



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

Processo n° 16561.720019/2016-26
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-002.728 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de fevereiro de 2019
Matéria IRPJ E CSLL. ÁGIO. GLOSA.
Recorrente CTEEP - COMPANHIA DE TRANSMISSAO DE ENERGIA ELETRICA PAULISTA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012

DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. ÁGIO. SÚMULA CARF Nº 116.

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

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2012

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO POR INTERMÉDIO DE “EMPRESA VEÍCULO”. LEGITIMIDADE.

O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa detentora do ágio por meio de fusão, cisão e incorporação.

O uso de empresa veículo e de incorporação reversa não prejudicam o direito de amortizar fiscalmente o ágio.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 2012

IRPJ. CSLL. TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Tratando-se da mesma matéria fática e não havendo aspectos específicos a serem apreciados, aplica-se a mesma decisão a todos os tributos atingidos pelo fato analisado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria, em dar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os conselheiros Lizandro Rodrigues de Sousa (Presidente) e Neudson Cavalcante Albuquerque (Relator), que negavam totalmente provimento ao recurso voluntário; e vencido o conselheiro Allan Marcel Warwar Teixeira, que negava provimento ao recurso somente no que se refere à tributação da CSLL. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli.

(assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Relator.

(assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Neudson Cavalcante Albuquerque, Luis Henrique Marotti Toselli, Allan Marcel Warwar Teixeira, Gisele Barra Bossa, Ângelo Abrantes Nunes (Suplente convocado), Jose Roberto Adelino da Silva (Suplente convocado), Bárbara Santos Guedes (Suplente convocada) e Lizandro Rodrigues de Sousa (Presidente)

Relatório

CTEEP - COMPANHIA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA PAULISTA, pessoa jurídica já qualificada nestes autos, inconformada com a decisão proferida no Acórdão nº 02-71.742 (fls. 2633), pela DRJ Belo Horizonte, interpôs recurso voluntário (fls. 2660) dirigido a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, objetivando a reforma daquela decisão.

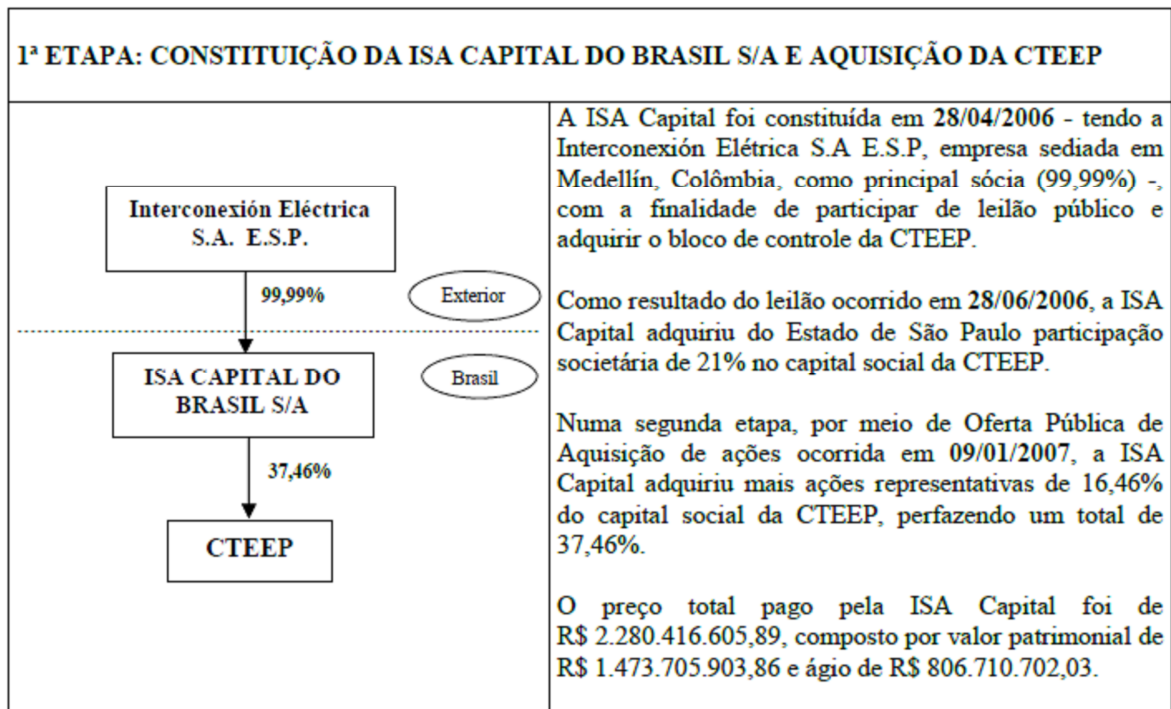
O presente processo trata de lançamentos tributários para exigir IRPJ e CSLL (fls. 1585), relativos ao ano 2012, bem como juros de mora e multa de ofício (75%).

A fiscalização concluiu que o contribuinte não poderia ter deduzido da base de cálculo dos tributos os valores correspondentes à amortização do ágio pago na privatização da Companhia, conforme o entendimento de que este lhe foi indevidamente transferido do real investidor, por meio da interposição de empresa veículo, o que impediu a necessária confusão patrimonial entre a empresa investidora e a empresa investida, conforme o seguinte excerto do TVF (fls. 1581):

Portanto, o direito à dedutibilidade da amortização do ágio, nos termos da Lei nº 9.532/97, não pode ser simplesmente transferido de uma sociedade a outra. A mera projeção do ágio da investidora original para ser amortizada numa outra sociedade qualquer, sem que ocorra a necessária confusão patrimonial, além de não atender a nenhuma das regras de dedutibilidade, geram lançamentos contábeis que conflitam com os princípios contábeis da Entidade e do Confronto das Despesas com as Receitas, o que só vem a reafirmar inadmissibilidade do aproveitamento fiscal desses encargos de amortização.

Em face de todo o exposto, conclui-se estar-se diante de uma seqüência de operações societárias abusivas e desprovidas de motivação extratributária, cujas características não atendem aos requisitos legais para o aproveitamento fiscal dos encargos de amortização do ágio, de modo que se reputam indedutíveis as despesas de amortização do ágio computadas nas apurações do IRPJ e da CSLL do sujeito passivo, referentes aos períodos trimestrais do ano de 2012.

No mesmo TVF, é possível encontrar uma síntese gráfica das mutações societárias realizadas na aquisição da CTEEP, a seguir reproduzida (fls. 1553):



2ª ETAPA: CONSTITUIÇÃO DA ISA PARTICIPAÇÕES LTDA E POSTERIOR AUMENTO DE CAPITAL INTEGRALIZADO COM PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA NA CTEEP

<pre> graph TD A[ISA CAPITAL DO BRASIL S/A] -- 100,00% --> B[ISA PARTICIPAÇÕES DO BRASIL LTDA.] B -- 37,46% --> C[CTEEP] </pre>	<p>A ISA Participações foi constituída em 10/07/2007, tendo como sócios a ISA Capital - com 99% de participação societária -, e Fernando Augusto Rojas Pinto - com 1% restante -, o qual se retiraria da sociedade em 11/01/2008.</p> <p>Em 30/01/2008, foi aprovado o aumento do capital social da ISA Participações para R\$ 2.105.032.136,00, totalmente subscrito pela sua então única sócia ISA Capital e integralizado mediante a conferência de sua participação societária na CTEEP.</p> <p>Com isso, a ISA Participações passou a ser a nova controladora da CTEEP, detendo 37,46% de seu capital social e 89,40% de seu capital votante, sendo que o ágio pago pela ISA Capital na aquisição da CTEEP foi carreado para a ISA Participações.</p>
---	--

3ª ETAPA: INCORPORAÇÃO DA ISA PARTICIPAÇÕES LTDA PELA CTEEP

<pre> graph TD A[ISA CAPITAL DO BRASIL S/A] -- 37,46% --> B[CTEEP] subgraph B C[ISA PARTICIPAÇÕES DO BRASIL LTDA. (Incorporada)] end </pre>	<p>Finalmente em 28/02/2008, a CTEEP incorporou a sua então controladora ISA Participações, a qual foi utilizada como veículo para transferir o ágio gerado na ISA Capital para a CTEEP.</p> <p>Ao final dessa seqüência de eventos societários, verifica-se que a situação organizacional do grupo é exatamente igual à situação inicial retratado no quadro 1ª ETAPA, com exceção do ágio carreado pela ISA Capital para a CTEEP, a qual vem amortizando aludido ágio e considerando seus efeitos na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.</p>
--	---

O contribuinte impugnou os lançamentos tributários (fls. 1621). A decisão de primeira instância, ora recorrida, considerou improcedente a impugnação (fls. 2633).

O recurso voluntário apresentado em seguida (fls. 2660) traz os argumentos assim sintetizados:

- i) a matéria controversa se restringe à suposta ausência de propósito negocial, à suposta utilização de empresa veículo e à suposta ausência de unificação patrimonial, não havendo questionamento algum relativo à origem, à mensuração e tampouco ao registro do ágio;
- ii) a desconsideração dos efeitos da reorganização societária laborada pela fiscalização não está embasada em qualquer dispositivo legal, mas unicamente em uma suposta ausência de substância econômica ou de motivação extratributária;
- iii) embora o ágio tenha sido amortizado para fins fiscais somente a partir de fevereiro de 2008, os fatos que deram origem a tal direito ocorreram entre julho de 2006 e fevereiro de 2008, de forma que transcorreu o prazo decadencial de cinco anos para o lançamento, o qual ocorreu apenas em 2016;
- iv) a alegada inexistência de propósito negocial decorre de uma análise segmentada das operações societárias realizadas, de forma que a conclusão da fiscalização não considera fatos importantes, como as restrições oriundas da CVM e da ANEEL (endividamento) para que houvesse a incorporação da ISA CAPITAL, as quais forçaram a adoção do modelo ora condenado pela fiscalização, ainda que este seja desvantajoso sob o aspecto tributário (tributação dos JCP, efeito das despesas financeiras no lucro);
- v) os requisitos e condições para o aproveitamento do ágio são somente aqueles veiculados pelo artigo 7º da Lei nº 9.532/1997, devendo ser rechaçada a tentativa de criar condições inexistentes na legislação;
- vi) o artigo 386 do RIR/99 autoriza a amortização do ágio quando uma pessoa jurídica absorve patrimônio de outra na qual detém participação societária adquirida com ágio, não sendo necessário que o ágio devido tenha sido gerado por ela;
- vii) a aquisição de participação societária por valor acima do valor patrimonial da parcela adquirida, referida no artigo 385 do RIR/99, não abrange apenas as operações de compra e venda de participação societária, mas também quaisquer outras transações que resultem na aquisição de investimento, como é o caso da integralização de capital operada entre ISA CAPITAL e ISA PARTICIPAÇÕES;
- viii) a alegação de dupla recuperação fiscal do ágio, levantada pela fiscalização, é meramente retórica;
- ix) a jurisprudência do CARF afasta a desqualificação do ágio quando realizada em razão da utilização de empresa veículo;
- x) a dedução da amortização do ágio é regra na tributação da CSLL, não existindo qualquer dispositivo legal que a vede;
- xi) a cobrança de juros sobre a multa é ilegal.

O contribuinte juntou ao seu recurso voluntário um parecer sobre os aspectos regulatórios da incorporação em tela (fls. 2744)

O contribuinte apresentou um primeiro aditamento ao seu recurso voluntário (fls. 2789), em que repisa a alegação de que a configuração adotada nas mutações societárias em tela foi mais gravosa ao contribuinte, em relação à possível incorporação da ISA CAPITAL

pela CTEEP. Para comprovar a sua afirmação, juntou aos autos um parecer da empresa KPMG (fls. 2780).

O contribuinte apresentou um novo aditamento ao seu recurso voluntário (fls. 2798), em que repisa a afirmação de que a fiscalização reconheceu que o ágio em tela foi efetivamente pago a parte independente, com o fundamento de expectativa de rentabilidade futura devidamente apurada em laudo válido, tendo sido corretamente contabilizado. Afirma que os fundamentos da fiscalização para glosar o ágio são alheios à legislação aplicável (ausência de propósito negocial e ausência de confusão patrimonial) e contrariam a orientação geral existente no tempo dos fatos geradores e no tempo da autuação, o que violaria o artigo 24 da Lei nº 13.655/2018 (LINDB).

Na primeira vez em que foi apreciado o recurso voluntário, o julgamento foi convertido em diligência, nos termos da Resolução nº 1201-000.531 (fls. 2830), para que fosse dada oportunidade à PGFN para se manifestar sobre o entendimento majoritário, existente na época das operações societárias em análise, relativo à possibilidade da dedução glosada pela fiscalização, para fins de aplicação do referido artigo 24 da LINDB.

A Fazenda Nacional atendeu ao pedido de informação por meio da manifestação de fls. 2840, afirmando, em apertada síntese, que o artigo 24 da LINDB não alcança o ato de constituição do crédito tributário nem o ato de julgamento no contencioso administrativo tributário na forma pretendida pelo recorrente.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque, Relator.

O contribuinte foi cientificado da decisão de primeira instância em 03/04/2017 (fls. 2657) e seu recurso voluntário foi juntado aos autos em 02/05/2017 (fls. 2658). Assim, o recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, pelo que passo a conhecê-lo.

O recorrente opõe-se à decisão de primeira instância com os argumentos a seguir apresentados e apreciados.

1 Decadência

O recorrente afirma que o crédito tributário exigido foi atingido pela decadência, considerando que os fatos que deram origem ao direito de deduzir o ágio ocorreram entre julho de 2006 e fevereiro de 2008 e a ciência dos autos de infração em tela ocorreu apenas em 2016.

Conforme já foi relatado, os presentes lançamentos tributários foram lançados para exigir IRPJ e CSLL relativos ao ano 2012, em que o contribuinte deduziu das

bases de cálculo dos tributos despesas com a amortização de ágio surgido quando a empresa foi privatizada, em 2006.

O recorrente defende a tese de que a contagem do prazo de decadência deve iniciar com o surgimento do ágio, independentemente de quando este foi ou será amortizado e deduzido. Todavia, essa tese foi superada pela Súmula CARF nº 116, pela qual foi pacificado o entendimento de que a contagem do prazo de decadência deve iniciar com a dedução do ágio na apuração dos tributos, *verbis*:

Súmula CARF nº 116

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

Com isso, entendo que não procede a reclamação de decadência.

2 IRPJ - Amortização do ágio - critérios legais

O objeto dos lançamentos tributários em análise é a glosa, pela fiscalização, de despesas com a amortização de ágio, ora combatida no presente recurso.

A questão tem como cenário jurídico dispositivos do Decreto-Lei nº 1.598/1977, combinados com dispositivos da Lei nº 9.532/1977, a seguir transcritos, com a redação vigente na época dos fatos:

DECRETO-LEI Nº 1.598/1977

Art 20 O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

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

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

[...]

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

[...]

§3º O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

[...]

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

[...]

Art 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:

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

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

LEI Nº 9.532/1997

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 nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

[...]

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 nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados em até dez anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração;

[...]

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

[...]

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

Também há referências, nos autos, aos artigos 385 e 386 do RIR/99 (Decreto nº 3.000/1999), mas estes são uma reprodução das regras contidas nos dispositivos legais acima transcritos, de forma que é suficiente tratar diretamente com as leis.

A apreciação da lide exige, como é comum, uma exposição clara dos fatos, pelo que passo a resumi-los:

- i) a CTEEP era uma empresa de capital misto, com controle do Estado de São Paulo, e foi incluída em programa de privatizações;
- ii) a empresa colombiana INTERCONEXIÓN mobilizou-se para participar dos leilões de aquisição da CTEEP. Para tanto, foi constituída a empresa ISA CAPITAL, em 28/04/2006, em que a INTERCONEXIÓN detinha mais de 99% do capital;
- iii) a ISA CAPITAL adquiriu 37,46% do capital da CTEEP (leilões de 28/06/2006 e 09/01/2007), adquirindo o seu controle. Para tanto, pagou ágil no total de R\$ 806.710.702,03.

Verifico que, até esse ponto, construiu-se uma estrutura típica das privatizações da época, ou seja, um empresa estrangeira constituindo uma empresa nacional com o propósito específico de participar do leilão de privatização e esta adquirindo a empresa estatal com ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura.

Assiste razão ao contribuinte quando afirma que não há controvérsia quanto ao atendimento dos três primeiros requisitos para o reconhecimento do ágio pago pela ISA CAPITAL, para efeitos fiscais, quais sejam: efetivo pagamento, partes não ligadas e avaliação legítima.

O próximo passo esperado seria a incorporação da ISA CAPITAL pela CTEEP, para a implementação do quarto requisito para a amortização do ágio, qual seja, a absorção do patrimônio de uma empresa pela outra, investidora e investida. Todavia, isso não aconteceu. Prosseguindo na descrição dos fatos, temos:

- iv) foi constituída a empresa ISA PARTICIPAÇÕES em 10/07/2007 e a ISA CAPITAL subscreveu 100% do seu capital social, integralizando-o com os títulos da CTEEP;
- v) a ISA PARTICIPAÇÕES passou a contabilizar o ágio pago pela ISA CAPITAL;
- vi) a CTEEP incorporou a ISA PARTICIPAÇÕES e passou a amortizar o ágio.

O recorrente justifica a interposição da ISA PARTICIPAÇÕES com o fato de a ISA CAPITAL estar consideravelmente endividada, em razão da captação de recursos no mercado financeiro, com o propósito de adquirir a CTEEP, e que a CVM e a ENEEL não permitiam a incorporação nessas condições. Dessa forma, o contribuinte viu-se obrigado a utilizar a ISA PARTICIPAÇÕES para complementar o processo de aquisição da CTEEP. Tal fato não é questionado nesse processo.

A fiscalização glosou as deduções de amortização da CTEEP por entender que a ISA PARTICIPAÇÕES não detinha ágio passível de amortização antes da sua incorporação pela CTEEP.

Por seu turno, o recorrente entende que a ISA PARTICIPAÇÕES adquiriu o ágio em tela junto com a aquisição dos títulos da CTEEP.

Essa é a controvérsia que nos cabe solucionar.

O Código Civil Brasileiro, no seu artigo 997¹, III, permite que o capital da sociedade empresária seja compreendido por qualquer espécie de bens, desde que suscetíveis de avaliação pecuniária. Esse dispositivo legal não menciona, mas é certo que a expressão "qualquer espécie de bens" não é absoluta, pois o bem indicado para compor o capital social de uma sociedade deve ser disponibilizado pelo seu proprietário e sabe-se que há bens indisponíveis, em razão de lei ou em razão de sua própria natureza. Por exemplo, não se pode integralizar o capital de uma sociedade com o um automóvel se ele tiver sido declarado indisponível por meio de uma decisão judicial. Também, por exemplo, não se pode fazer uma

¹ Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:

III - capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária;

integralização de capital com o conhecimento em Direito detido pelo pretendido sócio, por ser impossível destacá-lo da pessoa que o detém. Nesses casos, a eventual cláusula contratual correspondente não teria validade jurídica.

Na espécie, não há dúvida de que as ações da CTEEP são bens e podem ser alienados. Também não há dúvida de que o ágio é um bem, mas perquire-se se ele pode ser alienado. Para tanto, é necessário um aprofundamento quanto a sua natureza.

Saliente-se que aquilo que temos chamado aqui de "ágio" não é o recurso financeiro dado a mais do valor patrimonial das ações da CTEEP, isso é apenas a sua medida. Tampouco é o registro contábil desse valor. O que temos chamado de "ágio" é uma expectativa de direito, oponível contra o Fisco, de pagar menos tributo no momento da alienação ou liquidação das ações da CTEEP (artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977) ou de pagar menos tributo se houver a absorção do patrimônio da CTEEP (artigo 7º Lei nº 9.532/1997), ou o contrário (artigo 8º da mesma lei). O direito, na verdade, somente surge quando atendidas as condições legais.

Em razão de ser criado por uma lei, em que são estipuladas condições para o seu exercício, o que temos chamado de "ágio" é um bem jurídico condicionado, ou seja, uma expectativa de direito que somente ganha concretude mediante o atendimento das condições estipuladas nas leis que a criou. Por ser oponível apenas contra o Fisco, o "ágio" é bem jurídico condicionado de natureza tributária.

Saliente-se, ainda, que as condições legais para o surgimento do direito subjetivo somente pode ocorrer uma única vez, ou seja, a ISA CAPITAL pode alienar uma mesma ação da CTEEP apenas uma única vez (artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977) e somente pode haver a absorção de patrimônio entre ISA CAPITAL e CTEEP apenas uma única vez. Assim, o "ágio" é um bem que se exaure no momento em que surge.

Em resumo, o "ágio" é uma expectativa de direito condiciona que se exaure no momento de sua realização e, sendo assim, é um bem indisponível, pela sua própria natureza, não sendo apto a integralizar capital social subscrito.

Em razão dessa sua natureza, as normas contábeis brasileiras determinam que o registro do "ágio" com fundamento em expectativa de rentabilidade futura seja escriturado como um "ativo fiscal diferido", nos termos dos itens 5 e 32A do Pronunciamento Técnico CPC 32, do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, que trata dos Tributos sobre o Lucro, *verbis*:

5. Os seguintes termos são utilizados neste Pronunciamento com os significados especificados:

[...]

Ativo fiscal diferido é o valor do tributo sobre o lucro recuperável em período futuro relacionado a:

- (a) diferenças temporárias dedutíveis;*
- (b) compensação futura de prejuízos fiscais não utilizados; e*
- (c) compensação futura de créditos fiscais não utilizados.*

[...]

32A. Se o valor contábil do ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) que surgir de combinação de negócios for menor do que a sua base fiscal, a diferença dá margem a ativo fiscal diferido. O ativo fiscal diferido advindo do reconhecimento inicial do ágio será reconhecido como parte da contabilização de combinação de negócios na medida em que for provável que estará disponível lucro tributável contra o qual a diferença temporária dedutível poderá ser utilizada.

É inquestionável o fato de que o titular original do "ágio" é a ISA CAPITAL.

Também é inquestionável o fato de que nunca houve absorção patrimonial entre as entidades ISA CAPITAL e CTEEP, o que implica dizer que a ISA CAPITAL nunca adquiriu o direito de reduzir o pagamento de tributos em razão do artigo 7º Lei nº 9.532/1997.

Todavia, a ISA CAPITAL alienou as ações da CTEEP para a ISA PARTICIPAÇÕES. Nesse momento, adimpliu a condição estipulada no artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e fez surgir o direito de pagar menos tributos diante de eventual ganho de capital nessa alienação. Portanto, o "ágio", a expectativa de direito condicionada de que falamos, se consumou e se exauriu nesse momento. Com isso, entendo que a ISA PARTICIPAÇÕES não adquiriu o "ágio" da ISA CAPITAL, pois esse se exauriu no momento em que as ações da CTEEP foram alienadas para ela.

Portanto, se a ISA PARTICIPAÇÕES contabilizou um ágio na aquisição das ações da CTEEP, este não pode ser o mesmo que surgiu quando a ISA CAPITAL adquiriu as mesmas ações.

Tratando-se de uma nova aquisição, o ágio que possa surgir na operação também é novo e deve atender aos requisitos legais: efetivo pagamento, partes não relacionadas e avaliação legítima. Nenhum desses requisitos foi satisfeito pela ISA PARTICIPAÇÕES, de forma que esta não adquiriu a expectativa de direito de que se tem tratado e a absorção patrimonial que se seguiu não fez surgir o direito reclamado pelo recorrente.

Verifico que não procede a afirmação do recorrente de que a fiscalização desconsiderou os efeitos da reorganização societária realizada. Todos os atos praticados para a construção do modelo adotado foram considerados em seus efeitos, todavia, o contribuinte reclama de um efeito que não advém desse modelo (aquisição de ágio), nos termos da legislação de comento. Este efeito, sim, foi desconsiderado, por ser indevido.

Ainda cabe tratar da petição apresentada pelo recorrente (fls. 2789) em que apresenta um estudo elaborado pela empresa KPMG, pelo qual se pretende demonstrar que o modelo das mutações societárias em tela não trouxe ao grupo INTERCONEXIÓN - ISA CAPITAL - CTEEP qualquer vantagem de natureza tributária, pelo contrário, a incorporação direta da ISA CAPITAL pela CTEEP, sem a interposição da ISA PARTICIPAÇÕES, teria sido menos oneroso e somente não foi adotada em razão de exigências regulatórias.

Não pretendo retirar o mérito do estudo realizado, mas entendo que este não é útil no deslinde do presente processo.

A comparação entre o modelo adotado de fato e o modelo em que a CTEEP absorveria a ISA CAPITAL, sem a interposição da ISA PARTICIPAÇÕES, não faz sentido, no meu entender, uma vez que este modelo era impossível de ser concretizado, no dizer do próprio

recorrente, por questões regulatórias. Não sendo uma alternativa possível, não há valor na sua comparação com a realidade.

Melhor seria se o recorrente tivesse apresentado um estudo comparando o modelo de fato adotado a uma outra possibilidade, factível e bem intuitiva, em que a CTEEP não incorporasse qualquer empresa, ou seja, continuasse sendo uma subsidiária da ISA CAPITAL sem a interposição da ISA PARTICIPAÇÕES. Entendo que, nessa possibilidade, o contribuinte teria os mesmos custos tributários do modelo atual, pois a configuração final é idêntica, todavia não teria a ocasião de deduzir o ágio, ora glosado, ou seja, a alternativa possível para o contribuinte era mais gravosa, sob o aspecto tributário.

Tal fato demonstra que a interposição da ISA PARTICIPAÇÕES teve a única finalidade de possibilitar que a CTEEP incorporasse alguma empresa e, assim, tivesse a oportunidade, ainda que aparente, de deduzir o ágio.

Diante do exposto, entendo que o contribuinte não atendeu aos requisitos legais para a dedução do ágio amortizado, sendo devida a glosa laborada pela fiscalização.

3 CSLL - Amortização de ágio - previsão legal

O recorrente afirma que a dedução da amortização do ágio é regra na tributação da CSLL, não existindo qualquer dispositivo legal que a vede, conforme o seguinte excerto (fls. 2733):

301. Contrariamente ao que se verifica com relação ao IRPJ, para o qual a lei (consolidada nos artigos 389, § 1º, e 391 do RIR) veda a dedutibilidade do ágio, inexistente disposição legal que imponha qualquer vedação para fins de apuração da CSLL.

302. Assim, não havendo qualquer disposição legal que impeça a dedutibilidade do ágio da base de cálculo da CSLL, tampouco qualquer norma que estenda a esta contribuição às disposições relativas ao IRPJ, resta concluir que não existe qualquer óbice ou limitação quanto à amortização do ágio para a dedutibilidade dos valores pagos a título de ágio quanto à contribuição em tela. É esse, inclusive, o entendimento do E. CARF:

[...]

304. E mais: a ausência de dispositivo legal que vede a dedutibilidade do ágio para fins de apuração da CSLL é tão clara que, somente a partir da edição do artigo 50 da Lei n. 12.973/2014, o legislador estendeu a esse tributo o regime criado a partir de 1997 pela Lei n. 9.532 para os fins do IRPJ.

305. Logo, fica evidente que não havia, até a edição da Lei n. 12.973/2014, previsão legal que vedasse a possibilidade de amortização do ágio para fins de CSLL antes das operações de incorporação, cisão ou fusão, ou determinasse sua adição ao lucro líquido na hipótese de eventual indedutibilidade do lucro real.

A questão trazida pelo recorrente já foi objeto de amplo debate nas turmas de julgamento desta Primeira Seção do CARF, mas entendo que já se pode notar uma convergência no sentido de afastar a tese defendida pelo recorrente, de que o ágio é dedutível na tributação da CSLL em razão da alegada ausência de dispositivo legal que a vede. Essa

tendência pode ser notada nas recentes decisões no âmbito das câmaras baixas e também nas decisões da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), que vem reformando, por maioria, as decisões das câmaras baixas que exoneraram o ágio da tributação da CSLL.

Por exemplo, o Acórdão nº 1301-001.893, citado no recurso voluntário, foi reformado por meio do Acórdão nº 9101-003.002, de 08/08/2017, quando foi adotada a seguinte ementa:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INDEDUTIBILIDADE.

E vedado, para fins de apuração da base de cálculo da CSLL, a dedução de quotas de amortização de ágio pago na aquisição de investimentos.

Na mesma linha está o recente Acórdão nº 9101-003.839, de 03/10/2018, o qual adotou a seguinte ementa:

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO DA CSLL. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

A adição, à base de cálculo da CSLL, de despesas com amortização de ágio deduzidas indevidamente pela contribuinte encontra amparo nas normas que regem a exigência da referida contribuição, conforme os itens 1 e 4 da alínea "c" do § 1º do art. 2º da Lei 7.689/88.

Nesse último julgamento, a CSRF reformou, por maioria de votos e superando o voto da relatora, a decisão oriunda da Terceira Câmara. Em razão de sua completude e clareza, adoto como razão de decidir aquela veiculada no respectivo voto vencedor, da lavra do Conselheiro Rafael Vidal de Araújo, a seguir transcrita:

A decisão recorrida defende, basicamente, reproduzindo considerações feitas pela contribuinte em seu recurso voluntário, que, ao contrário do que se verifica com relação ao IRPJ, para o qual a lei (arts. 389, § 1º; e 391 do RIR/1999) veda a dedutibilidade do ágio, inexistente disposição legal que imponha qualquer vedação semelhante para fins de apuração da CSLL. Assim, qualquer despesa de ágio amortizada contabilmente poderia ser aproveitada tributariamente na apuração da CSLL.

A Conselheira Relatora do presente julgamento expressa concordância com o disposto no acórdão recorrido ao votar pela negativa de provimento ao recurso especial da PGFN quanto ao tema, motivo pelo qual novamente peço vênia para expor meu posicionamento divergente.

Simplemente não vejo como prosperar a alegação de que inexistente previsão legal que determine a adição, à base de cálculo da CSLL, de despesas de amortização de ágio que sejam indedutíveis para fins de apuração do lucro real.

Os §§ do art. 2º da Lei nº 7.689/88, que constam como fundamento legal do lançamento, trazem um impedimento para essa dedução:

Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;

b) no caso de incorporação, fusão, cisão ou encerramento de atividades, a base de cálculo é o resultado apurado no respectivo balanço;

c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela: (Redação dada pela Lei nº8.034, de 1990)

1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº8.034, de 1990)

(...)

4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº8.034, de 1990)

(...)

O artigo ordena a adição do resultado negativo e a exclusão do resultado positivo decorrentes da avaliação de investimentos pelo MEP.

O voto que orientou o Acórdão nº 1302-001.170, de 11/09/2013, da lavra do Conselheiro Alberto Pinto Souza Júnior, que acolho como razões de decidir, explicita bem o impedimento para a dedução da amortização de ágio no âmbito da CSLL:

"Entendo que a despesa de amortização do ágio é despesa indedutível na apuração da base de cálculo da CSLL, por força dos itens 1 e 4 do dispositivo acima transcrito, os quais deixam claro a finalidade da norma de tornar o MEP neutro na apuração da CSLL. A avaliação do investimento pelo MEP influencia o cálculo da CSLL em caso de alienação ou liquidação do investimento, já que esse seria o valor contábil do investimento a ser considerado. Além disso, se assim não fosse, contrário sensu, a receita decorrente da amortização do deságio seria tributada, o que não me parece razoável, mas seria inevitável chegar a tal conclusão caso se entenda dedutível a despesa de amortização do ágio.

Note-se que, se o ágio compõe o valor contábil do investimento e o MEP é apenas um método de avaliação do investimento, logo, é lógico que a amortização que reduz o ágio/deságio compõe "lato sensu" o resultado da avaliação do investimento pelo MEP, o qual seja positivo ou negativo não deve impactar a base da CSLL, como dispõe expressamente o dispositivo legal acima (itens 1 e 4 da alínea "c" do § 1º do art. 2º da Lei 7.689/88)."

Assim, se o ágio compõe o valor contábil do investimento e o MEP é apenas um método de avaliação do investimento; logo, é lógico que a amortização que reduz o ágio/deságio compõe "lato sensu" o resultado da avaliação do investimento pelo MEP, o qual, seja positivo ou negativo, não deve impactar a base da CSLL, conforme os itens 1 e 4 da alínea "c" do § 1º do art. 2º da Lei 7.689/1988.

Diante do exposto, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN para reformar o acórdão recorrido na parte em que este defende a inexistência de previsão legal de adição à base de cálculo da CSLL das despesas de amortização de ágio consideradas indedutíveis na apuração do lucro real.

Diante do exposto, entendo que não assiste razão ao recorrente.

4 LINDB

O recorrente apresentou a petição de fls. 2798 (repetida nas fls. 2815) em que propugna pela aplicação, no presente processo, do artigo 24 da Lei nº 13.655/2018 (LINDB), conforme o seguinte excerto:

6. Pois bem. Em 25 de abril, foi editada a Lei n.º 13.655/2018, que incluiu novos princípios gerais na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Decreto-Lei 4.657/1947). Dentre as alterações, o artigo 24 traz impactos relevantes para o processo ora discutido nesses autos (grifos nossos):

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

7. Em 2012, a vasta maioria das decisões administrativas (10 de 12) adotavam entendimento favorável aos contribuintes nas hipóteses em que as seguintes condições fossem observadas: a) operação entre partes independentes; b) existência de sacrifício financeiro (desembolso de preço); c) fundamento em rentabilidade futura; e, d) existência de incorporação de empresas, ainda que mediante emprego de 'empresa veículo'.

Em síntese, o recorrente afirma que a orientação geral da jurisprudência administrativa no ano 2012 era no sentido de aceitar a interposição de empresa veículo nas mutações societárias geradoras de ágio dedutível, desde que fossem atendidos os quatro requisitos relacionados. Apesar de o contribuinte atender a estes requisitos, a fiscalização teria glosado a dedução do seu ágio, em sentido contrário à orientação geral, o que teria se tornado ilegal com o advento da LINDB.

O processo foi baixado em diligência para que a PGFN tivesse oportunidade de se manifestar sobre a orientação geral existente na época do lançamento, nos termos da Resolução nº 1201-000.531 (fls. 2830).

Em atenção ao pedido de manifestação, a Fazenda Nacional apresentou a petição de fls. 2840, em que faz extensa exposição de motivos para concluir que a LINDB não se aplica ao processo administrativo tributário.

A CSRF manifestou-se no mesmo sentido, ao prolatar o Acórdão nº 9101-003.839, de 03/10/2018, por maioria de votos, em que foi adotada a seguinte ementa:

ART. 24 DA LINDB. INAPLICABILIDADE AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO.

O art. 24 da LINDB veda que órgão ou autoridade decisória (administrativa, controladora ou judicial), diante de ato, contrato, ajuste, processo ou norma

administrativos (ou seja, necessariamente praticados pela Administração ou com a participação dela), que tenha gerado uma situação consolidada em favor do administrado, invalide tal situação em razão de mudança posterior de orientação geral.

Por absoluta incompatibilidade lógica, sob qualquer ótica de análise, o dispositivo simplesmente não possui aplicação no âmbito dos processos administrativos tributários objeto de apreciação pelo CARF.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) dispõe sobre a segurança jurídica e a eficiência na criação e na aplicação do Direito Público. Assim, em princípio, alcança o manuseio do Direito no processo administrativo fiscal. Observo, todavia, que o apontado artigo 24 em nada acrescenta às normas tributárias, uma vez que as determinações lá contidas já estão materialmente incluídas no Código Tributário Nacional. Vejam-se as semelhanças textuais entre o dispositivo apontado e os seguintes dispositivos do CTN:

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Saliente-se que tais preceitos existem na Administração Pública Tributária não apenas no seu aspecto formal, mas são concretizados por vários mecanismos de alinhamento de decisões, como as soluções de consulta e pareceres normativos da RFB e as súmulas do CARF, algumas delas vinculantes para a RFB.

Com isso, entendo que o artigo 24 da LINDB em nada altera o manuseio do Direito Brasileiro no campo da Administração Pública Tributária, pelo contrário, apenas estende às demais atividades públicas os preceitos aqui regentes desde 1966.

Na espécie, não vejo violação a qualquer orientação geral, simplesmente porque não existem orientações gerais sobre a matéria do litígio. O tema vem sofrendo evoluções, na medida em que os litígios vão sendo solucionados, mas está longe de ser pacificado. O contribuinte aponta um momento dessa evolução, mas a síntese de um momento não pode ser considerado como orientação geral. Na verdade, o ágio da CTEEP é uma boa evidência de que não há orientação geral sobre a matéria discutida, pois a CSRF, em decisões recentes, manteve a glosa relativa a 2008 (Acórdão nº 9101003.362, de 18/01/2018) e exonerou

a glosa de 2009, 2010 e 2011 (Acórdão nº 9101-003.610 e Acórdão nº 9101-003.609, votados em conjunto em 05/06/2018).

Com isso, concluo que o advento do artigo 24 da LINDB em nada altera o manuseio do Direito na solução da presente lide.

5 Juros sobre multa

O recorrente defende a tese de que a cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício seria ilegal. Todavia, essa tese foi superada pela Súmula CARF nº 108, pela qual foi pacificado o entendimento de que incidem juros moratórios sobre o valor correspondente à multa de ofício, *verbis*:

Súmula CARF nº 108

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

Com isso, entendo que não procede a presente reclamação do recorrente.

6 Conclusão

Em razão de tudo o que foi exposto, voto por conhecer do recurso voluntário, afastar as questões preliminares e, no mérito, negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque.

Voto Vencedor

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, Redator designado.

Em que pesem os argumentos expendidos pelo Ilustre Relator, peço vênia para, respeitosamente, divergir de seu voto no que diz respeito à indedutibilidade.

Conforme relatado, a controvérsia instaurada diz respeito à legitimidade ou não da glosa das despesas com a amortização de ágio decorrente da aquisição de 50,1% das ações ordinárias da CTEEP (Recorrente) pela ISA CAPITAL, efetuada no âmbito de Programa Estadual de Desestatização.

Não há dúvidas quanto ao fundamento econômico do ágio (*expectativa de rentabilidade futura*), efetivo pagamento e operação entre partes não relacionadas. O que se discute, na verdade, é a forma de aproveitamento fiscal do ágio, a qual, ao invés de prescindir de incorporação direta entre ISA CAPITAL e CTEEP, foi implementada mediante a *interposição de "empresa veículo"* (ISA PARTICIPAÇÃO), empresa esta que recebeu o investimento por meio de capitalização da ISA CAPITAL e, em seguida, verteu seu acervo

líquido para a CTEEP mediante incorporação reversa. Finalizadas essas operações societárias, iniciou-se a dedução fiscal (1/60) relativa à amortização do ágio.

O Relator do presente caso entendeu que essa estrutura impediria o aproveitamento fiscal do ágio por dois motivos: **(i)** pois o ágio constituiria uma espécie de bem indisponível, não sendo apto a integralizar capital social subscrito; e **(ii)** pois o uso da estrutura em questão revelaria a ausência de confusão patrimonial entre "investidora original" e investida, o que impede a dedução.

De acordo com o entendimento que prevaleceu neste Colegiado, todavia, essas premissas não se sustentam, tendo sido a dedução fiscal desse ágio feita de acordo com os preceitos legais até então vigentes.

Em primeiro lugar, cumpre observar que o Pronunciamento Técnico CPC 32 - que foi mencionado no voto vencido como argumento contrário à transferência do ágio -, não se aplica aos fatos em discussão, uma vez que a aquisição do investimento ocorreu em data anterior à sua própria publicação.

Com efeito, em 28/12/2007 foi promulgada a Lei nº 11.638 para a conversão das Práticas Contábeis Adotadas no Brasil (BR GAAP) às Normas Internacionais de Contabilidade (IFRS). Desde então, diversas alterações na contabilidade foram introduzidas, inclusive quanto à forma de registro do ágio.

Em síntese, as novas normas contábeis estabelecem que o método de alocação do preço de aquisição deve ser primeiramente feito à conta de mais valia de ativos tangíveis e intangíveis (resultante da diferença entre os valores de mercado e os valores por que registrados na contabilidade), podendo ser alocados como expectativa de rentabilidade futura somente os valores não atribuíveis às demais contas.

Ademais, de acordo com o novo padrão contábil, o ágio por rentabilidade futura não será mais amortizável e sim sujeito a testes de recuperabilidade (*impairment*).

Ocorre que essa alteração nas regras contábeis foi acompanhada de norma que estabeleceu a neutralidade para fins fiscais das mudanças trazidas pelo IFRS, até ulterior regulamentação dos seus efeitos no campo tributário, regulamentação esta que coube à Lei nº 12.973/2014 (conversão da Medida Provisória nº 627/2013).

Nos termos da Lei, a alocação do ágio para fins tributários deverá seguir as mesmas regras impostas pelas novas regras contábeis, devendo, entretanto, ser aplicada a regra de transição que determina que as normas anteriores a ela continuarão a reger as operações de fusão, incorporação ou cisão ocorridas até 31 de dezembro de 2017, desde que a participação societária tenha sido adquirida até 31 de dezembro de 2014, como é o caso concreto.

Assim, sob o abrigo do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 (acima citado), a pessoa jurídica que adquirir participação societária deverá registrar o investimento desdobrando o custo em duas subcontas:

(a) valor de patrimônio líquido na época da aquisição (patrimônio líquido da sociedade x percentual de participação), e

(b) ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido descrito acima.

Como se percebe, o investimento propriamente dito, que constitui Ativo da pessoa adquirente, é composto do valor patrimonial acrescido do ágio ou deságio. São duas rubricas contábeis que registram valores que, somados, correspondem ao valor do direito representado pela participação societária adquirida.

E, como se sabe, a pessoa titular (ou proprietário) é, como regra geral, livre para alienar seus Ativos, o que inclui seus investimentos (tanto o valor patrimonial quanto o ágio correspondente).

Isso significa dizer que, ao contrário da premissa adotada no voto vencido, o ágio, que nada mais é do que uma das duas parcelas que integram o investimento escriturado, pode sim ser objeto de alienação, como parcela integrante do investimento.

Quanto à amortização do ágio para fins tributários, aplicável às regras dos artigos 7º e 8º Lei nº 9.532/97, *in verbis*:

Artigo 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 nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

[...]

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 nº 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; (grifamos)

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

[...]

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

A permissão legal para a dedutibilidade do ágio com fundamento econômico na expectativa de rentabilidade futura, prevista no artigo 7º, inciso III, acima, na verdade, constitui um "benefício", ou melhor, uma espécie de "renúncia fiscal", introduzida no contexto das privatizações como meio de atrair propostas mais rentáveis para aquisição das empresas públicas.

Sobre o assunto, oportuno o comentário do Conselheiro Valmir Sandri quando do voto proferido no Acórdão nº 1301-000.999:

A motivação que levou o legislador a editar esta norma (...) foi aumentar as ofertas dos participantes do leilão das empresas desestatizadas, mediante a garantia aos investidores da dedutibilidade do ágio pago na aquisição das empresas. Porém, especialmente na privatização das concessionárias de serviços públicos, a norma não alcançaria seu objetivo se não houvesse permissão para a utilização de incorporação invertida e de empresa veículo.

A possibilidade de dedução da amortização é condicionada à junção dos patrimônios. Como os licitantes, na quase totalidade dos casos, são grupos de empresas dos mais variados setores da economia (grandes construtoras, seguradoras, fundos de previdência, bancos de investimentos, etc.), a junção patrimonial direta, para utilização do benefício, seria impossível.

É curial que não era objetivo do PND extinguir as empresas concessionárias de serviços públicos. Por isso, a previsão expressa da possibilidade de operação invertida (a investida absorvendo a investidora).

Por seu turno, as investidoras também não têm interesse em serem extintas, e mais, podem ter limitações reguladoras específicas, que impeçam a junção patrimonial.

Assim, a única forma de viabilizar a utilização do benefício é concentrar a participação societária adquirida (com ágio) no leilão numa empresa veículo (sociedade com propósito específico), a qual seria incorporada pela investida.

[...]

Portanto, operações como as ora submetidas a julgamento nada têm de planejamento ilícito ou inoponível ao fisco, sendo, ao contrário, atuações induzidas pelo Poder Público.

Além de a possibilidade de dedução do ágio permitido pelo artigo 7º da Lei nº 9.532/97 ter sido uma forma encontrada pelo Governo de incrementar os preços das ofertas nos leilões de privatização (conduta induzida, portanto), o normativo deixou ao talante dos contribuintes o momento de obter o aproveitamento fiscal do sobrepreço pago (opção fiscal), afinal vinculou a dedutibilidade do ágio por ocasião do evento de incorporação, fusão ou cisão entre a empresa que **detém** o investimento e a empresa investida, e nada mais!!!

Desde então, ou seja, após essa permissão fiscal de dedução nas hipóteses legais do artigo 7º, a figura do "ágio" foi sendo amplamente utilizada também no contexto de aquisições entre particulares, partes independentes ou não, em operações lícitas e ilícitas, o que acabou colocando o assunto ágio numa espécie de "vala comum" norteadas de mitos e rótulos.

Vale dizer, a crescente utilização de ágio e, reconhecemos, seu abuso em dadas operações, chamaram a atenção das autoridades fiscais, que reagiram com um verdadeiro “caça às bruxas” a qualquer operação com ágio, passando a autuar os contribuintes no modo “piloto automático”, mas sem perceber que, em muitos casos, acabaram confundindo operações lícitas e induzidas pelo poder público com operações artificiais ou ilícitas.

Não obstante, o fato é que os Julgadores devem se livrar de preconceitos em face de sua estrita vinculação à lei. Aplicar o Direito é respeitar o conteúdo normativo sem juízo de valor pessoal. Dessa forma, não pode o Executivo criar argumentos, teses ou crenças para deixar de reconhecer a validade jurídica de uma conduta induzida ou uma opção fiscal veiculada pelo Legislador.

Registrada a ressalva e voltando ao tema, o fato é que à época da aquisição que gerou a dedução em debate, o ágio fundamentado em rentabilidade futura podia ser deduzido por ocasião **da absorção da empresa que detém o ágio pela investidora ou vice-versa**. Os artigos 7º e 8º Lei nº 9.532/97 assim prescreviam sem qualquer outra restrição ou condição.

E isso claramente foi observado pela Recorrente, empresa investida, quando incorporou a empresa que detinha o ágio (ISA PARTICIPACOES) e daí reuniu as condições necessárias para gozo do seu aproveitamento fiscal.

A legislação de regência, segundo o entendimento que prevaleceu nesse julgado, foi estritamente observada pelas partes envolvidas na operação de aquisição do controle da CTEEP, que desde o início demonstraram que o ágio é legítimo e o negócio foi implementado para permitir a dedução da mais valia em conformidade com a lei.

A autoridade fiscal, diga-se, nunca indicou a criação de qualquer riqueza nova intra-grupo e, mais ainda, nunca questionou que o valor do ágio cuja amortização se questiona teve como parâmetro o próprio custo do investimento.

Também nunca argüiu a fiscalização qualquer conduta dolosa, ato ou negócio simulado, razão pela qual jamais poderia ter desconsiderado os efeitos dos atos societários praticados, o que inclui a participação da empresa tida como mero veículo na estrutura adotada.

Nesse ponto, o fisco e o voto vencido sustentam a glosa com base no argumento de que a ISA PARTICIPACOES seria mera empresa-veículo, sendo a real adquirente a ISA CAPITAL, empresa esta que manteve total independência entre seu patrimônio e o da investida, inexistindo, portanto, a necessária confusão patrimonial (incorporação ou fusão) entre investidor original e investida, o que comprometeria a dedução fiscal.

Esse raciocínio, porém, não tem como prevalecer ao menos por 3 (três) motivos.

Primeiro porque ele impõe restrição que não existe no texto legal, ferindo o mais basilar princípio de direito, que é a legalidade. Trata-se, a bem da verdade, de tese desenvolvida pelo fisco para negar o que a lei permite, o que não se admite no ordenamento jurídico vigente.

O fluxo financeiro dentro do grupo adquirente não é condição de dedutibilidade da amortização de ágio. A condição legal, conforme artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, é a incorporação de quem detém o investimento pela investida ou vice-versa, e não por quem ou de quem suporta o ônus econômico da aquisição.

O segundo motivo é o de que a incorporação, inclusive reversa, ainda que envolva empresa rotulada de veículo, é meramente instrumental. A participação dessa empresa veículo na operação, desde que o ágio seja real (como é no presente caso), não desvirtua o benefício fiscal, nem agride o espírito da lei, que trata, como demonstrado, apenas da absorção de patrimônio da detentora do ágio e investida como condição suficiente para a dedução.

Nesse sentido, destaca-se o seguinte julgado dessa Colenda Turma Ordinária:

DESPEAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.

Inexiste vedação legal para que uma pessoa jurídica, detentora de ágio na aquisição de investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial em razão da rentabilidade futura da investida, confira o aproveitamento deste ágio a outra pessoa jurídica por intermédio da absorção de seu patrimônio (art. 7º da Lei nº 9.430/96) ou vice-versa (art. 8º).

Se o ágio na aquisição do investimento efetivamente ocorreu, não sendo fruto de operações entre empresas do mesmo grupo econômico (ágio interno), incabível a glosa da despesa com sua amortização fundada no emprego da assim chamada "empresa veículo". (Acórdão 1201-001.267. Sessão de 19/01/2016).

E terceiro porque o uso de empresas veículos nesse tipo de estrutura configura conduta induzida pelo próprio Poder Legislativo. Ou seja, a adoção de incorporação por intermédio de empresa veículo, em detrimento de incorporação direta entre investidora e investida, corresponde a uma política de tributação que foi amplamente consentida na busca de atrair investimento, mas que, somente após a Lei n. 12.973/2014, passou a ser mais rigorosa.

Nota-se, aqui, que trata a ISA PARTICIPACOES de *holding* e que, como tal, tem por objeto social a participação em outras empresas, em conformidade com o artigo 2º, §3º, da Lei nº 6.404/76, que ora transcrevo:

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

[...]

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

A duração e objeto de uma sociedade varia conforme o interesse das partes. Segundo o parágrafo único do artigo 981 do Código Civil, que trata da Sociedade de Propósito Específico – SPE, *a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.*

Ora, é perfeitamente normal, ou melhor, válida a existência de sociedades efêmeras e outras de longa duração, o que vai depender dos fins sociais e econômicos estabelecidos pelos sócios.

A curta duração ou uma finalidade específica da empresa não constitui, por si só, nada, ainda mais nesse caso específico, no qual o ágio surgiu independentemente da utilização ou constituição da empresa considerada veículo.

Chama atenção, ainda, que nesse caso particular restou demonstrado que a incorporação da ISA CAPITAL pela Recorrente implicaria a transferência das dívidas daquela, o que, além de prejudicar os sócios minoritários, caracterizaria exercício abusivo do poder de controle, nos termos do artigo 15 da IN CVM 319/99 até então vigente e que possuía a seguinte redação:

Art. 15. Sem prejuízo de outras disposições legais ou regulamentares, são hipóteses de exercício abusivo do poder de controle:

[...]

II - a assunção, pela companhia, como sucessora legal, de forma direta ou indireta, de endividamento associado à aquisição de seu próprio controle, ou de qualquer outra espécie de dívida contraída no interesse exclusivo do controlador;

Não bastasse esse impedimento de ordem societária, a operação de incorporação direta encontrava outro empecilho, de ordem regulatória, qual seja, a colocação em risco da capacidade financeira da Concessionária em face da transferência da dívida contraída para o pagamento do preço de aquisição.

Como bem observou a I. Conselheira Cristiane Silva Costa quando do voto proferido na CSRF por meio do Acórdão 9101-003.609, e que afastou a glosa desse mesmo ágio:

*Adoto as razões do acórdão recorrido, acima colacionado, para confirmar a **legitimidade do ágio** tratado nos autos, sem que se vislumbre artificialidade na criação das empresas acima citadas.*

Acrescento às razões de decidir que no caso dos autos havia imposições da CVM e ANEEL que justificam por questões

societárias e regulatórias – a organização societária da forma procedida, isto é, a existência da “empresa veículo”. O artigo 15, da Instrução 319 da CVM atesta que haveria “abuso” do poder de controle caso o contribuinte não constituísse a “empresa veículo” em discussão nestes autos:

[...]

Ressalto que o artigo 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, ao tratar da confusão patrimonial como condição da amortização do ágio não tem qualquer referência ao "investidor original". A exigência legal é de investimento adquirido com ágio, que poderá ser deduzido quando houver a confusão patrimonial pela empresa que detenha o investimento adquirido, ou mesmo pela própria investida caso ocorra incorporação reversa.

Tenho manifestado neste Colegiado a minha posição sobre a dispensabilidade de confusão patrimonial (fundada pelos artigos 7º e 8º, acima citados) entre investidora original e investida original, na medida em que a legislação não atribui interpretação restritiva nesse sentido. Afinal, há que se ponderar se a origem do ágio é legítima (com a existência de partes independentes, dispêndio, demonstração da rentabilidade futura, etc.). Nesse contexto, uma vez demonstrada a legítima origem do ágio, não há restrição legal à sua transferência juntamente com o investimento a ele relacionado.

Desse julgado ainda cabe observar a Declaração de voto do Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, que acompanhou o resultado favorável à dedução do ágio em face da comprovação de que a estrutura adotada pelo contribuinte resultou em ônus tributário superior ao que seria verificado caso a CTEEP fosse incorporada diretamente pela ISA CAPITAL. Nas suas palavras:

No caso concreto, o que me leva a concluir pela inviabilidade de manutenção da exigência é outro: a estrutura adotada na operação levou a Autuada e sua controladora a incorrerem em custo tributário mais elevado do que aquele que teria sido por ela suportado se adotasse a estrutura que a autoridade fiscal lançadora e também a PGFN entendia que seria a necessária a possibilitar a amortização do ágio em questão.

[...]

Ou seja, como ISA Capital endividou-se para fazer a aquisição do controle da Autuada, se houvesse a confusão patrimonial entre essas empresas, as despesas financeiras em questão reduziriam o lucro da Autuada. De igual forma, enquanto na operação levada a efeito o JCP pago pela Autuada foi reconhecido como receita por sua controladora no Brasil (ISA Capital), sujeitando-a ao pagamento de PIS e de Cofins³, se houvesse a confusão patrimonial essa receita seria reconhecida diretamente por sua controladora no exterior.

[...]

Logo, inexistindo vantagem tributária nas operações registradas pelo contribuinte, não há que se falar em planejamento tributário, impondo-se o cancelamento integral do crédito tributário exigido de ofício.

Feitas essas considerações, e por mais essas razões, definitivamente não há como manter a autuação fiscal que glosou as despesas deduzidas a título de amortização do ágio ora em discussão.

Conclusão

Pelo exposto, CONHEÇO do RECURSO VOLUNTÁRIO para DAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli