



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11020.721188/2017-68
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1201-006.281 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 13 de março de 2024
Recorrente RIO GRANDE ENERGIA SA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012, 2013

NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA POR OMISSÃO DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO A ARGUMENTO APRESENTADO PELA PARTE INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DO ÓRGÃO JULGADOR SE PRONUNCIAR ACERCA DE TODOS ARGUMENTOS SUSCITADOS PELA RECORRENTE QUANDO MOTIVAR SUAS RAZÕES DE DECIDIR COM FUNDAMENTOS QUE INFIRMEM A TESE CONTRÁRIA APRESENTADA PELO INTERESSADO.

O órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todos argumentos suscitados pela parte se os pontos analisados são suficientes para motivar e fundamentar sua decisão. O inconformismo com o resultado do acórdão, contrário aos interesses da recorrente, não significa haver falta de motivação ou cerceamento do direito à ampla defesa (EDcl no Mandado de Segurança nº 21.315 - DF, Diva Malerbi, STJ - Primeira Seção, DJE 15.06.2018).

O §1º do art. 489 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) não obriga o julgador a esgotar ou contraditar, analítica e pormenorizadamente, todos os argumentos suscitados pela parte, quando a decisão fundamentar suficientemente suas razões de decidir e indicar elementos de motivação infirmem em tese posicionamento contrário.

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

Ano-calendário: 2012, 2013

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

A Lei 9.532/97, na redação anterior à vigência da Lei nº 12.973/2014, permitia ao contribuinte adquirir participações societárias mediante a interposição de empresas veículo, assegurando-lhe a amortização fiscal do ágio, inexistindo razões para demonizar sua utilização. A opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio. Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intensão,

desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si.

O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito.

DEVER LEGAL DE PAGAR (LICITAMENTE) TRIBUTOS. DEVER DE SOLIDARIEDADE SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO LÍCITO. INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE DE DIREITO, ARTIFICIALIDADE DE FORMAS, FRAUDE, DOLO, CONLUIO OU QUALQUER PATOLOGIA DO ATO JURÍDICO PRATICADO.

Nas circunstâncias em que, licitamente, o contribuinte realizar ato jurídico que importe em economia tributária válida, sem mácula ou vício previsto no ordenamento jurídico, ou seja, sem patologia de forma, de vontade, de intenção ou ocultação, torna-se ilegítima a autuação que dele decorra, inexistindo dever fundamental de pagar ilicitamente tributos.

A inexistência norma jurídica específica que discipline a desconstituição de negócios jurídicos válidos não autoriza a administração tributária a se valer de critérios gerais, claramente subjetivos, para atribuir a pecha de planejamento tributário abusivo ao exercício regular de direitos de cunho empresarial e societário, de forma que a norma geral antielisiva do art. 116 do CTN possui mero comando autorizador do exercício secundário de competência legislativa ordinária.

Admite-se combate ao abuso, à fraude, à simulação, ao dolo e ao conluio, não sob o prisma da norma geral antielisiva, mas pela prática de ato antijurídico a que o ordenamento jurídico preveja tipo infracional específico.

COMPROVAÇÃO DO FUNDAMENTO ECONÔMICO DO ÁGIO. REQUISITOS PARA COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE DA TRANSAÇÃO.

O fundamento econômico da transação que gera o ágio pode ser comprovado mediante meios de prova que verdadeiramente demonstrem a efetiva existência de diferença entre a despesa incorrida e o patrimônio líquido registrado contabilmente, inclusive, mediante laudo de avaliação que a revele e comprove.

Não cabe à administração tributária desconsiderar o fundamento econômico com base apenas na tese que inadmite a dedutibilidade da despesa com pagamento de ágio, devendo apontar elementos fáticos que tornem inservíveis ou insuficientes os documentos da contribuinte para justificar a dedução realizada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, vencidos o Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque e a Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, que davam parcial provimento apenas para afastar a qualificação da multa de ofício.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Fredy José Gomes de Albuquerque - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Jose Eduardo Genero Serra, Fredy Jose Gomes de Albuquerque, Carmen Ferreira Saraiva (suplente convocado(a)), Alexandre Evaristo Pinto, Lucas Issa Halah, Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

01. Trata-se de lançamentos de IRPJ e CSLL decorrentes de alegada amortização indevida de ágio por aquisição de participação societária mediante interposição de empresa veículo, cuja realização foi considerada artificial e sem propósito negocial, tendente ao aproveitamento ilegal do benefício fiscal ora referenciado.

02. A administração tributária lançou créditos tributários nos seguintes montantes, já incluídos juros e multa de ofício, conforme autos de infração de fls. 2357/2377:

- a) IRPJ: R\$ 69.489.113,04 (SESSENTA E NOVE MILHÕES, QUATROCENTOS E OITENTA E NOVE MIL, CENTO E TREZE REAIS E QUATRO CENTAVOS) – AI fls. 4113 e seguintes;
- b) CSLL: R\$ 15.804.097,44 (QUINZE MILHÕES, OITOCENTOS E QUATRO MIL, NOVENTA E SETE REAIS E QUARENTA E QUATRO) – AI fls. 4123 e seguintes.

03. Importa registrar que o presente processo já foi julgado anteriormente pelo CARF, conforme acórdão 1401-003.184 da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, em sessão de 19 de março de 2019 (fls. 4422/4445), dando provimento parcial ao Recurso Voluntário da contribuinte para reconhecer a nulidade da decisão proferida à época pela DRJ (fls. 4238/4258), uma vez que a mesma não se pronunciou nem analisou os argumentos de defesa trazidos pela parte em sua impugnação. Assim, o processo retornou à instância de piso para realizar novo julgamento do processo.

04. A DRJ prolatou nova decisão e novamente manteve os lançamentos tributários, conforme nova decisão de fls. 4462/4491, assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012, 2013

NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA. Não procedem as arguições de nulidade quando tudo é descrito e fundamentado exaustivamente, e a contribuinte se defende adequadamente, em nada tendo de prejuízo (*pás de nullité sans grief*).

DECADÊNCIA. PRAZO PARA EFETUAR O LANÇAMENTO. Na hipótese de lançamento por homologação, inexistindo disposição legal diversa à do CTN e ocorrendo a antecipação do pagamento sem prévio exame do Fisco, a decadência de a Fazenda Pública efetuar o lançamento opera-se após cinco anos, contados do fato gerador, sem que aquela tenha se pronunciado. Inexistindo antecipação do pagamento, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Em caso de dolo a decadência será regida pelo inciso I do art. 173 do CTN.

DECADÊNCIA. ÁGIO. Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança.

IRPJ/CSLL - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. SIMULAÇÃO. O *caput* do artigo 7º da Lei nº 9.532/1997 remete a dedutibilidade da amortização do ágio, fundado em expectativa de rentabilidade futura, para fins de cálculo do lucro real, à exigência de que a participação societária na pessoa jurídica incorporada tenha sido adquirida com esse ágio pela incorporadora. Já o artigo 8º da Lei nº 9.532/1997 permite a dedução da despesa de amortização do ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura, nos casos em que a pessoa jurídica incorporadora adquirir a participação societária na incorporada com a referida mais valia. Ademais, sobreleva-se dos citados dispositivos legais que a influência do ágio no resultado tributável pelo IRPJ só tem amparo legal se houver a confusão patrimonial entre a investidora e a investida, momento em que o investimento adquirido com ágio torna-se extinto.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2012, 2013

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EFEITOS NA BASE DE CÁLCULO DA CSLL. VEDAÇÃO.

Os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 instituíram regras específicas às hipóteses de fusão, cisão e incorporação que são exclusivas ao âmbito do IRPJ, como bem explicitam os incisos III e IV do *caput* do artigo 7º, ao estabelecerem que as influências da amortização do ágio baseado na alínea "b" do § 2º do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977 estão restritas à apuração do lucro real, uma vez ausente da redação de tais dispositivos da Lei nº 9.532/1997 qualquer referência à apuração da base de cálculo da CSLL.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012, 2013

IRPJ/CSLL - MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

É cabível a qualificação da multa de ofício quando os fatos apurados pela Autoridade Fiscal permitem identificar o intuito doloso do contribuinte de reduzir ou evitar o pagamento dos tributos devidos pela pessoa jurídica.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO. É cabível a aplicação de juros de mora sobre multa de ofício, pois a teor do art. 161 do Código Tributário Nacional sobre o crédito tributário não pago correm juros de mora, como a multa de ofício também constitui o crédito tributário sobre ela também necessariamente incide os juros de mora na medida em que também não é paga no vencimento.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

05. É contra o referido acórdão que a contribuinte agora se insurge mediante interposição de novo Recurso Voluntário. Por bem condensar o histórico dos fatos, acolhe-se trecho do relatório do novo acórdão recorrido para sintetizar os acontecimentos trazidos no TVF:

Trata os presentes autos de processo complementar ao processo 11020.721280/2013-02, onde foi tratado referente aos anos calendários de 2007 a 2011 o fato da contribuinte ter excluído do Lucro Líquido e da base de cálculo da CSLL o ágio decorrente da incorporação reversa de sua controlada. Nos presentes autos, relativos aos anos-calendário de 2012 e 2013, o valor total do crédito tributário é de R\$ 85.293.210,48, tratando sobre o mesmo tema.

No Termo de Início de Fiscalização (fl. 3.996 a 3.998) a Autoridade Fiscal solicitou à intimada a confirmação a respeito dos efeitos tributários evidenciados no PAF 11020.721280/2013-02 em relação à estes autos.

A intimada confirmou que nos anos de 2012 e 2013 procedeu com a dedutibilidade da parcela do ágio da mesma forma de que nos anos-calendário 2007 a 2011.

Em resposta a nova intimação (4.109 e 4.110) a contribuinte confirmara os valores deduzidos. Com base nos dados prestados a Autoridade Fiscal procedeu ao lançamento.

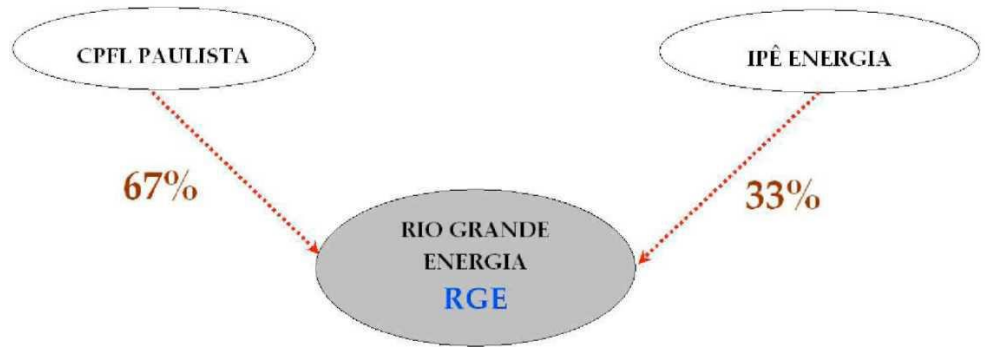
A Autoridade Fiscal instruiu o presente PAF com os documentos constantes dom PAF 11020.721280/2013-02, haja vista a pertinência das infrações.

Do Relatório Fiscal extrai-se que a composição societária inicial da contribuinte era:



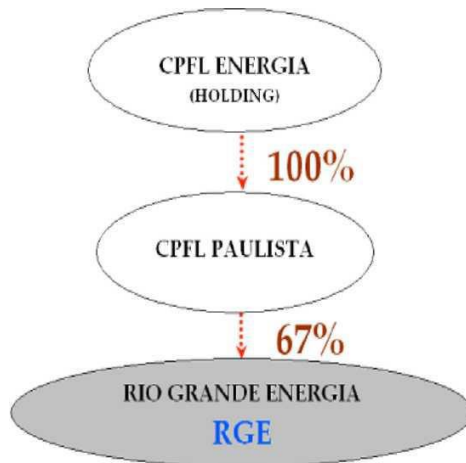
No ano-calendário de 2001 a CPFL (Companhia Paulista de Força e Luz) Paulista adquire a participação societária que a Serra da Mesa e a 521 Participações detinham junto à RGE, pagando um ágio de R\$ 755.585.030,22, sob o fundamento da rentabilidade futura.

A nova composição societária passou a ser a seguinte:

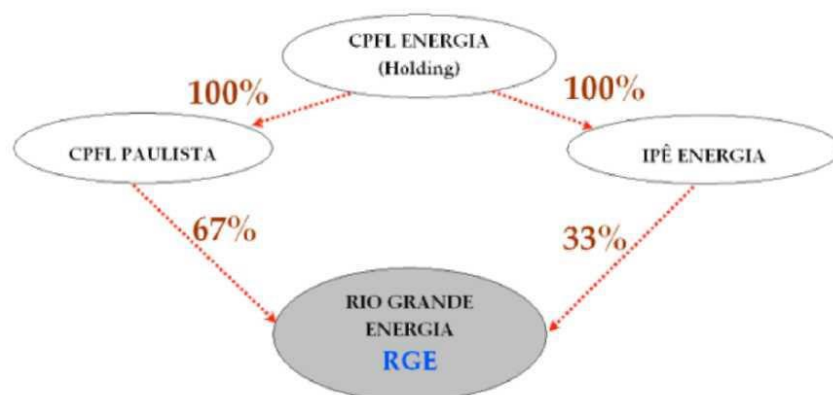


Até o ano-calendário de 2006 a CPFL Paulista amortizou o valor aproximado de R\$ 268 milhões do ágio pago.

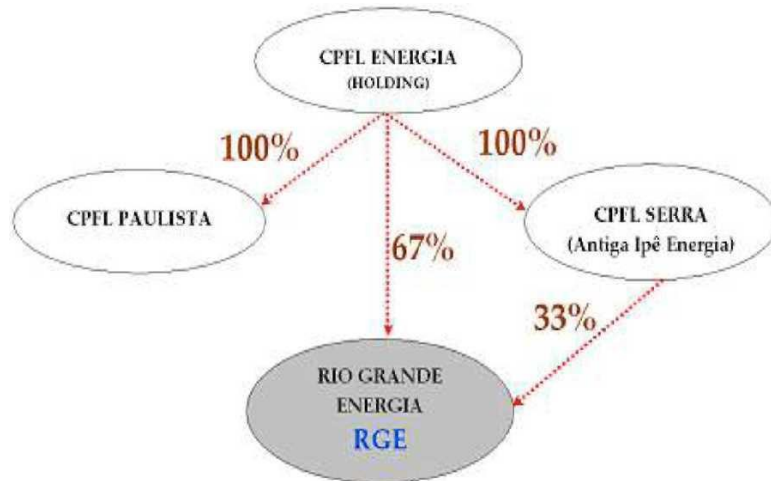
Em agosto de 2002 foi constituída a CPFL Energia Holding, que passou a deter 100% do capital da CPFL Paulista, conforme abaixo:



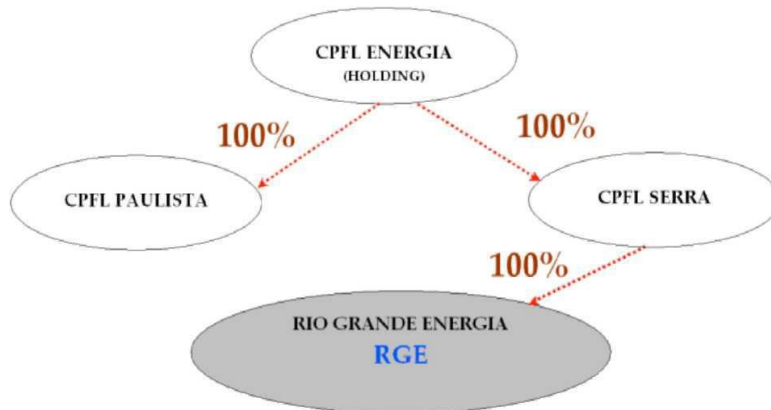
Em maio de 2006 a CPFL Energia adquire a Ipê Energia (esta registrava um ágio anterior de 8 milhões). Por alteração contratual a Ipê Energia passou a se denominar CPFL Serra. A composição societária ficou da seguinte maneira:



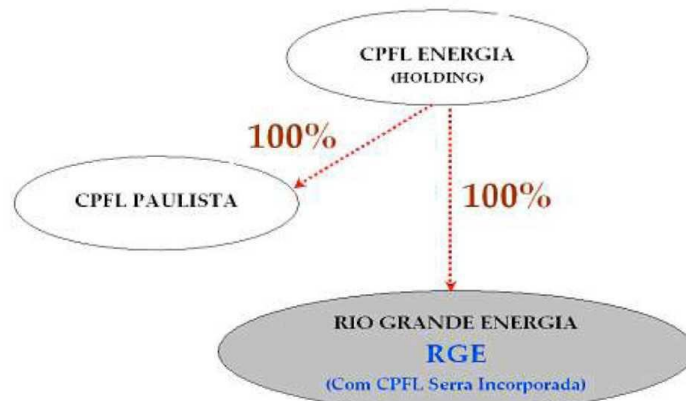
Em março de 2007 a CPFL Paulista efetua a transferência do investimento que detinha na RGE para a CPFL Holding, ficando a composição societária da seguinte maneira:



Logo em seguida, a CPFL Holding efetua a capitalização da CPFL Serra mediante a transferência das ações da RGE, ficando a composição societária da seguinte forma:



Passo seguinte foi a incorporação pela RGE de sua controladora, a CPFL Serra, ficando a composição societária da seguinte forma:



Conforme demonstrado acima, no ano-calendário de 2001 a CPFL Paulista adquiriu a participação societária que a Serra da Mesa e a 521 Participações detinham junto à RGE, pagando um ágio de 756 milhões. Até o ano-calendário de 2006 a CPFL Paulista havia

amortizado contabilmente o montante de R\$ 268 milhões desse ágio, mas adicionado ao lucro líquido para fins de apuração do lucro real, neutralizando, com isso, os efeitos tributários para fins de IRPJ. Essa neutralização não foi efetivada para fins de CSLL.

Em maio de 2006 a CPFL Energia adquire a Ipê Energia, alterando a denominação social para CPFL Serra.

Em março de 2007 a CPFL Paulista efetua a transferência do investimento que detinha na RGE para a CPFL Holding. Logo em seguida, a CPFL Holding efetua a capitalização da CPFL Serra mediante a transferência das ações da RGE. Com essa operação, a CPFL Serra passa a deter 100% das ações da RGE. Passo seguinte, a RGE incorpora a sua controladora, a CPFL Serra, passando a realizar o ágio de R\$ 756 milhões pagos pela CPFL Paulista quando da aquisição da participação societária que Serra da Mesa e a 521 Participações detinham junto à RGE.

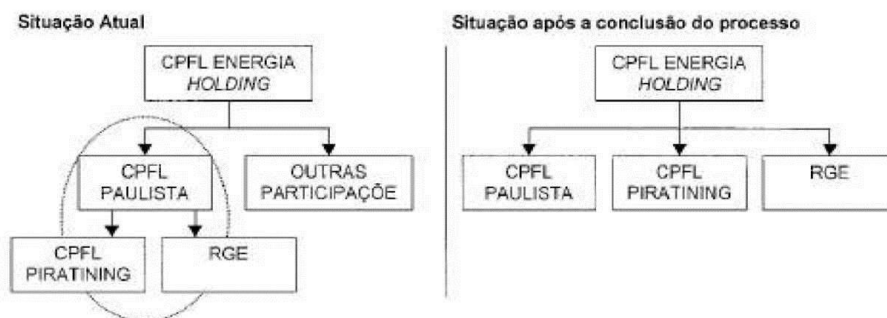
O LALUR (fls. 1281/1282) registra o crédito do referido ágio segregando os valores R\$ 268 milhões (R\$ 278.660.248,45), que havia sido adicionado ao lucro líquido pela CPFL Paulista, e de R\$ 488 milhões (R\$ 478.070.108,25).

Entre os anos-calendário de 2012 e 2013, o contribuinte excluiu do Lucro Líquido e da base de cálculo da CSLL a título de *ágio em incorporação CPFL Serra* os seguintes valores:

ANO	IRPJ	CSLL
2012	R\$ 50.607.244,22	R\$ 31.971.507,75
2013	R\$ 42.965.472,36	R\$ 27.143.761,11
Total	R\$ 93.572.716,58	R\$ 59.115.268,86

O autuante entende que essas exclusões foram efetuadas indevidamente, porque a capitalização da CPFL Serra pela CPFL Holding, mediante a transferência das ações da RGE e a incorporação reversa da CPFL Serra pela RGE, teria se dado, não por questões negociais, mas como um ato pensado para proporcionar a dedução do montante de R\$ 488 milhões das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, na forma prevista no art. 386, inc. III, do RIR/99, e não para atender a Lei n.º 10.848, de 2004, que introduziu o § 5º, inc. IV e V, no art. 4º da Lei n.º 9.074, de 1995, e impôs a necessidade de segregação societária do Grupo CPFL e a participação de forma direta da CPFL Energia no capital da RGE, pois proibiu que as concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica, atuantes no Sistema Interligado Nacional, participassem em outras sociedades de forma direta ou indireta e a desenvolver atividades estranhas ao objeto da concessão, permissão ou autorização.

Tudo se iniciou durante o ano de 2004, por força da Lei n.º 10.848, quando, depois de uma série de tratativas com a ANEEL, o Grupo CPFL enviou para aquela agência proposta de Modelagem para Segregação de Participações Acionárias, apresentando detalhes de como seriam implementadas as novas imposições legais (ver Ofício 30/R - fls. 255/285). A configuração societária final ficaria na forma demonstrada a seguir (ver Nota Técnica ANEEL 306 - fls. 295/298):



Por solicitação do Grupo CPFL, que alegou representativos impactos tributários, a ANEEL prorrogou até 14 de março de 2007 o prazo para a execução do programa de segregação das participações societárias (ver Nota Técnica ANEEL 306).

Em dezembro de 2006, o Grupo CPFL encaminhou à ANEEL, sem nexos algum no contexto das informações enviadas como modelagem da segregação societária, novo pedido de anuência para implementação das duas novas operações: (i) capitalização da CPFL Serra com o investimento e o ágio detido junto à RGE (67%), e (ii) em seguida, a incorporação reversa da CPFL Serra pela RGE. Tais operações não haviam sido cogitadas na modelagem anuída inicialmente pela ANEEL.

Em 2007, por meio de nota técnica, a ANEEL anuiu com as novas propostas, justificando que ao final das operações os efeitos seriam idênticos ao plano original de descruzamento societário.

Então foram implementadas as operações de (i) transferência do investimento da CPFL Paulista para a CPFL Energia; (ii) a transferência do investimento que CPFL Energia detinha junto à RGE para a CPFL Serra e, (iii) incorporação da CPFL Serra.

Em razão desses fatos, o autuante concluiu que a capitalização da CPFL Serra, mesmo sendo lícita sob o aspecto formal, sob a intencionalidade do negócio jurídico praticado foi acéfala, sem substância. Teria visado de forma exclusiva atender o disposto no inc. III do art. 386 do RIR/99 e não, de fato, a participação nas atividades da RGE por meio da CPFL Serra. No momento da capitalização, inexistiam vontade e ânimo efetivo do Grupo CPFL em exercer atividade econômica de participação societária por meio de tal empresa. A intenção sempre foi manter o investimento direto da CPFL Energia na RGE, conforme as imposições legais trazidas pela Lei n.º 10.848, de 2004, e detalhado no plano originalmente enviado à ANEEL em 2004. Mesmo antes das operações serem anuídas pela ANEEL, já havia expressa manifestação da incorporação reversa implementada (ver Ofício 47/R - fls. 404/464), a qual levou o ágio de R\$ 488 milhões para dentro da RGE e foi a última parte do planejamento tributário. Inexistiria atendimento ao inc. III do art. 386 do RIR/99 se o investimento na RGE permanecesse mantido de forma direta pela CPFL Energia, conforme planejado deste o início do processo de descruzamento e desverticalização societária. A invocação da capitalização no cenário apresentado teria sido um mero artifício para aproveitamento do referido ágio.

O autuante aplicou a multa prevista no art. 44, inc. I, da Lei n.º 9.430, de 1996, duplicada na forma prevista no § 1º do referido artigo, sob o fundamento de que o Grupo CPFL implementou um aumento de capital sem intenção alguma de manter o investimento na RGE por meio da CPFL Serra, tanto que, no final do processo de incorporação tudo permaneceu exatamente como previsto no plano original de modelagem societária.

O autuante afirma que a operação de capitalização da CPFL Energia na CPFL Serra foi simulada, não houve uma razão econômica para a capitalização da CPFL Serra, mas apenas razões de cunho tributário, que visaram a possibilidade de dedução do ágio, que inexistiria se tal operação não fosse implementada.

Para o autuante, o caso tratado nos autos é sonegação e fraude decorrentes da simulação, pois através de um ato meramente formal e sem substância material, houve a modificação da situação da obrigação tributária, a qual, antes, era de indedutibilidade do ágio de R\$ 756 milhões, e, depois, passou para a dedutibilidade do saldo de tal ágio (R\$ 488 milhões). O elemento "dolo", que qualifica o agir do sujeito passivo como sonegação ou fraude, está presente nessas operações, que demonstram que o contribuinte tinha vontade e a consciência de estar reduzindo, evitando, ou diferindo imposto que sabia devido.

O contribuinte apresentou impugnação que em resumo suscita:

PRELIMINARMENTE

Não Cumprimento dos Pressupostos do Ato Administrativo - Vício Material, Nulidade do Lançamento.

O impugnante destaca o não cumprimento aos pressupostos formais e materiais do presente lançamento, tendo em vista que não trouxe em seu Relatório Fiscal e autos de infração qualquer embasamento para a exigência fiscal, caracterizando a nulidade dos autos de infração por vício material, nos termos do artigo 142 do CTN.

Ausência de Embasamento para a Presente Autuação - Matéria já Decidida nos Autos do Processo Administrativo Originário n.º 11020.721280/2013-02.

Ainda que se supere a nulidade supra, o que se alega apenas a título argumentativo, fato é que a autuação originária do processo administrativo n.º 11020.721280/2013-02, única fundamentação para o lançamento ora combatido, já foi afastada pelo E. CARF.

De fato, ao analisar o processo administrativo n.º 11020.721280/2013-02, o E. CARF, por meio do acórdão n.º 1301-002.433 (1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento), em recentíssima decisão (sessão de 16/05/2017), cancelou integralmente o crédito tributário.

DO DIREITO

I - Da Efetiva Operação Realizada e Validada pela ANEEL - Aquisição da Rio Grande Energia S/A pelo Grupo CPFL

O impugnante reproduz a seguir de maneira simplificada, as etapas que compõem a operação implementada para a aquisição de 100% das ações da Impugnante (RGE), tendo sido parte adquirida em 2001 (67% - cujo ágio é o objeto da presente autuação fiscal em razão da capitalização da CPFL Serra em 2007) e 2006 (33% - ágio considerado legítimo pelo Sr. Agente Fiscal), nas quais se perceberá a validade de cada passo adotado pelo Grupo CPFL, bem como o sentido econômico e o propósito negocial de toda essa operação realizada nos exatos termos da legislação em vigor à época dos fatos:

(i) todas as operações foram realizadas pelo Grupo CPFL em plena conformidade com os seus propósitos negociais e planejamento estratégico, quais sejam: (i) aumento de sua capacidade geradora no estado do Rio Grande do Sul, (ii) reforço de seu crescimento no cenário nacional energético e (iii) concentração de ativos de distribuição visando a elevação da sua base de acionistas.

A aquisição da RGE teve como escopo principal o incremento do Grupo CPFL, consolidando-o como um dos maiores grupos privados do setor elétrico brasileiro. De fato, tratava-se de importante distribuidora de energia elétrica no Estado do Rio Grande do Sul.

(ii) Estrutura societária da Impugnante antes da sua aquisição pela CPFL Paulista.

Mencione-se que a Ipê Energia Ltda detinha ágio no montante de R\$ 8.186.106,64 registrado em sua contabilidade proveniente do processo de privatização ocorrido em 21/10/1997. Referido ágio não foi glosado pela Fiscalização como se infere às fls. 38 e 42 do TVF.

(iii) Em 13/06/2001 - Houve a aquisição pela CPFL Paulista de ações detidas pela Serra da Mesa S/A e pela 521 Participações S/A, correspondentes a 67% do capital social da Impugnante, pelo valor total de R\$ 1.341.532.000,00 (um bilhão, trezentos e quarenta e um milhões, quinhentos e trinta e dois mil reais), gerando um ágio no importe de R\$ 755.585.030,22 (setecentos e cinquenta e cinco milhões, quinhentos e oitenta e cinco mil e trinta reais e vinte e dois centavos).

Nessa época a CPFL Paulista era a grande distribuidora elétrica do Grupo CPFL, adquirida no contexto de privatização do setor elétrico de São Paulo ocorrido em 1997. Após a sua privatização, o controle da companhia passou para o atual Grupo composto pela VBC Energia (Grupo Votorantim, Bradesco e Camargo Corrêa), pelo Fundo de Pensão dos Funcionários do Banco do Brasil (Previ) e pela Bonaire Participações (que reúne os fundos de pensão Funesp, Sístel, Petros e Sabesprev).

Desta forma, antes da constituição da holding CPFL Energia, em 2002, a CPFL Paulista era a empresa que capitaneava as aquisições do Grupo CPFL investindo em outras companhias do setor elétrico, por ser ela a detentora de recursos financeiros que possibilitavam a sua expansão, tal como ocorreu com a compra de 67% das ações da Impugnante.

O valor pactuado no contrato de compra e venda de ações foi efetivamente pago (vide carta resposta n.º 06 de 01/04/2013 no processo de atendimento à fiscalização - fls. 97/98) aos antigos investidores.

Ademais a referida aquisição de 67% da Impugnante foi devidamente aprovada pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, por meio da Resolução n.º 213, de 13 de junho de 2001.

(iv) Em agosto de 2002 foi constituída a holding CPFL Energia em resposta à necessidade de uma gestão mais eficiente e na busca pela sinergia entre as empresas do Grupo CPFL, sendo também uma medida preparatória para a abertura de capital, efetivada em 2004, simultaneamente nas bolsas de São Paulo e de Nova York.

(v) Em 05/07/2004 - Expedido Ofício Circular n.º 1078/2004 pela ANEEL endereçado à CPFL Paulista dando início ao processo administrativo n.º 48500.002814/04-81 (fls. 103 a 823) relacionado ao cumprimento do "Plano de Desverticalização", por meio do qual se pretendeu, com a edição da Lei n.º 10.848, de 15 de março de 2004, separar as participações em empreendimentos de geração, transmissão e comercialização de energia, assim como segregar participações acionárias em outras empresas e em atividades alheias à concessão do serviço de distribuição.

O processo de desverticalização teve como objetivos (i) evitar a existência de subsídios cruzados entre as atividades de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, isto é, evitar que as receitas auferidas por uma de referidas atividades subsidiassem qualquer das demais atividades; e (ii) efetivar e estimular a competição no setor elétrico nos segmentos nos quais a competição seria possível (geração e comercialização), aprimorando o sistema de regulação dos segmentos nos quais havia monopólio de rede (transmissão e distribuição).

O advento da Lei do Novo Modelo do Setor Elétrico, 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.

Assim, pelo fato da CPFL Paulista deter participação na Impugnante (RGE) e na CPFL Piratininga esta foi **obrigada a apresentar cronograma à ANEEL de "segregação de atividades"** para a implementação e cumprimento da norma legal e das disposições fixadas pela ANEEL.

(vi) Em 10/06/2006 - CPFL Energia adquire a participação remanescente de 33% da Impugnante, por meio da aquisição da Ipê Energia Ltda, com ágio no importe de R\$ 88.146 milhões e altera a sua razão social para CPFL Serra.

(viii) Em 09/03/2007 - ANEEL aprova todo o processo de reestruturação do Grupo CPFL para implementar a desverticalização, a qual deveria contemplar as seguintes operações societárias (fls. 575/583 dos autos do processo administrativo n.º 11020.721280/2013-02).

A respeito disso, a impugnante transcreve a conclusão da ANEEL exarado em sua Nota Técnica n.º 101/2007-SFF:

*"De acordo com as análises técnicas, e com base nos Laudos de Avaliação apresentados pelas interessadas e juntados aos autos, **conclui-se que há viabilidade para a implantação da proposta de descruzamento societário da forma exposta pela CPFL Paulista e demais empresas envolvidas, de forma que ao final das operações, a RGE será controlada pela CPFL Energia, em atendimento ao previsto no art. 1o, inciso II da Resolução Autorizativa n.º 305, de 5 de setembro de 2005 (...)**"*(fls. 581 dos autos).

(viii) Em 14/03/2007 - Após a aprovação das estruturas societárias pela ANEEL o Grupo CPFL colocando em prática o processo de desverticalização, deliberou em Assembleia Geral Extraordinária a redução do capital da CPFL Paulista com a consequente transferência do controle acionário da Impugnante (67% da RGE) à CPFL Energia (fls. 626/630).

Ou seja, nesta operação o investimento de 67% na Impugnante e o respectivo valor do ágio apurado, líquido das amortizações (R\$ 487.525.734,17), foi transferido à holding CPFL Energia, exatamente na forma como a ANEEL havia autorizado previamente.

(ix) Em 14/03/2007 - A CPFL Energia realiza aporte de capital na CPFL Serra com o investimento de 67% na Impugnante, também, em conformidade com o Despacho ANEEL n.º 669 de 14 de março de 2007 (vide fls. 495 e 583). Ressalte-se que nesta operação ocorreu a consolidação do investimento da Impugnante detido pelo Grupo CPFL na CPFL Serra, procedimento necessário por questões regulatórias, conforme já destacado, cumprindo-se, assim, o propósito negocial pretendido pelo Grupo quando da aquisição da Impugnante.

A impugnante ressalta que essa etapa teve importante papel na reestruturação societária implementada pelo Grupo CPFL, pois permitiu a concentração integral do investimento detido na RGE pela CPFL Serra.

Adiciona, ainda, que em pese o Grupo CPFL ter adquirido 100% do capital da Impugnante, antes dessa etapa, tal investimento estava segregado entre a CPFL Energia e a CPFL Serra, razão pela qual a unificação das participações societárias era uma operação lógica e necessária para que todas as distribuidoras do Grupo ficassem sob o controle direto da holding CPFL Energia.

Com efeito, aduz a impugnante, deve ser destacado que a amortização do ágio, na operação empreendida pelo Grupo CPFL na aquisição da Impugnante, é apenas um reflexo das operações reais e com efetivo propósito negocial, que respeitaram todas as formalidades atinentes a sua concretização, tendo inclusive a aprovação da ANEEL, como a própria Fiscalização reconhece.

Assim sendo, a amortização do ágio foi uma mera consequência desses atos negociais que deve ser aceita pelo Fisco tendo em vista que: **(i)** houve o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; **(ii)** a realização das operações originais se deram entre partes não ligadas; **(iii)** foi demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura.

(x) Em 18/09/2007 - A Impugnante incorpora a CPFL Serra (fls. 777/778), passando a amortizar fiscalmente o saldo do ágio (R\$ 487.525.734,17).

(xi) Estrutura final do Grupo CPFL na forma determinada pela Lei n.º 10.848/2004 - Fim do processo de desverticalização (fls. 632).

Com efeito, após o relato do contexto das operações ora em análise, verifica-se que o conjunto de atos societários realizados pelo Grupo CPFL foi completamente usual, normal e necessário refletindo as etapas indispensáveis para se adquirir a integralidade da participação da Impugnante, expandir os seus negócios pelo Brasil, em especial na região Sul, bem como cumprir disposição legal e regras da ANEEL no que tange a segregação de participações acionárias em outras empresas e a desverticalização do Grupo.

Em conclusão; ao analisar os fatos e argumentos em questão, o E. CARF entendeu assistir razão à Impugnante, em vista ao propósito negocial da operação, sua validade e da regência e anuência de normas reulatórias da ANEEL (acórdão n.º 1301-002.433).

II - Legitimidade da Aquisição da Rio Grande Energia pelo Grupo CPFL e Posterior Aproveitamento da Dedutibilidade Fiscal do Ágio pela Impugnante

Verifica-se da análise da legislação societária, bem como dos princípios de contabilidade geralmente aceitos, que é totalmente válida a transferência do ágio entre empresas, na medida em que o próprio investimento seja também transferido. Na verdade, trata-se de uma exigência lógica e necessária do próprio conceito de ágio.

De acordo com a impugnante, todos os motivos apontados são legítimos e não guardam relação com qualquer intenção de economizar tributos, mas antes com exigências administrativas e regulatórias.

O impugnante assevera que caso a operação fosse realizada na forma sugerida pela Fiscalização o Grupo CPFL estaria cometendo uma infração ao próprio procedimento de desverticalização imposto pela Lei n.º 10.848/2004.

Isso porque, na hipótese de incorporação da Impugnante pela CPFL Energia, ou vice-versa, ocorreria justamente o fato evitado pela norma, qual seja, a impossibilidade de uma distribuidora de energia elétrica (no caso a RGE) deter participação em outras sociedades de forma direta ou indireta.

Assim, percebe-se, afirma a impugnante, que no presente caso todos os atos executados pelo Grupo CPFL, desde o início, guardam estreita relação de coerência com o contexto de desverticalização e descruzamento societário imposto pela Lei n.º 10.848/2004, já que quando da compra da participação remanescente da Impugnante (33%) o Grupo CPFL, antes de adotar qualquer medida, submeteu ao exame da ANEEL todas as operações que impactariam a conclusão da reestruturação das empresas do Grupo, dentre elas a capitalização que foi, insista-se, devidamente aprovada por esse órgão regulador.

O Sr. Agente Fiscal, aduz a impugnante, não poderia considerar nulo o ato de capitalização da CPFL Serra com o investimento de 67% da RGE detido pela CPFL Energia, já que tal operação possibilitou a concentração de 100% da Impugnante em apenas uma sociedade, permitindo a consecução de uma das etapas intermediárias a conclusão do processo de desverticalização e descruzamento societário, o qual foi integralmente cumprido no prazo fixado pela ANEEL.

Além disso, assevera a impugnante, a argumentação de que a capitalização foi um ato discricionário adotado pelo Grupo CPFL, não é capaz de descaracterizar a operação em questão, já que todos os atos praticados pelos particulares, desde que não impliquem em ofensa ao ordenamento jurídico, são permitidos para a gestão de seus negócios. De fato, como visto, a forma adotada pelo Grupo CPFL foi a mais direta e simples para o cumprimento da Lei n.º 10.848/2004 e para a organização de suas atividades empresariais.

III - Da Inexistência da "Sociedade Veículo" - CPFL Serra (antiga Ipê Energia)

A impugnante assevera que as "empresas veículos" são constituídas pelo próprio adquirente do investimento e com o único propósito de se obter economia fiscal em uma determinada estrutura, sendo extinta em um curto período de duração.

Todavia, a CPFL Serra não possui quaisquer desses atributos, pois (i) não foi constituída pelo Grupo CPFL, (ii) não visava obter economia fiscal e (iii) muito menos teve breve período de duração.

De fato, a CPFL Serra - constituída por um grupo econômico totalmente distinto e independente do Grupo CPFL - detinha a participação de 33% da Impugnante **antes** mesmo de 2001, o que, por si só, já denota que essa empresa era uma sociedade de participação com efetivo propósito negocial.

Os motivos que impulsionaram a compra da CPFL Serra são intrinsecamente, **extra tributários**, relacionados com a atividade de distribuição de energia elétrica que o Grupo CPFL buscava desenvolver na região Sul do país.

A CPFL Serra foi a empresa que recebeu a capitalização da CPFL Energia por meio da participação de 67% da Impugnante. Trata-se aqui de procedimento necessário para a que as participações atinentes à Impugnante fossem agrupadas em uma única sociedade (67% detido diretamente pela CPFL Energia e 33% detido indiretamente pela CPFL Energia).

De fato, após esta etapa da operação, com a concentração do investimento da Impugnante na CPFL Serra e a sua posterior incorporação reversa é que se possibilitou a conclusão do processo de desverticalização, amplamente demonstrado nesta peça impugnatória.

Tal operação de concentração e incorporação, na visão da impugnante, que foi implementado por meio da CPFL Serra, funda-se em legítima decisão empresarial de organização de atividades e negócios, mostrando-se plenamente lógica dentro da conjuntura empresarial e regulatória ora analisada, qual seja, do fomento da exploração de distribuição de energia elétrica no Estado do Rio Grande do Sul e atendimento à Lei n.º 10.848/2004.

A impugnante entende importante registrar que não fosse o advento da Lei n.º 10.848/2004 a impugnante poderia estar sob o controle da CPFL Paulista até a presente data, como ficou entre o período de 2001 até a conclusão do processo de desverticalização em 2007.

Nesse sentido, a compra da CPFL Serra que detinha 33% da Impugnante, e a sua capitalização com o investimento de 67% detido pela CPFL Energia também da Impugnante, nada mais representou do que a complementação do controle integral da RGE e, de forma concomitante, a organização dos negócios desenvolvidos pelas diversas empresas do Grupo CPFL com o intuito de atender as especificações da Lei n.º 10.848/2004.

Deste modo, reitere-se, não pode o Fisco, utilizando-se de critérios eminentemente subjetivos, buscar valorar as escolhas empresariais/operacionais realizadas pelo Grupo CPFL, em especial a compra da CPFL Serra (antiga Ipê Energia) e a sua capitalização, para a organização e desenvolvimento de seus negócios, ainda mais quando todas essas etapas foram devidamente analisadas e aprovadas pela ANEEL.

IV - Da Teoria do Propósito Negocial - Aplicabilidade às Operações Praticadas

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

A impugnante afirma que todos os atos praticados, analisados como um "filme", demonstram claramente a congruência do motivo e da finalidade da operação realizada pelo Grupo CPFL, os quais não eram predominantemente tributários.

V - Da Preclusão/Decadência da Possibilidade do Fisco Questionar a Origem do Ágio no Presente Caso

A impugnante entende que a Fiscalização não poderia ter questionado a legalidade dos atos que originaram o direito ao aproveitamento do ágio, que ocorreram em 2001, eis que transcorreu o prazo decadencial de cinco anos entre (i) o fato que propiciou o seu surgimento e (ii) a ciência, pela Impugnante, dos autos de infração em questão (17/08/2017).

VI - Ad Argumentandum - Da Inexistência de Previsão Legal Para a Adição, à Base de Cálculo da CSLL, da Despesa com a Amortização de Ágio Considerada Indedutível pela Fiscalização

Aduz a impugnante que legislador ao determinar a base de cálculo da CSLL de forma exaustiva (*numerus clausus*), fixando, taxativa e individualmente, cada um dos ajustes aplicáveis (artigo 2o e §§, da Lei n.º 7.689/88), não arrolou, como hipótese de adição ao lucro líquido, o valor correspondente à amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial.

No presente caso, afirma a impugnante, não haver previsão legal para imputação da referida adição. Adiciona, também, que a Fiscalização não citou em momento algum qualquer disposição legal específica para a apuração da base de cálculo da CSLL.

Em anexo jurisprudência administrativa.

VII - Da Ausência de Simulação

Baseando-se no pressuposto de que a Impugnante deveria capitalizar a CPFL Serra com intenção de realizar a atividade econômica por ela exercida, a Fiscalização chegou à conclusão de que a operação teria sido simulada. Ocorre que, diante de todo o filme da reorganização societária que foi apresentada até o momento, entende a impugnante, que essa presunção da Fiscalização foi completamente despropositada.

Com efeito, como a Impugnante entende demonstrado nesta peça impugnatória, a real intenção do Grupo CPFL foi adquirir 100% da RGE, bem como propiciar a conclusão do descruzamento de suas participações societárias, com a consequente consolidação das ações da RGE de forma direta na CPFL Energia, em observância ao disposto na Lei n.º 10.848/2004. Tanto é assim que seus projetos de reorganização foram sempre levados a conhecimento do órgão competente no setor de energia, a ANEEL.

O que se vislumbra, pela leitura do TVF, afirma a impugnante, é que o Sr. Agente Fiscal entendeu, de forma precipitada, que parte das operações de reestruturação societária engendradas pelo Grupo CPFL teria tido por intuito, único e exclusivo, o aproveitamento do benefício fiscal do ágio gerado em 2001, por ocasião da aquisição pela CPFL Paulista de 67% do capital da RGE, conforme já demonstrado anteriormente.

A impugnante afirma que haverá simulação sempre que um ato apresenta vontade diferente da aparentemente manifestada, o que, definitivamente não teria ocorrido neste processo administrativo, em que houve a efetiva manifestação de vontade da Impugnante e das demais empresas do Grupo, tendo em vista a obrigação legal de desverticalizar suas operações, com a posterior simplificação da estrutura societária, para centralizar o investimento da RGE numa única sociedade e, com isso, reduzir e racionalizar custos do Grupo.

A Impugnante afirma que sempre buscou fornecer à ANEEL o maior número de detalhes possíveis relativos à operação de descruzamento de suas participações societárias, até mesmo para esclarecer eventual pedido de prorrogação de prazo, de modo que não há como se admitir a alegação da Fiscalização de que a reorganização societária do Grupo CPFL, e especificamente a capitalização da CPFL Serra em 2006, teria sido simulada.

No presente caso, assevera a impugnante, nenhum dos requisitos previstos pelo artigo 167 do CC está presente, já que em nenhum momento o Grupo CPFL pretendeu *aparentar, fingir, disfarçar* sua real intenção de transmitir as ações da RGE para a CPFL Serra para, com isso, centralizar a participação societária da Impugnante numa única sociedade. Não se quis em nenhum momento o que não se transpareceu. Ao contrário, quis-se, efetivamente, simplificar a estrutura societária do Grupo CPFL, que nada mais é do que uma opção legal feita pelas partes envolvidas no negócio.

Ante o exposto, define a contribuinte, não pode ser admitida a suposta alegação feita pela Fiscalização, com base numa análise subjetiva e arbitrária de qual seria a "*real intenção*" da Impugnante, pois a conclusão precipitada a que chegou a Fiscalização não reflete a realidade dos fatos, quanto à ocorrência de simulação no presente caso, pois a operação efetivamente realizada e desejada pelo Grupo CPFL era a de desverticalização exigida pela ANEEL e posterior centralização do controle acionário da RGE numa única sociedade, como restou já comprovado, não havendo também qualquer intuito de prejudicar terceiros ou ilegalidade na operação realizada.

VIII - Da Inexistência de Sonegação e Fraude - Impossibilidade de Aplicação da Multa Agravada

A impugnante entende que não pode prosperar a imposição da multa agravada em comento, uma vez que não teria havido, no presente caso, dolo ou intuito fraudulento nas operações que culminaram na transferência do ágio para a CPFL Serra e a posterior possibilidade de sua dedução.

O E. CARF, por meio do acórdão nº 1301-002.433, afastou a qualificação da multa nas operações sob análise. Isso porque, como muito bem consignou o mencionado acórdão, todas as operações foram contabilizadas, registradas e arquivadas nos órgãos competentes, bem como feitas dentro das especificações dadas pela ANEEL, de modo que não há o que se falar em simulação ou fraude e, conseqüentemente, em multa agravada.

Além disso, é relevante mencionar que o E. CARF também negou seguimento ao recurso especial da PGFN quanto a essa matéria (agravamento da multa) de forma que ela não será objeto de apreciação pela CSRF, reforçando ainda mais o entendimento do acórdão nº 1301-002.433.

Pelo exposto, assevera a impugnante que não restara comprovada qualquer prática dolosa pela Impugnante, assim como não houve a fraude, sonegação ou conluio necessários à imposição da multa agravada no presente caso, razão pela qual deve essa E. Turma Julgadora cancelar os lançamentos correspondentes à aplicação do percentual de 150% incidente sobre os valores glosados decorrentes da amortização do ágio.

IX - Da Ilegalidade da Cobrança de Juros Sobre a Multa

A impugnante entende certo que os juros calculados com base na taxa SELIC não poderão ser exigidos sobre a multa de ofício lançada, por absoluta ausência de previsão legal.

O artigo 13 da Lei nº 9.065/95, que prevê a cobrança dos juros de mora com base na taxa SELIC, remete ao artigo 84 da Lei nº 8.981/95 que, por sua vez, estabelece a cobrança de tais acréscimos apenas sobre tributos na visão da contribuinte.

06. O Recurso Voluntário (fls. 4497/4571) repete os argumentos indicados em sua impugnação acima transcritos e, adicionalmente, suscita os seguintes pontos complementares:

- (i) Nulidade da decisão recorrida em razão da ausência de fundamentação/motivação, já que o acórdão reproduz outra decisão administrativa, não tendo analisado argumentos trazidos pela Recorrente em sua defesa.
- (ii) Nulidade do lançamento pelo não cumprimento dos pressupostos do ato administrativo, tendo em vista que não o Relatório Fiscal dos presentes autos (de pouco mais de uma página) não traz o embasamento fático da exigência fiscal, não havendo previsão no ordenamento jurídico pátrio que permita o “empréstimo” de auditoria fiscal, em que a descrição do fato gerador, a determinação da matéria tributável e a sujeição passiva sejam indicadas em processo administrativo distinto.
- (iii) No mérito, reitera os argumentos da impugnação acima mencionados.

07. É o relatório.

Voto

Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque, Relator.

08. O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade para ser conhecido.

09. A intimação da contribuinte da decisão da DRJ ocorreu em 01/07/2019 (segunda-feira), conforme documento de fls. 4494, passando a contar no primeiro dia útil seguinte, ou seja, 02/01/2019 (terça-feira). Assim, o prazo findou em 31/07/2019 (quarta-feira), havendo o Recurso Voluntário sido protocolado em 30/07/2019 (fls. 4496).

PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA

10. Importa observar que, conforme relatado, o presente processo já veio a julgamento do CARF, havendo declarado nula a primeira decisão da DRJ. Assim, o que está análise é a sua segunda decisão (fls. 4462 e seguintes), que novamente é controvertida pela recorrente sob a premissa de que a instância de piso não analisou integralmente suas razões de defesa e sob o argumento de que a mesma teria sido omissa em sua fundamentação.

11. A parte aduz que *“deixaram de ser enfrentadas também as alegações suscitadas nos seguintes tópicos de defesa: “III.1 – Efetiva Operação Realizada e Validada pela ANEEL – Aquisição da Rio Grande Energia S/A pelo Grupo CPFL”; “III.2 – Legitimidade da Aquisição da Rio Grande Energia pelo Grupo CPFL e Posterior Aproveitamento da Dedutibilidade Fiscal do Ágio pela Recorrente”; “III.2.1 – Possíveis Operações Sugeridas pelo Sr. Agente Fiscal – O Mesmo Efeito Fiscal”; “III.3 – Inexistência da “Sociedade Veículo” – CPFL Serra (antiga Ipê Energia)”; “III.4 – Teoria do Propósito Negocial – Aplicabilidade às Operações Praticadas”;*

“III.4.1 – Motivo, Finalidade e Congruência do Negócio Jurídico – A Reestruturação Teve em sua Essência Motivação Econômica e Negocial”; “III.7 – Ausência de Simulação”; e “III.8 – Inexistência de Sonegação e Fraude – Impossibilidade de Aplicação da Multa Agravada”.

12. Sem razão a recorrente, porquanto a decisão da DRJ objetivamente fundamenta suas razões de decidir com elementos de motivação que infirmam todas as teses trazidas pela contribuinte na peça recursal. Não obstante, a parte se insurge por entender ser necessário tecer a minúcias, ponto a ponto, linha a linha, seu arrazoado de defesa, hipótese que não encontra guarida na processualística brasileira.

13. Com efeito, o motivo determinante para a DRJ afastar a tese do aproveitamento do ágio foi a utilização de empresa veículo tratada sem propósito negocial, tendo aquela turma julgado considerado *“que a CPFL Serra (uma holding), no contexto das reorganizações societárias então empreendidas, serviu de empresa veículo do ágio originário da aquisição da participação no capital de RGE por CPFL Paulista”*. Fundamentou, ainda, a decisão pela ausência de confusão patrimonial entre investidora e investida, controvertendo o fato de que, em sua análise, não demonstrava sacrifício patrimonial da pessoa jurídica incorporada e da incorporadora.

14. Dentre outras passagens, consigne-se o que observou a DRJ sobre o mérito da discussão (grifou-se):

Depreende-se dos aludidos dispositivos que a dedutibilidade do ágio amortizado, no cômputo do lucro real, fundado em expectativa de rentabilidade futura, **requer que se confirme a confusão patrimonial entre investida e investidora. E mais: os dispositivos precedentemente indicados formulam que a dedutibilidade do ágio amortizado deve decorrer de sacrifício patrimonial da pessoa jurídica incorporada ou da pessoa jurídica incorporadora.**

Tal conclusão provém do caput do artigo 7º da Lei nº 9.532/1997, ao endereçar **a dedutibilidade da amortização do ágio, fundado em expectativa de rentabilidade futura, para fins de cálculo do lucro real, à reivindicação de que a participação societária na pessoa jurídica incorporada tenha sido adquirida com esse ágio pela incorporadora.** Impende observar que tal artigo se refere ao ágio previsto no artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, e este dispositivo trata do ágio formado entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido na época da aquisição.

Já o artigo 8º da Lei nº 9.532/1997 permite a dedução da despesa de amortização do ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura, nos casos em que a pessoa jurídica incorporadora adquirir a participação societária na incorporada com o antedito sobrepreço.

Acima, patenteou-se o conteúdo normativo que se projeta da interpretação dos aludidos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1996. Diante dessa perspectiva exegética, **assume relevância o fato de que CPFL Serra, CPFL Energia, RGE e CPFL Paulista expediram, em conjunto, o Ofício nº 047, de 15 de dezembro de 2006, às fls. 404 e seguintes, enviado à Superintendência da Aneel, com o objetivo de "instruir a etapa 2.5 do anexo 01 do Ofício nº 030/R, de 10 de agosto de 2005", detalhando, para tanto, o descruzamento societário de CPFL Paulista relativo aos investimentos que esta detinha em RGE e em CPFL Piratininga,** a ser implementado mediante a realização das seguintes operações societárias:

a) redução de capital de CPFL Paulista com a restituição à acionista CPFL Energia do ativo correspondente à participação de 67% no capital de RGE, além do montante do ágio líquido de amortização relativo à aquisição de participação na RGE;

b) aumento de capital em CPFL Serra pelo acionista controlador CPFL Energia, por intermédio da conferência de ativos representados pela participação societária em RGE recebida de CPFL Paulista, de tal forma a consolidar, em CPFL Energia, 99,76% do capital de RGE;

c) incorporação de CPFL Serra por RGE.

Com efeito, **as operações societárias precedentemente mencionadas, uma vez implementadas, como o foram, de fato, conforme atestam as provas coligidas, traduzem, de modo irretorquível, que CPFL Serra (uma holding), no contexto das reorganizações societárias então empreendidas, serviu de empresa veículo do ágio originário da aquisição da participação no capital de RGE por CPFL Paulista. A incorporação de CPFL Serra imediatamente após o aumento de capital desta pessoa jurídica, efetuado mediante a entrega da participação societária em RGE (aí incluído o ágio pago por CPFL Paulista), desvela que essa conferência do ativo representado pela participação societária em RGE (com ágio) teve o único propósito de aparentar o implemento das condições objetivas ao exercício do direito de deduzir o ágio amortizado**, nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1996. Uma vez transferido o ágio para CPFL Serra, o passo seguinte seria a incorporação de CPFL Serra pela pessoa jurídica operacional - RGE. E assim se procedeu, com o **intento de ostentar a obediência aos ditames da Lei nº 9.532/1997.**

Esclareça-se que o presente julgamento é indiferente à Lei nº 10.848/2004 (pois por meio de nota técnica, a ANEEL entendeu que no final das operações os efeitos seriam idênticos ao plano original de descruzamento societário). **O que cabe a esta Turma, então, é o exame de compatibilidade entre os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e a dedução do ágio amortizado, no âmbito da complexidade fática compreendida no planejamento tributário relativo às operações societárias engendradas.**

O argumento determinante para a glosa da despesa de amortização do ágio diz respeito ao fato de que CPFL Serra, a incorporada, não suportou o ágio amortizado (isto é, não era a investidora), como também não foi o objeto do investimento adquirido com a mais valia (isto é, não era a investida), pois, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, a dedutibilidade da amortização do ágio está condicionada à extinção do investimento (pelo qual se pagou o sobrepreço), por força da confusão entre os patrimônios da investidora e da investida. Fora dessa hipótese, a amortização do ágio só é dedutível em caso de alienação ou liquidação do investimento avaliado pela equivalência patrimonial, situação em que o ágio contabilizado se soma ao valor de patrimônio líquido do investimento para compor o valor contábil a ser considerado na apuração do ganho de capital, reduzindo-o (artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, na redação da época dos fatos, inscrito no artigo 426 do RIR/1999).

Em face do exposto, não se pode admitir a dedução da despesa do ágio amortizado, no cômputo do lucro real.

15. Entendo que o mérito foi enfrentado, com a devida motivação e fundamentação. Assim, inexistente qualquer cerceamento ao direito de defesa da contribuinte, ao contrário, a decisão é clara ao afastar as operações societárias trazidas.

16. O §1º do art. 489 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) não obriga o julgador a pormenorizar e esgotar, analítica e pormenorizadamente, todos os argumentos suscitados pela parte, porquanto se considera fundamentada a decisão se seus elementos de motivação forem capazes de infirmar, em tese, a conclusão adotada pelo julgador.

17. Ressalte-se que a jurisprudência do CARF segue o mesmo entendimento do Superior Tribunal de Justiça – inclusive no período posterior à vigência do CPC/2015 –, no

sentido de que o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, nos casos em que encontre motivação suficiente para proferir a decisão e infirmar a controvérsia da lide, a saber:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.

2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.

3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente mandamus e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas.

4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquinar tal decisum.

5. Embargos de declaração rejeitados.

(STJ – Primeira Seção - EDMS - Embargos de Declaração no Mandado de Segurança - 21315 2014.02.57056-9, Diva Malerbi - Desembargadora convocada - TRF 3ª Região, DJE:15/06/2016) (grifou-se)

18. Observe-se precedentes do CARF neste sentido:

ASSUNTO: IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA

Anos-calendário: 2002 e 2003

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - DEFESA DO CONTRIBUINTE - APRECIACÃO

Conforme cediço no Superior Tribunal de Justiça - STJ, a autoridade julgadora não fica obrigada a se manifestar sobre todas as alegações do Recorrente, nem quanto a todos os fundamentos indicados por ele, ou a responder, um a um, seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão. (REsp 874793/CE, julgado em 28/11/2006). (Acórdão 101-96.917, de 18/09/2008, Relatora Sandra Maria Faroni)

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

NULIDADE. ALEGAÇÃO DE ANÁLISE RASA DAS PROVAS NA INSTÂNCIA ANTERIOR. DESCABIMENTO.

O julgador, ao decidir, não está obrigado a examinar todos os fundamentos de fato ou de direito trazidos ao debate, podendo a estes conferir qualificação jurídica diversa da atribuída pelas partes, cumprindo-lhe entregar a prestação jurisdicional, considerando as teses discutidas no processo, enquanto necessárias ao julgamento da causa. (Acórdão Carf 9101-004.250, de 09/07/2019, Relatora Viviane Vidal Wagner)

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012

NULIDADE. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE TODAS AS ALEGAÇÕES. INOCORRÊNCIA.

Conforme jurisprudência sedimentada no Superior Tribunal de Justiça, já na vigência do CPC/2015, o julgador não está obrigado a responder todas as questões suscitadas pelas partes quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão; é dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. (Acórdão Carf 1201-003.996, de 15/09/2020, Relator Efigênio de Freitas Júnior)

19. Nenhuma das razões apontadas no recurso convencem essa relatoria da existência da pretensa nulidade da decisão ocorrida por omissão de fundamentos. Vê-se que a matéria foi devidamente analisada, inclusive, no que pertine à ocorrência de fraude, ao consignar que *os fatos relatados pelo autuante deixaram claro e evidente que o Grupo CPFL, sob o pretexto de atendimento às normas da Lei n.º 10.848, de 2004, buscou de forma dolosa benefícios tributários, impedindo ou retardando, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal. Para isso valeu-se de uma formulação de reorganização societária artificiosa, cujo elemento dessa artificialidade é o ato simulado de capitalização da CPFL Serra com as ações da RGE, e a imediata incorporação daquela pela RGE, de forma a permitir a dedução do ágio embutido no valor das ações transferidas e que, de outra forma, não seriam dedutíveis para fins de IRPJ e CSLL. O elemento "dolo", que qualifica o agir do sujeito passivo como sonegação ou fraude, está presente nessas operações, que demonstram que o contribuinte tinha vontade e a consciência de estar reduzindo, evitando, ou diferindo imposto que sabia devido.*

20. Assim, entendo que inexistente nulidade que decorra de cerceamento de direito de defesa da parte, uma vez que a decisão recorrida motivou seus fundamentos de forma plena, inexistindo necessidade de retorno para prolatar nova decisão.

21. Assim, afasto a preliminar suscitada.

NULIDADE PELO NÃO CUMPRIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DO ATO ADMINISTRATIVO – VÍCIO MATERIAL/NULIDADE DO LANÇAMENTO

22. A contribuinte suscita nulidade da autuação por alegada falta de fundamentos, sob o argumento de que *a Autoridade Fiscal não trouxe em seu Relatório Fiscal (de pouco mais de uma página) o embasamento da exigência fiscal, caracterizando a nulidade dos autos de infração por vício material, nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional.*

23. Aduz que o presente processo decorre de procedimento distinto e as provas emprestadas do processo anterior, de anos-calendários diferentes, não poderiam ser utilizados para lançar os tributos em questão.

24. A decisão recorrida consignou que o relatório fiscal intitulado complementar – que fundamenta o presente processo – indicou que a transcrição de todo o processo 11020.721280/2013-02, onde consta o TFV completo.

25. Com efeito, observa-se às fls. 4145 a clara indicação dos elementos que levaram a administração tributária a promover autuação relacionada à glosa do ágio de forma

complementar a outros lançamentos havidos nos anos anteriores, relacionado ao Processo n.º 11020.721280/2013-02, relativo aos anos de 2007 a 2011, fazendo-se necessário lançar o período – aqui analisado – de 2012 e 2013. O que consta do TVF complementar (fls. 4145), com grifos:

CONTEXTO DA PRESENTE AUTUAÇÃO COMPLEMENTAR

1. **O presente Relatório Fiscal trata de processo de constituição de crédito tributário complementar registrado sobre o número 11020.721188/2017-68, no valor de R\$ 85.293.210,48, conforme Autos de Infração Complementares relativos aos anos de 2012 e 2013 (4123 a 4144). O processo original, registrado sobre o número 11020.721280/2013-02, refere-se aos anos de 2007 a 2011.**

2. Conforme documentos constantes às páginas 1 a 3995, **os documentos instruídos no processo 11020.721280/2013-02 foram integralmente anexados ao presente processo complementar.** Ressalta-se que a autuação (3207 a 3319) do trabalho original, atualizada por revisão (3671 a 3679), foi ratificada por decisão (3746 a 3787) de primeira instância administrativa (DRJ) e por contrarrazões (3958 a 3992) da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN). No presente momento o processo original encontra-se em fase de recurso especial impetrado pela Procuradoria da Fazenda Nacional contra suposta decisão divergente de câmara do CARF.

3. **Portanto, para entendimento do crédito ora lançado será necessário a leitura das provas anexadas ao processo original. As argumentações para formalização do crédito original aplicam-se integralmente ao presente processo complementar.**

INTIMAÇÃO, RESPOSTA E CRÉDITO TRIBUTÁRIO COMPLEMENTAR

4. Visando proceder ao referido complemento, o fisco emitiu Termo de Início de Fiscalização constante às páginas 3996 a 3998. Em resposta (3999 a 4003) **foram apresentados, dentre outros, documentos que seguem, relacionados de forma específica com a presente autuação:**

DOCUMENTO	CONTEÚDO	PÁGINAS
1	Livro de Apuração do Lucro Real 2012	4004 a 4045
2	Livro de Apuração do Lucro Real 2013	4046 a 4104
3	Razão Ágio 2012	4105
4	Razão Ágio 2013	4108
5	Razão Provisão Ágio 2012 e 2013	4106 e 4107

5. Na referida intimação, o fisco redigiu ainda a seguinte solicitação de confirmação (3996):

Em complemento a tais documentos, **o fisco solicita à intimada que confirme se os efeitos tributários evidenciados no Processo 11020.721280/2013-02 foram os mesmos para as parcelas de ágio escrituradas na intimada nos anos de 2012 e 2013.** Havendo necessidade, apresentar outras informações adicionais necessárias ao pleno entendimento de tais efeitos nos referidos anos.

6. Em resposta (4000) a tal solicitação a autuada informou o seguinte:

A intimada informa que, nos anos de 2012 e 2013, procedeu com a dedutibilidade da parcela do ágio, que é o mesmo procedimento espelhado nos anos de 2007 a 2011, e que foram objeto de análise no processo administrativo 11020.721280/2013-02.

7. Em resposta (4112) a nova intimação (4109 e 4110) houve confirmação dos valores totais deduzidos. Com base nos dados prestados o fisco constituiu o crédito tributário complementar constante nos autos de infração (4123 a 4144). Para tanto, foram

considerados os critérios de cálculo adotados na autuação original. Ou seja, os valores das autuações tiveram por base as deduções procedidas no LALUR (4015, 4016, 4072 e 4073) reduzidas dos ágios de R\$ 88 milhões e R\$ 8 milhões, conforme demonstrado nos critérios de cálculo contidos na conclusão explicitada no parágrafo 29 da página 3679 combinado com a tabela atualizada apresentada pelo sujeito passivo na página 4112.

26. Verifica-se que todos os elementos de prova necessários à realização de defesa estão indicados no TVF complementar, que decorre dos instrumentos anteriormente já fiscalizados. A própria contribuinte tem ciência desse fato, tanto que respondeu formalmente que, *nos anos de 2012 e 2013, procedeu com a dedutibilidade da parcela do ágio, que é o mesmo procedimento espelhado nos anos de 2007 a 2011, e que foram objeto de análise no processo administrativo 11020.721280/2013-02.*

27. Todas as provas anteriores estão anexadas ao presente processo, inclusive, elementos contábeis e fiscais que posteriormente relacionados aos anos ora debatidos. O primeiro TVF – que foi complementado pelo relatório fiscal acima transcrito – consta dos autos às fls. 3245/3319, inexistindo qualquer falha procedimental em aproveitar o trabalho de auditoria anterior, por tratar da mesma matéria e da mesma parte, apenas com alteração do período, que foi objeto do ajuste do relatório complementar (fls. 4145).

28. Transcrevo os argumentos apreciados pelo Conselheiro Relator que apreciou inicialmente este processo no CARF, cuja decisão determinou o retorno para nova análise da DRJ. Naquela ocasião, a matéria foi apreciada pelo respectivo colegiado e aqui acolho como razões de decidir os argumentos condensados no voto vencedor (fls. 4441/4445):

Em matéria tributária, penso que o mencionado artigo 50 da Lei 9.784/1999, que versa sobre a fundamentação dos atos administrativos com elementos de fato e de direito, deve ser interpretado em conformidade sistemática com o disposto no artigo 142 do Código Tributário Nacional e nos artigos 10 e 59 do Decreto nº 70.235/72, *verbis*:

Código Tributário Nacional

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Decreto nº 70.235/72

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade competente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

É cristalino que as normas tributárias mencionadas veiculam de forma específica os requisitos de existência e validade para o lançamento de ofício, no que diz respeito à motivação do ato administrativo de lançamento.

Portanto, impende verificar se o ato realizado cumpriu os requisitos normativos.

É oportuno lembrar que os lançamentos de ofício de glosa em 2012 e 2013 referem-se à repercussão nas bases de cálculo de CSLL e IRPJ das amortizações de ágio surgido em operações societárias ocorridas em período anterior. Dito de outra forma, a matéria tributável é a amortização de ágio que a fiscalização entendeu indevida nos anos de 2012 e 2013, embora tenha relação de causalidade com eventos em períodos anteriores.

Portanto, a verificação da existência do ato administrativo requer o exame dos requisitos legais supra, em relação à dedutibilidade do ágio em 2012 e 2013.

Todavia, em relação à validade do ato administrativo de lançamento, é vedado à autoridade administrativa agir com menoscabo do direito de defesa. Neste diapasão, para que haja uma perfeita compreensão da infração pretensamente cometida, ou seja, para a compreensão da razão pela qual seriam indedutíveis as ditas amortizações, é preciso que a fiscalização exponha a razão pela qual os atos societários teriam gerado um ágio indedutível.

Início com a verificação dos requisitos para a existência do ato administrativo de lançamento.

Compulsando os autos, constato que os lançamentos de ofício de IRPJ e CSLL objetos do presente processo encontram-se acostados nas folhas 4123 a 4144.

Nos autos de infração que serviram de instrumento para o lançamento de ofício, a autoridade lançadora: (i) especificou de forma correta os tributos (IRPJ e CSLL); (ii) nomeou as infrações identificadas no procedimento fiscal (*Exclusões indevidas da base de cálculo ajustada da CSLL e Exclusões/Compensações não autorizadas na apuração do lucro real*); (iii) determinou os períodos de apuração e as datas da ocorrência dos fatos jurídicos tributários (31/12/2012 e 31/12/2013); (iv) demonstrou as bases de cálculo e os

montantes apurados de ofício; (v) descreveu sinteticamente os fatos apurados e remeteu expressamente ao relatório anexo para o detalhamento das razões de fato e de direito.

No Termo de Verificação, observa-se inequivocamente que o procedimento fiscal apurou as infrações ocorridas em 2012 e 2013, não se confundindo com as apurações levadas a efeito em procedimento fiscal anterior. É o que se pode observar no seguinte trecho do TVF:

4. Visando proceder ao referido complemento, o fisco emitiu Termo de Início de Fiscalização constante às páginas 3996 a 3998. Em resposta (3999 a 4003) foram apresentados, dentre outros, documentos que seguem, relacionados de forma específica com a presente autuação:

5. Na referida intimação, o fisco redigiu ainda a seguinte solicitação de confirmação (3996):

Em complemento a tais documentos, o fisco solicita à intimada que confirme se os efeitos tributários evidenciados no Processo 11020.721280/201302 foram os mesmos para as parcelas de ágio escrituradas na intimada nos anos de 2012 e 2013. Havendo necessidade, apresentar outras informações adicionais necessárias ao pleno entendimento de tais efeitos nos referidos anos.

6. Em resposta (4000) a tal solicitação a autuada informou o seguinte:

A intimada informa que, nos anos de 2012 e 2013, procedeu com a dedutibilidade da parcela do ágio, que é o mesmo procedimento espelhado nos anos de 2007 a 2011, e que foram objeto de análise no processo administrativo 11020.721280/201302.

7. Em resposta (4112) a nova intimação (4109 e 4110) houve confirmação dos valores totais deduzidos. Com base nos dados prestados o fisco constituiu o crédito tributário complementar constante nos autos de infração (4123 a 4144). Para tanto, foram considerados os critérios de cálculo adotados na autuação original. Ou seja, os valores das autuações tiveram por base as deduções procedidas no LALUR (4015, 4016, 4072 e 4073) reduzidas dos ágios de R\$ 88 milhões e R\$ 8 milhões, conforme demonstrado nos critérios de cálculo contidos na conclusão explicitada no parágrafo 29 da página 3679 combinado com a tabela atualizada apresentada pelo sujeito passivo na página 4112. grifei.

Salta aos olhos que a fiscalização apurou de forma específica os fatos jurídicos ocorridos em 2012 e 2013.

A autoridade competente verificou a ocorrência do fato gerador e determinou a matéria tributável ao descrever os fatos ocorridos em 2012 e 2013 (deduções indevidas de amortização de ágio), fazer o devido enquadramento legal, apurar as bases de cálculo dos tributos IRPJ e CSLL.

Concluo, em relação à matéria controvertida, que os autos de infração, no que respeita à existência do ato administrativo, ostentam todos os predicados necessários para o lançamento de ofício de IRPJ e CSLL, conforme o artigo 10 do Decreto nº 70.235/72.

Mas, diferentemente da posição adotada pelo nobre Conselheiro Relator, entendo ser preciso examinar se houve cerceamento de defesa, ou seja, se a forma simplificada adotada pela fiscalização causou prejuízo à perfeita compreensão das infrações.

Voltando-se ao trecho do TVF reproduzido acima, fica claro que foi dada oportunidade para que o contribuinte se manifestasse e informasse se procedeu, em relação à dedução das parcelas de ágio, nos anos de 2012 e 2013, da mesma forma que havia procedido nos

períodos anteriores. E o contribuinte confirmou que procedeu em 2012 e 2013 da mesma forma como havia procedido nos anos 2007 a 2011.

Diante da afirmação do contribuinte, a fiscalização, ao invés de repetir todos os fatos e argumentos minuciosamente descritos no Termo de Verificação Fiscal anterior, que já era de conhecimento do contribuinte, simplesmente adotou as mesmas razões, juntou todos os elementos de prova do outro processo e fez expressa remissão ao TVF anterior:

Conforme documentos constantes às páginas 1 a 3995, os documentos instruídos no processo 11020.721280/201302 foram integralmente anexados ao presente processo complementar.

[...]

Portanto, para entendimento do crédito ora lançado será necessário a leitura das provas anexadas ao processo original. As argumentações para formalização do crédito original aplicam-se integralmente ao presente processo complementar.

A juntada de todos os elementos do processo anterior e a remissão expressa colocaram à disposição do contribuinte todos os elementos de fato e de direito necessários para a perfeita compreensão das infrações apuradas.

Assim, também não vislumbro qualquer prejuízo ao direito de defesa do contribuinte, nos termos do artigo 59 do CTN. A pugnante e detalhada defesa apresentada na impugnação e no recurso voluntário demonstram inequivocamente que o contribuinte compreendeu plenamente as infrações que deram causa aos lançamentos de ofício.

29. Entendo que todos os elementos do art. 142 do CTN foram cumpridos, inexistindo qualquer tipo de cerceamento ao direito de defesa da parte, porquanto ciente de toda a matéria objeto da autuação e dos elementos de prova fartamente trazidos no processo.

30. Assim, afasto a nulidade suscitada.

NO MÉRITO

31. Vê-se da decisão recorrida mantém os fundamentos da autuação a pretexto de concordar com a tese da real adquirente da participação societária, que a administração tributária entender ser a companhia que criou no Brasil a estrutura societária denominada “empresa veículo” para adquirir o negócio no país e aproveitar o ágio daí decorrente.

32. Com efeito, os pontos nevrálgicos da autuação e contextualizados na decisão recorrida consistem no fato de que *o Grupo CPFL, sob o pretexto de atendimento às normas da Lei n.º 10.848, de 2004, buscou de forma dolosa benefícios tributários, impedindo ou retardando, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal. Para isso valeu-se de uma formulação de reorganização societária artificial, cujo elemento dessa artificialidade é o ato simulado de capitalização da CPFL Serra com as ações da RGE, e a imediata incorporação daquela pela RGE, de forma a permitir a dedução do ágio embutido no valor das ações transferidas e que, de outra forma, não seriam dedutíveis para fins de IRPJ e CSLL. O elemento "dolo", que qualifica o agir do sujeito passivo como sonegação ou*

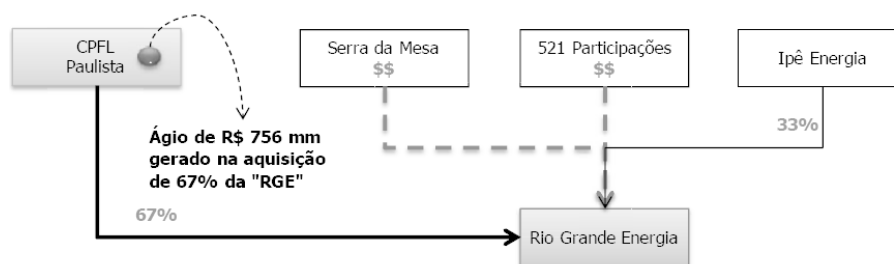
fraude, está presente nessas operações, que demonstram que o contribuinte tinha vontade e a consciência de estar reduzindo, evitando, ou diferindo imposto que sabia devido.

TESE DA REAL ADQUIRENTE DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA

33. A administração tributária entende que a real adquirente das ações com ágio foi o “GRUPO CPFL”, que realizou investimentos nas áreas de distribuição, comercialização e geração de energia elétrica no país. No que diz respeito aos fatos trazidos no presente processo, o referido grupo centralizou inicialmente os investimentos indicados ao longo dos anos em diversas companhias já existentes, tendo se utilizado de uma de importante empresa operacional (CPFL PAULISTA), distribuidora elétrica do Grupo CPFL, adquirida durante a privatização do setor elétrico de São Paulo, em 1997.

34. Foi daí que sobreveio a compra de 67% das ações da Recorrente (RIO GRANDE ENERGIA), cujas controladoras saíram da operação e não têm relação com o presente processo (antigas empresas SERRA DE MESA e 521 PARTICIPAÇÕES).

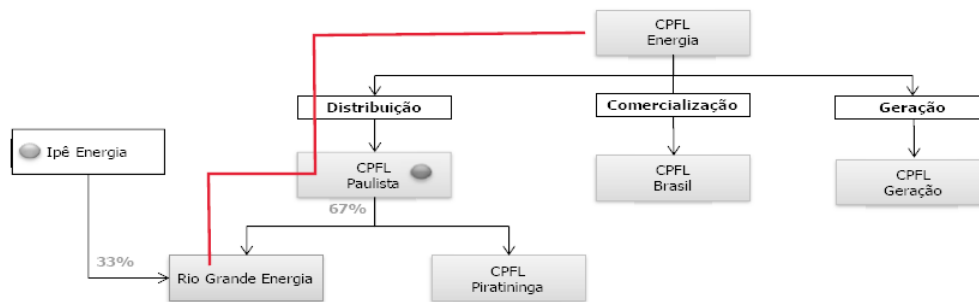
35. Observe-se o desenho do início das operações societárias:



36. O ágio decorrente dessa transação não está controvertido do processo aqui analisado, decorrente da compra da participação de 67% da recorrente, que passou a ser titularizada por CPFL PAULISTA, mas ainda mantidos os 33% de companhia diversa e independente (IPÊ ENERGIA).

37. Para ampliar e organizar seus negócios, o grupo CPFL constituiu em agosto de 2002 uma companhia holding, assim denominada CPFL ENERGIA. Justificou tal medida ante a *necessidade de uma gestão mais eficiente e na busca pela sinergia entre as empresas do Grupo CPFL, sendo também uma medida preparatória para a abertura de capital, efetivada em 2004, simultaneamente nas bolsas de São Paulo e de Nova York.*

38. A referida holding era necessária à expansão de negócios, passando a ser (a holding CPFL ENERGIA) a centralizadora dos diversos investimentos em distribuição, comercialização e geração de energia elétrica. O quadro abaixo mostra como a holding (CPFL ENERGIA) mantinha na ocasião os investimentos no país. **O que importa, para a presente análise, é verificar que o investimento na autuada (RIO GRANDE ENERGIA) continuava sendo titulada pela mesma companhia adquirente da participação de 67%, no caso, CPFL PAULISTA,** onde estava alocado o ágio em questão.



39. Os fatos que se seguem decorrem do novo modelo regulatório no setor de concessões de energia elétrica, pois a Lei nº 10.848/2004 passou a exigir que as companhias seguissem o “Plano de Desverticalização”, ou seja, a Agência Nacional de Energia Elétrica intimou as empresas para separar os investimentos em distribuição, comercialização e geração de energia elétrica, como forma de viabilizar um modelo mais objetivo de regulação econômica e a devida fiscalização das empresas.

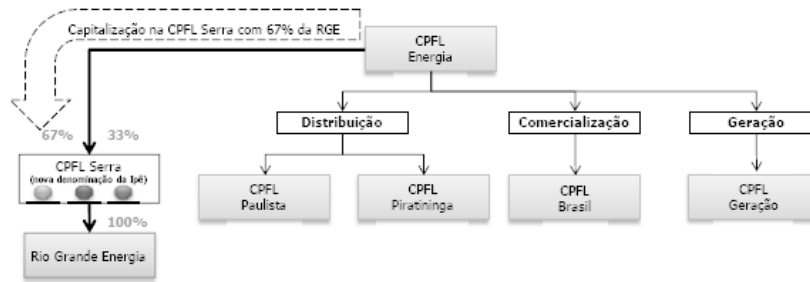
40. Foi assim que a companhia controladora (holding CPFL ENERGIA), em 14/03/2007, a fim de dar cumprimento ao novo modelo regulatório e todas as tratativas havidas com a ANEEL para desverticalizar os negócios durante os 3 anos se seguiram, decidiu:

41. a) reduzir a participação da CPFL no negócio (reduzindo seu capital social equivale a 67% do controle na investida – RIO GRANDE ENERGIA);

42. b) absorver (ela, CPFL ENERGIA) diretamente o controle acionário de 67% da investida – RIO GRANDE ENERGIA, mediante a transferência de cotas. Com isso, o respectivo ágio gerado no passado também foi transferido para a nova titular do negócio (a própria holding CPFL ENERGIA), inexistindo controvérsia nesse ponto.

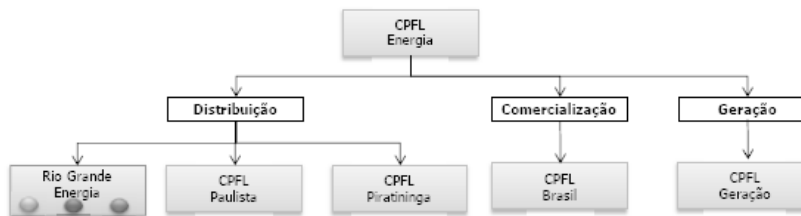
43. A questão nevrálgica que a administração tributária passou a contestar foi o fato de que, àquela altura, a holding controladora (CPFL ENERGIA), que já detinha participação direta em 67% da recorrente (RIO GRANDE ENERGIA), decidiu consolidar o plano de reestruturação deliberado e aprovado junto à ANEEL para aquisição do restante do negócio (participação dos 33%) que remanesce com a outra empresa (SERRA ENERGIA, nova denominação de IPÊ ENERGIA).

44. A recorrente esclarece que realizou aporte de capital na CPFL SERRA com o investimento de 67% que detinha da Recorrente, transferindo com o investimento o ágio até então consolidado, arguindo que (a) a transferência do investimento adquirido com o respectivo ágio que o acompanhou foi prática comum em praticamente todos os casos de aquisições no Brasil, não só no setor de energia como também nos demais setores (financeiro, telecomunicações etc.), (b) essa etapa teve importante papel na reestruturação societária implementada pelo GRUPO CPFL, pois permitiu a concentração integral do investimento devido na RIO GRANDE ENERGIA pela CPFL SERRA e (c) tal investimento estava segregado entre a CPFL ENERGIA a CPFL SERRA, razão pela qual a unificação das participações societárias era uma operação lógica e necessária para que todas as empresas do Grupo ficassem sob o controle direto da holding CPFL Energia, conforme quadro abaixo:



45. Assim, o ágio foi transferido à CPFL SERRA, tendo a RIO GRANDE ENERGIA posteriormente realizado sua incorporação reversa. A recorrente confirma que o propósito comercial ficou evidenciado nos sucessivos anos em que toda essa operação aconteceu, diante de diversas exigências regulatórias da própria ANEEL, cujo cronograma demandava estrutura societária de controle único, não verticalizado, conforme exigências legais.

46. A operação foi assim concluída:



47. Vê-se que a parte também justifica a realização desses negócios sob o ponto de vista de redução de custos administrativos e gastos com a utilização de sistemas e da estrutura da gestão corporativa, destacando que a *amortização do ágio foi uma mera consequência desses atos negociais que deve ser aceita pelo Fisco tendo em vista que: (i) houve o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; (ii) a realização das operações originais se deram entre partes não ligadas; (iii) foi demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura. Reitere-se, essa etapa da operação, correspondente à transferência do saldo do ágio no valor de R\$ 487.525.734,17, à CPFL Serra em razão da integralização do seu capital, deve-se mencionar, foi a única objeto de questionamento pelo Sr. Agente Fiscal no Termo de Verificação Fiscal.*

48. Assim, a contribuinte justifica a necessidade de manutenção da estrutura do negócio e à necessária incorporação reversa ocorrida posteriormente, com as observações de que a operação de aquisição de participação societária ocorreu (i) entre partes independentes; (ii) com sacrifício econômico; e (iii) baseada na expectativa de rentabilidade futura, demonstrada em Laudo de Avaliação elaborado pela empresa de auditoria independente.

49. Como visto, a administração considerou desnecessária a existência da sociedade intermediária para realizar a transação, sob o entendimento de que a mesma não é a real adquirente e não mantinha confusão patrimonial com a titular do negócio adquirido.

50. Entendo que não havia qualquer impedimento à realização do negócio em questão, pois a legislação autorizava o aproveitamento do ágio quando a pessoa jurídica

intermediária absorvesse patrimônio de outra em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detivesse participação societária adquirida com expectativa de rentabilidade futura.

51. O caso dos autos ocorreu entre 2004 e 2007, com ágio aproveitado 2012 e 2013, antes da vigência da Lei n.º 12.973/2014, que passou a limitar o aproveitamento do ágio somente às operações de incorporação, fusão e cisão ocorridas até 31 de dezembro de 2017, cuja participação societária tenha sido adquirida até 31 de dezembro de 2014. Assim, plenamente aplicável os arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532/1997, que à época permitiam o aproveitamento fiscal em questão.

52. O argumento trazido pela administração tributária para impedir a realização do negócio não encontra fundamento no Ordenamento Jurídico nacional, ao contrário, os dispositivos legais não continham nenhum dispositivo que convergisse para a “tese do real adquirente” trazida no TVF, por pretensa artificialidade do negócio.

53. Diante desse cenário, penso ser importante complementar tais fundamentos, trazendo razões adicionais para esclarecer o posicionamento manifestado em outros julgamentos sobre o mesmo tema, a fim de motivar meu posicionamento.

54. Importa registrar que a matéria trata de ágio decorrente de operação entre partes independentes e não trata sobre o chamado “ágio interno”, onde o benefício tributário decorreria (no ágio interno) de operações societárias entre partes dependentes, com a contumaz pecha de artificialidade e os consectários legais decorrentes de alegadas simulações.

55. É importante fazer esse *distinguishing* para evitar controvérsias específicas relacionadas àqueles casos, que não contaminam a presente análise, uma vez que os autos de infração em apreço tratam de glosa da amortização de ágio decorrente de incorporação reversa havida entre partes independentes, mediante a interposição de empresa veículo.

56. O caso em análise trata de ágio decorrente de constituição empresa nacional para captar recursos no mercado de terceiros controladores e, ao final, adquirir negócios operacionais no Brasil, com ativos e o fundo de comércio objeto da transação. Nesse aspecto, nenhuma irregularidade, seja de natureza societária ou fiscal.

57. Verifica-se a existência de substrato econômico para a existência da companhia em questão, que não representava uma empresa de passagem (*empresa veículo*) para instrumentalizar nenhum tipo de aproveitamento indevido de benefício fiscal, no caso, a amortização do ágio, que foi regularmente contabilizado e apurado.

58. Não bastasse o fato da operação ser regular, com substrato econômico válido, ante a regular criação de *holdings* brasileiras, importa anotar elementos adicionais para desconstituir o lançamento tributário relacionados à alegada amortização ilegal do ágio em questão.

59. O direito brasileiro admite a participação de companhias no quadro social de outras criadas para viabilizar operações lícitas com terceiros, como se vê do caso em análise, onde não houve qualquer tipo de operação fraudulenta. O ágio decorrente dessas transações regulares em nada modifica o contexto fático e jurídico relacionado ao aproveitamento fiscal do ágio decorrente das operações realizadas.

60. Sobre essa questão, a matéria já foi apreciada por esta Turma de Julgamento, em formação diversa, no acórdão 1201-001.267, razão pela qual, tratando de assunto idêntico e bem condensar o que fora debatido atualmente pelo atual Colegiado na sessão de julgamento, adoto a fundamentação do acórdão e a adoto como razões de decidir na presente análise, ao final complementada por esta Relatoria:

Pois bem, desde logo deve-se deixar claro que a fiscalização em momento algum alega que o ágio nasceu de uma operação realizada entre empresas que fazem parte do mesmo grupo econômico. Ao contrário, pelo que se vê no TVF o ágio decorreu de uma transação entre partes independentes e em pé de igualdade (*arm's length transaction*). Resumindo, não se trata aqui de “*ágio interno*”.

São, como visto acima, duas as razões pelas quais o auditor se convenceu da ilegalidade do aproveitamento do ágio pela fiscalizada: (i) falta de propósito negocial, e; (ii) emprego de empresa veículo.

Quanto à falta de propósito negocial, há que se distinguir dentre as operações levadas a efeito pelos interessados, aquelas que tiveram por objetivo ocultar o ganho de capital auferido pelos alienantes, daquelas cujo objeto foi a transferência do ágio para a atuada.

As primeiras não interessam ao presente processo, e são objeto do PA nº 10380.726.493/201018, que trata do ganho de capital.

As últimas foram realizadas com o propósito do aproveitamento do ágio na aquisição da participação societária, e estão amparadas na interpretação que esta Turma vem emprestando aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, qual seja, a de que a finalidade daquelas normas é incentivar a absorção do patrimônio de empresas nacionais por outras, sejam nacionais, sejam estrangeiras. Em outras palavras, o propósito negocial foi exatamente o aproveitamento do ágio, propósito esse amparado pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Repare que a abusividade do planejamento tributário pode ter como característica (desde que não seja a única) justamente a ausência de propósito negocial.

Entretanto, quando exista uma norma jurídica incentivando, sob o ponto de vista fiscal, a realização de um negócio jurídico, seria absurdo imaginar-se que além do propósito de economia fiscal deveria haver também algum outro propósito. Esse é exatamente o caso dos presentes autos.

Em relação ao emprego da chamada "empresa veículo" cumpre destacar que tal expressão tem sido utilizada pela fiscalização de uma maneira pejorativa, no sentido de um "mal em si mesmo".

No entanto, como é cediço, não é possível sustentar-se uma autuação fiscal lastreada na simples acusação de emprego de "empresa veículo", até porque o simples emprego de "empresa veículo" não é tipificado como infração à legislação tributária.

Caberia então à fiscalização apontar a relação entre o emprego da "empresa veículo" e a prática de alguma infração à legislação tributária. E, no caso dos autos, como o autor da ação fiscal não se desincumbiu de seu ônus, isso já seria razão suficiente para afastar-se, de pronto, a autuação.

Todavia, tendo em vista que existem algumas decisões do CARF mantendo a glosa da amortização do ágio justamente pelo emprego de "empresa veículo" (vide, por exemplo, o Acórdão 1101001.113), entendo cabível o exame da matéria.

Em breve síntese, aqueles que defendem a impossibilidade do aproveitamento do ágio nestas condições sustentam que o emprego de empresa veículo, que ao fim incorpora ou é incorporada pela investida, "oculta" o verdadeiro investidor, qual seja, aquele que fornece os recursos para que a empresa veículo faça o investimento.

Desse modo, dizem eles, não há incorporação entre o "verdadeiro investidor" e a investida, sendo portanto inaplicável os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Pois bem, quanto a este argumento deve-se ter em conta que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram originalmente criados com a finalidade de incentivo à aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares, no âmbito do chamado Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491/97).

E uma vez que pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras têm direito a adquirir até 100% das ações ou quotas da empresa nacional objeto de desestatização (vide art. 12 da referida Lei nº 9.491/97), é de se perguntar: como poderia um investidor estrangeiro se beneficiar dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 senão por meio da constituição e capitalização de uma pessoa jurídica nacional que fizesse o investimento na empresa objeto da desestatização? Esse foi, de fato, o caminho adotado pelos investidores estrangeiros (vide também caso Celpe, Acórdão nº 1201-00.689).

Ocorre que, de acordo com a teoria da "empresa veículo", ora sob exame, nem assim os investidores estrangeiros poderiam se beneficiar dos disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois a pessoa jurídica nacional por eles constituída e capitalizada não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Na mesma situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estaria, por exemplo, um grupo de pessoas físicas nacionais que desejasse adquirir as ações ou quotas de uma empresa objeto de desestatização. Se fizessem o investimento diretamente, as pessoas físicas não poderiam se beneficiar das referidas normas (por óbvio, pessoa física não incorpora nem é incorporada por pessoa jurídica).

A solução seria, novamente, a constituição e capitalização de uma pessoa jurídica justamente para que esta fizesse o investimento. Entretanto, de acordo com a aludida teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo grupo de pessoas físicas poderia se beneficiar do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Também em idêntica situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estariam as pessoas jurídicas nacionais que em razão de vedação contida em norma legal ou infralegal estejam impedidas de exercer atividades econômicas diversas daquelas previstas naquelas normas. Seria o caso, por exemplo, de um banco comercial adquirir as ações ou quotas de uma concessionária de energia elétrica. Tal aquisição é possível, desde que autorizada pelo Banco Central. O que não é juridicamente possível é a absorção do patrimônio da concessionária pelo banco comercial (ou vice-versa) uma vez que o Banco Central proíbe que os bancos comerciais exerçam atividades distintas daquelas previstas em Regulamento.

A solução, mais uma vez, seria o banco comercial constituir e capitalizar uma pessoa jurídica a fim de que esta adquira as ações ou quotas da empresa objeto de desestatização. Ocorre que, segundo a mencionada teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo banco comercial poderia se beneficiar do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor".

Os exemplos acima, que a outros poderiam se somar, demonstram que a propalada teoria da "empresa veículo" aplicada aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ensejaria uma interpretação restritiva dessas normas no tocante à idéia de "verdadeiro investidor".

Todavia, a interpretação restritiva, tal como as demais espécies interpretativas, não é fruto da vontade do intérprete. Ao contrário, deve ser juridicamente fundamentada. No caso dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 tal interpretação restritiva reduziria significativamente as hipóteses de aproveitamento fiscal da amortização do ágio ali prevista, algo que vai de encontro (e não ao encontro) à finalidade do Programa Nacional de Desestatização, o qual, como dito antes, incentiva a aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares. Em outras palavras, a teoria da "empresa veículo" defendida por alguns é frontalmente contrária à finalidade para à qual foram criados os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, daí porque não pode ser acolhida.

Registre-se que os casos que envolvem amortização do ágio por incorporações societárias não decorrem de uma invencione de contribuinte para obter benefício tributário. Com efeito, é uma opção legislativa surgida em virtude da promulgação da Lei 9.532/97 – a qual permanece vigente – para assegurar a promoção do Programa Nacional de Desestatização do Governo Federal.

61. Naquela ocasião – e já se vão longínquos 25 anos –, as privatizações das empresas estatais demandava investimentos estrangeiros no país, mediante aportes em companhias cujo valor contábil estava muito aquém dos possíveis investimentos em leilões de telecomunicações e que geraria imenso ágio entre o valor investido e o valor contábil das mesmas.

62. Como forma de estimular tais investimentos, o Poder Executivo da época publicou a MP nº 1.602, de 1997, posteriormente convertida da citada Lei 9.532/97, admitindo objetivamente que:

a) Fossem criadas “empresas veículo” para receber o aporte internacional e participar efetivamente dos leilões, podendo essas, ao final do processo em que saíssem vencedoras, serem incorporadas pelas companhias estatais investidas (conforme regra do art. 8º, b, da citada lei);

b) Em decorrência dessas operações, o ágio de tais investimentos pudesse ser amortizado do lucro real, à razão de 1/60 por mês em cada período de apuração, o que levava a um benefício tributário estimulado por decisão governamental (conforme art. 7º, III, da lei).

63. Importa transcrever os termos da Lei 9.532/97, para uma melhor visualização dos termos aqui tratados:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei n.º 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei n.º 9.718, de 1998)

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do *caput*:

a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

64. Anote-se que a opção legislativa para a utilização desse modelo de negócios continua vigente no ordenamento brasileiro, inexistindo razões para demonizar sua utilização. É dizer: a opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio.

65. Entendo que não há elementos para vedar a amortização do ágio por considerar elusiva a instrumentalização de mecanismos previstos, autorizados e estimulados pela legislação consubstanciaria revogação tácita da Lei 9.532/97. Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intensão, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado.

66. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si, não havendo nos autos elementos que comportem tal providência, porquanto a parte haver demonstrado a intenção em promover mudanças no mercado lácteo brasileiro mediante investimentos em terceiros.

67. Nesse sentido, colhe-se da doutrina de Carlos Augusto Daniel Neto, ex Conselheiro do CARF, importantes luzes à análise do aproveitamento do ágio, porquanto “*Compreende e, sobretudo, respeitar os efeitos tributários legítimos de uma LBO é, afinal, uma segurança e um estímulo aos crescentes investimentos em empresas brasileiras e ao próprio desenvolvimento econômico nacional, e demonstra a compreensão da relevância desse negócio para viabilizar a aquisição de participações societárias, o que, em muito, transborda as vantagens tributárias que lhe são acessórias*”¹.

68. Calha à fiveleta trazer a análise doutrinária de Marcos Vinicius Neder e Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira², acerca da interposição de empresas para assegurar o aproveitamento do ágio, sob o enfoque das holdings como as empresas veículo, chegando-se às mesmas conclusões até aqui demonstradas neste voto, a saber:

Lei nº 9.532/1997 expressamente veio a permitir a dedução do ágio, no caso da "incorporação reversa", algo que não estava claro na legislação anterior. Ou seja, o ágio passou a ser dedutível também no momento em que a investida incorpora a investidora. Trata-se, claramente, da incorporação da investidora direta. Essa permissão expressa que autoriza deduzir o ágio na "incorporação reversa" teve como objetivo estimular o interesse da iniciativa privada na aquisição de participação societária em empresas públicas em fase de privatização. (...)

¹ DANIEL NETO, Carlos Augusto. A amortização do ágio gerado em operações de compra alavancada de participações societárias. ____ In: ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de (Coord.). Série Controvérsias Tributárias e os Precedentes do CARF: Tributação sobre a Renda (IPRJ/CSLL). Vol. I. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2022, p. 78.

² NEDER, Marcos Vinicius; JUNQUEIRA, Lavínia Moraes de Almeida Nogueira. Análise do tratamento contábil e fiscal do ágio em estrutura de aquisição ou titularidade de sociedades quanto há a interposição de holding. In: Controvérsias Jurídico Contábeis, 4ª Volume. São Paulo: Dialética, 2013, fls. 161, 162 e 179.

A Lei não proibiu o aproveitamento do ágio no caso de incorporação de empresas holdings, constituídas pelos controladores indiretos com o propósito de adquirir, consolidar e gerir a participação na empresa investida. Não apenas isso não foi proibido como foi expressamente autorizado, na medida em que a Lei permitiu a dedução do ágio no caso da incorporação reversa pela empresa investida na empresa que nela detém a participação acionária e estimulou os processos de privatização (...)

A norma tributária, ao conceder o incentivo tributário de aproveitamento do ágio na Lei 9.532/1997, não fez restrição ao uso de holdings, muito pelo contrário as incentivou, como comentamos anteriormente, inclusive ao permitir a dedução do ágio na incorporação reversa. Assim, a mera existência da Instrução CVM 349/2001, que dispõe sobre o tratamento contábil do ágio na incorporação reversa de holdings em empresas de capital aberto, e a existência dos procedimentos contábeis nela sugeridos não afetam em nada a possibilidade de dedução do ágio na incorporação reversa da holding. (...)

A Lei não restringiu a apuração ou a dedução fiscal de ágio quando a empresa incorporada, adquirente do investimento, fosse empresa pura de holding, ou quando a empresa tivesse recebido recursos de seu sócio ou acionista em aumento de capital, ou ainda quando tivesse recebido a participação acionária em subscrição de ações de sua emissão. Logo, o tratamento de todas essas hipóteses, quando da incorporação reversa da holding Y, é alcançado, de forma equivalente, pela Lei".

69. O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito.

70. Apontar ilegalidade inexistente é tão deletério quanto a praticar!

71. Não obstante, as conclusões apriorísticas do fisco sobre as escolhas que levam companhias a buscarem estruturas societárias e instalação de operações lícitas em diversos países reflete muito mais o desconhecimento dos agentes administrativos quanto às demandas econômicas internacionais do que verdadeira relevância argumentativa. Com efeito, em excelente estudo doutrinário sobre “*O planeamento Tributário Abusivo das Transnacionais e a Erosão das Bases Tributárias: entre a Legalidade e a Moralidade*”, vê-se as seguintes e lúcidas conclusões:

Embora a tributação seja um influenciados na atração de empresas, não é ele o que prepondera. Quando o assunto é investimento estrangeiro direto (IED) genuíno, os tributos ocupam a quarta ou quinta posição na ordem do que é considerado pelos investidores. Antes, são apontados outros fatores tidos como mais importantes, a exemplo de: estabilidade política e instituições fortes, infraestrutura, acesso a mercados e matérias-primas e mão de obra qualificada.

No mesmo sentido, a OCDE estende que a política fiscal e seus incentivos ocupam um espaço limitado na tomada de decisão do local onde será alocado o IED. Assim, é errado analisar a questão a partir de uma lógica essencialmente do país, mas, numa perspectiva

nacional, não é estatisticamente tão relevante, uma vez que isso não torna o país desinteressante a investimentos externos por si, o que parece ser verificado no mundo real.

(OLIVEIRA, José André Wanderley Dandas de; HOLMES, João Marcelo. *O planejamento Tributário Abusivo das Transnacionais e a Erosão das Bases Tributárias: entre a Legalidade e a Moralidade*. In RDTA Revista Direito Tributário Atual. vol. 48. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, p. 658).

72. Conhecer os senões que estão além da fria relação tributária demanda interesse pela investigação da realidade que cerca o intérprete e o aplicador do direito, que deve estar atento ao conteúdo interdisciplinar com áreas afins ao Direito Tributário, historicamente encaixotado no conforto de repetições apriorísticas. Seja porque, no mundo real, o direito mais se cumpre do que se descumpre, o propósito negocial mais existe do que se simula, mas conceber isso como uma realidade demanda escolha interpretativa que exige do ourives jurídico lapidar os porquês e os “praquês” da fenomenologia jurídica ao par da realidade econômica, nem sempre transparente às lentes de quem a investiga. Cotejar a interdisciplinaridade destes senões, conforme notável lição do Professor – e também i. Conselheiro deste Colegiado – Jeferson Teodorovicz, “*Trata-se, portanto, de uma atitude de abertura epistemológica ou ‘abertura de pensamento’*. *O diálogo (recíproco) entre disciplinas é essencial para a efetivação da interdisciplinaridade. O cientista avança sobre o campo de interesse comum de outros ramos do conhecimento, permitindo-se receber contribuições de outras áreas.*” (TEODOROVICZ, Jeferson. *O Direito Tributário Brasileiro e a Interdisciplinaridade: Perspectivas, Possibilidades e Desafios*. In RDTA Revista Direito Tributário Atual. vol. 48. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, p. 578).

73. Ressalte-se, ainda, que as conclusões a que chegou a administração tributária para concluir por uma pretensa – e ao meu ver inexistente – artificialidade na conduta do contribuinte em manter a estrutura societária proposta para, supostamente, reduzir artificialmente a carga tributária como no caso em apreço, não encontra guarida na realidade indicada nos autos processuais, nem se justifica pelas teorias de escol que pretendem desconstituir negócios sob o prisma do dever de solidariedade que subjaz ao denominado *Dever Fundamental de Pagar Tributos*, conforme ensino do professor português José Casalta Nabais³.

74. É bem verdade que tal teoria, utilizada inadequadamente, pode levar o intérprete apressado a pressupor que, sendo fundamental o dever do contribuinte de pagar tributo, deve o mesmo organizar seus negócios de forma a sujeitar-se à opção tributária mais onerosa. Ora, se pagar é um dever, tudo aquilo que fosse contrário ao pagamento seria ilegal (reitere-se que é um argumento hipotético e equivocado).

75. Trata-se de equívoco interpretativo, até porque não é isso que a teoria prega. *Não se pode conceber um livro pela capa ou uma teoria pelo título!*

76. No Brasil, há grandes professores que defendem o dever de pagar tributos como algo ínsito às sociedades modernas, a exemplo do professores Ricardo Lobo Torres⁴, Marcus

³ NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Almedina: Coimbra, 1998.

⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Solidariedade e justiça fiscal*, In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). *Estudos de Direito Tributário: Homenagem à memória de Gilberto de Ulhôa Canto*, Rio: Forense, 1998; TORRES, Ricardo Lobo. *Sistemas constitucionais tributários*. In: BALEEIRO, Aliomar (Org.). *Tratado de direito tributário brasileiro*. t. II. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

Abraham⁵, Marco Aurélio Greco⁶, Marciano Seabra de Godoi⁷, Sérgio André Rocha⁸, Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁹, Klaus Tipke¹⁰, Douglas Yamashita¹¹, dentre outros. Citam o dever de solidariedade social e as exigências ínsitas coexistência da vida comum como elemento que torna admissível um dever coletivo fundamental de pagar tributos.

77. Mas a doutrina nunca pretendeu justificar – e isso fica evidente em todas as obras citadas – pela opção da ilegalidade, do excesso, da desproporção ou da injustiça na cobrança de tributos, assim como não serve de parâmetro nem justifica qualquer tentativa de maximização de arrecadação, nem impõe ao contribuinte o exercício de escolha à tributação mais onerosa.

78. Note-se que os defensores da teoria do dever fundamental de pagar tributos *não afastam*, em nenhuma hipótese, todos os limites e travas do ordenamento jurídico ao exercício do poder de tributar¹². O próprio Prof. José Casalta Nabais dedica grande parte de sua obra para advertir que as limitações constitucionais e legais protetivas do contribuinte não são afetadas pelo reconhecimento desse dever coletivo.

79. É dizer: Não há dever fundamental de pagar *ilegalmente* tributo, tanto quanto inexistente dever fundamental do contribuinte de sujeitar-se a excessos ou a qualquer exigência que não esteja objetivamente parametrizada pela licitude.

80. Exatamente por isso, propõe-se aqui um novo olhar hermenêutico que afaste as amarras interpretativas sobre a teoria, passando a concebê-la não apenas sob a égide do dever fundamental de pagar tributos, mas sob a compreensão do dever fundamental de pagar (*legalmente*) tributos¹³.

⁵ ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁶ GRECO, Marco Aurélio. Do Poder à Função Tributária. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). *Princípios e Limites da Tributação 2*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

⁷ GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sergio André (Organizadores). *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. GODOI, Marciano Seabra de. *Tributo e solidariedade social*. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coordenadores). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p.158).

⁸ ROCHA, Sérgio André. *Fundamentos do Direito Tributário Brasileiro*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Interpretação e Elusão Legislativa da Constituição do Crédito Tributário*. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; MACEDO, Marco Antonio Ferreira (Coordenadores). *Direitos Fundamentais e Estado Fiscal: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Salvador: Jus Podivm, 2019.

¹⁰ TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹¹ Idem.

¹² Cite-se o Professor Marciano Seabra de Godoi, também, um dos grandes defensores da teoria, para quem “a afirmação das íntimas relações entre solidariedade e tributo e o reconhecimento da existência de um dever fundamental de pagar impostos poderão causar espécie e ser mal compreendidos. Poder-se-ia pensar que o reconhecimento de um dever fundamental de pagar impostos credenciaria o Estado a exigir dos contribuintes qualquer tipo de prestações tributárias, enfraquecendo os limites formais e materiais do poder de tributar. De outra parte, poder-se-ia concluir que a vinculação do tributo com a solidariedade constitui uma ‘desculpa’ ou um ‘pretexto’ para justificar a cobrança de exações com graves violações das limitações constitucionais do poder de tributar” (GODOI, Marciano Seabra de. *Tributo e solidariedade social*. In: _____ (Coords.) GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p.158).

¹³ Tais reflexões levaram este Relator a produzir texto acadêmico tratando do assunto, cf. ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de. *O Dever Fundamental de Pagar (legalmente) Tributos: Significado, Alcance e Análise de*

81. Essa proposta autoriza admitir que todos estão conectados às demandas sociais exigidas pela solidariedade comunitária ínsita ao Estado Fiscal, exigindo de pessoas físicas e jurídicas o cumprimento do dever colaborativo tributário, porém, reforça que o dever fundamental de pagar tributo nunca nascerá da ilegalidade, em quaisquer de suas modalidades.

82. Dito de outro modo, nas circunstâncias em que, licitamente, o contribuinte realizar ato jurídico que importe em economia tributária válida, sem mácula ou vício previsto no ordenamento jurídico, ou seja, sem patologia de forma, de vontade, de intenção ou ocultação, ter-se-á como inválida a exigência da exação que dele decorra, inexistindo dever fundamental de pagar *ilicitamente* tributos. Trata-se da realização do *princípio da tributação conforme a lei*¹⁴, em última instância, o princípio da legalidade, como elemento basilar do ordenamento jurídico, cuja aplicação conjunta torna possível o reconhecimento do dever jurídico em apreço.

83. Assim, ainda que se admita que a existência do princípio da solidariedade social que justifica a existência do dever fundamental de pagar (legalmente) tributo, tal fato não tem a aptidão de afastar, limitar ou inviabilizar outros princípios e regras que integram a ordem constitucional e validam juridicamente o fenômeno da tributação, sobretudo, as limitações constitucionais ao poder de tributar e os direitos fundamentais do contribuinte. Em circunstâncias que desafiem o intérprete à derrotabilidade (*defeasibility*)¹⁵ de algum deles, o dever fundamental de pagar (legalmente) tributos não terá ascendência sobre os demais, sugerindo-se a solução a partir do sobreprincípio da proporcionalidade e da técnica do balanceamento (*balancing*), a fim de alcançar solução verdadeiramente justa, servindo de freios e contrapesos do próprio ordenamento jurídico.¹⁶

84. Penso ser essa a hipótese em análise, onde não é possível vislumbrar, a meu sentir, qualquer pecha de ilegalidade que justifique a desconsideração da realidade fática que levou a administração tributária de atribuir artificialidade à conduta do sujeito passivo. Não houve simulação, dolo, fraude, conluio, não se comprovou ausência de propósito comercial na composição societária em apreço, não houve omissão de registros contábeis nos balanços das companhias envolvidas, razão pela qual não é possível validar a pretensão fazendária de alcançar os fatos econômicos indicados nos autos de infração.

85. Consigne-se que a administração tributária presume a artificialidade da estrutura societária da contribuinte a partir de um critério de abusividade e, ainda que não deixe claro, pretende justificar a autuação na norma geral antielisiva prevista no parágrafo único do art. 116 do CTN, segundo o qual a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a

Precedentes do Carf. Revista Direito Tributário Atual nº 51. ano 40. p. 197-224. São Paulo: IBDT, 2º quadrimestre 2022.

¹⁴ PONTES, Helenilson Cunha. *Revisitando o tema da obrigação tributária*. In: _____ SCHOUEIRI, Luís Eduardo. *Direito Tributário – Homenagem a Alcides Jorge Costa*, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

¹⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. The ascription of responsibility and rights: *Proceedings of the Aristotelian Society*. Londres, XLIX, p. 171-194, 1948.

¹⁶ ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de. *A proporcionalidade e os limites ao poder sancionador tributário*. In: _____ (Coords.) VIANA FILHO, Jefferson de Paula; CELESTINO JUNIOR, José Osmar; FILGUEIRAS, Ingrid Baltazar Ribeiro; GOMES, Priscilla Régia de Oliveira. *Novos tempos do direito tributário*. Curitiba: Editora Íthala, 2020, p.71;73.

natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, *observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária*.

86. Impende ressaltar que este julgamento não desconsidera o julgamento da ADI 2.446 pelo STF, que julgou constitucional o art. 1º da LC 104/2001, o qual acrescentou o parágrafo único do art. 116 do CTN. Em nenhum momento esta Relatoria entende ser inconstitucional tal texto normativo, apenas reconhece o fato de que a desconstituição de negócios jurídicos há de ser pautado mediante critérios jurídicos complementares, a serem definidos em lei ordinária (conforme textualmente prevê a norma).

87. Penso que inexistência atual de norma específica que discipline a pretensa desconstituição de negócios jurídicos válidos não autoriza a administração tributária a se valer de critérios gerais, claramente subjetivos, para atribuir a pecha de planejamento tributário “abusivo” ao exercício regular de direitos de cunho empresarial e societário. Cabe ao legislador – e somente a ele – indicar normas ordinárias de reação ou proibição a planejamentos tributários específicos (assim entendidos as “SAAR – *Special Anti Avoidance Rules*”) ou normas gerais de idêntica natureza (“GAAR – *General Anti Avoidance Rules*”), sob pena de se admitir que a generalidade da norma geral antielisiva, que possui mero comando autorizador do exercício secundário de competência legislativa ordinária, autorize o fisco a indicar limites à regular prática de planejamento tributário lícito, que não representa qualquer prática de ato ilegal, não enseja presunção de abuso, não demanda ser combatido (até porque é lícito) ou justifica autuações subjetivas. Com efeito, conforme leciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “*a liberdade pode ser disciplinada, mas não pode ser eliminada*”¹⁷, cabendo ao legislador, portanto, discipliná-la e a administração cumprir a disciplina. Fora daí repousará o excesso!

88. Cito a doutrina de Marco Aurélio Greco em torno do tema do planejamento tributário, cuja obra é fruto de muita incompreensão, mas que busca compreender os limites a essa prática, mesmo que parametrizada por atos lícitos (sem patologias), porém, com a intenção exclusiva de obter economia tributária. O ilustre Professor *afasta a possibilidade de desconsideração primária dos negócios jurídicos*, sob o entendimento de que o CTN impõe a necessidade de promulgação de lei ordinária que fixe os limites ao agir estatal, nos seguintes termos:

Ou seja, na medida em que o CTN, neste parágrafo único do artigo 116, prevê a necessidade de uma lei ordinária para disciplinar os procedimentos de aplicação do dispositivo, está determinando que *a competência em questão não pode ser exercida de modo e sob forma livremente escolhidos pela Administração Tributária. A desconsideração só poderá ocorrer nos termos que vierem a ser previstos em lei, como corolário da garantia individual do devido processo legal*.

Em suma, o CTN deferiu à lei ordinária a *disciplina indispensável*, de caráter procedimental (e não de direito material), para que a norma possa ser aplicada. Com isto, *não veiculou uma norma de eficácia plena, mas uma norma de eficácia limitada*, na medida em que a plenitude da eficácia somente será obtida após a edição da lei ordinária dispondo sobre tais procedimentos. Vale dizer, antes da mencionada lei ordinária, o conteúdo preceptivo do dispositivo não comporta aplicação.

Isso significa que, *enquanto não for devidamente editada a lei ordinária dispondo a respeito, falta um elemento essencial à aplicabilidade do parágrafo examinado, sendo ilegal o ato administrativo fiscal que, nesse interregno, pretender nele apoiar-se*. Enquanto não vier a ser editada a lei ordinária prevista no dispositivo, falta ao dispositivo a plenitude

¹⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007, p. 196.

da produção dos seus efeitos e, por consequência, a autoridade administrativa não pode praticar ato de desconsideração nele fundamentado (o que não impede, porém, as reações já examinadas, nos casos de abuso ou fraude à lei)¹⁸. (Grifou-se)

89. Luís Eduardo Schoueri confirma tal entendimento, ao estatuir que “não há lei que obrigue alguém a incorrer em fato jurídico tributário. Ao contrário, sob pena de caracterização de confisco, a hipótese tributária não pode ser conduta obrigatória. Ora, se ao particular é assegurado o direito de incorrer, ou não, naquela hipótese, então não se pode considerar fraudulenta a decisão do planejamento tributário”¹⁹.

90. Não obstante, admite-se, sim, o combate ao abuso, à fraude, à simulação, ao dolo e ao conluio, não sob o prisma da norma geral antielisiva, mas pela prática de ato antijurídico a que o ordenamento jurídico preveja conduta específica. Nesses casos, o contribuinte transmuda artificialmente a realidade de forma simulada, como forma de obter proveito ilícito, cabendo nesses casos – *diferentes do que ora se julga* – a aplicação firme da lei para impedir a perpetuação da ilegalidade praticada. Neste sentido, cite-se decisão deste Colegiado, relatada pelo voto do i. Conselheiro Efigênio Freitas Junior (Relator do presente processo), neste sentido, a saber:

SIMULAÇÃO. MULTA QUALIFICADA

No cenário em que há cumprimento formal da lei - emissão de nota fiscal e respectiva contabilização - se analisados os fatos sob a lente restritiva do Direito Privado não há falar-se em simulação, afinal seguiu-se a letra da lei, a despeito da *artificialidade*. Analisar o conceito de simulação sob essa lente restritiva significa, por via indireta, restringir a atuação do fisco; permitir que o sujeito passivo, a despeito do exercício de atividade empresarial, cubra-se com o manto da isenção. O que, além de ilegal, vai de encontro ao princípio da livre concorrência e ao cumprimento do *dever fundamental de pagar tributos*.

Arranjo tributário simulado, artificioso, com vistas a transparecer para o fisco inoportunidade de ilegalidade ou descumprimento dos requisitos previstos no artigo 14 do CTN, e artigo 12 e parágrafos da Lei nº 9.532, de 1997. Agir com consciência e vontade, e modificar características essenciais da ocorrência do fato gerador, as quais impactam na redução do montante devido de tributo, é conduta que atrai a incidência da multa qualificada, prevista no art. 44, § 1º, da Lei 9.430, de 1996 c/c art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. (Grifou-se)

91. A necessidade de se combater *atos ilícitos*, mediante elementos de controle ou de fiscalização que demandem do ente tributante afastar do mundo jurídico atos jurídicos eivados da pecha do dolo, fraude, simulação ou abuso, tem como fundamento da desconstituição do ato uma contrariedade objetiva à norma vigente e se justificam no dever geral de combate à evasão (ilícita). Existe um defeito do ato ou negócio jurídico por patologia invencível, seja por defeito forma, seja por vício da manifestação da vontade.

92. E quando o ato praticado leva a uma economia tributária? Nesse caso, entendo ter razão Sérgio André Rocha, em obra que versa sobre Planejamento Tributário e Liberdade Não Simulada, ao estatuir que “*O querer pagar menos tributo é ubíquo tanto na evasão quanto na elisão fiscal, não sendo, assim, critério relevante para separar uma situação da outra. Logo, é*

¹⁸ GRECO, Op. Cit. p. 568.

¹⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento Tributário: Limites à Norma Antiabuso. São Paulo: Revista Direito Tributário Atual, n. 24, 2010, p. 355.

*no campo da divergência objetiva entre o ato praticado e a realidade que deve ser identificada a simulação, não no campo das intenções subjetivas do contribuinte*²⁰.

93. É no âmbito da simulação que se revolvem os problemas de planejamento tributário. Fora dele, não cabe ao intérprete desejar que o contribuinte pense como o Fisco, pois o parâmetro não é o Fisco, é a lei!

94. Todas as razões de mérito apontadas trazem a esta Relatoria conclusões contrárias a que chegou a administração tributária e a douta instância de piso, a ensejarem a desconstituição dos autos de infração, devendo-se dar provimento ao apelo administrativo do sujeito passivo.

95. Outrossim, consigne-se que há de se promover, em maior escala possível, o princípio constitucional da segurança jurídica, sob a égide da cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade das normas jurídicas postas, *in casu*, nos reflexos jurídicos possíveis decorrente da aplicação da Lei 9.532/97, que continua vigente. Não se trata de princípio abstrato, pelo contrário, cabe ao intérprete conferir à norma, na análise do caso concreto, a maior realização possível da segurança jurídica, pautado nos critérios acima apontados, considerando-se a acessibilidade do conteúdo normativo, sua anterioridade, inteligibilidade, continuidade e estabilidade.

96. Levando-se em consideração tais premissas, penso que a interpretação que melhor assegura a realização da segurança jurídica para os casos de amortização de ágio deve considerar como regra geral a licitude das operações, salvo as exceções onde a simulação (em sentido lato) seja comprovada. Com isso:

- a) Assegura-se ao destinatário da norma a cognoscibilidade do conteúdo da expressa previsão normativa da Lei 9.532/97;
- b) Modela-se a confiabilidade no texto normativo, que assegura ao contribuinte a escolha societária ora controvertida;
- c) Viabiliza-se calcular os efeitos jurídicos das opções lícitas realizadas através de atos jurídicos autorizados pela norma.

97. Sobre o assunto, cite-se a notória contribuição acadêmica de Humberto Ávila, para quem “Só se pode planejar e agir quando há segurança para planejar e para agir. Segurança é, deste modo, um meio à realização das liberdades individuais, uma espécie de princípio funcional relativamente àquelas. Afinal, quem não pode confiar nas condições jurídicas para a realização de seus atos guardará distância das grandes realizações, já que a liberdade significa, justamente, a possibilidade plasmar a própria via de acordo com os próprios projeto”²¹. O autor ainda que controverte a necessidade de realização da segurança com foco nos três problemas interpretativos centrais:

²⁰ ROCHA, Sérgio André. Planejamento tributário e liberdade não simulada. 2ª ed. Belo Horizonte-MG: Letramento; Casa do Direito, 2022, p. 137.

²¹ ÁVILA, Humbert. Teoria do Ordenamento Jurídico. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 80.

O primeiro problema refere-se à falta de inteligibilidade do ordenamento jurídico. O cidadão não sabe exatamente qual é a regra válida. Se aquele sabe qual é esta última, não conhece bem o que ela determina, proíbe ou permite. As regras não são acessíveis, abrangentes, compreensíveis ou inclusive suficientemente determinadas. Elas não são, enfim, orientadas para o usuário, já que deixam de prever as informações relevantes para o comportamento que aquele deve adotar. Com isso, o Direito perde a sua função orientadora. O direito, para usar aqui uma expressão enfática, deixa de ser sério. O cidadão torna-se dominado por leis que desconhece, relevando o princípio de que a ignorância das leis não escusa o seu cumprimento quase um sarcasmo.

A segunda questão diz respeito à carência de confiabilidade do ordenamento jurídico. O cidadão não sabe se a regra, que era e é válida, ainda continuará válida. E, quando ele sabe disso, não está segundo se essa regra, embora válida, será efetivamente aplicada ao seu caso. Regras e decisões são, pois, inconstantes. O Direito não é sério – e também deixa de ser levado a sério.

O terceiro entrave diz com a falta de calculabilidade do ordenamento jurídico. Em outras palavras, o cidadão não sabe bem qual norma irá valer. As possibilidades de apreensão de informações sobre futuras decisões são muito pequenas. O Direito, por conseguinte, não é previsível nem calculável. O cidadão, assim, não sabe se o Direito, que já não é sério nem é levado a sério no presente, serão também levado a sério no futuro.

A ausência ou pouca intensidade dos ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito instalam a incerteza, a descrença, a indecisão no meio social, fazendo com que se coloquem dúvida até mesmo princípios tradicionais, como a segurança jurídica, a capacidade contributiva, a igualdade e a legalidade.

98. Penso que se faz necessário assegurar previsibilidade às relações jurídicas e, nesse contexto, não vejo problemas jurídicos em se admitir que a Lei 9.532/97 assegura ao contribuinte, como regra geral, a interposição de empresa veículo para estruturação de seus negócios que lhe assegure amortizar o ágio em decorrência de incorporação reversa para fins de apuração do lucro real. Portanto, as glosas demonstram-se indevidas, a ensejar a desconstituição das autuações.

99. Destaco, ainda, que o tema foi analisado por esta Turma de Julgamento em outras oportunidades, com entendimento favorável à amortização do ágio, conforme ementa abaixo transcrita, relacionada ao processo em que fui designado para produzir voto vencedor:

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

A Lei 9.532/97 permite ao contribuinte adquirir participações societárias mediante a interposição de empresas veículo, assegurando-lhe a amortização fiscal do ágio, inexistindo razões para demonizar sua utilização. A opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio. Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de

propósito ou vício de intensão, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si.

O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito.

DEVER LEGAL DE PAGAR (LICITAMENTE) TRIBUTOS. DEVER DE SOLIDARIEDADE SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO LÍCITO. INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE DE DIREITO, ARTIFICIALIDADE DE FORMAS, FRAUDE, DOLO, CONLUIO OU QUALQUER PATOLOGIA DO ATO JURÍDICO PRATICADO.

Nas circunstâncias em que, licitamente, o contribuinte realizar ato jurídico que importe em economia tributária válida, sem mácula ou vício previsto no ordenamento jurídico, ou seja, sem patologia de forma, de vontade, de intenção ou ocultação, torna-se ilegítima a autuação que dele decorra, inexistindo dever fundamental de pagar ilicitamente tributos.

A inexistência norma jurídica específica que discipline a desconstituição de negócios jurídicos válidos não autoriza a administração tributária a se valer de critérios gerais, claramente subjetivos, para atribuir a pecha de planejamento tributário abusivo ao exercício regular de direitos de cunho empresarial e societário, de forma que a norma geral antielisiva do art. 116 do CTN possui mero comando autorizador do exercício secundário de competência legislativa ordinária.

Admite-se combate ao abuso, à fraude, à simulação, ao dolo e ao conluio, não sob o prisma da norma geral antielisiva, mas pela prática de ato antijurídico a que o ordenamento jurídico preveja tipo infracional específico.

Considerando que este voto desconstitui as autuações em seu mérito principal, todos os acessórios caem por consequência lógica, sobretudo a qualificação da multa, que também resta afastada em razão da inexistência de simulação que justifique a majoração dos valores.

100. No mesmo sentido, outros julgados desta Turma de Julgamento:

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO APÓS CONFUSÃO PATRIMONIAL. A amortização do ágio na apuração do imposto sobre a renda da pessoa jurídica, nos termos do art. 7º e art. 8º da Lei nº 9.532/97, somente é admissível quando se observa confusão patrimonial entre a investidora e investida. (Acórdão nº 1201-006.197 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 18 de outubro de 2023, Redator Designado Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, maioria)

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. FRAUDE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. A utilização de uma empresa veículo, com existência meramente formal, não é suficiente, tomada isoladamente, para configurar uma fraude tributária. Para tanto, é necessário que fique demonstrado que a empresa veículo foi o meio utilizado para o contribuinte obter uma vantagem antijurídica, seja por falta de previsão legal, seja por ser defesa em lei, seja por desviar a finalidade da lei.

ÁGIO. AQUISIÇÃO ALAVANCADA. EMPRESA DE PROPÓSITO ESPECÍFICO. CAPTAÇÃO DE RECURSOS. PROPÓSITO NEGOCIAL. OCORRÊNCIA. A empresa criada com o propósito específico de operacionalizar a aquisição de participação societária e que, para isso, capta recursos no mercado financeiro, realiza o seu objetivo econômico, demonstrando o propósito comercial da sua criação. (Acórdão n.º 1201-006.257 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 21 de fevereiro de 2024, Redator Designado Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, maioria)

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO EFETIVAMENTE PAGO NA AQUISIÇÃO SOCIETÁRIA. PREMISSAS. As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7º, inciso III, e 8º. da Lei 9.532 de 1997, são: (i) aquisição de investimento relevante com contraprestação de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura; (ii) fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição; (iii) desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial da investida e ágio ou deságio incorrido; (iv) a amortização do ágio deve se processar com a união entre o acervo patrimonial investidor e o acervo patrimonial investido (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição); (v) absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou vice-versa).

Nesse contexto não há espaço para glosa de despesas de ágio cuja origem não é simulada, notadamente quando a autuação não imputa aos agentes a prática de ato simulado.

Não há qualquer previsão legal pela qual a incorporação da detentora original do ágio por empresa intermediária promoveria a extinção do ágio de pleno direito. A transferência do ágio é admitida no Direito Brasileiro e a conclusão fiscal contraria as consequências basilares da sucessão empresarial decorrente do ato de incorporação (art. 227 da Lei nº 6.404/76), bem como enfrentaria a autorização contida no art. 2º, § 3º da Lei nº 6.404/76.

A adoção de empresas intermediárias alcunhadas pejorativamente de “veículo” como meio de viabilizar as operações societárias amparadas no direito de auto-organização empresarial que levem à transferência do ágio permitindo seu aproveitamento de maneira mais conveniente ao contribuinte não encontra vedação no Direito Brasileiro, ainda que a sua constituição no Brasil se dê por empresa estrangeira para centralizar (de maneira temporária ou perene) os investimentos adquiridos no Brasil.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, tampouco estabelecem qualquer limitação no sentido de que somente seriam aplicáveis às participações societárias em pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil e, contrariamente ao que se assevera, o termo “pessoa jurídica” não é restrito às entidades domiciliadas no Brasil, conforme se extrai do art. 52 do ADCT e de atos emanados pela própria RFB, como a IN nº 1.005/2010 (art. 9º, I). Os arts 146 e 147 do RIR/99, por sua vez, não restringem o conceito de pessoa jurídica às domiciliadas em solo pátrio, mas apenas criam restrição conceitual para definir os sujeitos passivos do IRPJ brasileiro. (Acórdão nº 1201-006.251 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 20 de fevereiro de 2024, Relator Lucas Issa Halah, maioria)

101. Todas essas razões são suficientes para afastar os argumentos suscitados pela administração tributária no sentido de atribuir artificialidade à operação realizada.

102. Assim, afastam-se as autuações no concernente à tese do real adquirente, afastando-se, em consequência, todos os fundamentos que atribuem a pecha da artificialidade e falta de propósito negocial à operação em referência.

COMPROVAÇÃO DO FUNDAMENTO ECONÔMICO DO ÁGIO

103. Não há nos autos controvérsias sobre o laudo apresentado pela parte para amortizar o ágio. A glosa decorre apenas de fundamentos jurídicos relacionados ao real adquirente do ágio e ao pretense planejamento tributário ilícito que a parte teria praticado.

104. Identifico que os elementos econômicos para computar o valor do investimento com expectativa de rentabilidade futura estão devidamente demonstrados e não há evidências da ocorrência de qualquer tentativa de fraude ou dissimulação que justifique desconsiderar as diversas provas – todas publicizadas e de pleno conhecimento do Fisco – que comprovam a regular realização do negócio.

105. Assim, considero improcedentes os fundamentos dos lançamentos quanto ao seu mérito principal, inclusive, em relação aos seus consectários, relacionados (a) à adição da glosa do ágio na base de cálculo da CSLL e (b) qualificação da multa de ofício, que decorrem necessariamente da análise que aqui desconstitui os autos de infração.

106. Julgo, portanto, inteiramente improcedentes os autos de infração.

CONCLUSÃO

107. Ante o exposto, dou provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Fredy José Gomes de Albuquerque