dedutíveis, tendo em vista que as operações societárias praticadas, objetivaram “unicamente reduzir tributação através do benefício da dedutibilidade da amortização do ágio do IRPJ e da CSLL” (§ 53, pag. 10 do RAF).
- Não obstante, as operações societárias foram todas praticadas de forma legal e, sobretudo, com o aval dos órgãos reguladores, não havendo que se falar que as operações societárias seriam um mero estratagema que pudesse, aos olhos da D. Fiscalização, desaproveitar a dedutibilidade com a amortização do ágio em questão.
- O ágio gerado no presente caso decorre da aquisição do controle da Impugnante, em processo licitatório de privatização. De fato, após o leilão público especial realizado em 18 de dezembro de 1997 (DOC. 07), o novo grupo de controle da Impugnante passou a ser composto pelas seguintes empresas: GUARANIANA S/A; COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA; E UPTIK PARTICIPAÇÕES S.A.
- Conforme ressaltado pelo Sr. Agente Fiscal, a aquisição da participação societária da Impugnante se deu com o pagamento de ágio ao Estado do Rio Grande do Norte (antigo titular de suas ações), em razão da expectativa de rentabilidade estimada com base em resultado de exercícios futuros. Data do Evento: 18/12/1997 – Privatização da COSERN.
- Posteriormente, e como não poderia deixar de ser, os adquirentes manifestaram seu interesse em aproveitar o benefício fiscal de dedutibilidade da despesa com a amortização do ágio gerado na aquisição das participações societárias, conforme lhes era expressamente autorizado pelo artigo 386 do RIR/99.
- Dessa forma, para que fosse possível o aproveitamento do benefício fiscal previsto no artigo 386 do RIR/99, os adquirentes resolveram subscrever e integralizar capital na empresa IBIDEM S.A, mediante entrega das ações da Impugnante acrescidas do ágio. Data do Evento: 27/12/2000 – Transferência do Ágio para a IBIDEM.
- A operação societária foi previamente submetida à aprovação do órgão regulador do setor elétrico Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, conforme exigência prevista no artigo 27 da Lei nº 8.987/955. A ANEEL, no exercício de sua competência regulatória, autorizou a transferência do bloco de controle acionário da Impugnante para a IBIDEM S.A, conforme se depreende da Resolução nº 474, de 30 de novembro de 2000 (DOC. 08).
- Com a transferência do controle acionário da Impugnante à IBIDEM S.A, criou-se o ambiente necessário para que a Impugnante incorporasse sua controladora e, assim, aproveitasse o benefício fiscal previsto no artigo 386 do RIR/99, razão pela qual não pode prosperar a glosa das despesas pretendida pela Fiscalização.

- Em cumprimento ao artigo 27 da Lei nº 8.987/95, a operação societária pretendida foi submetida à apreciação da ANEEL, a qual autorizou a Impugnante a promover a incorporação de sua controladora por meio da Resolução nº 474, de 30 de novembro de 2000. (Doc. 08)

- A autorização da ANEEL foi concedida com base nas seguintes considerações: a análise levou em conta a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, bem como a qualidade e continuidade da prestação do serviço público de energia elétrica; a incorporação não incluía as dívidas oriundas do processo de aquisição da Impugnante; a incorporação estava em conformidade com os artigos 223 a 229 da Lei nº 6.404/76 e com a Instrução CVM nº 319/99, com as alterações promovidas pela Instrução CVM nº 349/01.

- Ademais, para a realização da incorporação foram estipulados diversos requisitos na própria Resolução ANEEL nº 474, de 30 de novembro de 2000, dentre os quais a obrigação de que o ágio fosse amortizado segundo a curva baseada em resultados de exercícios futuros e no prazo remanescente da concessão, sendo que o controle do aproveitamento do ágio seria feito pela Superintendência de Fiscalização Econômica e Financeira da ANEEL. Data do Evento: 28/12/2000 – Transferência do Ágio para a COSERN. O valor do ágio transferido à Impugnante em razão da incorporação da sua controladora (IBIDEM) estava devidamente contabilizado, nos termos do artigo 385 do RIR/99 (desmembrando-se valor do investimento e ágio), bem como estava devidamente amparado por novo laudo de avaliação de ações fornecido pela Ernst & Young, data base de 30 de novembro de 2000 (Doc. 09).

- Tal Laudo de Avaliação, bem como o Protocolo de Incorporação (Doc. 10) datado de 18 de dezembro de 2000, Justificação da Operação elaborado pela diretoria da Impugnante (Doc. 11), e o Parecer do Conselho Fiscal da Impugnante (Doc. 12) de 26 de dezembro de 2000, foram todos aprovados pela Ata da Assembleia Geral Extraordinária da Impugnante, de 29 de dezembro de 2000 (Doc. 13).

- Até este momento, note-se, apenas a título argumentativo, que não há qualquer indício ou comprovação de que os atos praticados foram realizados de modo a encobrir, enganar ou impedir o conhecimento, pelo Fisco e por quaisquer de seus credores ou terceiros, de qualquer operação ou até mesmo da intenção de realizar o aproveitamento do ágio na Impugnante.

- Ao contrário, todos os atos praticados pela Impugnante foram públicos (divulgados em jornais de grande circulação) e foram todos previamente submetidos à agência reguladora do setor de energia elétrica, a qual aprovou todas as operações pretendidas (Resolução ANEEL nº 474/00).

- Verifique-se que uma das formalidades previstas na legislação societária é a publicação do fato relevante da reestruturação societária ao mercado. Conforme se pode verificar dos documentos acostados aos autos, foi publicado o Fato

Relevante em jornal de grande circulação, tratando da incorporação da IBIDEM pela Impugnante, bem como descrevendo todas as operações acima relatadas (DOC. 14). Ou seja, nada foi omitido de ninguém, muito menos do Fisco.

- Após a incorporação, a Impugnante passou a deduzir o ágio da base de cálculo do IRPJ e da CSLL nos termos do artigo 386, § 6º, inciso II, do RIR/99. Essa decisão, encontra-se fundamentada, em síntese: na necessidade de aproveitamento do benefício fiscal concedido à Impugnante por determinação expressa de lei; na observância de todos os dispositivos normativos e regulatórios para a realização das operações societárias (total legalidade das operações); e no fato de a estrutura societária adotada ser a mais simples e coerente do ponto de vista econômico para o aproveitamento do ágio.

Natureza Do Ágio e Seu Tratamento Tributário

- O ágio ou deságio gerado em operações como as ocorridas no presente caso decorre da diferença entre o valor da efetiva aquisição e o valor patrimonial das ações, quando se adota o registro da participação societária pelo método da equivalência patrimonial. Caso o valor pago seja maior que o valor patrimonial, haverá ágio. Caso contrário, deságio.

- A Lei das S/A não abordou esse tema especificamente, mas ele está de acordo com as técnicas contábeis e encontra-se previsto na instrução CVM nº 247/96 e no artigo 385 do RIR/99.

- A amortização do ágio (ou deságio) é feita com o lançamento despesas (ou receitas) operacionais. O critério de amortização, contudo, dependerá do fundamento econômico para o pagamento dessa diferença.

- Segundo o artigo 385 do RIR/99, o lançamento do ágio deverá indicar algum dos seguintes fundamentos econômicos: valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; ou fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

- Especificamente para os casos em que a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado com fundamento econômico no valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, estabeleceu a legislação que será possível amortizar o valor do ágio nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração (inciso III do artigo 386 do RIR/99).

- O benefício fiscal de dedutibilidade do ágio pago na aquisição de sociedades tem como objetivo incentivar a prática de fusões e aquisições, especialmente quando se tratasse de estatais em processos de privatização. No

presente caso, como já mencionado, trata-se da aquisição de companhia estatal em processo licitatório de privatização. O processo de privatização foi completamente regular e todos os atos praticados estão de acordo com as normas de concessão do serviço público.

- Também é de conhecimento público que uma das ferramentas utilizadas pelo Governo Federal, como forma de incentivar as privatizações, foi a concessão do benefício fiscal de dedução do ágio pago na aquisição dessas empresas, facilitando e incentivando, assim, as operações.

- Quando da privatização das companhias estatais, as participações societárias eram adquiridas com ágio e registradas na forma do artigo 385 do RIR/99.

- A legislação autoriza, assim, a dedução do ágio registrado nessas aquisições quando fundamentado no valor de rentabilidade com base em resultados dos exercícios futuros. A possibilidade de amortização do ágio pago era uma forma de incentivar a venda das companhias estatais, configurando, dentre outros motivos, benefício fiscal para fomento às privatizações.

- No caso em questão, o fundamento econômico para o pagamento do ágio foi o valor de rentabilidade futura da Impugnante, o qual está devidamente comprovado pelo laudo de avaliação elaborado pela empresa Ernst & Young ora anexado aos autos (Doc. 09). Todo o procedimento é de conhecimento público por se tratar de processo licitatório de privatização.

- De fato, a operação encontra-se inserida no âmbito do Programa Nacional de Desestatização (“PND”), por meio do qual o Estado pretendia transferir para a iniciativa privada a prestação de diversos serviços públicos, que até então eram prestados pelo próprio Estado.

- O objetivo era aumentar a eficiência da prestação dos serviços e, com isso, obter uma redução das tarifas. As empresas privadas, por sua vez, adquiriam as empresas públicas com o pagamento de um ágio em função do potencial de lucratividade do segmento econômico em que começariam a atuar.

- O fundamento econômico para o aproveitamento do ágio, segundo o Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações, é o seguinte: “o ágio pago por expectativa de lucros futuros da coligada ou controlada deve ser amortizado por tais futuros lucros, ou seja, contra os resultados dos exercícios considerados na projeção dos lucros estimados que justifiquem o ágio. O fundamento aqui é o de que, na verdade, as receitas equivalentes aos lucros da coligada ou controlada não representam um lucro efetivo, já que a investidora pagou por eles antecipadamente, devendo, portanto, baixar o ágio contra essas receitas. (...)”.

- Na esfera fiscal, o benefício é concedido por meio do artigo 386 do RIR/99. Portanto, o benefício fiscal previsto no artigo 386 do RIR/99 de aproveitamento do ágio como uma despesa dedutível tinha como objetivo beneficiar situações

como a da Impugnante, pois tornava mais atraente a realização dos vultosos investimentos necessários para as privatizações.

- Ademais, também era muito comum que o ágio gerado em operações de privatização fosse aproveitado nas próprias empresas privatizadas, com o lucro por elas gerado. Nesse sentido, verifica-se que há autorização expressa do artigo 386, § 6º, inciso II, do RIR/99 para aplicação do benefício fiscal quando a empresa incorporada fosse aquela que detinha a propriedade da participação societária.

- Neste sentido, a revogação do inciso III do artigo 7º da Lei nº 9.532/97 (fundamento para o artigo 386 do RIR/99) foi proposta por meio do Projeto de Lei nº 2.922, de 2000, o qual se encontra arquivado. Não obstante, essa revogação foi contestada na proposta de emenda do Deputado Luiz Antonio Fleury (PTB-SP).

- Foi exatamente esse o mesmo benefício fiscal que a Impugnante pretendeu usufruir. Contudo, a forma como foi realizado o processo de privatização não permitia o aproveitamento de forma automática. Conforme mencionado, a Impugnante não poderia incorporar automaticamente suas controladoras, pois não é razoável a incorporação de empresas como a GUARANIANA S/A, que detém investimentos em diversas companhias de geração e de transmissão de energia elétrica por uma concessionária de energia elétrica, ou mesmo da COELBA, empresa também concessionária de energia elétrica.

- Dessa forma, foi necessário criar legalmente uma estrutura societária que permitisse a segregação desse investimento em uma sociedade que não tivesse outros ativos/atividades sociais que tornasse incompatível, economicamente, a incorporação da controladora pela controlada e, com isso, se transferisse o ágio para a controlada.

- Dessa forma, verifica-se que a única forma jurídica possível para tornar viável economicamente a aquisição da Impugnante no processo de privatização, com o aproveitamento do benefício fiscal de dedutibilidade do ágio, foi a forma adotada no caso concreto: reestruturação societária legal, de forma que a participação acionária adquirida com ágio pela empresa IBIDEM (gerado com fundamento econômico na privatização) fosse absorvida pelo patrimônio da Impugnante.

- De fato, a análise da operação como um todo demonstra o evidente fundamento econômico para a realização dos atos societários: o ágio legitimamente pago na aquisição da Impugnante no processo de privatização foi adquirido pela empresa IBIDEM, a qual foi absorvida pela Impugnante, que passou a amortizar esse valor com fundamento no artigo 386, § 6º, inciso II, do RIR/99.

- Ademais, o motivo para a realização das operações demonstra-se coerente com as estruturas societárias adotadas, pois decorrente da natureza do próprio processo de privatização. Insista-se: o aproveitamento do benefício fiscal não poderia ter sido realizado de outra maneira.

- Portanto, trata o presente caso de mera fruição de um benefício fiscal previsto em lei, que possui todos os requisitos legais, motivação econômica e coerência das estruturas adotadas com a finalidade pretendida.

- Dessa forma, o ganho econômico da Impugnante, decorrente do aproveitamento do ágio, reflete um benefício fiscal já considerado no momento do pagamento do preço no processo licitatório de privatização (benefício este considerado por todos os participantes do leilão público). Não poderia agora o próprio Fisco pretender cercear a fruição desse benefício fiscal sob a alegação de que a Impugnante o teria prejudicado.

Motivo, Finalidade e Congruência do Negócio Jurídico

- O Agente Fiscal alega que as operações praticadas no presente caso não teriam propósito negocial, ou seja, não teriam um substrato econômico para a sua realização, já que, no seu entender, teriam sido realizadas apenas com o intuito de economizar tributos.

- De fato, é necessário destacar que parte da doutrina e da jurisprudência administrativa realmente vem adotando limites positivos ao “planejamento tributário” (que como já afirmado não é o caso dos autos), ou seja, a teoria do propósito negocial. O primeiro desses limites positivos, reconhecido como aplicável em nosso sistema jurídico por Marco Aurélio Greco, corresponde ao motivo, à finalidade e à congruência do negócio jurídico.

- Para este autor, o motivo e a finalidade do negócio jurídico não podem ser predominantemente tributários. Com efeito, o motivo das partes (o que chamamos de intenção) de obter uma economia tributária não seria suficiente para a realização do negócio. Seria necessário demonstrar que houve outros motivos para sua realização.

- Além de existir o motivo e a finalidade predominantemente não tributários, seria necessário que eles fossem congruentes entre si. Portanto, deve ser possível demonstrar que o motivo não predominantemente tributário é compatível com a finalidade pretendida com a realização do negócio jurídico.

- No presente caso, admitindo-se os pressupostos dessa doutrina mais restrita, ainda assim, encontram-se presentes o motivo, a finalidade e congruência dos atos, pelo que não se pode admitir o entendimento do Sr. Agente Fiscal: todos os atos praticados tiveram por motivo a aquisição da COSERN em processo de privatização, para o consequente aproveitamento do benefício fiscal de dedução do ágio gerado nessa aquisição nos estritos termos da Lei.

- Inclusive, ao longo desta defesa, demonstrou-se os motivos pelos quais foram adotadas outras estruturas ou outros caminhos quando da realização de todas as operações, tendo em vista as peculiaridades do caso; a finalidade da operação era a aquisição de uma concessionária de energia elétrica de grande porte e participação no mercado brasileiro, como forma de consolidar as

atividades do grupo de empresas controlados pela GUARANIANA S/A, atualmente denominada NEOENERGIA S.A, e todos os atos societários praticados inserem-se congruentemente neste contexto da aquisição de uma concessionária de energia por um grupo detentor de grandes empresas concessionárias de energia elétrica (geradoras e transmissoras): a forma de participação no leilão; os fluxos de caixa ocorridos; a necessidade da constituição de todas as sociedades envolvidas; e todas as operações realizadas para reduzir estruturas desnecessárias e obter uma sinergia no grupo NEOENERGIA S/A.

- Portanto, todos os atos praticados, analisados como um “filme”, demonstram claramente a congruência do motivo e da finalidade da operação realizada pelo grupo NEOENERGIA S/A, os quais não eram predominantemente tributários. Dessa forma, não há que se falar em falta de propósito negocial ou ausência de pressuposto econômico, como afirmou o Sr. Agente Fiscal, estando presentes todos os requisitos exigidos pela nova corrente doutrinária.

Ante o exposto, torna-se evidente a total insubsistência dos argumentos levantados pelo Sr. Agente Fiscal para a lavratura do presente auto de infração, uma vez que a presente operação é totalmente legítima, válida e em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro e com a atual doutrina e jurisprudência acerca do propósito negocial, motivo pelo qual deverão ser cancelados.

Legitimidade Da Operação Como Planejamento Tributário

É importante que se demonstre o total equívoco cometido na qualificação dos atos praticados como sendo parte das operações seguintes.

“Procedimentos num Curto Intervalo de Tempo”

- Afirma o Sr. Agente Fiscal que “A prática adotada pelo GRUPO, detentor do controle da empresa fiscalizada, consistiu numa série de procedimentos, num curto intervalo de tempo, com o objetivo de “construir” uma situação contábil que lhe permitisse o aproveitamento (indevido) do benefício fiscal de amortização do ágio previsto no art. 386 do RIR/99; isso sem que as empresas que efetivamente fizeram o investimento de aquisição de seu controle acionário, com ágio, liquidassem esses investimentos ou sofressem concentração ou desconcentração empresarial (incorporação, fusão ou cisão).” (§42 do TEAF).

- Ora, a Impugnante sempre apresentou à fiscalização todas as etapas que pretendia realizar, inclusive o objetivo final pretendido de aproveitamento do ágio na Impugnante. Conforme mencionado, essa situação final já era vislumbrada desde a realização do processo licitatório de privatização e decorre de benefício fiscal previsto em lei.

- Ademais, todos os atos praticados cumpriram as formalidades exigidas em lei e foram devidamente aprovados pela agência regulatória do setor elétrico ANEEL, o que já foi exaustivamente demonstrado nestes autos.

“atos formais desprovidos de racionalidade econômica” (§ 44 do TEAF)

- Em que pesem as infundadas ilações da Autoridade Lançadora, não há qualquer irregularidade na transferência da despesa de amortização do ágio para a Impugnante, pois se trata de benefício fiscal concedido por lei, inclusive com previsão expressa.

- Com efeito, não assiste razão à D. Fiscalização, pois a alegada transferência da base tributável está expressamente prevista no artigo 386 do RIR/99, como já mencionado, configurando-se, pois, situação privilegiada por lei para incentivar determinadas práticas, dentre elas a valorização de empresas estatais em processo de privatização.

“engendrou-se um artifício jurídico dessas empresas subscreverem a suas ações de missão da COSERN (com o ágio) em empresa efêmera” (§ 45 do TEAF)

Novamente equivoca-se o Sr. Agente Fiscal ao dizer que não se trataria o presente caso de reestruturação societária na medida em que trata-se da incorporação de uma empresa controladora por sua controlada. Na verdade, trata-se novamente de situação de benefício fiscal expressamente autorizada por lei, pois a dedutibilidade do ágio também é extensivo à aquisição de participação societária com ágio quando “a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária” (§ 6º do artigo 386 do RIR/99).

- Não obstante a previsão expressa em lei para a realização dessa operação societária, limita-se a fiscalização a afirmar que “engendrou-se um artifício jurídico dessas empresas subscreverem a suas ações de missão da COSERN (com o ágio) em empresa efêmera (sociedade criada com propósito específico), sem qualquer propósito negocial; (...). (§ 45 do TEAF).”

- Ocorre que, a despeito das afirmações acima mencionadas, sem qualquer referência a fatos concretos, a operação realizada pela Impugnante não foi realizada sem nenhum propósito negocial. Ao contrário, foi amplamente utilizada nos processos licitatórios de privatização ocorridos no Brasil e encontra previsão legal no § 4º do artigo 264 da Lei das S/A e no mencionado § 6º do artigo 386 do RIR/99.

- Em que pesem os argumentos do Sr. Agente Fiscal, não há qualquer irregularidade ou anormalidade em se integralizar ações de uma sociedade em outra para que esta passe a ser sua controladora. O fato de a IBIDEM haver sido constituída em 02/06/1998 e baixada em 29/12/200 e possuir capital de R\$ 1.000,00 não torna a operação irregular.

- Novamente, é importante ressaltar que todos os atos praticados pela Impugnante foram públicos e previamente submetidos à agência reguladora do

setor de energia elétrica, a qual aprovou todas as operações pretendidas sem ressalvas, de forma que não poderá prevalecer qualquer dúvida sobre a legitimidade das operações. De fato, conforme mencionado pela própria fiscalização, a empresa IBIDEM adquiriu as ações da Impugnante com o ágio pago no processo licitatório de privatização e, assim, passou a ser sua controladora.

- Verifica-se que todos os atos praticados foram devidamente autorizados pelo órgão regulador do setor de energia elétrica (Resolução ANEEL nº 474/00).

- Dessa forma, é possível afirmar que a Instrução CVM nº 349/01 foi instituída com a finalidade adaptar a regulamentação existente de forma que refletisse adequadamente as operações realizadas com ágio nas demonstrações financeiras, como a realizada pela Impugnante, a qual foi praticada em conformidade com o disposto as regras da CVM, inclusive a própria Instrução CVM nº 349/01.

“Aquisição de ‘Ágio de si Mesma” (§ 47 do TEAF)

- Também causa estranheza ao Sr. Agente Fiscal o fato de a Impugnante ter aproveitado o “ágio de si mesma”. Ocorre que não há qualquer motivo para se estranhar uma operação para o aproveitamento do ágio que tenha expressa previsão em lei tributária.

- Reconhece a fiscalização que “No caso aqui tratado, não houve a requerida unificação patrimonial, apenas fabricou-se na COSERN o que deveria ser o ‘ágio de si mesma’”. (§47 do TEAF). Contudo, apesar de acabar reconhecendo que a Impugnante incorporou a sua controladora (IBIDEM), entendeu que tal operação seria questionável do ponto de vista fiscal.

- Na verdade, tal questionamento não se justifica quando se percebe que a operação caracteriza hipótese de benefício fiscal expressamente previsto em lei (conforme mencionado, o § 6º do artigo 386 do RIR/99).

“Operações entre Partes Relacionadas (Operações IntraGrupo)”

- Novamente, percebe-se o equivocado raciocínio da Fiscalização ao entender que o Fisco teria saído prejudicado com as operações. Em primeiro lugar, o ágio é antes um ganho ao Estado, pois se está recebendo um valor maior do que o valor patrimonial contábil de sua empresa (com base numa expectativa de rentabilidade futura que pode não ocorrer). Em segundo lugar, a Impugnante incorreu em uma despesa expressamente prevista em lei, motivo pelo qual não há prejuízo ao Fisco, mas sim o pagamento do exato montante previsto em lei.

- Contudo, mais uma vez é importante ressaltar que o benefício fiscal ora analisado, por sua própria natureza, só existe em operações societárias que envolvam empresas do mesmo grupo.

- O próprio § 6º do artigo 386 do RIR/99 deixa clara a sua aplicação para incorporação da controladora pela controlada: “§ 6º O disposto neste artigo

aplica-se, inclusive, quando: II – a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.”

- Portanto, mais uma vez se percebe o equívoco da fiscalização ao qualificar as operações realizadas pela Impugnante como um “estratagema”. Todos os atos praticados obedeceram estritamente a legalidade e ainda apresentam motivos econômicos congruentes com a finalidade a que se destinam.

Da inexistência de abuso de direito

- A aplicação do instituto do abuso do direito para fins de controle do planejamento tributário é muito questionada atualmente. Grande parte dos autores encontram dificuldade de aplicação desse instituto para fins tributários.

- Luis Eduardo Schoueri, por exemplo, ao analisar o caso específico da distribuição disfarçada de lucros, afirma que “É certo que, com a atitude do contribuinte, o fisco poderá ter sua arrecadação prejudicada (e por isso mesmo é que os diversos legisladores contemplam a distribuição disfarçada de lucros), mas por certo não foi o contribuinte movido pelo desejo de prejudicar seu País, mas de ampliar seus próprios lucros.” ⁷ De fato é muito difícil verificar no planejamento tributário a intenção de prejudicar o Fisco.

- O interesse do contribuinte é sempre o de maximizar seus lucros, nem que seja por meio da economia tributária. Até mesmo a existência do direito do Fisco de obter uma maior arrecadação é questionável. Em razão do princípio da legalidade, não é possível a cobrança de um tributo não previsto em lei.

- Contudo, no abuso do direito o contribuinte não realizou o fato gerador do tributo, mas sim outro fato distinto não abrangido pela norma tributária de incidência.

- Portanto, não existe um direito do Fisco a ser lesado. Ademais, também é relevante a conclusão de Heleno Taveira Torres no sentido de que é difícil pensar em abuso do direito em matéria tributária. Isto porque, o direito de que o contribuinte abusaria seria o de auto organização. Este, contudo, não é um direito, mas sim um poder de auto regramento das condutas.

- Por fim, segundo este autor, as normas tributárias são normas cogentes e não meramente dispositivas. Assim, qualquer abuso que contrarie essas normas configura uma afronta direta de lei e não um abuso do direito. No presente caso, não houve qualquer afronta direta de lei.

- Com efeito, não há como afirmar que houve um abuso do direito no presente caso. De fato, para que se verificasse referida distorção no equilíbrio do relacionamento entre as partes, seria necessária a utilização de um direito em finalidade diversa daquela para qual o ordenamento assegura sua existência.

- No entanto, o direito à fruição do benefício fiscal de dedução do ágio previsto no artigo 386 do RIR/99 é conferido especialmente para casos de aquisição de participação societária pagando uma diferença a maior entre o custo

de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição, especialmente quando tiver como fundamento econômico o valor de rentabilidade da controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros (artigo 385 do RIR/99).

- Esse benefício fiscal foi previsto especialmente para o incentivo às privatizações, pois os adquirentes estariam dispostos a pagar um ágio maior quando fossem adquirir as empresas estatais. Esse aumento de valor beneficiaria o próprio Estado e, portanto, não haveria perda nem prejuízo com a sua dedutibilidade para fins de apuração da CSLL.

- Segundo a fiscalização, o fundamento para a aplicação do benefício fiscal de aproveitamento do ágio está na possibilidade de “apropriar a amortização deste ágio como despesa dedutível, impõe a absorção do patrimônio da incorporada, fusionada ou cindida:...” (§ 19 do TEAF).

- Todavia, conforme mencionado, o fundamento econômico para o aproveitamento do ágio “é o de que, na verdade, as receitas equivalentes aos lucros da coligada ou controlada não representam um lucro efetivo, já que a investidora pagou por eles antecipadamente, devendo, portanto, baixar o ágio contra essas receitas.

- Dessa forma, conforme já explicitado nos presentes autos, o que também é reconhecido pela fiscalização, o fundamento econômico do ágio com base em expectativa futura de lucros futuros está evidente, até mesmo porque o ágio foi pago em processo licitatório de privatização (leilão público). Portanto, descabida a afirmação da fiscalização de que a legislação societária foi usada apenas como instrumento para alcançar ganhos na esfera da legislação tributária.

- Não obstante a demonstração de inocorrência de abuso do direito no presente caso, também é importante que se desfaça o equívoco da fiscalização ao afirmar que se estaria diante de uma série de atos formais desprovidos de racionalidade econômica.

- Aparentemente, a inferência de simulação foi utilizada de forma despropositada pela fiscalização, pois em nenhum momento traz elementos para afirmar a existência desse vício do negócio jurídico.

- Contudo, apenas para ficar claro que as operações não apresentam qualquer indício de simulação, passa-se a demonstrar a regularidade dos atos praticados.

- Da Inexistência De Simulação ¶ Os negócios jurídicos praticados no presente caso gozam de plena validade jurídica e, por essa razão, não poderiam ser pretensamente desconsiderados pelo Sr. Agente da Fiscal a pretexto de uma suposta simulação.

- Para Pontes de Miranda, o instituto da simulação “vem de simul, advérbio, com o sentido de fingir ser, ou de se aparentar o que não se é, ao passo que

assemelhar, semelhança, assimilar, derivam de similis, adjetivo. Alguém, que se assemelha a outrem, nada faz para isso: a relação entre os dois é objetiva. Quem simula, ou quem dissimula, faz por aparentar, ou por encobrir.”

- A simulação é um instituto de Direito Civil, cuja definição, à época dos fatos ora analisados, estava prevista nos artigos 102 e 103, do Código Civil.

- Assim, em regra, pode-se afirmar que haverá simulação sempre que um ato apresenta vontade diferente da aparentemente manifestada. Ressalte-se, porém, que este ato somente será considerado defeituoso quando houver o intuito de prejudicar terceiros, ou ainda, violar dispositivo de lei.

- Assim, no caso concreto, não se pode alegar a existência de eventual simulação. Isto porque, além do fato de que as operações pactuadas entre as partes não aparentarem direito diverso daquele que foi realmente contratado, também não contém quaisquer declarações ou cláusulas não verdadeiras, caracterizada pelo inciso II, do artigo 102 do Código Civil Brasileiro vigente à época.

- Também, conforme já mencionado, não foi realizada qualquer operação com o intuito de prejudicar terceiros, muito menos o Fisco, não podendo, por isso, prevalecer o entendimento do Sr. Agente Fiscal que afirma equivocadamente que o Fisco teria sido prejudicado com a dedução do ágio pela Impugnante.

- Assim, não se pode admitir que houve simulação de quaisquer atos praticados na reestruturação societária questionada no presente caso, sobretudo porque as operações realizadas não se subsomem, nem com muita elucubração, às disposições dos artigos 102 e 103 do antigo Código Civil.

- Ademais, cumpre ressaltar, com efeito, que simulação não se presume e não se prova por meio de indícios. No presente caso, o Sr. Agente da Fiscalização não conseguiu comprovar a ocorrência da simulação. Muito antes pelo contrário. O que se pode depreender dos documentos anexos ao presente processo administrativo, é que de fato as operações societárias em comento ocorreram. E mais, que a Impugnante nunca quis demonstrar operação diversa da que foi efetivamente realizada, lastreada em laudos de empresa de auditoria de renome.

- Importante notar ainda que, à época em que as operações foram realizadas, os atos societários e quaisquer outras declarações e confissões que envolveram as partes do negócio foram realizados antes da ocorrência do fato gerador do tributo. Ao tratar de simulação, o que se pretende, com a manifestação mentirosa, é de alguma forma encobrir o que de fato está acontecendo, o que no presente caso não ocorreu. Portanto, inadmissível a alegação de que todos os atos praticados foram simulados.

- A Câmara Superior de Recursos Fiscais (“CSRF”) do Ministério da Fazenda já pacificou o entendimento de que para que se possa materializar a simulação, é necessário que o ato praticado não pudesse ser realizado, seja por vedação legal

ou por outras circunstâncias fáticas, sendo que os objetivos visados com a prática do ato não interferem na qualificação do mesmo, ou seja, se o ato era lícito, as consequências contrárias ao Fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal.

- Essas decisões, embora tratem de hipóteses diferentes, trazem a indicação dos elementos essenciais que caracterizam a simulação. Na ausência de alguns deles, não ocorre simulação.

- Diante de tudo o que foi exposto, resta comprovado que as operações societárias celebradas pela Impugnante foram todas lícitas, permitidas legalmente, feitas de modo a produzir os efeitos que realmente expressavam, pelo que, não foram operações simuladas.

- Assim, conforme já devidamente apontado e reforçado, as operações societárias realizadas pela Impugnante (i) condizem com a vontade de cada uma das partes envolvidas, (ii) estão regulares à luz do ordenamento jurídico vigente à época das operações, (iii) foram praticadas sem o intuito de prejudicar ninguém, tampouco o Fisco, (iv) encontram-se em consonância com a maioria dos entendimentos emanados para operações semelhantes pelo Conselho de Contribuintes; e (v) operaram-se antes da ocorrência de qualquer fato gerador da CSLL.

Da Inexistência De Fraude À Lei

- Com efeito, a fraude à lei pressupõe a existência de uma norma cogente que obriga o sujeito a realizar determinada conduta. Para que ocorra a fraude à lei, deve o sujeito realizar um planejamento tributário com a finalidade de contornar essa norma cogente.

- Contudo, na fraude à lei, o contribuinte realiza um negócio jurídico que está sujeito a determinada norma de incidência tributária menos onerosa. Ele não realiza o negócio jurídico previsto na norma de incidência mais onerosa.

- Neste sentido, são importantes as palavras de Heleno Taveira Torres, para quem não há espaço para a “fraude à lei” por contorno a normas de incidência tributárias. Para ele, “Fraude à lei que importa para o direito tributário é o afastamento de regime mais gravoso ou tributável por descumprimento indireto de regra imperativa de direito privado, na composição do próprio ato ou negócio jurídico. E nesse caso, justifica-se o agir do Estado na preservação dessas regras, inclusive quando a burla tenha como fundamento evitar a incidência de regras tributárias.”² No presente caso, não há qualquer descumprimento indireto de uma regra imperativa de direito privado. Ao contrário, todas as regras de direito privado foram observadas e cumpridas pela Impugnante, o que foi exaustivamente demonstrado na presente impugnação e foi reconhecido pelas Resoluções da ANEEL.

- Portanto, não há que se falar em fraude à lei no presente caso, motivo pelo qual as operações praticadas pela Impugnante são legítimas e o aproveitamento

do ágio encontra-se plenamente justificado perante o nosso ordenamento jurídico.

- Negócio jurídico de incorporação de ações (análise da aquisição das ações no caso concreto)

- O ágio gerado no presente caso decorre do desdobramento do custo de aquisição de participação societária em decorrência de um negócio jurídico de incorporação de ações. Dessa forma, passa-se a analisar mais detalhadamente a natureza jurídica dessa operação e sua causa objetiva, com o que restará demonstrado que esta foi a operação mais adequada para o objetivo pretendido pelo Grupo e, diferentemente do afirmado pela Autoridade Fiscal “o GRUPO (GUARANIANA, COELBA e UPTICK), que no início do processo de “reestruturações” detinha 152.967.605 ações de emissão da COSERN: ao término das operações, permanece com a mesma quantidade de ações e na mesma condição de controlador da COSERN; ou seja, nada mudou” (§22 do TEAF), a contraprestação pela aquisição da participação societária tem como contrapartida a assunção de uma dívida (com os novos sócios da sociedade que tiveram suas ações incorporadas).

O negócio jurídico de incorporação de ações está previsto no artigo 252 da Lei das S/A.

- Ademais, ressalte-se que a exposição de motivos do Projeto da Lei das S/A se expressa no sentido de que: “A incorporação de ações (...) é meio de tornar a companhia subsidiária integral, e equivale à incorporação de sociedade sem extinção da personalidade jurídica da incorporada. A disciplina legal da operação é necessária porque ela implica - tal como na incorporação de uma companhia por outra - em excepcionar o direito de preferência dos acionistas da incorporada de subscrever o aumento de capital necessário para efetivar a incorporação (...)”

- De fato, enquanto na incorporação de sociedade, a incorporada deixa de existir e é sucedida universalmente pela incorporadora, na incorporação de ações ocorre, regra geral, o aumento do capital da sociedade incorporadora, que passa a ter a outra sociedade como sua subsidiária integral.

- Portanto, na perspectiva societária da operação ora analisada, os acionistas da incorporada subscrevem aumento de capital da incorporadora com as ações de sua propriedade, tornando-se voluntária ou involuntariamente, acionistas da incorporadora.

- Com efeito, depreende-se que a natureza jurídica da incorporação de ações aproxima-se muito do aumento de capital social cuja integralização é feita com a conferência das ações da sociedade incorporada (hipótese descrita anteriormente).

- Dessa forma, pode-se concluir que a incorporação de ações é uma operação que não corresponde a uma incorporação de sociedade e mais se assemelha a

um aumento de capital com bens (no caso, ações), apesar de resguardar algumas diferenças em relação a este instituto.

- Portanto, pode-se definir a causa objetiva do negócio jurídico de incorporação de ações como sendo: a incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral. A incorporadora terá como contraprestação a entrega de ações que couberem aos titulares das ações incorporadas.

- Contudo, em face do exposto até o momento, o mais importante é deixar claro que na incorporação de ações não há “pagamento”. O pagamento é uma contraprestação do negócio jurídico de venda e compra. Na incorporação de ações, entrega-se as ações da incorporada e tem-se como contraprestação o recebimento de ações da incorporadora (o que representa uma assunção de dívida para com os sócios). Neste sentido, cita-se Arnaldo Wald.

- Ocorre que novamente se faz necessário o seguinte questionamento: Qual é o valor a ser atribuído às ações incorporadas? A resposta a esse questionamento também é simples: o valor das ações incorporadas corresponde ao valor das ações da incorporadora que serão recebidas pelos titulares das ações incorporadas, desde que tal valor esteja suportado por laudo de avaliação, conforme se depreende dos §§ 10 e 30 do artigo 252 da Lei das S/A.

- Portanto, verifica-se que, no presente caso, não há que se falar em “pagamento”, pois este elemento não faz parte do negócio jurídico de incorporação de ações. No presente caso, o custo de aquisição é o valor do capital aumentado e entregue aos titulares das ações incorporadas (assunção de dívida pela empresa). Este custo é desmembrado em valor do investimento pelo MEP e ágio (devidamente suportado por um laudo de avaliação).

- Ante o exposto, uma vez demonstrada a verdadeira natureza jurídica dos atos praticados, sua total conformidade com o Direito Contábil Societário e consequente desnecessidade de pagamento para a aquisição da participação societária no presente caso (uma vez que decorrente da assunção de dívida sob a forma de emissão de ações representativas do capital pertencente aos acionistas), faz-se necessário agora analisar as normas tributárias que tratam dessa mesma operação, denominadas Direito Contábil Fiscal/Tributário, sendo este o ramo do Direito Contábil que irá definir corretamente os conceitos aplicáveis à apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, conforme já demonstrado.

Desnecessidade de pagamento

- Com relação às formas de aquisição da participação societária, o artigo 20 do DL nº 1.598/77, não traz qualquer referência a um negócio jurídico específico para que esta aquisição seja realizada. O direito privado traz diversas formas jurídicas possíveis de aquisição e qualquer uma delas será válida para fins do Direito Contábil Fiscal/Tributário. No mesmo sentido, invoca-se o entendimento

de Ricardo Mariz de Oliveira. Acerca do conceito do vocábulo aquisição, cita-se também o entendimento de Andrade Filho.

- Portanto, não há justificativa para se exigir o pagamento para que seja válido o custo de aquisição da participação societária. Assim, completamente equivocado o entendimento do Sr.

Agente Fiscal ao analisar o artigo 385, inciso II, do RIR/99.

- A interpretação do Sr. Agente Fiscal é bastante frágil, pois a aquisição pode se dar por diversas formas, sem que seja necessária a existência de pagamento (v.g. permuta, dação em pagamento, doação, conferência de bens para integralização de capital e, como no presente caso, incorporação de ações).

- Destaque-se, porém, que apesar de não ser necessário o “pagamento” para configurar a aquisição de um bem/direito, haverá sempre um custo a ser suportado pelas partes (que poderá dar origem ao ágio previsto no inciso II do artigo 385 do RIR/99). Ou seja, não se pode confundir, como fez o Sr. Agente Fiscal, “pagamento” com “custo”.

- No caso em questão, o custo das ações está devidamente suportado por ter havido, como visto, uma efetiva aquisição em ambas as acepções do Direito Contábil Societário como do Direito Contábil Fiscal/Tributário, bem como por laudo elaborado por renomada empresa de auditoria, conforme já mencionado, pelo que correta está a apuração do ágio independentemente da existência de pagamento.

- De fato, o raciocínio do Sr. Agente Fiscal somente faria sentido caso a legislação tributária dissesse que “deverá, por ocasião da aquisição da participação [por meio de venda e compra], desdobrar o custo de aquisição em (...)”, pois, conforme demonstrado, o pagamento é a contraprestação de uma “venda e compra”. Contudo, não é esta a redação do artigo 20 do DL nº 1.598/77.

Isonomia com Tratamento Fiscal do Deságio

- Caso a aquisição da participação societária tivesse se dado por valor inferior ao valor de patrimônio líquido, teria sido reconhecido um deságio, nos termos do RIR/99.

- Este deságio (quando fundamentado na expectativa de rentabilidade futura – inciso II do § 2º do artigo 386 do RIR/99) deveria ser amortizado e tributado durante os 5 anos subsequentes à incorporação.

- Com efeito, verifica-se que o deságio deverá ser amortizado, com a consequente tributação dessas receitas. Ressalte-se, neste sentido, que a Receita Federal já manifestou entendimento de que este deságio deveria ser tributado mesmo que fosse gerado em uma operação interna, dentro do mesmo grupo, como ocorreu no presente caso. Este foi o objeto do Acórdão 108-07.684.

- Com efeito, conforme se percebe na manifestação da Receita Federal em casos análogos ao presente (aquisição de participação societária dentro do mesmo grupo), é entendimento do Fisco de que a aquisição de participação societária por valor inferior ao patrimônio líquido (deságio) é suficiente para que esse valor seja configurado como receita tributável, após um evento de incorporação.

- Contudo, a Receita Federal pretende, no presente caso, não admitir a dedutibilidade do ágio gerado dentro do mesmo grupo econômico, por entender que não haveria motivo econômico para uma aquisição que não fosse a valor de patrimônio líquido.

- Trata-se de evidente tratamento desigual para situações idênticas – aquisição de participação societária a valor de mercado (“dois pesos, duas medidas”). Ora, e se o valor de mercado das ações da COSERN fosse inferior ao valor do seu patrimônio líquido contábil, seria apurado um deságio na operação de incorporação de ações sob análise, a mesma Receita Federal do Brasil se preocuparia em isentar a tributação do referido deságio por parte da Impugnante após o processo de incorporação da COSERN ?

IMPOSSIBILIDADE DE INGERÊNCIA NA ATIVIDADE DO CONTRIBUINTE - OPÇÃO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAR A TEORIA DO PROPÓSITO NEGOCIAL

- Muito embora a Impugnante tenha realizado as operações em questão por razões extra tributárias, vale salientar que não pode o Fisco pretender adentrar à liberdade individual dos contribuintes, por não possuir poder de ingerência sobre os negócios particulares realizados na administração da sociedade empresária, como pretendeu o Sr. Agente Fiscal.

- Deveras, a liberdade de auto-organização sempre foi tida como resultado das garantias asseguradas por diversos princípios constitucionais. O mais importante deles, o princípio da legalidade, é basilar em nosso ordenamento jurídico, estando previsto de forma genérica no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, e, dada sua cabal importância, adotado específica e expressamente para fins tributários no artigo 150, inciso I, do mesmo diploma.

- Neste exato sentido, confirmam-se as lições do doutrinador Alberto Xavier a respeito do tema, afirmando a impossibilidade de o Fisco, por razões de ordem fiscal, reprimir a liberdade de gestão do contribuinte. Este entendimento é também adotado pelo Professor Luís Eduardo Schoueri, que complementa o fato de os empreendedores terem o direito de se organizar da forma que melhor lhes convier, em razão da liberdade de iniciativa.

- Efetivamente, não havendo norma que proíba a pessoa jurídica de realizar a operação de determinada maneira, não se pode pretender impedir o contribuinte de realizá-la, partindo-se de premissas baseadas exclusivamente em fins arrecadatórios, sob pena de se afrontar a liberdade contratual; a liberdade de

exercício da atividade econômica e a autonomia da vontade das partes contratantes, que são verdadeiros princípios constitucionais.

- A fim de que não parem dúvidas quanto à impossibilidade de o Fisco interferir na maneira como os contribuintes estruturam suas operações, vale citar, outrossim, os ensinamentos do prof. Humberto Ávila, o qual leciona que o Estado não tem apenas o dever de não restringir o modo que o contribuinte realizará seus negócios jurídicos (em observância da lei), mas também tem o dever de proteger esta liberdade.

- Neste sentido, cite-se o entendimento proferido pelo Conselheiro do CARF, Alberto Pinto, relator do Acórdão nº 1302-001.150. Como se vê, o CARF admite que, se o contribuinte pode encontrar na legislação mais do que um caminho, sendo um deles, inclusive, menos oneroso, mas perfeitamente legítimo, poderá escolhê-lo porquanto este representa uma opção (legal) que lhe é mais conveniente.

- Aliás, ainda que as operações societárias que deram origem ao ágio amortizado pela Impugnante não tivessem servido a nenhum fim empresarial (o que se admite apenas para argumentar), o ordenamento jurídico, atualmente vigente, não traz em nenhum de seus dispositivos o conceito ou a definição de “propósito negocial”, de modo que não poderia o Sr. Agente Fiscal pretender interferir na atividade do contribuinte, também por esse motivo.

- Ou seja, estabelecer o “propósito negocial” como fundamento para a análise da dedutibilidade da despesa com o ágio – significa considerá-lo fato gerador de obrigação tributária sem a respectiva previsão em norma geral e abstrata (hipótese de incidência), em clara afronta ao Princípio da Legalidade Tributária.

- Portanto, como o suposto evento infracional, relatado pelo Sr. Agente Fiscal (falta de propósito negocial), não se subsume a nenhuma hipótese de incidência tributária, atualmente em vigor, não se pode admitir que a Impugnante tenha realizado o fato jurídico tributário do IRPJ e da CSLL tal como descrito no Termo de Verificação. Em outras palavras, os atos praticados estão em total conformidade com o ordenamento jurídico vigente.

- A única norma que poderia ter sido aventada para a desconsideração de uma operação sem substância econômica (o que, repita-se, sequer pode ser debatido no presente caso), seria o parágrafo único do artigo 116 do CTN. O objetivo deste dispositivo foi autorizar as autoridades fiscais a questionarem atos e fatos praticados pelo contribuinte que eventualmente tenham evitado ou minimizado a carga tributária de suas operações, sem a alegada substância econômica.

- Todavia, cabe observar que os procedimentos necessários para a aplicação dessa norma dependem de elaboração de lei ordinária, a qual, até o presente momento, não foi editada.²⁶ Ou seja, sequer a norma prevista pelo parágrafo

único do artigo 116 do CTN, de eficácia limitada, poderia ser aplicada pelas autoridades fiscais, pelo que evidente a falta de fundamento legal às autuações.

- Diante de todo o exposto, constata-se que não pode o Fisco interferir na maneira pela qual os contribuintes realizarão aquisições, por exemplo, vedando, sem qualquer respaldo em Lei, o aproveitamento de ágio gerado em reorganizações societárias que envolvam diferentes ou o mesmo Grupo Econômico, ainda que não tenham propósito negocial.

INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A ADIÇÃO, NA BASE DE CÁLCULO DA CSLL, DAS DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

- O legislador determinou a base de cálculo da CSLL de forma exaustiva (*numerus clausus*), fixando, taxativa e individualmente, cada um dos ajustes aplicáveis (artigo 2º e parágrafos, da Lei nº 7.689/88), não arrolando, como hipótese de adição ao lucro líquido, o valor correspondente à valores pagos a título de compensação, bem como àqueles relativos à amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial.

- Assim, tendo em vista que o ordenamento foi silente quanto à adição ao lucro líquido, para fins de apuração da base de cálculo da CSLL, da parcela do ágio e dos valores pagos a título de compensação não cabe ao Sr. Agente Fiscal exigir o que a lei não exige. De fato, o tributo só pode ser exigido quando ocorrer a efetiva subsunção do fato à norma tributária e, somente assim, poderia se falar em ocorrência do fato jurídico tributário.

- No presente caso, repita-se, não há previsão legal para imputação da referida adição. Frise-se, também, que o Sr. Agente Fiscal não citou qualquer disposição legal específica para a apuração da base de cálculo da CSLL, procedimento esse que ratifica o até aqui exposto.

- Dessa forma, torna-se incontroversa a argumentação no sentido de que, os únicos ajustes admitidos, por adição, à base de cálculo da CSLL, são aqueles que decorrem de Lei. Com efeito, uma eventual despesa que tenha integrado o lucro líquido somente será considerada indedutível da base de cálculo da CSLL caso haja previsão expressa em lei para este tributo – o que não ocorre para o caso específico.

- Neste sentido, é o entendimento do CARF conforme se verifica da leitura do Acórdão nº 1301-001.394, proferido em 12/02/2014, por unanimidade de votos, pela 1ª Turma Ordinária, da 3ª Câmara, da 1ª Seção de Julgamento.

- Portanto, mesmo que se considere que o ágio amortizado e os valores pagos aos consumidores da Impugnante a título de ressarcimento devem ser adicionados para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ no presente caso, é possível concluir que o lançamento de CSLL, que também é objeto do presente processo administrativo, não possui fundamento legal, na medida em que afronta um dos mais importantes princípios norteadores do Direito Tributário, qual seja o

princípio da legalidade, motivo pelo qual deve ser cancelado ao menos o auto de infração de CSLL por esta Turma Julgadora.

IMPOSSIBILIDADE DA COBRANÇA DA MULTA ISOLADA

- Até o advento da Lei nº 8.383/91, o IRPJ e a CSLL eram apurados em sistema de “base anual”, ou seja, os fatos econômicos integrantes do fato gerador desses tributos ocorriam ao longo do ano-base e somente em 31 de dezembro eram quantificados, de maneira a propiciar a aferição da base de cálculo sobre a qual incidia a exação.

- Após a edição da referida norma, o IRPJ e a CSLL passaram a ser apurados em sistema de “bases correntes”, ou seja, na medida em que os fatos econômicos integrantes do fato gerador ocorrem, quantifica-se as bases de cálculo naquele mesmo mês e o contribuinte efetua o pagamento mensalmente desses tributos. São estes os chamados recolhimentos por estimativa.

- Contudo, mesmo nesta sistemática, ao final do ano-base (31 de dezembro) o contribuinte deve elaborar sua declaração de ajuste, com a finalidade de verificar se o montante que foi pago ao longo do ano excede ou fica aquém do que realmente é devido.

- Assim, somente ao final do ano-base é que o contribuinte verifica o quantum definitivo de IRPJ e da CSLL a pagar, confrontando-se os valores devidos com os valores pagos por estimativa, pelo que, independentemente do sistema de apuração (base anual/bases correntes), o fato jurídico tributário do IRPJ e da CSLL permaneceu sendo ANUAL, pois somente em 31 de dezembro é que se tem a base de cálculo definitiva para a apuração dessas exações.

- Desta maneira, os recolhimentos efetuados com base na estimativa nada mais são do que uma antecipação do tributo que será devido no encerramento do período-base. Nesse sentido, vale transcrever as lições de Marco Aurélio Greco sobre o assunto.

- Firmadas essas premissas, verifica-se que a multa isolada, prevista atualmente no inciso III, alínea “a” do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 (antigo inciso IV, do parágrafo 1º, do artigo mencionado), somente pode ser exigida caso o Fisco verifique a falta de recolhimento dos tributos, ou recolhimento insuficiente, com base em estimativas mensais, antes do término do ano-base.

- Sendo lavrado o auto de infração após o encerramento do ano-base, como ocorreu no caso dos autos de infração que versam sobre a indedutibilidade das despesas de amortização do ágio, eventuais insuficiências de recolhimento do IRPJ e da CSLL serão punidas somente com a aplicação da multa de ofício prevista no inciso I do artigo 44, da Lei nº 9.430/96, não mais pela exigência da multa isolada, conforme já decidiu reiteradas vezes o Conselho de Contribuintes.

- Ante o exposto, não pode prosperar a cobrança das multas isoladas exigidas, pois como já estavam encerrados os anos-base de 2014, 2015, 2016 e 2017, quando da lavratura dos autos de infração em comento (31/05/2019), não poderia a fiscalização, no presente caso, apurar o IRPJ e a CSLL devidos por estimativa para aplicação dessa penalidade.

- Ainda que a Impugnante tivesse recolhido valor a menor de IRPJ e CSLL por estimativa, o que se alega a título de argumentação, não pode haver, sobre a mesma base de cálculo, a cumulação da multa isolada com qualquer outra penalidade, como ocorreu no presente caso.

- De fato, analisando-se o Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário, verifica-se que há a cobrança cumulativa da multa isolada com a multa de ofício.

- Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido da impossibilidade da cumulação das multas, seja ANTES ou DEPOIS das alterações trazidas pela Lei 11.488/07.

- Ante todo o exposto, resta demonstrada a impossibilidade da cobrança da multa isolada nos autos de infração ora combatidos em razão da falta de recolhimento do IRPJ e da CSLL por estimativa, tendo em vista que: já estavam encerrados os anos-base de 2014, 2015, 2016 e 2017 quando da lavratura dos autos de infração (30/05/2019); os valores de IRPJ e da CSLL supostamente devidos por estimativas superam os valores desses tributos apurados no encerramento dos anos-base; e ainda que houvesse recolhimento a menor de IRPJ e da CSLL por estimativa, não há possibilidade de cumulação da multa isolada, incidente sobre eventual diferença de recolhimento de estimativa, com a multa de ofício, conforme a jurisprudência pacífica do Conselho de Contribuintes.

IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE JUROS SOBRE A MULTA

- No caso de ser mantido o crédito tributário cobrado, os juros calculados com base na taxa SELIC não poderão ser exigidos sobre a multa de ofício lançada, por absoluta ausência de previsão legal. Isso porque, o artigo 61 da Lei nº 9.430/96 prevê a cobrança dos juros de mora com base na taxa SELIC apenas sobre tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

- Ora, não se pode confundir os conceitos de tributo e de multa. Multa é penalidade pecuniária, não é tributo. É o que se verifica com clareza pela leitura da definição de “tributo”, contida no artigo 3º do Código Tributário Nacional.

- Ademais, o § 1º do artigo 113 do Código Tributário Nacional, ao diferenciar “tributo” de “penalidade pecuniária”, ratifica o que ora se demonstra, deixando claro que as duas figuras não se confundem.

- Assim, demonstrado que multa não é tributo; e que só há previsão legal para que os juros calculados à taxa SELIC incidam sobre tributo (e não sobre multa), a cobrança de juros sobre a multa desrespeita o princípio constitucional

da legalidade, expressamente previsto nos artigos 5º, II, e 37 da Constituição Federal, o que não pode ser admitido por esta Turma Julgadora.

- Nesse sentido, cite-se, por oportuno, trecho do voto proferido no Acórdão nº 201-78.718, que deixa claro o entendimento manifestado pela então denominada Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes.

- Frise-se também que a Câmara Superior de Recursos Fiscais já firmou o entendimento quanto a não incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício, no Acórdão CSRF nº 02-03.133, cujo trecho da ementa se transcreve.

- Ante o exposto, a Impugnante aguarda que se determine expressamente o cancelamento dos juros de mora, calculados com base na taxa SELIC, sobre a multa de ofício lançada.

GLOSA DE ADIÇÃO DA DESPESA DE ÁGIO AO LUCRO DA EXPLORAÇÃO

- Inexistência de ampliação do lucro de exploração

- No entendimento da Fiscalização, “o contribuinte tem, sistematicamente, adicionado o valor da despesa de ágio na apuração do LE (vide Registro N600 da ECF18). No ano-calendário de 2014 o valor foi informado no item 31 (Tributos com Exigibilidade Suspensa), enquanto, nos anos posteriores (2015 a 2017), no item 27 (Resultados Negativos em Participações Societárias e em SCP).” Ainda durante a fiscalização, o Agente Fiscal intimou a Impugnante para “a justificar qual a fundamentação legal que a levou a proceder à referida adição, posto que a adoção de tal procedimento ampliaria o benefício fiscal de redução do imposto de renda calculado sobre o lucro da exploração (75%)”.

- Em sua resposta à intimação, a Impugnante prestou os seguintes esclarecimentos: “Conforme artigo 19, caput, do Decreto-Lei nº 1.598/77, o lucro da exploração é determinado a partir do lucro líquido contábil correspondente ao período de apuração, ajustado por determinadas adições e exclusões”.

- A lei determinou que, apesar de comporem o lucro líquido, determinados valores devem ser excluídos/desconsiderados para fins de determinação do lucro da Exploração, entre eles, “outras receitas ou outras despesas de que trata o inciso IV do caput do art. 187 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (“LSA”)”.

- Ao tratar de “outras receitas e despesas” a serem desconsideradas na apuração do lucro da exploração, a própria legislação faz menção à LSA, que trata dos resultados (receitas e despesas) não operacionais. Logo, a partir da leitura da legislação que trata da determinação do lucro da exploração, conclui-se que a partir do lucro líquido devem ser realizadas adições de despesas e exclusões de receitas com base na operacionalidade destas em relação às atividades incentivadas.

- Dessa forma, fica clara a possibilidade de consideração das despesas com a amortização do ágio exclusivamente no que se refere ao lucro real (e não para

apuração do lucro da exploração), tendo em vista que o seu fundamento lógico reside no fato de que tal despesa deve estar vinculada à aquisição do investimento, e não ao desenvolvimento de nenhuma atividade incentivada (diretriz para a formação do lucro da exploração).

- Em linha com esse entendimento destacamos o acórdão nº 1402-001.876, prolatado pela 4ª Câmara da 2ª Turma Ordinária do CARF, que determinou expressamente que a amortização do ágio não deve afetar o lucro da exploração da empresa.

- Por tais razões, a Requerida entende que a despesa originada pela amortização do ágio não deve interferir no cálculo do lucro da exploração, uma vez que não decorre da atividade incentivada, ou seja, não decorre da atividade objeto de incentivo público, e sim da reestruturação societária promovida pela Empresa”.

- Após análise dos esclarecimentos e documentos apresentados, o Agente Fiscal firmou entendimento no sentido da existência de superestimação da redução do imposto de renda no cálculo do Lucro da Exploração, e realizou o lançamento de R\$ 2.235.132,11 (2015) e R\$ 2.027.216,04 (2016) a título de principal.

- Da leitura da fundamentação utilizada pelo Agente Fiscal pode-se concluir que o entendimento foi no sentido de que o efeito da amortização do ágio e a reversão da PMPL não devem afetar o cálculo do lucro da exploração.

- Ocorre que o procedimento adotado pela Impugnante está integralmente em linha com o entendimento da dought fiscalização, razão pela qual a cobrança é insubsistente.

- Isso porque, no curso do procedimento fiscalizatório, por um lapso, a Fiscalização não se atentou para a exclusão da receita referente a Provisão para Manutenção da Integridade do Patrimônio Líquido (PMPL), conforme se comprovará a seguir utilizando as informações enviadas à Receita Federal do Brasil através da Escrituração Contábil Fiscal dos anos-calendário de 2015 e 2016.

- Insta salientar de início que, conforme já verificado e corroborado pela fiscalização no relatório de auditoria fiscal, o Lucro antes do Imposto de Renda (LAIR) contém a despesa relativa a amortização do ágio e a receita relativa a reversão da PMPL, conforme determina a instrução CVM 319/99.

- Isto posto, tanto a amortização do ágio quanto a reversão da PMPL foram neutralizadas no cálculo do lucro da exploração, o que anulou o seu efeito na base do referido incentivo.

- Nas telas extraídas da ECF de 2015 e 2016, reproduzidas na impugnação, é possível verificar o efeito do ágio dentro do lucro antes do imposto de renda da Impugnante.

- Verifica-se que o LAIR da IMPUGNANTE em 2015 está afetado em (-) 7.755.112,08 e (-)

- 7.440.569,16 em 2016 referente ao efeito líquido entre amortização do ágio e reversão da PMPL.

- A seguir, passamos à análise do cálculo do lucro da exploração da Impugnante no período autuado, onde é possível comprovar que o procedimento da Impugnante foi o de neutralizar o efeito líquido do ágio (amortização e reversão) no referido cálculo conforme extraído das informações prestadas no registro N 600 (Demonstração do Lucro da Exploração) das ECF's de 2015 e 2016.

- Notas: (1) LAIR 2015: R\$ 199.318.564,90; (2) Despesa amortização do ágio: R\$ 22.809.153,24; (3) Outras Exclusões: R\$ 65.334.841,02 ¶ Cumpre esclarecer que o montante referente à amortização do ágio registrado na conta contábil 615619550G (22.809.153,24) foi adicionado na linha 27 do bloco N 600, ao passo que, o montante referente a reversão da PMPL registrado na conta contábil 615619960I (15.054.041,16) foi excluído na linha 47.

- Importante destacar que a ECF não possui uma linha específica onde a reversão da PMPL poderia ser melhor alocada, razão pela qual a Impugnante informou o saldo da reversão no importe de R\$ 15.054.041,16 na aludida linha, conforme abertura abaixo da exclusão.

- Notas: (1) LAIR 2016: R\$ 173.579.764,86; (2) Despesa amortização do ágio: R\$ 21.884.026,80; (3) Outras Exclusões: R\$ 43.604.397,00.

- Assim como ocorrido no ano de 2015, no ano de 2016 o montante referente a amortização do ágio registrado na conta contábil 615619550G (21.884.026,80) foi adicionado na linha 27 do bloco N 600, enquanto o montante referente à reversão da PMPL registrado na conta contábil 615619960I (14.443.457,64) foi excluído na linha 47.

- Conforme mencionado, tendo em vista que a ECF não possui uma linha específica onde a reversão da PMPL poderia ser melhor alocada, a Impugnante informou o saldo da reversão no importe de R\$ 14.445.457,64 na referida linha.

- Desse modo, conforme verifica-se das telas extraídas das ECF 2015 e 2016 da IMPUGNANTE, o procedimento adotado pela Impugnante está em linha com o entendimento da douta fiscalização, qual seja, para fins de cálculo do lucro da exploração, o efeito do ágio (amortização e reversão) deve ser desconsiderado da base do incentivo.

- Diante destes esclarecimentos, resta evidenciado que a Impugnante aplicou o exato entendimento trazido pela fiscalização no relatório de auditoria e efetivamente procedeu à exclusão da reversão da PMPL, garantindo, assim, no cálculo do lucro da exploração, a neutralidade da amortização do ágio e a reversão da PMPL na base do incentivo nos anos de 2015 e 2016.

- Por esta razão, não procede à cobrança objeto do auto de infração, razão pela qual deve ser julgada insubsistente.

DO PEDIDO

- Pelo exposto, requer-se o recebimento, o conhecimento e o provimento da impugnação, seja em razão das preliminares, seja em razão do mérito, com a consequente desconstituição do crédito tributário exigido e o cancelamento do auto de infração”.

Por sua vez, a 3ª Turma da DRJ/BHE julgou improcedente a impugnação, para manter integralmente os lançamentos de IRPJ e de CSLL, assim como a multa e os juros de mora respectivos, cuja decisão ementada segue transcrita:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016, 2017

PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.

O conceito do ágio é disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, e trata-se de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

APROVEITAMENTO DO ÁGIO. INVESTIDORA E INVESTIDA. EVENTOS. SEPARAÇÃO. UNIÃO.

São dois os eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

A amortização, a qual se submete o ágio para o seu aproveitamento, constitui-se em espécie de gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99, submetendo-se aos testes de necessidade, usualidade e normalidade.

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

Não há norma de despesa que recepcione uma situação criada artificialmente. As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica. Não há como estender os atributos de normalidade, ou usualidade, para despesas derivadas de operações atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO.

A cognição para verificar se a amortização do ágio passa por verificar, primeiro, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência dos arts. 385 e 386 do RIR/99,

segundo, se requisitos de ordem formal estabelecidos encontram-se atendidos, como arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, e, terceiro, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes e reorganizações societárias com substância econômica.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. INVESTIDOR E INVESTIDA. MESMA UNIVERSALIDADE.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente. Compartilhando do mesmo patrimônio a controladora e a controlada ou coligada, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio). Enfim, toma-se o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável ao caso e estabelecer o termo inicial para contagem do prazo decadencial.

LUCRO DA EXPLORAÇÃO - ADIÇÃO INDEVIDA DE DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

Por se enquadrarem entre as outras despesas de que trata o inciso IV do caput do artigo 187 da Lei nº 6.404, de 1976, as despesas com a amortização de ágio não podem ser computadas na determinação do lucro da exploração.

MULTA ISOLADA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ANTECIPAÇÕES MENSAS

O contribuinte que adotar o lucro real como base de cálculo do IRPJ e CSLL optar pela apuração anual, se deixar de recolher as antecipações mensais com base de cálculo estimada, ficará sujeito à multa isolada de 50% do valor não recolhido, ainda que o lançamento de ofício se faça depois de encerrado o período anual de apuração, qualquer que seja o resultado tributável anual.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2012, 2013

DESPESA COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - DEDUÇÃO NA BASE DE CÁLCULO DA CSLL

As despesas com amortização de ágio resultante da aquisição de participação societária que não observarem os requisitos fixados na legislação para a sua dedução na base de cálculo do IRPJ, especialmente o disposto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, estão sujeitas a glosa fiscal.

LANÇAMENTO DECORRENTE - CSLL

O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se ao lançamento que com ele compartilha o mesmo fundamento factual e para os quais não há nenhuma razão de ordem jurídica que lhe recomende tratamento diverso.

Inconformada, a Recorrente apresentou recurso voluntário ratificando os argumentos delineados por ocasião da impugnação ofertada, que assim podem ser resumidos:

- a) a Recorrente fez alguns esclarecimentos preliminares sobre o contexto das privatizações no setor elétrico no Brasil, concluindo que dentro do contexto político-econômico vivido à época das privatizações, a possibilidade da dedução das despesas de amortização de ágio era um dos grandes incentivadores aos investimentos em privatizações, razão pela qual negar esse direito (legalmente previsto) é, além de violar a legislação aplicável, subverter todo o contexto histórico e econômico da época;
- b) foi discorrido sobre a evolução da discussão sobre a possibilidade da dedução das despesas de amortização de ágio no Judiciário, ressaltando que em contexto absolutamente idêntico ao ocorrido no caso da Recorrente e que houve autuações fiscais em face da COMPANHIA ENERGÉTICA DE PERNAMBUCO – CELPE (que faz parte do mesmo grupo econômico da Recorrente – NEOENERGIA), devido ao aproveitamento, como despesa dedutível de IRPJ e CSLL, de ágio pago ao Estado de Pernambuco no contexto da aquisição de ações da CELPE em leilão de privatização, autorizado pela Lei Estadual n 11.484/97;
- c) que encerrado o contencioso administrativo nos casos da CELPE, foram ajuizadas Ações Anulatórias perante a Seção Judiciária de Pernambuco, distribuídas sob os números 0815771-42.2017.4.05.8300 (referente ao Processo Administrativo nº 19647.010151/2007-83 – anos-calendário de 2001 a 2006) (doc. 02 da Impugnação) e 0804759-94.2018.4.05.8300 (referente ao Processo Administrativo nº 10480.723383/2010-76 – anos-calendário de 2007 e 2008) (doc. 03 da Impugnação);
- d) ressaltou-se que foi realizada perícia técnica contábil e que restou comprovada a regularidade na operação da CELPE para aproveitamento do ágio que deu ensejo às respectivas autuações fiscais e que o valor escriturado na CELPE era, de fato, decorrente da aquisição do controle acionário no leilão de privatização e aquisições posteriores, bem como que a escrituração contábil do ágio referente à aquisição das ações da CELPE no leilão de privatização ocorreu em total regularidade com os ditames legais e que não houve qualquer incremento desse ágio originalmente formado;

- e) destacou-se que a operação levada a efeito pela CELPE é absolutamente idêntica à operação da Recorrente que deu ensejo à autuação fiscal que ora se pretende desconstituir nos autos do Processo nº 1018275.04.2017.4.01.3400, o D. Juízo manifestou o seu entendimento no sentido de que *(i) a utilização de empresas veículo por si só não configura ato ilícito ou abuso de direito, de forma a invalidar a operação; e (ii) a desconsideração de atos e negócios jurídicos do contribuinte é medida extrema e excepcional, de forma que cabe ao Fisco a demonstração específica e devidamente comprovada, de que o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação;*
- f) que o Poder Judiciário vem adotando o entendimento que era aplicado pelo CARF, favorável aos contribuintes, no sentido de exigir a efetiva comprovação de fraude pela Fisco, sendo insuficiente a sua mera alegação e, permitir a dedução da amortização do ágio quando comprovado: (i) o efetivo desembolso financeiro; (ii) fundamento em rentabilidade futura; e (iii) a existência de incorporação de empresas, ainda que mediante emprego de empresas veículos;
- g) Preliminarmente, a Recorrente aduziu que ocorrera a decadência do direito de o Fisco questionar a legalidade dos atos societários que originaram o ágio e, como consequência, o direito ao seu aproveitamento que surgiu em 2000, ainda que os seus efeitos tenham ocorrido em momento subsequente (amortização realizada nos anos-base de 2014 a 2017);
- h) No mérito, a Recorrente alegou as operações societárias foram todas praticadas de forma legal e, sobretudo, com o aval dos órgãos reguladores, não havendo que se falar que as operações societárias seriam um mero estratagema que pudesse, aos olhos da D. Fiscalização, desaprovar a dedutibilidade com a amortização do ágio em questão;
- i) que as operações societárias realizadas pela Recorrente (i) condizem com a vontade de cada uma das partes envolvidas; (ii) estão regulares à luz do ordenamento jurídico vigente à época das operações; (iii) foram praticadas sem o intuito de prejudicar ninguém, tampouco o Fisco; (iv) encontram-se em consonância com a maioria dos entendimentos emanados para operações semelhantes pelo Conselho de Contribuintes;
- j) ultrapassadas as questões postas nos itens anteriores, faz-se necessário reconhecer que deve ser ao menos reconhecida a impossibilidade de se falar na adição das referidas despesas na base de cálculo da CSLL, por absoluta ausência de previsão legal e que se torna incontroversa a argumentação no sentido de que, os únicos ajustes admitidos, por adição, à base de cálculo da CSLL, são aqueles que decorrem de Lei e que, com efeito, uma eventual despesa que tenha integrado o lucro líquido somente será considerada indedutível da base

de cálculo da CSLL caso haja previsão expressa em lei para este tributo – o que não ocorre para o caso específico;

- k) que não pode prosperar a cobrança das multas isoladas exigidas, pois como já estavam encerrados os anos-base de 2014, 2015, 2016 e 2017, quando da lavratura dos autos de infração em comento (31/05/2019), não poderia a fiscalização, no presente caso, apurar o IRPJ e a CSLL devidos por estimativa para aplicação dessa penalidade;
- l) que restou demonstrada a impossibilidade da cobrança da multa isolada nos autos de infração ora combatidos em razão da falta de recolhimento do IRPJ e da CSLL por estimativa, tendo em vista que:
 - i) já estavam encerrados os anos-base de 2014, 2015, 2016 e 2017 quando da lavratura dos autos de infração (30/05/2019),
 - ii) os valores de IRPJ e da CSLL supostamente devidos por estimativas superam os valores desses tributos apurados no encerramento dos anos-base; e que ainda que houvesse recolhimento a menor de IRPJ e da CSLL por estimativa, não há possibilidade de cumulação da multa isolada, incidente sobre eventual diferença de recolhimento de estimativa, com a multa de ofício, ou ao menos, deverá ser cancelada a incidência dos juros de mora, calculados com base na taxa SELIC, sobre a multa de ofício lançada;
- m) por fim, restou evidenciado que a Recorrente aplicou o exato entendimento trazido pela fiscalização no relatório de auditoria e efetivamente procedeu à exclusão da reversão da PMPL, garantindo, assim, no cálculo do lucro da exploração, a neutralidade da amortização do ágio e a reversão da PMPL na base do incentivo nos anos de 2015 e 2016;
- n) não procede à cobrança objeto do auto de infração, razão pela qual deve ser julgada insubsistente.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheira **Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça**, Relatora

ACÓRDÃO 1402-007.105 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA

PROCESSO 10469.723539/2019-13

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional.

PRELIMINARMENTE**DECADÊNCIA (“PRECLUSÃO” DA POSSIBILIDADE DE O FISCO QUESTIONAR A LEGALIDADE DOS ATOS SOCIETÁRIOS QUE DERAM ORIGEM AO ÁGIO)**

De acordo com o relatório, em 18/12/1997 o grupo formado pelas empresas GUARANIANA S.A, atualmente denominada NEOENERGIA S/A, COMPANHIA DE ENERGIA DO ESTADO DA BAHIA – COELBA e UPTICK PARTICIPAÇÕES S/A, arrematou, em leilão de privatização, as ações da ora Recorrente, COSERN.

Posteriormente, em 30/11/2000, o grupo formado pelas empresas GUARANIANA S.A, atualmente denominada NEOENERGIA S/A, COMPANHIA DE ENERGIA DO ESTADO DA BAHIA – COELBA e UPTICK PARTICIPAÇÕES S/A, subscreveram aumento de capital na empresa IBIDEM S.A, mediante a transferência das ações da COSERN, transformando a IBIDEM em controladora da COSERN.

Em 29/12/2000, a COSERN aprovou o protocolo de incorporação da IBIDEM S.A, nos termos da Ata da Assembleia Geral Extraordinária. Portanto, o ágio como elemento contábil e societário surgiu em 29/12/2000, com a incorporação daquela sociedade e a partir daí passou a produzir efeitos tributários.

Alega a Recorrente que, embora, o ágio tenha sido amortizado nos anos-base de 2012 e 2013, conforme informado pelo Sr. Auditor Fiscal, o fato contábil-societário, que deu origem ao referido ágio, ocorreu no ano-base de 2000 e que teria que transcorrido o prazo decadencial de cinco anos entre os fatos que propiciaram o surgimento do ágio em 2000 e a lavratura do auto de infração em questão (30/03/2017).

Dessa forma, não poderia o Fisco efetuar os lançamentos de ofício sobre fatos pretéritos, já consumados no tempo em razão do decurso do prazo decadencial (fatos societários que geraram o direito à utilização do ágio, que ocorreram em 2000) para alcançar os efeitos decorrentes, desses fatos, em períodos subsequentes, ainda que os seus efeitos tenham ocorrido em momento subsequente (amortização realizada nos anos-base de 2014 a 2017).

No entanto, razão não assiste à Recorrente.

O art. 150, § 4º, do CTN prescreve que a decadência, no caso dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, ocorre em 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador. Assim, embora as operações sejam anteriores, se os fatos geradores do IRPJ e da CSLL ocorreram dentro desse prazo – como se verifica nos autos, em que as exigências se referem aos anos-calendário de 2014 e 2017 –, não há que se falar em decadência.

O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário da percussão tributária decorrente do ágio registrado, apenas pode iniciar quando da amortização do ágio, e não a partir do registro ou da data em que formado, pois só a partir do momento em que o fato gerador do tributo passa a ser afetado pelas amortizações fiscais, é que se abre a possibilidade do Fisco exercer seu direito de constituir o crédito tributário que entende devido.

Inclusive, esse tema encontra-se pacificado na 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, que tem julgado a matéria por unanimidade:

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. O prazo decadencial relativamente à glosa de despesas de amortização de ágio inicia-se com a dedução de tais despesas pela contribuinte, sendo irrelevante para seu cômputo o momento em que ocorridas operações societárias que originaram o ágio. ÁGIO INTERNO. IMPOSSIBILIDADE DE AMORTIZAÇÃO. Inadmissível a formação de ágio por meio de operações realizadas dentro do grupo econômico. (Acórdão nº 9101-002.804, Rel. Cons. Cristiane Silva Costa, Sessão de 10/05/2017)

ATOS SOCIETÁRIOS PRATICADOS EM ANO JÁ DECAÍDO. REFLEXOS TRIBUTÁRIOS. FATO GERADOR OCORRIDO EM PERÍODO NÃO DECAÍDO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. Ainda que os atos societários que deram origem ao ágio tenham se dado em período já alcançado pelo prazo decadencial de cinco anos, não há que se falar em decadência se os fatos geradores dos tributos que tiveram suas bases de cálculo minoradas pelo aproveitamento indevido deste ágio ainda não se encontram decaídos. A contagem do prazo decadencial somente se inicia após a ocorrência do fato gerador de tributo, quer seja aplicável ao caso concreto a regra estabelecida no art. 173, inciso I, do CTN, quer seja a fixada pelo art. 150, §4º, do mesmo Código. (Acórdão nº 9101-003.446, Rel. Cons. Rafael Vidal de Araujo, Sessão de 06/03/2018)

Tal entendimento foi consolidado na Súmula nº 116, de seguinte teor: *"Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança"*.

No caso em tela, os autos de infração lavrados referem-se a fatos geradores do IRPJ ocorridos em 31/12/2014, 31/12/2015, 31/12/2016 e 31/12/2017. A Recorrente tomou ciência das autuações em 03/06/2019. Embora o ágio tenha surgido em período anterior, a Recorrente registrou despesas de amortização de ágio, as quais reduziram os resultados tributáveis do IRPJ e da CSLL nos anos-calendário de 2014 a 2017, ou seja, encontram-se dentro do prazo decadencial de cinco anos contados da ciência do lançamento fiscal em análise.

Portanto, rejeito a preliminar de preclusão ou decadência.

MÉRITO

De acordo com as informações do "Relatório de Ação Fiscal ("RAF"), a Recorrente registrou despesas de amortização de ágio, que reduziram os resultados tributáveis do IRPJ e da CSLL nos anos-calendário de 2014 a 2017.

Porém, a fiscalização concluiu que tais despesas não seriam dedutíveis, tendo em vista que as operações societárias praticadas, que serão comentadas de forma pormenorizada a seguir, teriam sido realizadas com excesso de forma jurídica e abuso de direito. Em razão disso, a

fiscalização adicionou as despesas em apreço para a apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL nos anos-base de 2014 a 2017.

Em suma, em decorrência da recomposição das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL nos anos-base de 2014 a 2017, **a fiscalização concluiu que a Recorrente teria deixado de efetuar o recolhimento do IRPJ e da CSLL a título de estimativas mensais, razão pela qual foi aplicada a multa de 50% sobre tais valores, nos termos do artigo 44 da Lei nº 9.430/97, inciso II, alínea b, com a redação dada pelo artigo 14 da Lei nº 11.488, de 15/06/07.**

Ademais, a fiscalização, ainda, por entender que a adoção de tal procedimento amplia o benefício fiscal de redução do imposto de renda calculado sobre o lucro da exploração (75%), houve a glosa da adição da despesa de ágio efetuada pela Recorrente na apuração do lucro da exploração, nos valores e períodos abaixo (Registro N600 das respectivas ECF), assim como o lançamento da diferença de imposto de renda submetido ao benefício da redução (supostamente) calculado a maior pela Recorrente.

Destarte, foram lavrados os autos de infração para a constituição dos créditos tributários do IRPJ e da CSLL, cumulados com os juros de mora, multa de ofício e multa isolada, nos valores abaixo discriminados:

- **IRPJ**

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO em R\$

IMPOSTO	Cód. Receita Darf 2917	Valor 24.228.975,55
JUROS DE MORA (Calculados até 05/2019)		Valor 6.351.082,70
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)		Valor 18.171.731,64
MULTA EXIGIDA ISOLADAMENTE (Passível de Redução)	Cód. Receita Darf 1632	Valor 7.145.263,42
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		Valor 55.897.053,31
Valor por Extensão CINQUENTA E CINCO MILHÕES, OITOCENTOS E NOVENTA E SETE MIL, CINQUENTA E TRÊS REAIS E TRINTA E UM CENTAVOS		

- **CSLL**

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO em R\$

CONTRIBUIÇÃO	Cód. Receita Darf 2973	Valor 7.287.110,54
JUROS DE MORA (Calculados até 05/2019)		Valor 1.747.334,73
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)		Valor 5.465.332,88
MULTA EXIGIDA ISOLADAMENTE (Passível de Redução)	Cód. Receita Darf 1649	Valor 3.715.245,98
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		Valor 18.215.024,13
Valor por Extensão DEZOITO MILHÕES, DUZENTOS E QUINZE MIL, VINTE E QUATRO REAIS E TREZE CENTAVOS		

A Recorrente apresentou impugnação esclarecendo que a operação ocorrida para o aproveitamento do ágio resultante da privatização observou o disposto pela legislação regulamentadora do setor de energia, apresentando, portanto, os requisitos de motivação e finalidade necessários.

Todavia, a 3ª Turma da Delegacia de Julgamento de Belo Horizonte entendeu por bem manter integralmente os lançamentos de IRPJ e de CSLL, assim como a multa e os juros de mora respectivos, sob os seguintes fundamentos:

(i) Que ainda que fosse possível estabelecer algum vínculo histórico entre o programa de privatização iniciado na década de 1990 e o disposto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 (...) para a apropriação como despesa dedutível do ágio, não basta alegar que envolveu antigas empresas estatais a operação de aquisição de participação de que resultou o ágio. O que é imprescindível é comprovar que foram cumpridos todos os requisitos e condições exigidos pela norma tributária;

(ii) A autorização da ANEEL para amortização não ampara a Recorrente, pois esse órgão, ainda que se encarregue de fiscalizar e regulamentar a atividade de concessionárias de empresas fornecedoras de energia elétrica, não tem nenhuma competência para se pronunciar sobre questões tributárias;

(iii) Em processos anteriores, nos quais foram constituídos créditos tributários em decorrência da glosa de despesas de amortização do mesmo ágio discutido no processo atual, mas com repercussão nos anos-calendário 2005 a 2008, e 2012 e 2013, já foram proferidas decisões administrativas nos quais igualmente foi mantida a glosa fiscal da despesa de amortização do ágio, de forma que não haveria razão para adotar entendimento divergente no presente caso;

(iv) Não há necessidade de que haja norma expressa que determine a glosa ou adição do valor amortizado do ágio à apuração da base de cálculo tributária, mas apenas que o contribuinte não faça jus à sua dedução para que a glosa fiscal seja cabível;

(v) A base de cálculo da multa isolada é a falta ou insuficiência de recolhimento do tributo devido por estimativa; a da multa proporcional é o lançamento de ofício do tributo efetivamente devido em face do resultado anual. Se não há coincidência de motivação, se as causas são díspares, não cabe falar em duplicidade de punição nem em bis in idem. Os precedentes que entendem de forma diversa não possuem força *erga omnes*;

(vi) A documentação apresentada pela Recorrente não seria suficiente para comprovar de forma inequívoca que não cometeu erros na apuração do lucro de exploração, assim como que observou a legislação sobre o assunto, não só a tributária como a societária.

A Recorrente apresentou recurso voluntário repisando os argumentos da impugnação e refutando as razões adotadas pelo acórdão de piso e buscando sua reforma.

Sobre a questão, entendo ser necessário fazer algumas observações, na linha como foi descrita pela Recorrente em sua peça recursal.

A partir da década de 1990, o setor elétrico do Brasil passou por uma série de reformas visando maior eficiência e autonomia. Dentre as reformas mais relevantes temos a desverticalização da indústria de energia elétrica, com a segregação das atividades de geração, transmissão e distribuição e a privatização de geradoras e distribuidoras de energia elétrica.

À época, visando atrair investidores para participar dos leilões de privatização, o Governo concedeu a possibilidade de amortização do ágio sobre o preço mínimo de venda das estatais, para abatimento do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL) durante o prazo de concessão.

Em dezembro de 1997, foi editada a Lei nº 9.532, cujos artigos 7º e 8º regulamentaram a amortização do ágio (originariamente autorizada pelo artigo 386 do RIR/99), elemento que foi fundamental para o Programa Nacional de Desestatização. A própria exposição de motivos da Lei nº 9.532/97 deixa claro que o intuito da norma foi assegurar a dedutibilidade fiscal especificamente “às hipóteses de casos reais”, ou seja, aos ágios realmente existentes, como foram todos os ágios pagos nas privatizações.

Muito embora a Lei nº 9.532/1997 tenha sido publicada há mais de 20 (vinte) anos, a interpretação dos requisitos legais para os contribuintes fazerem jus à dedução fiscal lá prevista constitui ainda matéria cercada de tremenda insegurança jurídica, não só pela instabilidade da jurisprudência administrativa, mas também pela sucessão de teses, rótulos e preconceitos em torno da natureza jurídica e tratamento fiscal do ágio.

O artigo 7º da Lei nº 9.532/1997, portanto, reconheceu o direito da empresa que detém investimento adquirido com ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, após fusão, cisão ou incorporação com a empresa investida, deduzir como perda de capital à baixa do ágio por extinção do investimento.

Nessa linha, todas as empresas do setor elétrico que foram privatizadas levaram em consideração, quando da sua participação nos leilões e formulação de preço, o benefício fiscal consubstanciado na possibilidade de amortização do ágio pago na compra da estatal da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Exatamente nesses termos são as Resoluções e Termos Aditivos aos Contratos de Concessão prolatados pela Agência Nacional de Energia Elétrica à época das privatizações, que determinam expressamente que as concessionárias deveriam proceder à amortização do ágio.

No caso específico da Recorrente, foi celebrado o primeiro aditivo ao Contrato de Concessão nº 08/1997, no qual a Impugnante assume o compromisso de proceder à amortização do ágio:

CLÁUSULA QUINTA – ENCARGOS DA CONCESSIONÁRIA

***Sexta Subcláusula** – Em face da incorporação de sua controladora IBIDEM S.A., realizada pela COSERN nos termos e condições estabelecidos pela Resolução ANEEL nº 474, de 30 de novembro de 2000, publicada no DO de 05.12.2000, e de acordo com o que consta do Processo nº 48500.004622/00-67, a CONCESSIONÁRIA assume o compromisso vinculado, perante o Poder Concedente, no sentido de adotar os procedimentos a seguir indicados:

I - antes da incorporação, criar na IBIDEM uma provisão de valor equivalente ao ágio pago pela aquisição do controle da COSERN, líquido do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL;

II - manter contabilização separada de todos os valores refletidos na COSERN em função da incorporação, segregando-os das demonstrações econômico-financeiras da concessionária e disponibilizando-os para a fiscalização da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, quando solicitados, juntamente com as demais informações relacionadas e decorrentes da incorporação;

III - contabilizar o ágio, oriundo da empresa a ser incorporada, em conta a ser determinada pela ANEEL;

IV - proceder a amortização do ágio na COSERN, segundo a curva baseada em resultados futuros e no prazo remanescente da concessão, conforme Anexo da Resolução ANEEL nº 474, de 30 de novembro de 2000, atentando para o fato de que a referida curva poderá ser revisada anualmente, a critério da Superintendência de Fiscalização Econômica e Financeira da ANEEL, em função dos resultados realizados comparativamente com os dados projetados e apresentados nos estudos da concessionária;

Não obstante a expressa autorização legal e a determinação da ANEEL, a Secretaria da Receita Federal do Brasil lavrou auto de infração para cobrança de IRPJ e CSLL com base no fundamento de que as despesas de amortização de ágio não seriam dedutíveis, tendo em vista que as operações societárias praticadas teriam sido realizadas com excesso de forma jurídica e abuso de direito.

No entanto, dentro do contexto político-econômico vivido à época das privatizações, a possibilidade da dedução das despesas de amortização de ágio era um dos grandes incentivadores aos investimentos em privatizações, razão pela qual negar este direito (legalmente previsto) é, além de violar a legislação aplicável, subverter todo o contexto histórico e econômico da época.

Fazendo uma retrospectiva, em litígio, a glosa da dedução de ágio pago em aquisição de participação societária, cujos fatos podem ser assim sintetizados:

- a) Em **14/02/1996** constituição da GUARANIANA pelo consórcio liderado pelo Consorcio liderado pela IBERDROLA;
- b) Em **18/12/1997** o grupo formado pelas empresas GUARANIANA S.A, atualmente denominada NEOENERGIA S/A, COMPANHIA DE ENERGIA DO ESTADO DA BAHIA – COELBA e UPTICK PARTICIPAÇÕES S/A, arrematou, em leilão de privatização, as ações da COSERN;
- c) Em **18/12/1997** o grupo formado pelas empresas GUARANIANA S/A, atualmente denominada NEOENERGIA S.A.; COMPANHIA ENERGÉTICA DO ESTADO DA BAHIA – COELBA e UPTICK PARTICIPAÇÕES, **arrematou, em leilão de privatização, as ações da ora Recorrente**, COSERN pagando ao Estado do Rio Grande do Norte significativo ágio em razão da expectativa de rentabilidade futura;
- d) Em **1998** constituição da IBIDEM e em 2000 aquisição das ações detidas por acionistas minoritários em OPAs;
- e) Em **30/11/2000**, o grupo formado pelas empresas GUARANIANA S.A, atualmente denominada NEOENERGIA S/A, COMPANHIA DE ENERGIA DO ESTADO DA BAHIA – COELBA e UPTICK PARTICIPAÇÕES S/A, subscreveram aumento de capital na empresa IBIDEM S.A, mediante a transferência das ações da COSERN, transformando a IBIDEM em controladora da COSERN.;
- f) Em **29/12/2000**, a COSERN aprovou o protocolo de incorporação de ações da IBIDEM S.A, nos termos da Ata da Assembleia Geral Extraordinária, momento

em que entendeu ter surgido o direito de aproveitamento fiscal previsto na Lei n.º 9.532/97.

Nesse contexto, a Recorrente entendeu ser inconteste que o ágio como elemento contábil e societário surgiu em 29/12/2000, com a incorporação daquela sociedade e a partir daí passou a produzir efeitos tributários. Por conseguinte, a Recorrente registrou despesas de amortização de ágio, as quais reduziram os resultados tributáveis do IRPJ e da CSLL nos anos-calendário de 2014 a 2017.

No entanto, discordando do procedimento da Recorrente, entendeu a Fiscalização que as operações de reorganização societária conduziram ao aproveitamento de um "ágio em si mesmo", sendo a sequência de atos desprovidos de racionalidade econômica tendo objetivado especificamente reduzir a tributação de IRPJ e CSLL, tanto que a estrutura societária, ao final, voltou a ser a mesma do início da operação.

Foram lavrados autos de infração de IRPJ e CSLL para glosar as despesas de amortização do ágio. Em razão da nova apuração, foi constatada insuficiência de estimativas mensais, tendo sido lançadas as multas isoladas e, ainda, que teria havido o aproveitamento indevido da despesa de ágio na apuração do Lucro da Exploração.

Essa última autuação decorreu da adoção do aproveitamento do ágio pela Recorrente, ante a ampliação o benefício fiscal de redução do imposto de renda calculado sobre o lucro da exploração (75%).

Assim, houve lançamento da diferença de imposto de renda submetido ao benefício da redução (supostamente) calculado a maior pela Recorrente.

Analisando a questão, entendo que o pleito da Recorrente encontra amparo legal. Explique-se.

De acordo com os autos, a partir dezembro de 2000, a Recorrente passou a registrar as despesas de amortização de ágio, as quais reduziram os resultados tributáveis do IRPJ e da CSLL nos anos-calendário de 2001 e seguintes. No entendimento da Fiscalização, tais despesas não seriam dedutíveis, tendo em vista que as operações societárias praticadas, objetivaram “unicamente reduzir tributação através do benefício da dedutibilidade da amortização do ágio do IRPJ e da CSLL” (§ 53, pag. 10 do RAF).

Ocorre que, em meu sentir, as operações societárias foram todas praticadas de forma legal e, sobretudo, com o aval dos órgãos reguladores, não havendo que se falar que as operações societárias seriam um mero artifício a desaprovar a dedutibilidade com a amortização do ágio em questão.

Consoante relatado, o ágio gerado no presente caso decorre da aquisição do controle da Impugnante, em processo licitatório de privatização. De fato, após o leilão público especial realizado em 18 de dezembro de 1997 (DOC. 07 da impugnação), o novo grupo de controle da Impugnante passou a ser composto pelas seguintes empresas: GUARANIANA S/A; COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA; E UPTIK PARTICIPAÇÕES S.A.

Outrossim, a aquisição da participação societária da Recorrente se deu com o pagamento de ágio ao Estado do Rio Grande do Norte (antigo titular de suas ações), em razão da expectativa de rentabilidade estimada com base em resultado de exercícios futuros. Data do Evento: 18/12/1997 – Privatização da COSERN. Posteriormente, os adquirentes manifestaram seu interesse em aproveitar o benefício fiscal de dedutibilidade da despesa com a amortização do ágio gerado na aquisição das participações societárias, conforme lhes era expressamente autorizado pelo artigo 386 do RIR/99.

Dessa forma, para que fosse possível o aproveitamento do benefício fiscal previsto no artigo 386 do RIR/99, os adquirentes resolveram subscrever e integralizar capital na empresa IBIDEM S.A, mediante entrega das ações da Impugnante acrescidas do ágio. Data do Evento: 27/12/2000 – Transferência do Ágio para a IBIDEM

A operação societária foi previamente submetida à aprovação do órgão regulador do setor elétrico Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, conforme exigência prevista no artigo 27 da Lei nº 8.987/1955. A ANEEL, no exercício de sua competência regulatória, autorizou a transferência do bloco de controle acionário da Impugnante para a IBIDEM S.A, conforme se depreende da Resolução nº 474, de 30 de novembro de 2000:

RESOLUÇÃO Nº 474, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2000 (*)

Autoriza a Companhia Energética do Rio Grande do Norte - COSERN a promover a incorporação de sua controladora IBIDEM S.A.

O DIRETOR-GERAL DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL, no uso das suas atribuições regimentais, de acordo com deliberação da Diretoria, tendo em vista o disposto nos incisos I e II, art. 26, da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nos incisos XI e XII, art. 4º, Anexo I, do Decreto nº 2.335, de 6 de outubro de 1997, o que consta do Processo nº 48500.004622/00-67, e considerando que:

em continuidade aos procedimentos vinculados ao requerimento datado de 30 de junho de 2000, existe a solicitação da empresa GUARANIANA S.A. no sentido de que a ANEEL aprove a incorporação da IBIDEM S.A. pela Companhia Energética do Rio Grande do Norte - COSERN;

a análise e aprovação da matéria pela ANEEL deve levar em conta a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, bem como da qualidade e continuidade da prestação do serviço público de energia elétrica, cujos aspectos, de acordo com o Laudo de Avaliação do acervo a ser incorporado, estão garantidos e preservados, tendo em vista que a incorporação não inclui dívidas oriundas do processo de aquisição das ações da COSERN pela GUARANIANA, Companhia de Eletricidade da Bahia - COELBA e UPTICK Participações S.A.; e

a referida incorporação recebeu manifestação favorável da Comissão de Valores Mobiliários - CVM e que a mesma enquadra-se no disposto na Instrução CVM nº 319, de 3 de dezembro de 1999, resolve:

Art. 1º Autorizar a Companhia Energética do Rio Grande do Norte - COSERN a realizar a incorporação de sua controladora IBIDEM S.A., nos termos do Laudo de Avaliação da consultora Ernst & Young Auditores Independentes S/C, constantes do Processo nº 48500.004622/00-67, condicionada à formalização, no prazo de 30 dias, de Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº 08/97 - ANEEL, contemplando todas as obrigações fixadas nesta Resolução.

Art. 2º Para a realização da incorporação a concessionária fica obrigada a cumprir integralmente os seguintes requisitos:

- I - antes da incorporação, criar na IBIDEM uma provisão de valor equivalente ao ágio pago pela aquisição do controle da COSERN, líquido do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL;
- II - manter contabilização separada de todos os valores refletidos na COSERN em função da incorporação, segregando-os das demonstrações econômico-financeiras da concessionária e disponibilizando-os para a fiscalização da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, quando solicitados, juntamente com as demais informações relacionadas e decorrentes da incorporação;
- III - contabilizar o ágio, oriundo da empresa a ser incorporada, em conta a ser determinada pela ANEEL;



Com a transferência do controle acionário da IBIDEM S.A, criou-se o ambiente necessário para que a Recorrente incorporasse sua controladora e, assim, aproveitasse o benefício fiscal previsto no artigo 386 do RIR/99, razão pela qual não pode prosperar a glosa das despesas pretendida pela Fiscalização.

Em cumprimento ao artigo 27 da Lei nº 8.987/95, a operação societária pretendida foi submetida à apreciação da ANEEL, a qual autorizou a Recorrente a promover a incorporação de sua controladora por meio da Resolução nº 474, de 30 de novembro de 2000. A autorização da ANEEL foi concedida com base nas seguintes considerações: a análise levou em conta a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, bem como a qualidade e continuidade da prestação do serviço público de energia elétrica; a incorporação não incluía as dívidas oriundas do processo de aquisição da Impugnante; a incorporação estava em conformidade com os artigos 223 a 229 da Lei nº 6.404/76 e com a Instrução CVM nº 319/99, com as alterações promovidas pela Instrução CVM nº 349/01.

Outrossim, para a realização da incorporação foram estipulados diversos requisitos na própria Resolução ANEEL nº 474, de 30 de novembro de 2000, dentre os quais a obrigação de que o ágio fosse amortizado segundo a curva baseada em resultados de exercícios futuros e no prazo remanescente da concessão, sendo que o controle do aproveitamento do ágio seria feito pela Superintendência de Fiscalização Econômica e Financeira da ANEEL. Data do Evento: 28/12/2000 – Transferência do Ágio para a COSERN.

Ademais, o valor do ágio transferido à Recorrente em razão da incorporação da sua controladora (IBIDEM) estava devidamente contabilizado, nos termos do artigo 385 do RIR/99 (desmembrando-se valor do investimento e ágio), bem como estava devidamente amparado por novo laudo de avaliação de ações fornecido pela Ernst & Young, data base de 30 de novembro de 2000 (Doc. 09).

Esse Laudo de Avaliação, bem como o Protocolo de Incorporação (Doc. 10) datado de 18 de dezembro de 2000, Justificação da Operação elaborado pela diretoria da Impugnante (Doc. 11), e o Parecer do Conselho Fiscal da Impugnante (Doc. 12) de 26 de dezembro de 2000, foram todos aprovados pela Ata da Assembleia Geral Extraordinária da Recorrente, de 29 de dezembro de 2000 (Doc. 13). Todos os documentos estão anexos à impugnação.

Destaque-se que todos os atos praticados pela Recorrente foram públicos (divulgados em jornais de grande circulação) e foram todos previamente submetidos à agência reguladora do setor de energia elétrica, a qual aprovou todas as operações pretendidas (Resolução ANEEL nº 474/00). E uma das formalidades previstas na legislação societária é a publicação do fato relevante da reestruturação societária ao mercado. Conforme se pode verificar dos documentos acostados aos autos, foi publicado o Fato Relevante em jornal de grande circulação, tratando da incorporação da IBIDEM pela Impugnante, bem como descrevendo todas as operações acima relatadas (Doc. 14 - impugnação).

Após a incorporação, a Recorrente passou a deduzir o ágio da base de cálculo do IRPJ e da CSLL nos termos do artigo 386, § 6º, inciso II, do RIR/99. Essa decisão, encontra-se fundamentada, em síntese: na necessidade de aproveitamento do benefício fiscal concedido à Impugnante por determinação expressa de lei; na observância de todos os dispositivos normativos e regulatórios para a realização das operações societárias (total legalidade das operações); e no fato de a estrutura societária adotada ser a mais simples e coerente do ponto de vista econômico para o aproveitamento do ágio.

No tocante à autorização da ANEEL, essa foi concedida com base nas seguintes considerações:

- (i) a análise levou em conta a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, bem como a qualidade e continuidade da prestação do serviço público de energia elétrica;
- (ii) a incorporação não incluía as dívidas oriundas do processo de aquisição da Recorrente;
- (iii) a incorporação estava em conformidade com os artigos 223 a 229 da Lei nº 6.404/76 e com a Instrução CVM nº 319/99, com as alterações promovidas pela Instrução CVM nº 349/01.

Ademais, para a realização da incorporação foram estipulados diversos requisitos na própria Resolução ANEEL nº 474, de 30 de novembro de 2000, dentre os quais a obrigação de

que o ágio fosse amortizado segundo a curva baseada em resultados de exercícios futuros e no prazo remanescente da concessão, sendo que o controle do aproveitamento do ágio seria feito pela Superintendência de Fiscalização Econômica e Financeira da ANEEL.

Novamente, deve-se destacar que o valor do ágio transferido à Recorrente em razão da incorporação da sua controladora (IBIDEM) estava devidamente contabilizado, nos termos do artigo 385 do RIR/99 (desmembrando-se valor do investimento e ágio), bem como estava devidamente amparado por novo laudo de avaliação de ações fornecido pela Ernst & Young, data base de 30 de novembro de 2000 (Vide Doc. 09 da Impugnação).

Tal Laudo de Avaliação, bem como o Protocolo de Incorporação (Vide Doc. 10 da Impugnação) datado de 18 de dezembro de 2000, Justificação da Operação elaborado pela diretoria da Recorrente (Vide Doc. 11 da Impugnação), e o Parecer do Conselho Fiscal da Recorrente (Doc. 16) 12 de 26 de dezembro de 2000, foram todos aprovados pela Ata da Assembleia Geral Extraordinária da Recorrente, de 29 de dezembro de 2000 (Vide Doc. 13 da Impugnação).

Ao contrário, todos os atos praticados pela Recorrente foram públicos (divulgados em jornais de grande circulação) e foram todos previamente submetidos à agência reguladora do setor de energia elétrica, a qual aprovou todas as operações pretendidas (Resolução ANEEL nº 474/00).

A Recorrente não poderia incorporar automaticamente suas controladoras, pois não é razoável a incorporação de empresas como a GUARANIANA S/A, que detém investimentos em diversas companhias de geração e de transmissão de energia elétrica por uma concessionária de energia elétrica, ou mesmo da COELBA, empresa também concessionária de energia elétrica.

Por isso, foi necessário criar legalmente uma estrutura societária que permitisse a segregação desse investimento em uma sociedade que não tivesse outros ativos/atividades sociais que tornasse incompatível, economicamente, a incorporação da controladora pela controlada e, com isso, se transferisse o ágio para a controlada.

Verifica-se que a única forma jurídica possível para tornar viável economicamente a aquisição da Recorrente no processo de privatização, com o aproveitamento do benefício fiscal de dedutibilidade do ágio, foi a forma adotada no caso concreto: reestruturação societária legal, de forma que a participação acionária adquirida com ágio pela empresa IBIDEM (gerado com fundamento econômico na privatização) fosse absorvida pelo patrimônio da Recorrente.

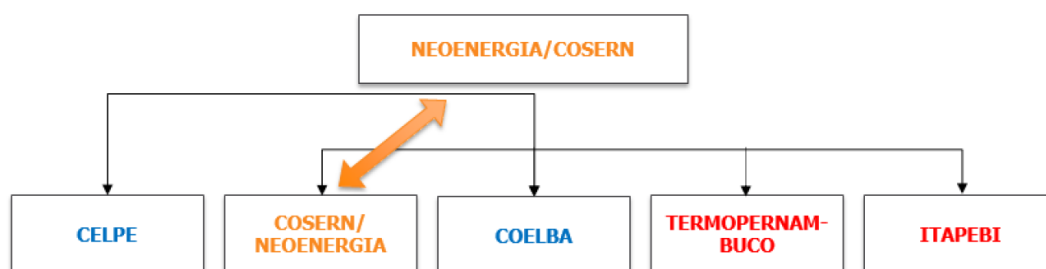
De fato, a análise da operação como um todo demonstra o evidente fundamento econômico para a realização dos atos societários: o ágio legitimamente pago na aquisição da Recorrente no processo de privatização foi adquirido pela empresa IBIDEM, a qual foi absorvida pela Recorrente, que passou a amortizar esse valor com fundamento no artigo 386, § 6º, inciso II, do RIR/99.

Ademais, o motivo para a realização das operações demonstra-se coerente com as estruturas societárias adotadas, pois decorrente da natureza do próprio processo de privatização. Insista-se: o aproveitamento do benefício fiscal não poderia ter sido realizado de outra maneira.

A necessidade da desverticalização, ou seja, a segregação das participações em empreendimentos de geração, transmissão e comercialização de energia, que já era uma realidade para os players do mercado, foi corroborada pela edição da Lei nº 10.848/04, objeto de conversão da MP nº 144/03, que alterou a redação do artigo 4º da Lei nº 9.047/95, para vedar a hipótese de uma geradora de energia elétrica controlar uma distribuidora de energia elétrica, ou vice-versa.

Em virtude imposição regulatória da desverticalização, era absolutamente vedada a incorporação da GUARANIANA (atual NEOENERGIA) pela COSERN. Isso porque, caso a COSERN incorporasse a GUARANIANA, se tornaria controladora direta de outras companhias de geração de energia elétrica (ITAPEBI GERAÇÃO DE ENERGIA S/A e TERMOPERNAMBUCO S/A), que originalmente eram controladas pela GUARANIANA, em flagrante descumprimento da determinação legal regulatória.

Para facilitar a visualização, confira-se o organograma de como ficaria o Grupo empresarial caso a NEOENERGIA (antiga GUARARIANA) fosse incorporada pela COSERN:



Nesta senda, as operações realizadas pela Recorrente não apenas foram amparadas na Lei como também decorreram de imposições regulatórias que impediam qualquer discricionariedade. Tanto é assim que, repita-se à exaustão, foram integralmente aprovadas pelo Agência reguladora competente, a ANEEL.

Enfim, todos os atos praticados tiveram por motivo a aquisição da COSERN em processo de privatização, para o consequente aproveitamento do benefício fiscal de dedução do ágio gerado nessa aquisição nos estritos termos da Lei. A finalidade da operação era a aquisição de uma concessionária de energia elétrica de grande porte e participação no mercado brasileiro, como forma de consolidar as atividades do grupo de empresas controlados pela GUARANIANA S/A, atualmente denominada NEOENERGIA S.A.

Todos os atos societários praticados inserem-se congruentemente neste contexto da aquisição de uma concessionária de energia por um grupo detentor de grandes empresas concessionárias de energia elétrica (geradoras e transmissoras): (i) a forma de participação no leilão; (ii) os fluxos de caixa ocorridos; (iii) a necessidade da constituição de todas as sociedades

envolvidas; e (iv) todas as operações realizadas para reduzir estruturas desnecessárias e obter uma sinergia no grupo NEOENERGIA S/A.

Importante, frisar, ainda, que amortização do ágio, pago com fundamento em previsão de rentabilidade futura, com fulcro no artigo 7.º, inciso III, da Lei nº 9.532 de 1997, deve atender, inicialmente a três premissas básicas, como forma de comprovação da realização do propósito negocial da operação, quais sejam:

- 1) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio;
- 2) a realização das operações originais entre partes não ligadas;
- 3) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura.

A meu ver, no presente caso essas três premissas básicas também foram cumpridas, razão pela qual resta demonstrado o propósito negocial da operação, como foi consignado pelo julgador no Acórdão nº 1402-00.993, cuja matéria é idêntica à discussão nestes autos (mesma Recorrente COMPANHIA ENERGETICA DO RIO GRANDE DO NORTE - COSERN), porém, relativamente aos ano-calendários de 2005, 2006, 2007 e 2008:

“(…)

A recorrente assevera que não se trata de uma mera operação de geração espontânea e carecedora de propósitos negociais e fundamentos econômicos, fato expressamente reconhecido no Termo de Encerramento de Ação Fiscal. Isso porque restou comprovado o fato de que **GUARANIANA S.A, COELBA S.A e UPTICK PARTICIPAÇÕES S.A, adquiriram o controle da COSERN em leilões de privatização** realizados respectivamente em 18/12/1997; tendo ocorrido outras aquisições pelo grupo em 20/02/98 e em **Oferta Pública de Ações (OPA) da COSERN** realizadas em 2000, tendo referidas aquisições sido feitas sempre com o pagamento de expressivo ágio, *verbis*:

“a) em 18/12/1997, o grupo das empresas: GUARANIANA, COELBA e UPDICK, através do processo licitatório de leilão de privatização adquiriu, com expressivo ágio, 83.768.248 ações ordinárias e 4.648.146 ações preferenciais classe “A”, representativas de 79,60% do capital votante e 3,91% do capital social da COSERN, respectivamente pelo preço de R\$ 645.057.192,00: e se tornaram os NOVOS ACIONISTAS CONTROLADORES da COSERN (GRUPO);

b) Outras aquisições de ações de emissão da COSERN foram feitas por essas empresas (GRUPO) através de leilão especial realizado em 20/02/1998 e de Ofertas Públicas de Ações (OPA) da COSERN realizadas em 2000; tendo sido apurado ágio em todas essas operações.” (Fls. 7 do TEAF)”

Portanto, não restam dúvidas acerca do efetivo pagamento do custo total da aquisição, incluindo-se o valor do ágio cuja amortização, ressalte-se, foi especificamente analisada pelo órgão regulatório ANNEL nos termos da Resolução n.º 474/2000 (Doc. 03 juntado à impugnação).

De igual forma foi cumprida a segunda premissa firmada por esta Turma de Julgamento, na medida em que verifica-se que as operações originárias, que geraram o ágio, foram realizadas entre o Estado do Rio Grande do Norte e as empresas GUARANIANA S.A, COELBA S.A e UPTICK PARTICIPAÇÕES S.A, portanto partes não relacionadas ou ligadas.

Por fim, resta analisar a existência de algum questionamento acerca da avaliação da empresa adquirida e da expectativa de rentabilidade futura.

Nos exatos termos ocorrido quando do julgamento que culminou na lavratura do Acórdão n.º 1402-00.802, verifica-se que não houve qualquer questionamento por parte da Fiscalização acerca do laudo de avaliação da empresa adquirida bem como da expectativa de rentabilidade futura elaborado pela Ernest & Young, não cabendo, portanto, ao julgador fazê-lo no presente momento.

No que tange ao fundamento do Agente Fiscal no sentido de que o ágio amortizado pela COSERN decorreu da aquisição, com ágio de suas próprias ações, há que novamente, por sua clareza e objetividade, recorrer-se às premissas firmadas quando da prolação do Acórdão n.º 1402-00.802 que fixa como premissas para a identificação de uma operação que redunde em “ágio de si mesma” a conjunção de dois fatores:

1. a inexistência de efetivo desembolso de recursos, neutralidade nesses desembolsos, ou até pagamentos fictícios (não comprovados). Não haver materialidade nos pagamentos;
2. a inexistência de efetiva mudança no controle acionário. Nos casos de “Ágio de si mesmo” a participação acionária é adquirida por outra empresa do mesmo grupo ou por interposta pessoa.

Pois bem, na situação versada nos autos, a efetividade dos desembolsos é inconteste, na medida em que as aquisições se deram em Leilões de Privatização e em Ofertas Públicas de Ações e, verifica-se que antes da operação a COSERN era controlada pelo Estado do Rio Grande do Norte, ao passo que no momento da incorporação o controle havia sido transferido das empresas GUARANIANA S.A, COELBA S.A e UPTICK PARTICIPAÇÕES S.A para a empresa IBIDEM.

Logo, é certo que no presente caso a amortização do ágio não se deu do “ágio de si mesma”, gerado artificialmente, seja na COSERN, seja no Grupo, mas sim no ágio efetivamente pago pelas empresas GUARANIANA S.A, COELBA S.A e UPTICK PARTICIPAÇÕES S.A quando da aquisição da COSERN nos Leilões de Privatização e nas subsequentes Ofertas Públicas de Ações, nos termos expressamente atestados pela Fiscalização.

A Fiscalização aduz, ainda, que o fato de a operação de capitalização da IBIDEM ter ocorrido por força de uma operação de integralização pelas empresas GUARANIANA S.A, COELBA S.A e UPTICK PARTICIPAÇÕES S.A ter-se-ia criado um ágio meramente escritural. Todavia, ao se analisar o conjunto de operações com um todo, resta claro que o lançamento foi efetuado com base na inferência de que as operações praticadas não tiveram propósito negocial.

Ora, inquestionavelmente ocorreu o efetivo pagamento do custo total da aquisição, incluindo o valor pago a título de ágio, na operação originária que gerou a contabilização do ágio. Outrossim, da análise do conjunto das operações, resta comprovado que a forma jurídica adotada para a aquisição pelo grupo NEOENERGIA (nova denominação da Guaraniana), para a participação nos Leilões de Privatização e nas aquisições em Ofertas Públicas de Ações são legais, legítimas e tinham como objetivo e fundamento econômico a aquisição do controle da COSERN, visando melhorar o desempenho da empresa e consolidá-la no mercado.

É certo que todas as operações praticadas pelo grupo NEOENERGIA tiveram como objetivo a criação de uma estrutura societária viável, como planejamento estratégico, para a aquisição da COSERN, com o consequente aproveitamento do direito à amortização do ágio gerado, nos exatos termos do artigo 386, § 6º, inciso II, do RIR. Não olvidemos que é se trata de propósito negocial legítimo a economia de IRPJ e CSLL sobre lucro gerado a partir da aquisição societária realizada com ágio sobre a expectativa de rentabilidade futura, que efetivamente ocorreu no presente caso.

Por fim, importante registrar que a recorrente esclareceu o motivo do transcurso de três anos, havidos entre a data de aquisição do controle da COSERN e a efetiva incorporação da IBIDEM pela COSERN: foi o prazo necessário ao tramite do processo pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, cuja aprovação final se deu em 30 de novembro de 2000, através da citada RESOLUÇÃO N.º 474, que expressamente tratou e impôs as condições efetivamente cumpridas para a aquisição da empresa”.

Outrossim, da Declaração de Voto do Conselheiro Luís Flávio Neto, inserta no Acórdão 9101-002.304 (Recorrida: COMPANHIA ENERGÉTICA DO RIO GRANDE DO NORTE – COSERN), extraio os seguintes argumentos que se aplicam ao caso sob julgamento e os adoto como complemento às minhas razões de decidir:

“(…)

Na reunião de abril de 2016, a e. Câmara Superior de Recursos Fiscais (doravante “CSRF”) analisou o recurso especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional (doravante “PFN” ou “recorrente”), em que é recorrida a COMPANHIA ENERGÉTICA DO RIO GRANDE DO NORTE COSERN (doravante “COSERN”, “recorrida”, “investida” ou “adquirida”), no processo n. 10469.721944/2010-51. Em tal recurso, a PFN requer a reforma do acórdão n.

1402-00.993 (doravante “acórdão a quo” ou “acórdão recorrido”), proferido pela r. 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara desta 1ª Seção (doravante “Turma a quo”), entre outras coisas, no que concerne à legitimidade da amortização fiscal de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.

Trata-se da exigência de créditos tributários, referentes ao IRPJ do período de 2005 a 2008, com fundamento na glosa da amortização das despesas de ágio.

O acórdão recorrido restou assim ementado, com destaque, em negrito, à parte que é objeto de recurso especial e da presente declaração de voto:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008 AUDITORIA FISCAL. PERÍODO DE APURAÇÃO ATINGIDO PELA DECADÊNCIA PARA CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

VERIFICAÇÃO DE FATOS, OPERAÇÕES, REGISTROS E ELEMENTOS PATRIMONIAIS COM REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA FUTURA. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÕES. O fisco pode verificar fatos, operações e documentos, passíveis de registros contábeis e fiscais, devidamente escriturados ou não, em períodos de apuração atingidos pela decadência, em face de comprovada repercussão no futuro, qual seja: na apuração de lucro líquido ou real de períodos não atingidos pela decadência. Essa possibilidade delimita-se pelos seus próprios fins, pois, os ajustes decorrentes desse procedimento não podem implicar em alterações nos resultados tributáveis daqueles períodos decaídos, mas sim nos posteriores. Em relação a situações jurídicas, definitivamente constituídas, o Código Tributário Nacional estabelece que a contagem do prazo decadencial para constituição das obrigações tributárias, porventura delas inerentes, somente se inicia após 5 anos, contados do período seguinte ao que o lançamento do correspondente crédito tributário poderia ter sido efetuado (art. 173 do CTN).

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO EFETIVAMENTE PAGO NA AQUISIÇÃO SOCIETÁRIA. PREMISSAS. As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7º, inciso III, e 8º. da Lei 9.532 de 1997, são: i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas; iii) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura. Nesse contexto não há espaço para a dedutibilidade do chamado “ágio de si mesmo”, cuja amortização é vedada para fins fiscais, sendo que no caso em questão essa prática não ocorreu.

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.

Por maioria dos votos, a Turma *a quo* acordou em rejeitar a preliminar de decadência e **por unanimidade**, em dar provimento ao recurso, entendendo-se que a amortização fiscal do ágio realizada pela COSERN teria sido legítima, de forma a afastar a glosa de tais despesas pretendida na autuação fiscal.

A partir dos fatos e provas levados à sua análise, a Turma *a quo*, ao exercer a sua competência de findar com a constatação fática necessária à aplicação das normas jurídicas, assentou que:

- Em 1997, houve aquisição de investimento relevante com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, realizada entre partes independentes, com efeito fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição: em um processo licitatório de desestatização, a COSERN, anteriormente pertencente ao Estado do Rio Grande do Norte, foi adquirida por um grupo de entidades de direito privado (GUARANIANA, COELBA, UPTICK., doravante “Novo Grupo de Controle”), com pagamento efetivo de sobrepreço (ágio) incorrido com fundamento em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida (COSERN).
- Adotando-se o Método de Equivalência Patrimonial (MEP), o custo de aquisição do investimento foi desdobrado no valor patrimonial da COSERN e no ágio suportado, justificado pela expectativa de futuros lucros trazidos por esta.
- Em 1998, foi constituída a empresa IBIDEM S.A. (doravante “IBIDEM”) pelas empresas componentes do Novo Grupo de Controle;
- Entre 1998 e 2000, o Novo Grupo de Controle adquiriu novas ações detidas por acionistas minoritários e emitidas pela COSERN, em leilões especiais e ofertas públicas de ações (OPAs). Em tais aquisições novamente foi suportado pelo Novo Grupo de Controle o efetivo pagamento de preço acrescido de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura;
- em 2000, as empresas componentes do Novo Grupo de Controle realizaram aumento de capital na empresa IBIDEM por meio de integralização das ações da COSERN. Dessa forma, a empresa IBIDEM passou a ser a controladora da COSERN.
- Ainda em 2000, a COSERN incorporou a IBIDEM e, a partir de então, passou a amortizar fiscalmente o ágio.

- Não houve dolo, fraude, simulação ou “abuso de direito” nas operações praticadas pelo contribuinte. A multa aplicada pela fiscalização foi, inclusive, de 75%.

No julgamento do recurso especial interposto pela PFN, a CSRF, por maioria de votos, decidiu reformar o acórdão recorrido, de forma a manter a cobrança de IRPJ, multa de 75% e juros de mora lançados no AIIM. Com isso, foi mantido o ato da administração fiscal de glosa da amortização das despesas de ágio, não obstante tenha sido reconhecido o ágio apurado pelo “Novo Grupo de Controle” na aquisição da COSERN.

Nesta declaração de voto, permissa vênua, apresento os fundamentos que me fizeram votar pelo NÃO PROVIMENTO do recurso especial interposto pela PFN no que pertine à questão da **amortização fiscal das despesas de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura**, por compreender que a cobrança tributária em questão ofende as normas que tutelam a matéria, em especial aquelas que decorrem do art. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97. Tais fundamentos serão organizados do seguinte modo:

1. O conceito de “ágio” por expectativa de rentabilidade futura e o Método de Equivalência Patrimonial (“MEP”).
2. A evolução da legislação e do tratamento jurídico-tributário do “ágio”.
3. A norma de dedutibilidade fiscal das despesas de amortização de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.
4. Evidenciação analítica dos elementos componentes da norma dedutibilidade fiscal das despesas de amortização de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura
5. O vício imputado pela fiscalização para a glosa das despesas de amortização de ágio no presente caso.
6. Conclusões finais quanto ao caso em análise.

1. O conceito de “ágio” por expectativa de rentabilidade futura e o Método de Equivalência Patrimonial (“MEP”).

A palavra “ágio” conduz à ideia de um sobrepreço que se paga por algo, um valor superior àquele seria o parâmetro esperado.

(...)

O ágio analisado no presente processo administrativo se refere à aquisição de participação acionária relevante em empresas (investidas) por outras empresas (investidoras). Nesse caso, como se verá no tópico “2” a seguir, o legislador reconheceu como justificativa negocial para o pagamento de ágio (ou deságio) a expectativa de rentabilidade futura da empresa investida, o valor de mercado de bens do ativo empresa investida superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, o fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

No caso concreto, uma pessoa jurídica adquiriu participação societária relevante em outra pessoa jurídica (investimento), com o pagamento de um sobrepreço (ágio) justificado pela expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida. Está em questão, neste julgamento, a legitimidade da amortização fiscal do aludido ágio levada realizada pelo contribuinte.

1.2. A identificação do ágio pelo Método de Equivalência Patrimonial (“MEP”)

Quando uma pessoa jurídica possui participação societária relevante em outra pessoa jurídica (controlada ou coligada), deve refletir em sua contabilidade tal investimento avaliando-o conforme o método da equivalência patrimonial (doravante “MEP”). Por sua vez, “ágios” e “deságios” são itens evidenciados nas demonstrações contábeis pelo MEP: a companhia deve evidenciar que parte do investimento mantido em sua controlada ou coligada não se justifica pelo valor patrimonial desta, mas sim por uma ágio despendido quando de sua aquisição, considerando o fundamento pelo pagamento deste¹¹.

Nos idos de 1976, a Lei 6.404 (“Lei das SAs”) regulou a adoção do MEP, especialmente em seu art. 248:

“Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos relevantes (artigo 247, parágrafo único) em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, e em sociedades controladas, serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido, de acordo com as seguintes normas: (...)”

A legislação brasileira passou a prever que as pessoas jurídicas que detenham investimentos em controladas ou coligadas devem, ao realizar sua escrituração pelo MEP, desdobrar o custo destas: (i) no valor do patrimônio líquido existente no momento da aquisição da respectiva empresa investida e; (ii) no ágio ou deságio eventualmente suportado para a aludida aquisição: (...)

Note-se que, para fins meramente contábeis e sem consequências tributárias, na empresa investidora, o ágio (ou deságio) lançado no ativo permanente, na conta de investimento, como ativo diferido, devendo ser deverá ser amortizado mediante débito ou crédito ao seu lucro líquido. Na empresa investida, por sua vez, o ágio componente do preço de emissão de ações, lançado como reserva de capital, não está sujeito à amortização e não afeta de modo algum o resultado.

Ainda contabilmente, vale observar que o desdobramento do referido ágio também pode ser observado sob a perspectiva da pessoa jurídica investida, embora tais registros contábeis não apresentem qualquer importância para a questão em análise. Supondo-se que uma pessoa jurídica (investidora) realize aumento de capital com sobrepreço em uma outra empresa (investida), referido ágio seria escriturado em conta do ativo, de investimento. Já as demonstrações

financeiras da investida, em tese, deveriam evidenciar o ágio em questão em conta de reserva de capital.

A referida escrituração contábil do ágio pela investida não possui necessária relevância para a análise em tela, pois não há comunicação necessária com os lançamentos contábeis realizados pela empresa investidora. Por essa razão, em nenhum momento a legislação que rege a matéria se volta aos valores contabilizados como ágio pela empresa investida, sendo relevante, apenas, a conta de investimento presente nas demonstrações financeiras da empresa investidora.

A apuração ou mesmo amortização contábil do aludido ágio por expectativa de rentabilidade futura, escriturados pela empresa investidora em função do MEP, ***sempre permaneceram neutros para fins tributários nas diversas alterações legislativas atinentes à matéria.*** No que é mais relevante ao presente caso, prescreve o Decreto-lei 1.598/77:

Art. 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33.

Conforme será evidenciado nos tópicos “2” e “3” e “4” a seguir, as consequências tributárias apenas surgiriam com a realização do investimento, com a apuração do ganho (ou perda) de capital prescrita pelo art. 33 do Decreto-lei 1.598/77, ou com a amortização do ágio à fração 1/60 ao mês, decorrente da implementação da fórmula operacional básica prescrita pelo art. 7º da Lei n. 9.532/97.

(...)

A existência de propósitos unicamente fiscais como locomotiva para o exercício de liberdades econômicas tem polarizado a doutrina brasileira. De um lado, por exemplo, PAULO AYRES BARRETO, leciona que o contribuinte possui o direito de gerir as suas atividades com o menor ônus fiscal possível, desde que aja de forma lícita, ou seja, sem a prática de atos qualificados como ilícitos, simulados ou fraudulentos. Para esse professor, a tese que defende a desqualificação dos negócios realizados exclusivamente para a redução da carga tributária conduziria à obrigação de o contribuinte sempre ter de escolher a forma mais onerosa em termos fiscais para a sua atividade. Em outra direção, por exemplo, MARCO AURÉLIO GRECO⁶⁸ sustenta que “a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios privados somente poderá ocorrer se puder demonstrar de forma inequívoca que o ato foi abusivo porque sua única ou principal finalidade foi conduzir a um menor pagamento de imposto”.

No caso dos autos, a discussão ganha novas cores. Afinal, o legislador tributário prescreveu, por meio dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, uma receita operacional básica que deve ser seguida pelo contribuinte, que exige basicamente

que seja realizada operação de absorção patrimonial (incorporação, fusão ou cisão) por razões exclusivamente tributárias: a amortização do ágio.

Tratando-se de **opção fiscal** (ou economia de opção, conforme exposto no tópico “4.1.5”), o legislador abre caminhos diversos ao contribuinte, entre os quais este poderá escolher aquele que melhor lhe aprouver e assumidamente interessado na carga fiscal que lhe seja menos onerosa. Assim como uma pessoa física não precisa demonstrar por quais razões deseja adotar o modelo “simplificado” ou “completo” para sua DIRPF, a investidora e investida não precisam demonstrar quaisquer razões extra tributárias para que procedam a absorção patrimonial necessária à operacionalizar a amortização fiscal do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.

Uma operação realizada por determinado partilhar, que trilhe um caminho aberto por lei que prescreve *opções fiscais*, encontra-se legitimada imediatamente pelo legislador ordinário. Nesse caso, é impróprio inquirir do particular qualquer outra justificativa, sob pena de subjugar-se a competência do Poder Legislativo. Se o legislador outorgou uma *economia de opção* às empresas que adquiram investimento em controladas ou coligadas com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, prescrevendo uma *fórmula operacional básica* para a implementação dessa *opção fiscal*, então aqueles que estiverem dispostos a implementar uma incorporação, fusão ou cisão (absorção patrimonial) estarão suficientemente legitimados pelo agente competente (Poder Legislativo) a fazê-lo ainda que exclusivamente para a implementação dessa condição.

Se por qualquer motivo determinada empresa (investidora), que tenha adquirido investimento relevante em outra pessoa jurídica (investida) com sobrepreço fundado em expectativa de rentabilidade futura, restar impossibilitada ou encontrar obstáculos para absorver o patrimônio da empresa investida (ou vice-versa), poderá, ainda que imbuída única e exclusivamente no propósito de se valer da economia de opção e aproveitar a amortização fiscal do ágio, realizar as reestruturações societárias necessárias para desobstruir o seu caminho. Se a constituição de uma outra subsidiária para lhe transferir o investimento for a solução, a operação estará suficientemente justificada pelo propósito de viabilizar a fórmula operacional básica prescrita pelos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, não lhe sendo exigida a demonstração de qualquer outro propósito extra tributário. Não há, nessa hipótese, qualquer óbice no Direito privado ou no Direito tributária para a realização da referida reestruturação societária e transferência do investimento com ágio.

De fato, o legislador tributário estabeleceu uma fórmula operacional básica para que fossem emparelhados o ágio escriturado pela investidora com os efetivos lucros gerados pela empresa investida, cuja expectativa tenha dado causa ao ágio apurado quando de sua aquisição. O propósito da realização das operações de absorção patrimonial é justamente cumprir com a necessidade

técnica do emparelhamento de receitas e despesas observada pelo legislador para possibilitar a amortização do ágio.

Nesse cenário, por ser impróprio inquirir do particular propósitos extra tributários para a implementação de opção fiscal prescrita pelo legislador competente, o chamado “propósito negocial” nas operações para a implementação da fórmula operacional básica prescrita nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 é indiferente e não interfere na legitimidade da amortização fiscal do ágio.

5. O vício imputado pela fiscalização para a glosa das despesas de amortização de ágio no presente caso.

O núcleo do recurso especial ora em análise consiste em saber se, com a aquisição de investimento com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura com a observância de todas as exigências da legislação tributária, contábil e societária, poderia o contribuinte transferir o aludido investimento em função de reestruturação societária sem que, com isso, perca o direito à amortização das referidas despesas com ágio caso realize posterior reunião das entidades investida e investidora.

Em linhas gerais, a tese sustentada pela PFN tem como consequência que a reestruturação societária implementada pela contribuinte seja sancionada com a impossibilidade de futura amortização do ágio. **Já o contribuinte, em linhas gerais, sustenta que o ágio legitimamente apurado na operação originária de aquisição do investimento permanece perfeitamente sujeito a amortização fiscal não obstante a realização das aludida reorganização societária anterior ao evento de absorção previsto pelo art. 7º da Lei n. 9.532/97.**

Nesse cenário, para verificar se o auto de infração lavrado merece prosperar, é necessário testar como as operações realizadas pelo contribuinte reagem à norma de amortização fiscal do ágio, em cada um de seus elementos analisados no tópico “4” desta declaração de voto.

5.1. Elementos que são requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio.

Conforme **fl. 1.363 do e-processo, houve efetiva aquisição de investimento relevante com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura:** a COSERN, anteriormente pertencente ao Estado do Rio Grande do Norte, foi adquirida por GUARANIANA, COELBA e UPTICK (Novo Grupo de Controle), com efetivo pagamento de sobrepreço (ágio) fundado em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida.

Note-se que, no presente caso, não se questiona que o ágio por expectativa de rentabilidade futura da COSERN tenha sido devidamente apurado e demonstrado. Tal questão restou assentada pela Turma a quo no exercício de sua

competência para definir o substrato fático do presente caso (**fl. 1363-4 do e-processo**):

“Nos exatos termos ocorrido quando do julgamento que culminou na lavratura do Acórdão n.º 140200.802, verifica-se que não houve qualquer questionamento por parte da Fiscalização acerca do laudo de avaliação da empresa adquirida bem como da expectativa de rentabilidade futura elaborado pela Ernest & Young, não cabendo, portanto, ao julgador fazê-lo no presente momento.”

É relevante ter claro que, na aquisição em questão, houve efetivo **pagamento em dinheiro** ao Estado do Rio Grande do Norte. O requisito do efetivo **fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição** foi plenamente cumprido. Tal fator foi criteriosamente aferido pela Turma a quo, como se observa do seguinte trecho do acórdão recorrido (fls. 1363-4 do e-processo):

“(…) Isso porque restou comprovado o fato de que **GUARANIANA S.A, COELBA S.A e UPTICK PARTICIPAÇÕES S.A, adquiriram o controle da COSERN em leilões de privatização** realizados respectivamente em 18/12/1997; tendo ocorrido outras aquisições pelo grupo em 20/02/98 e em **Oferta Pública de Ações (OPA) da COSERN** realizadas em 2000, tendo referidas aquisições sido feitas sempre com o pagamento de expressivo ágio, *verbis*:

“a) em 18/12/1997, o grupo das empresas: GUARANIANA, COELBA e UPDICK, através do processo licitatório de leilão de privatização adquiriu, com expressivo ágio, 83.768.248 ações ordinárias e 4.648.146 ações preferenciais classe “A”, representativas de 79,60% do capital votante e 3,91% do capital social da COSERN, respectivamente pelo preço de R\$ 645.057.192,00: e se tornaram os NOVOS ACIONISTAS CONTROLADORES da COSERN (GRUPO);

b) Outras aquisições de ações de emissão da COSERN foram feitas por essas empresas (GRUPO) através de leilão especial realizado em 20/02/1998 e de Ofertas Públicas de Ações (OPA) da COSERN realizadas em 2000; tendo sido apurado ágio em todas essas operações.” (Fls. 7 do TEAF)

Portanto, não restam dúvidas acerca do efetivo pagamento do custo total da aquisição, incluindo-se o valor do ágio cuja amortização, ressalte-se, foi especificamente analisada pelo órgão regulatório ANNEL nos termos da Resolução n.º 474/2000 (Doc. 03 juntado à impugnação).

(…)

Pois bem, na situação versada nos autos, a efetividade dos desembolsos é inconteste, na medida em que as aquisições se deram em Leilões de Privatização e em Ofertas Públicas de Ações e, verifica-se que antes da operação a COSERN era controlada pelo Estado do Rio Grande do Norte, ao passo que no momento da

incorporação o controle havia sido transferido das empresas GUARANIANA S.A, COELBA S.A e UPTICK PARTICIPAÇÕES S.A para a empresa IBIDEM”.

Foi cumprida a exigência do efetivo **desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial e o ágio por expectativa de rentabilidade futura**.

Também foi cumprido, no presente caso, a exigência de que **a amortização do ágio apurado pela investidora se processasse contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição**.

No presente caso, então, todos os requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio foram preenchidos.

5.2. Elementos que não são requisitos essenciais, mas que corroboram para reconhecimento do direito à amortização fiscal do ágio.

Verificando-se que foram cumpridos todos os elementos essenciais, previstos pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, já seria possível afirmar a legitimidade da amortização fiscal. Não obstante, em homenagem à jurisprudência deste Tribunal e ao papel de uniformização da CSRF, cumpre enfrentar o presente caso com vistas aos *safe harbours* expostos no subtópico “4.2”.

Em primeiro lugar, é importante frisar que o ágio por expectativa de rentabilidade futura ora em contenda foi apurado em operação originária de **aquisição de investimento realizada com terceiro independente**. Conforme fls. 1.363 do e-processo a COSERN, **anteriormente pertencente ao Estado do Rio Grande do Norte**, foi adquirida por um grupo de entidades de direito privado, quais sejam, GUARANIANA S.A, COELBA S.A e UPTICK PARTICIPAÇÕES S.A, com pagamento do ágio acima descrito.

Há certo consenso quanto à fundamental distinção da chamada “transferência de ágio” (vide subtópico “4.3.2”) de casos de “**ágio interno**”⁶⁹ (vide subtópico “4.2.1”). E, no presente caso, realmente **NÃO** se está diante de operação que possa ser rotulada de “**ágio interno**”, pois o ágio por expectativa de rentabilidade futura em questão foi apurado em operação originária de **aquisição de investimento realizada com terceiro independente, com efetivo fluxo pagamento do preço (e do sobrepreço)**.

O acórdão *a quo* expressamente assentou (fls. 1.364-5 do e-processo), *in verbis*:

“Logo, é certo que no presente caso a amortização do ágio não se deu do “**ágio de sim mesma**”, gerado artificialmente, seja na COSERN, seja no Grupo, mas sim no ágio efetivamente pago pelas empresas GUARANIANA S.A, COELBA S.A e UPTICK PARTICIPAÇÕES S.A quando da aquisição da COSERN

nos Leilões de Privatização e nas subsequentes Ofertas Públicas de Ações, nos termos expressamente atestados pela Fiscalização”.

Não se pode, assim, imputar às operações realizadas pela COSERN o estigma suportado por casos de “ágio interno” ou “ágio em si mesmo”: conforme restou devidamente assentado pelo acórdão a quo, o caso concreto analisado nos presentes autos não envolve “ágio interno” ou “ágio em si mesmo”. Ainda que o presente caso viesse a ser confundido com aquilo que se rotula de “ágio interno” – **o que, repita-se, já restou definitivamente afastado neste processo administrativo** – ainda assim a validade para fins tributários das operações praticadas deveria ser verificada diante de cada um de seus elementos analisados no tópico “4” deste voto. Seria necessário investigar tratar-se de “ágio válido” ou “inválido”, não se admitindo conclusões apriorísticas pela consideração apressada de meros rótulos.

O CARF deve combater a criação artificial de ágio, como se dá com a duplicação deste gerada mediante a sua transferência entre partes relacionadas. O ágio deve ser legítimo em sua origem, de modo que a sua transferência não gere dedutibilidades maiores que aquelas que seriam percebidas pela entidade que o transfere.

A **ausência de prejuízo ao fisco** com a transferência do investimento e de respectivo ágio é argumento contundente, com acolhida doutrinária e na jurisprudência do CARF. Assim, LUCIANO AMARO aduz que, “se a investidora original ‘A’ podia incorporar a investida e passar a amortizar o ágio, o mesmo se dá quando ‘A1’ incorpora a fatia do investimento que lhe tenha sido transferida por ‘A’”. **Não há, no presente caso, economia tributária distinta daquela que seria obtida sem a transferência do ágio.** Não há mais dúvidas, neste processo administrativo, que as entidades adquirentes (Novo Grupo de Controle), acaso absorvessem ou fossem absorvidas pela COSERN, teriam plenamente garantido o direito à amortização do ágio em questão, à fração de 1/60 por mês.

No presente caso, então, militam a favor das operações realizadas pelo contribuinte todas as salvaguardas analisadas neste voto, o que corrobora para a evidenciação da legitimidade da amortização das despesas de ágio em tela.

5.3. Elementos que são indiferentes e não interferem na amortização fiscal do ágio por expectativa de rentabilidade futura.

Conforme se verificou, a *fórmula operacional básica* prescrita pelo legislador para viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio simplesmente não estabelece exigências temporais. Não consta qualquer prazo nos enunciados prescritivos da Lei nº 9.532/97, tal como não há prazos nas normas societárias que regulam aquisições, fusões e cisões societárias. Devem ser ignorados, então, questionamentos desse jaez para a solução do presente caso.

Ainda que assim não fosse, o acórdão a quo, à fl. 1.365 do e-processo, consignou o quanto segue:

“Por fim, importante registrar que a recorrente esclareceu o motivo do transcurso de três anos, havidos entre a data de aquisição do controle da COSERN e a efetiva incorporação da IBIDEM pela COSERN: foi o prazo necessário ao tramite do processo pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, cuja aprovação final se deu em 30 de novembro de 2000, através da citada RESOLUÇÃO N.º 474, que expressamente tratou e impôs as condições efetivamente cumpridas para a aquisição da empresa.”

Além disso, conforme verificado acima, também é indiferente toda uma gama de possíveis **reorganizações societárias que não ocasionaram a reunião patrimonial da entidade investida com a entidade investidora (absorção patrimonial)**. A constituição da IBIDEM e o aumento de seu capital mediante a integralização de ações da COSERN pelo Novo Grupo de Controle são neutros em relação ao tema em análise, como acima fundamentado.

Conclusão oposta à que chegou o acórdão recorrido não encontraria guarida no sistema jurídico. **Afinal, diante de obstáculos negociais efetivamente reconhecidos para que o “Novo Grupo de Controle” (GUARANIANA, COELBA e UPTICK) absorvessem a COSERN ou fosse absorvido por esta, a consequência deveria ser a perda da possibilidade de aproveitamento de ágio por expectativa de rentabilidade futura efetivamente suportado no processo licitatório de desestatização?**

No presente caso, diante da impossibilidade do Novo Grupo de Controle implementar a fórmula operacional básica prescrita pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532, deve ser questionado por qual razão, por exemplo, fundos de previdência, bancos de investimento ou outras entidades deveriam sofrer restrições ao direito de auto-organização, não lhes sendo permitida a transferência de seu investimento a empresas controladas que possam implementar a referida fórmula operacional básica. Ou, com olhos ao princípio da igualdade e da livre concorrência, porque tais entidades deveriam ser submetidas a condições desiguais em comparação com outras que não possuam os mesmos “obstáculos

negociais” reconhecidos pelo acórdão a quo, com o cerceamento de seu direito à amortização fiscal do ágio?

Quanto à questão de **propósito comercial** na reestruturação realizada no caso sob julgamento, ainda que esse elemento seja indiferente para a matéria sob julgamento, pode-se aferir que há uma série de demonstrações quanto a justificativas não tributárias para a constituição da IBIDEM. O acórdão a quo assim consignou (fls. 1363 e seg. do e-processo), *in verbis*:

“A meu ver, no presente caso essas três premissas básicas também foram cumpridas, razão pela qual resta demonstrado o propósito comercial da operação.

A recorrente assevera que não se trata de uma mera operação de geração espontânea e carecedora de propósitos comerciais e fundamentos econômicos, fato expressamente reconhecido no Termo de Encerramento de Ação Fiscal.

(...)

Ora, inquestionavelmente ocorreu o efetivo pagamento do custo total da aquisição, incluindo o valor pago a título de ágio, na operação originária que gerou a contabilização do ágio. Outrossim, da análise do conjunto das operações, resta comprovado que a forma jurídica adotada para a aquisição pelo grupo NEOENERGIA (nova denominação da Guaraniana), para a participação nos Leilões de Privatização e nas aquisições em Ofertas Públicas de Ações são legais, legítimas e tinham como objetivo e fundamento econômico a aquisição do controle da COSERN, visando melhorar o desempenho da empresa e consolidá-la no mercado.

É certo que todas as operações praticadas pelo grupo NEOENERGIA tiveram como objetivo a criação de uma estrutura societária viável, como planejamento estratégico, para a aquisição da COSERN, com o consequente aproveitamento do direito à amortização do ágio gerado, nos exatos termos do artigo 386, § 6º, inciso II, do RIR. Não olvidemos que é se trata de propósito comercial legítimo a economia de IRPJ e CSLL sobre lucro gerado a partir da aquisição societária realizada com ágio sobre a expectativa de rentabilidade futura, que efetivamente ocorreu no presente caso.”

No presente caso, então, militam a favor das operações realizadas pelo contribuinte todas as salvaguardas analisadas neste voto, o que corrobora para a evidenciação da legitimidade da amortização das despesas de ágio em tela.

6. Conclusões finais quanto ao caso em análise.

No recurso especial interposto pela PFN, ora em análise, foi requerido, entre outras coisas, que esta CSRF decidisse quanto à validade de operações de reestruturação societária realizadas pelo contribuinte, rotuladas como transferência de investimento registrado, pelo MEP, com ágio por expectativa de

rentabilidade futura. A PFN interpôs o referido recurso em face de acórdão unânime da Turma a quo, que reconheceu a legitimidade do ágio por expectativa de rentabilidade futura apurado na aquisição da COSERN, bem como o seu posterior aproveitamento fiscal.

Na busca da melhor solução à presente demanda, foram analisados elementos prescritos pelo legislador como requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio: **os aludidos requisitos foram atendidos pela contribuinte, o que já seria suficiente para manter incólume o acórdão recorrido, que considerou legítimos os atos praticados pelo contribuinte.**

Também foi analisada uma série de elementos que vêm sendo adotados pela jurisprudência do CARF como uma espécie de *safe harbours* em casos semelhantes ao ora em análise: **o contribuinte apresenta características para se valer dos *safe harbours* em questão.**

Embora pessoalmente não considere os referidos elementos determinantes, é eloquente saber que o caso em julgamento preenche uma série de requisitos adotados por respeitadas Conselheiros em diversos julgamentos do CARF, os quais militam a favor da legitimidade das operações realizadas pelo contribuinte.

Por fim, foram investigados elementos que, embora adotados como fundamento em alguns julgados do CARF, são na verdade indiferentes e não interferem na amortização fiscal do ágio: ainda assim, o contribuinte apresenta características para se valer desses fundamentos que se prestariam a demonstrar a legitimidade de seus atos.

Novamente, embora pessoalmente considere os referidos elementos não interfiram em nada para a aferição da legitimidade da amortização fiscal das despesas de ágio, é curioso saber que o caso em julgamento preenche também esses elementos, o que mais uma vez milita a favor da legitimidade das operações realizadas pelo contribuinte.

Por todo o exposto, deve ser NEGADO PROVIMENTO ao recurso especial interposto pela PFN quanto à matéria analisada nesta declaração de voto, a fim de que se mantenha a acertada decisão da Turma a quo, que reconheceu a legitimidade e dedutibilidade das despesas de amortização de ágio levada a termo pelo contribuinte”.

Ademais, ainda que se entenda tratar de empresa veículo, na linha do que decidiu recentemente o STJ, no Resp. nº 2.026.473–SC, por meio do voto condutor do Ministro Gurgel de Faria, que não há não proibição na lei para tanto:

“Sobre o emprego da “empresa-veículo”, a sua rejeição apriorística contraria o disposto no art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.404/1976 (o qual faculta a criação de holding “como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais”).

Não há proibição legal para que uma sociedade empresária seja criada como "veículo" para facilitar a realização de um negócio jurídico; inclusive há razões reais ("propósito negocial") para tanto, pois é possível que as pessoas jurídicas originais queiram manter sua segregação por diversas razões (estratégicas, econômicas, operacionais...).

Em suma, o Superior Tribunal de Justiça ("STJ"), ao julgar o referido REsp 2.026.473/SC, concluiu que a legislação não veda o emprego de empresa veículo para amortização fiscal do ágio:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FIM DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA. DESCABIMENTO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. ÁGIO. DESPESA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES DEPENDENTES. POSSIBILIDADE. NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR À ALTERAÇÃO LEGAL. EMPRESA-VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE INDEDUTIBILIDADE. ILEGALIDADE.

(...)

4. A controvérsia principal dos autos consiste em saber se agiu bem o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de "empresa-veículo".

5. Ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença (para mais) entre o custo de aquisição do investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977).

6. Em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

7. A exceção à regra da indedutibilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

8. A exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997 (convertida na Lei n. 9.532/1997) visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que a justificassem.

9. O Código Tributário Nacional autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando "se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação" (art. 149, VII) e também contém norma geral ante elisiva (art. 116, parágrafo único), a qual poderia, em última análise, até mesmo justificar a requalificação de negócios

jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a "plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos" (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

10. Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o "propósito negocial" das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre "partes dependentes" (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via "empresa-veículo"; ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.

11. Do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia o Fisco não resultam automaticamente na conclusão de que o "ágio interno" ou o ágio resultado de operação com o emprego de "empresa-veículo" impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real, especialmente porque, até 2014, a legislação era silente a esse respeito.

12. Quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação a ele.

13. Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que o ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria, por si só, abusivo.

14. No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, em razão dos limites impostos pela Súmula 7 do STJ, não há demonstração de que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social, a ponto de justificar a glosa na dedução do ágio.

15. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa imposta em face da interposição dos embargos de declaração.

(REsp n. 2.026.473/SC, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 19/9/2023.)

Nesse sentido já decidiu, por maioria de votos, a 1ª Turma da CSRF, à vista do Acórdão 9101-006.787, julgado em 06/11/2023 por maioria, o Conselheiro fazendário Luiz Tadeu Matosinho Machado assim concluiu (*grifos nossos*):

“Não é possível afirmar, como cravou a autoridade fiscal, a ausência de propósito negocial da empresa Abaeté, neste caso. A própria estrutura do negócio, criticada pela autoridade fiscal, não me parece merecer reparos do ponto de vista fiscal, posto que estava dentro da exclusiva esfera de liberdade negocial de que gozam os contribuintes, que assim podem estruturá-los da forma mais conveniente e

menos onerosa para ambas as partes, desde que não impliquem em violação à lei.

Assim, a aquisição inicial da empresa Ágora Holdings pelo grupo Bradesco mediante sua incorporação e substituição de suas ações por ações do Banco Bradesco BBI não pode ser objeto de nenhum questionamento sob o aspecto fiscal, assim como a previsão de opção de recompra das ações estabelecidas no pacto entre as partes e que restou exercido.

Inexistindo qualquer elemento e mesmo acusação direta de que tal pacto teria sido simulado, descabe ao Fisco questionar a estrutura negocial adotada para afastar seus efeitos fiscais”.

Releva ressaltar que a CSRF não acolheu acusações de uso de empresa veículo quando desacompanhadas de provas de que constituídas unicamente para permitir o registro e amortização do ágio.

O Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, no Acórdão 9101-006.790, assim proferiu sua declaração de voto:

Com efeito, no presente caso, considero que restou justificado o propósito negocial para a utilização da empresa-veículo UBS participação na estrutura negocial, por questões regulatórias, nos termos examinados nos acórdãos de recurso voluntário e de embargos proferidos pelo colegiado a quo, tendo este último concluído no sentido de que “restou comprovado que a operação se deu entre partes não ligadas, houve lisura na avaliação da empresa adquirida com a comprovação da expectativa de rentabilidade futura e a extinção do investimento se deu entre a investidora (assim entendida a holding criada no Brasil para cumprimento de regras regulatórias, UBS PARTICIPAÇÕES) e a investida (BANCO PACTUAL)”

No presente caso, há diversas razões regulatórias e negociais para utilização da empresa IBIDEM. Conforme já esclarecido, analisando a operação como um todo demonstra o evidente fundamento econômico para a realização dos atos societários: *o ágio legitimamente pago na aquisição da Recorrente no processo de privatização foi adquirido pela empresa IBIDEM, a qual foi absorvida pela Recorrente, que passou a amortizar esse valor com fundamento no artigo 386, § 6º, inciso II, do RIR/99.*

Ademais, conforme já dito, as rotuladas empresas veículos de holdings, ou seja, sociedades que têm por objeto social justamente a participação em outras empresas, em plena conformidade com o comando previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/76. Confira-se:

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

[...]

§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

O que precisa ficar claro, pois, é que ao contrário de uma empresa industrial, comercial ou uma prestadora de serviços que, como regra geral, demandam um mínimo de “tempo de vida”, estrutura física e de pessoal para operarem, a prova da existência e objeto de uma holding se dá justamente com seu ato constitutivo, inscrição perante o fisco e declarações dos sócios. O Direito assim tutela.

Alinhado ao que leciona Charles William MacNaughton:

(...) por causa finalística de uma sociedade, podemos entender como sua própria função social.

Uma sociedade possui um objeto social que é justamente a atividade econômica efetivada para gerar resultados aos sócios. Nesse sentido, todo ato que uma sociedade pratica para contribuir na formação desse resultado há de ser tido como englobado na função social da sociedade.

O que se opera no caso da empresa-veículo utilizada para aproveitamento do ágio? O investidor paga um sobrepreço para adquirir um ativo (uma sociedade) com a expectativa de ter um resultado (lucro) no futuro. A obtenção desse resultado é justamente o tipo de ato que se enquadra na função social daquela pessoa jurídica.

O aproveitamento fiscal do ágio nada mais é do que o reconhecimento do ordenamento jurídico de que a renda auferida pelo investidor será o resultado futuro menos o valor pago por esse resultado.

(...)

A empresa veículo holding que participa de outra pessoa jurídica cumprindo seu objeto social, portanto, e incrementa, assim, o resultado dos sócios está sim cumprindo sua função social. A função social do contrato, previsto no artigo 421 do Código Civil, está sendo atingida. (IR e planejamento fiscal: a questão das empresas-veículo. In: Novo RIR. Coordenação: Jimir Doniak Jr. São Paulo: Quartier Latin. 2019. P. 97/98).

No que tange à duração de uma sociedade, convém notar que esta pode variar conforme o interesse das partes, lembrando que o artigo 997 do Código Civil estabelece, em seu inciso II, que os atos constitutivos de uma sociedade devem conter, além das cláusulas estipuladas pelas partes, “a denominação, objeto, sede e prazo”, o *que ratifica a liberdade quanto à duração e finalidade de uma holding*.

Sobre esse ponto, transcrevo trecho do voto condutor proferido por Luis Henrique Marotti Toselli no Acórdão nº 9101-006.787:

“Quanto à duração de uma sociedade, convém notar que esta varia conforme o interesse das partes, lembrando que, de acordo com o parágrafo único do artigo 981 do Código Civil - que trata da Sociedade de Propósito Específico – SPE -, a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

O artigo 997, também do Código Civil, ainda estabelece, em seu inciso II, que os atos constitutivos de uma sociedade devem conter, além das cláusulas estipuladas pelas partes, “a denominação, objeto, sede e prazo”, o que ratifica a liberdade quanto à duração e finalidade de uma holding.

Segundo Edmar Oliveira Andrade Filho:

No Brasil, o problema do prazo de duração passou a ser secundário após o advento do parágrafo único do art. 981 do CC, segundo o qual 'a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados'. Portanto, a permanência ou duração de uma sociedade não é um requisito de validade para a constituição e utilização de uma pessoa jurídica, pois o próprio ordenamento jurídico já se encarregou de realizar as valorações pertinentes ao tempo de duração de uma sociedade.

Ora, é perfeitamente válido e eficaz, sob o prisma jurídico, a existência de sociedades efêmeras e outras de longa duração, com capital social ínfimo ou substancial, umas com operações mercantis, outras produtivas ou prestadoras de serviços e outras ainda como mero canais de investimento, o que vai depender dos fins sociais e econômicos estabelecidos pelos sócios e administradores dentro de sua liberdade de empreender e de buscar maximizar os resultados nos limites da lei.

Se a própria legislação tipifica uma “holding pura com fins específicos” como uma espécie societária própria do Direito, conferindo-lhe autonomia e legitimidade para praticar uma única operação, inclusive para fins de economia tributária, não vejo como não admitir, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, o uso de empresas veículos em estruturas de aquisições de investimentos com ágio”.

Aludido acórdão, que por maioria de votos deu provimento ao Recurso Especial do Contribuinte (06/11/202)3, restou assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2010

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.

O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que detém o investimento pela empresa investida (incorporação reversa).

O uso de holding (ou empresa veículo) para adquirir a participação societária com ágio e, posteriormente, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as

condições para o aproveitamento fiscal do ágio, não caracteriza simulação por interposição fictícia, de modo que é indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes, ainda que sob a motivação de ausência de propósito negocial, figura esta que, na verdade, não foi incorporada ou recepcionada pelo Direito Tributário Brasileiro.

TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS DA EMPRESA CONTROLADORA PARA A SOCIEDADE HOLDING ADQUIRIR O INVESTIMENTO. LEGITIMIDADE DA DEDUÇÃO DO ÁGIO. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DO REAL ADQUIRENTE.

A transferência dos recursos empregados na aquisição de participação societária, da empresa controladora operacional para uma holding constituída para adquirir o investimento com ágio, não impede a amortização fiscal do ágio após esta ser incorporada pela investida.

A tese do “real adquirente”, que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de simulação, o que não se revela no caso.

Portanto, resta claro que mesmo com a aplicação da doutrina e jurisprudência mais restritas acerca dos limites para a realização de operações que tenham efeitos tributários, os procedimentos da Recorrente foram absolutamente corretos. Nesse sentido, estou convicta do propósito negocial da Recorrente ao realizar todas as operações sob exame.

Em tempo, a apuração da Base de Cálculo da CSLL se aplicam as normas da legislação regente e vigente para o IRPJ.

Subsidiariamente - Cobrança Cumulativa da Multa Isolada com a Multa de Ofício e Juros sobre a Multa

No tópico “Impossibilidade da Concomitância de Multa Isolada e de Multa de Ofício”, aduz a recorrente que é inviável a aplicação simultânea da multa de ofício e multa isolada, em respeito ao princípio da consunção, trazendo em seguida jurisprudência desse conselho, e citações doutrinárias.

Trata-se de matéria bastante conhecida e controversa neste tribunal administrativo nos fatos geradores ocorridos após 2007, e que geralmente possui resultado dividido tanto nas câmaras baixas, como na câmara superior de recursos fiscais.

Quanto ao tema, inicialmente entendo que o racional da Súmula CARF nº 105 permanece aplicável mesmo após a alteração legislativa promovida pela Lei 11.488/2007, eis que esta modificou apenas o texto normativo, em nada alterando quanto à norma jurídica subjacente. Assim, independentemente da evolução legislativa que revogou os incisos do § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96 e alterou a posição do dispositivo que prevê a aplicação da multa isolada, a

circunstância de penalizar duplamente contribuinte permaneceu incólume, razão pela qual súmula deveria ser aplicada ao caso.

Outrossim, superando-se a questão acerca da aplicabilidade da súmula, tenho firmado posicionamento no sentido de que a cobrança de multa isolada não pode prevalecer se e quando tenha sido aplicada a multa de ofício pela ausência de recolhimento do valor tal como apurado no ajuste anual.

Isso porque sempre que a falta de recolhimento da estimativa refletir no valor do ajuste anual devido e este não for recolhido, ensejando a aplicação da multa de ofício, teremos uma dupla repercussão da primeira infração, já que esta ensejará, ao mesmo tempo, a exigência da multa isolada e da multa de ofício.

Como se sabe, o não recolhimento da estimativa mensal pode ser visto como etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. A primeira conduta é, portanto, meio de execução da segunda. Com efeito, o bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação.

Nesse sentido, havendo aplicação de multa de ofício pela ausência de recolhimento do ajuste anual, há que se considerar a multa isolada inexigível, eis que absorvida por esta. E isso não porque se trata da mesma penalidade, mas porque quando uma conduta passível de punição faz parte da etapa preparatória para outra conduta também punível, deve-se punir apenas o ilícito-fim, haja vista que uma conduta absorve a outra. Aplicável, portanto, ao caso, o princípio da consunção.

Frisa-se que a coexistência jurídica das multas isoladas e de ofício não implica em qualquer ilegalidade, afinal cada conduta refere-se ao descumprimento de deveres distintos. Assim, não há qualquer ilegalidade na cobrança isolada da multa por falta de recolhimento das estimativa. A problemática surge quando da cobrança simultânea das multas (uma à razão de 50% sobre a estimativa não recolhida, e a outra à razão de 75% do valor do ajuste anual devido), haja vista que, conforme já dito, uma conduta é preparatória da outra.

Quanto à aplicação dos juros de mora sobre a multa de ofício, é questão superada pelo advento da Súmula CARF nº 108 de Enunciado:

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Por estas razões, quanto a este tópico, voto por dar provimento ao recurso voluntário para cancelar as multas isoladas da presente exigência, quando cumuladas com a multa de ofício.

Ante o exposto, oriento meu voto no sentido de rejeitar a preliminar de decadência suscitada e, no mérito, em dar provimento ao recurso voluntário para cancelar integralmente os autos de infração.

Assinado Digitalmente

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Paulo Mateus Ciccone

Em que pese o profundo e robusto voto da Conselheira Relatora, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, a Turma, por maioria de votos, divergiu de seu entendimento em relação às matérias de mérito aqui discutidas, basicamente despesas com amortização de ágio, com seus reflexos, incluindo multa isolada por falta ou insuficiência de recolhimentos de estimativas mensais e ajustes feitos pelo fisco no lucro da exploração.

Passo a tratar de cada um dos temas.

GLOSA DE DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. LANÇAMENTOS DE IRPJ

A respeito do primeiro tópico (**glosa de despesas com amortização de ágio**), a matéria é recorrente neste Colegiado, inclusive envolvendo a própria contribuinte em diversos processos tratando dos mesmos fatos, *vg*, PA nºs 10469.721.944/2010-51 e 10469.721945/2010-03, já julgados em última instância (CSRF) e mantidos integralmente os lançamentos, portanto decisões definitivas. (Acórdãos nº 9101-002.304 e nº 9101-002.303, de 06/04/2016, da 1ª Turma, Relator André Mendes Moura).

Pela profundidade com que foi tratado o tema e por envolver, como dito, a mesma matéria, os mesmos fatos e a mesma recorrente, sirvo-me, na forma do artigo 50, V, § 1º, da Lei nº 9.784/1999¹ de excertos do voto condutor do Conselheiro André Mendes Moura, declinado no

¹Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

V - decidam recursos administrativos;

(...)

Acórdão 9101-002.304, de 06/04/2016, da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, assumindo suas palavras como minhas e como se de minha lavra pessoal fossem, na forma conforme abaixo se reproduz, fazendo ao final, as ponderações e acréscimos que entendo pertinentes.

Cabe destacar que o voto do Conselheiro André Mendes Mouras é composto de duas partes principais, a primeira tratando de conceitos doutrinários e aspectos legislativos e jurisprudenciais e a segunda analisando o caso concreto.

Passo à sua reprodução:

Conceitos doutrinários e aspectos legislativos e jurisprudenciais:

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do goodwill. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

E recentemente, por meio da Lei nº 12.973, de 13/05/2014, o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei nº 11.638, de 2007, além de novas regras para o seu aproveitamento, que não são objeto de análise do presente voto.

Enfim, resta evidente que o conceito do ágio tratado para o caso concreto, disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, alinha-se a um conceito jurídico determinado pela legislação tributária.

Trata-se, portanto, de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

(...)

E, ao se tratar de ágio, vale destacar, mais uma vez, os dois sujeitos, as duas partes envolvidas na sua criação: a pessoa jurídica investidora e a pessoa jurídica investida, sendo a investidora é aquela que adquiriu a investida, com sobrepreço.

Não por acaso, são dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

(...)

No primeiro evento, trata-se de situação no qual a investidora aliena o investimento para uma terceira empresa. Nesse caso, o ágio passa a integrar o valor patrimonial do investimento para fins de apuração do ganho de capital e, assim, reduz a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. A situação é tratada pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, arts. 391 e 426 do RIR/99:

(...)

Já o segundo evento aplica-se quando a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão). O ágio pode se tornar uma despesa de amortização, desde que preenchidos os requisitos da legislação e no contexto de uma transformação societária envolvendo a investidora e a investida.

Contudo, sobre o assunto, há evolução legislativa que merece ser apresentada.

Primeiro, o tratamento conferido à participação societária extinta em fusão, incorporação ou cisão, atendia o disposto no art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977:

(...)

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no

inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão.

Ocorre que tal previsão se consumou em operações um tanto quanto questionáveis por vários contribuintes, mediante aquisição de empresas deficitárias pagando-se ágio, para, em logo em seguida, promover a incorporação da investidora pela investida. As operações ocorriam quase simultaneamente.

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

11. O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vem utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária, mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERIS ao discorrer, com precisão sobre o assunto

Anteriormente à edição da Lei nº 9.532/1997, não havia na legislação tributária nacional regulamentação relativa ao tratamento que deveria ser conferido ao ágio em hipóteses de incorporação envolvendo a pessoa jurídica que o pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio.

O que ocorria, na prática, era a consideração de que a incorporação era, per se, evento suficiente para a realização do ágio, independentemente de sua fundamentação econômica. (...)

Sendo assim, a partir de 1998, ano em que entrou em vigor a Lei nº 9.532/1997, adveio um cenário diferente em matéria de dedução fiscal do ágio. Desde então, restringiram-se as hipóteses em que o ágio seria passível

de ser deduzido no caso de incorporação entre pessoas jurídicas, com a imposição de limites máximos de dedução em determinadas situações.

Ou seja, nem sempre o ágio contabilizado pela pessoa jurídica poderia ser deduzido de seu lucro real quando da ocorrência do evento de incorporação. Pelo contrário. Com a regulamentação ora em vigor, poucas são as hipóteses em que o ágio registrado poderá ser deduzido, a depender da fundamentação econômica que lhe seja conferida.

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista⁶ que trabalhou na edição da MP 1.609, de 1997:

O artigo 8º altera as regras para determinação do ganho ou perda de capital na liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido, quando agregado de ágio ou deságio. De acordo com as novas regras, os ágios existentes não mais serão computados como custo (amortizados pelo total), no ato de liquidação do investimento, como eram de acordo com as normas ora modificadas.

O ágio ou deságio referente à diferença entre o valor de mercado dos bens absorvidos e o respectivo valor contábil, na empresa incorporada (inclusive a fusionada ou cindida), será registrado na própria conta de registro dos respectivos bens, a empresa incorporador (inclusive a resultante da fusão ou a que absorva o patrimônio da cindida), produzindo as repercussões próprias na depreciação normal. O ágio ou deságio decorrente de expectativa de resultado futuro poderá ser amortizado durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, à razão de 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do período de apuração. (...)

Percebe-se que, em razão de um completo desvirtuamento do instituto, o legislador foi chamado a intervir, para normatizar, nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, sobre situações específicas tratando de eventos de transformação societária envolvendo investidor e investida.

Inclusive, no decorrer dos debates tratando do assunto, chegou-se a cogitar que o aproveitamento do ágio não seria uma despesa, mas um benefício fiscal.

Em breves palavras, caso fosse benefício fiscal, o próprio legislador deveria ter tratado do assunto, como o fez na Exposição de Motivos de outros dispositivos da MP nº 1.607, de 1997 (convertida na Lei nº 9.532, de 1997)

Na realidade, a Exposição de Motivos deixa claro que a motivação para o dispositivo foi um maior controle sobre os planejamentos tributários abusivos, que descaracterizavam o ágio por meio de

analogias completamente desprovidas de sustentação jurídica. E deixou claro que se trata de uma despesa de amortização.

E qual foram as novidades trazidas pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997?

Primeiro, há que se contextualizar a disciplina do método de equivalência patrimonial (MEP).

Isso porque o ágio aplica-se apenas em investimentos sociedades coligadas e controladas avaliado pelo MEP, conforme previsto no art. 384 do RIR/99. O método tem como principal característica permitir uma atualização dos valores dos investimentos em coligadas ou controladas com base na variação do patrimônio líquido das investidas.

As variações no patrimônio líquido da pessoa jurídica investida passam a ser refletidas na investidora pelo MEP. Contudo, os aumentos no valor do patrimônio líquido da sociedade investida não são computados na determinação do lucro real da investidora. Vale transcrever os dispositivos dos arts. 387, 388 e 389 do RIR/99 que discorrem sobre o procedimento de contabilização a ser adotado pela investidora.

(...)

Resta nítida a separação dos patrimônios entre investidora e investida, inclusive as repercussões sobre os resultados de cada um. A investida, pessoa jurídica independente, em razão de sua atividade econômica, apura rendimentos que, naturalmente, são por ela tributados. Por sua vez, na medida em que a investida aumenta seu patrimônio líquido em razão de resultados positivos, por meio do MEP há uma repercussão na contabilidade da investidora, para refletir o acréscimo patrimonial realizado. A conta de ativos em investimentos é debitada na investidora, e, por sua vez, a contrapartida, apesar de creditada como receita, é excluída na apuração do Lucro Real. Com certeza, não faria sentido tributar os lucros na investida, e em seguida tributar o aumento do patrimônio líquido na investidora, que ocorreu precisamente por conta dos lucros auferidos pela investida.

E esclarece o art. 385 do RIR/99 que se a pessoa jurídica adquirir um investimento avaliado pelo MEP por valor superior ou inferior ao contabilizado no patrimônio líquido, deverá desdobrar o custo da aquisição em (1) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e

(2) ágio ou deságio. Para a devida transparência na mais valia (ou menor valia) do investimento, o registro contábil deve ocorrer em contas diferentes:

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. § 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º). (grifei)

Como se pode observar, a formação do ágio não ocorre espontaneamente. Pelo contrário, deve ser motivado, e indicado o seu fundamento econômico, que deve se amparar em pelo menos um dos três critérios estabelecidos no § 2º do art. 385 do RIR/99, (1) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, (2) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros (3) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

E, conforme já dito, por ser a motivação adotada pela quase totalidade das empresas, todos os holofotes dirigem-se ao fundamento econômico com base em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida.

Trata-se precisamente de lucros esperados a serem auferidos pela controlada ou coligada, em um futuro determinado. Por isso o adquirente (futuro controlador) se propõe a desembolsar pelo investimento um valor superior ao daquele contabilizado no patrimônio líquido da vendedora. Por sua vez, tal expectativa deve ser lastreada em demonstração devidamente arquivada como comprovante de escrituração, conforme previsto no § 3º do art. 385 do RIR/99.

E, finalmente, passamos a apreciar os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, consolidados no art. 386 do RIR/99. Como já dito, em eventos de transformação societária, quando investidora absorve o patrimônio da investida (ou vice-versa), adquirido com ágio ou deságio, em razão de cisão, fusão ou incorporação, resolveu o legislador disciplinar a situação

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.(...) (grifei)

Fica evidente que os arts. 385 e 386 do RIR/99 guardam conexão indissociável, constituindo-se em norma tributária permissiva do aproveitamento do ágio nos casos de incorporação, fusão ou cisão envolvendo o investimento objeto da mais valia.

Amortização. Despesa.

Definido que o aproveitamento do ágio pode dar-se por meio de despesa de amortização, mostra-se pertinente apreciar do que trata tal dispêndio.

(...)

Percebe-se que a amortização constitui-se em espécie de gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99.

Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

No mundo real os fatos nascem e morrem, decorrentes de eventos naturais ou da vontade humana.

O direito elege, para si, fatos com relevância para regular o convívio social.

No que concerne ao direito tributário, são escolhidos fatos decorrentes da atividade econômica, financeira, operacional, que nascem espontaneamente, precisamente em razão de atividades normais, que são eleitos porque guardam repercussão com a renda ou o patrimônio. São condutas relevantes de pessoas físicas ou jurídicas, de ordem econômica ou social, ocorridas no mundo dos fatos, que são colhidas pelo legislador que lhes confere uma qualificação jurídica.

(...)

Ocorre que, em relação aos casos tratados relativos á amortização do ágio, proliferaram-se situações no qual se busca, especificamente, o enquadramento da norma permissiva de despesa.

Tratam-se de operações especificamente construídas, mediante inclusive utilização de empresas de papel, de curtíssima duração, sem funcionários ou quadro funcional incompatível, com capital social mínimo, além de outras características completamente atípicas no contexto empresarial, que recebem aportes de milhões e em questão de dias ou meses são objeto de operações de transformação societária.

Tais eventos podem receber qualificação jurídica e surtir efeitos nos ramos empresarial, cível, contábil, dentre outros.

Situação completamente diferente ocorre no ramo tributário. Não há norma de despesa que recepcione uma situação criada artificialmente. As despesas devem decorrer de operações

necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica. Impossível estender atributos de normalidade, ou usualidade, para despesas, independente sua espécie, derivadas de operações atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

Admitindo-se uma **construção artificial** do suporte fático, consumar-se-ia um tratamento desigual, desarrazoado e desproporcional, que afronta o princípio da capacidade contributiva e da isonomia, vez que seria conferida a uma determinada categoria de despesa uma premissa completamente diferente, uma liberalidade não aplicável à grande maioria dos contribuintes.

Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

Realizada análise do ágio sob perspectiva do gênero despesa, cabe prosseguir com a apreciação da legislação específica que trata de sua amortização.

Vale recapitular os dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida (investida) com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão). E repetir que estamos, agora, tratando da segunda situação.

Cenário que se encontra disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e nos arts. 385 e 386 do RIR/99, do qual transcrevo apenas os fragmentos de maior interesse para o debate:

(...)

Percebe-se claramente, no caso, que o suporte fático delineado pela norma predica, de fato, que investidora e investida tenham que integrar uma mesma universalidade: A **pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão**, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio.

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA.

Esclarece o doutrinador que a hipótese de incidência se apresenta sob variados aspectos, cuja reunião lhe dá entidade.

Ao se apreciar o aspecto **pessoal**, merecem relevo as palavras da doutrina, ao determinar que se trata da qualidade que determina os sujeitos da obrigação tributária (ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs).

E a norma em análise se dirige à pessoa jurídica **investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição**, e à pessoa jurídica **investida**.

Ocorre que, em se tratando do ágio, as reorganizações societárias empreendidas apresentaram novas pessoas ao processo.

Como exemplo, podemos citar situação no qual a pessoa jurídica A adquire com ágio participação societária da pessoa jurídica B. Em seguida, utiliza-se de uma outra pessoa jurídica, C, e integraliza o capital social dessa pessoa jurídica C com a participação societária que adquiriu da pessoa jurídica B. Resta consolidada situação no qual a pessoa jurídica A controla a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C controla a pessoa jurídica B. Em seguida, sucede-se evento de transformação societária, no qual a pessoa jurídica B absorve patrimônio da pessoa jurídica C, ou vice versa.

(...)

São as situações mais elementares. Contudo, há reorganizações envolvendo inúmeras empresas (pessoa jurídica D, E, F, G, H e assim por diante).

Vale registrar que goza a pessoa jurídica de liberdade negocial, podendo dispor de suas operações buscando otimizar seu funcionamento, com desdobramentos econômicos, sociais e tributários.

Contudo, não necessariamente todos os fatos são recepcionados pela norma tributária.

(...)

Considerando-se tudo o que já foi escrito, entendo que a cognição para a amortização do ágio passa por verificar, primeiro, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência, segundo, se requisitos de ordem formal estabelecidos pela norma encontram-se atendidos e, terceiro, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado.

A primeira verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente neste momento, situado antes da subsunção do fato à norma. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que buscam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é que, independente da genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. Quem viabilizou a aquisição? De onde vieram os recursos de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem tomou a decisão de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a investidora originária.

Ainda que a pessoa jurídica A, investidora originária, para viabilizar a aquisição da pessoa jurídica B, investida, tenha (1) "transferido" o ágio para a pessoa jurídica C, ou (2) efetuado aportes financeiros (dinheiro, mútuo) para a pessoa jurídica C, a pessoa jurídica A não perderá a condição de investidora originária.

Pode-se dizer que, de acordo com as regras contábeis, em decorrência de reorganizações societárias empreendidas, o ágio legitimamente passou a integrar o patrimônio da pessoa jurídica C, que por sua vez foi incorporada pela pessoa jurídica B (investida).

Ocorre que a absorção patrimonial envolvendo a pessoa jurídica C e a pessoa jurídica B não tem qualificação jurídica para fins tributários. Isso porque se trata de operação que não se enquadra na hipótese de incidência da norma, que elege, quanto ao aspecto pessoal, a pessoa jurídica A (investidora originária) e a pessoa jurídica B (investida), e quanto ao aspecto material, o encontro de contas entre a despesa incorrida pela pessoa jurídica A (investidora originária que efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com sobrepreço) e as receitas auferidas pela pessoa jurídica B (investida).

Mostra-se insustentável, portanto, ignorar todo um contexto histórico e sistêmico da norma permissiva de aproveitamento do ágio, despesa operacional, para que se autorize "pinçar" os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, promover uma interpretação isolada, blindada em uma bolha contábil, e se construir uma tese no qual se permita que fatos construídos artificialmente possam alterar a hipótese de incidência de norma tributária.

Caso superada a primeira verificação, cabe prosseguir com a segunda verificação, relativa a aspectos de ordem formal, qual seja, se a demonstração que o contribuinte arquivar como comprovante de escrituração prevista no art. 20, § 3º do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 (1) existe e (2) se mostra apta a justificar o fundamento econômico do ágio. Há que se verificar também (3) se ocorreu, efetivamente, o pagamento pelo investimento.

Enfim, refere-se a terceira verificação a constatar se toda a operação ocorreu dentro de padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes, distante de situações que possam indicar ocorrência de negociações eivadas de ilicitude, que poderiam guardar repercussão, inclusive, na esfera penal, como nos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 1990.

2 Do caso concreto

Feitas as considerações, passo a analisar o caso concreto.

Vale apreciar a sequência dos fatos:

1º) 18/12/1997: as empresas GUARANIANA e sua controlada, COELBA, e a empresa UPTICK, em processo licitatório de leilão de privatização, adquirem com ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, ações da COSERN. Tornam-se as controladoras da COSERN.

2º) 20/02/1998 e no decorrer do ano de 2000: as empresas GUARANIANA, COELBA, e UPTICK, por meio de leilão especial e em ofertas públicas de ações (OPA), adquirem mais ações da COSERN, com ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura.

3º) 06/04/1998 é criada a empresa IBIDEM (empresa de propósitos específicos), com capital social de R\$1.000,00.

4º) 30/11/2000, as empresas GUARANIANA, COELBA, e UPTICK transferem as suas ações da COSERN para aumentar e integralizar o capital social da IBIDEM, ou seja, as empresas GUARANIANA, COELBA, e UPTICK são controladoras da IBIDEM, e a IBIDEM é controladora da COSERN.

5º) 28/12/2000: a COSERN incorpora a IBIDEM. A COSERN passa novamente a ser controlada diretamente pelas empresas GUARANIANA, COELBA, e UPTICK. A COSERN passa a amortizar o ágio.

Nota-se que as pessoas jurídicas investidoras GUARANIANA, COELBA, e UPTICK integralizaram o capital da IBIDEM mediante a transferência das ações da COSERN (pessoa jurídica investida). Em seguida, a COSERN incorpora a IBIDEM.

Diante de todo o escrito no presente voto, a operação em análise não passa pela primeira verificação. Nota-se a construção artificial empreendida pelo sujeito passivo para se enquadrar na hipótese de incidência permissiva do aproveitamento do ágio

A CRIAÇÃO DE EMPRESA SEM NENHUMA SUBSTÂNCIA (IBIDEM) E SUA CAPITALIZAÇÃO PARA ADQUIRIR INVESTIMENTO COM ÁGIO, NÃO LHE CONFERE A CONDIÇÃO DE PESSOA JURÍDICA INVESTIDORA. Somando-se ainda o fato de que a confusão patrimonial se consumou entre a IBIDEM e a COSERN, não restou aperfeiçoada a hipótese de incidência prevista na norma, que exige, com clareza, a absorção do patrimônio compreendida entre pessoa jurídica investidora e pessoa jurídica investida, ou vice-versa, o que não ocorreu no caso em análise.

As conclusões da autoridade autuante foram precisas. Sobre a IBIDEM, relata o seguinte (e-fl. 28):

b) No período em que existiu, não apresentou qualquer movimentação negocial, exceção feita (apenas) para o negócio jurídico (ato formal), em 30/11/2000, de aquisição das ações da COSERN por subscrição de capital (nela) do NOVO GRUPO CONTROLADOR DA COSERN e da, logo em seguida (28/12/2000), incorporação (dela) pela COSERN.

Sobre as reorganizações societárias, discorre (e-fls. 29/30):

18. Do exposto, demonstra-se que a seqüência de "reestruturações societárias" simplesmente deságua na transferência para a COSERN do ágio com que as empresas investidoras: GUARANIANA, COELBA E UPTICK adquiriram os seus investimentos nela, sem que, com isso, desaparecessem essas empresa ou sequer os seus investimentos na COSERN; ou seja, ao final do enredo, tudo está como era antes, apenas que a COSERN "restou" na história com o seu Ativo e Patrimônio Líquido majorados do exato valor do ágio que as suas investidoras pagaram para adquirirem os investimentos; passando (então) a registrar uma despesa de amortização de ágio, reduzindo assim consideravelmente os seus resultados tributáveis do IRPJ e CSLL.

E, em analisando os fatos, interpreta com clareza o disposto no art. 386 do RIR/99 (e-fl. 35/36):

30. Como se pode ver na leitura do dispositivo normativo acima, a permissão legal para que a empresa resultante da reorganização societária de incorporação, fusão ou cisão, em que houver investimento de uma em outra, adquirido com ágio, possa apropriar a amortização desse ágio como despesa dedutível, impõe a absorção do patrimônio da incorporada, fusionada ou cindida; pois que, de outra forma (permanecendo a existir o investimento), não se caracteriza a situação prevista na norma que é exatamente o de estabelecer uma regra de tributação para quando acontece a "confusão patrimonial do investimento", ou seja, o ágio pago na aquisição das ações de A em B resta desacompanhado de sua origem (conta de investimento). (...)

32. A prática adotada pelo GRUPO (GUARANIANA, COELBA e UPTICK), detentores do controle da empresa fiscalizada, consistiu numa série de procedimentos, num curto intervalo de tempo, com o objetivo de "construir" uma situação contábil que lhe permitisse o aproveitamento (indevido) do benefício fiscal de amortização do ágio previsto no art. 386 do RIR/99, isso sem que as empresas que efetivamente fizeram o investimento de aquisição de seu controle acionário, com ágio, liquidassem esses investimentos.

Pois bem, às brilhantes e robustas palavras do Conselheiro André Mendes Moura apenas acrescento o relato da Autoridade Fiscal no RAF (fls. 42/159), que bem narra os fatos que se amalgamam com o voto proferido.

34. É de se observar, também, que a própria finalidade do instituto da incorporação como forma de agregação de empresas não se verifica no caso, eis que o GRUPO (GUARANIANA, COELBA e UPTICK), no início do processo de "reestruturações", detinha 152.967.605 ações de emissão da COSERN, e, ao término das operações, permanece com a mesma quantidade de ações e na mesma condição de controlador da COSERN, ou seja, nada mudou.

35. Outrossim, não se pode admitir como efetiva a ocorrência de aquisição de investimento com ágio na operação de subscrição de ações na IBIDEM pelas empresas GUARANIANA, COELBA e UPTICK, com integralização através das ações de emissão da COSERN, pois ele pressupõe efetivo pagamento a maior na aquisição de bens ou direitos. E, no ágio meramente escritural, que é este recebido pela empresa veículo (IBIDEM), não há qualquer pagamento, distorcendo por completo a figura desse instituto.

36. Visivelmente, o dispositivo do art 386 não foi destinado para abraçar essa situação.

37. Seu benefício existe, mas para uma situação que não a ocorrida com a fiscalizada. Não existe uma empresa C neste processo. Admitir seria forçar a inclusão de uma nova personagem nesse texto.

38. Para se enquadrar no dispositivo normativo acima, a fiscalizada, em essência, procura está nos dois pólos exigidos: absorvendo o patrimônio de outra e sendo incorporada (absorvendo e, simultaneamente, sendo absorvida. Uma verdadeira autofagia societária).

39. Ressalte-se que a regra exige a absorção do patrimônio de outra (e não dela própria), e nos atos praticados, em essência, não houve uma outra empresa no processo, não existiu um outro patrimônio (apenas o da própria COSERN).

40. A IBIDEM não poderia ocupar o status de outra empresa, pois nasceu e morreu apenas com o fim, único e exclusivo, de viabilizar, por vias transversas, o aproveitamento tributário da despesa de amortização de ágio. Se seu objeto social pudesse abraçar “todas” as operações realizadas (a única realizada), no seu contrato social poderia, simplesmente, está escrito que o objeto social seria receber uma empresa em incorporação de capital e, logo em seguida, ser incorporada por esta mesma empresa (desaparecendo do mundo jurídico, porque do real nunca foi), e nada mais.

41. Nenhuma operação de substância econômica fora realizada, nenhum bem/serviço vendido e nenhum resultado auferido, apenas a sua utilização como veículo para passagem de um ativo (ágio) de um titular (Guaraniana/Neoenergia, Coelba e Uptick) para outro (COSERN). É de fácil constatação que a finalidade da operação foi forçar uma interpretação favorável do art 386 por meio da qual pudesse se beneficiar de uma dedução (indevida).

42. No caso aqui tratado, as empresas investidoras (o GRUPO: GUARANIANA, COELBA e UPTICK) não deixaram de existir (não foram incorporadas pela investida) nem perderam seus investimentos na COSERN (nem tampouco a investida deixou essa condição).

43. A prática adotada pelo GRUPO, detentor do controle da empresa fiscalizada, consistiu numa série de procedimentos, num curto intervalo de tempo, com o objetivo de “construir” uma situação contábil que lhe permitisse o aproveitamento (indevido) do benefício fiscal de amortização do ágio previsto no art. 386 do RIR/99; isso sem que as empresas que efetivamente fizeram o investimento de aquisição de seu controle acionário, com ágio, liquidassem esses investimentos ou sofressem concentração ou desconcentração empresarial (incorporação, fusão ou cisão).

44. Assim, procedendo a uma série “reestruturações societárias” que, de fato, não passaram de atos formais desprovidos de racionalidade econômica, o GRUPO conseguiu: i) permanecer com os seus investimentos na COSERN intocados, apenas, agora, não mais apresentado contabilmente desdobrado em “investimento + ágio”, e ii) constituir, na contabilidade da COSERN, uma conta de ativo diferido em valor igual ao ágio com que adquiriram o seu controle acionário, de forma a poder amortizar esse ativo,

no prazo de sua concessão para distribuição de energia elétrica, fabricando assim uma extraordinária despesa a deduzir do lucro tributável.

45. O único fim visado era a utilização do benefício fiscal de redução da carga tributária na COSERN, cujo permissivo condicionava à incorporação/fusão/cisão das empresas investidoras/investida. Como não era essa a vontade dos detentores do controle acionário da COSERN, engendrou-se, então, o artifício jurídico dessas empresas subscreverem a suas ações de emissão da COSERN (com o ágio) em empresa efêmera (sociedade criada com propósito específico), sem qualquer propósito comercial ou racionalidade econômica, para, logo em seguida, ser esta incorporada pela sua controlada (a COSERN), e devolver as ações de sua emissão às suas controladoras originárias.

46. 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.

47. No caso aqui tratado, não houve a requerida unificação patrimonial, apenas fabricou-se na COSERN o que deveria ser o “ágio de si mesma”. O grupo econômico detentor da maioria das ações da COSERN tentou se ajustar à letra da lei, sem atender a 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.

48. De sorte que, se considerarmos a participação societária que o GRUPO possuía na COSERN no início das operações, essa mesma participação continuou existindo ao final do processo de reestruturação.

Resumindo, uma sequência de operações **cujo único propósito** foi o de produzir uma despesa dedutível na apuração do IRPJ e da CSLL através da projeção na investida (COSERN) do ágio pago pelas investidoras (GUARANIANA, COELBA e UPTICK) na aquisição do investimento, em uma verdadeira operação sem qualquer substrato econômico, sem motivação e sem demonstração de qual a expectativa de rentabilidade futura do investimento pretendido.

Oportuna a dissertação da Conselheira Edeli Pereira Bessa, hoje na 1ª Turma da CSRF, em voto proferido quando na extinta 1ª Turma da 1ª Câmara da 1ª Seção no voto condutor do Acórdão nº 1101000.968, ao asseverar “*não ser necessário que a lei expresse claramente a necessidade de o ágio ser formado em aquisições com a intervenção de terceiros. Este requisito integra a essência do ágio por rentabilidade futura. Sem terceiros, a rentabilidade futura somente passa a gerar efeitos patrimoniais para investidora e investida quando ela efetivamente for auferida*”.

Ainda neste voto, a Relatora lembra que na forma da legislação que trata da matéria, “*somente há aquisição quando há intervenção de terceiro e efetiva transmissão de propriedade do direito*”.

Acórdão que teve a seguinte ementa:

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. *Inadmissível a formação de ágio por meio de operações internas, sem a intervenção de partes independentes e sem o pagamento de preço a terceiros.* (Ac. 1101-000.968 – Relatora – Edeli Pereira Bessa)

Nessa linha de raciocínio, vislumbro que o intuito das reestruturações societárias aqui apresentadas foi apenas criar um ágio meramente artificial para posterior dedução fiscal de sua [despesa de] amortização.

Aplicável, em tudo, as lições do Professor Marco Aurélio Greco (in Planejamento Tributário, 2ª Edição, Dialética, pg. 123), “*A questão fundamental é saber como devemos enxergar a realidade, pois ela comporta mais de uma perspectiva. Pode ser vista fotograficamente, quadro a quadro, e com isto chegaremos a uma conclusão positiva ou negativa em relação a cada quadro isolado. Mas também pode ser vista cinematograficamente, vale dizer, o filme inteiro. Qual das perspectivas adotar? Normalmente só sabemos qual é a história quando chegamos ao final, só no final entendemos o significado real de tudo o que aconteceu. Esta é uma pergunta-chave porque fotograficamente determinada opção pode ser plenamente protegida e até mesmo querida pelo ordenamento jurídico, mas da perspectiva do filme ela pode aparecer como instrumento para um planejamento inaceitável*”.

Dessa forma e por tudo o que consta dos autos, nesta parte NEGO PROVIMENTO ao recurso voluntário, mantendo os lançamentos de IRPJ.

Trato agora dos lançamentos reflexos de CSLL.

DOS LANÇAMENTOS DE CSLL

A CSLL tem como base de cálculo o lucro líquido do período com os ajustes determinados na respectiva legislação, conforme dicção dos artigos 248 e 277, RIR/1999:

Art. 248. O lucro líquido do período de apuração é a soma algébrica do lucro operacional, dos resultados não operacionais, e das participações, e deverá ser determinado com observância dos preceitos da lei comercial (Decreto-Lei

nº 1.598, de 1977, art. 6º, § 1º, Lei nº 7.450, de 1985, art. 18, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 4º).

Art. 277. Será classificado como lucro operacional o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 11).

De outro giro, também pacífico, o lucro operacional resulta do confronto das receitas operacionais com as despesas operacionais (artigo 299, RIR/1999).

Da interpretação sistemática destes dispositivos, extrai-se que somente poderão reduzir o lucro líquido as despesas operacionais que preencham os requisitos previstos no artigo 299, acima transcrito, quais sejam, as despesas necessárias, de forma que, dispêndios que violem as regras de dedutibilidade do IRPJ, não podem reduzir o lucro líquido que é, também, a base de cálculo da CSLL, com os ajustes previstos na sua legislação específica.

Mesmo considerando que as despesas, no presente caso, possam ter natureza não operacional, cabe lembrar que o que as torna indedutíveis da base de cálculo da Contribuição Social é o próprio conceito de resultado do exercício apurado com observância da legislação comercial, visto que esta impõe que o ponto de partida para se chegar à base de cálculo tanto do IRPJ como da CSLL, deve observar postulados e princípios contábeis.

Ora, segundo o Princípio da Entidade, um dispêndio produzido de forma equivocada não deve estar na contabilidade. Em outras palavras, a contabilização de despesas inexistentes implica inobservância do princípio contábil da entidade, devendo ensejar, também por esta razão, a sua glosa, afetando, portanto, a base de cálculo do IRPJ e também da CSLL.

Como consequência, dispêndios glosados afetam o próprio resultado do exercício, diga-se, a própria base de cálculo da Contribuição Social, definida no art. 2º da Lei 7.689, de 1988, com as alterações do art.2º da Lei 8.034, de 1990.

Mais a mais, o art. 13, da Lei nº 9.249/951, quando trata das despesas indedutíveis das bases de cálculo de IRPJ e de CSLL, **é taxativo ao dispor que tais vedações de dedutibilidade se aplicam independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.502/64**, justamente a base legal do art. 299 do RIR/99.

Assim, pela vinculação e nexos entre as glosas efetuadas para fins de apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL, voto por negar provimento ao recurso também em relação a tal matéria.

Pelas razões expostas, igualmente encaminho meu voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário em relação à CSLL.

DO AJUSTE FEITO PELO FISCO NO LUCRO DA EXPLORAÇÃO DA RECORRENTE

Por estar estabelecida na área da Sudene, obtém benefício consistente em redução de 75% do IRPJ incidente sobre o lucro da exploração, matéria tratada no artigo 19 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977 (base legal do artigo 544 do RIR 1999).

Na dicção legal, considera-se lucro da exploração *o lucro líquido do período-base, ajustado pela exclusão, entre outros itens, das outras receitas ou outras despesas de que trata o*

inciso IV do caput do artigo 187 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, significando ser vedado computar na sua determinação custos e despesas não operacionais, exatamente o caso da despesa com a amortização de ágio pago na aquisição de participação em outras pessoas jurídicas.

Todavia, contrariamente ao definido na legislação, nos anos-calendários de 2015 e 2016, a autuada aumentou o lucro da exploração pela adição de valores que havia computado como despesa de amortização de ágio, levando o autuante a entender como indevido tal procedimento, impondo a glosa procedida.

Inobstante não tenha contestado a fundamentação do lançamento fiscal no seu aspecto jurídico, antes concorda inteiramente com a tese de que a despesa com a amortização do ágio é não operacional e por isso não deve afetar a apuração do lucro operacional, a recorrente, mesmo assim rebate a exigência fiscal, alegando que, no presente caso, o procedimento se acharia, em verdade, de acordo com o propugnado pela fiscalização, e que tal dedução teria sido necessária por duas razões, i) porque nos dois anos-calendários em questão, a autuada teria feito a dedução da amortização na apuração do lucro contábil, mas a respectiva reversão teria sido feita em valor inferior ao da despesa de amortização; e, ii) em segundo lugar, na determinação do lucro da exploração, apesar de ter adicionado o valor da amortização, teria paralelamente feito a exclusão da reversão, a exemplo do que havia feito na apuração do lucro contábil, no mesmo valor dessa.

Nesse contexto, segundo a contribuinte, a irregularidade apurada pela fiscalização seria fruto de um equivoco, o qual teria sido provocado por não ter a autoridade lançadora percebido a reversão inferior ao montante da amortização do ágio e também a exclusão realizada na determinação do lucro da exploração, provavelmente por seu valor estar indicado juntamente com outras inclusões no respectivo demonstrativo da escrituração fiscal digital.

Acrescenta que, se somadas a diferença a menor da reversão da amortização, assim como a exclusão do valor restante na apuração do lucro menor, o cálculo realizado pelo sujeito passivo não comportaria nenhum reparo, além de ter observado rigorosamente a legislação. Em abono do seu argumento e como esforço probatório, a impugnante insere no texto de sua argumentação extratos de sua escrituração digital.

Pois bem, como corretamente alertado pela decisão de 1º Piso, embora em tese o argumento da impugnante esteja correto, sua argumentação somente vingaria se estivesse amparada por provas e pela demonstração inequívoca de que não cometeu erros na apuração do lucro da exploração, assim como que observou a legislação sobre o assunto, não só a tributária como também a societária. No entanto, o que se sabe com certeza é que a autuada adicionou o valor total da despesa com a amortização de ágio na apuração do lucro da exploração, fato que a própria recorrente admite ter ocorrido. Assim, a única maneira de demonstrar que a glosa fiscal não procede seria comprovar, primeiramente, que essa mesma despesa de amortização não havia sido total ou parcialmente subtraída na apuração do lucro líquido contábil (mediante reversões),

ou, em segundo lugar, que fora paralelamente excluída, no todo em parte, na apuração do lucro da exploração, conforme se alega, e, mais importante, conseguir comprovar a neutralidade dos efeitos da amortização do ágio na apuração do lucro líquido contábil.

Nesse sentido, as determinações da Instrução CVM nº 319, de 1999.

INSTRUÇÃO CVM Nº 319, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999 DO TRATAMENTO CONTÁBIL DO ÁGIO E DO DESÁGIO

Art. 6º O montante do ágio ou do deságio, conforme o caso, resultante da aquisição do controle da companhia aberta que vier a incorporar sua controladora será contabilizado, na incorporadora, da seguinte forma:

I - nas contas representativas dos bens que lhes deram origem – quando o fundamento econômico tiver sido a diferença entre o valor de mercado dos bens e o seu valor contábil (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 1º);

II - em conta específica do ativo imobilizado (ágio) – quando o fundamento econômico tiver sido a aquisição do direito de exploração, concessão ou permissão delegadas pelo Poder Público (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 2º, alínea b); e

III - em conta específica do ativo diferido (ágio) ou em conta específica de resultado de exercício futuro (deságio) – quando o fundamento econômico tiver sido a expectativa de resultado futuro (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 2º, alínea a).

§1º O registro do ágio referido no inciso I deste artigo terá como contrapartida reserva especial de ágio na incorporação, constante do patrimônio líquido, devendo a companhia observar, relativamente aos registros referidos nos incisos II e III, o seguinte tratamento:

a) constituir provisão, na incorporada, no mínimo, no montante da diferença entre o valor do ágio e do benefício fiscal decorrente da sua amortização, que será apresentada como redução da conta em que o ágio foi registrado;

b) registrar o valor líquido (ágio menos provisão) em contrapartida da conta de reserva referida neste parágrafo;

c) reverter a provisão referida na letra “a” acima para o resultado do período, proporcionalmente à amortização do ágio; e

d) apresentar, para fins de divulgação das demonstrações contábeis, o valor líquido referido na letra “a” no ativo circulante e/ou realizável a longo prazo, conforme a expectativa da sua

realização. (Parágrafo com redação dada pela Instrução CVM nº 349, de 06 de março de 2001.)

§2º A reserva referida no parágrafo anterior somente poderá ser incorporada ao capital social, na medida da amortização do ágio que lhe deu origem, em proveito de todos os acionistas, excetuado o disposto no art. 7º desta Instrução.

§3º Após a incorporação, o ágio ou o deságio continuará sendo amortizado observando-se, no que couber, as disposições das Instruções CVM nº 247, de 27 de março de 1996, e nº 285, de 31 de julho de 1998.

Art. 7º O protocolo de incorporação de controladora por companhia aberta controlada poderá prever que, nos casos em que a companhia vier a auferir benefício fiscal, em decorrência da amortização do ágio referido no inciso III do art. 6º desta Instrução, a parcela da reserva especial de ágio na incorporação correspondente a tal benefício poderá ser objeto de capitalização em proveito do acionista controlador.

§1º Na hipótese prevista no caput deste artigo, observado o disposto no art. 170 da Lei nº 6.404/76, será sempre assegurado aos demais acionistas o direito de preferência e, se for o caso, as importâncias por eles pagas serão entregues ao controlador.

§2º A capitalização da parcela da reserva especial referida no caput deste artigo, correspondente ao benefício fiscal, somente poderá ser realizada ao término de cada exercício social e na medida em que esse benefício represente uma efetiva diminuição dos tributos pagos pela companhia

Claramente o propósito da CVM ao editar a norma transcrita foi proteger os interesses dos acionistas minoritários, especialmente os da companhia cujo controle fora adquirido com ágio e que incorporou sua controladora, visto que com a incorporação a despesa de amortização do ágio, que devia ser um ônus suportado apenas pelos sócios de sua adquirente, passa a incidir sobre o resultado da antiga controlada.

Por isso, a CVM determina que se façam provisões e reversões para neutralizar os seus efeitos, de tal sorte que os ganhos tributários obtidos com a operação sejam reconhecidos apenas à medida que se tornarem efetivos e de tal maneira que todos os acionistas se beneficiem dele igualmente.

Ora, é sabido que para a companhia originalmente adquirida com ágio, esse ágio e sua amortização não representam nenhum custo efetivo. Ele constituiu ônus apenas para os seus adquirentes, que pagaram pela empresa valor superior ao registrado em sua contabilidade na expectativa de resultados futuros. Logo, havendo a incorporação reversa, amortização desse ágio não poderia resultar em lucro líquido menor em detrimento dos acionistas minoritários.

Por isso, a norma da CVM determina a neutralidade dos registros contábeis da amortização, não comprovada pela contribuinte, embora tenha longamente alegado tal ocorrência.

Quanto à exclusão do valor daquela mesma reversão na apuração do lucro da exploração, sirvo-me do voto condutor da decisão recorrida para do tema tratar, acolhendo o voto condutor, na forma do artigo 50, V, § 1º, da Lei nº 9.784/1999² e artigo 114, § 12, I, do RICARF vigente (Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023)³, como razões de decidir:

No tocante ao ano-calendário de 2015, na apuração do lucro da exploração a autuada indicou na linha 47, intitulada “outras exclusões”, um total de R\$ 65.334.841,02. A impugnante intenta comprovar que nesse valor está incluído o montante de R\$ 15.054.041,16, correspondentes à reversão parcial da amortização do ágio computada na apuração do lucro líquido contábil. Para tanto, apresenta em sua impugnação uma relação de todos os itens que integrariam aquelas “outras exclusões”. Ocorre que na impugnação o somatório dos itens que se acham perfeitamente identificados, mediante a especificação de seu nome e do respectivo código da conta a que se refere, não perfaz o total das exclusões indicadas na apuração do lucro da exploração. Para atingir o total de R\$ 65.334.841,02, a impugnante acrescenta um item extra, no valor de R\$ 2.684.904,68, que intitula “outras receitas”, mas que não vem acompanhado do código da conta da escrituração a que pertenceria. Ora, fica evidente que esse item extra foi acrescentado apenas para forçar uma coincidência entre o total

²Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

V - decidam recursos administrativos;

(...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

³Art. 114. As decisões dos colegiados, em forma de acórdão ou resolução, serão assinadas pelo presidente, pelo relator, pelo redator designado ou por conselheiro que fizer declaração de voto, devendo constar, ainda, o nome dos conselheiros presentes, ausentes e impedidos ou sob suspeição, especificando-se, se houver, os conselheiros vencidos, a matéria em que o relator restou vencido e o voto vencedor.

(...)

§12. A fundamentação da decisão pode ser atendida mediante:

I - declaração de concordância com os fundamentos da decisão recorrida

das “outras exclusões” e a relação proposta pela impugnante como prova de que o valor da reversão parcial da amortização do ágio teria sido excluído do lucro da exploração. Uma vez que a alegação da impugnante teria credibilidade e verossimilhança apenas se houvesse coincidência exata de números, deve-se considerar seu argumento inválido por falta de comprovação. Noutras palavras, não está cabalmente demonstrado que o montante correspondente à reversão da provisão se acha incluído no total das outras exclusões que foram subtraídas na apuração do lucro da exploração.

A mesma falha é observada quanto ao ano-calendário de 2016, envolvendo os mesmos componentes, apenas com a alteração das cifras. Na apuração do lucro da exploração, na linha 47 foi indicada a soma de R\$ 43.604.397,00. A impugnante alega que nessa soma estariam incluídos R\$ 14.443.457,64 a título de “reversão da provisão do ágio. No entanto, mais uma vez, para atingir o total de R\$ 43.604.397,00 no somatório dos componentes das outras exclusões, a impugnante acrescenta um item extra, no valor de R\$1.478,64, que intitula “outras receitas”, mas que não vem acompanhado do código da conta da escrituração a que pertenceriam. Ora, aqui também fica evidente que esse item extra foi acrescentado apenas para forçar uma coincidência entre o total das “outras exclusões” e a relação proposta pela impugnante como prova de que o valor da reversão parcial da amortização do ágio teria sido excluído do lucro da exploração. Uma vez que a alegação da impugnante teria credibilidade e verossimilhança apenas se houvesse coincidência exata de números, deve-se considerar seu argumento inválido por falta de comprovação também no tocante ao ano-calendário de 2016.

Visto que a impugnante não comprovou satisfatoriamente nenhum dos fatos que constituem elementos essenciais de sua argumentação contrária à glosa fiscal, com cujos fundamentos jurídicos ela expressamente concorda, cumpre rejeitar suas arguições concernentes à matéria discutida nesta subseção e manter integralmente as respectivas exigências fiscais.

Pelas razões acima, **nego provimento** ao RV nesta parte, mantendo o trabalho fiscal.

DA IMPOSIÇÃO DE MULTA ISOLADA

Igualmente questiona a recorrente em seu recurso voluntário a imposição da multa isolada por insuficiência no recolhimento das estimativas mensais de IRPJ e CSLL.

Novamente seu inconformismo não resiste à melhor interpretação sobre o tema.

Efetivamente, a respeito de uma possível concomitância dos lançamentos de multas isoladas com a multa de ofício presente nos autos de infração, de minha parte sempre profilei com

os que entendem estar-se diante de imposições diferentes, com fatos geradores diferentes, tipificações legais diferentes e motivações fáticas diferentes, ou seja, da leitura artigo 44, da Lei nº 9.430/1996, com suas alterações, infere-se que, uma vez constatada falta ou insuficiência de pagamento de estimativa, será exigida a multa isolada.

Se, além disso, tiver ocorrido falta de recolhimento do imposto devido com base no lucro real anual, o lançamento abrangerá também o valor do imposto, acompanhado de multa de ofício e juros, pois a determinação legal de imposição de tal penalidade, quando aplicada isoladamente, prescinde da apuração de lucro ou prejuízo no final do período anual, inexistindo, portanto, a cumulação de penalidades para uma mesma conduta, como arguem os contribuintes.

Em síntese, não tendo as referidas multas a mesma hipótese de incidência, nada há a barrar a imposição concomitante da multa isolada com a multa de ofício devida pela apuração e recolhimento a menor do imposto e contribuição devidos na apuração anual.

Posição plenamente avalizada a partir da nova redação do dispositivo em comento, estabelecida pela MP nº MP 351, de 22/01/2007; convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, onde fica clara a distinção:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

(...)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (destaquei)

Registre-se, essa nova redação não impõe nova penalidade ou faz qualquer ampliação da base de cálculo da multa; **simplesmente torna mais clara a intenção do legislador.**

Por pertinentes, faço minha as palavras do ilustre Conselheiro GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES deste CARF que, de forma precisa, analisou o tema no Acórdão nº 103-23.370, Sessão de 24/01/2008:

“Nada obstante, as regras sancionatórias são em múltiplos aspectos totalmente diferentes das normas de imposição tributária, a começar pela circunstância essencial de que o antecedente das primeiras é composto por uma conduta antijurídica, ao passo que das segundas se trata de conduta lícita.

Dessarte, em múltiplas facetas o regime das sanções pelo descumprimento de obrigações tributárias mais se aproxima do penal que do tributário.

Pois bem, a Doutrina do Direito Penal afirma que, dentre as funções da pena, há a PREVENÇÃO GERAL e a PREVENÇÃO ESPECIAL.

A primeira é dirigida à sociedade como um todo. Diante da prescrição da norma punitiva, inibe-se o comportamento da coletividade de cometer o ato infracional. Já a segunda é dirigida especificamente ao infrator para que ele não mais cometa o delito.

É, por isso, que a revogação de penas implica a sua retroatividade, ao contrário do que ocorre com tributos. Uma vez que uma conduta não mais é tipificada como delitiva, não faz mais sentido aplicar pena se ela deixa de cumprir as funções preventivas.

Essa discussão se torna mais complexa no caso de descumprimento de deveres provisórios ou excepcionais.

Hector Villegas, (em Direito Penal Tributário. São Paulo, Resenha Tributária, EDUC, 1994), por exemplo, nos noticia o intenso debate da Doutrina Argentina acerca da aplicação da retroatividade benigna às leis temporárias e excepcionais.

No direito brasileiro, porém, essa discussão passa ao largo há muitas décadas, em razão de expressa disposição em nosso Código Penal, no caso, o art. 3º:

Art. 3º A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.

O legislador penal impediu expressamente a retroatividade benigna nesses casos, pois, do contrário, estariam comprometidas as funções de prevenção. Explico e exemplifico.

Como é previsível, no caso das extraordinárias, e certo, em relação às temporárias, a cessação de sua vigência, a exclusão da punição implicaria a perda de eficácia de suas determinações, uma vez que todos teriam a garantia prévia de, em breve, deixarem de ser punidos. É o caso de uma lei que impõe a punição pelo descumprimento de tabelamento temporário de preços. Se após o período de tabelamento, aqueles que o descumpriram não fossem punidos e eles tivessem a garantia prévia disso, por que então cumprir a lei no período em que estava vigente?

Ora, essa situação já regradada pela nossa codificação penal é absolutamente análoga à questão ora sob exame, pois, apesar de a regra que estabelece o dever de antecipar não ser temporária, cada dever individualmente considerado é provisório e diverso do dever de recolhimento definitivo que se caracterizará no ano seguinte”.

Aduza-se ainda, mesmo abstraindo questões conceituais envolvendo aspectos do direito penal, que a Lei nº 9.430/96, ao instituir a multa isolada sobre irregularidades no recolhimento do tributo devido a título de estimativas, **não estabeleceu qualquer limitação quanto à imputação dessa penalidade juntamente com a multa exigida em conjunto com o tributo, de modo que, sob esta ótica, a Fiscalização simplesmente aplicou norma abstrata plenamente vigente no mundo jurídico a caso concreto que se estampou.**

Pela absoluta correção de pensamento, vale reproduzir excerto do voto condutor exarado pela I. ex-Conselheira e ex-Presidente da CSRF, Adriana Gomes Rêgo no Acórdão nº 9101-003.353 - Sessão de 17 de janeiro de 2018 acerca da matéria:

“Em verdade, a lei determina que as pessoas jurídicas sujeitas à apuração do lucro real apurem seus resultados trimestralmente. Como alternativa, facultou o legislador, a possibilidade de a pessoa jurídica, obrigada ao lucro real, apurar seus resultados anualmente, desde que antecipe pagamentos mensais a título de estimativa, que devem ser calculados com base na receita bruta mensal, ou com base em balanço/balancete de suspensão e/ou redução.

(...)

Vê-se, então, que a pessoa jurídica, obrigada a apurar seus resultados de acordo com as regras do lucro real trimestral, tem a opção de fazê-lo com a periodicidade anual, desde que, efetue pagamentos mensais a título de estimativa. Essa é a regra do sistema.

No presente caso, a pessoa jurídica fez a opção por apurar o lucro real anualmente, sujeitando-se, assim, e de forma obrigatória, aos recolhimentos mensais a título de estimativas.

(...)

A vinculação entre os recolhimentos antecipados e a apuração do ajuste anual é inconteste, até porque a antecipação só é devida porque o sujeito passivo opta por postergar para o final do ano-calendário a apuração dos tributos incidentes sobre o lucro.

Contudo, a sistemática de apuração anual demanda uma punição diferenciada em face de infrações das quais resultam falta de recolhimento de tributo pois, na apuração anual, o fluxo de arrecadação da União está prejudicado desde o momento em que a estimativa é devida, e se a exigência do tributo com encargos ficar

limitada ao devido por ocasião do ajuste anual, além de não se conseguir reparar todo o prejuízo experimentado à União, há um desestímulo à opção pela apuração trimestral do lucro tributável, hipótese na qual o sujeito passivo responderia pela infração com encargos desde o trimestre de sua ocorrência.

Assim, a exigência de multa isolada pela falta ou insuficiência de recolhimentos estimados visa punir a conduta do contribuinte que abandona a regra geral de tributação, que é o lucro real trimestral, sem cumprir o requisito para o ingresso na sistemática das estimativas mensais antecipatórias dever instrumental, e pode ser exigida, sim, mesmo que encerrado o ano-calendário, porque pune-se a conduta de não recolhimento de uma obrigação tributária”.

Entendimento que perfila com jurisprudência dominante no CARF, inclusive na Câmara Superior:

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. LANÇAMENTO APÓS O ENCERRAMENTO DO ANO. A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, quando adotou a redação em que afirma “serão aplicadas as seguintes multas”, deixa clara a necessidade de aplicação da multa de ofício isolada, em razão do recolhimento a menor de estimativa mensal, cumulativamente com a multa de ofício proporcional, em razão do pagamento a menor do tributo anual, independentemente de a exigência ter sido realizada após o final do ano em que tornou-se devida a estimativa. (Acórdão nº 9101- 002.777 - Sessão de 6 de abril de 2017).

ESTIMATIVAS MENSAIS. FALTA DE PAGAMENTO A obrigação de antecipar os recolhimentos é imposta ao sujeito passivo que opta pela apuração anual do lucro, e subsiste enquanto esta opção não for, por outros motivos, afastada. A apuração dos tributos incidentes sobre o lucro tributável ao final do ano-calendário e seu eventual recolhimento a partir do vencimento fixado para os tributos devidos no ajuste anual não anulam o descumprimento daquela obrigação. Nos casos de falta de recolhimento, falta de declaração em DCTF e não comprovação de compensação de estimativas mensais de IRPJ e de CSLL, incide a multa isolada. (Acórdão nº 9101-002.433 - Sessão de 20 de setembro de 2016).

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício

frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas". A lei ainda estabelece a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente, não havendo falar em impossibilidade de imposição da multa após o encerramento do ano-calendário.

No caso em apreço, aplica-se a Súmula CARF nº 105 apenas para períodos anteriores à publicação da Medida Provisória nº 351, de 2007.

(Ac. 9101-003.307 - 1ª Turma - Sessão de 17/01/2018 - Relatora – Adriana Gomes Rêgo):

Dentro dessa linha de pensamento, não há reparos a fazer ao trabalho fiscal.

Por fim, nem se queira invocar os dizeres da Súmula CARF nº 105, posto que ali se cuida de fatos anteriores a 2005, o que não é o caso dos autos.

CONCLUSÃO

Concluindo, nego provimento ao recurso voluntário em relação às matérias de mérito tratadas neste voto vencedor, mantendo integralmente os lançamentos.

É como voto

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone