



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10580.734318/2011-29
Recurso Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº 9101-005.776 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 9 de setembro de 2021
Recorrentes ITAPEBI GERAÇÃO DE ENERGIA S.A.
FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que adote entendimento de súmula de jurisprudência do CARF, ainda que a súmula tenha sido aprovada posteriormente à data da interposição do recurso.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EXISTÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. CONTEXTOS FÁTICOS DIFERENTES. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. Não se conhece de recurso especial cujo acórdão apresentado para demonstrar a divergência evidencie decisão acerca da existência de propósito comercial em operação societária distinta daquela analisada no acórdão recorrido, e em razão do contexto específico no qual ela foi promovida. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA-VEÍCULO E INCORPORAÇÃO REVERSA. INUTILIDADE DO PROVIMENTO PRETENDIDO. Não se conhece de recurso especial do sujeito passivo acerca de fundamento do acórdão recorrido que é insuficiente para reversão da glosa questionada.

MULTA QUALIFICADA. CONTEXTOS FÁTICOS DIFERENTES. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. Não se conhece de recurso especial cujos acórdãos apresentados para demonstrar a divergência evidenciam decisões acerca de operações de ágio interno que não se verificaram, como no recorrido, em contexto no qual há determinação setorial arguida e acolhida como propósito comercial para as operações realizadas.

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. Acordam, ainda, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial do Contribuinte, vencidos os conselheiros Livia De Carli Germano e Daniel Ribeiro Silva que votaram pelo conhecimento.

(documento assinado digitalmente)

ANDRÉA DUEK SIMANTOB - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Daniel Ribeiro Silva (suplente convocado), Caio Cesar Nader Quintella, Andrea Duek Simantob (Presidente). Ausente o conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, substituído pelo conselheiro Daniel Ribeiro Silva.

Relatório

Trata-se de recursos especiais interpostos pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ("PGFN", e-fls. 4408/4447) e por ITAPEBI GERAÇÃO DE ENERGIA S.A. ("Contribuinte", e-fls. 4487/4549) em face da decisão proferida no Acórdão nº 1302-001.950 (e-fls. 4358/4406), na sessão de 09 de agosto de 2016, no qual o Colegiado *a quo* decidiu:

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em REJEITAR a preliminar de nulidade do acórdão recorrido; por voto de qualidade, em NEGAR provimento ao recurso voluntário quanto à glosa de amortização do ágio e dedução do JCP e lançamento reflexos da CSLL, vencidos os Conselheiros Alberto Pinto Sousa Junior, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa e Talita Pimenta Félix; por maioria de votos em DAR provimento PARCIAL ao recurso quanto à qualificação da multa, reduzindo-a ao percentual de 75%, vencida a Conselheira Ana de Barros Fernandes Wipprich; e por unanimidade de votos, em REJEITAR a alegação de ilegalidade dos juros sobre a multa de ofício.

A decisão recorrida está assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. ALTERAÇÃO DE FUNDAMENTOS DO LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA.

Simples observação feita no acórdão recorrido a respeito de uma suposta dedução em duplicidade das despesas com ágio, não implica em alteração dos fundamentos do lançamento, vez que formulada como razão meramente adicional às conclusões que referendaram a autuação fiscal.

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. GLOSA.

Os atos de reorganização societária registrados pela recorrente ainda que formalmente regulares, se não configuram uma efetiva aquisição de participação societária, mas mera permuta de ativos entre controladora e controlada, sendo correta a glosa dos valores amortizados como ágio efetuada pelo Fisco.

ÁGIO. COMPLEMENTARIDADE DAS LEGISLAÇÕES COMERCIAIS E FISCAIS. EFEITOS.

Os resultados tributáveis das pessoas jurídicas, apurados com base no Lucro Real, têm como ponto de partida o resultado líquido apurado na escrituração comercial, regida

pela Lei nº 6.404/1976, conforme estabelecido pelo DL. 1.598/1977. O ágio é fato econômico cujos efeitos fiscais foram regulados pela lei tributária, com substrato nos princípios contábeis geralmente aceitos. Assim, os princípios contábeis geralmente aceitos e as normas emanadas dos órgãos fiscalizadores e reguladores, como Conselho Federal de Contabilidade e Comissão de Valores Mobiliários, têm pertinência e devem ser observadas na apuração dos resultados contábeis e fiscais.

ÁGIO INTERNO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO CONTÁBIL.

A ausência de um efetivo dispêndio (sacrifício patrimonial) por parte da investidora pela aquisição de participações em operações com empresas controladas revelam a falta de substância econômica das operações o que impede o seu registro e reconhecimento contábil, pois não há efetiva modificação da situação patrimonial.

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

Inexistindo previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio pela empresa (investidora) que teria adquirido o investimento com ágio, por meio de interposta pessoa jurídica, para a pessoa jurídica (investida) que o amortizar, é indevida a amortização do ágio.

JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. DEDUÇÃO EM EXCESSO. GLOSA.

Não tendo sido reconhecida a legitimidade do ágio apurado, há que se ter como correta a recomposição do saldo do patrimônio líquido, com a exclusão da reserva especial de ágio para fins de cálculo do JCP, impondo-se a glosa do valor deduzido em excesso.

DA MULTA QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE.

O não reconhecimento pelo Fisco do ágio gerado em operações realizadas dentro do mesmo grupo econômico, com a consequente glosa de sua amortização, não enseja, por si só, a aplicação da multa qualificada, quando os atos praticados revelam interpretação equivocada por parte do contribuinte quanto à legislação de regência.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA: CSLL Por se constituírem infrações decorrentes e vinculadas, nos termos do § 2º do art. 24 da Lei 9.249/1995, aplica-se ao lançamento da Contribuição Social sobre o lucro líquido as conclusões relativas ao IRPJ.

JUROS SELIC. INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

Constituído o crédito pelo lançamento de ofício, ao tributo agrega-se a multa de ofício, tendo ambos a natureza de obrigação tributária principal e, sobre ele deve incidir integralmente os juros à taxa SELIC, nos termos dos art. 139 e 161 do CTN c/c o art. 61 da Lei nº 9.430/1996

O litígio decorreu de lançamentos dos tributos incidentes sobre o apurados no ano-calendário 2007 a 2010 a partir da constatação de amortizações de ágio interno e excesso de deduções de juros sobre o capital próprio. A autoridade julgadora de 1ª instância manteve integralmente a exigência (e-fls. 4084/4174). O Colegiado *a quo*, por sua vez, afastou a qualificação da penalidade aplicada aos créditos tributários decorrentes das duas infrações (e-fls. 4358/4406).

Os autos do processo foram remetidos à PGFN em 30/08/2016 (e-fl. 4407) e em 14/09/2016 retornaram ao CARF veiculando o recurso especial de e-fls. 4408/4448.

O recurso especial da PGFN foi admitido pelo despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 4450/4454, do qual se extrai:

Em **31/08/2013**, o processo foi encaminhado à PGFN (e-fl.4407). Presume-se intimada a Fazenda após 30 dias da movimentação, quando se inicia a contagem do prazo de 15 dias para apresentação do recurso. Logo, **afigura-se tempestivo o recurso especial interposto em 14/09/2016**.

A Fazenda Nacional apresentou recurso especial onde suscita divergência em relação à **incidência de multa qualificada, nos termos do art. 44, inciso I e § 1º da Lei nº 9.430/1996**, na hipótese de glosa de amortização de ágio gerado artificialmente.

O recurso especial tem por escopo a uniformização da jurisprudência administrativa, cabendo à recorrente demonstrar a existência de decisão que dê à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

Apresentou acórdãos paradigmas 1202-00.753 (da 2ª Turma, da 2ª Câmara da 1ª Seção, datado de 12/04/2012) e n. 9101.002-300 (da 1ª Turma da CSRF, de 07/04/2016). Transcreveu inteiro teor das ementas no corpo do recurso.

Trancrevo trecho da ementa do primeiro paradigma no que diz respeito ao tema:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2006, 2007, 2008, 2009

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. OPERAÇÃO INTERNA. SIMULAÇÃO. GLOSA.

A criação de ágio por meio de reorganização societária entre empresas do mesmo grupo econômico, pautada em fortes indícios, além de prova direta da ocorrência de simulação revela-se artificial e não gera direito à dedução das respectivas despesas de amortização.

MULTA QUALIFICADA.

A constatação de evidente intuito de fraudar o Fisco, pela intencional prática de atos simulados, enseja a qualificação da multa de ofício. (grifo da recorrente)

Para demonstrar a divergência de interpretação e a similitude dos fatos, a Fazenda destacou o seguinte trecho do paradigma:

*“No caso concreto, dos elementos juntados aos autos se constata uma **sequência de negócios com aparência de regulares e visando certo efeito diverso do demonstrado. Nesse caso, o vício na causa do negócio complexo leva ao reconhecimento de simulação de todo o conjunto de atos e negócios parciais.***

Assim, diante de todo o exposto e considerando que o CTN prevê a hipótese de lançamento de ofício nos casos em que comprovada a existência de atos ou negócios jurídicos simulados (art. 149, VII), deve ser mantida a exigência.

(...)

Assim, tendo sido constatada situação que se enquadra como fraudulenta, nos termos do art. 72 da Lei nº 4.602/64, perfeitamente cabível a multa qualificada de 150% prevista no art. 44, §1º, da Lei nº 9.430/96.”(grifo do recorrente)

Alega que, no paradigma, a divergência entre a vontade real e a vontade declarada seria o elemento a caracterizar a fraude, a qual impõe a aplicação de multa de ofício qualificada de 150%. Enquanto que no acórdão *a quo*, o colegiado concluiu que a multa não deveria ser qualificada, pois houve apenas a má interpretação da lei tributária pelo sujeito passivo.

Acrescenta ainda que a similitude do quadro fático também restaria demonstrada pelo fato de que, em todas as situações discutidas e julgadas, verificou-se que substancialmente não teria havido ágio (apenas ágio interno); que parte da valorização da empresa não tem fundamento em rentabilidade futura; que não houve incorporação real da controladora; que houve utilização do artifício de criação de uma empresa veículo, em simulação de incorporação, ou seja, que seriam condutas engendradas dentro do mesmo grupo econômico.

Desta feita, vislumbro situações fáticas semelhantes, que foram interpretadas de maneira distinta por diferentes turmas do CARF.

Logo, considero que a Recorrente logrou êxito em demonstrar a divergência em relação à aplicação de multa de ofício qualificada, quando da glosa de amortização de ágio.

Reconhecida a divergência a partir do 1º paradigma, despidiendi a análise do segundo.

Diante do exposto, com fundamento no art.67, do anexo II do RICARF, proponho que seja **DADO SEGUIMENTO** ao Recurso Especial interposto pelo Fazenda Nacional.

Como o seguimento foi dado com base, apenas, no exame do primeiro paradigma, os autos retornaram à Presidência da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento para saneamento, sendo decidido que (e-fls. 4741/4748):

Portanto, em caráter **complementar**, o presente Despacho limitar-se-á ao cotejo entre o acórdão recorrido e o acórdão n.º **9101.002-300**, ofertado como paradigma, para fins de admissibilidade do Recurso Especial de Divergência da Fazenda Nacional, às els. 4.408/4.447.

Transcreve-se a parte da ementa do acórdão recorrido, no que se refere ao afastamento da multa qualificada:

"DA MULTA QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE.

O não reconhecimento pelo Fisco do ágio gerado em operações realizadas dentro do mesmo grupo econômico, com a consequente glosa de sua amortização, não enseja, por si só, a aplicação da multa qualificada, quando os atos praticados revelam interpretação equivocada por parte do contribuinte quanto à legislação de regência."

A decisão foi assim registrada:

"Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em REJEITAR a preliminar de nulidade do acórdão recorrido; por voto de qualidade, em NEGAR provimento ao recurso voluntário quanto à glosa de amortização do ágio e dedução do JCP e lançamento reflexos da CSLL, vencidos os Conselheiros Alberto Pinto Sousa Junior, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa e Talita Pimenta Félix; por maioria de votos em DAR provimento PARCIAL ao recurso quanto à qualificação da multa, reduzindo-a ao percentual de 75%, vencida a Conselheira Ana de Barros Fernandes Wipprich; e por unanimidade de votos, em REJEITAR a alegação de ilegalidade dos juros sobre a multa de ofício."

Em **30/08/2013**, o processo foi encaminhado à PGFN (e-fl.4407). Presume-se intimada a Fazenda após 30 dias da movimentação, quando se inicia a contagem do prazo de 15 dias para apresentação do recurso. Logo, **afigura-se tempestivo o Recurso Especial interposto em 14/09/2016**.

O acórdão indicado como paradigma não foi reformado até a data da interposição do Recurso Especial.

Reproduz-se o trecho abaixo do voto condutor do acórdão recorrido, para fins de cotejo como acórdão paradigma:

"A recorrente se insurge contra a qualificação da multa, alegando que, caso não sejam acolhidos os argumentos anteriormente expostos, cancelando-se integralmente a autuação, deve ser afastada a multa agravada aplicada pela autoridade fiscalizadora, em face da inexistência de provas e da imaterialidade dos indícios acerca da suposta existência de fraude praticada pela recorrente.

A autoridade lançadora qualificou a multa ao entendimento de que as operações realizadas tiveram como **único propósito** obstaculizar o recolhimento de tributos, mediante a amortização de ágio gerado artificialmente, **sem substrato econômico**, em reestruturação societária **dissimulada**, com utilização de **empresa veículo**, de papel. Entende que a empresa veículo **nunca operou segundo seu objeto social**, e **não cumpriria a função social exigida pelo**

Código Civil. Que os atos formais registrados juntos aos órgãos regulatórios (ANEEL e CVM), visavam somente dar aparência de licitude.

Sustenta a fiscalização que, substancialmente não houve ágio (**apenas ágio interno**); que parte da valorização da empresa **não tem fundamento em rentabilidade futura**, mas sim em mera correção pela taxa do CDI; que **não houve incorporação real da controladora**; que houve utilização do artifício de criação de uma empresa veículo, em **simulação de incorporação**.

Ao final conclui que essas condutas não se apresentam no campo do planejamento lícito, configurando-se, então, **a simulação e a fraude**.

[...].

É certo que todo o processo de reorganização poderia ter sido conduzido sem qualquer discussão sobre a geração de ágio, mas **há que se levar em conta a gama de interpretações divergentes acerca dos limites para a dedução do ágio nas aquisições de investimentos por parte das empresas** ao se estipular a penalidade decorrente da glosa das amortizações que não se amoldam ao texto legal.

[...]

Ante ao exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso nesta parte, para reduzir a multa de ofício aplicada de 150% para 75%." À vista do trecho recortado, percebe-se que o voto condutor do aresto afastou a multa qualificada ao entendimento de que não houve fraude ou simulação, **a despeito da existência de ágio interno e do emprego de empresa veículo**.

Agora, traz-se um recorte do acórdão paradigma:

"No caso sob análise, a autoridade lançadora entendeu que a conduta da contribuinte teria configurado fraude, conforme definição do art. 72 da Lei nº 4.502/1964:

[...]

Justificou-se tal decisão com base nas seguintes alegações, perfiladas no Termo de Verificações Fiscais:

"Constata-se que **o resultado das citadas reestruturações societárias foi inócuo sob qualquer ponto de vista, exceto o tributário**, ou seja, o único intuito foi a economia fiscal. O que houve na Barigüi Veículos Ltda foi a contabilização do **"ágio de si mesma"**.

(...)

Temos que reconhecer que a legislação permite a amortização do ágio.

Contudo, evidentemente, a legislação se refere a ágio constituído com substância econômica, em decorrência de transações efetivas entre partes negociantes autônomas e não relacionadas, o que não foi o caso da Barigüi Veículos Ltda.

(...)

O que se observa é uma sucessão de negócios com empresas do mesmo grupo que originou ágio, criado artificialmente por intermédio da constituição de sociedades que surgem e são extintas em curto lapso temporal, ou pela utilização de sociedades de participação. Nas várias operações já referidas, não houve uma aquisição de participação acionária ou integralização de capital com recursos monetários despendidos com este fim e com a interveniência de agentes econômicos independentes ou não relacionados.

(...)

Enfim, toda manobra/reorganização societária visou dar aparência de regularidade na formação do valor de ágio sobre investimento de R\$ 57.043.000,00, em curto espaço de tempo, para implementação da fase seguinte, que consistia em redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL de forma parcelada ao longo de cinco anos, a partir de 31/12/2004.

(...)

Fica sujeito a aplicação de multa qualificada de 150%, (...) acrescida aos valores de Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Reflexo apurados em decorrência dos valores apropriados indevidamente a título de despesas com amortização de ágio, discriminados no quadro constante do subitem 4.1 do presente Termo, considerando:

a) **Que a Marumbi Investimentos e Participações Ltda serviu de "veículo"** para permitir a geração artificial de uma mais-valia e sua transferência para empresas do grupo econômico Barigui, dentre elas a fiscalizada, conclusão corroborada pela efêmera duração da (sic) daquela.

Conclui-se que a contribuinte tinha ciência de que Marumbi somente cumpriu o papel de receber e devolver o ágio da própria;

b) **Que a empresa fiscalizada agiu de maneira dolosa para criar condições artificiais para possibilitar a amortização indevida de ágio gerado internamente**, em transações que não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes. Conforme já relatado no presente Termo, o ágio interno não foi aceito pela Contabilidade, pela CVM ou pelas regras tributárias;

c) Que no caso, apesar de os atos societários estarem devidamente registrados na Junta Comercial do Paraná e na escrituração comercial e fiscal da contribuinte e da controladora por ela incorporada, a contribuinte estava perfeitamente ciente da **falta de propósito negocial** do ágio gerado internamente, por meio de um investimento nulo realizado **intragrupo**.

Dessa forma, foram criadas condições artificiais para possibilitar a dedução indevida de despesas com amortização de ágio interno e, em consequência, impedindo ou retardando, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador dos tributos devidos administrados pela RFB, situação enquadrada na hipótese prevista no art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964." (Grifou-se)

A aplicação da multa qualificada foi excluída por ocasião do julgamento do recurso voluntário interposto pela contribuinte, sob a seguinte fundamentação:

"Pois bem, entendo que neste tipo específico de reorganização societária, que encontra previsão no art. 36 da Lei 10.637/2002, sempre remanecerá dúvida razoável acerca de se o sujeito passivo agiu, ou não, dolosamente.

De fato, o referido dispositivo legal autoriza esse tipo de reorganização societária única e exclusivamente para possibilitar a reavaliação, na investidora, da participação que mantém em sua investida, reavaliação essa cuja incidência do IRPJ e CSLL devidos pela investidora poderá ser diferida.

Mas **esse tipo de reorganização societária traz como reflexo o surgimento de um "ágio interno"**, o qual, apesar de contabilizado, não pode ser amortizado nem para fins comerciais nem para efeitos fiscais por não ter sido fruto de uma arm's length transaction.

Todavia, **a contabilização desse ágio interno na investidora pode levá-la a erro de direito, concernente à crença da validade jurídica de sua amortização para fins fiscais.** A possibilidade de ter a ora autuada incorrido nesse erro de direito não é remota, daí porque, a meu juízo, **não há como afirmar-se, para além de qualquer dúvida razoável, que a contribuinte agiu dolosamente ao amortizar o "ágio interno".** Por fim, em razão de este tipo de reorganização societária estar autorizado por lei, não há que se perquirir sobre a existência de propósito negocial diverso daquele previsto na própria lei, qual seja, a reavaliação do investimento mantido pela investidora." (Grifou-se)

Com toda a vênia, não vislumbro, no presente caso, dúvida acerca da atuação dolosa da contribuinte.

Conforme já foi tratado no tópico que cuidou especificamente da questão da amortização **do ágio gerado em operações intragrupo**, o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 fixa determinado efeito fiscal para operações societárias permitidas não por ele, mas pela legislação civil e comercial e pelas normas contábeis. O efeito fiscal que o dispositivo estabelecia era o diferimento da tributação de IRPJ e de CSSL sobre o ganho de capital proveniente da reavaliação do valor de sociedade investida.

Ao final de dezembro de 2004, a contribuinte se encontrava submetida ao controle dos mesmos acionistas identificados ao final de setembro daquele ano, com percentuais de participação exatamente iguais aos anteriores. Em virtude principalmente deste fato, concluo que realmente **não houve outro propósito a guiar a atuação da contribuinte senão o de simular uma reorganização societária** com a finalidade de reduzir o montante de IRPJ e CSSL a ser recolhido nos cinco anos seguintes.

Filho-me, portanto, ao entendimento exposto pelo Julgador da DRJ, que, em seu voto condutor do acórdão que julgou a impugnação da contribuinte, discorreu:

"É inegável que, caso não houvesse criado artificialmente esse ágio desprovido de qualquer fundamento econômico, a impugnante teria recolhido tributos em montantes muito superiores ao que recolheu. Logo, quando contratou consultoria especializada e **praticou todos esses atos de reorganização – absolutamente desnecessários e sem qualquer propósito efetivo – para, ao final, permanecer tudo do jeito que estava anteriormente, sendo o ágio a única alteração, é evidente que seu objetivo sempre foi aliviar ilicitamente a carga tributária.**

E se o propósito exclusivo foi obter esse ganho ilícito, o dolo é evidente, ainda que sem utilização dos artifícios grosseiros apontados pela impugnante às fls. 1.078: adulteração de comprovantes, adulteração de notas fiscais, conta bancária em nome fictício, falsidade ideológica, notas calçadas, notas frias, notas paralelas, etc." (Grifou-se)

Assim, relativamente ao pleito de restabelecimento da multa de ofício em sua versão qualificada, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN." (grifei)

Como se pode observar, para o voto condutor do acórdão paradigma, o emprego de empresa veículo e, principalmente, a existência de ágio intragrupo justificam a aplicação da multa qualificada. Realizado o cotejo, avista-se a divergência entre as decisões, porquanto a existência de ágio interno e o emprego de empresa veículo não foram relevantes para a incidência da multa qualificada, no voto condutor do acórdão recorrido Diante do exposto, e considerando o Despacho de Admissibilidade às efls. 4.450/4.454, **complementado** pelo presente, com fundamento nos artigos 18, inciso III; 67, *caput* e § 6º; e 68, todos do Anexo II do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº

343/2015, **DOU SEGUIMENTO** ao Recurso Especial, interposto pela **Fazenda Nacional**, quanto ao segundo paradigma (acórdão nº **9101.002-300**).

A PGFN, depois da indicação dos paradigmas, confronta os fundamentos expostos no acórdão recorrido para exoneração da qualificação da penalidade com a motivação expressa na acusação fiscal para sua imputação e observa, preliminarmente, *o fato de o paradigma n. 9101-002300 fazer referência ao disposto no artigo 36 da Lei nº 10.637/2002 não infirma a demonstração da divergência. A uma, porque o dissídio diz respeito à qualificação da multa que não tem amparo no citado dispositivo. A duas, porque tal citação não se mostrou influente de modo decisivo nas conclusões externadas. A três, porque de todo modo, o citado dispositivo em nada altera a disciplina da matéria que continua sendo regida pela Lei n. 9.532 e art. 386 do RIR/1999, tal como o presente.*

Em seu entendimento, nos paradigmas *partiu-se da constatação de que houve fraude, em virtude da divergência entre a vontade real e a vontade declarada, para concluir-se pela qualificação da multa*, ao passo que o recorrido *entendeu que a multa de ofício deveria ser fixada no patamar de 75%, pois, sob sua ótica, houve apenas a má interpretação da lei tributária pelo sujeito passivo*, quando o grupo empresarial ao qual pertence a ITAPEBI GERAÇÃO DE ENERGIA, apesar de ter *tentado dar uma aparência de legalidade aos negócios que originaram o ágio posteriormente amortizado*, realizou operações que, na realidade, não eram aquilo que aparentavam.

Alinha os casos confrontados por apresentarem operações realizadas com o único propósito *obstaculizar o recolhimento de tributos, mediante a amortização de ágio gerado artificialmente, sem substrato econômico, em reestruturação societária dissimulada, com utilização de empresa veículo, de papel*, sendo que neste caso, particularmente, *os atos formais registrados juntos aos órgãos regulatórios (ANEEL e CVM), visavam somente dar aparência de licitude. Acrescenta que nas situações discutidas verificou-se que substancialmente não houve ágio (apenas ágio interno); que parte da valorização da empresa não tem fundamento em rentabilidade futura; que não houve incorporação real da controladora; que houve utilização do artifício de criação de uma empresa veículo, em simulação de incorporação, e tudo engendrado dentro do mesmo grupo econômico.*

Os acórdãos comparados, porém, *discrepam quanto à qualificação jurídica dessas condutas*: ao passo que os paradigmas *concluíram pela configuração de simulação e fraude*, impondo a aplicação da multa qualificada, o acórdão recorrido *reduziu o patamar da penalidade, por entender que haveria aí mero equívoco por parte do contribuinte.*

Antecipando o mérito, a PGFN argumenta que:

O fato de que as operações realizadas não têm substância econômica, à medida em que não geraram riqueza nova, nem houve a intervenção de terceiros independentes e nem houve efetivo desembolso (pagamento) do preço, tornam incontestável o intuito doloso da ITAPEBI, juntamente com as demais empresas que pertencem/pertenciam ao seu grupo econômico, na criação de uma contabilidade artificial, que na realidade nunca existiu.

De fato, a ausência de propósito negocial e de substrato econômico, da mesma forma que impede a existência material do ágio registrado na ITAPEBI, atesta o evidente intuito de fraude do contribuinte, não se podendo analisar as duas situações separadamente.

Em verdade, o que se observa, é a permanência do mesmo controle quando da “aquisição” do investimento (participação societária na ITAPEBI) pela antiga Guaraniana S/A, atual NEOENERGIA S/A, junto à sua antiga controladora, a COELBA S/A, inclusive, mantendo o mesmo ágio surgido na aquisição, ou seja, o que houve,

efetivamente, foi uma transferência de ágio, a qual vinha e continua sendo mantido na investidora original e, também, na investida, no caso, na ITAPEBI, caracterizando-se, também, uma duplicidade de despesas de ágio.

Essa diferença entre a vontade declarada e a vontade real caracteriza o evidente intuito de fraude da ITAPEBI em conseguir um indevido benefício fiscal.

Conclui que há *clara divergência jurisprudencial acerca da interpretação do art. 44, inciso I e § 1º da Lei nº 9.430/1996; arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964; artigo 7º, da Lei nº 9.532, de 1997; artigo 386, do RIR/1999.*

Retomando o mérito, a PGFN historia as alterações societárias realizadas, cita doutrina, discorre sobre as condutas que se sujeitam à multa qualificada e assim expõe a materialidade da conduta da Contribuinte em confronto com a legislação de regência:

Concluiu a fiscalização que as operações realizadas tiveram como único propósito obstaculizar o recolhimento de tributos, mediante a amortização de ágio gerado artificialmente, sem substrato econômico, em reestruturação societária dissimulada, com utilização de empresa veículo, de papel. A empresa veículo nunca operou segundo seu objeto social, e não cumpriria a função social exigida pelo Código Civil. Os atos formais registrados juntos aos órgãos regulatórios (ANEEL e CVM), visavam somente dar aparência de licitude.

O Fisco apontou ainda que, substancialmente não houve ágio (apenas ágio interno); que parte da valorização da empresa não tem fundamento em rentabilidade futura, mas sim em mera correção pela taxa do CDI; que não houve incorporação real da controladora; que houve utilização do artifício de criação de uma empresa veículo, em simulação de incorporação.

Ao final concluiu acertadamente que essas condutas não se apresentam no campo do planejamento lícito, configurando-se, então, a simulação e a fraude. Veja-se:

[...]

Após o advento da Lei nº 9.532, de 1997, além das hipóteses já previstas no Decreto-lei nº 1.598, de 1977, foi criada a possibilidade de se utilizar o ágio pago na aquisição de participação em investidora com base na expectativa de sua rentabilidade futura, quando ocorresse a incorporação da empresa investida pela investidora, ou vice-versa, desde que ali fossem configuradas as seguintes situações:

a) na aquisição do investimento com o ágio, tem que ocorrer o pagamento efetivo, especialmente porque o legislador, ao disciplinar a matéria, adotou o princípio contábil do confronto das despesas com as receitas, significando que só pode ocorrer a recuperação de custo (ou despesa) pela pessoa jurídica que tenha assumido tal dispêndio;

b) na incorporação da empresa investidora (aquela que adquiriu e pagou o investimento com o ágio) com a empresa investida (aquela que deu causa ao ágio), desaparece a incorporada (seja ela investidora ou investida), e, por consequência, desaparece, também, a figura do investimento e do ágio, ficando apenas a pessoa jurídica incorporadora, uma vez que com a incorporação a nova empresa recebe os ativos e passivos da incorporada, enquanto o valor do ágio que fora efetivamente pago pela empresa investidora, nessa nova empresa surgida pela incorporação da investidora com a investida, passa a ter o tratamento de despesa dedutível, amortizável, originalmente, em 60 parcelas mensais, em razão do seu fundamento advir da expectativa de rentabilidade futura.

Para que a ocorrência de aquisição de investimento com ágio e sua posterior amortização seja enquadrada na referida hipótese da Lei nº 9.532, de 1997, é necessário: 1) a ocorrência do efetivo desembolso (pagamento) em contrapartida à aquisição do investimento; 2) que nesta aquisição tenha ocorrido o pagamento do ágio por expectativa de rentabilidade futura; e 3) que a empresa que assumiu diretamente

este ônus e a empresa investida se tornem uma única entidade, desaparecendo a figura do investimento.

Portanto, é lícito se concluir que a legislação tributária não permite a transferência pura e simples do referido ágio, inclusive porque violaria o princípio contábil do confronto das despesas com as receitas, uma vez que a pessoa jurídica que assumiu o dispêndio não seria a mesma que faria a sua dedução, que foi o fundamento que norteou a referida alteração legislativa. Observa-se, também, que a Fiscalização, no Termo de Verificação Fiscal, aponta a existência de uma reorganização societária artificial, com vistas a gerar as referidas despesas de ágio, ora objeto de glosa, confira-se os seguintes trechos (fls. de nºs. 48 a 52):

[...]

Como se observa, o intuito real era a geração e transferência de ágio, o que, conforme já aqui visto, foi efetivado pelas empresas envolvidas, gerando o ágio objeto de glosa.

Além desses óbices ao surgimento do ágio em questão, cumpre ressaltar outros elementos e efeitos tributários destacados pela fiscalização e que fundamentam não apenas a glosa devidamente mantida pela decisão recorrida, mas também a imposição da multa de ofício em percentual mais elevado:

a) o Laudo de avaliação econômico-financeira de setembro de 2003, elaborado pela Ernst Young Consultores Associados Ltda., visa justificar apenas parte do ágio com fundamento na rentabilidade futura, uma vez que, como já aqui visto, é aplicada a variação dos Certificados de Depósito Interbancário (CDI) ocorrida entre a data da reavaliação das ações até a data da alienação das ações da COELBA para a ITAPEBI, para corrigir o valor do investimento. A adoção de tal procedimento não encontra respaldo na legislação tributária, a qual somente admite o reconhecimento de variações monetárias ativas ou passivas se decorrentes de obrigações legais ou contratuais que determinem a aplicação desses índices (artigos 375 e 377, do RIR/1999), o que não se vislumbra no presente caso, dado que a metodologia originalmente utilizada no referido Laudo de avaliação econômico-financeira foi “o método de Fluxo de Caixa Descontado (FCD)”, conforme consta ali expressamente declarado (fl. nº 4054);

b) quando a NEOENERGIA S/A entregou as ações da Impugnante à Guaraniana Participações S/A, para fins de integralização de sua participação no capital desta, em tese, teria ocorrido uma alienação de ativo permanente, cuja consequência, nestes casos, seria a apuração do ganho ou perda de capital, e, assim, diante da alienação do investimento (sua realização), desapareceria a figura do ágio, conforme previsto no artigo 418, do RIR/1999, como se segue:

“Art. 418. Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, na desapropriação, na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente (Decreto-lei nº 1.598, de 1977, art. 31).”

§1º Ressalvadas as disposições especiais, a determinação do ganho ou perda de capital terá por base o valor contábil do bem, assim entendido o que estiver registrado na escrituração do contribuinte e diminuído, se for o caso, da depreciação, amortização ou exaustão acumulada.”

c) que embora formalmente tenha havido tal alienação, a então controladora NEOENERGIA S/A, continuou a fazer lançamentos mensais relativos à amortização de ágio (despesa) oriundo do investimento na Impugnante (ITAPEBI), como se não tivesse ocorrido qualquer operação de mudança de controle;

d) tal procedimento indica a existência da duplicidade de despesas de ágio, pois, se de um lado, a Impugnante, empresa controlada, vem amortizando o “ágio de si mesma”, oriundo da “aquisição de suas ações” feitas pela NEOENERGIA S/A junto à COELBA S/A, e que lhe foram transferidas via a empresa veículo GUARANIANA S/A, por outro lado, a mesma NEOENERGIA S/A, sua controladora, também, vem amortizando o ágio oriundo das mesmas ações;

e) a quitação do débito, no valor de R\$ 148.613.004,36, oriundo da aquisição das ações da Impugnante pela NEOENERGIA S/A (controladora) junto à COELBA S/A (controlada) foi feita por meio do encontro de contas, onde a COELBA deixou de pagar à NEOENERGIA dividendos declarados no valor de R\$ 93.191.865,14 e juros sobre o capital próprio, no valor de R\$ 55.923.223,04, em contrapartida à aquisição das ações, totalizando o montante de R\$ 149.115.088,18 (fls. 53 e 54), o que demonstra a ausência de desembolso efetivo;

f) o laudo da “DELOITTE” simplesmente atesta a regularidade dos registros contábeis do investimento, inclusive do ágio, ele não faz uma nova avaliação do investimento;

g) a obrigatoriedade de desverticalização do setor elétrico brasileiro imposta pelo artigo 8º, da Medida Provisória nº 144, de 11 de dezembro de 2003, convertida na Lei nº 10.848, de 2004, não é causa justificadora da formação do ágio interno, pois, conforme bem ressaltado pela Fiscalização (fls. n.ºs. 50, 51, 61 e 62), já em outubro de 2002, ou seja, mais de um ano antes da edição da referida Medida Provisória nº 144, dezembro de 2003, que determinou a desverticalização, na Ata da Reunião do Conselho de Administração da Guaraniana S/A (atual NEOENERGIA S/A), realizada em 16 de Outubro de 2002: “- Políticas financeiras e reestruturação societária. Planejamento 2003 – 2007”, o referido Conselho aprovou, por unanimidade, a utilização de recursos de juros sobre capital próprio e de dividendos das empresas distribuidoras de energia para a desverticalização de diversas empresas, estando aí incluída a desverticalização da Itapebi (a Impugnante) da COELBA S/A, então sua controladora;

Portanto, **à luz de todo o exposto, observa-se que não houve** efetivo dispêndio, pois preço ou o custo de aquisição não adveio de pagamentos efetuados por terceiros, cuja transação seja realizada entre partes independentes. As operações realizadas não têm substância econômica, à medida em que não geraram riqueza nova, nem houve a intervenção de terceiros independentes e nem houve efetivo desembolso (pagamento) do preço, e, por consequência, estamos diante de uma situação enganosa, cujo único objetivo foi o de gerar o ágio para fins de redução da base tributária.

O que se observa, é a permanência do mesmo controle quando da “aquisição” do investimento (participação societária na ITAPEBI) pela antiga Guaraniana S/A, atual NEOENERGIA S/A, junto à sua antiga controladora, a COELBA S/A, inclusive, mantendo o mesmo ágio surgido na aquisição, ou seja, o que houve, efetivamente, foi uma transferência de ágio, a qual vinha e continua sendo mantido na investidora original e, também, na investida, no caso, na ITAPEBI, caracterizando-se, também, uma duplicidade de despesas de ágio.

Com fundamento no art. 167, §1º, inciso II do Código Civil afirma que *as operações que deram ensejo aos ágios aqui discutidos se caracterizam como negócios simulados, haja vista que o conteúdo delas não era verdadeiro*, e conclui que resta caracterizado o evidente intuito doloso do recorrente nos ilícitos tributários cometidos diante da tentativa de fazer a Fazenda Nacional incorrer em erro, com base em documentos que atestam operações que nunca aconteceram na realidade. Em seu entendimento, **a utilização desse laudo deixa inegável o evidente intuito doloso do contribuinte em fraudar a Fazenda Nacional, forçando Fisco a incorrer em erro.**

Acrescenta como ponto importante que atesta a conduta fraudulenta do sujeito passivo o fato de que **a empresa GUARANIANA PARTICIPAÇÕES foi utilizada como verdadeira “empresa veículo”, ou seja, ela foi utilizada como mero instrumento para tentar dar aparência de legalidade ao ágio que seria indevidamente amortizado. Com a utilização dessa empresa veículo, o grupo empresarial procura forçar a percepção equivocada da realidade pelo Fisco.**

Argumenta que, *por meio da fraude praticada pelo contribuinte, ele tentou dar substância econômica e propósito comercial a um ágio inexistente de fato, criado unicamente*

*para reduzir a sua tributação. Assim, a simulação resta inequívoca, uma vez que **havia motivos à sua realização** (criação de um benefício fiscal indevido), assim como, com a incorporação, o **negócio realizado** (aumento de capital decorrente de um investimento) **não foi executado materialmente**.*

Cita doutrina acerca da validade de negócios realizados entre partes coligadas, e observa que nos negócios realizados *não houve qualquer “filtro de sinceridade” com a realidade*. E afirma:

Destarte, a sonegação está caracterizada nos autos uma vez que o contribuinte fiscalizado, por meio da reorganização societária, retardou parcialmente o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Com a simulação praticada, o sujeito passivo tentou amortizar a perda de um investimento inexistente.

A fraude, correspondente à atitude dolosa do contribuinte em reduzir o montante do imposto devido, está mais do que comprovada ante os inúmeros fatos aqui apontados. Dentre outros, destaca-se que **a utilização de um laudo que não atestava o real propósito negocial das operações que deram origem ao ágio amortizado**.

Por fim, quanto ao conluio, este é inegável uma vez que a reorganização societária envolveu mais de uma pessoa jurídica que fazem/faziam parte do grupo empresarial ao qual pertence a ITAPEBI. Não fosse o esforço conjunto das empresas integrantes desse grupo, a simulação praticada não seria possível ser concretizada.

Reproduz as conclusões da autoridade julgadora de 1ª instância, reafirma demonstrado *que o ágio amortizado pelo contribuinte foi registrado de forma simulada e com evidente intuito fraudulento*, e observa *que a contribuinte não conseguiu imputar um propósito negocial à artificialidade montada, agindo de forma firme, abusiva e sistemática, em burla ao cumprimento da obrigação fiscal, demonstrando conduta consciente em busca de enriquecimento sem causa, antecipando os efeitos fiscais da amortização do ágio*.

Cita doutrina acerca do tipo de injusto de ação dolosa, observando que *para o elemento subjetivo do injusto, há exigência de outros elementos, destacando-se, para o caso, o especial fim de agir, onde o agente busca um resultado compreendido no tipo, mas que não precisa necessariamente alcançar*, e com base em outra referência doutrinária, afirma presentes, *como elementos da conduta a consciência e a vontade, pois que a conduta foi realizada e, mais, dirigida a uma determinada finalidade, além de ser exteriorizada*.

Finaliza concluindo que a Contribuinte:

- a) praticou atividade fraudulenta comprovada, detalhadamente descrita no auto de infração e relatório fiscal, observada a partir da realização de operações artificiais, sem propósito negocial, e valendo-se de empresa-veículo, sem nenhuma atividade operacional, com o exclusivo escopo de antecipar os efeitos fiscais da amortização do ágio, motivo pelo qual foi aplicada e devidamente justificada pela fiscalização a multa de 150%;
- b) como resultado de sua conduta dolosa, houve diminuição do efetivo valor da obrigação tributária, com o conseqüente pagamento a menor do tributo devido, em evidente prejuízo ao erário;
- c) a conduta foi sempre resultado de sua vontade, livre e consciente, já que realizada de forma consciente e deliberada, objetivando modificar a característica essencial do fato gerador da obrigação tributária principal. Com efeito, o intuito de fraude do contribuinte resta evidente quando se vê que ele participou ativamente de operações artificiais;
- d) a conduta demonstrou desprezo ao cumprimento da obrigação fiscal, ao princípio da solidariedade de matriz constitucional e ao dever legal de participação, indicando a intensidade do dolo.

Pede, assim, que seja conhecido e provido o recurso especial para restabelecer a *qualificação da multa, posto que amparada nos comandos legais aplicáveis e justificada pelo contexto probante que instrui os presentes autos.*

Cientificada em 02/12/2016 (e-fls. 4464), a Contribuinte apresentou contrarrazões em 19/12/2016 (e-fls. 4466/4484). Posteriormente, cientificada do despacho complementar de admissibilidade, reiterou as mesmas razões (e-fls. 4755/4771).

Preliminarmente argúi a nulidade do despacho de admissibilidade porque *procedido por pessoa que não possui tal atribuição, que sequer possui a atribuição de Conselheiro deste E. Conselho (qualificado apenas como "colaborador do CARF"), sendo que o Presidente da Câmara recorrida apenas após seu "De acordo", dando seguimento ao recurso em questão.*

Na sequência, defende o não conhecimento do recurso especial por pretender reexame de fatos e provas. Argumenta, com base em outros julgados da CSRF, que:

Isso porque não poderia a Recorrente, sob o pálio da divergência de entendimento jurisprudencial, buscar a reforma da **convicção firmada pela autoridade "a quo" com base no conjunto probatório dos autos**, com o simples e claro intuito de ver seu entendimento prevalecer. Ora, tal situação não exprime a intenção do apelo especial.

Com efeito, verifica-se que a situação fática e provas apresentadas nos presentes autos foram devidamente analisadas pela C. Turma Julgadora "a quo" formando convicção pela inexistência de conduta dolosa da Recorrida em fraudar o Fisco. Logo, não há dúvidas de que o presente apelo não se refere a entendimento jurisprudencial divergente, mas sim entendimento contrário apenas à pretensão da Recorrente que, irredutível, busca o reexame da questão por esta E. CSRF, o que não se pode aceitar

No mérito, a Contribuinte discorda da argumentação fazendária porque *as operações que geraram o ágio ora discutido, foram realizadas em cumprimento a uma obrigação regulatória imposta pelo setor de energia elétrica, que determinou a separação das atividades de geração, transmissão e comercialização de energia - nos termos do disposto pela Lei nº 10.848/04. Como exposto no acórdão recorrido, as operações societárias que geraram o ágio glosado pela Fiscalização foram praticadas em atenção a legislação setorial que exigiu a desverticalização das empresas do setor elétrico. Assim, além de inexistir vontade "mascarada" e diferente da aparentemente manifestada, não houve também qualquer intuito de prejudicar terceiros, ou ainda, violar dispositivo de lei, o que, por si só, desqualifica a aplicação da penalidade agravada. Logo, como concluiu o acórdão recorrido, mesmo que as operações societárias praticadas pela Recorrida não tivessem gerado ágio amortizável, o que se admite apenas a título de argumentação, o aproveitamento de tal ágio levado a cabo pela Recorrida decorreria de mero equívoco de interpretação da lei, de forma que não resta caracterizada a ocorrência de fraude, sonegação ou conluio.*

Invoca julgado deste Conselho contrário à ocorrência de fraude na hipótese de erro de proibição, e destaca que *todos os atos praticados pela Recorrida foram públicos (divulgados em jornais de grande circulação) e foram todos previamente submetidos à agência reguladora do setor de energia elétrica - ANEEL, a qual aprovou todas as operações pretendidas (Resolução ANEEL nº 392/2004 e Ofício ANEEL n.º 443/2006). Registra, ainda, que para a realização da incorporação foram estipulados diversos requisitos na própria Resolução, dentre os quais a obrigação de que o ágio fosse amortizado segundo a curva baseada em resultados de exercícios futuros (transcrita no Termo de Encerramento da Ação Fiscal pelo próprio fiscal) e no prazo remanescente da concessão, sendo que o controle do aproveitamento do ágio seria feito pela Superintendência de Fiscalização Econômica e Financeira da ANEEL.*

Invoca doutrina acerca da caracterização do dolo para configuração da fraude, e afirma que, *para que se caracterize o vício do dolo em uma relação jurídica, não basta que uma das partes atue com a vontade de prejudicar outrem, é necessária, também, a prova cabal de que houve a malfadada intenção perniciosa*. Reforça sua conclusão com outras referências doutrinárias e jurisprudenciais, e acrescenta que:

Deveras, quem age de má-fé, quem dissimula, quem simula, perpetra fraude, oculta fatos geradores de tributos, quem quer sonegar tributo certamente não é aquele que (i) age em cumprimento a uma obrigação **regulatória** imposta pelo setor de energia elétrica; (ii) submete todos os seus atos à agência reguladora do setor de energia elétrica – ANEEL, a qual, ressalte-se, aprovou todas as operações pretendidas (Resolução ANEEL nº 392/2004 e Ofício ANEEL nº 443/2006; (iii) torna público todos os atos societários que geraram o ágio glosado pela Fiscalização.

Verifica-se, com base no acima esposado, que a afirmação da Fazenda Nacional no sentido de que teria ocorrido fraude somente poderia prevalecer caso se entendesse que a Recorrida, a Aneel e a CVM estavam em conluio para reduzir o montante de imposto devido pela Recorrida, o que configura rematado absurdo!!!

Evidente, portanto, a ausência de atos fraudulentos praticados pela Recorrida devendo ser mantida a decisão no que tange ao cancelamento da multa qualificada de 150%

Observa que a PGFN, inovando em relação à acusação fiscal e às decisões precedentes, trouxe em seu recurso a indicação de conluio praticado pelo Grupo Neoenergia, mas sem sequer indicar com quem e para prejudicar quem, e nem mesmo provar o alegado.

Conclui, assim, que *não restou comprovada qualquer prática dolosa pelo Grupo Neoenergia e pela Recorrida, assim como não houve a fraude, sonegação ou conluio necessários à imposição da multa agravada no presente caso, e requer que esta E. CSRF negue provimento ao recurso especial ora contrarrazoado, mantendo-se incólume o acórdão recorrido no que concerne ao cancelamento da referida cobrança*.

A Contribuinte também interpôs recurso especial em 19/12/2016 (e-fls. 4486/4549) no qual arguiu divergências parcialmente admitidas no despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 4654/4661, do qual se extrai:

Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, evidencia-se que a Recorrente **logrou êxito, apenas em parte**, em comprovar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial.

Com relação à **primeira matéria**, (1) “amortização de ágio - existência de propósito negocial”, **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que *o processo de desverticalização teve propósito nitidamente fiscal quando deflagrado pela controladora*, tendo razão o Fisco ao efetuar a glosa dessas amortizações, o **acórdão paradigma apontado** (Acórdão nº 1201-001.534, de 2016) decidiu, **de modo diametralmente oposto**, que *a dedução do ágio é possível, ainda que o benefício fiscal seja o principal ou mesmo o único elemento motivador*.

No que se refere à **segunda matéria**, (2) “amortização de ágio – utilização de empresa-veículo e incorporação reversa”, **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que, *inexistindo previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio pela empresa (investidora) que teria adquirido o investimento com ágio, por meio de interposta pessoa jurídica, para a pessoa jurídica (investida) que o amortizar, é indevida a amortização do ágio*, os **acórdãos paradigmas apontados**

(Acórdãos n.ºs 1201-001.534, de 2016, e 1201-001.507, de 2016) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que o uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si só, não invalidam as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida (primeiro acórdão paradigma); que a utilização de empresa-veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio; e que a incorporação reversa, para fins de possibilitar a dedução do ágio pela empresa incorporadora, é hipótese prevista de forma expressa na legislação tributária (segundo acórdão paradigma).

No tocante à **terceira matéria**, (3) “nulidade do acórdão recorrido por impossibilidade de alteração de critério jurídico”, **não ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois se trata de situações distintas**.

Enquanto a **decisão recorrida analisou alegação trazida pela recorrente de que o colegiado recorrido inovou na fundamentação do lançamento**, ou seja, o pleito de nulidade da decisão recorrida, rejeitando-a, o **acórdão paradigma apontado** (Acórdão nº 2401-003.462, de 2014), **ao contrário, deixou de analisar a nulidade do Acórdão recorrido, o qual teria inovado os fundamentos da exigência fiscal**, por entender que, naquele caso específico, o mérito é favorável ao contribuinte, sendo despidendo contemplar aludidas matérias.

Em outras palavras, se a Recorrente *pleiteia a nulidade da decisão recorrida*, caberia a ela apresentar acórdão paradigma que, efetivamente, **tivesse reconhecido essa mesma nulidade**, para viabilizar o adequado confronto com a decisão recorrida, visando caracterizar, assim, eventual divergência jurisprudencial na interpretação da legislação tributária.

Por fim, relativamente à **quarta matéria**, (4) “ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa”, **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que, *constituído o crédito pelo lançamento de ofício, ao tributo agrega-se a multa de ofício, [...] e, sobre ele, deve incidir integralmente os juros à taxa SELIC*, o **acórdão paradigma apontado** (Acórdão nº 9101-00.722, de 2010) decidiu, **de modo diametralmente oposto**, que os juros de mora só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa de ofício aplicada.

Por tais razões, neste juízo de cognição sumária, conclui-se pela **caracterização, em parte, das divergências de interpretação suscitadas**.

Pelo exposto, do exame dos pressupostos de admissibilidade, PROponho seja **ADMITIDO, EM PARTE**, o Recurso Especial interposto.

Cientificada em 17/05/2017 (e-fl. 4668), a Contribuinte não apresentou agravo.

No que se refere à primeira (“amortização de ágio - existência de propósito negocial”) e à segunda matéria (“amortização de ágio – utilização de empresa-veículo e incorporação reversa”), depois de se reportar ao entendimento firmado nos paradigmas, a Contribuinte pede, genericamente, a aplicação do que neles expresso ao presente caso.

Mais à frente, aborda o *aproveitamento do ágio pago na aquisição da ITAPEBI* aduzindo que seria equivocada a interpretação dos fatos ocorridos veiculada no acórdão recorrido e na acusação fiscal, por se dirigirem no sentido *de que os atos societários que ensejaram o surgimento do ágio e, conseqüentemente, o seu aproveitamento, não possuem a motivação necessária para viabilizar a dedução do ágio*. Expõe, então, como as operações foram praticadas para demonstrar não haver *que se falar que as operações societárias seriam um mero artifício jurídico que pudesse, aos olhos da D. Fiscalização, desaprovar a dedutibilidade com a amortização do ágio em questão*.

Sob esta ótica, esclarece que:

De fato, o novo modelo do setor elétrico previa a desverticalização das atividades, com a separação das atividades - geração, transmissão e comercialização de energia - nos termos do disposto pela Lei nº 10.848/04.

A reestruturação societária das empresas de energia envolve transformação, a incorporação, a fusão e a cisão total ou parcial das concessionárias. O novo modelo do setor elétrico obriga as distribuidoras do sistema interligado a separar as participações em empreendimentos de geração, transmissão e comercialização de energia, assim segregar participações acionárias em outras empresas e em atividades alheias à concessão serviço de distribuição.

Em face da referida determinação a COELBA, distribuidora de energia da Bahia vendeu para a NEOENERGIA as ações que detinha na ITAPEBI geradora de energia elétrica, ora Recorrente.

Por conta da aquisição das ações da ITAPEBI detidas pela COELBA, a NEOENERGIA passou a deter 42% do controle da Recorrente.

Conforme ressaltado pelo Sr. Agente Fiscal, a aquisição da participação societária da Recorrente se deu com o pagamento de ágio à COELBA (antiga 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:

[...]

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 art. 27 da Lei nº 8.987/95.

A ANEEL, no exercício de sua competência regulatória, autorizou a transferência do bloco de controle acionário da Recorrente da COELBA para a NEOENERGIA S/A, conforme se depreende da Resolução nº 392/2004 (DOC. 03 da Impugnação), abaixo reproduzida:

[...]

Ressalte-se que o valor do ágio quando da aquisição pela NEOENERGIA das ações da Recorrente, anteriormente detidas pela COELBA, foi amparado por laudo de avaliação de ações fornecido pela ERNST & YOUNG, data base de 30 de junho de 2003 (DOC. 04 da Impugnação).

Em atenção à legislação de regência, a COELBA fez publicar em, jornal de grande circulação o "FATO RELEVANTE" noticiando a operação realizada com a NEOENERGIA (DOC.05 da Impugnação).

Em 2006, a GUARANIANA S/A (atual NEOENERGIA S/A), então controladora da Recorrente, manifestou 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, a GUARANIANA S/A (atual NEOENERGIA S/A) resolveu subscrever e integralizar capital na empresa GUARANIANA PARTICIPAÇÕES S/A, mediante entrega das ações da Recorrente acrescidas do ágio (DOC.06 da Impugnação).

[...]

Note-se que a integralização das ações com ágio foi realizada em conformidade com a Instrução CVM nº 319/99 (com as alterações promovidas pela Instrução-CVM nº 349/01), conforme se verifica da Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária da GUARANIANA PARTICIPAÇÕES S/A realizada em 14 de novembro de 2006 (DOC. 06 da Impugnação).

Portanto, o aporte de ações com ágio na GUARANIANA PARTICIPAÇÕES S/A foi realizado em conformidade com a legislação existente, sem qualquer tipo de ilegalidade, tendo sido devidamente registrada e documentada.

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

Esse interesse da Recorrente ficou registrado na Ata da Assembleia Geral Extraordinária da GUARANIANA PARTICIPAÇÕES S/A, realizada em 27 de dezembro de 2006 (DOC.07 da Impugnação).

Naquela Ata de Reunião, ficou registrada a proposta da Recorrente de incorporação da totalidade do patrimônio líquido da GUARANIANA PARTICIPAÇÕES, nos termos do Protocolo de Incorporação e Justificação (DOC. 08 da Impugnação), na medida em que o aproveitamento do benefício fiscal, na formatação societária então existente, somente poderia se dar por meio da incorporação de sua controladora, o que seria impraticável do ponto de vista operacional. De fato, é notório que a NEOENERGIA possui outros ativos e exerce outras atividades em conformidade com seu objeto social, o que torna inviável operacionalmente a sua incorporação pela Recorrente.

É importante ressaltar que, mais uma vez em cumprimento ao artigo 27 da Lei nº 8.987/95, a operação societária pretendida foi submetida à apreciação da ANEEL (DOC.09 da Impugnação), a qual autorizou a Recorrente a promover a incorporação de sua controladora por meio do Ofício 443, de 22 de março de 2006 (DOC. 10 da Impugnação), motivo pelo qual a operação de incorporação da GUARANIANA PARTICIPAÇÕES S/A pela Recorrente apenas ocorreu em 27 de dezembro de 2006, após a autorização pela ANEEL, que inclusive tratou de toda a questão e inclusive da amortização do ágio.

Ressalte-se que o transcurso de dois anos, havidos entre a data de aquisição do controle da ITAPEBI pela NEOENERGIA e a efetiva incorporação da GUARANIANA PARTICIPAÇÕES S/A pela ITAPEBI, ocorreu exclusivamente em função da necessária aprovação do processo pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, cuja aprovação se deu em 22 de março de 2006 através do citado Ofício 443, que expressamente tratou e impôs as condições efetivamente cumpridas pela ITAPEBI relativas à contabilização e amortização do ágio na ITAPEBI, abaixo reproduzida:

[...]

Novamente, deve-se destacar que o valor do ágio transferido à Recorrente em razão da incorporação da sua controladora (GUARANIANA 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 Deloitte Touche Tohmatsu, data base de 30 de novembro de 2006 (DOC. 11 da Impugnação).

