



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



<b>PROCESSO</b>	<b>10580.728178/2016-64</b>
<b>ACÓRDÃO</b>	9101-007.067 – CSRF/1ª TURMA
<b>SESSÃO DE</b>	11 de julho de 2024
<b>RECURSO</b>	ESPECIAL DO PROCURADOR E DO CONTRIBUINTE
<b>RECORRENTES</b>	FAZENDA NACIONAL COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA - COELBA

**Assunto: Processo Administrativo Fiscal**

Ano-calendário: 2011, 2012

RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. ART. 67 DO ANEXO II DO RICARF. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece de Recurso Especial que aponta como paradigmas de divergência acórdãos sem similitudes fáticas com o aresto recorrido, ou que não favoreça a tese do Recorrente e, portanto, não o aproveita.

**Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ**

Ano-calendário: 2011, 2012

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO.

O uso de empresa veículo, por si só, não invalida as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida, estando diretamente vinculada ideologicamente a um propósito negocial. Porém, se nesse contexto não ocorrer a confusão patrimonial entre a real investidora e investida, porque foi utilizada uma empresa com características de "empresa-veículo", com a específica finalidade de viabilizar uma artificial confusão patrimonial entre investida e a aparente investidora, o aproveitamento tributário do ágio não é válido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte. Votaram pelas conclusões, quanto ao recurso da Fazenda Nacional, os Conselheiros Edeli Pereira

Bessa e Luiz Tadeu Matosinho Machado. No mérito, por voto de qualidade, acordam em negar provimento ao recurso do Contribuinte, vencidos os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior e Jandir José Dalle Lucca que votaram por dar provimento. Julgamento realizado após a vigência da Lei nº 14.689/2023, a qual deverá ser observada quando do cumprimento da decisão.

*Assinado Digitalmente*

**Fernando Brasil de Oliveira Pinto** – Presidente em exercício e Relator

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior, Jandir José Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

## RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Especiais de Divergência interpostos pela FAZENDA NACIONAL e pelo CONTRIBUINTE em face do Acórdão nº 1401-002.884 (18/09/2018) cuja ementa, e respectivo dispositivo, restaram assim redigidos:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR. ART. 24 DA LINDB. INAPLICABILIDADE.

A edição de normas gerais em matéria tributária é matéria reservada à lei complementar. Ademais, o Código Tributário Nacional possui regramento específico sobre a matéria, estabelecendo o artigo 100 que a observância das chamadas normas complementares exclui tão somente a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo, jamais o principal de tributo. O artigo 24 da LINDB dirige-se à revisão de ato, processo ou norma emanados da Administração, bem como de contrato ou ajuste entabulados entre a Administração e o particular, não se aplicando ao lançamento fiscal, já que este não se ocupa da revisão de atos administrativos e não declara a invalidade de ato ou de “situação plenamente constituída”.

ÁGIO. CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL.

O registro contábil do ágio não é fato gerador de tributo nem há, aí, lançamento. O prazo decadencial para a lavratura de auto de infração para a glosa de despesas de amortização de ágio tem início com a efetiva dedução de tais despesas pelo

contribuinte. Não ocorrência de decadência no caso concreto. Súmula CARF n. 116: "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."

GLOSA DE DESPESAS. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE INVESTIDORA (EMPRESA VEÍCULO) POR SUA INVESTIDA. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. INDEDUTIBILIDADE.

É indedutível a amortização do ágio, quando uma sociedade, investidora, tendo como único objetivo a obtenção de benefício fiscal (amortização do ágio), incorpora a sociedade investida ("empresa veículo"), em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura da própria investida.

MULTA QUALIFICADA. AUSÊNCIA DE DOLO.

Cancela-se a qualificação da multa de ofício quando não comprovado o dolo do sujeito passivo, no sentido de consciência da prática de um ilícito, necessário à caracterização das hipóteses de sonegação, fraude e conluio.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011, 2012

MULTA DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 112 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE

As multas de ofício constituem-se em instrumento de desestímulo ao sistemático inadimplemento das obrigações tributárias, atingindo, por via de consequência, apenas os contribuintes infratores, em nada afetando o sujeito passivo cumpridor de suas obrigações fiscais.

Em não havendo nos autos as condições permissivas ao abrandamento de penalidade previsto no art.112 do CTN, de se rejeitar a sua aplicação.

JUROS SOBRE MULTA. APLICABILIDADE. SÚMULA CARF 108.

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

RESPONSABILIDADE. ARTIGO 135 DO CTN. MEMBROS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO. INAPLICABILIDADE.

Membros do conselho de administração de sociedades anônimas não têm poder de execução de atos, não sendo cabível sua responsabilização tributária com base no artigo 135, III, do Código Tributário Nacional.

RESPONSABILIDADE. ARTIGO 135 DO CTN. DIRETORES.

Não prevalece a responsabilização de diretores quando o auto de infração não imputa individualmente quais atos teriam sido praticados com infração à lei ou a estatutos.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Ano-calendário: 2011, 2012

LANÇAMENTO REFLEXO. MESMOS EVENTOS. DECORRÊNCIA.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fatos geradores de vários tributos impõe a constituição dos respectivos créditos tributários, e a decisão quanto à ocorrência desses eventos repercute na decisão de todos os tributos a eles vinculados. Assim, o decidido em relação ao Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica IRPJ aplica-se à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido CSLL.

CSLL. EXTENSÃO LEGAL. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO INOPONÍVEL AO FISCO. DECORRÊNCIA LÓGICA.

Cabível a extensão da glosa das despesas com amortização de ágio à base de cálculo da CSLL por conta do disposto no artigo 57 da Lei 8.981/95, que tem por intento evitar a repetição desnecessária de comandos legais para disciplinar a metodologia de determinação das bases imponíveis das duas exações, naquilo em que as sistemáticas têm de comum. Entretanto, independentemente de qualquer interpretação, uma vez considerado inoponível ao Fisco o planejamento tributário tendente a reduzir a base de cálculo do IRPJ, por decorrência lógica o mesmo não pode ser validado para fins de CSLL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar a preliminar de aplicação do artigo 24 da LINDB ao caso em apreço, bem assim as arguições de decadência para, no mérito, também por unanimidade de votos, afastar a qualificação da multa de ofício, negar provimento em relação à cobrança de juros sobre a multa de ofício e dar provimento ao recurso apresentado pelos apontados como responsáveis tributários. Por voto de qualidade, negar provimento ao recurso em relação à glosa de despesas de amortização de ágio para fins de IRPJ e de CSLL; vencidos os Conselheiros Lívia de Carli Germano, Luciana Yoshihara Arcângelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva e Letícia Domingues Costa Braga; Os Conselheiros Daniel Ribeiro Silva e Letícia Domingues Costa Braga acompanharam a Relatora pelas conclusões; também por voto de qualidade, negar provimento ao recurso em relação à imposição da multa de ofício; vencidos os Conselheiros Lívia De Carli Germano, Luciana Yoshihara Arcângelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva e Letícia Domingues Costa Braga. Designado o Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano para redigir o voto vencedor.

A exigência em discussão nos autos refere-se a autos de infração de IRPJ e CSLL (anos-calendário 2011 e 2012) em que há acusação fiscal de deduções indevidas de amortização de ágio envolvendo empresa veículo, acompanhadas de multa qualificada de 150% e juros de mora.

Segundo a fiscalização a Nordeste Participações foi utilizada com o único motivo de simular a transação patrimonial que permitisse a transferência do ágio para a COELBA, com fins

meramente tributários de possibilitar a redução de tributos através de amortizações do referido ágio.

No caso, a multa foi qualificada porque, segundo o atuante, "*Esta conduta de criar operações sem substrato econômico razoável (transferência de ágio para empresa veículo e incorporação às avessas da controladora) para tentar alterar o fundamento econômico do ágio visando apenas à redução da carga tributária consubstanciou a conduta fraudulenta das empresas envolvidas nas operações, [...]*" (fl. 76).

O relatório da decisão de primeiro grau reproduzido na íntegra pela decisão recorrida esclarece de forma bem detalhada a lide:

O relatório da decisão recorrida assim descreve as infrações imputadas e os argumentos da impugnação:

1 ) Relatório de Verificação Fiscal.

O Fisco constatou, que a empresa deduziu, na apuração do Lucro Líquido, nos anos de 2011 e 2012, valores referentes a ágio, no montante anual respectivo de R\$ 55.539.840,12 e 53.582.152,80, conforme demonstrativo de fl. 43. Através da análise do LALUR apresentado, concluiu que as amortizações do ágio não foram adicionadas na apuração do Lucro Real.

Descreve os pormenores do Edital nº 01/97, que tratou da alienação de ações ordinárias da COELBA, que, previu a negociação de 65,64 % do capital ordinário da empresa.

Afirma que a COELBA, apesar de regularmente intimada, não apresentou laudo ou demonstrativo arquivado de avaliação de seu patrimônio, que demonstrasse tempestivamente os fundamentos econômicos para o ágio amortizado nos anos calendário 2011 e 2012, oriundo da aquisição de ações no âmbito do leilão de privatização realizado em 31 de julho de 1997.

Apesar da não apresentação do laudo ou demonstrativo como determina a legislação, o fisco teve acesso ao laudo elaborado pela Trevisan Consultores, com avaliação de R\$ 1.773.665.000,00 para 100% do capital da COELBA, que justificariam a expectativa de rentabilidade futura do ágio pago pela adquirente da participação (Guaraniana S.A, atualmente denominada de NEOENERGIA S.A).

Entretanto, segundo o atuante, o laudo/demonstrativo da Trevisan Consultores não tem o condão de justificar economicamente todo o ágio contabilizado e amortizado pela COELBA, no período de 2011 e 2012, uma vez que o valor constante do laudo (R\$ 1.773.665.000,00), se refere a 100% das ações da COELBA e a aquisição pela Guaraniana S A, teria sido de apenas 51,7% do total das ações. Segundo o fisco:

...

Ora, se 100% do capital da COELBA foi mensurado, através da técnica do fluxo de caixa projetado, por Laudo de Avaliação Econômico-Financeira e, a empresa

Guaraniana S.A, após ajustes, adquiriu apenas 51,7% do capital total, não restam dúvidas que apenas essa participação teria os pressupostos econômicos identificados.

[...]

Após o tudo o que foi exposto no presente relato, concluiu-se que apenas 42,78% ou o equivalente a R\$ 536.367.942,85 (quinhentos e trinta e seis milhões, trezentos e sessenta e sete mil, novecentos e quarenta e dois reais e oitenta e cinco centavos) se referiam a ágio com pressuposto econômico na rentabilidade futura de controlada que, em tese, poderia ser amortizado do lucro real da COELBA. O montante equivalente a diferença entre o que foi efetivamente deduzido e o ágio amortizável não reunia requisitos legais para redução da base de cálculo do IRPJ e CSLL.

Entretanto, demonstrar-se-á que todo o ágio amortizado pela COELBA, oriundo do leilão de privatização e leilão especial, não encontra respaldo na legislação vigente a época dos fatos geradores (2011 e 2012) para redução da base de cálculo dos tributos acima mencionados.

O Fisco analisa também o grupo de controle da COELBA, após as aquisições das ações, assim como o tratamento contábil e fiscal do ágio gerado. Descreve a evolução da participação societária da Guaraniana S A e demonstra através do diagrama a seguir a relação societária existente entre as empresas:

De acordo com a exposição realizada nos itens 2 a 4.2 do presente relato, houve aquisição de ações da COELBA pela Guaraniana S.A com expressivo ágio. Após manifestação da CVM acerca de debêntures anteriormente emitidas pela COELBA, conversíveis em ações, as quais, quando convertidas, reduziriam (para 51,7%) a participação da Guaraniana S.A no capital total da investida, pode-se constatar que o montante do ágio registrado contabilmente, ao final do ano de 1997, equivalia a R\$ 1.213.019.937,14 (um bilhão, duzentos e treze milhões, dezenove mil, novecentos e trinta e sete reais e quatorze centavos).

[...]

Apesar de contabilmente amortizado, o ágio em epígrafe foi adicionado ao LALUR da Guaraniana S.A, conforme se verificou às fls. 10 e 13, motivo pelo qual não compôs a base de cálculo dos tributos IRPJ e CSLL. No ano calendário de 1998, a Guaraniana S.A amortizou, a título de ágio oriundo da COELBA, o equivalente a R\$ 52.124.614,61 (cinquenta e dois milhões, cento e vinte e quatro mil, seiscentos e quatorze reais e sessenta e um centavos), contudo, à fl. 13, do LALUR, realizou adição do montante por não reunir os requisitos legais para compor a base de cálculo dos tributos IRPJ e CSLL. Ressalta-se que os lançamentos verificados no livro fiscal se referiam a amortização do ágio relativo a COELBA e COSERN.

Após os lançamentos acima mencionados, relativos ao ágio e a conta de investimento correlata, verificou-se a seguinte composição nas contas de ativo e de resultado:

No ano calendário de 1999, a empresa Guaraniana S.A informou na DFP, à fl. 37, que adquirira 3.862.480.000 (três bilhões, oitocentos e sessenta e dois milhões, quatrocentas e oitenta e mil) ações ordinárias e 2.034.946.000 (dois bilhões, trinta e quatro milhões, novecentas e quarenta e seis mil) ações preferenciais, emitidas pela COELBA, passando a deter 87,832% do seu capital total. Conforme menção contida no item 4.1 do presente relato, esta operação foi realizada com ágio, não fundamentado economicamente através de demonstrativo tempestivo arquivado, no valor de R\$ 40.692.244,64 (quarenta milhões, seiscentos e noventa e dois mil, duzentos quarenta e quatro reais e sessenta e quatro centavos), a ser amortizado pelo prazo remanescente da concessão da COELBA.

...

Depois do registro dos fatos econômicos ocorridos em 1999, referentes a aquisição de ações da COELBA, nos leilões de privatização e especial, foi possível constatar as seguintes modificações nos saldos das contas relativas ao ágio incorrido e amortizado:

...

Após a aquisição de ações da COELBA no âmbito do leilão especial, ocorrido em outubro de 1999, observou-se a inclusão da empresa 521 Participações S.A, CNPJ nº 01.547.749/00011621, no grupo de controle da Guaraniana S.A.

...

Nesse período, a Guaraniana S.A, em obediência aos diplomas legais vigentes, adicionou os montantes acima descritos no LALUR22, às fls. 02 e 03, desfazendo, sob a ótica fiscal, o efeito da amortização contábil da mais valia aqui analisada. Também foi verificado na Parte “B” do livro fiscal, à fl. 15, registro, na conta de “ágio na aquisição de investimentos a realizar”, relativo a dedução da mais valia correspondente (valores consolidados COELBA e COSERN).

Em 31 de março de 2000, a empresa Guaraniana S.A transferiu, através de capitalização, o investimento (inclusive o ágio) que detinha na COELBA para a empresa ligada Nordeste Participações S.A, CNPJ nº 02.150.255/000166, entretanto, manteve o controle na Parte “B” do LALUR do montante acumulado referente as amortizações mensais ocorridas até aquele momento.

...

Conclui o Fisco, observando que a empresa Guaraniana S A adquiriu ações da COELBA com expressivo ágio, sendo que parte substancial desse ágio, conforme discussão sobre os laudos, não possuía fundamento econômico em resultados futuros da controlada. Já em 2000 a Guaraniana S A, buscando alterar o contexto da impossibilidade de dedução fiscal do ágio em epígrafe, deu início a uma série de operações intragrupo que se materializou na capitalização da Nordeste Participações S.A., com a participação remanescente que detinha na COELBA.

No item 6 do TVF o Fisco descreve a formação da empresa Nordeste Participações S A, utilizada como "empresa veículo" na transferência do ágio.

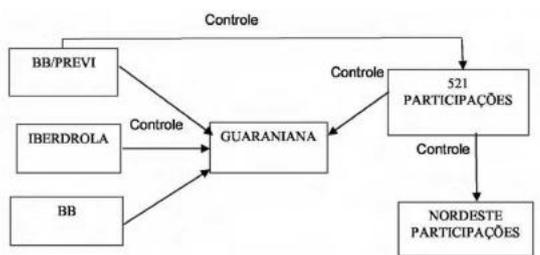
...

Após as mudanças acima descritas no capital social da Nordeste Participações S.A, o controle societário da empresa passou a ser exercido majoritariamente pela 521 Participações S.A, consoante demonstrativo abaixo.

Demonstrativo nº 12 - Da composição acionária da Nordeste Participações S.A (1997)

Empresa	CNPJ/CPF	Qty de ações ordinárias	Valor das ações	% participação capital total
521 Participações S.A	01.547.749/0001-16	19.150	19.150	95,75%
PREVI	33.754.482/0001-24	200	200	1,00%
Viviane Araújo Lima	878.411.007-44	200	200	1,00%
Paula Andréa Moraes Giraldez	024.783.997-33	200	200	1,00%
Rodrigo Osegueda Mattos	034.365.977-83	50	50	0,25%
Grasiela Gonçalves Cerbino	026.321.717-50	200	200	1,00%
<b>Total</b>	-	<b>20.000</b>	<b>20.000</b>	<b>100,00%</b>

Além de controlar diretamente a Nordeste Participações S.A, a empresa 521 Participações S.A era, em verdade, o veículo por meio do qual o BB/PREVI/25 mantinha participação acionária na empresa Guaraniã S.A. Ou seja, onde se lia 521 Participações S.A, em verdade, se falava do BB/PREVI, conforme diagrama abaixo.



Buscou o Fisco demonstrar, através do exame da documentação disponível, que a empresa Nordeste participações S A não apresentou nenhuma atividade operacional anterior à sua capitalização no ano de 2000, tendo se prestado tão somente à transferência do ágio analisado.

...

Diante dos fatos trazidos nesse item, restou confirmado que desde sua constituição até o dia 30 de março de 2000, portanto, antes da capitalização, a empresa Nordeste Participações S.A não apresentou qualquer receita da atividade ou movimento operacional, demonstrando pouca ou nenhuma solidez econômico financeira.

No entanto, em 31 de março de 2000, de acordo com Ata da AGE, a empresa Nordeste Participações S.A aprovou aumento de capital social no montante de R\$ 2.105.024.344,00 (dois bilhões, cento e cinco milhões, vinte e quatro mil, trezentos e quarenta e quatro reais), mediante emissão particular de 2.105.024.344 (dois bilhões, cento e cinco milhões, vinte e quatro mil, trezentas e

quarenta e quatro) ações ordinárias ao preço unitário de R\$ 1,00 (um) real, para integralização a vista através de bens.

Ainda de acordo com a Ata acima mencionada, a empresa Guaraniana S.A subscreveu a totalidade das ações integralizando no ato a quantia, mediante conferência de 13.716.702.215 (treze bilhões, setecentos e dezesseis milhões, setecentos e duas mil, duzentas e quinze) ações ordinárias e 2.811.250.317 (dois bilhões, oitocentos e onze milhões, duzentos e cinquenta mil, trezentas e dezessete) ações preferenciais de emissão da empresa COELBA, da qual era titular, atribuindo valor para as ações vertidas de R\$ 2.105.024.344,00 (dois bilhões, cento e cinco milhões, vinte e quatro mil, trezentos e quarenta e quatro reais).

...

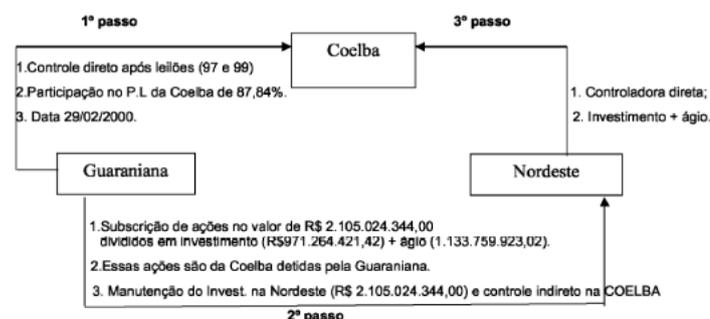
Esta subscrição foi embasada em Laudo de avaliação do Patrimônio Líquido da COELBA, realizado pela empresa ERNST & YOUNG Auditores Independentes S/C, com data de referência de 29 de fevereiro de 2000, através da aplicação da equivalência patrimonial.

Há de se ressaltar que o montante capitalizado pela Guaraniana S.A, da participação com ágio que detinha da COELBA, na empresa Nordeste Participações S.A, refletia na data de referência (29/02/00) o saldo remanescente da amortização realizada na controladora desde o ano de 1997, consoante demonstrativo abaixo.

Demonstrativo nº 13 - Trajetória do ágio adquirido pela Guaraniana S.A em aquisições de ações Coelba

Data	Investimento (Ativo) - 1.3.1.02.001 (a)	Ágio incorrido (Ativo) - 1.3.1.02.002 (b)	Amortização do ágio (Resultado) - 4.2.1.12.001 (c)	Ágio a amortizar na Nordeste d = (b-c)	Total do acervo COELBA transferido e = (a+d)
Total acumulado até 31/12/99	951.074.861,90				
31/01/2000	213.673,65				
29/02/2000	19.975.885,87				
<b>Total acumulado em 29/02/2000</b>	<b>971.264.421,42</b>	<b>1.237.721.649,88</b>	<b>103.961.726,86</b>	<b>1.133.759.923,02</b>	<b>2.105.024.344,44</b>

Conforme relato, concluiu-se que a Guaraniana S.A, mediante transferência das ações da COELBA que detinha, integralizou capital na empresa Nordeste Participações S.A, que nesse momento passou a condição de controladora desta, conforme diagrama.



Foi possível constatar então que a Nordeste Participações S.A, empresa sem qualquer estrutura ou capacidade operacional, que não apresentou qualquer atividade no período compreendido entre a constituição e 30 de março de 2000,

recebeu aporte de capital vultoso, através de transferência de ações da Coelba que a Guaraniana S.A detinha, com objetivo, a priori, de controlar uma gigante do setor energético. Não se percebeu substância econômica ou razoabilidade nesta operação da forma como foi realizada.

Entretanto, de acordo com item 6, à fl. 42, da DFP 2000, apresentada a CVM, a COELBA esclareceu os objetivos reais da operação de transferência do ágio pago pelo grupo Iberdrola, PREVI e Banco do Brasil, através da Guaraniana S.A, in verbis.

Devido ao interesse de transferir para a COELBA o benefício fiscal resultante da amortização do ágio pago por seus acionistas quando da aquisição das ações, seus controladores subscreveram aumento de capital na Nordeste Participações S/A, sociedade de propósito específico, integralizando-o por meio da transferência das ações de emissão da COELBA.

Estas informações foram corroboradas pelas Demonstrações Financeiras a Nordeste Participações S.A, auditadas pela Ernst & Young, à fl. 07, item 04.

...

Conclui o Fisco que a "transferência de ações promovida pela empresa Guaraniana S.A à Nordeste Participações S/A, ambas ligadas e integrantes do mesmo grupo econômico (Iberdrola, BB e PREVI) não passou de formalismo jurídico, não representando de modo algum a vontade fática dos partícipes da operação", uma vez que a "transferência do ágio da Guaraniana S.A para a Nordeste Participações ainda não possibilitava a amortização fiscal do mesmo, a teor da legislação vigente, foi necessária mais uma etapa de operações jurídicas formais (realizadas apenas no papel) cujo propósito era a aproximação do contexto preceituado pelos artigos 7º e 8º, da Lei nº 9.532/97".

Continua a análise, através do item 6.1:

Em abril de 2000, a Nordeste Participações S.A, registrou a segregação do valor do investimento e do ágio, bem como a amortização contábil da mais valia, conforme demonstrativo abaixo.

Demonstrativo nº 14 - Trajetória do ágio adquirido em aquisições de ações Coelba (Nordeste Participações)

Data	Investimento (Ativo) - 1.3.1.101.001	Ágio a amortizar (Ativo) - 1.3.1.101.003 (a)	Amortização do ágio (Ret. Ativo) - 1.3.1.101.004 (b)	Ágio a amortizar c = (a-b)	Amortização do ágio (Resultado) - 311.918
31/03/2000	2.105.024.344,00	0,00	0,00		0,00
30/04/2000	-1.130.313.733,45	1.130.313.733,45	3.446.189,55		3.446.189,55
30/04/2000	2.934.834,23	0,00	0,00		0,00
<b>Total</b>	<b>977.645.444,78</b>	<b>1.130.313.733,45</b>	<b>3.446.189,55</b>	<b>1.126.867.543,90</b>	<b>3.446.189,55</b>

\* O segundo lançamento realizado no dia 30 de abril de 2000 se refere a equivalência patrimonial

\* O montante da coluna "a" diverge do saldo remanescente verificado na Guaraniana S.A, contudo, se refere a amortização do ágio em março de 2000.

Como se vê, em abril de 2000, o investimento na COELBA, contabilizado a empresa Nordeste Participações S.A, equivalia a R\$ 977.645.444,78 (novecentos e setenta e sete milhões, seiscentos e quarenta e cinco mil, quatrocentos e

quarenta e quatro reais e setenta e oito centavos) e o ágio amortizável, o total de R\$ 1.126.867.543,90 (um bilhão, cento e vinte e seis milhões, oitocentos e sessenta e sete mil, quinhentos e quarenta e três reais e noventa centavos), totalizando o montante de R\$ 2.104.512.988,68 (dois bilhões, cento e quatro milhões, quinhentos e doze mil, novecentos e oitenta e oito reais e sessenta e oito centavos).

...

Uma vez que não era do interesse da Guarani S.A27 manter o ágio oriundo das aquisições das ações da COELBA no patrimônio da Nordeste Participações S.A, havia a necessidade de mais uma etapa de operações realizadas apenas no papel, ou sem substância econômica a não ser a elisão do pagamento de tributos, qual seja, a incorporação reversa da controladora (Nordeste Participações) pela controlada

(COELBA). Em junho de 2000, foi aprovada em assembleia a incorporação da Nordeste

[...]

Cientificado da autuação fiscal, o Contribuinte apresentou IMPUGNAÇÃO, nos termos abaixo apresentado pelo acórdão *a quo*, naquilo que apenas interessa a presente lide:

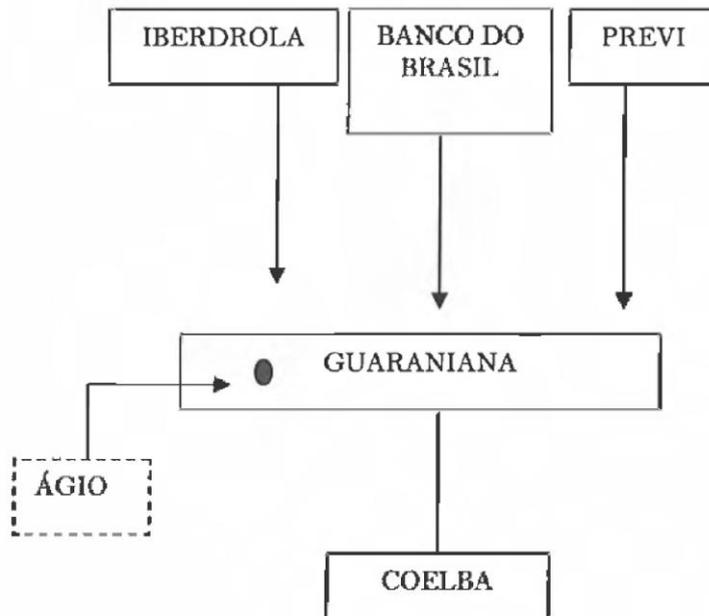
[...]

“Através do item III da impugnação, a reclamante se esforça na tentativa de demonstrar que as operações societárias foram praticadas de forma legal e com o aval dos órgãos reguladores e que não se deve entender que as operações societárias seriam um mero estratagema que pudesse, aos olhos da Fiscalização, desaproveitar a dedutibilidade com a amortização do ágio.

Faz, no item III.1.1, breves considerações acerca da operação que gerou o ágio, ressaltando que este decorreu da aquisição do controle da Impugnante, em processo licitatório de privatização:

Conforme ressaltado pelo Sr. Agente Fiscal, a aquisição da participação societária da Impugnante se deu com o pagamento de ágio ao Estado da BAHIA (antigo titular de suas ações), em razão da expectativa de rentabilidade estimada com base em resultado de exercícios futuros. Confira-se o seguinte quadro ilustrativo da operação:

[...]

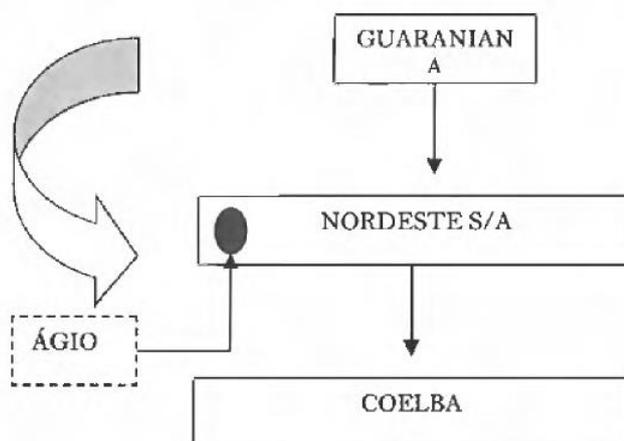
**Data do Evento: 31/07/1997 – Privatização da COELBA**

*Aquisição das ações da COELBA em processo licitatório de privatização (leilão público). Aquisição de participação societária com ágio.*

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 NORDESTE PARTICIPAÇÕES S.A., mediante entrega das ações da Impugnante acrescidas do ágio.

[...]

**Data do Evento: 27/12/2000 – Transferência do Ágio para a NORDESTE**

*Subscrição de ações da NORDESTE e integralização com ações da COELBA.*

A operação societária acima ilustrada 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 8.987/953.

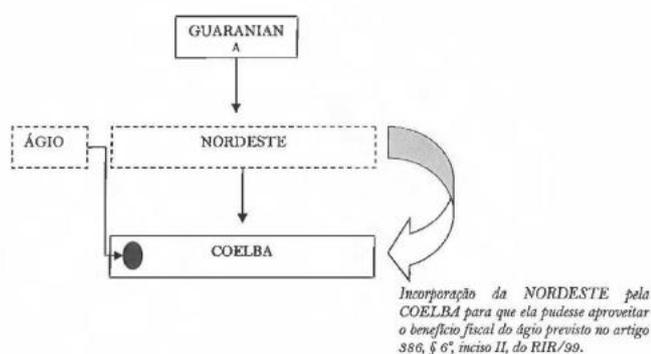
...

Com a transferência do controle acionário da Impugnante à NORDESTE PARTICIPAÇÕES 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 D. Fiscalização.

...

Continua, informando que a ANEEL, após apreciação, autorizou a Impugnante a promover a incorporação de sua controladora por meio da Resolução no 195, de 7 de junho de 2000, conforme reprodução a seguir:

Data do Evento: 07/06/2000 – Transferência do Ágio para a COELBA



Prossegue a reclamante informando que o ágio recebido, em razão da incorporação da controladora (NORDESTE PARTICIPAÇÕES S/A) 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, de 30 de abril de 2000, e continua:

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 NORDESTE pela Impugnante, bem como descrevendo todas as operações acima relatadas (DOC. 09). 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.

[...]

Já no item III.1.2 da impugnação, a reclamante tece comentários sobre a natureza do ágio e seu tratamento tributário. Afirma que o benefício fiscal da 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, tendo sido o ato regular e de acordo com as normas de concessão de serviço público.

Alega que a legislação autoriza a dedução do ágio quando fundamentado no valor de rentabilidade de exercícios futuros, tendo sido uma forma utilizada pelo governo para incentivar as privatizações, [...]

[...]

Através do item III.1.3 a impugnante pretende demonstrar o motivo, finalidade e congruência do negócio jurídico realizado. Descreve os motivos, finalidades e congruência dos atos, afirmando que, apesar da existência do motivo tributário, este não seria preponderante:

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 COELBA em processo de privatização, para o conseqüente 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): (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.

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.

[...]

Continua, tentando demonstrar estar equivocada a alegação do fisco, no que se refere a que teria sido criado um negócio jurídico sem substância econômica:

...

Novamente equivocou-se o Sr. Agente Fiscal ao dizer que a Guaraniana teria criado artificialmente um negócio jurídico, sem substância econômica, que evidenciaria divergência entre a forma apresentada e a vontade fática demonstrada. 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" (§ 60 do artigo 386 do RIR/99).

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 § 40 do artigo 264 da Lei das S/A9 e no mencionado § 60 do artigo 386 do RIR/99.

...

De fato, conforme mencionado pela própria fiscalização, a empresa NORDESTE PARTICIPAÇÕES S/A 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 195/00).

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.

[...]

Ao apreciar as alegações na impugnação, a Turma de Julgamento da DRJ decidiu considerá-las improcedentes.

Inconformado, o contribuinte apresentou recurso voluntário ao CARF, ao qual deu-se provimento parcial, nos termos da ementa já transcrita no início deste relatório, não reconhecendo a dedutibilidade das despesas com ágio pela utilização de empresa veículo, mas afastando a multa qualificada.

O processo foi encaminhado à PGFN em 19/10/2018 (Despacho de Encaminhamento à e-fl. 9.049).

Nos termos do art. 79 do Anexo II do RICARF, a PGFN será considerada intimada pessoalmente *"das decisões do CARF, com o término do prazo de 30 (trinta) dias contados da data em que os respectivos autos forem entregues à PGFN, salvo se antes dessa data o Procurador se der por intimado mediante ciência nos autos"*. Desse modo, a ciência ficta da PGFN se deu em 18/11/2018 (sexta-feira). Em 03/12/2018, tempestivamente, a PGFN interpôs o Recurso Especial de e-fls. 9.050 a 9.066 (Despacho de Encaminhamento à e-fl. 9.067), dentro do prazo quinzenal previsto no art. 68 do Anexo II do RICARF.

Por meio do Despacho de Admissibilidade do Recurso Especial de e-fls. 9.069 a 9.072, o Apelo fazendário foi admitido em parte, apenas em relação à matéria **"Multa**

**Qualificada**”, indicando-se como paradigmas os Acórdãos nº 1101-000.899, de 2013 e o de nº 1301-002.019, de 2016.

Reproduz-se a seguir os trechos de interesse:

[...]

Com relação a essa primeira matéria, **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que, em se tratando de amortização de ágio, *cancela-se a qualificação da multa de ofício quando não comprovado o dolo do sujeito passivo, no sentido de consciência da prática de um ilícito, necessário à caracterização das hipóteses de sonegação, fraude e conluio*, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos nºs 1101-000.899, de 2013, e 1301-002.019, de 2016) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que, em se tratando de amortização de ágio, *sujeita-se à multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício, que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos (primeiro acórdão paradigma)* e que, *se os fatos retratados nos autos deixam foram de dúvida a intenção do contribuinte de, por meio de atos societários diversos, desprovidos de substância econômica e propósito negocial, reduzir a base de incidência de tributos, cabe a qualificação da penalidade promovida pela autoridade autuante (segundo acórdão paradigma)*.

[...]

Às e-fls 9.263 a 9.308 consta Contrarrazões tempestivas do Contribuinte à admissão do Recurso Especial da Fazenda Nacional, oferecendo resistência ao conhecimento do Apelo da Fazenda e, no mérito, reiterando suas razões impugnatórias e recursais, no sentido de se manter o afastamento da qualificação da multa decidido pelo acórdão recorrido.

O Contribuinte tomou ciência da referido Acórdão recorrido, bem assim do despacho de admissibilidade, em 13/03/2019 (e-fl. 9.089) e, 28/03/2019, tempestivamente, interpôs o Recurso Especial de e-fls. 9.092 a 9.150.

O Despacho de Admissibilidade de e-fls. 9.331 a 9.333 deu seguimento ao Apelo do Contribuinte, em relação *“Possibilidade de utilização de empresa veículo para viabilizar a amortização do ágio”*, nos seguintes termos naquilo que interessa:

[...]

6. Com relação a essa matéria, **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

7. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que *é indedutível a amortização do ágio, quando uma sociedade, investidora, tendo como único objetivo a obtenção de benefício fiscal (amortização do ágio), incorpora a sociedade investida (“empresa veículo”), em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura da própria investida, os acórdãos paradigmas apontados* (Acórdãos nºs 1301-000.711, de 2011, e 1101-00.354, de 2010) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que, *no contexto do programa de privatização das empresas de telecomunicações, regrado pelas Leis 9.472/97 e 9.494/97, e pelo Decreto nº 2.546/97, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco (primeiro acórdão paradigma) e que a norma legal prevê a possibilidade de transferência de ágio entre empresas na ocorrência de fusão, cisão e incorporação (segundo acórdão paradigma).*

[...]

Os autos foram encaminhados à PGFN em 16/09/2019 (e-fl.9.334) e a Fazenda Nacional apresentou, tempestivamente, em 01/10/2019 (fl. 9.348) Contrarrazões de e-fls. 9.335 a 9.347.

A Fazenda Nacional requer o não conhecimento do Recurso Especial do Contribuinte, por falta de similitude fática e jurídica, *“uma vez que os acórdãos apresentados com paradigmas consideraram, em sua fundamentação, a legislação específica no setor de telecomunicações não aplicável ao presente caso”*.

Quanto ao mérito, a sua argumentação propõe a manutenção do acórdão recorrido nos termos lá consignados.

Em seguida, os autos foram submetidos a sorteio, cabendo-me o seu relato.

É o relatório.

## VOTO

Conselheiro **Fernando Brasil de Oliveira Pinto**, Relator

## 1 CONHECIMENTO

### 1.1 RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL

O Contribuinte apresentou Contrarrazões ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional oferecendo resistência ao seu conhecimento. No caso, o seu inconformismo em relação ao conhecimento do recurso pode ser sintetizado no seguinte parágrafo extraído de suas contrarrazões:

Como se vê, no acórdão apontado como paradigma as operações que geraram o ágio não foram realizadas no contexto do programa de privatização e, portanto, não pode servir como paradigma ao presente caso na medida em que não guarda similitude fática com o mesmo.

Conforme relatado, o Despacho de Admissibilidade deu seguimento integral ao Apelo da Fazenda Nacional em relação à matéria *Qualificação da multa em relação a aproveitamento fiscal da amortização do ágio por empresa veículo*, indicando-se como paradigmas Acórdãos nºs 1101-000.899<sup>1</sup>, de 2013, e 1301-002.019, de 2016.

O Despacho de Admissibilidade admitiu a matéria nos seguintes termos naquilo que é relevante reproduzir:

[...]

Com relação a essa primeira matéria, **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que, em se tratando de amortização de ágio, *cancela-se a qualificação da multa de ofício quando não comprovado o dolo do sujeito passivo, no sentido de consciência da prática de um ilícito, necessário à caracterização das hipóteses de sonegação, fraude e conluio*, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos nºs 1101-000.899, de 2013, e 1301-002.019, de 2016) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que, em se tratando de amortização de ágio, *sujeita-se à multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício, que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos (primeiro acórdão paradigma)* e que, *se os fatos retratados nos autos deixam fora de dúvida a intenção do contribuinte de, por meio de atos societários diversos, desprovidos de substância econômica e propósito negocial, reduzir a base de incidência de tributos, cabe a qualificação da penalidade promovida pela autoridade autuante (segundo acórdão paradigma)*.

De fato, ambos os paradigmas guardam similitude fática com o recorrido no que concerne a possuírem igualmente acusações fiscais de ter havido criação meramente formal de

<sup>1</sup> O referido julgado foi confirmado pela CSRF (Ac. 9101-003.4650) ao negar provimento ao recurso especial do Contribuinte.

estrutura para viabilizar a amortização do ágio, por meio de uma transferência de ágio artificial para uma empresa veículo, sem que houvesse a incorporação entre a denominada investidora original e a investida.

Porém, isso ainda não é suficiente para garantir essa equiparação, uma vez que o acórdão recorrido para manter a glosa da amortização do ágio lançou mão de dois fundamentos independentes, sendo que um dos quais não foi combatido pela divergência apresentada, restando assim incólume o segundo fundamento. É de se ver.

Seguem os 2(dois) fundamentos do acórdão combatido a partir dos quais a multa foi desqualificada:

1º Fundamento (atacado):

“No caso, mesmo que se admitisse como possível a chamada "transferência de ágio" ou a utilização da chamada "empresa veículo", tais condutas não são, em si, ilícitas; são, no máximo, passíveis de requalificação pela Administração, autorizando, assim, o a revisão do lançamento ou o lançamento de ofício, nos termos do artigo 149 do CTN”.

2º Fundamento (não atacado):

“Revela-se difícil admitir a presença de dolo em um caso como o dos autos, em que o contribuinte inclusive demonstrou, na petição onde requer a aplicação do artigo 24 da LINDB (fls. 8.9558.961), que exatamente **nos anos-calendário em que ocorreu a amortização do ágio ora em discussão (2011 e 2012) este CARF publicou diversos acórdãos validando a efetivação de reorganizações societárias mediante a utilização de "empresa veículo", "desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio", em especial em se tratando de aquisições realizadas no contexto de programas de privatização**”. [destaques nossos]

Bem se vê que o acórdão recorrido fundamenta a desqualificação da multa primeiramente na ausência da demonstração da ocorrência do dolo em situação de artificialidade de transferência de ágio cuja conduta diria respeito a erro na interpretação da legislação de regência, ensejando uma mera requalificação dos fatos, e não a exasperação da penalidade. Esse fundamento foi atacado pelo recurso especial da PGFN.

Porém, um segundo fundamento utilizado pelo acórdão recorrido (a multa não deveria ser qualificada porque a operação pautou-se na jurisprudência da época “*em especial em se tratando de aquisições realizadas no contexto de programas de privatização*”) não foi atacado pelo recurso especial da PGFN, não tendo sido indicados paradigmas que estabelecessem alguma eventual divergência para esse outro fundamento. Outrossim, tal argumento não atacado por si só já teria potencial capaz de manter a desqualificação da multa de ofício.

Nesse contexto, o óbice acima encontra também amparo na argumentação da Recorrente de falta de similitude fática, uma vez que parte do segundo fundamento não atacado, pode ser interpretado também como discrepância fática, na medida em que esse fundamento

também envolve o reconhecimento de que o caso se encontra inserido no contexto das privatizações, o que não ocorreu nos paradigmas.

Por fim, trago o registro de que situação assemelhada – envolvendo também acusação de transferência artificial de ágio por meio de empresa veículo - já foi enfrentada recentemente por esta 1ª Turma, não conhecendo do recurso especial da Fazenda, por meio do Acórdão nº 9101-006.166<sup>2</sup>, de 12/07/2022, da relatoria da Conselheira Livia De Carli Germano, que peço vênia para reproduzir trecho relevante desse julgado:

Ademais, é de se ressaltar que o recurso especial da Fazenda Nacional também nada opõe quanto à conclusão do acórdão recorrido de que a multa qualificada deve ser afastada dado que o contribuinte *pautou seu comportamento na jurisprudência e legislação vigentes à época da execução dos atos aqui questionados pela fiscalização* – afirmação esta feita especificamente para o caso dos autos, e não via transcrição.

Nessa parte, o voto condutor do acórdão recorrido está a tratar de argumento trazido no recurso voluntário, no sentido de que o procedimento adotado pela empresa já teria sido corroborado pela jurisprudência do CARF em situações análogas (fl. 3.078).

A conclusão do acórdão recorrido, depois de transcrever os trechos de voto acima comentados, foi a seguinte:

Diante do exposto, afasto a qualificação da multa de ofício, por não entender ter se configurado o intuito fraudulento no caso concreto, posto que compreensível o *modus operandi* da Recorrente quanto ao procedimento que a levou a amortizar o ágio, já que pautou seu comportamento na jurisprudência e legislação vigentes à época da execução dos atos aqui questionados pela fiscalização, que inclusive, não questionou a legitimidade dos atos societários praticados pela contribuinte, restando suficiente a aplicação da multa de ofício no importe de 75%.

É verdade que a conjunção “posto que”, embora seja uma locução concessiva, de oposição ideológica (equivalente a “ainda que”, “mesmo que”, “embora”, “apesar de que”), é muitas vezes utilizada como sinônimo de “já que”, “visto que” ou “porque”. De qualquer forma, seja lida como “ainda que”, seja lida como “já que”,

---

<sup>2</sup> "ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. FUNDAMENTO AUTÔNOMO INATACADO. IMPOSSIBILIDADE.

Não se conhece de recurso quando a decisão recorrida está baseada em fundamento autônomo não atacado pelo recorrente.

O acórdão recorrido fundamenta a desqualificação da multa primeiramente na ausência de individualização da conduta que teria dado ensejo à penalidade, matéria que não foi mencionada pelo recurso especial, para a qual não houve a indicação de paradigmas e que não foi admitida para discussão em sede de exame de admissibilidade de recurso especial. Também não houve questionamento quanto ao fundamento do acórdão recorrido de que a multa não poderia ser qualificada eis que a operação pautou-se na jurisprudência da época."

Participaram do julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

fato é que se trata de um argumento do voto condutor do acórdão recorrido que também não é tratado no recurso especial, e que por si só seria capaz de manter a sua conclusão de que a qualificação da multa não se sustenta.

Neste sentido, oriento meu voto para não conhecer do recurso especial, por insuficiência recursal (fundamento autônomo inatacado: conduta baseada na jurisprudência da época).

### Conclusão

Desse modo, encaminho meu voto no sentido de NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL.

## 1.2 RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE - CONHECIMENTO

Conforme relatado, o Despacho de Admissibilidade deu seguimento integral ao Apelo do Contribuinte em relação à matéria “*Possibilidade de utilização de empresa veículo para viabilizar a amortização do ágio*”, indicando-se como paradigmas Acórdãos nº 1301-000.711<sup>3</sup>, de 2011, e nº 1101-00.354<sup>4</sup>, de 2010, que não foram reformados até a presente data.

<sup>3</sup> Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica IRPJ

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003

Ementa: SIMULAÇÃO Configura-se como simulação, o comportamento do contribuinte em que se detecta uma inadequação ou inequivalência entre a forma jurídica sob a qual o negócio se apresenta e a substância ou natureza do fato gerador efetivamente realizado, ou seja, dá-se pela discrepância entre a vontade querida pelo agente e o ato por ele praticado para exteriorização dessa vontade.

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO – ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO – INOCORRÊNCIA. No contexto do programa de privatização das empresas de telecomunicações, regrado pelas Leis 9.472/97 e 9.494/97, e pelo Decreto nº 2.546/97, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.

ABUSO DE DIREITO – A figura de “abuso de direito” pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio.

[...]

<sup>4</sup> RECURSO EX OFFICIO

RECURSO "EX OFFICIO" — Devidamente fundamentada nas provas dos

autos e na legislação pertinente a insubsistência das razões determinantes de parte da autuação, é de se negar provimento ao recurso necessário interposto pelo julgador "a quo" contra a decisão que dispensou parcela do crédito tributário da Fazenda Nacional.

RECURSO VOLUNTÁRIO

IRPJ — APURAÇÃO DO LUCRO REAL — AJUSTES AO LUCRO LÍQUIDO CONTÁBIL — O lucro contábil não se confunde com o lucro real, base de cálculo do IRPJ, portanto, a necessidade de atendimento às normas impostas pela Comissão de Valores Mobiliários — CVM, para atendimento das normas contábeis não tem o condão de modificar os ajustes necessários para apurar o lucro real.

A FAZENDA NACIONAL apresentou Contrarrazões ao Recurso Especial interposto pelo Contribuinte oferecendo resistência ao seu conhecimento, mas apenas de forma bem genérica. No caso, o seu inconformismo em relação ao conhecimento do recurso limitou-se a defender que:

[...] entendemos que o recorrente não logrou êxito na demonstração da divergência jurisprudencial uma vez que os acórdãos apresentados com paradigmas consideraram, em sua fundamentação, a legislação específica no setor de telecomunicações não aplicável ao presente caso.

O Despacho de Admissibilidade admitiu a matéria nos seguintes termos naquilo que é relevante reproduzir:

6. Com relação a essa matéria, **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

7. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que *é indedutível a amortização do ágio, quando uma sociedade, investidora, tendo como único objetivo a obtenção de benefício fiscal (amortização do ágio), incorpora a sociedade investida (“empresa veículo”), em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura da própria investida, os acórdãos paradigmas apontados* (Acórdãos nºs 1301-000.711, de 2011, e 1101-00.354, de 2010) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que, *no contexto do programa de privatização das empresas de telecomunicações, regrado pelas Leis 9.472/97 e 9.494/97, e pelo Decreto nº 2.546/97, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco (primeiro acórdão paradigma) e que a norma legal prevê a possibilidade de transferência de ágio entre empresas na ocorrência de fusão, cisão e incorporação (segundo acórdão paradigma).*

Em primeiro lugar, cabe salientar que não há necessidade de os casos serem totalmente idênticos, mas assemelhados para fins de equiparação dos acórdãos ora confrontados.

A Fazenda Nacional aduz de forma genérica que os paradigmas apresentados *“consideraram, em sua fundamentação, a legislação específica no setor de telecomunicações não aplicável ao presente caso”*. Mas não demonstra de que forma essa legislação foi usada de forma relevante para fundamentar os acórdãos paradigmas impactando na falta de similitude fática entre os julgados.

De toda sorte, tal argumento não infirma a divergência, ao contrário, a meu ver corrobora com a similitude FÁTICA entre os julgados, uma vez que terminou por ressaltar

---

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO — DEDUTIBILIDADE — A pessoa jurídica que, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, absorver patrimônio de outra que dela detenha participação societária adquirida com ágio, poderá amortizar o valor do ágio, cujo fundamento seja o de expectativa de rentabilidade futura, nos balanços correspondentes h. 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. (arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97).

indiretamente mais um ponto em comum entre todos os julgados confrontados, na medida que se depararam com uma etapa inicial envolvendo os efeitos fiscais do ágio relacionados com o programa de desestatização das empresas seja da área da telecomunicação (ambos os paradigmas) seja da área do Setor elétrico (COELBA, ora recorrente). O enfoque em todos os paradigmas é bastante genérico direcionado mais a ressaltar a existência do programa de desestatização de empresas públicas como um fato indutor para o gozo do benefício, e não para questões propriamente específicas de um desses ramos.

O introito do voto condutor do primeiro paradigma deixa claro o que foi colocado acima:

Como se viu do relatório, o litígio gira em torno dos efeitos fiscais decorrentes de reorganização societária, pois passou à Recorrente, **relacionada com o programa de desestatização** das empresas de telecomunicação. Sua solução, portanto, passa pela compreensão do **programa de desestatização** levado a efeito na última década do século passado. [destaque nosso]

É verdade que o voto condutor do primeiro paradigma (mas não o segundo) traz também referências genéricas à legislação de desestatização de empresas públicas da área de telecomunicação, mas caberia à Fazenda Nacional ter ressaltado qual era a relevância dessa menção para efeito de distinguir um caso envolvendo a privatização de telecomunicação ou do setor elétrico, a não ser o mero efeito indutor para criação de uma empresa veículo nesse contexto de desestatização.

Ora, posto isso, bem se vê que os casos são absolutamente assemelhados, uma vez que todos eles trataram de casos envolvendo a formação de ágio na aquisição original de empresas estatais no âmbito do programa de privatização, em que está em disputa a possibilidade de haver ou não transferência desse ágio para uma segunda empresa (dita veículo pelas fiscalizações) criada apenas para efeito de economia tributária.

Por outro lado, o mesmo não se pode afirmar em relação ao segundo paradigma, Acórdão nº 1101-00.354.

Conforme também destacado no despacho de admissibilidade que o admitiu, de fato, o fundamento do paradigma aparenta estar lastreada em razões estritamente jurídicas, na medida em que o voto condutor em seu introito faz uma breve referência à **possibilidade de existir permissão legal para transferência de ágio**, mas, como veremos, não se trata do aspecto mais relevante porque tal inserção está em um contexto fático diverso. Confira-se:

[...]

A autoridade fiscal considerou que o ágio registrado no ativo diferido da Celular CRT S/A, como sendo o resultado da transferência de vários valores de ágio, referentes as operações societárias que haviam ocorridas no grupo em fase anterior.

Em sua defesa, a interessada justificou que o ágio em questão foi registrado no ativo diferido da Celular CRT S/A originou-se por ocasião da criação da empresa TULA

Participações Ltda., o qual, posteriormente, foi transferido para a Celular CRT S/A, em operações de incorporação e cisão.

*“a norma legal prevê a possibilidade de transferência de ágio entre empresas na ocorrência de fusão, cisão e incorporação. Assim, o patrimônio da empresa sucedida passa para o patrimônio da sucessora, representado pelos bens, direitos e obrigações. No caso da existência de ágio no patrimônio da empresa sucedida, será o mesmo transferido para o patrimônio da sucessora”*

[Reproduz decisão DRJ]

Por ocasião da constituição da empresa controlada Tula Participações Ltda., ocorreu exatamente o caso acima descrito, pois esta recebeu as ações da Celular CRT Participações e efetuou a entrega a empresa TBS Celular Participações S/A de quotas de capital de sua própria emissão. Nessas condições, o valor investido pela empresa Tula Part. Ltda., representado pelo valor de seu capital, entregue A. TBS Celular Part. S/A — na forma de quotas de capital de sua emissão, foi superior ao valor patrimonial da participação societária adquirida (Celular CRT Part., entregue pela investidora A. empresa nova investida TULA Part. Ltda.)

[...] [grifos nossos]

Ocorre que tal menção – aparentemente de cunho estritamente jurídico - deve ser interpretada à luz dos fundamentos que se seguiram a ela, em que o contexto fático deixa claro que naquele caso concreto não se tratou de analisar uma genuína “transferência de ágio”, sendo isso alcançado apenas aparentemente pelas subseqüentes capitalizações e formação de novo ágio.

O presente caso concreto tratou, em apertadíssima síntese, de aproveitamento de ágio gerado em operações anteriores de aquisição que foi transferido mediante aporte de capital por meio de subscrição de ações detidas pela investidora em outra empresa que posteriormente é incorporada em operação reversa pela investida, não se cogitando nem por ocasião da autuação<sup>5</sup> nem por meio dos fundamentos do voto condutor do acórdão recorrido que haveria formação de novo ágio (interno) nas operações subseqüentes. A defesa também sempre deixou claro que sua intenção sempre foi a possibilidade de amortizar o ágio originalmente gerado em face do processo de privatização, embora em seu recurso tenha feito breve referência à questão do ágio interno.

Se a consideração jurídica em referência não estivesse em paralelo com a situação fática peculiar que ora se aponta, não restaria dúvida que haveria similaridade fática e divergência jurisprudencial, mas este não foi o caso.

A demonstração daquela não equivalência em situação bem assemelhada a do acórdão recorrido foi muito bem enfrentada recentemente por esta 1ª Turma, a unanimidade de votos, por meio do Ac. nº 9101-006.453, de 01/02/2023. da relatoria do i. Conselheiro Luiz Tadeu

<sup>5</sup> A não ser breves menções no relatório fiscal da ocorrência de “ágio de si mesma”, mas sem a conotação de se estar atribuindo como fundamento relevante da autuação a ocorrência de “ágio interno”, termo este nunca mencionado.

Matosinho Machado, a quem peço vênia para aqui adotar, *mutatis mutandis*, as mesmas razões de decidir para o afastamento deste paradigma para o presente caso:

Com efeito, ao analisar o primeiro ponto de divergência (**Validade da 'Transferência' do Ágio**), no qual foi apresentado como um dos paradigmas do recurso especial o Acórdão nº 1101-00.354, único admitido neste processo, considero o mesmo inapto para caracterizar a divergência.

Entendo que não restou caracterizada a divergência em relação ao referido acórdão paradigma que a meu ver traz em seu racional decisório outro tipo de situação fática, concernente ao aporte de capital na investida por meio de cotas detidas em outra empresa pela investidora, verificando-se na operação um sobrepreço avaliado conforme a rentabilidade futura, enquanto que no acórdão recorrido verifica-se o aproveitamento de ágio gerado em operações anteriores de aquisição que foi transferido mediante aporte de capital detido pela investidora em outra empresa que posteriormente é incorporada em operação reversa pela investida.

Veja-se o excerto do voto condutor do paradigma que negou provimento ao recurso de ofício, *verbis*:

[...]

A autoridade fiscal considerou que o ágio registrado no ativo diferido da Celular CRT S/A, como sendo o resultado da transferência de vários valores de ágio, referentes as operações societárias que haviam ocorridas no grupo em fase anterior.

Em sua defesa, a interessada justificou que o ágio em questão foi registrado no ativo diferido da Celular CRT S/A originou-se por ocasião da criação da empresa TULA Participações Ltda., o qual, posteriormente, foi transferido para a Celular CRT S/A, em operações de incorporação e cisão.

A norma legal prevê a possibilidade de transferência de ágio entre empresas na ocorrência de fusão, cisão e incorporação. Assim, o patrimônio da empresa sucedida passa para o patrimônio da sucessora, representado pelos bens, direitos e obrigações. No caso da existência de ágio no patrimônio da empresa sucedida, será o mesmo transferido para o patrimônio da sucessora.

Do voto condutor do acórdão recorrido, transcrevo os excertos abaixo que elucidam muito bem a situação do caso sob exame:

Assim, é possível que uma empresa "Investidora" possua ações de uma companhia ("Investida") e, desejando subscrever capital em uma outra empresa "Nova Investida", resolva realizar o aumento de capital na "Nova Investida", mediante conferência das ações da antiga "Investida". Nessa situação, a "Investidora" deixa de ser investidora direta da antiga "Investida" e passa a ser investidora direta da "Nova Investida". A "Nova Investida", por sua vez, passa a ser investidora direta da antiga "Investida".

Nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei das S/A, o ativo recebido pela nova investida (participação societária) deve ser coerente com o valor do capital social realizado, conforme avaliação. Nota-se que a empresa "Nova Investida": (1) recebe ações da antiga "Investida" e (2) entrega, à "Investidora", ações (ou quotas de capital) de sua própria emissão. Caso o valor "pago" pela "Nova Investida" (representado pelo valor de seu capital, entregue a "Investidora" na forma de ações ou quotas de capital de sua emissão) seja maior do que o valor patrimonial da participação societária adquirida (referente à antiga "Investida", entregue pela "Investidora" et empresa "Nova Investida"), nos termos do art. 385 do Decreto 3.000, de 1999, cabe o registro de ágio na aquisição de ações. Por outro lado, há que ser baixado o investimento anteriormente mantido pela "Investidora" na antiga "Investida" podendo, inclusive ser gerado um ganho de capital para a "Investidora".

A Lei 10.637, de 2002, conversão da Medida Provisória nº 66 de 2002, deixou essa situação bem clara em seu art. 36 (revogado pela Lei 11.196, de 2005) quando determinou, à época, o diferimento da tributação do ganho de capital acima referido, conforme a seguir reproduzido:

Art. 36. Não será computada, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da pessoa jurídica, a parcela correspondente a diferença entre o valor de integralização de capital, resultante da incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica que efetuar a subscrição e integralização, e o valor dessa participação societária registrado na escrituração contábil desta mesma pessoa-jurídica.

§1º O valor da diferença apurada será controlado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e somente deverá ser computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido:

**Ora, a determinação legal (atualmente já revogada) de diferimento da tributação de ganho de capital em evento de subscrição e integralização de capital (correspondente à diferença entre o valor de integralização de capital, resultante da incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica que efetuar a subscrição e integralização, e o valor dessa participação societária registrado na escrituração contábil desta mesma pessoa jurídica), implica a existência de ganho de capital por parte da investidora. Ganho de capital decorre de baixa de ativo e, assim, não há falar em transferência. Por outro lado, a empresa que recebe o investimento fica obrigada a avaliá-lo, podendo surgir — ou não — um ágio.**

Repare que, conforme exemplo acima apresentado, **verifica-se a possibilidade de surgimento de ágio na empresa Nova Investida, sem que haja anteriormente qualquer ágio no patrimônio da empresa Investidora. Isso comprova que não há nesse tipo de operação: transferência de ágio anterior, mas —tão somente - surgimento de ágio novo, que demanda fundamentação própria.**

Por ocasião da constituição da empresa controlada Tula Participações Ltda., ocorreu exatamente o caso acima descrito, pois esta recebeu as ações da Celular CRT

**Participações e efetuou a entrega à empresa TBS Celular Participações S/A de quotas de capital de sua própria emissão.**

**Nessas condições, o valor investido pela empresa Tula Part. Ltda., representado pelo valor de seu capital, entregue A. TBS Celular Part. S/A — na forma de quotas de capital de sua emissão, foi superior ao valor patrimonial da participação societária adquirida (Celular CRT Part., entregue pela investidora A. empresa nova investida TULA Part. Ltda.).**

Esse é o tratamento previsto no art. 386 do RIR/99, *verbis*:

[...]

Assim, de acordo com o art. 386 do Decreto 3.000, de 1999, é cabível o registro de ágio na aquisição de ações, no patrimônio de TULA Part. Ltda.

Esses foram os motivos que a turma julgadora de primeiro grau reconheceu a correção do valor do ágio a ser amortizado pela Celular CRT S/A, considerando que referido valor está fundamentado no laudo de avaliação.

A decisão recorrida está devidamente motivada e aos seus fundamentos de fato e de direito, não merecendo reparos.

Nessas condições, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício interposto.

Assim, em que pese existir a menção à transferência de ágio nas operações, o racional do paradigma referido é no sentido de admitir o surgimento do ágio na capitalização da empresa investida mediante aporte de ações detidas pela investidora em outra empresa, quando esta se dá por valor superior ao valor do patrimônio líquido da investida, aparentemente validando uma operação de ágio interno.

É bem verdade que há no acórdão declaração de voto da d. conselheira Edeli Pereira Bessa reconhecendo a transferência de um ágio que teria sido gerado anteriormente em processo de aquisição ocorrida no âmbito das privatizações dos serviços de telefonia, como se colhe dos excertos de sua declaração de voto, *verbis*:

[...]

Todavia, como bem consignou o autuante nos demonstrativos anexos ao Relatório Fiscal, não houve ali ágio pago, ao qual pudesse ser associado o motivo expresso no laudo de rentabilidade futura apresentado pela empresa fiscalizada. E isto porque não houve terceiros envolvidos nesta operação, mas sim transferência da titularidade das ações entre empresas do mesmo grupo, sob controle comum.

**O próprio procedimento adotado para esta transferência, e para aquelas que a antecederam, evidenciam que o ágio em questão, na verdade, formou-se quando da privatização dos serviços de telefonia, e foi sendo atribuído às empresas sucessoras/adquirentes.**

No entanto, **há evidências de formação de ágio na aquisição original da CRT por aqueles acionistas, aquisição esta que se deu em razão da privatização daquela empresa, cujo Edital estipularia preço inicial fundamentado em rentabilidade futura.**

Assim, no suposto de que sejam verdadeiras estas alegações contidas em recurso voluntário — até porque sua confirmação não se justifica ante o resultado do julgamento favorável à autuada, pelas razões expostas pelo I. Relator José Ricardo da Silva — o ágio transferido até o momento em que se verificou o evento previsto no art. 7º da Lei nº 9.532/97 teria fundamento, sim, em rentabilidade futura, não havendo motivo para acolher o recurso de ofício decorrente da exoneração desta exigência pelo valor remanescente após as amortizações apropriadas nas empresas sucedidas/alienantes, enquanto estas eram titulares do investimento.

Não obstante os fundamentos diversos da d. conselheira Edeli Pereira Bessa e do Conselheiro Alexandre Lima de Fonte Filho que votaram pelas conclusões do relator, prevaleceu no colegiado o voto deste último.

Assim, entendo que a compreensão pelo colegiado que proferiu o paradigma se distancia do contexto fático existente nestes autos, pelo que deve ser rejeitado.

[...]

Transpondo as mesmas conclusões para estes autos e considerando que o outro paradigma apresentado foi rejeitado, a conclusão é por não conhecer do recurso voluntário neste ponto.

Observo em adição que o despacho de admissibilidade recursal também havia rejeitado o referido paradigma, onde se concluiu que, *verbis*:

[...]

A situação fática do caso julgado na decisão paradigma **trata de situação fática significativamente diversa**. A situação concreta do caso paradigma não envolve transferência de ágio pago para empresa de passagem, mas **ágio gerado internamente no grupo societário**, cuja empresa adquirente do ágio teve como propósito segregar as operações de telefonia fixa e móvel, com posterior consolidação dessas operações mediante aquisição de outras companhias de telefonia. Registre-se, por relevante, que a operação de constituição com subscrição de ágio ocorreu em abril de 1997, a segregação de operações em junho de 1998 e aquisição de terceira companhia telefônica em fevereiro de 1999. (g.n.)

[...]

Entendo que o cerne da autuação e da decisão recorrida consiste na impossibilidade de amortização do ágio, gerado em operações societárias anteriormente realizadas, mediante a transferência das participações adquiridas para uma terceira empresa (veículo) e sua posterior incorporação direta ou reversa entre investidora e investida que geraria a confusão patrimonial.

[...]

Como se vê, o i. relator do julgado acima interpretou também aquela breve menção de cunho jurídico aparentemente absoluto, de a Lei permitir a possibilidade de transferência, levando também em consideração os fundamento e contexto fático que se seguiu, que envolveu uma série de outros aspectos específicos daquele caso concreto, deixando claro pelo contexto fático em questão que aquele caso não representaria uma genuína tentativa de “transferência de ágio”, tal qual existente no acórdão recorrido, uma vez que envolveu a justificativa de criação de ágio novo com nova avaliação, razão pela qual o fundamento do paradigma sinalizaria a falta de fundamentação específica do auto de infração para desconstituir o real fundamento do ágio então amortizado (suposto ágio interno). Esse último aspecto, acrescento é mais uma dissimilitude fática que se apresenta para não se constituir o dissídio jurisprudencial, uma vez que no acórdão recorrido não há qualquer tentativa de desconstituir o fundamento do ágio amortizado, mas apenas o apontamento do descumprimento de pressupostos jurídicos para tornar válido esse aproveitamento.

Ora, a demonstração de divergência demanda que os paradigmas indicados se pronunciem sobre situação fático-jurídica similar à apreciada pelo recorrido, o que, a meu ver, não ocorreu no caso concreto em relação à presente matéria.

De toda forma, com base no primeiro paradigma, o Recurso Especial do Contribuinte deve ser conhecido nesta matéria.

---

### 1.3 CONCLUSÃO FINAL DO CONHECIMENTO

Desse modo, encaminho meu voto no sentido de NÃO CONHECER do Recurso Especial da Fazenda Nacional, e CONHECER do Recurso Especial do Contribuinte.

---

## 2 MÉRITO

---

### 2.1 RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE

#### 2.1.1 POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO PARA VIABILIZAR A AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

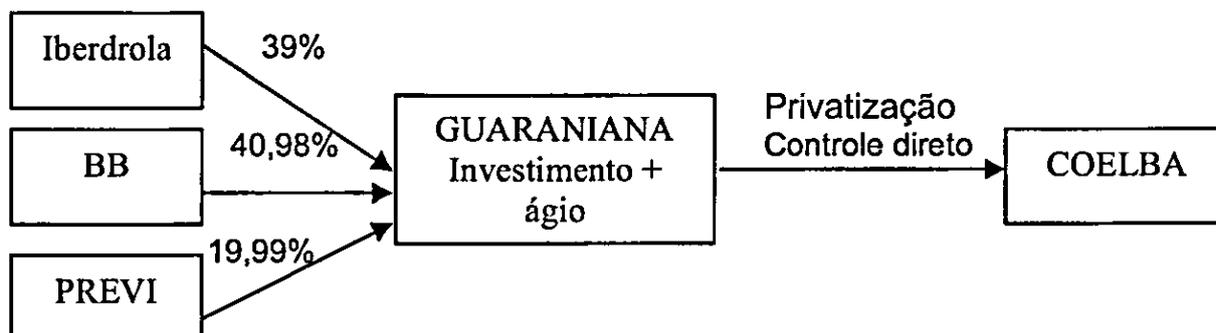
O presente litígio diz respeito a autos de infração de IRPJ e CSLL (anos-calendário 2011 e 2012) em que há acusação fiscal de deduções indevidas de amortização de ágio envolvendo empresa veículo.

Segundo a fiscalização a Nordeste Participações foi utilizada com o único motivo de simular a transação patrimonial que permitisse a transferência do ágio para a COELBA, com fins meramente tributários de possibilitar a redução de tributos através de amortizações do referido ágio.

De início vale apresentar de forma resumida a sequência de fatos de forma a melhor contextualizar a operação cuja dedução do ágio foi glosada:

1) A Empresa estrangeira Iberdrola Investimentos juntamente com o Banco do Brasil e Fundo Previ assumiram o comando da então incipiente empresa de participações (GUARANIANA- Atual NEOENERGIA) visando à aquisição das ações da COELBA no leilão de privatização da COELBA. Para tanto fizeram um aporte de capital de aproximadamente<sup>6</sup> R\$ 1.243.848.175,00 (um bilhão, duzentos e quarenta e três milhões, oitocentos e quarenta e oito mil, cento e setenta e cinco reais).

2) Em 31.07/1997, a empresas GUARANIANA(Atual NEOENERGIA) em processo licitatório de leilão de privatização, adquirem com ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, 52,7 % das ações da COELBA, tornando-se a controladora da mesma .



3) A GUARANIANA adquiriu, com deságio, entre maio de 1998 e fevereiro de 1999, lotes de ações em Bolsas de Valores, elevando sua participação para 56,48% do capital total da controlada. Posteriormente, em 06 de outubro de 1999, a GUARANIANA adquiriu, através de leilão especial, realizado na Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA, mais um lote de ações ordinárias e de ações preferenciais, emitidas pela COELBA, passando a deter 87,832% do seu capital total, com ágio de R\$ R\$ 40.692.244,64 (quarenta milhões, seiscentos e noventa e dois mil, duzentos e quarenta e quatro reais e sessenta e quatro centavos).

4) Após a aquisição de ações da COELBA no âmbito do leilão especial, ocorrido em outubro de 1999, observou-se a inclusão da empresa 521 Participações S.A , CNPJ nº 01.547.749/0001-16 , no grupo de controle da Guaraniana S.A.

5) Em 30/09/1997, foi criada a empresa DOC2 Participações S.A, cujo objeto era a participação em outras sociedades sob qualquer forma. Ainda de acordo com a citada Ata, o capital social da companhia era de R\$ 1.000,00 (mil reais), composto por 1.000 (mil) ações ordinárias. O seu capital foi aumentado.

6) 04/11/1997, a empresa DOC2 Participações S.A teve seu capital social aumentado em R\$ 19.000,00 (dezenove mil reais), a ser integralizado a posteriori, mediante subscrição do mesmo número de novas ações ordinárias pela empresa 521 Participações S.A. . Concomitantemente, a razão social foi alterada para Curupira Participações S.A, que teve em

<sup>6</sup> Inclui-se também aqui a aquisição de pequenos lotes de ações por sócios minoritários.

20/11/1997 novamenet alterada a sua razão social para Energipe Participações S.A, para por fim, em 04/12/97 passar a ser denominada de Nordeste Participações S.A.

7) Em 31/03/2000, a empresa GUARANIANA transferiu, através de capitalização, o investimento (inclusive o ágio) que detinha na COELBA para aumentar e integralizar o capital social da empresa ligada Nordeste Participações S.A.

8) Neste ponto da capitalização acima mencionada, o autuante registra no TVF que “Esta Auditoria demonstrará que as operações a partir da capitalização acima mencionada foram realizadas apenas no papel, sob o manto da fraude, inviabilizando dessa forma a dedutibilidade pretendida para o ágio oriundo de aquisições de ações da COELBA”;

9) 30 (trinta) dias depois da capitalização da controladora pela GUARANIANA a COELBA (controlada) incorpora a Nordeste Participações S.A (controladora).

Segundo a autoridade fiscal autuante tratou-se de uma construção artificial empreendida pelo Contribuinte para tentar se enquadrar na hipótese de incidência permissiva do aproveitamento do ágio a partir da utilização da empresa sem nenhuma substância econômica (Nordeste Participações) e sua capitalização para então adquirir investimento com ágio. Tal situação não confere a Nordeste Participações a condição de real investidora para que a confusão patrimonial exigida por Lei pudesse se consumir entre ela e a COELBA (ora Recorrente).

Para a autoridade fiscal autuante, os ágios apenas transitaram em pessoa jurídica sem qualquer propósito negocial (“empresa-veículo”), cuja finalidade fora apenas ter sua extinção subseqüentemente decretada, com o único intuito de reduzir a carga tributária em arrepio à legislação tributária.

Outrossim, o Contribuinte insinua que a norma do art. 386 do RIR/99 possui caráter nitidamente indutor, não havendo que se falar em propósito negocial para as alterações societárias que levam ao aproveitamento do ágio. Alega que o Contribuinte não pode ser penalizado por ter agido conforme tal norma. A possibilidade de amortização do ágio seria um incentivo na aquisição de pessoas jurídicas.

Pois bem, antes de adentrar na análise da operação em si, convém discorrer sobre a legislação tributária que rege a matéria, em especial *sobre a necessidade de não se confundir o direito à contabilização do ágio com as condições para sua amortização, ao menos em termos fiscais.*

Vejamos, com base no Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR/99), vigente à época dos fatos geradores, a legislação que rege a matéria:

#### Amortização do Ágio ou Deságio

Art.391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).

Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no LALUR, para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento (art. 426). [grifo nosso]

Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido

Art.426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;

III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior. [grifos nossos]

Constata-se, assim, que, em regra geral, o ágio *deverá ser* ativado e utilizado *como custo somente no momento da alienação do investimento*, obviamente se essa vier a ocorrer.

Excepcionalmente, o ágio pode vir a ser amortizado, nos termos do art. 386, III, e seu § 6º, II, do RIR/99, *verbis*:

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):

[...]

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;

[...]

§6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

[...]

II- a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária. [grifos nossos]

Para amortização do ágio, a meu ver, diversas premissas necessitam ser cumpridas. o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio;

1. a realização das operações originais entre partes não ligadas;
2. seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura;
3. **a extinção do investimento em razão da absorção do patrimônio da investidora pela investida, ou vice-versa, conforme prevê o art. 386, e seu inciso III, do RIR/99, ou seja, confusão patrimonial entre a investidora e investida.**

Como se passará a demonstrar a partir de agora, a avaliação detalhada de como se deu esse último pressuposto será o ponto nodal para se confirmar ou não a negativa de aproveitamento do ágio levada a efeito pela autoridade fiscal.

Isso porque se pode facilmente extrair da dicção do 7º da Lei nº 9.532/97 que o aspecto pessoal delineado pela norma, no caso de pessoa jurídica absorver patrimônio de outra na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, passa necessariamente pelo reconhecimento de que a pessoa jurídica investidora originária é aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da pessoa jurídica investida. Ou, se examinado sob o ângulo da holding formada no Brasil especificamente para aquisição do investimento, se a operação realizada necessitava dessa interposição, quer por questões negociais, regulatórias ou mesmo para viabilização do negócio. Enfim, as operações efetivamente realizadas pela holding são essenciais no exame de sua eventual artificialidade na operação levada a efeito.

No caso concreto, a acusação contida no Termo de Verificação Fiscal elaborado pela autoridade fiscal autuante foi a artificialidade da operação buscando contornar a aplicação de tais normas imperativas que impunham a ativação do ágio na real investidora (arts. 391 e 426 do RIR/99), buscando posicionar a Recorrente diante de normas de contorno, quais sejam, o art. 386, III, e seu § 6º, II, do RIR/99, mediante operações societárias meramente com fins fiscais.

Conforme já explanado, entendo existir a necessidade de confusão patrimonial entre a investidora e a investida a fim de que o ágio possa vir a ser amortizado. Isso em regra, e para uma aquisição de investimento realizado por uma empresa situada no Brasil ou sem entraves de natureza regulatória que exijam, ao menos não tornem a operação artificial, que a operação seja realizada mediante a utilização de estrutura organizacional distinta, conforme já esclarecido.

Não há dúvida que a pessoa jurídica que, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, absorver patrimônio de outra pessoa jurídica que dela detenha participação societária adquirida com ágio, cujo fundamento seja a rentabilidade futura, poderá amortizá-lo nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou

cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração, pois assim possibilita o art. 386 do RIR/99.

De igual forma, não se pode olvidar que o contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio de maneira que melhor lhe convém, com vistas à redução de custos e despesas, inclusive à redução dos tributos, sem que isso implique, necessariamente, qualquer ilegalidade.

Entretanto, o que não se admite atualmente é que os atos e negócios praticados se baseiem em aparente legalidade, sem qualquer finalidade empresarial ou negocial, para disfarçar o real objetivo da operação, quando unicamente almeje reduzir o pagamento de tributos.

Nota-se, assim, que o direito ao planejamento tributário não pode ser absoluto, há que haver uma conformação entre a existência do direito e o modo como se exerceu esse direito.

Conforme já tive a oportunidade de me pronunciar em inúmeros casos atinentes à amortização de ágio mediante utilização de “empresas de passagem” ou “empresas veículo”, há de se analisar, em cada caso, se o único propósito de assim se proceder foi a economia tributária, ou, de modo diverso, se há outros propósitos que justifiquem a constituição de tal empresa<sup>7</sup>.

Pois bem, embora concorde que não se pode determinar a existência de patologia fiscal simplesmente pela utilização de empresas veículos, no caso concreto, não me resta qualquer sombra de dúvida que as operações, da forma como foram arquitetadas, visaram a driblar a legislação de regência, buscando posicionar a Recorrente artificialmente perante as normas que permitem a **amortização** do ágio em operações societárias.

Constata-se, assim, que, em regra geral, o ágio deverá ser ativado e utilizado como custo somente no momento da alienação do investimento, obviamente se essa vier a ocorrer, o que, frise-se, não há qualquer notícia de que tais alienações tenham ocorrido no caso concreto.

Salienta-se que o fato de a formação do ágio ter cumprido os requisitos legais estabelecidos, em especial aqueles em que essa turma firmou entendimento necessários (o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; a realização das operações originais entre partes não ligadas; seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura), não possui o condão de permitir que a regra geral seja desrespeitada, qual seja, o ágio deverá compor o custo do investimento para fins de apuração de ganho de capital em eventual alienação (inteligência do art. 391 c/c art. 426, II, ambos do RIR/99).

Nessa senda, para que o ágio com fundamento em rentabilidade futura possa compor o resultado do período, o regulamento do imposto de renda impõe ou a alienação do

<sup>7</sup> Nesse sentido, no Acórdão 1402-001.954 votei por dar provimento ao recurso do contribuinte por entender justificada a utilização de uma empresa enquadrada como “veículo” pela autoridade fiscal lançadora, mas que restou configurada, em realidade, como sociedade de propósito específico, e não constituída com o fim único de angariar vantagem tributária de forma artificial. Entendimento semelhante encontra-se nos Acórdãos 9101-003.609 e 9101-003.610, julgamentos em que atuei como suplente na Câmara Superior de Recursos Fiscais e apresentei declarações de voto.

investimento – nesse caso, na forma de custo de aquisição -, ou mediante amortização, desde que haja incorporação, fusão ou cisão entre investidora e investida (art. 386, caput e inciso III), ainda que de forma reversa (art. 386, § 6º, II).

Por oportuno, destaca-se ainda que a tese de que os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 trouxeram um benefício fiscal relativo à amortização do ágio não prospera. A esse respeito, reproduzo excerto do voto do i. Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé no bojo do acórdão 1102-000.873:

A profunda alteração levada a efeito pela Lei nº 9.532/97 consiste no seguinte: antes dela (na vigência do art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77), era absolutamente irrelevante (nos casos de incorporação, fusão ou cisão) o fundamento no qual baseava-se o anterior registro do ágio ou deságio. Bastaria à pessoa jurídica avaliar o acervo líquido recebido a preços de mercado, e toda a diferença entre este acervo e o valor contabilmente registrado, relativo à participação societária extinta, era imediatamente deduzido como perda, para fins fiscais, qualquer que fosse o fundamento daquele ágio.

Após a Lei nº 9.532/97, nos casos de incorporação, fusão ou cisão, o ágio fundamentado em rentabilidade futura não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, senão de forma “parcelada” em, no mínimo, cinco anos; o ágio fundamentado na diferença entre o valor contábil e o valor de mercado de bens do ativo não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, senão de forma também “parcelada”, acompanhando a depreciação, amortização, ou exaustão normal do bem; e o ágio baseado em outros fundamentos econômicos não apenas não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, como ainda sequer pode ser amortizado ao longo do tempo.

A nova lei, portanto, possui caráter manifestamente anti-elisivo. Não somente pelo seu próprio conteúdo normativo, já que a partir de sua edição foram sensivelmente restringidas as possibilidades de dedução do ágio, conforme acima exposto, como também pela própria manifestação do legislador, contida na exposição de motivos ao art. 8º da MP 1.602/97, posteriormente convertido no art. 7º da Lei nº 9.532/97, *verbis*:

“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”, vêm 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.”

Este ponto merece ser melhor explicitado, visto que há muitos juristas e doutrinadores - quiçá a maioria, até - que tratam os referidos artigos 7º e 8º como um incentivo fiscal às privatizações. Contudo, o entendimento aqui exposto não é isolado, e, neste sentido, transcrevo excerto de manifestação de Luís Eduardo Schoueri em recente livro<sup>8</sup> a respeito do tema:

“Muitos acreditam que a referida lei constituiu incentivo fiscal às privatizações. Neste sentido é o entendimento de Roberto Quiroga Mosquera e Rodrigo de Freitas, quando estes assinalam que o tratamento fiscal conferido ao ágio pela Lei nº 9.532/1997 ‘foi estabelecido no contexto de incentivo às privatizações, em que o Estado brasileiro tinha interesse em oferecer condições vantajosas aos adquirentes e, com isso, conseguir melhores preços’.

O mesmo raciocínio pode ser visto em Marcel e Michel Gulin Melhem, segundo os quais uma (e talvez a principal) das razões para a criação das normas sobre dedutibilidade do ágio na incorporação teria sido o incentivo ao “então chamado Programa Nacional de Desestatização, tornando as empresas estatais mais atraentes aos investidores privados, uma vez que o ágio eventualmente pago nos leilões de privatização poderia ser deduzido fiscalmente”. É, ainda, o mesmo entendimento de João Dácio Rolim e de Frederico de Almeida Fonseca, para quem um dos motivos para o tratamento dado ao ágio pela Lei nº 9.532/1997 “foi o de fomentar o chamado ‘Programa Nacional de Desestatização do Governo Federal’”.

Tal posicionamento não deixa de ser curioso. Afinal, se anteriormente o ágio era deduzido integralmente, a imposição de restrições não poderia ser considerada um incentivo. A exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997 deixou hialino esse intuito de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso, o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que os justificassem.

Segundo as palavras utilizadas à época pelo Poder Executivo para justificar a introdução de disciplina diferenciada para o ágio conforme sua fundamentação, houve a necessidade de se coibir planejamentos tributários consistentes na aquisição com ágio de empresas deficitárias e posterior incorporação que fizesse com que o ágio fosse deduzido na empresa lucrativa.

Como antigamente não havia qualquer coerência e consistência para a dedução do ágio, a falta de regulamentação específica estava sendo utilizada para distorcer a lógica do sistema, o que gerou motivação suficiente para que o legislador barrasse esses artifícios prejudiciais à completude do ordenamento jurídico.”

Ainda que possa não ser o entendimento dominante, também no CARF se encontram manifestações no mesmo sentido do quanto exposto no presente voto. Peço vênia

---

<sup>8</sup> SCHOUERI, Luis Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo: Dialética, 2012, p. 66-68.

para transcrever trecho do voto proferido pelo ilustre Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, no acórdão nº 101-95.786, de 18 de outubro de 2006, à época acompanhado por unanimidade pela antiga Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes:

“Antigamente, o Decreto 1.598/77, em seu artigo 34, atual artigo 430 do RIR/99 [...]

Não havia prazo mínimo para esta operação de registro da perda, certo que alguns contribuintes, fortes na avaliação apenas de bens tangíveis e ignorando a valorização de intangíveis, registravam perdas quase pela totalidade do ágio pago na aquisição. E isso em operações muitas das vezes instantâneas.

[...]

A motivação para a nova regra teve caráter antielisivo, conforme a exposição de motivos ao artigo 8º da MP 1.602/97, convertido no artigo 7º da Lei 9.532/97, verbis:

[...]

A única conclusão possível, portanto, é que a nova regulamentação, além de tomar despidianda qualquer avaliação de acervo líquido quando existente ágio ou deságio, criou prazo mínimo para a amortização, no caso 5 anos, como forma de evitar o ganho fiscal imediato que anteriormente se obtinha, pelo reconhecimento a um só tempo da diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido.

No entanto, não há na norma qualquer permissão para que tal efeito represente um ajuste ao lucro líquido, mediante exclusão no LALUR. O fato é contábil, representativo do controle na escrituração da amortização do ágio após a incorporação. Como bem observou a decisão recorrida, apenas se a amortização ultimar-se em período anterior a cinco anos, haverá necessidade de ajustes por adição e exclusão, para respeito ao prazo mínimo definido na norma.”

O entendimento, data vênia equivocado, de que o referido artigo veicularia incentivo fiscal foi tão veemente e reiteradamente alardeado, que na própria Câmara de Deputados foi debatido um projeto de lei visando à revogação do “benefício fiscal” previsto no inciso III do artigo 7º (que trata da amortização do ágio fundamentado em expectativa de resultados futuros).

De fato, o então Deputado Valdemar Costa Neto apresentou o Projeto de Lei nº 2.922-A, de 2000, por meio do qual propunha, em seu artigo 1º, a revogação do inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532/97, ao argumento de ser “completamente absurdo o benefício fiscal que ela concedeu as empresas vencedoras dos leilões de privatização de empresas estatais”.

Ainda, posteriormente, foi apresentada emenda, pelo Deputado Luiz Antonio Fleury, a este projeto de lei, propondo a supressão da revogação antes proposta, na qual, mais uma vez, deu-se ao referido artigo a conotação de incentivo fiscal, verbis:

“Inclusive, a forma de contabilização atualmente prevista no inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, representou um incentivo para que as empresas privadas participassem dos programas de desestatização.

Neste sentido, podemos até dizer que um dos principais incentivos apresentados pelos processos de privatização está inserido na seara fiscal, eis a razão pela qual o benefício fiscal do inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, se faz necessário.”

O Relator da matéria na Comissão de Finanças e Tributação, Deputado Antonio Cambraia, em seu voto, acolheu integralmente as ponderações apresentadas pela emenda supressiva, ressaltando que, por meio do artigo da Lei nº 9.532/97 em questão, “estimula-se o investimento em outras empresas e a reorganização societária, tão importantes num contexto de baixo crescimento econômico do país”.

O Projeto de Lei nº 2.922-A foi rejeitado, no mérito, por unanimidade, tendo sido arquivado em 02/12/2004, consoante informações obtidas em [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br).

O entendimento de que se trata de um incentivo fiscal tem permeado as mais recentes decisões do CARF a respeito do tema. Neste contexto foram proferidos diversos dos acórdãos citados pela recorrente em sede de recurso e memoriais apresentados, bastando a tanto citar o Acórdão nº 1301-000.711 (Tele Norte Leste, de relatoria do ilustre Conselheiro Valmir Sandri) e o Acórdão nº 1402-000.802 (Banco Santander, de relatoria do ilustre Conselheiro Antônio José Praga de Souza).

Transcrevo abaixo breve excerto do Acórdão nº 1301-000.711:

“Na verdade, o Programa Nacional de Desestatização, juntamente com as regras atinentes à dedutibilidade do ágio fizeram parte de todo um contexto para a formulação dos preços ofertados nos leilões de privatização e para as sucessivas reorganizações societárias realizadas pelas empresas objeto da desestatização, servindo como atrativo e motivo para o aumento substancial dos valores auferidos pelo Governo com a privatização.

Noutro giro, a dedutibilidade do ágio e a possibilidade de a empresa realizar a reorganização societária para o seu aproveitamento fez parte do pacote de condições ofertadas às empresas que participaram das privatizações, tendo, todas elas, conforme pesquisa na internet, adotado a política incentivada acima.”

Não me sensibilizam, contudo, os argumentos expendidos neste sentido. Identifico nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 tão somente uma nova normatização atinente ao registro e amortização do ágio — a propósito, sem sombra de dúvidas, mais restritiva que a anterior.

Além disto, não há nenhum elemento na Lei nº 9.532/97 que expressamente a vincule ao Programa Nacional de Desestatização. Pelo contrário, suas regras são válidas para todo e qualquer evento de fusão, incorporação ou cisão que implique a extinção de participação societária anteriormente adquirida com ágio.

A artificialidade da operação, no caso concreto, foi justamente buscar o contorno de tais normas imperativas, que somente permitiriam a amortização do ágio *a quem efetivamente participou da aquisição do investimento com ágio lastreado em rentabilidade futura*.

Portanto, a artificialidade da operação está, justamente, no passo intermediário utilizado pela Recorrente a fim de que o ágio pudesse ser amortizado em pessoa jurídica distinta àquela que adquiriu o investimento: a criação de “empresa veículo” a fim de que pudesse ser realizada uma operação de reestruturação, com transferência do ágio, e posterior incorporação reversa permitindo, no entender da Recorrente, o início da amortização dos valores de ágio.

Deu-se, assim, a denominada “*transferência de ágio*”, hipótese não prevista em lei, uma vez que somente ao adquirente do investimento (no caso, a GUARANIANA, atual NEOENERGIA) com mais valia cabe o direito à amortização do ágio, ou, em caso de incorporação reversa, à investida, desde que haja confusão patrimonial com a real adquirente do investimento, o que definitivamente também não foi o caso.

Confira-se passagem do TVF, a esse respeito:

Contudo, no caso concreto, a empresa incorporada (Nordeste Participações S.A) não adquiriu a participação societária com ágio. Pelo contrário, a Guaraniãna S.A, adquirente da participação, após a incorporação da controlada manteve o registro contábil do investimento e o ágio (em duplicidade) na COELBA, conforme se verificou à fl. 3, do Livro Razão apresentado.

Essa ausência de reunião em um só patrimônio, da participação adquirida e do ágio correspondente tem o condão de afastar a dedutibilidade da mais valia do lucro real.

É também verdade que o voto vencido do acórdão combatido tenta desconstruir a existência da referida patologia pela demonstração de que o ágio gerado na segunda etapa seria diferenciado do ágio da etapa anterior.

Nesse sentido, o voto vencido defende categoricamente: *“Ocorre que em nenhum momento se pretendeu amortizar o ágio relativo ao leilão de privatização ocorrido em 1997. Isso sequer seria possível.”*

Ocorre que tal construção encontra dois grandes óbices levantados pela fiscalização (mesmo que tais óbices não tenham composto os fundamentos do acórdão recorrido):

- 1) É que se esse fosse o caso, deixou implícito a fiscalização, estaríamos então diante, na segunda etapa (aporte de capital por meio da transferência das ações da COELBA para a NORDESTE PARTICIPAÇÕES) de uma operação intragrupo (também lá denominado de “*ágio de si mesmo*”) o que tornaria muito mais difícil ainda sustentar o aproveitamento perseguido;
- 2) Defendeu também o Fisco que a empresa GUARANIANA adquiriu ações da COELBA com expressivo ágio, sendo que parte substancial desse ágio, conforme discussão sobre os laudos já relatadas, além de serem intempestivos não

possuíam fundamento econômico em resultados futuros da controlada. Prossegue afirmando que em 2000 a GUARANIANA, tendo por finalidade alterar o contexto da impossibilidade de dedução fiscal do ágio deu início a uma série de operações intragrupo que se materializou na capitalização da Nordeste Participações S.A., com a participação remanescente que detinha na COELBA.

Bem se vê que a premissa traçada pelo voto vencido de não vislumbrar qualquer tentativa do Contribuinte de transferir o ágio da GURANIANA para a COELBA por meio da empresa veículo NORDESTE PARTICIPAÇÕES de forma artificiosa encontra forte resistência tanto nas deficiências dos laudos apresentados quanto na possibilidade de tal independência de ágios vislumbrada pelo voto vencido esbarrar em algo bem mais grave para fins de aproveitamento: a existência de operações intragrupo. Conforme se observa, ao tentar cobrir uma faceta da realidade, revela-se outra.

E mais, nota-se também um esforço argumentativo enorme do voto vencido no sentido de ressaltar a incongruência entre a premissa da qual parte de que a transferência de ágio entre empresas seria tecnicamente impossível e a acusação fiscal de transferência artificial do ágio. Ora, não há incongruência alguma entre a impossibilidade de um estado de coisas ocorrer e a tentativa de se alcançar esse estado de coisas.

Posto isso, retomemos à lide quanto à impossibilidade de se transferir ágio, que é o que efetivamente foi tentando pelo Contribuinte. Isso porque não há a menor dúvida por todo o contexto probatório apresentado no TVF que o contribuinte ao fim e ao cabo defendeu a tese de que o direito à dedução do ágio surgido na aquisição inicial da COELBA teria sido transferido para a NORDESTE PARTICIPAÇÕES.

A princípio para desconstruir essa tese, colaciono o decidido no Acórdão nº 1302-00.834, de relatoria do i. Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães, o qual, em hipótese assemelhada à analisada nos presentes autos, envolvendo transferência de ágio, firmou entendimento sobre a impossibilidade de transferência do ágio de uma empresa para outra:

*Ementa:*

[...]

**ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.**

*Em virtude da **absoluta ausência de previsão legal**, o ágio, supostamente incorrido na aquisição de participação societária de pessoa jurídica domiciliada no exterior, não pode ser transferido por meio de aumento de capital e quitação dívida.*

[...]

*Voto condutor*

[...]

*Alinho-me, aqui, ao entendimento esposado na peça de autuação no sentido de que o disposto no inciso III do art. 386 do RIR/99 (abaixo*

*reproduzido) não pode ser interpretado de forma dissociada da norma estampada no caput do art. 385 do referido ato regulamentar, ou seja, o dever de segregar o custo de aquisição, no caso de avaliação de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, obviamente é de quem incorreu em tal custo, e a faculdade de amortizar o ágio antes segregado não é deferida a outro senão àquele que adquiriu a participação societária com sobrepreço.*

[...]

*Não se trata, como parece crer a Turma Julgadora de primeiro grau, de vedação ao repasse de controle de empresas, mas, sim, de ausência de lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital e de quitação de dívida. [grifos nossos]*

Com efeito, mostra-se também falacioso o argumento de que o ágio seria amortizado de qualquer modo, pois, os investimentos mantiveram-se inerte na real adquirente (GUARANIANA), e, as operações a que diziam respeito ao investimento, permaneceu segregado na empresa operacional, o que inviabilizaria por completo qualquer forma de transferência do ágio para o resultado fiscal (com a ressalva feita quanto à operação de fechamento de capital).

A esse respeito também adoto como razões complementares de decidir o voto vencido da i. Conselheira Edeli Pereira Bessa, Acórdão nº 1101-000.84, de 06/12/2012) em caso todo assemelhado ao presente, envolvendo também tentativa de transferência de ágio, inclusive com o mesmo adquirente original (GUARANIANA) e mesmo *modus operandi*. Confira-se trecho relevante do referido voto em que a empresa COSERN faz as vezes da COELBA (ora Recorrente):

Claro está que as empresas envolvidas na incorporação devem ser, necessariamente, a adquirente da participação societária com ágio e a investida adquirida.

Embora a lei não vede a transferência consoante antes demonstrado, este procedimento não extingue, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio das investidoras originais - Guaraniãna S/A, COELBA e Uptick S/A —, diversamente do que cogita a lei.

Em tais condições, a amortização do ágio que passou a existir no patrimônio da investida, COSERN, somente poderia surtir efeitos na apuração do lucro real da própria COSERN caso se verificasse a extinção das investidoras originais (Guaraniãna S/A, COELBA e Uptick S/A), mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, ou na proporção da extinção de cada urna delas, por meio da qual o ágio subsistisse evidenciado apenas no patrimônio resultante desta operação, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Nesse sentido, se a real investidora (GUARANIANA) tivesse sido incorporada pela investida (COELBA), o ágio gerado por ocasião do leilão de privatização na real investidora, nessa hipótese, poderia passar a ser amortizado pela COELBA, o que definitivamente não foi o caso.

Nesse ponto, o TVF, com muita propriedade, esclarece o porquê dessa situação não ter se tornado realidade:

- d) Após conclusão supracitada, os conselheiros demonstraram não haver interesse para o grupo na incorporação da Guaraniana S.A, e, subsequente extinção, já que, esta era titular de outros ativos além das ações de emissão da COELBA.
- e) Assim, a estratégia utilizada contemplaria uma reestruturação que se iniciaria com a transferência das ações de emissão da COELBA de que é titular a Guaraniana S.A, para a Nordeste Participações S.A, cujo ativo seria integrado apenas por tais ações.
- f) A segunda etapa se daria com a incorporação da empresa Nordeste Participações S.A, pela COELBA, possibilitando assim o aproveitamento do ágio gerado de si mesma.

Decidiu, então, o Contribuinte de forma artificial tentar transferir o ágio gerado na operação original para a empresa veículo, olvidando da necessidade de haver também a confusão patrimonial exigida por Lei entre o real investidor e a investida.

Outrossim, ressalte-se novamente por importante que, se normas regulatórias da privatização davam guarida para a possibilidade da criação de uma holding nacional a fim de facilitar o processo de aquisição/negociação de empresas estatais, como é o caso da COELBA, tal desiderato foi totalmente cumprido com a criação da empresa GUARANIANA, nada justificando, pois, a interposição de uma segunda holding (empresa veículo – NORDESTE PARTICIPAÇÕES), cujo principal objetivo foi permitir a transferência das ações de emissão da COELBA de que é titular a GUARANIANA carregando consigo a possibilidade também de transferir o ágio obtido por ela no processo de privatização, para a empresa operacional lucrativa em que a amortização do ágio tivesse serventia.

Ora, se o objetivo fosse somente viabilizar a aquisição do investimento, entendo que se justificaria a criação apenas da GUARANIANA, sua capitalização e, caso viesse a ser incorporada pela Recorrente, a amortização do ágio. Há que se acrescentar que a aquisição da COELBA pela GUARANIANA, inclusive envolvendo um ágio válido possuiu, sim, motivo, finalidade e está inserido em um contexto congruente de atos. Porém, já não se pode afirmar o mesmo da utilização da NORDESTE PARTICIPAÇÕES como "empresa veículo" para transferir o ágio para a COELBA.

Isso porque após a capitalização da GUARANIANA e aquisição do investimento na COELBA no processo de privatização, utilizou-se de uma segunda holding (NORDESTE

PARTICIPAÇÕES, controlada direta de GUARANIANA), que passou a controlar a COELBA (e essa passou a ser controlada indireta de GUARANIANA).

Somente a partir desse último passo é que se viabilizou a confusão patrimonial em questão, ou seja, demonstra-se que o objetivo da Recorrente foi efetivar a confusão patrimonial a todo modo, ainda que se fizesse necessária a constituição de duas holdings a fim de fazer valer seu intento de amortização do ágio.

Se a intenção fosse meramente a criação de uma empresa no Brasil a fim de transpor os óbices regulatórios para aquisição do investimento pelo processo de privatização, a NORDESTE PARTICIPAÇÕES não precisaria ser criada e interposta na operação, bastando a utilização da GUARANIANA. Mas se assim tivesse agido a Recorrente, não haveria como se colocar em prática a “confusão patrimonial” exigida por lei – uma vez que não era interesse de grupo a extinção da GUARANIANA - razão pela qual a Recorrente lançou mão da interposição de uma segunda holding (NORDESTE PARTICIPAÇÕES), a fim de que, aparentemente, pudesse ocorrer a extinção do investimento por meio da incorporação reversa entre investida (NORDESTE PARTICIPAÇÕES), e sua investidora (NORDESTE PARTICIPAÇÕES).

Nos moldes realizados, não há dúvidas de que houve a utilização de mera empresa veículo na operação.

Apesar do que tudo acima foi colocado, não se pode olvidar que o contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio de maneira que melhor lhe convém, com vistas à redução de custos e despesas, inclusive à redução dos tributos, sem que isso implique, necessariamente, qualquer ilegalidade.

Entretanto, o que não se admite atualmente é que os atos e negócios praticados se baseiem em aparente legalidade, sem qualquer finalidade empresarial ou comercial, para disfarçar o real objetivo da operação, quando unicamente almeje reduzir o pagamento de tributos.

Nesse sentido, colacionam-se a seguir os ensinamentos de Marco Aurélio Greco<sup>9</sup>:

[...] a pergunta que se põe é: admitida a existência do direito de o contribuinte organizar a sua vida, este direito pode ser utilizado sem quaisquer restrições? Ou seja, tal direito é ilimitado? Todo e qualquer “planejamento” é admissível? Minha resposta é negativa. (pág. 190)

Ou seja, cumpre analisar o tema do planejamento tributário não apenas sob a ótica das formas jurídicas admissíveis, mas também sob o ângulo da sua utilização concreta, do seu funcionamento e dos resultados que geram à luz dos valores básicos de igualdade, solidariedade social e justiça. (pág. 202)

[...] com o advento do Código Civil de 2002 a questão ficou solucionada, pois seu artigo 187 é expresso ao prever que o abuso de direito configura ato ilícito:

<sup>9</sup> GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 198-208.

*Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (pág. 206)*

No Brasil, entendo que esta possibilidade de recusa de tutela ao ato abusivo (mesmo antes do Código Civil de 2002) encontra base no ordenamento positivo, por decorrer dos princípios consagrados na Constituição de 1988 e da natureza da figura. Porém, 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.

Esta conclusão resulta da conjugação dos vários princípios acima expostos e de uma mudança de postura na concepção do fenômeno tributário que não deve mais ser visto como simples agressão ao patrimônio individual, mas como instrumento ligado ao princípio da solidariedade social. (pág. 208)

Em suma, não há dúvida de que o contribuinte tem o direito, encartado na Constituição Federal, de organizar sua vida da maneira que melhor julgar. Porém, o exercício deste direito supõe a existência de causas reais que levem a tal atitude. A auto-organização com a finalidade predominante de pagar menos imposto configura abuso de direito, além de poder configurar algum outro tipo de patologia do negócio jurídico, como, por exemplo, a fraude à lei. (pág. 228)

Nota-se, assim, que o direito ao planejamento tributário não pode ser absoluto, há que haver uma conformação entre a existência do direito e o modo como se exerceu esse direito.

Ricardo Lobo Torres, a esse respeito, esclarece que *“a proibição da elisão abusiva no campo tributário nada mais é que a especificação do princípio geral, jurídico e moral, da vedação do abuso de direito”*.<sup>10</sup>

Marco Aurélio Greco assevera ainda que *“nem tudo o que é lícito é o honesto”* e que *“o ordenamento jurídico não se resume à legalidade; ele contempla também mecanismos em última análise de neutralização de esperteza”*, fazendo

parte daquilo que Tércio Sampaio Ferraz Júnior denomina de **regras de calibração do ordenamento**. Ou seja, os textos legais dão as peças do sistema jurídico, mas para que funcionem coordenadamente precisam ser calibradas, ajustadas.<sup>11</sup> [grifo nosso]

Sobre o tema, Ricardo Lobo Torres conclui que

No direito tributário o mais importante para a Administração é requalificar o ato abusivo, sem anulá-lo em suas consequências no plano das relações comerciais ou trabalhistas.[...] Na elisão, afinal de contas, ocorre um abuso na subsunção do fato à norma tributária; como lembra Paul Kirchhof, a elisão é sempre uma subsunção malograda [...] Cabe à Administração Tributária, conseqüentemente, corrigir a

<sup>10</sup> LOBO TORRES, Ricardo. Planejamento Tributário. Elisão abusiva e evasão fiscal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 20.

<sup>11</sup> GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 231.

subsunção malograda, requalificando o fato de acordo com a interpretação correta da regra de incidência.<sup>12</sup>

Também não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica ou de atos jurídicos. O que houve, na prática, foi uma requalificação dos atos realizados pelo contribuinte, prática adotada como regra de calibração do sistema (conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior), ou de “neutralização de esperteza”, nas palavras de Marco Aurélio Greco.

No caso concreto, ressalta aos olhos o posicionamento artificial da Recorrente em face das leis de regência de cunhos societário e fiscal.

A estrutura negocial montada pela Recorrente caracteriza o que a doutrina denomina de “operação estruturada em sequência”.

Greco<sup>13</sup> trata o tema com a maestria peculiar:

#### Operação Estruturada em Sequência

Sob esta denominação estão as *step transactions*, vale dizer, aquelas sequências de etapas em que cada uma corresponde a um tipo de ato ou deliberação societária ou negocial encadeado com o subsequente para obter determinado efeito fiscal mais vantajoso. Neste caso, cada etapa só tem sentido se existir a que lhe antecede e se for deflagrada a que lhe sucede.

Uma operação estruturada indica a existência de um objetivo único, predeterminado à realização de todo o conjunto. E mais, indica a existência de uma causa jurídica única que informa todo o conjunto. Neste caso, cumpre examinar se há motivos autônomos, ou não, pois se estes inexistirem, o fato a ser enquadrado é o conjunto e não cada uma das etapas. (p. 462)

#### Uso de Sociedades

[...] o elemento relevante quando estamos perante uma pessoa jurídica não é apenas a sua existência formal (no registro competente etc.); tão importante ou até mais – em matéria tributária – é a identificação do empreendimento que justifica sua existência. A criação de uma pessoa jurídica tem sentido na medida em que corresponda à vestimenta jurídica de determinado empreendimento econômico ou profissional. A ideia de empresa é o núcleo a ser perquirido. (vide a importância que o Código Civil dá à noção de empresa – artigos 966 e segs.). (p. 468/469)

#### Conduit companies

A primeira situação a observar é das chamadas conduit companies (empresas-veículos ou de passagem) em que uma pessoa jurídica é criada apenas para servir como canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro sem que tenha efetivamente outra função dentro do contexto. (p. 470)

#### Deslocamento da Base Tributável

Outro aspecto a ser considerado é o do deslocamento da base tributável para sociedades que se encontrem em situação tributariamente mais favorável.

<sup>12</sup> LOBO TORRES, Ricardo. Planejamento Tributário. Elisão abusiva e evasão fiscal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 25.

<sup>13</sup> GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 462-476.

O deslocamento de base tributária para outra pessoa jurídica que se encontra em regime tributário comparativamente mais vantajoso é elemento que merece especial atenção; aliás, já foi objeto de exame pelo antigo Tribunal Federal de Recursos ao ensejo da mencionada Apelação Cível nº 115.478-RS (julgada em 18.02.87, Rel. Min. Américo Luz). Neste processo, além de outras considerações, encontra-se no relatório do acórdão o seguinte aspecto:

“O que existiu foi na realidade transferência de receita representada pela diferença de preços nas transações entre a autora e as demais empresas, pois a receita que não se realizou foi realizada pelas demais empresas, ainda que sob regime de determinação diferente.”

Este é o ponto a considerar, pois – dependendo das circunstâncias do caso concreto – pode configurar fraude à lei tributária. (p. 475/476) [grifos nossos]

Salienta-se que sem a utilização da denominada “empresa veículo” não haveria amortização do ágio, pois tal valor deveria compor o custo do investimento, conforme já abordado. Nesse contexto, é de pouco relevo se a “empresa veículo” efetivamente operava, ou se sua existência foi efêmera. O importante para a caracterização como *conduit company* foi a efemeridade de suas participações no negócio, em si. Em curto lapso, simplesmente por sua interposição em negócio jurídico, foi capaz de causar efeitos tributários, não em si mesma, mas na pessoa jurídica que efetivamente ocupava um dos polos da operação negocial perpetrada.

Conforme se observa, os pontos destacados por Greco ressaltam aos olhos no caso concreto, pois as operações perpetradas pela Recorrente foram estruturadas em sequência, sem qualquer propósito negocial que não seja a mera economia tributária. Ou seja, utilizou-se de sociedade de passagem a fim de que a mais valia na aquisição de ações - contabilizada como ágio e que deveria compor o custo do investimento para fins de apuração de ganho de capital -, após imediata incorporação reversa entre investida e investidora (empresa veículo), se transformasse em despesa dedutível na Recorrente mediante transferência do ágio a ser amortizado.

Entendo que, pelas conclusões já expostas não se pode acatar as deduções a título do ágio realizadas pela Recorrente, motivo pelo qual voto por *negar provimento* ao Recurso Especial do Contribuinte.

---

### 3 CONCLUSÃO

---

Isso posto, voto por NÃO CONHECER do Recurso Especial da Fazenda e por CONHECER do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por NEGAR-LHE PROVIMENTO.

*Assinado Digitalmente*  
**Fernando Brasil de Oliveira Pinto**

ACÓRDÃO 9101-007.067 – CSRF/1ª TURMA

PROCESSO 10580.728178/2016-64

DOCUMENTO VALIDADO