



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 12448.721600/2012-87
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1401-001.792 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de fevereiro de 2017
Matéria IRPJ - Ágio
Recorrente Transmissora Aliança de Energ Elétric SA
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

ÁGIO INTERNO - COMPROVAÇÃO

Um vez infirmada a razão fiscal de ágio interno para a glosa da amortização, o lançamento deve ser julgado improcedente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR preliminar de nulidade e, no mérito, DAR provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

ANTONIO BEZERRA NETO - Presidente.

(assinado digitalmente)

GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: ANTONIO BEZERRA NETO (Presidente), LIVIA DE CARLI GERMANO, LUCIANA YOSHIHARA ARCANGELO ZANIN, GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES, LUIZ RODRIGO DE OLIVEIRA BARBOSA, ABEL NUNES DE OLIVEIRA NETO, AURORA TOMAZINI DE CARVALHO.

Relatório

Em relação às peças iniciais de acusação e defesa, sirvo-me do relatório da autoridade *a quo*:

Trata o processo de autos de infração lavrados pela Delegacia da Receita Federal do Brasil no Rio de Janeiro, DRF/RJ-I, exigindo da Interessada, acima identificada, o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica, (IRPJ), Multa Isolada e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, (CSLL), respectivamente, nos valores de R\$11.418.962,80, R\$7.588.140,14 e R\$4.119.466,60, acrescidos os tributos de multa de ofício de 75%, com juros de mora calculados até 31.01.2012.

Na descrição dos fatos consta que houve as seguintes infrações no ano de 2008:

- glosa de valores não amortizáveis;*
- multa isolada pela falta de recolhimento do IRPJ e da CSLL sobre base de cálculo estimada.*

Consta no Termo de Verificação o que segue.

A ação fiscal iniciou em 16/11/2010, tendo como objeto a ETEO - EMPRESA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA DO OESTE S/A, CNPJ 03.723.755/0001-02.

Antes, em 2008, a ETEO teve suas ações adquiridas pela LOVINA PARTICIPAÇÕES S.A. CNPJ: 09.047.817/0001-90, sendo que, após isto, a ETEO incorporou a LOVINA.

A LOVINA havia sido criada em 14/08/2007, com capital social de R\$1.000,00 tendo como sócios quotistas em partes iguais, os Srs. Marcos Vinícios Bitencourt e Luiz Augusto de Azeredo Osório de Castro, ambos advogados, os quais promoveram a integração do capital social no caixa da LOVINA, em partes iguais, no dia da criação, conforme consta do Livro Diário da mesma. Nesta data o domicílio da LOVINA era Rua Almirante Barroso, 527/1202.

Em todo o período a LOVINA não promoveu qualquer operação permanecendo inativa até 13/09/2007, data em que foi adquirida dos sócios originários por TERNA PARTICIPAÇÕES, CNPJ: 07.859.971/0001-30, tendo sido uma das 1000 quotas adquiridas pelo Sr. Ari Cesar Paiva de Almeida, advogado, CPF: 142.529.778-19, sendo que ambos são domiciliados na Praça XV de novembro, 20/1003, tendo sido promovida a alteração do domicílio da LOVINA para o mesmo endereço, conforme alteração do contrato social e Livro Diário.

Em 17/09/2007, firmou-se contrato de compra e venda entre TROPAZ GROUP SARL, sociedade de responsabilidade limitada constituída em Luxemburgo e EARTH TECH BRASIL LTDA,

CNPJ: 27.608.694/0001-09, sociedade com sede em São Paulo, como alienantes e como adquirente a LOVINA. Neste contrato, firmou-se a intenção de aquisição da empresa detentora do contrato de concessão de nº.40/2000 junto a ANEEL, que até então era denominada ETEO - EMPRESA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA DO OESTE S/A.

No contrato firmaram como garantidoras as empresas do grupo econômico: TERNA PARTICIPAÇÕES S.A., controladora da LOVINA e TYCO INTERNACIONAL FINANCE, sociedade também com sede em Luxemburgo, no mesmo endereço da alienante TROPAZ.

Até esta data o capital social da LOVINA era de R\$1.000,00, portanto sem a menor condição econômica de firmar tal contrato, razão da necessidade de firmar-se contrato tendo a TERNA como garantidora.

No ato de aquisição, tanto a TERNA, quanto o sócio Ari são representados por procuração pelo Sr.Giovanni Giovannelli, italiano, CPF:057.856.767-96, que também é diretor da TERNA e pela procuradora Sra.Ana Claudia Alves, CPF: 899.755.377-15, de tal forma que ambos assinam a Primeira Alteração do Contrato Social.

Nenhuma outra operação foi realizada, permanecendo inalterado o balanço da LOVINA e seu diário sem qualquer movimentação até 30/05/2008, quando, como se verá, a LOVINA registrou em seu Diário a subscrição de capital da TERNA e a aquisição da ETEO.

A LOVINA não possuía despesas de aluguel, telefone, empregados ou qualquer registro de operação, possuindo domicílio de sua controladora e entre seus administradores nomeia empregados da própria sociedade controladora, sendo que, na primeira alteração do Contrato Social da LOVINA, registrada na JUCERJA, em 17/09/2007, ficou deliberado no item 10.1 pagamento de prolabore aos administradores, fato que nunca ocorreu.

Em 13/12/2007, a LOVINA se transforma em sociedade por ações, permanecendo as participações societárias originais e os administradores originais designados na primeira alteração do Contrato Social da LOVINA. Desta feita é designado a remuneração da diretoria em R\$4.800,00 mensais, que jamais fora registrada pela LOVINA em seus livros fiscais.

Em 27/05/2008, através de Assembléia Geral Extraordinária, (AGE), a LOVINA aprova o aumento do Capital Social de R\$1.000,00 para R\$565.000.000,00 mediante a emissão de 565.000.000 novas Ações sem valor nominal.

Todas as novas Ações foram subscritas pela acionista majoritária TERNA PARTICIPAÇÕES S.A, cuja atual denominação é TAESA - TRANSMISSORA ALIANÇA DE ENERGIA ELÉTRICA S.A, a própria Interessada, uma vez que,

conforme mais abaixo será detalhado, em 28/02/2011, durante a ação fiscal, a ETEO informou que havia sido incorporada pela TAESA.

Naquele ato, se deliberou pela integralização das novas Ações até o dia 30/05/2008 e foi dada autorização para o pagamento do preço de aquisição da ETEO, dando poderes à Diretoria e procuradores para celebrar todos os atos necessários a concretização de tal negócio.

Assim, em decorrência da AGE, que autorizou a aquisição da ETEO por R\$565.000.000,00, a LOVINA, aprovou a aquisição de totalidade do capital social da ETEO.

Nesta operação, a LOVINA apurou ágio de R\$398.434.782,20, com fundamento na diferença, segundo a Interessada, entre o valor de mercado e o patrimônio líquido da empresa adquirida. O investimento foi de R\$ 189.444.095,18, representado pelo patrimônio da ETEO.

Estas operações foram registradas no Livro Diário da LOVINA em 30/05/2008, constituindo estas na única movimentação existente em tal Livro desde sua criação, que consistiu na equalização do PL da empresa tendo em vista o ágio gerado na aquisição da ETEO.

Assim, houve a geração de uma provisão de R\$261.713.263,79 a fim de prevenir a integridade do Patrimônio Líquido. Além deste lançamento contábil, apenas a liquidação de IOF sobre a operação de câmbio na aquisição da ETEO e o pagamento do laudo financeiro para a incorporação reversa da LOVINA pela ETEO, foram registrados.

Em 02/06/2008, dois dias após a LOVINA ter comprado o capital da ETEO, esta incorpora a sua controladora LOVINA, controlada pela TERNA, (atual TAESA, a própria Interessada), conforme ata da Assembléia Geral Extraordinária de 02/06/2008.

Quando da elaboração do protocolo de intenções da incorporação e do Laudo de avaliação da LOVINA, elaborado para a operação de incorporação, o Patrimônio da LOVINA foi avaliado em R\$318.982.102,82, com a geração de uma equalização do PL no montante de R\$246.018.897,18. Em contrapartida, a ETEO, no patrimônio, reconhece como custo de aquisição da incorporação, o montante de R\$318.982.102,82 e não mais o valor de R\$189.444.095,18, originalmente avaliados pela LOVINA que representaram na geração de R\$398.434.782,20 de ágio.

Conforme já mencionado, em 28/02/2011, a ETEO informou que foi incorporada pela TAESA - TRANSMISSORA ALIANÇA DE ENERGIA ELÉTRICA S.A, CNPJ: 07.859.971/0001-30, que era, até a data da incorporação, controladora integral da ETEO, nos termos da Ata da Assembléia Geral Extraordinária da incorporadora de 31/12/2010 item 6.4.1.

O MPF-F passou a ser em nome da sucessora TAESA - TRANSMISSORA ALIANÇA DE ENERGIA ELÉTRICA S.A, CNPJ: 07.859.971/0001-30.

*Na ata da Assembléia Geral Extraordinária da incorporadora (TAESA), consta: “Tendo em vista que não haverá aumento do capital social da Companhia, uma vez que as investidas incorporadas são **subsidiárias integrais** e as investidoras incorporadas não destinarão o acréscimo patrimonial à conta de capital social, conforme informado...” (Grifado pela Fiscalização).*

A Interessada foi intimada a justificar as amortizações do ágio realizados à conta “Encargos de Amortização”, lançados que compuseram o custo na DIPJ Ano Calendário 2008 Ficha 04 A item 34 - Encargos de Amortização.

Concluiu a Fiscalização que:

- para se ter chegado na situação atual, o caminho natural teria sido a TERNA, atual TAESA, (a Interessada), ter adquirido a ETEO e incorporá-la, como acabou por ocorrer e representa hoje, a real situação patrimonial, situação esta em que não ocorreria a geração de ágio amortizável;

- portanto, as operações realizadas objetivaram tão-somente a produção de um ágio artificial;

- a Interessada promoveu incrementos ao custo do ano calendário 2008 de R\$45.819.999,59, com parcela mensal de R\$6.545.714,23 de amortização, que compõem o montante de R\$398.535.248,17 referente a ágio indevido, devendo, assim, ser glosado o valor de R\$45.819.999,59;

- lançamento da multa isolada correspondente à recomposição dos resultados mensais diante da glosa acima relatada.

Constam nos autos, formulários FAPLI e FACS. A infração refletiu na CSLL. O enquadramento legal consta nos autos de infração.

Inconformada com o crédito tributário originado da ação fiscal da qual teve ciência do lançamento em 29-02-2012, a Interessada, (TRANSMISSORA ALIANÇA DE ENERGIA ELETRICA SA, TAESA) apresentou em 30-03-2012, impugnação instruída por documentos na qual argui:

- em dezembro de 2003, a TERNA – RETE ELETTRICA NAZIONALE SPA, (TERNA Itália), companhia aberta constituída sob as leis da Itália, adquiriu o controle acionário da concessionária TRANSMISSORA SUDESTE NORDESTE SA, TSN, por meio da aquisição da totalidade da participação detida pela ENELPOWER SPA, equivalente a 99,74% de seu capital social;

- posteriormente, em novembro de 2004, a TERNÁ Itália adquiriu da INEPAR ENERGIA SA, os 0,26% restantes do capital social da TSN;
- além disto, em dezembro de 2003, a TERNÁ Itália adquiriu da ENELPOWER SPA a totalidade do capital social da concessionária NOVATRANS ENERGIA SA, NOVATRANS;
- diante deste cenário, em 23/01/2006, a TERNÁ Itália, decidiu lhe constituir, sob a denominação social de TERNÁ PARTICIPAÇÕES SA, (TERNÁ), atual denominação de TAESA - TRANSMISSORA ALIANÇA DE ENERGIA ELÉTRICA S.A, com o objetivo de concentrar e gerenciar as participações societárias detidas na TSN e na NOVATRANS, bem como futuros investimentos que seriam possivelmente realizados no Brasil;
- assim, em 07/06/2006, a TERNÁ Itália conferiu as ações por ela detidas na TSN e na NOVATRANS ao seu capital social, (da TERNÁ);
- em 26/10/2006, após ter se tornado a principal acionista das Concessionárias TSN e NOVATRANS, a TERNÁ efetuou oferta pública inicial (OPA) na Bolsa de Valores de São Paulo, visando obter recursos financeiros para permitir a aquisição de novos investimentos no setor de transmissão, realizando o propósito para a qual havia sido constituída pela TERNÁ Itália;
- a partir da captação de recursos pela OPA, adquiriu 35% do Consórcio BRASNORTE TRANSMISSORA DE ENERGIA S.A. ("BRASNORTE"), 100% das concessionárias GOIANA TRANSMISSORA DE ENERGIA SA, (GTESA), e PARAISO AÇU TRANSMISSORA DE ENERGIA SA, (PATESA), e 52,5838% da EMPRESA DE TRANSMISSÃO DO ALTO URUGUAI SA, (ETAU);
- além destas aquisições, em meados de 2007, apresentou-se uma nova oportunidade de investimento que foi a aquisição de 100% da EMPRESA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA DO OESTE LTDA., (ETEO), que permitiria a expansão de suas atividades para o cobiçado território paulista, além de reforçar sua posição como um dos grandes participantes do mercado;
- ocorre que, não obstante a relevância estratégica da aquisição da ETEO, a sua situação financeira/patrimonial, conforme vista pelos bancos não era favorável à conclusão do negócio, pois, os recursos captados pela OPA já tinham sido utilizados e o valor do financiamento necessário de R\$562.200.000,00, ultrapassava o valor máximo de empréstimo que o pool de bancos aceitava lhe conceder em função do seu perfil;
- em outras palavras, apesar da importância estratégica da ETEO para os seus negócios, os bancos envolvidos não estavam dispostos a financiá-la naquele montante;
- além disto, para empresas de capital aberto, como é o seu caso, o nível de endividamento consiste em critério relevante para avaliar sua saúde financeira e administrativa e, consequentemente a atratividade de suas ações;

- em resumo, não dispunha de situação financeira para tomar integralmente crédito junto ao mercado financeiro no montante de R\$562.200.000,00, sendo que, um novo endividamento traria impacto negativo na avaliação de suas ações na Bolsa de Valores, tornando ainda mais desaconselhável a captação dos recursos necessários para financiar a aquisição da ETEO por ela mesma;

- a solução encontrada para implementar a aquisição da ETEO foi estruturar a aquisição levando-se em conta, também, a capacidade de endividamento da própria empresa a ser adquirida, ou seja, da ETEO;

- nesse contexto é que resolveu criar a LOVINA S.A. (LOVINA), a fim de que tal sociedade captasse parte dos recursos necessários e realizasse, em nome e por conta própria, a aquisição da ETEO e, finalmente, fosse extinta e incorporada pela ETEO a fim de levar parte da dívida para essa empresa, reorganização societária essa que permitiria explorar a capacidade de endividamento dessa empresa;

- neste cenário, em 17/09/2007, a LOVINA celebrou contrato de compra e venda das quotas da ETEO com a TOPAZ GROUP SARL e com a EARTH TECH BRASIL LTDA, por R\$562.200.000,00, doc.04;

- para tanto, a LOVINA contratou financiamento para obtenção dos recursos necessários à aquisição da ETEO junto a algumas instituições financeiras, tais como o Banco Citibank, Banco Santander e o UBS Pactual, conforme demonstra a Proposta Firme de Financiamento para a aquisição da ETEO, datada de 30/01/2008, doc.05, assinada em 18/02/2008;

- os recursos foram no montante de R\$580.000.000,00, financiados nas seguintes condições:

- receberia como empréstimo R\$270.000.000,00 pelo prazo de 1 ano, por meio de um financiamento de curto prazo denominado "Sênior Term Loan" (Anexo II do doc.5). Esse montante, deduzido dos custos da operação, seria imediatamente transferido à LOVINA a título de aumento de capital (conforme indica o doc.5, Cláusula III.A, item e);

- R\$310.000.000,00 seriam entregues diretamente à LOVINA, por meio de um empréstimo com duração de apenas 6 meses denominado "Sênior Secured Bridge Loan", (Anexo I do doc.05);

- em até 6 meses, como condição precedente do "Sênior Secured Bridge Loan", a LOVINA seria incorporada à ETEO (conforme impunha o doc.5, Cláusula III.B, item a), devendo a sociedade sobrevivente emitir debêntures ao mercado a fim de captar R\$330.000.000, 00, recursos que seriam utilizados para quitar o "Sênior Secured Bridge " referido no item anterior (Anexo III do doc.5);

- em face do seu índice de endividamento, (da Interessada), à época, a Proposta impunha ainda que:

- o nível máximo de endividamento não poderia exceder R\$350.000.000,00, vide Cláusula V.B (v) (c) do doc.5;

- a NOVATRANS distribuiria, ao menos, 70% de seus dividendos e a TSN 95% de seus dividendos;

- tão logo ocorresse a liberação dos R\$100.000.000,00 depositados, (pela Interessada), junto ao Fundo de Investimento NVT– Referenciado para garantia de financiamento relacionado à aquisição da NOVATRANS (doc.6 – Instrumento Particular de Cessão Fiduciária em Garantia), tal montante seria utilizado para quitar parte do empréstimo de R\$270.000.000,00 a ela, (Interessada) concedido diretamente;

- a ETEO deveria quitar suas dívidas antes da aquisição, não podendo seu débito total superar o montante de R\$1 milhão.

- essa estrutura com a atuação direta da LOVINA foi a única encontrada à época para viabilizar a contratação de empréstimo no Brasil para financiar a aquisição da ETEO e não comprometer o índice de endividamento da Interessada;

- tal proposta foi submetida à análise da ANEEL conforme doc.7-A;

- considerando que a incorporação da LOVINA pela ETEO resultaria na transferência de parte da dívida da aquisição (no montante de R\$310.000.000,00, equivalente ao “Senior Secured Bridge Loan”) para a ETEO, a ANEEL vetou a estrutura, conforme doc.7-A;

- o fundamento para o veto foi a impossibilidade de se trazer dívidas e riscos estranhos ao objeto da concessão para o patrimônio das concessionárias de serviços público;

- em 13/05/2007, a ANEEL aprovou a aquisição da ETEO pela LOVINA nos seguintes termos:

- autorizar a LOVINA adquirir a ETEO da EARTH e da TYCO;

- após a LOVINA adquirir a ETEO, a ETEO seria transformada em uma sociedade anônima de capital fechado;

- em seguida, a LOVINA seria incorporada à ETEO;

- a ETEO emitiria ações preferenciais resgatáveis para a Interessada no valor de R\$123.000.000,00 que poderiam ser resgatadas contra o capital da ETEO, até atingir o limite de 30% de capital próprio para 70% de capital de terceiros, existente antes da aquisição; e

- o resgate das ações preferenciais contra reserva de capital da ETEO teria que ser proporcional à amortização do ágio pago pela LOVINA na aquisição da ETEO.

- foi, então, formalizada nova estrutura de financiamento junto aos bancos, doc.8;

- a nova proposta foi:

- aqueles mesmos bancos emprestariam R\$570.000.000,00 diretamente a ela, (Interessada), pelo prazo de 1 ano, por intermédio de um financiamento denominado "Bridge Loan" (Anexo I do doc8). Esse montante, deduzido dos custos da operação, seria imediatamente transferido, (pela Interessada), à LOVINA a título de aumento de capital (conforme doc.8 cláusula III.A, item e);

- a ETEO seria transformada em sociedade anônima e emitiria ações preferenciais resgatáveis para ela, (a Interessada), no valor de R\$123.000.000,00;

- em seguida, a ETEO emitiria debêntures ao mercado no valor de R\$123.000.000,00;

- em até 30 dias da emissão das debêntures, a LOVINA seria incorporada à ETEO, (cláusula V.C, item a, do doc.8);

- a ETEO utilizaria os recursos captados com a emissão das debêntures (R\$123.000.000,00) para resgatar as ações preferenciais anteriormente emitidas em seu favor, (da Interessada), (cláusula III, item w, do doc. 8);

- considerando a emissão das debêntures pela ETEO e o resgate das ações preferenciais, a ETEO manteria o limite de capital próprio vs. capital de terceiros verificado antes de sua aquisição (i.e. 30% de capital próprio para 70% de capital de terceiros);

- tanto os recursos oriundos do resgate das ações preferenciais da ETEO, quanto o valor da garantia prestada para a obtenção de recursos para a aquisição da NOVATRANS, que juntos totalizavam R\$223.000.000,00, (R\$100.000.000,00 + R\$ 123.000.000,00), deveriam estar a ela disponíveis, (à Interessada), até 31.12.2008, (Cláusula V.A. (xvIII) e (xIx) do doc.8 e seriam utilizados para quitar antecipadamente parte do "Bridge Loan", de forma que, em 31-12-2008, o valor em aberto desse empréstimo não poderia exceder R\$350.000.000,00 (vide cláusula XV (XVII) do doc.8);

- o "Bridge Loan" seria garantido pela alienação fiduciária de 100% das ações da Lovina em favor dos bancos, bem como pela cessão fiduciária dos dividendos da TSN, da NOVATRANS, da ETEO, da ETAU e o penhor das ações da ETEO.

- assim como a Proposta de 30/01/2008, em face do índice de endividamento da Interessada, impunha-se, ademais, que:

- o nível máximo de endividamento não poderia exceder R\$350.000.000,00;

- a NOVATRANS distribuiria, ao menos, 70% de seus dividendos e a TSN 95% de seus dividendos;

- a ETEO deveria quitar suas dívidas antes da aquisição, não podendo seu débito total superar o montante de R\$1 milhão;

- a ETEO emitiria debêntures junto ao mercado financeiro no montante de R\$123.000.000,00 e os recursos captados seriam utilizados para resgatar as ações preferenciais anteriormente emitidas em favor da Interessada.

- após isto, foram realizadas todas as operações decorrentes dos compromissos acima acertados;

- nessa linha, houve a celebração de Contrato de Coordenação, Colocação e Distribuição Pública, sob o regime de Garantia Firme de Subscrição, de Notas Promissórias entre a Interessada e os bancos, (doc.9). Esse contrato buscou permitir que a Interessada captasse via emissão de notas promissórias com vencimento de 360 dias, os R\$570.000.000,00 necessários para aumentar o capital social da LOVINA;

- dentre outros, o mencionado contrato impunha que o nível de endividamento deveria ser inferior a R\$350.000.000,00 em 31-12-2008, conforme cláusula XV (XVII) do doc.8;

- após a efetiva emissão e distribuição das notas promissórias, os recursos captados foram transferidos pela Interessada à LOVINA, como pagamento de capital e transferidos por esta aos vendedores da ETEO, aperfeiçoando, assim, a aquisição da ETEO;

- após este pagamento, a ETEO efetivamente foi transformada em sociedade anônima e emitiu ações preferenciais resgatáveis para a Interessada no valor de R\$123.000.000,00;

- igualmente, tal como a Interessada tinha se comprometido com os bancos, a LOVINA foi incorporada pela ETEO, (doc.10), e as ações preferenciais da ETEO foram resgatadas, mediante redução de seu capital social (doc.11), o que restabeleceu a composição da estrutura de capital existente antes da aquisição de seu controle pela LOVINA (30% de capital próprio versus 70% de capital de terceiros);

- a autorização para o implemento da redução de capital foi aprovada pela ANEEL por meio do Despacho 3.660, de 06/10/2008, doc.12. A idéia era que a redução de capital permitisse a transferência de recursos para a TERNA para pagar parte da dívida dessa empresa com os bancos;

- contudo, a crise financeira mundial que abalou os mercados a partir de 15/09/2008, com a quebra do banco norte-americano LEHMAN BROTHERS trouxe sérias conseqüências para o mercado financeiro brasileiro, afetando diretamente a operação de financiamento acordada;

- com efeito, em primeiro lugar, a Interessada não conseguiu obter a liberação dos recursos dados em garantia (quotas do

Fundo de Investimento NVT-Referenciado) para a aquisição da NOVATRANS até 31-12-2008, mas apenas em 28-09-2009, doc.13;

- por esta razão, a Interessada não pode utilizar os recursos objeto de cessão fiduciária em garantia para pagar antecipadamente parte das notas promissórias emitidas pela TERNA;

- além disto, a ETEO não encontrou condições suficientes e favoráveis para emitir as debêntures, no valor de R\$123.000.000,00, que constavam na Proposta de 15-052008. Por via de consequência, a ETEO não conseguiu gerar o caixa necessário para pagar o resgate de suas ações preferenciais pela Interessada;

- assim, como demonstram os docs.11, a ETEO teve que re-ratificar a redução de capital de outubro de 2008, a fim de manter-se capitalizada frente às vicissitudes do mercado financeiro e as dificuldades de obtenção de crédito, conforme sintetiza o quadro de fls. 1.256;

- dado ao compromisso assumido com os bancos, o qual se encontrava atrasado em razão da crise de 2008, a Interessada não encontrou outra solução que não tomar recursos emprestados junto à sua controladora (na época, a TERNA Itália), com o único objetivo de quitar as notas promissórias;

- por esta razão, em fevereiro de 2009, a Interessada celebrou contrato de empréstimo com TERNA Itália (doc.14), por meio do qual tomou de empréstimo a quantia de R\$500.000.000,00 pelo prazo de até 36 meses, devendo os recursos ser utilizados exclusivamente para quitar as notas promissórias;

- em vista do desgaste gerado pelo significativo nível de endividamento da Interessada e, principalmente, pela necessidade de concessão do empréstimo adicional (e não previsto) de R\$500.000.000,00, a TERNA Itália, controladora da TERNA, acabou sendo forçada a vender sua participação na Interessada, o que ocorreu em 23-04-2009 para a COMPANHIA ENERGÉTICA DE MINAS GERAIS – CEMIG (vide Fato relevante da CEMIG – doc. 15);

- do exposto, resta claro que os atos referentes à aquisição da ETEO, assim como a total transparência da operação consubstanciada pela aprovação da ANEEL, e a correta contabilização do ágio na LOVINA, foram praticados com regularidade legal e fundamentação negocial;

- além disto, houve falta de clareza e coerência no Termo de Verificação uma vez que ora a Fiscalização alega que o ágio contabilizado, na realidade, não seria ágio, bem como menciona que ocorreu abuso de direito sem pormenorizar qual abuso de direito teria sido;

- *essa contradição e falta de desenvolvimento adequado da suposta infração demonstram a falta de convicção da Fiscalização, o que determina a insubsistência do lançamento;*
- *o Termo de Verificação é confuso, pois, a Fiscalização confunde o momento da geração do ágio com o momento da incorporação da LOVINA;*
- *a Fiscalização demonstrou não saber que a aquisição da ETEO pela LOVINA não produziu efeitos tributários, mas, tão-somente, o registro do ágio (ÁGIO ETEO);*
- *apenas em razão da incorporação da LOVINA pela ETEO, é que o ÁGIO ETEO, até então contabilizado na LOVINA como um desdobramento do custo de aquisição da ETEO, passou a ser amortizável para a ETEO, com base em sua expectativa de rentabilidade futura, isto é, pelo prazo do direito de concessão do serviço público de transmissão de energia, conforme laudo de avaliação, doc.16;*
- *a Fiscalização demonstrou não conhecer o teor do artigo 8º, da Lei nº.9.532/97;*
- *não se tratou de ágio interno, pois, a operação de aquisição da ETEO envolveu partes totalmente independentes entre si, quais sejam, a LOVINA (compradora), a TROPAZ GROUP SARL e a EARTH TECH BRASIL LTDA, (vendedoras);*
- *a LOVINA e as vendedoras não possuíam qualquer relação societária, direta ou indireta;*
- *a operação foi pautada exclusivamente em padrões de mercado sem qualquer artificialidade;*
- *não houve abuso de direito nem sequer planejamento tributário, pois, tão-somente, atuou em conformidade com os artigos 7º. e 8º., da lei 9.532/97, sem cometer qualquer tipo de excesso;*
- *atuou em conformidade com a lei, não cabendo a desconsideração do negócio jurídico;*
- *não foi o caso se empresa veículo, pois, os atos concretos efetivamente realizados referentes à legítima estruturação negocial decorrente de cumprir obrigação imposta pela ANEEL. Transcreve jurisprudência do CARF neste sentido, às fls.1.287/1.289;*
- *havendo razões que justifiquem a constituição de sociedade para atendimento de um propósito específico, no caso presente, o “isolamento” da ETEO em relação às dívidas da Interessada estranhas à atividade da ETEO, conforme imposto pela ANEEL - não há que se falar em possibilidade de desconsideração dos atos praticados, ainda que apenas para fins fiscais;*
- *o caminho natural mencionado pela Fiscalização não poderia ter sido realizado uma vez que o nível de endividamento que a Interessada alcançaria seria muito alto, fato este que seria percebido pelos bancos, os quais não aceitavam um índice de endividamento superior a R\$350.000.000,00 da TERNA,*

conforme cláusula V.B(v) (c), da proposta de 30-01-2008 e cláusula XV (XVII) da proposta de 15-05-2008;

- não fosse a existência de tal restrição, a aquisição da ETEO teria sido realizada diretamente pela Interessada, pagando o mesmo preço pago pela LOVINA, o qual seria aproveitado posteriormente com a incorporação da ETEO. Tanto assim é que, tão logo a Interessada conseguiu quitar suas dívidas, ela imediatamente incorporou a ETEO, fato que, por si só, já justificaria a amortização fiscal do ágio (ÁGIO ETEO). Meste contexto, informa-se que a ETEO foi incorporada pela Interessada em 31-12-2010;

- com a crise de 2008, ocorrida logo após a aquisição da ETEO, a TERNA Itália teve que socorrer financeiramente a TERNA e a ETEO, emprestando R\$500.000.000,00, a fim de saldar as dívidas dessas empresas com os bancos. Em razão desse empréstimo, a TERNA Itália teve que vender em 23-04-2009 a TERNA para a CEMIG, doc.15;

- assim, quaisquer objeções à amortização do ÁGIO ETEO estão superadas pelo evento da incorporação da ETEO em 31-12-2010, restando, tão-somente, eventual questionamento acerca de diferenças temporais em relação ao aproveitamento do ágio, fato este que não foi ventilado no auto de infração e no Termo de Verificação;

- requer que todas as intimações sejam feitas em nome do patrono no endereço mencionado no final da impugnação.

Às fls.1.796, consta que a Interessada foi intimada a promover a tradução para o vernáculo por tradutor público, de todos os documentos em língua estrangeira que se encontram nos autos do processo, sob pena de os mesmos não serem considerados como elemento de prova quando do julgamento.

Às fls.1.805/2.095, constam documento acostados pela Interessada.

Da decisão de primeiro grau

A decisão recorrida (fls. 2.098 a 2.128) negou provimento à defesa, nos termos da ementa abaixo reproduzida:

DESPESAS. GLOSA.

Devem ser glosadas as despesas reconhecidas na contabilidade quando não estão acompanhadas de documentos comprobatórios.

DESPEZA DESNECESSÁRIA.

Caracterizam-se como despesas desnecessárias aquelas ligadas a práticas que não guardam relação com propósitos

empresariais, visando tão-somente vantagem fiscal em prejuízo ao Erário.

GLOSA DE DESPESA. LUCRO LÍQUIDO.

A contabilização de despesas sem propósito empresarial implica inobservância do princípio contábil da entidade, devendo ensejar a glosa da despesa comprovadamente desnecessária no cálculo do lucro líquido da entidade, afetando, portanto, a base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

INCORPORAÇÃO INTERNA.

A incorporação interna com o propósito de gerar ágio artificial por meio da utilização de empresa veículo, adquirida tão-somente para este fim, caracteriza ausência de propósito empresarial

MULTA ISOLADA. INCIDÊNCIA.

O fato de o artigo 44, da Lei n.º 9.430, de 1996, prever as infrações por falta de recolhimento de antecipação e de pagamento definitivo do tributo ou contribuição não significa duplicidade de tipificação de uma mesma infração ou penalidade. A previsão dessas condutas demonstra que o citado artigo está tratando de obrigações, infrações e penalidades tributárias distintas, que não se confundem e não são excludentes.

Abaixo, segue uma síntese das razões do referido acórdão:

1) Entendeu que a acusação foi clara e que o contribuinte entendeu perfeitamente todos os fatos que lhe foram imputados, tanto que se defendeu exaustivamente sobre cada um dos pontos. Logo, não pode se dito que sua defesa sofreu qualquer prejuízo.

2) A Fiscalização entendeu que, por meio de operações entre empresas do mesmo grupo econômico, houve a produção de ágio artificial, resultando em amortização indevida no ano calendário de 2008, ágio este registrado na contabilidade de LOVINA relativamente à aquisição do controle de ETEO.

3) Tece longas análises acerca dos documentos negociais e apresentados ao agente regulador (ANEEL) para concluir que as operações que conduziram ao ágio não decorreram de motivações não tributárias, como financeiras e regulatórias. Abaixo, transcrevo os principais trechos do voto sobre esse tema:

De todo o acima exposto, dando-se ênfase à parte do texto grifada, há de se concluir que a própria Interessada, na época a ETEO, é que apresentou à ANEEL o plano de reestruturação que previa a transferência de seu controle societário e a incorporação de sociedade veículo LOVINA. Todos os requisitos exigidos pela ANEEL na decisão acima analisada, partiram do cenário apresentado pela própria Interessada, qual seja, o de utilizar pessoa jurídica adquirida anteriormente, a LOVINA, para adquirir a ETEO da TROPAZ GROUP SARL e da EARTH TECH BRASIL LTDA, para, depois, a ETEO incorporar a LOVINA.

Não consta nos documentos acima mencionados que a ANEEL, em algum momento, exigiu que a reestruturação da ETEO ocorresse nos termos apresentados na proposta apresentada àquela Agência Reguladora.

Pelo contrário, do exame dos ditos documentos, a opção de reestruturação foi de inteira responsabilidade da Interessada.

A exigência da ANEEL foi no sentido de vedar a incorporação nas concessionárias de serviços públicos, dívidas e riscos estranhos ao objeto da concessão.

Tal vedação foi confirmada no item em que consta que houve orientação da ANEEL para que as operações ocorressem de forma que a ETEO remanescesse exclusivamente com passivos relacionados ao serviço público de transmissão de energia elétrica, tendo sido permitida, a rolagem de dívidas originalmente contraídas na execução do Contrato de Concessão de Transmissão nº 40/2000-ANEEL para recompor a estrutura de capital anterior à assinatura do contrato de compra de seu controle societário.

Logo a seguir:

Da leitura deste item, não há como deixar de concluir que o objetivo da reestruturação, nos moldes em que foi realizada, visou um melhor planejamento fiscal, sendo certo que, não consta nos documentos acima analisados que, de alguma forma, a ANEEL obrigou, impôs ou sequer orientou que a reestruturação da ETEO teria que ser feita nos moldes realizados pela Interessada.

Registre-se que a própria ANEEL referiu-se à LOVINA como sendo sociedade veículo, vide documento de Aprovação da ANEEL, (DOC.7A/7B), Processo 48500.006471/200700, cujo relatório dos fatos foi transcrito neste voto em parágrafos anteriores.

E ainda:

Registre-se que a TERNÁ figurou no contrato como fiadora da compradora LOVINA, o que por si só, demonstra que ela teria condições de arcar com a dívida no caso de descumprimento da obrigação por parte da LOVINA.

Para concluir:

Do exposto, deve-se concluir que a utilização da LOVINA para a aquisição da ETEO, revelou-se como sendo conduta desprovida de necessidade e de propósito empresarial.

4) Em passagem muito mais breve que a análise fática acerca das operações, tece considerações acerca do tema "ágio interno":

Alegar que a legislação fiscal permitiria a utilização de ágio interno é no mínimo um descabimento, pois, há regra expressa no sentido de que o lucro líquido é apurado com base na legislação comercial, conforme texto acima grifado, sendo certo que os valores suscetíveis de exclusão e adição no cálculo do Lucro Real subordinam-se à previsão legal, que, na espécie, em nenhuma hipótese existe a possibilidade da exclusão de ágio interno.

*Pelo contrário, a legislação fiscal afasta terminantemente a utilização de **ágio interno**, por decorrer de artificialismo, fato este que não pode gerar efeito jurídico no campo fiscal, haja vista a expressa disposição legal que reside no artigo 299, do RIR/99, que deixa claro que as despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa, portanto, não há como considerar uma despesa oriunda de práticas artificiais totalmente alheias à normalidade e usualidade empresarial, para deduzir ou excluir valores na apuração do IRPJ e da CSLL. (nosso destaque)*

5) Através de um extenso arrazoado, a decisão recorrida aduz que despesas necessárias são aquelas que viabilizam as transações ou operações da empresa, o que não teria se configurado no presente caso. Desse modo, a amortização do referido ágio se caracteriza como despesas desnecessária, nos termos do art. 299 do RIR/99.

6) Mediante fundamentos concisos, aduziu a correta aplicação da multa isolada e o reflexo na CSLL.

Do recurso voluntário

O sujeito passivo apresentou recurso voluntário, às fls. 2.139 a 2.230, o qual, apesar de bem mais extenso, reiterou (aliás, em boa parte, literalmente) as razões aduzidas na impugnação.

Nada obstante, adita ainda questionamentos acerca da aplicação de multa isolada.

Das contra-razões

A D. Procuradoria apresentou contra-razões recursais às fls. 2.284-2.313, mediante as quais teceu as seguintes considerações:

1) Os argumentos apresentados pelo fiscal para desconSIDERAR a amortização do ágio não são conflitantes. A autoridade fiscal apenas se vale de múltiplos argumentos, os quais, por si só, são isoladamente suficientes para glosar a amortização do ágio;

2) A autoridade fiscal demonstra que compreendeu perfeitamente a origem do ágio e que esta origem não foi com a incorporação da LOVINA;

3) Aduz que as razões trazidas pela recorrente para justificar as operações são de duas ordens: financeiras e regulatórias. Quanto às alegações de cunho financeiro, aduz minuciosa análise para concluir que a intermediação da LOVINA não contribuiu para a

viabilização do empréstimos obtidos com o fim de adquirir ETEO. A passagem abaixo é bem ilustrativa das razões apresentadas quanto a esse ponto:

*Ora, senhores, nada disso demandava a constituição de uma sociedade-veículo para adquirir, **com recursos obtidos e garantidos pela própria interessada**, uma terceira empresa, sendo logo depois extinta por absorção. Está evidente que **a única função da LOVINA no plano levado a efeito era ser incorporada pela investida, a fim de incidir, artificialmente, na situação legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição.***

O financiamento obtido pela TERN para subscrever o capital de LOVINA, possibilitando que esta adquirisse a ETEO, teria sido conseguido independentemente da constituição/participação da LOVINA. Da forma como se deu efetivamente o empréstimo (2º plano apresentado à ANEEL), a TERN poderia muito bem ter empregado os R\$ 570.000.000,00 obtidos dos bancos e comprado a ETEO ela mesma, seguindo à risca o plano de reestruturação e captação de recursos (emissão de debêntures), exatamente da forma como foi feito.

A única diferença é que a execução do plano seria um pouco mais simples, sem a necessidade de subscrever o capital da LOVINA e de promover a incorporação desta pela ETEO – etapas que não trouxeram nenhum incremento na capacidade de crédito das empresas envolvidas, e nem tampouco aliviaram o nível de endividamento da recorrente.

Repise-se: para refutar categoricamente a suposta imprescindibilidade da intervenção da LOVINA como condição sine qua non para a obtenção do financiamento de aquisição da ETEO, basta responder a uma simples pergunta: Em que medida a participação da LOVINA incrementaria a capacidade de endividamento do grupo? Tratava-se de uma empresa de gaveta, cujo capital social somava míseros mil reais, até a subscrição do seu capital pela TERN com o dinheiro já obtido pelo financiamento. Era uma empresa sem qualquer patrimônio, sem nenhuma atividade operacional. Os empréstimos, por sua vez, foram garantidos com recursos e ativos da própria TERN ou da ETEO.

4) Com relação às razões regulatórias, teceu longo arrazoado para concluir que a ANEEL jamais obrigou a criação de uma empresa-veículo. A agência apenas proibiu que dívidas e riscos alheios à concessão fossem levados às concessionárias. A criação da LOVINA foi totalmente irrelevantes para cumprir obrigações regulatórias.

5) Discorre acerca do fato de que a aquisição de investimento em participações societárias não resulta o imediato direito à amortização do ágio a exigir apenas o malabarismo de reorganizações societárias;

6) Aduz que não ocorreu a confusão patrimonial entre o investidor (TERN) e o investimento (ETEO).

7) O tema da multa isolada tratado no recurso está precluso.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes

Preliminares

A alegação de nulidade da autuação com base em incoerências, omissões, confusões e afins não merece prosperar, pois correspondem ao conteúdo da acusação e, desse modo, deve ser tratada na análise de mérito.

Nos termos do art. 59 do Decreto nº 70.235/72:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

Para as autuações fiscais, só há possibilidade de nulidade para a hipótese do inciso primeiro. Nem o inciso segundo é aplicável (por isso é dirigida a despachos e decisões, tipos jurídicos em que não se enquadram os lançamentos), pois a fase de fiscalização é inquisitiva. A defesa é exercida a partir da impugnação. Dessarte, falhas no conteúdo do lançamento devem ser enfrentadas no mérito, como faremos a seguir.

Mérito

Apesar dos enormes esforços da Delegacia de Julgamento e, sobretudo, da D. Procuradoria para induzir o leitor a entender que a autoridade fiscal lavrou um auto de infração com base na utilização de empresa-veículo, ou seja, que artificialmente articulou operações por meio de empresa de passagem para usufruir do aproveitamento do ágio no caso de absorção de patrimônio, nos termos do art. 386 do RIR/99, a acusação da autoridade fiscal é claramente de "ágio interno".

Com a devida vênia, um texto pode possuir várias interpretações, mas não todas. Não pode o intérprete tentar encaixar num escrito a sua compreensão de mundo, sem se ater às efetivas possibilidades semânticas dos enunciados. Essa conduta, indevida, é o que Umberto Eco chamava de "superinterpretação".

Diferentemente do que aduz a D. Procuradoria, está muito claro que a autoridade fiscal acusou a recorrente de gerar um ágio por meio de operações com partes relacionadas, o intitulado "ágio interno". Isso não é aferido por meio de leituras pinçadas do termo de verificação fiscal, mas sim de todo o seu conjunto. Na verdade, aduzir que a acusação foi de confusão patrimonial indevida para aproveitamento de ágio "bom" através de empresa veículo é que decorre desse tipo de seleção estratégica de trechos isolados da redação, como veremos a seguir ao analisarmos a única passagem em que o fiscal discorre sobre empresa-veículo.

Toda a peça de acusação é dirigida a considerar que o ágio não existe, que foi gerado pela incorporação ou que é interno e culmina com a seguinte conclusão:

Assim, indevido o aproveitamento do ágio gerado pelo interessado quando da incorporação da LOVINA pela ETEO, cabe a esta fiscalização promover à (sic) glosa do montante do ágio levado a Custo ao longo do ano calendário 2008 pelo contribuinte ETEO, hoje sucedido pela fiscalizada TAESA. (nosso destaque)

Assim como a D. Procuradoria o fez na sua peça de contra-razões, a Delegacia de Julgamento tentou "salvar" a autuação por meio da sua decisão, mas sem negar, como veremos, que a acusação foi de ágio interno.

Podemos notar que toda a sua linha de argumentação da autoridade julgadora recorrida, que se debruçou sobre os elementos fáticos, foi direcionada para o tema da empresa-veículo.

A DRJ promoveu uma análise fática e jurídica muito bem elaborada de todo o conjunto documental. Nada obstante, é nítido que nada do que a Delegacia de Julgamento aduz condiz com a acusação fiscal, exceto pela parte final que tece considerações resumidas e abstratas, sem tratar da situação concreta, acerca da não possibilidade do aproveitamento do ágio interno. Por outros termos, como a autuação nitidamente foi de ágio interno, a Delegacia de Julgamento - diferentemente da D. Procuradoria que deu passo ainda mais distante da acusação fiscal - não pode deixar de considerar nos seus fundamentos essa questão, mas o fez de forma a não se comprometer com os elementos factuais, os quais foram re-qualificados como emprego de empresa-veículo.

Em momento algum na condução da sua análise dos elementos fáticos, a decisão atacada questiona a constituição do ágio ou o trata concretamente como ágio interno. Sua argumentação é toda direcionada para a indevida transferência do valor para a autuada. Em alguns trechos, chega a fazer isso de forma expressa, como no seguinte:

Portanto, resta claro que a TERNA na época dos fatos, tinha plenas condições de conseguir os recursos para adquirir a ETEO sem a necessidade de utilizar empresa veículo, denominação esta utilizada pela própria ANEEL.

Ou nessa outra passagem:

Quanto ao Contrato de Compra e Venda de Quotas da ETEO entre a TROPAZ GROUP SARL e a EARTH TECH BRASIL LTDA com a LOVINA PARTICIPAÇÕES S.A., (DOC.4, traduzido), celebrado em 17/09/2007, fls.1.904/2.095, nele não consta em nenhuma de suas cláusulas, notadamente, na seção 3, "Condições Precedentes ao Fechamento", qualquer exigência das vendedoras, TROPAZ e EARTH, que propiciasse concluir que a venda teria que ocorrer nos moldes alegados pela Interessada, isto é, que o negócio jurídico tivesse que ter sido realizado por meio de empresa veículo, a LOVINA.

E chega ao ponto de abrir um tópico sobre o tema "Empresa Veículo". Nesse tópico, dentre outras considerações, merece destaque a seguinte:

Naquela mesma obra, Grecco menciona as denominadas empresas de passagem, que vêm a ser uma pessoa jurídica criada tão-somente para servir de passagem de um patrimônio ou de dinheiro, sem que tenha efetivamente outra função dentro do sistema, ou de sociedade efêmera ou de curta duração que nasce para morrer ou para ser extinta tão logo cumpra seu papel em determinada operação.

A LOVINA PARTICIPAÇÕES S/A corresponde exatamente a este tipo de empresa.

Ora, o contribuinte foi acusado especificamente de amortização de ágio interno. Só isso. É disso que ele tem que se defender e o fez. As provas de que o ágio não é interno são evidentes, pois não foi criado por ocasião da incorporação, como acusou a autoridade lançadora, mas sim na oportunidade da aquisição de TROPAZ e EARTH.

Aliás, apesar de a autoridade julgadora recorrida ter tecido considerações gerais acerca da indedutibilidade da amortização de ágio interno, fica evidente que não considerou que o ágio gerado tinha essa natureza. O trecho abaixo é ilustrativo nesse sentido:

A Interessada também não comprovou que foi a LOVINA que desembolsou o valor pago a título de ágio na aquisição do controle da ETEO, restando previsto, conforme contrato de financiamento acostado aos autos, que haveria a transferência de fundos pela TERNA PART para LOVINA como contribuição de capital equivalente a um mínimo de R\$570.000.000,00.

Portanto, mais uma vez revela-se que a Interessada, (TERNA PART na época dos fatos), tinha capacidade financeira para adquirir as quotas da ETEO sem a participação da LOVINA.

Para sustentar a acusação fiscal com base no tema "empresa-veículo" de ágio efetivo, muitos poderiam sacar o que a autoridade fiscal diz no parágrafo 56 do Termo de Verificação Fiscal, pós lá consta a expressão "empresa de passagem" e "sociedade efêmera" e a explicação do que significam, valendo-se da lição de que Marco Aurélio Grecco. Ademais, a autoridade aduz que a LOVINA se enquadra na referida definição.

Nada obstante, esse parágrafo não pode ser lido em desconexão com a acusação fiscal, a qual é clara no sentido de que o ágio seria interno e que a criação da LOVINA teria tido o condão de proporcionar a sua criação na ETEO pela oportunidade da incorporação de LOVINA. Por isso, a autoridade fiscal se estende longamente sobre o tema "incorporação reversa" (parágrafos 44 a 57) e do conceito de ágio (parágrafos 58 a 81) e deixa muito claro seu conteúdo acusatório de ágio gerado por meio de operações internas.

Aliás, no tópico intitulado "incorporação reversa", mais exatamente no parágrafo 57, a autoridade fiscal deixa nítida a sua compreensão equivocada de que foi a operação de incorporação que gerou o ágio, pois afirma textualmente que a aquisição de ETEO pela TERNA, seguida da incorporação, não produziria o ágio amotizável. Nas suas palavras:

57. Note que o caminho natural aqui era a TERNA, atual TAESA, adquirir a ETEO e incorporá-la, como acaba por ocorrer e representa hoje, a real situação patrimonial, situação esta em que não ocorreria a geração de ágil amortizável.

Ora!, pelo contrário, é justamente na operação que a autoridade considera norma que não haveria sombras de dúvidas acerca da sua possibilidade de amortização, porque a operação ocorreu entre parte independentes (houve, de fato, a geração do ágio) e o real adquirente teria incorporado a adquirida.

A autoridade fiscal ainda conclui, com todas as letras, que não se trata de ágio (parágrafo 66 do TVF), mas sim de um "inchaço contábil" fruto de um abuso de direito (parágrafo 72 do TVF) e, no parágrafo 77, aduz que é incabível o ágil gerado internamente, dentre inúmeras outras passagens nesse mesmo sentido.

Nada obstante, o ágio não foi gerado por meio de qualquer operação entre parte dependentes. Não é ágio interno. E nem a LOVINA foi criada com o escopo de o gerar.

A finalidade de LOVINA foi o de permitir a passagem do ágio que teria se formado, caso não houvesse tal interposição, na TERNA para a ETEO, sem que para tal fosse necessária a incorporação de uma na outra; aliás, naquele momento.

A Procuradoria tem razão ao afirmar que a autoridade fiscal lança mão de mais de um argumento para sustentar a sua autuação. Ora, diz, por exemplo, que não é ágio; ora, afirma que é ágio interno. Deixou, porém, de utilizar o único argumento que teria chances de caracterizar o conjunto de fatos como planejamento tributário inoponível ao Fisco, qual seja, o uso de empresa veículo para promover a transferência de um ágio "bom".

Toda a acusação fiscal está centrada no ágio para descaracterizá-lo como tal e não no fato de o ágio ter sido indevidamente transferido para caracterizar ilicitamente a confusão patrimonial, que seria o cerne da questão não pontuado na acusação fiscal.

A linha seguida pela DRJ e pela D. Procuradoria foi essa. No entanto, isso não correspondeu à acusação fiscal em nenhuma das passagens do termo de verificação fiscal. Não pode a autoridade julgadora inovar. Dessarte, não se comprovando a acusação fiscal, qual seja, a de "ágio interno", deve ser julgado procedente o recurso voluntário.

Conclusão

Voto, pois, por rejeitar a preliminar suscitada para, no mérito, dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Relator