Tal Laudo de Avaliação, bem como o Protocolo de Incorporação (Doe. 08 da Impugnação) datado de 11 de dezembro de 2006, foram aprovados pela Ata da Assembleia Geral Extraordinária da Recorrente, de 27 de dezembro de 2006 (Doe. 07 da Impugnação).

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

Ao contrário, todos os atos praticados pela Recorrente foram públicos (divulgados em jornais de grande circulação) e foram todos previamente submetidos à agência reguladora do setor de energia elétrica, a qual aprovou todas as operações pretendidas (Resolução ANEEL nº 392/2004 e Ofício Aneel 443/2006).

Assevera, com base no exposto, que a GUARANIAMA PARTICIPAÇÕES S/A (empresa incorporada pela Recorrente) passou a ser a legítima detentora das ações da

ITAPEBI, escrituradas contabilmente na forma do artigo 385 do RIR/99, a Recorrente passará a abordar, a seguir, as razões pelas quais não poderá prosperar a cobrança dos créditos tributários em questão.

Discorre sobre a natureza do ágio e seu tratamento tributário, e defende que o benefício fiscal de dedutibilidade do ágio pago na aquisição de sociedades tem como objetivo incentivar a prática de fusões e aquisições, sendo que, no presente caso, como já mencionado, trata-se da aquisição de companhia estatal em virtude de desverticalização das atividades do setor elétrico. O processo de desverticalização foi completamente regular e todos os atos praticados estão de acordo com a ANEEL. Como as participações eram adquiridas e registradas com ágio na desverticalização das companhias, a legislação autoriza a dedução do ágio registrado nessas aquisições quando fundamentado no valor de rentabilidade com base em resultados dos exercícios futuros.

Expõe os motivos da desverticalização e afirma sua ocorrência com a aquisição por um terceiro, no presente caso a NEOENERGIA, da participação da distribuidora, no caso a COELBA, nas transmissoras e geradoras, no presente caso a ITAPEBI, com o pagamento de um ágio em função do potencial de lucratividade do segmento econômico em que começariam a atuar. Reporta-se ao benefício fiscal previsto no art. 386 do RIR/99 e constata que também era muito comum que o ágio gerado em operações de privatização e nas operações necessárias de desverticalização fosse aproveitado nas próprias empresas privatizadas ou desverticalizadas, com o lucro por elas gerado, existindo autorização expressa do artigo 386, § 6º, inciso II, do RIR/99 para aplicação do benefício fiscal quando a empresa incorporada fosse aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Menciona a contestação à revogação do inciso III do artigo 7º da Lei nº 9.532/97 (fundamento para o artigo 386 do RIR/99) proposta por meio do Projeto de Lei nº 2.922, de 2000, para observa que:

Foi exatamente esse o mesmo benefício fiscal que a Recorrente pretendeu usufruir. Contudo, da forma como foi realizada a desverticalização, não foi possível o aproveitamento de forma automática.

Conforme mencionado, a Recorrente não poderia incorporar automaticamente sua controladora, pois não é razoável a incorporação de empresa como a NEOENERGIA S/A por uma geradora de energia elétrica.

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

Cogita outras estruturas que poderiam ter sido adotadas para desverticalização, e aduz:

Dessa forma, verifica-se possível a forma jurídica utilizada pela Recorrente com vias ao aproveitamento do benefício fiscal de dedutibilidade do ágio: reestruturação societária legal, de forma que a participação acionária adquirida com ágio pela empresa Guaraniana Participações S/A (gerado com fundamento econômico na desverticalização das atividades do setor elétrico) fosse absorvida pelo patrimônio da Recorrente.

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

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

Por tais razões, entende que o caso seria *de mera fruição de um benefício fiscal previsto em lei, que possui todos os requisitos legais, motivação econômica e coerência das estruturas adotadas com a finalidade pretendida*. E, como esse *ganho econômico da Recorrente, decorrente do aproveitamento do ágio, reflete um benefício fiscal já considerado no momento da aquisição da Recorrente por conta do processo de desverticalização*, defende que *não poderia agora o próprio Fisco pretender cercear a fruição desse benefício fiscal sob a alegação de que a Recorrente o teria prejudicado*.

Afirma que, mesmo admitindo-se os pressupostos da doutrina mais restrita acerca da teoria do propósito negocial, no presente caso estariam presentes o motivo, a finalidade e a congruência dos atos, porque:

- todos os atos praticados tiveram por motivo a desverticalização da COELBA e da ITAPEBI com a aquisição desta última pela NEOENERGIA. Após a desverticalização em face da existência do ágio foi verificada a possibilidade de 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 desverticalização das atividades do setor elétrico por conta do advento da Lei do Novo Modelo do Setor Elétrico que introduziu a exigência legal de separação das atividades de distribuição das atividades de geração e transmissão e fixou prazos para que as empresas afetadas cumprissem com esta determinação;
- todos os atos societários praticados inserem-se congruentemente neste contexto da aquisição de uma geradora de energia por conta da desverticalização das atividades de distribuição, geração e transmissão: (i) a forma de desverticalização; (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.

Ressalta que *os atos e operações objeto do presente processo possuem particularidades e características que os diferem dos demais casos já julgados na esfera administrativa nos quais se discute a dedutibilidade do ágio em aquisição de participações societárias*, vez que o ágio foi gerado num contexto de desverticalização. E, afirmando a *legitimidade da operação como planejamento tributário*, enfrenta a acusação de que o *objetivo exclusivo da operação de reorganização societária seria elidir o pagamento de tributos* destacando que *sempre apresentou à fiscalização todas as etapas que pretendia realizar, inclusive o objetivo final pretendido de aproveitamento do ágio na Recorrente*, por entender que se tratava de um benefício fiscal, além do fato de *todos os atos praticados cumprirem as formalidades exigidas em lei e foram devidamente aprovados pela agência regulatória do setor elétrico ANEEL*.

Defende que *não há qualquer irregularidade na transferência da despesa de amortização do ágio para a Recorrente, pois se trata de benefício fiscal concedido por lei, inclusive com previsão expressa, inclusive configurando situação privilegiada por lei para incentivar determinadas práticas, dentre elas a valorização de concessões de serviços público*.

Quanto à acusação de que a *Neoenergia S/A* teria criado artificialmente um negócio jurídico, sem substância econômica, novamente invoca o benefício fiscal conferido por lei, a realização das operações no contexto da desverticalização e a aprovação da estrutura pela agência reguladora. Acrescenta que *a Instrução CVM nº 349/01 foi instituída com a finalidade de adaptar a regulamentação existente de forma que refletisse adequadamente as operações realizadas com ágio nas demonstrações financeiras, como a realizada pela Recorrente, a qual foi praticada em conformidade com o disposto nas regras da CVM, inclusive a própria Instrução CVM nº 349/01.*

Assevera que o aproveitamento de “ágio de si mesma” tem expressa previsão na lei tributária, e, quanto à acusação de “operações intragrupo”, consigna que:

É importante ressaltar que o benefício fiscal ora analisado, por sua própria natureza, só existe em operações societárias que envolvam empresas do mesmo grupo. O próprio § 6º do artigo 386 do RIR/99 deixa clara a sua aplicação para incorporação de controladora pela controlada: § 6º *O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando: II – a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade participação societária.*”

Portanto, mais uma vez se percebe o equívoco da fiscalização ao qualificar as operações realizadas pela Recorrente e entender que teriam ocorrido apenas no papel. Todos os atos praticados obedeceram estritamente a legalidade e ainda apresentam motivos econômicos congruentes com a finalidade a que se destinam.

Fato é que o ágio que acaba aparecendo na ITAPEBI era o mesmíssimo que estava na GUARANIANA PARTICIPAÇÕES e anteriormente na NEOENERGIA S/A e que, exatamente por causa da incorporação, vai para a ITAPEBI. Nenhum ágio novo. Logo, de forma alguma existe qualquer geração de ágio derivado de operações internas.

O ágio foi gerado quando da aquisição pela NEOENERGIA das ações da ITAPEBI anteriormente detidas pela COELBA, na medida em que a COELBA, por conta da necessidade de desverticalização das atividades no setor de energia, deveria se desfazer da parte de geração, que ficou com a ITAPEBI. Verifica-se, portanto, que o ágio não é derivado de operações internas.

O ágio objeto da amortização ora em questão foi gerado quando da desverticalização e posteriormente transferido para a GUARANIANA PARTICIPAÇÕES que foi incorporada pela ITAPEBI.

A respeito da afirmação de que o preço teria sido determinado entre as partes visando a utilização do benefício, esclarece que o valor de compra das ações que a COELBA detinha na ITAPEBI foi resultado de uma minuciosa avaliação realizada pela renomada empresa de auditoria ERNST & YOUNG AUDITORES INDEPENDENTES sobre a qual a NEOENERGIA e tampouco a ITAPEBI não tiveram qualquer influência. Destaca as premissas adotadas no laudo para avaliação econômico-financeira da ITAPEBI e conclui que o preço não foi fixado pela compradora ou por partes interessadas, mas sim pela empresa de auditoria.

Confronta a acusação de que o laudo de avaliação econômico-financeira justificaria apenas parte do ágio com fundamento na rentabilidade futura, observando que há um silêncio sintomático da D. Autoridade Fiscalizadora quanto à existência de um segundo laudo de avaliação elaborado pela DELOITTE TOUCHE TOHMATSU em 2006, quando da incorporação da GUARANIANA PARTICIPAÇÕES pela Recorrente, sendo que ambas avaliações representam a expectativa de rentabilidade futura da RECORRENTE e possuem embasamento necessário para fundamentar as operações realizadas.

Quanto à falta de adição do excesso de despesa de juros sobre capital próprio, defende que, *sendo legítimo o ágio apurado, consequentemente torna-se legítima a inclusão deste montante na conta de reserva especial de ágio, que compõe o saldo da conta do PL.*

Reporta-se a doutrina para consignar as restrições acerca do instituto do abuso de direito no âmbito tributário, inclusive porque seria *difícil verificar no planejamento tributário a intenção de prejudicar o Fisco*, dado que *o interesse do contribuinte é sempre o de maximizar seus lucros, nem que seja por meio da economia tributária*. Reitera que foram cumpridos os requisitos para fruição do benefício fiscal, mediante encontro dos lucros da investida com o ágio pago em sua aquisição.

Quanto à afirmação fiscal de que *não passaria de formalismo jurídico, sem substância econômica ou razoabilidade*, aduz que *a inferência de simulação foi utilizada de forma despropositada pela fiscalização, pois em nenhum momento traz elementos para afirmar a existência desse vício do negócio jurídico*, mas segue demonstrando a regularidade dos atos praticados, expondo sua análise na aquisição das ações no caso concreto por meio do negócio jurídico de incorporação de ações, destacando a inoccorrência de pagamento e o registro do valor das ações incorporadas pelo valor das ações da incorporadora que serão recebidas pelos titulares das ações incorporadas desde que tal valor esteja suportado por laudo de avaliação. Conclui que:

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

Com referência ao pagamento mediante a utilização de um crédito (JCP/dividendos), alega que o artigo 20 do DL nº 1.598/77 não traz qualquer referência a um| negócio jurídico específico para que esta aquisição seja realizada e, no caso, a NEOENERGIA detinha créditos junto a COELBA, uma vez que a COELBA estava obrigada a pagar juros sobre capital próprio e/ou dividendos a sua controladora, razão pela qual não há que se falar na inexistência de pagamento. Houve, de fato, o efetivo pagamento com a efetiva extinção de um crédito em favor da NEOENERGIA que foi quitado mediante a transferência de ações da RECORRENTE, anteriormente detidas pela COELBA.

Invoca isonomia com o tratamento fiscal atribuído ao deságio indicando existir manifestação da Receita Federal em casos análogos ao presente (aquisição de participação societária dentro do mesmo grupo), no sentido de que a aquisição de participação societária por valor inferior ao patrimônio líquido (deságio) é suficiente para que esse valor seja configurado como receita tributável, após um evento de incorporação.

Finaliza abordando a indevida inovação do lançamento pela Turma Julgadora (matéria que não teve seguimento em exame de admissibilidade) e apresentando argumentos em favor da ilegalidade de cobrança de juros sobre a multa. Pede a admissão e o provimento do recurso especial para julgar insubsistente o auto de infração, determinando-se seu cancelamento.

Os autos foram remetidos à PGFN em 22/05/2017 (e-fls. 4671), e retornaram em 31/05/2017 com contrarrazões (e-fls. 4672/4738) na qual a PGFN observa que *na verdade o contribuinte não se desincumbiu, com êxito, do ônus de demonstrar de modo analítico a*

divergência de teses entre órgãos julgadores diversos sobre a mesma matéria em relação às duas primeiras matérias admitidas. Em sua visão, observando-se o recurso, nota-se que em relação a todos os pontos objetos de insurgência, o recorrente limita-se a contrapor ideias, teses, mas não demonstra que esse dissídio ocorreu entre casos com molduras fáticas semelhantes.

Reproduz excertos da decisão recorrida para afirmar que ela está fundamentada na análise do peculiar contexto fático desenhado nestes autos, restando patente a ausência de similitude fática entre os acórdãos cotejados. Acrescenta que *falece interesse de agir ao recorrente, uma vez que o acórdão recorrido não restou amparado apenas no argumento de que não haveria propósito negocial (matéria do item 1) e muito menos na utilização de empresa veículo e na incorporação reversa (matéria do item 2), conforme excertos que transcreve da decisão recorrida. E, além de constatar que todos os fundamentos da decisão recorrida transcendem a mera alegação de ausência de propósito negocial, anota que a decisão guerreada sequer tangenciou ainda a análise de utilização de empresa veículo e de incorporação reversa.* Em seu entendimento, a negativa de seguimento a qualquer uma das matérias 1 ou 2, ensejará o não conhecimento do recurso por falta de interesse de agir e de utilidade recursal. Finaliza acrescentando fundamentos do acórdão recorrido acerca da prova do fundamento do ágio, para reafirmar que, também sob esta ótica, as divergências suscitadas não se prestam a reverter a conclusão da Turma *a quo* acerca da indedutibilidade do ágio, além de observar que a aplicação de juros sobre a multa de mora está pacificada na CSRF.

No mérito, retoma o *histórico das alterações societárias realizadas pelo grupo empresarial do qual o contribuinte faz parte e que deu origem ao ágio* amortizado e, reiterando que *a acusação fiscal está lastreada no conjunto fático-probatório dos autos e em outros fundamentos hábeis a alicerçar a manutenção do lançamento*, aduz que:

O cerne da questão está em se definir sobre a efetividade da apuração do ágio, pois, se de um lado a Fiscalização aponta sua inexistência, indicando, inclusive, a ocorrência de simulação, de outro lado, a recorrente contesta tal posicionamento defendendo a licitude dos procedimentos que implicaram na apuração do ágio e sua posterior utilização como despesa dedutível na apuração do IRPJ e da CSLL.

A utilização do ágio como despesa dedutível nas hipóteses previstas no artigo 7º, da Lei nº 9.532, de 1997 (base legal do artigo 386, do RIR/1999), vem sendo objeto de estudos por diversos tributaristas, que procuram esclarecer o alcance da norma, e, como na situação ora posta consta, também, a alegada figura de reorganização societária.

[...]

De acordo com os textos acima transcritos, após o advento da Lei nº 9.532, de 1997, além das hipóteses já previstas no Decreto-lei nº 1.598, de 1977, foi criada a possibilidade de se utilizar o ágio pago na aquisição de participação em investidora com base na expectativa de sua rentabilidade futura, quando ocorresse a incorporação da empresa investida pela investidora, ou vice-versa, desde que ali fossem configuradas as seguintes situações:

- a) na aquisição do investimento com o ágio, tem que ocorrer o pagamento efetivo, especialmente porque o legislador, ao disciplinar a matéria, adotou o princípio contábil do confronto das despesas com as receitas, significando que só pode ocorrer a recuperação de custo (ou despesa) pela pessoa jurídica que tenha assumido tal dispêndio;
- b) na incorporação da empresa investidora (aquela que adquiriu e pagou o investimento com o ágio) com a empresa investida (aquela que deu causa ao ágio), desaparece a incorporada (seja ela investidora ou investida), e, por consequência, desaparece, também, a figura do investimento e do ágio, ficando apenas a pessoa jurídica incorporadora, uma vez que com a incorporação a nova empresa recebe os ativos e passivos da incorporada, enquanto o valor do ágio que fora efetivamente pago pela

empresa investidora, nessa nova empresa surgida pela incorporação da investidora com a investida, passa a ter o tratamento de despesa dedutível, amortizável, originalmente, em 60 parcelas mensais, em razão do seu fundamento advir da expectativa de rentabilidade futura.

Ou seja, nos dois transcritos trabalhos, cumpre destacar os seguintes pontos em comum para que a ocorrência de aquisição de investimento com ágio e sua posterior amortização, seja enquadrada na referida hipótese da Lei nº 9.532, de 1997, que seria: 1) a ocorrência do efetivo desembolso (pagamento) em contrapartida à aquisição do investimento; 2) que nesta aquisição tenha ocorrido o pagamento do ágio por expectativa de rentabilidade futura; e 3) que a empresa que assumiu diretamente este ônus e a empresa investida se tornem uma única entidade, desaparecendo a figura do investimento.

Portanto, é lícito se concluir que a legislação tributária não permite a transferência pura e simples do referido ágio, inclusive porque violaria o princípio contábil do confronto das despesas com as receitas, uma vez que a pessoa jurídica que assumiu o dispêndio não seria a mesma que faria a sua dedução, que foi o fundamento que norteou a referida alteração legislativa.

No presente caso, no “Termo de Verificação Fiscal” a Fiscalização aponta as participações societárias “das empresas personagens das reestruturações societárias”, com vistas a demonstrar a existência de “grupo econômico”, especialmente “O GRUPO ECONÔMICO ‘NEOENERGIA’”, cujos elementos não foram contestados pela ora recorrente, como segue (fl. nº 42 e seguintes):

[...]

Conforme demonstrado, não há qualquer dúvida quanto à existência do grupo econômico quando da ocorrência das operações que deram surgimento ao ágio ora glosado, tendo como participantes a recorrente (ITAPEBI), a COELBA S/A, a Neoenergia, a Iberdrola Energia S.A., a “521 PARTICIPAÇÕES” e o BB – Banco de Investimento S.A., uma vez que a recorrente é controlada diretamente pela Neoenergia (antiga Guaraniana), enquanto está última é controlada pela Iberdrola Energia S.A. em conjunto com a “521 PARTICIPAÇÕES” e o BB – Banco de Investimento S.A., e, além da participação indireta na recorrente via a Neoenergia, essas empresas mantêm, também, participação direta na recorrente (ITAPEBI), resultando em 100% (cem por cento) do capital votante, gerando, por consequência o controle total da recorrente e pelo referido grupo de empresas.

Estabelecido, assim, o papel de grupo econômico entre as empresas envolvidas no processo de geração do ágio e posterior incorporação, passo ao exame da natureza do ágio, o qual, segundo a Fiscalização, teria surgido de rearranjos societários realizados pelo referido grupo econômico “NEOENERGIA” com o “OBJETIVO DE GERAR E/OU TRANSFERIR ‘ÁGIO INTERNO’ ENTRE EMPRESAS”. De acordo com os autos, o surgimento do ágio envolveu as seguintes operações:

a) a avaliação econômico-financeira da recorrente (ITAPEBI) realizada pela empresa de auditoria “ERNST & YOUNG CONSULTORES ASSOCIADOS LTDA., tendo como data base 30 de junho de 2003, encomendada pela sua então controladora, a Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia – COELBA, onde foi atribuído um “Valor de Negócio” de R\$ 300.612.000,00, conforme consta em “relatório de avaliação econômico-financeira” (destaquei), encaminhado pela “ERNST & YOUNG” para a COELBA em correspondência datada de 29/09/2003 (docs. de fls. nºs. 309 a 342 e 4049 a 4081). Como a COELBA tinha uma participação direta no “Negócio” (na recorrente) de 42% (quarenta e dois por cento), esta participação representava, naquele momento, segundo a referida avaliação, o valor R\$ 126.257.000,00;

b) posteriormente, em correspondência datada de 24/11/2004, a empresa de auditoria, ERNST & YOUNG CONSULTORES ASSOCIADOS LTDA., fazendo referência ao acima citado “laudo de avaliação da Itapebi Geração de Energia S.A.”, comunica à Neoenergia S/A a “necessidade de atualização do valor justo de mercado para a Itapebi

constante no Laudo de Avaliação Econômico-Financeira preparado pela Ernst & Young em virtude da aprovação da transferência das ações da Itapebi de propriedade da Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia ('Coelba') em favor da Neoenergia S/A (atual denominação da Guaraniana S.A.), conforme Resolução Autorizativa ANEEL nº 392 de 16 de novembro de 2004, publicada no Diário Oficial da União em 24 de novembro de 2004" (fl. de nº. 224);

c) na mesma correspondência, a Ernst & Young confirma a avaliação do patrimônio líquido da Itapebi em aproximadamente R\$ 300.612.000,00, na data de 30/06/2003, como também a possibilidade de utilização, pela Neenergia S.A., dos índices de variação dos Certificados de Depósito Interbancário (CDI), daquela data até 23 de novembro de 2004, para fins de correção daquele valor, o qual, após a aplicação dos referidos índices, passou a representar, aproximadamente, o montante de R\$ 353.840.000,00, como segue (fls. de nºs. 224 a 231):

[...]

Em decorrência da aplicação da variação da CDI sobre o montante do Patrimônio Líquido (PL) da I recorrente encontrado após a avaliação em 30/06/2003, a participação da COELBA de 42% (quarenta e dois por cento) no capital da recorrente passou a representar R\$ 148.613.004,00 (cento e quarenta e oito milhões, seiscentos e treze mil e quatro reais), sendo ali registrado em 24/11/2004, a título de ágio, o montante de R\$ 57.057.615,00, que seria a soma de R\$ 34.701.651,00, a título de ágio inicial, e de R\$ 22.355.964,00, a título de correção do ágio pela variação CDI, valores estes demonstrados pela Fiscalização no Termo de Verificação Fiscal, já considerando os efeitos da operação de alienação de ações à NEOENERGIA S/A, como se segue (fl. nº 59):

[...]

Observe-se que o mesmo valor de R\$ 148.613.004,00 foi utilizado pela COELBA para fins de alienação das ações da ITAPEBI S/A (a recorrente) à NEOENERGIA S/A, o que é confirmado pela cópia da correspondência datada de 18/10/2011, expedida pela NEOENERGIA S.A., em resposta ao "Termo de Intimação nº 05.0.01.00-2011-00251-4", lavrado pela Fiscalização, como segue (fl. nº 218):

[...]

Portanto, conforme acima descrito, o ágio teria surgido quando a COELBA, então controladora direta da recorrente (ITAPEBI), alienou tal controle, equivalente à participação de 42% (quarenta e dois por cento) das ações ordinárias da recorrente, para a NEOENERGIA S/A, que era controladora direta da então alienante – COELBA –, com uma participação de 87,84% do capital votante (da COELBA).

Tal procedimento caracteriza a figura do ágio gerado em operações internas, uma vez que ele surgiu nas operações realizadas dentro do mesmo grupo econômico – grupo NEOENERGIA –, sem a intervenção de terceiros, com as operações realizadas apenas entre empresas controladora e controlada.

Posteriormente, em 14/11/2006, a NEOENERGIA S/A aumentou o capital social da GUARANIANA PARTICIPAÇÕES S/A de R\$ 100,00 para R\$ 147.471.771,00, o qual foi subscrito com o montante da participação acionária que a NEOENERGIA S/A (então controladora direta) detinha na ITAPEBI, observando-se que referida GUARANIANA PART. S/A, foi criada em 01/12/2000 com o capital social de R\$ 100,00, mantendo-se sem atividade operacional até 14/11/2006, quando teve o seu capital aumentado com participação acionária, conforme consta descrito no Termo de Verificação Fiscal (fl. nº 60) e expressamente ratificado pela recorrente em sua defesa (fls. de nºs. 3929 e 3930).

No mês seguinte, exatamente em 27/12/2006, a recorrente (ITAPEBI S/A) incorpora a sua então controladora direta, GUARANIANA PARTICIPAÇÃO S/A (incorporação reversa), efetivando a transferência do ágio (fls. de nºs. 60, 61, 3930 a 3933). Ou seja, a empresa GUARANIANA PARTICIPAÇÃO S/A foi usada exclusivamente para a transferência do ágio, caracterizando-se como "empresa veículo". Em se tratando de

uma companhia registrada na CVM desde 05/02/2003 (docs. de fls. de n.ºs. 124 e 125), de acordo com o § 3º, do artigo 177, da Lei n.º 6.404, de 1976 (Lei das S/A), a recorrente, além do dever de manter sua escrituração contábil com obediência aos preceitos da legislação comercial, dos preceitos da própria Lei das S/A e dos princípios de contabilidade geralmente aceitos, ela deve, também, observar, na elaboração das suas demonstrações financeiras, as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

A CVM, por sua vez (conforme ressaltado no “Termo de Verificação Fiscal”), no exercício de sua função de resguardar o bom funcionamento dos mercados de capitais aqui no Brasil, vem reprovando o “ágio interno” e, em razão da competência atribuída pelo referido artigo 177, da Lei n.º 6.404, de 1976, promulgou o Ofício Circular CVM/SNC/SEP n.º 01, de 14 de fevereiro de 2007, assim se pronunciando sobre a matéria em questão, *verbis*:

[...]

Observa-se, também, que a Fiscalização, no Termo de Verificação Fiscal, aponta a existência de uma reorganização societária artificial, com vistas a gerar as referidas despesas de ágio, ora objeto de glosa, confira-se os seguintes trechos (fls. de n.ºs. 48 a 52):

[...]

Como se observa das transcrições das atas acima, o intuito real era a geração e transferência de ágio, o que, conforme já aqui visto, foi efetivado pelas empresas envolvidas, gerando o ágio objeto de glosa.

Além desses óbices ao surgimento do ágio em questão, cumpre ressaltar os seguintes elementos e efeitos tributários, alguns, inclusive, já apontadas nos autos pela Fiscalização, especificamente no já referido Termo de Verificação Fiscal, confira-se:

[...]

a) o Laudo de avaliação econômico-financeira de setembro de 2003, elaborado pela Ernst Young Consultores Associados Ltda., visa justificar apenas parte do ágio com fundamento na rentabilidade futura, uma vez que, como já aqui visto, é aplicada a variação dos Certificados de Depósito Interbancário (CDI) ocorrida entre a data da reavaliação das ações até a data da alienação das ações da COELBA para a ITAPEBI, para corrigir o valor do investimento. A adoção de tal procedimento não encontra respaldo na legislação tributária, a qual somente admite o reconhecimento de variações monetárias ativas ou passivas se decorrentes de obrigações legais ou contratuais que determinem a aplicação desses índices (artigos 375 e 377, do RIR/1999), o que não se vislumbra no presente caso, dado que a metodologia originalmente utilizada no referido Laudo de avaliação econômico-financeira foi “o método de Fluxo de Caixa Descontado (FCD)”, conforme consta ali expressamente declarado (fl. n.º 4054);

b) quando a NEOENERGIA S/A entregou as ações da recorrente à Guaraniana Participações S/A, para fins de integralização de sua participação no capital desta, em tese, teria ocorrido uma alienação de ativo permanente, cuja consequência, nestes casos, seria a apuração do ganho ou perda de capital, e, assim, diante da alienação do investimento (sua realização), desapareceria a figura do ágio, conforme previsto no artigo 418, do RIR/1999, como se segue:

“Art. 418. Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, na desapropriação, na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente (Decreto-lei n.º 1.598, de 1977, art. 31).

§1º Ressalvadas as disposições especiais, a determinação do ganho ou perda de capital terá por base o valor contábil do bem, assim entendido o que estiver registrado na escrituração do contribuinte e diminuído, se for o caso, da depreciação, amortização ou exaustão acumulada.”

c) que embora formalmente tenha havido tal alienação, a então controladora NEOENERGIA S/A, continuou a fazer lançamentos mensais relativos à amortização de ágio (despesa) oriundo do investimento na recorrente (ITAPEBI), como se não tivesse ocorrido qualquer operação de mudança de controle;

d) tal procedimento indica a existência da duplicidade de despesas de ágio, pois, se de um lado, a recorrente, empresa controlada, vem amortizando o “ágio de si mesma”, oriundo da “aquisição de suas ações” feitas pela NEOENERGIA S/A junto à COELBA S/A, e que lhe foram transferidas via a empresa veículo GUARANIANA S/A, por outro lado, a mesma NEOENERGIA S/A, sua controladora, também, vem amortizando o ágio oriundo das mesmas ações;

e) a quitação do débito, no valor de R\$ 148.613.004,36, oriundo da aquisição das ações da recorrente pela NEOENERGIA S/A (controladora) junto à COELBA S/A (controlada) foi feita por meio do encontro de contas, onde a COELBA deixou de pagar à NEOENERGIA dividendos declarados no valor de R\$ 93.191.865,14 e juros sobre o capital próprio, no valor de R\$ 55.923.223,04, em contrapartida à aquisição das ações, totalizando o montante de R\$ 149.115.088,18 (fls. 53 e 54), o que demonstra a ausência de desembolso efetivo;

f) o laudo da “DELOITTE” simplesmente atesta a regularidade dos registros contábeis do investimento, inclusive do ágio, ele não faz uma nova avaliação do investimento;

g) a obrigatoriedade de desverticalização do setor elétrico brasileiro imposta pelo artigo 8º, da Medida Provisória nº 144, de 11 de dezembro de 2003, convertida na Lei nº 10.848, de 2004, não é causa justificadora da formação do ágio interno, pois, conforme bem ressaltado pela Fiscalização (fls. nºs. 50, 51, 61 e 62), já em outubro de 2002, ou seja, mais de um ano antes da edição da referida Medida Provisória nº 144, dezembro de 2003, que determinou a desverticalização, na Ata da Reunião do Conselho de Administração da Guaraniana S/A (atual NEOENERGIA S/A), realizada em 16 de Outubro de 2002: “- Políticas financeiras e reestruturação societária. Planejamento 2003 – 2007”, o referido Conselho aprovou, por unanimidade, a utilização de recursos de juros sobre capital próprio e de dividendos das empresas distribuidoras de energia para a desverticalização de diversas empresas, estando aí incluída a desverticalização da Itapebi (a recorrente) da COELBA S/A, então sua controladora;

Portanto, se na avaliação da CVM e da recente jurisprudência administrativa, para que se configure a existência de ágio em qualquer operação de aquisição ou de subscrição de investimentos, a ser avaliada pelo método da equivalência patrimonial, é necessário que nela conste a existência do efetivo dispêndio, o qual, por sua vez, só surge quando o preço ou o custo de aquisição advenha de pagamentos efetuados por terceiros, cuja transação seja realizada entre partes independentes, e, não se configurando os referidos requisitos na operação de alienação das ações da recorrente realizada pela então sua controladora, a COELBA, para a NEOENERGIA, então controladora de ambas, que motivaram o surgimento e a posterior transferência do ágio ora aqui glosada, há de se concluir que tais operações se configuram em sofisma formal, pois, não têm substância econômica, à medida em que não geraram riqueza nova, nem houve a intervenção de terceiros independentes e nem houve efetivo desembolso (pagamento) do preço, e, por consequência, estamos diante de uma situação enganosa, de embuste, de um logro, cujo único objetivo foi o de gerar o ágio para fins de redução da base tributária.

Ademais, ainda que se considerasse como verdadeiro o ágio surgido nessas condições, para que houvesse a amortização do ágio na prevista no artigo 7º, da Lei nº 9.532, de 1997 (base legal do artigo 386, do RIR/1999), não foi preenchido o requisito de a empresa investidora que assumiu diretamente o ônus pela aquisição do controle da empresa investida se tornassem uma única entidade (aspecto pessoal), e desaparecesse a figura do investimento com a confusão de patrimônio entre a investidora (original) e a investida (aspecto material), em verdade, o que se observa, é a permanência do mesmo controle quando da “aquisição” do investimento (participação societária na recorrente) pela antiga Guaraniana S/A, atual NEOENERGIA S/A, junto à sua antiga controladora, a COELBA S/A, inclusive, mantendo o mesmo ágio surgido na aquisição, ou seja, o que

houve, efetivamente, foi uma transferência de ágio, a qual vinha e continua sendo mantido na investidora original e, também, na investida, no caso, na recorrente, caracterizando-se, também, uma duplicidade de despesas de ágio.

Cita outros julgados deste Conselho para *demonstrar a pertinência do entendimento aqui exposto quanto à indedutibilidade do ágio criado de forma artificial e da qualificação da multa aplicada*, e defende que, *constatada a inexistência do referido ágio, o qual, como visto, sequer é admitida para fins contábeis, e, tendo em vista que a recorrente apurou o IRPJ com base no lucro real anual, o qual, por sua vez tem como base de apuração o lucro líquido do exercício apurado contabilmente com observância das leis comerciais e fiscais, seria correta a glosa realizada pela Fiscalização dos valores deduzidos pela ora recorrente a título de despesas de ágio, razão pela qual o lançamento merece ser mantido em sua totalidade.*, transcrevem-se os seguintes acórdãos deste Conselho.

Finaliza defendendo a manutenção da aplicação dos juros de mora sobre a multa de ofício, pleiteando o não seguimento do recurso especial da Contribuinte ou que lhe seja negado provimento.

Os autos foram restituídos para relatoria do Conselheiro Demetrius Nichele Macei, mas com sua dispensa promoveu-se novo sorteio.

Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA, Relatora.

Recurso especial da PGFN - Admissibilidade

A Contribuinte arguiu, em contrarrazões, a nulidade do despacho de admissibilidade do recurso fazendário porque *procedido por pessoa que não possui tal atribuição, que sequer possui a atribuição de Conselheiro deste E. Conselho (qualificado apenas como "colaborador do CARF")*, sendo que o Presidente da Câmara recorrida apenas após seu "De acordo", dando seguimento ao recurso em questão. Estranhamente deixou de arguir o mesmo vício em agravo contra a admissibilidade parcial de seu recurso especial, muito embora ambas decisões apresentem o mesmo padrão formal. Veja-se:

- Despacho de admissibilidade do recurso especial da PGFN (e-fls. 4453/4454):

Logo, considero que a Recorrente logrou êxito em demonstrar a divergência em relação à aplicação de multa de ofício qualificada, quando da glosa de amortização de ágio.

Reconhecida a divergência a partir do 1º paradigma, despcienda a análise do segundo.

Diante do exposto, com fundamento no art.67, do anexo II do RICARF, proponho que seja DADO SEGUIMENTO ao Recurso Especial interposto pelo Fazenda Nacional.

À consideração da Sra. Presidente da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF.

[assinado digitalmente]

GIOVANA PAIVA

Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil

[Designado para compor o quadro de servidores de que trata o art. 8º da Portaria MF nº 343/2015 pela Portaria Conjunta RFB/CARF nº 1078/2016]

De acordo.

Com fundamento nos artigos 18, inciso III, 67 e 68 do Anexo II do RICARF, aprovado pela Portaria MF n.343/2015, DOU SEGUIMENTO ao recurso especial interposto Procuradoria da Fazenda Nacional.

Encaminhem-se os autos à unidade de Origem da RFB, para ciência deste despacho ao sujeito passivo, do acórdão recorrido n. 1302-001.950 (e-fls. 4358 a 4406) e do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional (e-fls.4408 a 4447), assegurando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias para interpor recurso especial, bem como para oferecer contrarrazões, conforme disposto nos arts.67 e 69, do anexo II do RICARF, aprovado pela Portaria MF n.343/2015. Após, retornem os autos ao CARF, para prosseguimento.

[assinado digitalmente]

ADRIANA GOMES RÊGO

Presidente da 3ª Câmara da 1ª Seção do CARF

- Despacho de admissibilidade do recurso especial da Contribuinte (e-fls. 4660/4661):

Por tais razões, neste juízo de cognição sumária, conclui-se pela caracterização, em parte, das divergências de interpretação suscitadas.

Pelo exposto, do exame dos pressupostos de admissibilidade, PROPONHO seja ADMITIDO, EM PARTE, o Recurso Especial interposto.

(assinado digitalmente)

Sérgio Rodrigues Mendes

Auditor-Fiscal da RFB

Autoridade Tributária e Aduaneira da União

3ª Câmara da 1ª Seção do CARF

Com fundamento nas razões acima expendidas, nos termos dos arts. 18, inciso III, c/c 68, § 1º, ambos do Anexo II do RI/CARF aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, ADMITO, EM PARTE, o Recurso Especial interposto, no que se refere às matérias: (1) “amortização de ágio - existência de propósito comercial”; (2) “amortização de ágio – utilização de empresa-veículo e incorporação reversa”; e (4) “ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa”. Encaminhe-se à Unidade de Origem da RFB, para cientificar o sujeito passivo do presente Despacho. Após, encaminhe-se à PGFN, para ciência do Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo e do presente Despacho, assegurando-lhe o prazo de quinze dias para oferecer Contrarrazões, relativamente à matéria que obteve seguimento, conforme o disposto no art. 70 (Anexo II) do mesmo Regimento. Finalmente, encaminhe-se ao CARF, para distribuição e julgamento dos Recursos Especiais da Fazenda Nacional e do sujeito passivo pela CSRF.

Deste despacho cabe Agravo, nos termos do art. 71 (Anexo II) do RI/CARF aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, com a redação da Portaria MF nº 152, de 2016, relativamente à matéria que não obteve seguimento: (3) “nulidade do acórdão recorrido por impossibilidade de alteração de critério jurídico”. (assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo

Presidente da 3ª Câmara da 1ª Seção do CARF

De toda a sorte, este Colegiado tem superado esta preliminar nas oportunidades em que a enfrentou, como é exemplo o voto da Conselheira Adriana Gomes Rêgo no Acórdão nº 9101-002.901¹, proferido na sessão de 7 de junho de 2017:

¹ Participaram do presente julgamento os Conselheiros Adriana Gomes Rêgo, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Luís Flávio Neto, Rafael Vidal de Araújo, José Eduardo Dornelas Souza, Gerson Macedo Guerra e Marcos Aurélio Pereira Valadão. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Carlos Alberto Freitas Barreto.

Também nas preliminares de suas contrarrazões, a Contribuinte aponta nulidade do Exame de Admissibilidade do Recurso Especial da Fazenda Nacional, afirmando que foi procedido por pessoa que não possui atribuição para tal.

Cumpre transcrever a parte final do Despacho em que a admissibilidade do recurso foi apreciada (às e-fls. 1.646/1.648):

*Diante do exposto, com fundamento no art. 67, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, proponho que seja **DADO SEGUIMENTO** ao recurso especial, interposto pela PGFN, para que seja rediscutida a matéria relativa à dedutibilidade das despesas com royalties pagos a sócio pessoa jurídica na apuração do IRPJ e CSLL.*

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva

De acordo.

*Com fundamento nos artigos 18, inciso III, 67 e 68, do Anexo, II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, **DOU SEGUIMENTO** ao recurso especial, interposto pela PGFN, admitindo a rediscussão da matéria relativa à dedutibilidade das despesas com royalties pagos a sócio pessoa jurídica na apuração do IRPJ e CSLL.*

O presente processo deve ser encaminhado a Unidade de origem para ciência ao Sujeito Passivo do Acórdão, do recurso especial da PGFN, e deste despacho assegurando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias para oferecer contrarrazões e, se for o caso, apresentar recurso especial relativa à parte do acórdão que lhe foi desfavorável. Ressalte-se que esse despacho é definitivo, em conformidade com o art. 69 do Anexo II do RICARF. Ao final, os autos devem retornar ao CARF para prosseguimento.

(assinado digitalmente)

Marcos Aurélio Pereira Valadão

Presidente da 1ª Seção e 2ª Câmara /1ª Seção/CARF/MF/DF

Como se vê do excerto acima transcrito, não é a Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil Carmen Ferreira Saraiva quem decide admitir o recurso especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional, mas sim o Presidente da 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF, Marcos Aurélio Pereira Valadão.

É ele, que tem competência para "admitir ou negar seguimento a recurso especial" (nos termos do art. 18, inciso III, do Anexo II do Regimento Interno do CARF RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015), quem decide dar seguimento ao recurso. O fato de o fazer tomando por base análise empreendida por Auditora-Fiscal designada, pela Portaria Conjunta RFB/CARF nº 889, de 2015, para compor o quadro de servidores de que trata o art. 8º da Portaria MF nº 343, de 2015 em nada macula sua decisão.

A atuação da Auditora-Fiscal em questão está em absoluta conformidade com o que a Portaria MF nº 343, de 2015, que aprova o RICARF, enuncia em seu art. 8º, uma vez que ela atuou colaborando em um dos processos de trabalho do CARF, qual seja o de exame de admissibilidade de recursos especiais. Confira-se:

Art. 8º Ato conjunto do Secretário da Receita Federal do Brasil e do Presidente do CARF fixará quadro de servidores da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) que colaborará, integral ou parcialmente, nos processos de trabalho do CARF.

Rejeito, portanto, a preliminar de nulidade do exame de admissibilidade do recurso especial.

No mesmo sentido foi a decisão deste Colegiado no Acórdão nº 9101-003.964², proferido na sessão de 16 de janeiro de 2019, nos termos do voto condutor do ex-Conselheiro Demetrius Nichele Macei:

O contribuinte, em suas contrarrazões (p. 2076/2109), questiona o r. despacho de admissibilidade.

Aponta, inicialmente, nulidade do r. despacho em razão da análise da admissibilidade ter sido feita por “pessoa que não possui tal atribuição”, observando que o Presidente da Câmara recorrida apenas após o seu “de acordo”. Com a devida vênia, o despacho de admissibilidade foi formulado pelo Presidente da Segunda Câmara da Primeira Seção do CARF que, tomando o relatório feito por auditor fiscal, deu a sua decisão, de acordo com o Regimento Interno do CARF, não havendo a dita nulidade apontada.

A questão, a meu ver não é tributária nem processual, mas resolvida pelo Direito Administrativo. Dentre as diversas manifestações de autoridades administrativas temos as meramente técnicas e as decisórias. Aqui o auditor especialista atua como técnico, e o presidente de Câmara no exercício efetivo de sua competência.

Por compartilhar do entendimento expresso nos julgados referidos, esta Conselheira entende que, também aqui, a preliminar de nulidade do exame de admissibilidade do recurso especial da PGFN não merece ser acolhida, passando-se aos demais questionamentos da Contribuinte acerca do conhecimento do recurso.

Defende que não seja conhecido o recurso especial da PGFN por pretender reexame de fatos e provas.

Para que tal não se verifique, é imperioso que os acórdãos comparados se reportem a bases fáticas semelhantes, demandando deste Colegiado, apenas, a solução do dissídio verificado na interpretação da legislação de regência da matéria.

No presente caso, a qualificação da penalidade está assim motivada no Termo de Verificação Fiscal às e-fls. 67/69:

VI. DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA

Enquadramento: artigo 72, da Lei 4.502 de 30 de novembro de 1964; artigo 44, inciso II, da Lei 9.430 de 27 de dezembro de 1996, com nova redação dada pela lei 11.488, de 15 de junho de 2007

104. Verificou-se que não houve propósito outro que não fosse obstacularizar o recolhimento de tributos, através a amortização do ágio gerado artificialmente, sem substrato econômico, em reestruturação societária dissimulada, com a utilização de empresa veículo, de papel.

105. A situação de incorporação da empresa veículo (sociedade de passagem) NORDESTE PARTICIPAÇÕES S/A foi criada para que se enquadrasse na possibilidade de deduzir despesas de amortização de ágio, advinda com a publicação da Lei nº 9.532/97. Essa empresa nunca operou segundo seu objeto social.

106. A ausência de propósito negocial dessas empresas ofende inclusive os artigos 421 e 422 do Código Civil, pois não contam com qualquer função social. A função a que serviram foi a de evadir o recolhimento de tributos.

107. A sucessão de atos praticados, inclusive a submissão da análise aos órgãos regulatórios como ANEEL e CVM, apenas aparentemente lhes conferiram licitude. A

² Participaram da sessão de julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Luis Fabiano Alves Penteado, José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado) e Adriana Gomes Rêgo (Presidente). Ausente a conselheira Livia De Carli Germano.

obrigatoriedade de prévia autorização dessas entidades diz respeito às competências regulatórias a elas atribuídas.

108. No caso, da ANEEL, por figurarem as sociedades empresárias como partes em contratos administrativos (do qual são espécies os contratos de concessão e permissão de serviços públicos), campo do direito administrativo, portanto. A anuência da ANEEL relativamente às operações societárias da Contribuinte diz respeito à capacidade das empresas envolvidas permanecerem na prestação dos serviços públicos. Não diz respeito ao direito tributário.

109. Mesmo assim, a ANEEL fez ressalva, no último parágrafo do Ofício nº 443/2006-SEF7ANEEL, de 22 de março de 2006, que autorizava a incorporação da empresa veículo GUARANIANA PARTICIPAÇÕES pela ITAPEBI, de que a autorização limita-se ao âmbito regulatório e não contempla aspectos de ordem tributária.

110. A CVM tem tomado precauções para proteger os acionistas não controladores desde as Instruções nº 319/99 e nº 349/01. E como se pode ler do Ofício Circular CVM/CNC/SEP nº 01, de 14 de fevereiro de 2007, ataca fortemente a moralidade dessas reestruturações que resultam na geração artificial de ágio.

111. Como se observou das Atas das Reuniões do Conselho de Administração, a controladora NEOENERGIA planejou cada passo das reestruturações para que formalmente elas aparentassem lícitas.

112. Nos termos da legislação, o aproveitamento do ágio como benefício fiscal só pode ocorrer quando há incorporação direta ou reversa, ou fusão, ou cisão, e na situação de o ágio ter fundamento em rentabilidade futura.

113. No caso aqui fiscalizado, substancialmente não houve ágio (e sim ágio interno que não existe economicamente); parte da valorização da empresa não tem fundamento em rentabilidade futura e sim em mera correção da CDI do valor anteriormente avaliado (R\$ 22.355.964,00 dos R\$ 57.057.615,00 registrados); não houve incorporação da real controladora, pois a NEOENERGIA permanece no controle com sua participação inalterada de 42%; o que houve foi a utilização do artifício da utilização da empresa "de passagem" GUARANIANA PARTICIPAÇÕES, em simulação de incorporação.

114. Essas condutas não se apresentam no campo do planejamento lícito. Configuram-se, então, a simulação e a fraude.

O Colegiado *a quo*, por sua vez, excluiu a qualificação da penalidade sob os seguintes pressupostos:

A recorrente se insurge contra a qualificação da multa, alegando que, caso não sejam acolhidos os argumentos anteriormente expostos, cancelando-se integralmente a autuação, deve ser afastada a multa agravada aplicada pela autoridade fiscalizadora, em face da inexistência de provas e da imaterialidade dos indícios acerca da suposta existência de fraude praticada pela recorrente.

A autoridade lançadora qualificou a multa ao entendimento de que as operações realizadas tiveram como único propósito obstaculizar o recolhimento de tributos, mediante a amortização de ágio gerado artificialmente, sem substrato econômico, em reestruturação societária dissimulada, com utilização de empresa veículo, de papel. Entende que a empresa veículo nunca operou segundo seu objeto social, e não cumpriria a função social exigida pelo Código Civil. Que os atos formais registrados juntos aos órgãos regulatórios (ANEEL e CVM), visavam somente dar aparência de licitude.

Sustenta a fiscalização que, substancialmente não houve ágio (apenas ágio interno); que parte da valorização da empresa não tem fundamento em rentabilidade futura, mas sim em mera correção pela taxa do CDI; que não houve incorporação real da controladora; que houve utilização do artifício de criação de uma empresa veículo, em simulação de incorporação.

Ao final conclui que essas condutas não se apresentam no campo do planejamento lícito, configurando-se, então, a simulação e a fraude.

Examinando o conjunto de elemento dos autos, entendo que, desta feita, não restou caracterizada uma situação de simulação ou fraude por parte da recorrente, mas sim uma interpretação equivocada do real alcance das normas tributárias que disciplinam a amortização do ágio em reorganizações societárias. Ao fim e ao cabo não se pode dizer que o processo de reorganização societária empreendido de nada tenha servido aos objetivos empresariais da recorrente, na medida em que, ainda que em momento posterior, a legislação setorial acabou por exigir a desverticalização das empresas do setor elétrico, com a separação das geradoras e distribuidoras de energia, objetivo que restou alcançado ao final do processo.

É certo que todo o processo de reorganização poderia ter sido conduzido sem qualquer discussão sobre a geração de ágio, mas há que se levar em conta a gama de interpretações divergentes acerca dos limites para a dedução do ágio nas aquisições de investimentos por parte das empresas ao se estipular a penalidade decorrente da glosa das amortizações que não se amoldam ao texto legal.

Neste caso, ao menos se constata que, com exceção da empresa veículo, utilizada para viabilizar a utilização do benefício fiscal, as empresas envolvidas tem operacionalidade, patrimônio e existência real, não podendo ser confundidas com outras situações de ágio interno em que apenas uma empresa (a que se beneficia do ágio) têm existência real.

Ante ao exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso nesta parte, para reduzir a multa de ofício aplicada de 150% para 75%.

Da demonstração da divergência jurisprudencial apresentada no recurso especial da PGFN extrai-se:

Como visto, em todos os casos, partiu-se da constatação de que houve fraude, em virtude da divergência entre a vontade real e a vontade declarada, para concluir-se pela qualificação da multa.

Ao revés, a decisão recorrida entendeu que a multa de ofício deveria ser fixada no patamar de 75%, pois, sob sua ótica, houve apenas a má interpretação da lei tributária pelo sujeito passivo.

Ocorre que, como já destacado no item anterior, em que pese o grupo empresarial ao qual pertence a ITAPEBI GERAÇÃO DE ENERGIA ter tentado dar uma aparência de legalidade aos negócios que originaram o ágio posteriormente amortizado, tais operações, na realidade, não eram aquilo que aparentavam.

Observa-se em todos os casos confrontados que as operações realizadas tiveram como único propósito obstaculizar o recolhimento de tributos, mediante a amortização de ágio gerado artificialmente, sem substrato econômico, em reestruturação societária dissimulada, com utilização de empresa veículo, de papel. As empresas veículos retratadas nos acórdãos cotejados nunca operaram segundo seu objeto social, e não cumpriram a função social exigida pelo Código Civil. No presente caso concreto observa-se particularmente que os atos formais registrados juntos aos órgãos regulatórios (ANEEL e CVM), visavam somente dar aparência de licitude.

A similitude do quadro fático também resta demonstrada pelo fato de que, em todas as situações discutidas e julgadas, verificou-se que substancialmente não houve ágio (apenas ágio interno); que parte da valorização da empresa não tem fundamento em rentabilidade futura; que não houve incorporação real da controladora; que houve utilização do artifício de criação de uma empresa veículo, em simulação de incorporação. Como visto, condutas engendradas dentro do mesmo grupo econômico.

De fato, constata-se no paradigma nº 9101-002.300 que as circunstâncias de o ágio amortizado ter sido gerado artificialmente, porque interno e sem substrato econômico, *com utilização de empresa veículo, de papel*, foram suficientes para a validação da multa qualificada. Como consignado em seu voto condutor, o fato de sociedade de participação ter se prestado como "*veículo*" para permitir a geração artificial de uma mais-valia e sua transferência para empresas do grupo econômico permitiu concluir que a empresa fiscalizada agiu de maneira

dolosa para criar condições artificiais para possibilitar a amortização indevida de ágio gerado internamente, em transações que não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, sendo irrelevante os atos societários estarem devidamente registrados na Junta Comercial do Paraná e na escrituração comercial e fiscal da contribuinte e da controladora por ela incorporada, porque a contribuinte estava perfeitamente ciente da falta de propósito negocial do ágio gerado internamente, por meio de um investimento nulo realizado intragrupo.

Contudo, o voto condutor do acórdão recorrido, apesar de reconhecer *que todo o processo de reorganização poderia ter sido conduzido sem qualquer discussão sobre a geração de ágio*, e confirmar a interposição de empresa veículo, *utilizada para viabilizar a utilização do benefício fiscal*, concluiu ser incabível a qualificação da penalidade não só tendo em conta a gama de interpretações divergentes acerca dos limites para a dedução do ágio nas aquisições de investimentos por parte das empresas e o fato de que as demais empresas envolvidas tem operacionalidade, patrimônio e existência real. Em especial, o acórdão recorrido traz ponderação de que o presente caso se distinguiria de outras situações de ágio interno em que apenas uma empresa (a que se beneficia do ágio) têm existência real e, mais importante ainda, que ao fim e ao cabo não se pode dizer que o processo de reorganização societária empreendido de nada tenha servido aos objetivos empresariais da recorrente, na medida em que, ainda que em momento posterior, a legislação setorial acabou por exigir a desverticalização das empresas do setor elétrico, com a separação das geradoras e distribuidoras de energia, objetivo que restou alcançado ao final do processo.

Logo, há no recorrido circunstâncias vinculadas à legislação setorial que influenciaram a decisão do Colegiado *a quo* na avaliação da conduta que poderia justificar a qualificação da penalidade. De fato, nestes autos há arguição de propósito negocial em face da necessidade de desverticalização do setor elétrico, contexto com características específicas, devidamente enfrentadas no acórdão recorrido.

No paradigma nº 9101-002.300 tanto a investida, como a investidora, têm existência real, mas há interposição de uma empresa de participação com a finalidade exclusiva de se prestar como veículo do ágio interno para o patrimônio da investida e viabilizar sua amortização fiscal. Já no recorrido, o Colegiado *a quo* vislumbrou outra finalidade, decorrente da desverticalização das empresas do setor elétrico, a justificar a redução da penalidade aplicada.

No que se refere ao paradigma nº 1202-000.753, esta ressalva acerca das demais empresas participantes terem existência real não tem qualquer aplicação porque o ágio interno foi gerado em operação de fusão de duas empresas operacionais, que se aproveitaram da reorganização societária para auferir a vantagem fiscal decorrente de sua amortização, à semelhança do verificado nestes autos. Do voto condutor do referido paradigma consta:

Como relatado, a autoridade fiscal, diante dos elementos colhidos durante o procedimento de fiscalização, concluiu que a vontade real das empresas CAIMI BRASIL e LIAISON sempre foi a fusão das duas empresas, o que poderia ter sido efetivado através de um único evento societário, mas que, ao invés disso, por vislumbrar a possibilidade de “gerar” internamente ágio e, posteriormente, utilizar a amortização deste “ágio” para reduzir o seu resultado fiscal (Lucro Real e base de cálculo da CSLL), a forma jurídica utilizada foi outra, criando-se diversos eventos societários distintos.

[...]

Assim, verifica-se grupo econômico quando as empresas são controladas pelas mesmas pessoas, como é exatamente o caso dos autos, em que, de um lado, a Recorrente adquiriu participações de empresa (CAIMI BRASIL) constituída unicamente pelo

capital de sua própria sócia (CAIMI SAC Chile). A cronologia das operações demonstra o grau de relacionamento entre as envolvidas:

[...]

De outro lado, a Recorrente também adquiriu participações de empresa (LIAISON) constituída majoritariamente pelo capital de sua outra sócia (JOFECRED). A cronologia das operações demonstra o grau de relacionamento entre as envolvidas:

[...]

Cabe ainda ressaltar que o sócio Sr. Severino Adolfo Oppelt, em 27/12/2004, era detentor da maior parte do capital da JOFECRED (99,5%), o que demonstra a utilização da empresa JOFECRED como mero veículo na integralização do capital com ágio na Recorrente, visto que o sócio pessoa física passou a fazer parte da LIAISON através de empresa por ele controlada.

Ademais, o mesmo Sr. Severino Adolfo Oppelt representava a CAIMI CHILE e a LIAISON nos instrumentos de alteração contratual da CAIMI BRASIL (fls.301 e ss), o que vem a reforçar o vínculo entre as envolvidas nas operações de reestruturação societária que deram ensejo ao ágio indevidamente amortizado.

[...]

No caso concreto, dos elementos juntados aos autos se constata uma sequência de negócios com aparência de regulares e visando certo efeito diverso do demonstrado. Nesse caso, o vício na causa do negócio complexo leva ao reconhecimento de simulação de todo o conjunto de atos e negócios parciais.

Assim, diante de todo o exposto e considerando que o CTN prevê a hipótese de lançamento de ofício nos casos em que comprovada a existência de atos ou negócios jurídicos simulados (art. 149, VII), deve ser mantida a exigência.

Ante ao exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso nesta parte, para reduzir a multa de ofício aplicada de 150% para 75%.

[...]

Verificou-se que, a partir do engendramento de operações societárias complexas e simuladas, incluindo a participação de interposta pessoa (JOFECRED), pretendeu a recorrente, intencionalmente, subtrair-se à tributação, o que tornou tais operações ilegais, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não permite a evasão tributária por meio de simulação.

[...]

Assim, tendo sido constatada situação que se enquadra como fraudulenta, nos termos do art. 72 da Lei nº 4.602/64, perfeitamente cabível a multa qualificada de 150% prevista no art. 44, §1º, da Lei nº 9.430/96.

Contudo, como antes demonstrado, no presente caso, essa pretensão de vantagem fiscal decorrente da amortização do ágio gerado internamente se dá num processo de desverticalização do setor elétrico, e esta circunstância específica foi invocada para afastar a qualificação da penalidade, cabendo cogitar como decidiria o Colegiado que proferiu o paradigma se, para além da formação interna do ágio, a operação se desse num contexto de demanda de legislação setorial.

Nota-se, portanto, que os acórdãos comparados apresentam dessemelhança em um ponto determinante para a decisão acerca da qualificação da penalidade no âmbito do recorrido: a exigência legal de operações societárias que resultassem na desverticalização no setor elétrico. Em tais circunstâncias, o dissídio jurisprudencial não se estabelece.

De fato, nos termos do art. 67 do Anexo II do RICARF, o recurso especial somente tem cabimento se a *decisão der à legislação tributária interpretação divergente da que*

lhe tenha dado outro Colegiado deste Conselho. Por sua vez, para comparação de interpretações e constatação de divergência é indispensável que situações fáticas semelhantes tenham sido decididas nos acórdãos confrontados. Se inexistir tal semelhança, a pretendida decisão se prestaria, apenas, a definir, no caso concreto, o alcance das normas tributárias, extrapolando a competência da CSRF, que não representa terceira instância administrativa, mas apenas órgão destinado a solucionar divergências jurisprudenciais. Neste sentido, aliás, é o entendimento firmado por todas as Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, como são exemplos os recentes Acórdãos n.º 9101-002.239, 9202-003.903 e 9303-004.148, reproduzindo entendimento há muito consolidado administrativamente, consoante Acórdão CSRF n.º 01-0.956, de 27/11/1989:

Caracteriza-se a divergência de julgados, e justifica-se o apelo extremo, quando o recorrente apresenta as circunstâncias que assemelhem ou identifiquem os casos confrontados. Se a circunstância, fundamental na apreciação da divergência a nível do juízo de admissibilidade do recurso, é “tudo que modifica um fato em seu conceito sem lhe alterar a essência” ou que se “agrega a um fato sem alterá-lo substancialmente” (Magalhães Noronha, in Direito Penal, Saraiva, 1º vol., 1973, p. 248), não se toma conhecimento de recurso de divergência, quando no núcleo, a base, o centro nevralgico da questão, dos acórdãos paradigmas, são díspares. Não se pode ter como acórdão paradigma enunciado geral, que somente confirma a legislação de regência, e assente em fatos que não coincidem com os do acórdão inquinado.

Por tais razões, deve ser NEGADO CONHECIMENTO ao recurso especial da PGFN.

Recurso especial da Contribuinte - Admissibilidade

A PGFN contesta a admissibilidade do recurso especial da Contribuinte no que se refere à primeira matéria (“amortização de ágio - existência de propósito negocial”) e à segunda (“amortização de ágio – utilização de empresa-veículo e incorporação reversa”). Além de consignar que a Contribuinte *não se desincumbiu, com êxito, do ônus de demonstrar de modo analítico a divergência de teses entre órgãos julgadores diversos sobre a mesma matéria*, limitando-se a contrapor ideias, teses, a PGFN observa que a decisão recorrida está fundamentada na análise do peculiar contexto fático desenhado nestes autos, restando patente a ausência de similitude fática entre os acórdãos cotejados. Ademais, os fundamentos da decisão recorrida transcendem a mera alegação de ausência de propósito negocial, e a decisão guerreada sequer tangenciou ainda a análise de utilização de empresa veículo e de incorporação reversa. Assim, a negativa de seguimento a qualquer uma das matérias 1 ou 2, ensejaria o não conhecimento do recurso por falta de interesse de agir e de utilidade recursal, para além do fato de o acórdão recorrido também ter se pautado na ausência de prova do fundamento do ágio.

O exame do voto condutor do acórdão recorrido evidencia que a manutenção da glosa das amortizações de ágio está pautada nos seguintes fundamentos:

- Inexistência de propósito negocial a justificar as operações na forma realizada:

Cumprido, desde logo, ao menos relativizar a afirmação da recorrente de que todas as operações realizadas decorreram da necessidade de desverticalização das atividades do setor elétrico que teriam sido determinadas pela Lei n.º 10.848/04, que resultou da conversão da MP. n.º 144, de 11/12/2003.

[...]

Ou seja, embora as operações societárias, que foram realizadas, se enquadrassem nos objetivos e necessidades que vieram a ser estabelecidos pela Lei nº 10.848/04, a decisão de realiza-las independeu desta diretriz legal, pois foi tomada muito antes da edição da norma.

Noutro giro, importa observar que o processo de desverticalização poderia ter sido realizado sem que se verificasse o pagamento de qualquer ágio, sendo este decorrente exclusivamente da vontade e determinação dos controladores das empresas envolvidas nas operações, pois, evidentemente, a lei setorial nada dispunha, e nem poderia, sobre tais condições de negócios.

[...]

- Inadmissibilidade do ágio interno:

[...]

Além de questionar o propósito efetivo das operações societárias realizadas que, teriam sido realizadas primordialmente com o intuito de gerar o ágio com vistas ao seu aproveitamento fiscal pela ITAPEBI, a autoridade fiscal aponta que tais operações foram geradas exclusivamente entre empresas submetidas ao mesmo grupo controlador, sem que houvesse mutação no controle e, nem mesmo, variação percentual nas participações societárias.

A fiscalização aponta, ainda, que não houve movimentação financeira, tendo sido a operação quitada por encontro de contas, mediante a utilização de créditos decorrentes de Juros sobre Capital Próprio e Dividendos declarados, que a NEOENERGIA detinha na COELBA. Indica que a retenção dos Dividendos e Juros sobre o Capital Próprio para a quitação do negócio é indiferente pois os recursos ficarão no patrimônio da controlada (COELBA).

[...]

Com relação à independência entre as partes na formação do preço, restou sobejamente demonstrado pela fiscalização que a empresa objeto da desverticalização (ITAPEBI) era integralmente controlada pela NEOENERGIA e pelos acionistas controladores desta última, de modo que tanto a fixação do preço quanto as vantagens dele decorrentes tiveram como beneficiários os mesmos controladores diretos e indiretos, de modo que, quanto maior fosse o valor a ser fixado, maiores seriam as vantagens, pois os controladores eram a um só tempo, compradores e vendedores.

No quesito relativo à existência de efetivo pagamento pela aquisição do investimento, à primeira vista pode parecer que teria havido um efetivo desembolso por parte da NEOENERGIA, na medida em que esta teria oferecido como pagamento o valor de dividendos e JCP que teria como crédito junto à sua controlada direta (COELBA), que detinha o investimento na ITAPEBI. Na prática, no entanto o que se verifica é uma mera permutação de ativos entre controladora (NEOENERGIA) e controlada (COELBA), passando a primeira a ser detentora do investimento direto na ITAPEBI e a segunda deixando de ser devedora de dividendos e JCP à sua controladora. Não há qualquer sacrifício patrimonial para a adquirente (NEOENERGIA), mas mera permuta de ativos. Nem mesmo sacrifício do fluxo financeiro pode ser alegado, pois como apontou a fiscalização, ainda antes da operação ser formalizada a controlada indireta (ITAPEBI) fez um empréstimo de R\$ 50 milhões à NEOENERGIA e, posteriormente o capital da ITAPEBI foi reduzido em R\$ 45 milhões.

Por fim, no que concerne à participação no controle da ITAPEBI, nenhuma modificação relevante ocorreu, mas tão somente a modificação do controle direto que passou da COELBA, controlada direta da NEOENERGIA, para esta última, que já detinha o controle indireto da ITAPEBI, mantendo a mesma participação.

[...]

Veja-se que até aqui estamos analisando unicamente a formação do ágio, sem ainda adentrarmos à questão relacionada à sua transferência para uma empresa veículo de

forma a viabilizar o seu aproveitamento pela investida (ITAPEBI), sem que esta resultasse na incorporação da sua investidora (NEOENERGIA).

Entendo que, pelas razões expostas, não é possível reconhecer como dispêndio passível de amortização o ágio apurado em decorrência das operações societárias examinadas nestes autos.

[...]

- **Inadmissibilidade da amortização de ágio transferido:**

Não obstante as razões já elencadas para negar provimento às alegações da recorrente quanto à formação do ágio, impõe-se analisar se a transferência do ágio apurado para a empresa veículo (Guaraniana Participações) atende aos pressupostos para sua amortização.

[...]

Em julgamentos anteriores dos quais participei, nesta ou em outras turmas como conselheiro substituto, na qual esta matéria havia sido discutida eu vinha me posicionando no sentido de que a questão fundamental, em se tratando de amortização do ágio era verificar se não existia vício na sua formação.

Assim, já manifestei entendimento no sentido de que *"havendo justificação econômica para o ágio originalmente pago não exista óbice para tal operação (transferência do ágio), pois se não há vício na formação do ágio o seu aproveitamento posterior, nos termos da previsão legal, deve ser respeitado pelo Fisco. A condição é de que o ágio deve ter como referência a situação patrimonial do investimento na data em que foi efetivamente pago, ou seja, o laudo deve espelhar a situação patrimonial da investida no momento da aquisição original, não no momento da transferência do investimento para a controlada"*13.

No entanto, os fundamentos do Acórdão nº 9101-002.186, da 1ª Turma da CSRF, me convenceram a alterar meu posicionamento.

Na linha dos fundamentos trazidos no acórdão citado, ainda que inexistissem vícios na formação do ágio que teria sido pago pela empresa NEOENERGIA na aquisição da ITAPEBI seu aproveitamento somente seria possível se esta fosse incorporada pela ITAPEBI, pois somente assim haveria a confusão patrimonial, consumando-se, na investida, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobreavaliado) passam a se comunicar diretamente.

Ante ao exposto, ainda que se reconhecesse a validade do ágio, ora em discussão, o seu aproveitamento não poderia ser feito em face de sua transferência para uma terceira empresa, o que inviabiliza os aspectos pessoais e materiais da hipótese de incidência.

[...]

- **Inadmissibilidade de parte do ágio amortizado por falta de fundamentação em rentabilidade futura:**

Caso assim não entendam meus pares, entendo que ao menos o valor do ágio gerado deva ser limitado ao montante apurado com base na avaliação feita pela consultoria Enst Young, em setembro de 2003, que havia apurado um valor justo de mercado (total) para a ITAPEBI de R\$ 300.612 mil.

Tem razão a fiscalização quando rejeita a correção desse valor pela taxa do CDI (Certificado de Depósito Interbancário), que segundo a consultoria Ernst Young poderia ser aplicada para atualizar o valor apurado no laudo anterior, corrigindo o valor de avaliação para R\$ 353.840 mil, conforme carta assinada em 24/11/2004 pela empresa de consultoria (e-fls. 224/231).

Como bem apontou a autoridade fiscal e o acórdão recorrido, não existe base legal que autorize tal reavaliação e a correspondência emitida pela empresa de consultoria não tem o caráter de uma nova avaliação.

Tampouco o laudo emitido pela Deloitte Touche Tomatsu (e-fls. 280/305), em novembro de 2006, serve para corroborar tal reavaliação, pois se limita a avaliar os valores que compunham o patrimônio líquido da ITAPEBI em 31/10/2006 e o valor da participação da Neoenergia naquela data (com o respectivo ágio), com base na equivalência patrimonial.

[...]

Pelo exposto, caso seja admitida a dedução do ágio pelo colegiado, entendo que esta deva ser limitada ao valor de R\$ 34.701.651,00, conforme descrito no item 78 do TVF pela autoridade lançadora.

A Contribuinte, de fato, não demonstrou dissídio jurisprudencial acerca da rejeição parcial do ágio escriturado por ausência de fundamento válido. Contudo, este fundamento autônomo somente dispensaria a discussão da parcela do ágio que permanece indedutível sob aquela justificativa. Com relação ao ágio de R\$ 34.701.651,00, para o qual foi admitido o fundamento indicado pela Contribuinte, sem objeção por parte da PGFN, a dedutibilidade poderia ser restabelecida se a Contribuinte lograsse controverter os demais motivos arrolados no acórdão recorrido para manutenção da exigência.

Contudo, como já visto, em exame de admissibilidade, a Contribuinte somente teve sucesso na caracterização do dissídio jurisprudencial acerca das matérias “amortização de ágio - existência de propósito negocial” e “amortização de ágio – utilização de empresa-veículo e incorporação reversa”. Nada se disse, ali, acerca da rejeição, no acórdão recorrido, das amortizações de ágio porque este teria se formado internamente ao grupo econômico, sem pagamento de preço. Eventualmente poder-se-ia cogitar que esta motivação integra as alegações acerca de “existência de propósito negocial”, mas, se assim o for, a demonstração do dissídio jurisprudencial pela Contribuinte pecaria em outro aspecto apontado pela PGFN: a dessemelhança entre as circunstâncias fáticas dos acórdãos comparados.

De fato, para caracterizar o dissídio jurisprudencial na primeira matéria “amortização de ágio - existência de propósito negocial”, a Contribuinte indica o paradigma nº 1201-001.534 e, sob o título “Da Identidade Fática entre o Acórdão Paradigma nº 1201-001.534 e o Presente Caso no que tange à existência do propósito negocial”, limita-se a consignar que:

O acórdão nº 1302-001.950, ora recorrido, reconheceu expressamente que **NÃO** restou caracterizado no presente caso uma situação de simulação ou fraude na medida que as operações societárias perpetradas pela Recorrente serviram para promover a desverticalização das companhias, com a separação das atividades - geração, transmissão e comercialização de energia - nos termos determinados pela legislação setorial. Veja-se:

"Ao fim e ao cabo não se pode dizer que o processo de reorganização societária empreendido de nada tenha servido aos objetivos empresariais da recorrente, na medida em que, ainda que em momento posterior, **a legislação setorial acabou por exigir a desverticalização das empresas do setor elétrico, com a separação das geradoras e distribuidoras de energia, objetivo que restou alcançado no final do processo.**

(...)

Nesse caso, ao menos se constata que, com exceção da empresa veículo, utilizada para viabilizar a utilização do benefício fiscal, **as empresas envolvidas tem operacionalidade, patrimônio e existência real, não podendo ser confundidas com outras situações de ágio interno em que apenas uma empresa (a que se beneficia do ágio) têm existência real.**" (fl. 47 do acórdão)

Ocorre que, não obstante o V. Acórdão ter reconhecido que as operações societárias levadas a efeito pela Recorrente serviram para cumprir uma exigência do setor de

energia elétrica e, portanto, o devido propósito negocial das mesmas, entendeu que era s devida a glosa das despesas pretendida pela D. Fiscalização.

Com efeito, o entendimento exarado no referido voto conflita com posição adotada pelo 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, 1ª Seção de julgamento, que, em julgamento consubstanciado no **acórdão paradigma nº 1201-001.534 (Doe. 01)**, que esposou entendimento no sentido de que a demonstração do devido propósito negocial e substância econômica na realização de reorganizações societárias, a dedução do ágio é possível, É o que se extrai da ementa do acórdão, *verbis*:

"PROPÓSITO NEGOCIAL. VALIDADE DA OPERAÇÃO

Não havendo ocorrência de fraude ou simulação e tendo sido verdadeiras e legítimas as operações perpetradas, inclusive, com a ocorrência do efetivo pagamento do preço, a dedução do ágio é possível, ainda que o benefício fiscal seja o principal ou mesmo único elemento motivador.

Uma vez demonstrado o devido propósito negocial e substância econômica na realização das reorganizações societárias, a dedução da amortização do ágio torna-se ainda mais justificada."

Embora a leitura da ementa acima transcrita já seja suficiente para[^] demonstrar a existência da divergência jurisprudencial, a leitura do voto condutor, da lavra da i Conselheiro Relator Luis Fabiano Alves Penteado, a deixa ainda mais evidente nos seguintes termos:

"A definição de um propósito negocial norteia a condução dos negócios da sociedade empresária, leia-se, as reestruturações/reorganizações societárias, segundo posturas previsíveis ou admissíveis pelo ordenamento jurídico, levando-se em conta seu objeto social e sua atividade econômica tendente ao auferimento de lucros." (fl. 24 do acórdão paradigma)

Ressalta-se que o prequestionamento da matéria em análise é precisamente comprovado no item II.1 do Recurso Voluntário.

Assim sendo, requer-se o afastamento do entendimento exarado no voto vencedor do acórdão recorrido no que tange a esse item, para que se siga o estabelecido no acórdão paradigma mencionado nesse tópico.

De plano constata-se a inexistência de qualquer empenho da Contribuinte em demonstrar a afirmada *identidade fática* entre os acórdãos comparados. De outro lado, a própria ementa do paradigma ressalva que ali foi constatada *a ocorrência do efetivo pagamento do preço*. Para além disso, seu voto condutor analisa o propósito negocial das operações em face de suas características específicas, como se vê nos excertos seguintes:

Propósito Negocial

É de notório saber que o conceito de propósito negocial, ou substância econômica, carrega alta subjetividade em sua propagação conteudística pela seara tributária.

Não são elementos aceitos e incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro, inexistindo qualquer dispositivo legal que lhes dêem substrato, de modo que as análises variam de acordo com o caso concreto e com a posição pessoal de cada julgador/doutrinador.

É importante novamente ressaltar que se tem presenciado com preocupante frequência, a utilização pelo Fisco da doutrina do propósito negocial (*business-purpose doctrine*) por meio da qual se defende que a simples ausência sob a ótica do fisco - de outros motivadores para a operação que não o alcance do benefício fiscal, já é elemento suficiente que invalida os atos do contribuinte ou, ao menos, inviabiliza o benefício fiscal almejado.

Reafirmo o entendimento de que tal racional adotado pela autoridade fiscal guarda certa contradição com diversas regras e estruturas criadas há muito tempo pelo legislador pátrio, por meio das quais são oferecidos benefícios fiscais às empresas que, ao

cumprirem determinados requisitos, acabam levando desenvolvimento econômico à determinadas regiões do Brasil (regime fiscal da Zona Franca de Manaus).

A definição de um propósito negocial norteia a condução dos negócios da sociedade empresária, leia-se, as reestruturações/reorganizações societárias, segundo posturas previsíveis ou admissíveis pelo ordenamento jurídico, levando-se em conta seu objeto social e sua atividade econômica tendente ao auferimento de lucros.

No caso em tela, a materialização da ausência de propósito negocial se deu na empresa LUIZ CALVO SANZ DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA, sendo esta última que fundamentou, pagou e registrou o ágio em seu ativo.

Segundo a fiscalização a criação desta, os atos ali praticados e sua extinção por incorporação escancararam como o único e exclusivo objetivo para toda a operação, o aproveitamento da amortização fiscal do ágio e, então, o gozo do benefício fiscal.

Trata-se de uma holding ou, como a fiscalização preferiu denominar, uma empresa-veículo, que visava a participação em outras sociedades. Seu objeto social está integralmente alinhado com as disposições da Lei nº 6.404/76, em seu art. 2º, § 3º:

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

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

Veja, a lei claramente define a possibilidade da constituição de uma holding com o intuito único de gozo de incentivos fiscais, que nada mais são que benefícios fiscais, assim como é o ágio.

O surgimento e motivação do sobrepreço pago na aquisição de participação societária se deu em empresa que visava exclusivamente este fim, o que não é vedado pela legislação, muito pelo contrário.

Coadunando inclusive com o entendimento aqui adotado, o v. acórdão assim concluiu:

“(...) não é ilegal que a pessoa jurídica tenha por objeto a participação no capital de outras sociedades, como assegura o art. 2º, §3º, da Lei nº 6.404/1976 (...)

(...) se a pessoa jurídica, com base nesse dispositivo legal, é constituída tendo por objeto exclusivamente participar do capital de outras sociedades, não se pode esperar que ela tenha tido outra expressiva atividade, operacional ou não.(...)”

Portanto a empresa LUIZ CALVO SANZ DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA poderia de fato ser constituída sob um objeto social voltado exclusivamente para o gozo do benefício fiscal, de modo a permitir legalmente que todos os atos nesta praticados pudessem visar apenas este fim.

Superado este fato, deve-se ressaltar ainda que uma coesa estruturação societária e um planejado controle de custos são elementos indispensáveis para a obtenção de lucros.

Considerando-se que os tributos representam custos de significativo impacto no orçamento empresarial, conclusão irrefutável é a de que as medidas para minimizar a carga tributária são de larga utilização pelas empresas visando a otimização de resultados positivos. São práticas que visam, indubitavelmente, o auferimento de lucros.

Neste contexto, imprescindível a lembrança do “Princípio da Livre Iniciativa (Art. 1º, IV) e do Princípio da Propriedade Privada (Art. 170, II), que garantem aos contribuintes o direito de organizar seus negócios da maneira que lhes convier. Se dessa estruturação decorre economia tributária, tanto melhor para a atividade desenvolvida.

Cite-se ainda o Princípio da Livre Concorrência (Art. 170, IV todos da CF/88), na medida em que admitir uma economia tributária àquele que melhor gere seus custos

tributários é contribuir para o fomento da competição empresarial, salutar para o consumidor de seus produtos.”

Conforme se verá adiante, o ora recorrente justificou a amortização fiscal do ágio apenas como uma consequência a um propósito negocial definido previamente, decorrente da intenção de expansão internacional do Grupo Calvo.

No entanto, mesmo que a intenção fosse unicamente a de gozo do benefício fiscal, restara demonstrado que tal ato de fato ocasionaria uma economia tributária, em uma redução de custos e, pelo menos em tese, em um aumento dos lucros da empresa, o que já bastaria, para nortear um propósito negocial a criação da empresa-veículo e, conseqüentemente, à operação.

Ora, a maioria das empresas, com raríssimas exceções, visam o retorno/realização de investimentos concretizados, mais especificamente dos sacrifícios econômicos dispendidos, dos custos, gastos e despesas.

Este retorno é materializado através dos lucros, dos resultados positivos, das receitas. Um propósito negocial ou uma substância econômica, apesar de suas variâncias de manifestação conforme as individualidades e peculiaridades de cada caso, devem perfazer, na essência, uma ação, ou um conjunto de ações, que visem o lucro como objetivo maior e principal.

Conclui-se que uma economia tributária é, per si, uma busca pela otimização de resultados, por lucros e, assim, por um propósito negocial/substância econômica, ou vice-e-versa. Soma-se o fato da legislação permitir a criação de empresas (holdings) com este único fim.

Evidencia-se, neste passo, que a definição que melhor apropria a essência de um propósito negocial, em termos tributários, e no caso presente, portanto, deve ser no sentido de considerar a busca pela redução das incidências tributárias, por si, como um propósito negocial que viabiliza a dedução do ágio, mesmo que seja constituída empresa-veículo (holding) com este único objetivo.

Já existem importantes precedentes do CARF nesta direção:

[...]

A doutrina do propósito negocial, no entanto, assevera que a mera concordância dos atos e negócios jurídicos com a letra estrita e fria da lei tributária é inapta a embasar uma economia tributária válida.

Apesar de amplamente amparado pela jurisprudência e inclusive pela legislação, na tentativa de reduzir a subjetividade que tangencia a discussão, relativizando por ora o posicionamento pessoal do presente julgador, a busca que se proporá a traçar é no sentido de desvendar se há algum outro propósito negocial que não exclusivamente o gozo do benefício fiscal.

Desta forma, é possível que se leve em consideração as duas principais correntes que nascem e se estabelecem dentro desta subjetividade, conferindo ao menos parcial objetividade à presente análise.

Neste sentido, a grande questão a ser analisada é se as reorganizações societárias que ali se deram foram dotadas de artificialidade.

Premissa essencial que se traça é a de que a verificação da presença do propósito negocial se dá de forma negativa, ou seja, há que ser provada a sua ausência e não a sua presença. Isso porque o ordinário se presume, enquanto o extraordinário se prova.

A fiscalização, assim, para sustentar a ausência de propósito negocial, trouxe alguns apontamentos que em suma culminaram na seguinte conclusão:

“(...) Concluiu a autoridade lançadora tratar-se de uma sucessão de negócios jurídicos simulados, engendrados com o propósito único de gerar um vultoso valor de ágio a ser transferido, posteriormente, para a contabilidade da Impugnante, proporcionando

assim o direito de amortizar o ágio, reduzindo no mesmo montante o lucro tributável pelo IRPJ e pela CSLL.(...)"

O recorrente, em contrapartida, apesar de não ter o ônus fiscal neste caso, em seu Recurso Voluntário traz argumentos que sustentam a presença do propósito negocial na operação. Vai além da especificidade de criação, atuação e extinção da empresa LUIZ CALVO SANZ DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA, para identificar um objetivo abrangente, que esmiúça a intenção do Grupo Calvo. Algumas passagens transcritas a seguir devem clarificar esta constatação:

"(...) No intuito de expandir suas atividades, o Grupo Calvo iniciou a prospecção de novos mercados, tendo escolhido o Brasil como um país estratégico para realização de investimentos.

(...)

Em 14/09/2004, no contexto de expansão internacional de suas atividades, o Grupo Calvo constituiu a Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda., subsidiária brasileira que seria a responsável pela aquisição da empresa alvo. Ressalte-se que referida sociedade foi constituída nos estritos termos da lei, com objeto social válido e com comprovada realização de seu propósito negocial.

(...)

(...) tratava-se de uma única negociação que representaria o ingresso no mercado brasileiro, em posição estratégica perante outros concorrentes.(...)

(...) De fato, verificou-se que a decisão de realizar este único negócio estava correta, uma vez que a Recorrente possui hoje o maior complexo de captura, recepção e processamento de pescados da América Latina, produzindo diariamente mais de 1,3 milhão de latas e empregando mais de 2.000 colaboradores só no Brasil. A Recorrente ocupa hoje a posição de líder no segmento de pescados enlatados na América Latina.(...)

(...)Ocorre que, por uma decisão empresarial de interesse de seus controladores, foi deliberada a incorporação da subsidiária brasileira pela empresa adquirida (ora Recorrente), o que também possui permissão prevista expressamente em Lei. (...)"

A parte final da operação evidencia, dentro de todo o contexto operacional, os motivos de não ocorrer uma incorporação direta, da investida pela investidora:

(...) A opção pela incorporação reversa possui razoabilidade e lógica facilmente demonstráveis, pois era a recorrente quem possuía toda a estrutura operacional, financeira, comercial e administrativa para execução das atividades que seriam desempenhadas pelo Grupo Calvo no Brasil. Além disso, a Recorrente já detinha reconhecimento pelo mercado brasileiro.

(...)Este era o caminho mais natural, direto e simples para a consolidação do investimento no Brasil, com o consequente aproveitamento fiscal conforme expressamente permitido nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9532/97.(...)

Cristalino, então, que a criação da empresa visando exclusivamente economia tributária é apenas a consequência legal de uma operação que tinha como principal escopo a união entre uma empresa brasileira, de reconhecimento e expertise nacional, com a força econômica e financeira de um Grupo espanhol que intentava crescimento em nível internacional.

Cabe salientar que a utilização de empresa-veículo, já discriminada em parte precedente deste voto, para a perfectibilização da operação não é suficiente, por si só, para invalidar o negócio jurídico, especialmente, e aqui reside o inédito adendo, se restar demonstrada a existência de estruturas ou caminhos alternativos disponíveis ao contribuinte e que levassem ao mesmo resultado. Neste sentido traz à tona a obviedade e a lógica o recorrente:

“(…) Ressalte-se que o Grupo Calvo poderia ter optado por continuar suas atividades no Brasil por meio de sua subsidiária Luiz Calvo Sanz do Brasil, caso esta sociedade tivesse incorporado diretamente a Recorrente – operação que teria o mesmo efeito fiscal no que tange ao aproveitamento do ágio (ou seja, a suposta “empresa veículo” poderia ter continuado a existir até hoje, com a mesma consequência do ponto de vista fiscal).(…)”

Resta totalmente mitigada, assim, a alegação de que a utilização de empresa veículo o teria sido concretizada em termos e condições pejorativos, desconsiderando um propósito negocial. Trata-se de uma perspectiva subjetiva e unilateral da fiscalização.

Na mesma linha de raciocínio o recorrente rebate as alegações de que o ágio fora pago por não residentes e que, por isso, não seria gerado o direito ao benefício fiscal no Brasil:

“(…) não haveria sentido na realização de uma suposta simulação, já que o aproveitamento fiscal do ágio seria possível mesmo que a aquisição fosse realizada pela sociedade espanhola.

Ainda, mesmo nos casos em que houve a aquisição de participação societária com ágio por empresas nacionais, também foi analisada pelo CARF a validade da capitalização dessa participação, com ágio, em uma nova sociedade constituída para esse fim(…)”

Inicialmente o recorrente sustenta a própria tese levantada pela fiscalização a seu favor. Traz farta e contundente jurisprudência do CARF no sentido de demonstrar a possibilidade de aquisição direta de participação societária pela empresa estrangeira e a posterior transferência do ágio para a subsidiária brasileira.

A transferência se daria por meio da conferência de ações da sociedade estrangeira em integralização de capital na subsidiária brasileira, com o único propósito de gozo do benefício fiscal.

Da mesma forma, expondo a operação que de fato ocorreu, traz o recorrente robusta jurisprudência do CARF indicando a validade da operação como um todo e, em particular, da utilização e operacionalização da empresa-veículo.

A empresa holding, conforme já exposto, é criada justamente com o objeto social voltado para a participação em outras sociedades e o aproveitamento de incentivos fiscais. Coadunando estes dois vieses e o objetivo maior do Grupo Calvo, vemos total possibilidade de que se absorva um aporte de capital advindo da entidade sobre a qual a empresa-veículo detém participação com o exclusivo fito de se aproveitar o benefício fiscal que a legislação expressamente autoriza, uma vez que esta última não possui uma atividade operacional, geradora de lucros e formadora de um fluxo de caixa que suporte o pagamento do investimento de forma autônoma,

Veja, a empresa constituída no Brasil está subordinada à sua controladora, ao Grupo Calvo, de maneira geral. Quaisquer alegações da fiscalização relativas a formalidades que supostamente indiquem a artificialidade da empresa-veículo LUIZ CALVO SANZ DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA devem falecer neste momento: i) a confusão patrimonial com o Contrato de Penhor, uma vez que este último trata de uma mera disposição contratual que apenas simplifica os mecanismos negociais; ii) sua efemeridade, pois não há qualquer vedação societária quanto ao lapso temporal entre reorganizações societárias.

A empresa holding fora criada com um propósito e quando atendeu a este, naturalmente fora extinta, pois deixou de ter utilidade/função/atuação lucrativa no mercado brasileiro; iii) a assinatura dos contratos, principalmente o Contrato de Compra de Participação Societária, junto com a empresa LUIZ CALVO SANZ S/A, o que revela apenas a subordinação da empresa-veículo ao Grupo Empresarial, tratando-se de um procedimento comum à operação de um modo global.

Tratam-se de situações normais a qualquer operação envolvendo um Grupo empresarial estrangeiro, que detém a força econômica e decisória para induzir e conduzir parte dos atos de sua subsidiária brasileira.

Não quer dizer que a subsidiária não tenha qualquer autonomia. Esta representa e tem como premissa a vontade maior de seu Grupo, mas tem autonomia para atuar respaldado pelo conhecimento e domínio que, supostamente, possui da legislação local, especifica-se, as limitações e permissões peculiares que a lei nacional impõe.

Em suma, não há qualquer vedação legal quanto a realização de qualquer destas operações, até porque seria uma afronta a princípios basilares do direito tributário não permiti-las.

Ora, independentemente de ter havido aquisição direta pela empresa espanhola ou a aquisição propriamente pela subsidiária nacional, de qualquer modo concretiza-se faticamente a ideologia intrínseca em um contexto histórico de criação do benefício fiscal, a sua manifestação extrafiscal, qual seja, o estímulo à investimento na aquisição de empresas privadas nacionais com perspectivas de crescimento de rentabilidade, como incentivo à geração de riqueza, de empregos e, como consequência, de incrementar a própria arrecadação tributária.

Também, independente se houve a transferência do ágio ou se fora utilizada uma empresa-veículo, há a materialização da manifestação fiscal do instituto criado pelo legislador, que neste caso representa uma isenção ao contribuinte, donde os lucros amortizados nada mais são do que uma expectativa de renda e não devem de fato serem tributados se levarmos em consideração a hipótese de incidência do IRPJ e o princípio da capacidade contributiva.

É inequívoco, portanto, que há um real propósito negocial na operação, que norteia todas e quaisquer interpretações (seja ela histórica, lógica, literal ou sistemática) dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9532/97, dispositivos legais que autorizam a amortização fiscal do ágio. Envereda-se, assim, uma presunção quase que absoluta de veracidade apontando para a total legalidade do gozo do benefício fiscal.

A Contribuinte, portanto, se valeu apenas da ementa do paradigma para emprestar-lhe uma configuração generalista, deixando de demonstrar analiticamente a divergência porque, se o fizesse, restaria patente que o entendimento ali firmado não pode ser aplicado na hipótese em que o ágio foi formado internamente ao grupo empresarial. A decisão firmada no paradigma decorreu, essencialmente, da constatação de que a conduta do sujeito passivo buscou o benefício fiscal que vislumbrou nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 em face de uma efetiva aquisição de investimento, mas com interposição de uma empresa *holding*, que se entendeu constituída em conformidade com as permissões da legislação brasileira.

Para além disso, releva notar que o propósito negocial aventado pela Contribuinte, ao longo do processo administrativo, diz respeito à necessidade de desverticalização do setor elétrico, contexto com características específicas, devidamente enfrentadas no acórdão recorrido, e que não guardam qualquer semelhança com a motivação das operações analisadas no paradigma. Como bem observa a própria recorrente, *os atos e operações objeto do presente processo possuem particularidades e características que os diferem dos demais casos já julgados na esfera administrativa nos quais se discute a dedutibilidade do ágio em aquisição de participações societárias*.

Infirmado, dessa forma, o dissídio jurisprudencial reconhecido em exame de admissibilidade acerca da primeira matéria (“amortização de ágio - existência de propósito negocial”), desnecessária se mostra a apreciação do recuso especial da Contribuinte acerca da segunda matéria (“amortização de ágio – utilização de empresa-veículo e incorporação reversa”), porque, embora a repetida indicação do paradigma nº 1201-001.534 já fosse suficiente para caracterizar a divergência neste segundo ponto, sem demandar a confirmação do dissídio em face

do segundo paradigma indicado, evidente está que a reversão do entendimento firmado no recorrido acerca deste tema em nada aproveitaria à recorrente, vez que subsistiriam os óbices decorrentes da inexistência de propósito negocial que autorizasse o reconhecimento de ágio gerado internamente ao grupo empresarial. O voto condutor do paradigma é expresso no sentido de que esta análise foi feita de forma subsidiária, porque os argumentos precedentes já seriam suficientes para a manutenção da glosa promovida:

[...]

Entendo que, pelas razões expostas, não é possível reconhecer como dispêndio passível de amortização o ágio apurado em decorrência das operações societárias examinadas nestes autos.

Não obstante as razões já elencadas para negar provimento às alegações da recorrente quanto à formação do ágio, impõe-se analisar se a transferência do ágio apurado para a empresa veículo (Guaraniana Participações) atende aos pressupostos para sua amortização.

[...]

Por fim, no que se refere à quarta matéria (“ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa”), como bem observa a PGFN, trata-se de questão já pacificada neste Conselho. Assim, deve ser observado o art. 67, §3º do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, segundo o qual *não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que adote entendimento de súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da CSRF ou do CARF, ainda que a súmula tenha sido aprovada posteriormente à data da interposição do recurso.*

Isto porque, em 03/09/2018, o Pleno da CSRF aprovou a Súmula CARF nº 108, segundo a qual: *Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.*

Na medida em que o acórdão recorrido também está assim orientado, o recurso especial não deve ter seguimento em relação a esta matéria.

Estas as razões, portanto, para NEGAR CONHECIMENTO ao recurso especial da Contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora