



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 16561.720036/2014-00
Recurso nº Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº 9101-003.610 – 1ª Turma
Sessão de 05 de junho de 2018
Matéria IRPJ
Recorrentes CTEEP - COMPANHIA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA
PAULISTA
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009

ARGÜIÇÃO DE DECADÊNCIA. ANÁLISE PREJUDICADA.

Sendo o mérito é favorável ao contribuinte, não há que se analisar matérias preliminares, aplicando-se por analogia a exegese que se extrai do §3º do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, que determina que quando puder decidir o mérito a favor do contribuinte, a quem aproveitaria eventual declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará, nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

ÁGIO TRANSFERIDO. EMPRESA VEÍCULO.

Não há restrições legais à transferência do ágio, notadamente quando havia restrições societárias e regulatórias que orientaram a criação de empresa “veículo”.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional. No mérito, (i) quanto ao ágio, por maioria de votos, acordam em negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Flávio Franco Corrêa, Viviane Vidal Wagner e Rafael Vidal de Araújo, que lhe deram provimento e por unanimidade de votos, acordam em declarar prejudicado o tema da CSLL. Acordam, ainda, em declarar prejudicado por decorrência o Recurso Especial do Contribuinte (i) quanto à decadência, por maioria de votos, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa (relatora), Luís Flávio Neto e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (suplente convocado) e (ii) quanto aos juros de mora sobre a multa de ofício, por unanimidade de votos. Votou pelas conclusões quanto ao Recurso Especial da Fazenda Nacional e manifestou intenção de apresentar declaração de voto o conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto (suplente convocado). Designado para redigir o voto

vencedor, quanto a perda de objeto do tema decadência, o conselheiro José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado).

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo - Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa - Relatora

(assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Flávio Franco Corrêa, Cristiane Silva Costa, Viviane Vidal Wagner, Luis Flávio Neto, Fernando Brasil de Oliveira Pinto (suplente convocado), Gerson Macedo Guerra, José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado), Rafael Vidal de Araújo (Presidente em Exercício). Ausente, justificadamente, o conselheiro André Mendes Moura, substituído pelo conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

Relatório

Trata-se de processo originado pela lavratura de auto de infração de IRPJ e CSLL pela falta de adição, na base de cálculo dos tributos, das despesas ineducutíveis de amortização de ágio, quanto aos anos de 2009, com imposição de multa de 75%.

O contribuinte apresentou Impugnação Administrativa, decidindo a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto pela manutenção do lançamento (fls. 1810):

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009

PROVAS.

A prova documental deve ser apresentada no momento da impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual, a menos que demonstrado, justificadamente, o preenchimento de um dos requisitos constantes do art. 16, § 4º, do Decreto nº 70.235, de 1972, o que não se logrou atender neste caso.

SUSTENTAÇÃO ORAL.

No âmbito do Processo Administrativo Fiscal não existe previsão da sustentação oral no julgamento da impugnação, feito em 1ª Instância Administrativa.

NULIDADE.

Não procedem as arguições de nulidade quando não se vislumbram nos autos quaisquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Lavrado o Auto principal, devem também ser lavrados os Autos reflexos, nos termos do art. 142, parágrafo único do CTN (lei nº 5.172/66), devendo estes seguir a mesma orientação decisória daquele do qual decorrem. CSLL. Amortização de Ágio. Deve ser anulada contabilmente a amortização de ágio que, após transferência mediante a utilização de empresa veículo, surge sem substância econômica no patrimônio da investida.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador.

Restando constatado, entre a data da ciência dos autos de infração e a data do fato gerador, prazo menor do que cinco anos, não há de se falar em decadência.

PRESSUPOSTOS PARA O RECONHECIMENTO DO ÁGIO. LEGISLAÇÃO SOCIETÁRIA E FISCAL.

A legislação tributária mantém os pressupostos do reconhecimento do ágio da doutrina contábil: a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do ágio.

TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DO ÁGIO. INCORPORAÇÃO, FUSÃO OU CISÃO.

A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o da rentabilidade futura da coligada ou controlada, 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.

Para a amortização do ágio são necessários três requisitos fundamentais: (a) que exista investimento direto realizado pela investidora na investida (coligada ou controlada) com ágio devidamente contabilizado nos termos da lei; (b) que o seu fundamento econômico seja o valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; e (c) que posteriormente a empresa investidora (ou mesmo a investida, no caso de incorporação reversa) absorva o patrimônio da investida por incorporação, fusão ou cisão.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Sendo a multa de ofício classificada como débito para com a União, decorrente de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, é regular a incidência dos juros de mora, a partir de seu vencimento.

O contribuinte interpôs recurso voluntário, ao qual a 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Primeira Seção deu-lhe parcial provimento. O acórdão tem a ementa a seguir colacionada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2010

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. USO DE EMPRESA VEÍCULO. PRESENÇA DE MOTIVAÇÃO EXTRATRIBUTÁRIA. LEGITIMIDADE.

Não é ilícita a conduta do investidor que adquire diretamente o investimento, com pagamento de ágio, e, a seguir, promove aumento de capital em outra empresa, integralizando-o com os investimentos previamente adquiridos, inclusive o ágio. Não se pode qualificar como ilícita a opção por um caminho facultado pela legislação, ainda que a adoção de tal caminho tenha por objetivo a economia tributária. Essa conclusão fica especialmente reforçada na situação em comento, em que a operação "direta", que permitiria o aproveitamento fiscal do ágio sem qualquer questionamento, encontrava intransponíveis óbices societários (CVM) e regulatórios (ANEEL).

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2010

ÁGIO. DATA DA FORMAÇÃO. EFEITOS FISCAIS. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

As operações societárias que ensejaram a formação do ágio e seu registro contábil ocorreram em 2006 e 2007. Não obstante, seus efeitos tributários ocorreram ao longo dos anos subsequentes, sempre no momento em que a contribuinte promoveu a amortização e consequente redução do resultado tributável pelo IRPJ e pela CSLL. O lançamento se deu diante do

entendimento do Fisco de que tais reduções seriam indedutíveis e, portanto, deveriam ter sido adicionadas às bases de cálculo daqueles tributos. A contagem do quinquênio decadencial se dá a partir do fato gerador do tributo exigido pelo Fisco. Diante disso, descabe cogitar da ocorrência de decadência.

JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC.

A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2010

FALTA DE MOTIVAÇÃO. NULIDADE DO LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA.

O motivo para a lavratura de um auto de infração é a constituição de crédito tributário, diante da constatação de infração à legislação. Desde que a infração se encontra minuciosamente descrita, acompanhada da respectiva fundamentação legal, não se há de reconhecer nulidade no lançamento. A adequação, ou não, da base legal à infração descrita é matéria de mérito, incapaz de suscitar nulidade.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Exercício: 2010

CSLL. ÁGIO. AMORTIZAÇÃO CONTÁBIL. DEDUTIBILIDADE. *Não restando evidenciado que as despesas com amortização de ágio seriam inexistentes ou que, por outra via, teriam reduzido indevidamente o lucro líquido do exercício por desatendimento à legislação comercial/contábil, não existe norma que determine sua indedutibilidade para fins de apuração da CSLL. As bases de cálculo da CSLL e do IRPJ são distintas, descabendo invocar dispositivos exclusivamente aplicáveis ao segundo para a glosa de despesas da primeira.*

Em 15/06/2016, os autos foram remetidos à Procuradoria (fls. 2.332), que apresentou recurso especial em 21/07/2016 (fls. 2333). Neste recurso, alega divergência na interpretação da lei tributária a respeito dos seguintes temas:

(i) a **dedutibilidade do ágio**, indicando como paradigmas os acórdãos: **1301-001.783** e **9101-002.187**.

(ii) a **impossibilidade de dedução do ágio em relação à CSLL**, constando os acórdãos paradigmas nº **9101002.188** e **1302-00.834**

A então Presidente da 3ª Câmara da 1ª Seção admitiu o recurso da Procuradoria, conforme decisão cujos trechos são reproduzidos a seguir (fls. 2.389):

1. Dedutibilidade de ágio gerado por empresa veículo em incorporação reversa. (...)

Por seu turno, o recorrente defende a indedutibilidade da referida despesa e afirma que a decisão atacada diverge daquelas exaradas nos Acórdãos nº 1301-001.783 e nº 9101-002.187.

O Acórdão nº 1301-001.783 adotou a seguinte ementa (grifo...)

Esse acórdão possui a particularidade de ter decidido sobre lançamento tributário contra o mesmo contribuinte do presente processo, realizado em razão das mesmas alegadas infrações, as quais dizem respeito às mesmas operações societárias, variando apenas em relação ao período de apuração em que o ágio foi amortizado. Portanto, a sua situação fática é equivalente ao presente processo. Todavia, as respectivas providências adotadas são opostas, o que evidencia a alegada divergência na interpretação da legislação tributária.

Outra particularidade deste acórdão paradigma é que ele foi prolatado por Turma Julgadora identificada pela mesma denominação da Turma Julgadora que prolatou o acórdão recorrido, qual seja, Primeira Turma Ordinária da Terceira Câmara da Primeira Seção de Julgamento. Todavia, o acórdão paradigma foi prolatado em 03/03/2015, anteriormente à publicação do atual Regimento Interno do CARF (09/06/2015), enquanto o acórdão recorrido foi prolatado posteriormente (08/06/2016) ao advento desse Regimento Interno. Assim, para o efeito de admissão do recurso especial, deve-se considerar que são turmas diferentes, por força do §2º do artigo 67 do mesmo Regimento Interno (...)

Destarte, o paradigma é hábil para demonstrar a divergência alegada.

O recorrente ainda aponta como paradigma de divergência o Acórdão nº 9101002.187, o qual adotou a seguinte ementa: (...)

A leitura dos dois acórdão permite averiguar uma equivalência fática entre os dois processos contrapostos. Apesar disso, as providências adotadas foram diferentes, uma vez que a autoridade julgadora do processo em tela entendeu ser regular a amortização do ágio pela empresa investida, enquanto a autoridade julgadora do processo paradigma entendeu não ser possível a transferência do ágio da empresa investidora para a empresa investida.

Com isso, entendo que há uma divergência de interpretação da legislação tributária no que tange às possibilidades de amortização de ágio, razão pela qual deve ser dado seguimento ao recurso quanto a este tópico

2. Amortização de ágio na base de cálculo da CSLL

Por seu turno, o recorrente afirma que essa decisão diverge daquelas exaradas nos Acórdãos nº 9101-02.188 e nº 1102-001.018 (...)

O Acórdão nº 9101-02.188 adotou a seguinte ementa:

A leitura dos acórdãos paradigma e recorrido permite verificar que os quadros fáticos encontrados nos dois processos são semelhantes. Apesar disso, a autoridade julgadora do processo paradigma entendeu que a tributação da CSLL deveria seguir o destino da tributação do IRPJ, enquanto a autoridade julgadora do presente processo entendeu que a tributação da CSLL, em relação à amortização de ágio, deve ter tratamento próprio, em relação à tributação do IRPJ.

Com isso, entendo que há uma divergência de interpretação da legislação tributária no que tange às possibilidades de amortização de ágio na base de cálculo da CSLL, razão pela qual deve ser dado seguimento ao recurso quanto a este tópico.

O recorrente ainda aponta como paradigma da presente divergência o Acórdão nº 1302-00.834, o qual adotou a seguinte ementa: (...)

A leitura do trecho transcrito deixa clara a contraposição entre as interpretações adotadas pelas duas turmas julgadoras em tela, no que diz respeito à dedutibilidade de despesa de ágio da base de cálculo da CSLL, uma vez que o acórdão atacado entende que a dedutibilidade de despesa, inclusive de ágio, é uma regra que exige exceção legalmente expressa, enquanto a decisão paradigma entende que a dedutibilidade do ágio é uma exceção, ou seja, não há necessidade de norma expressa que obrigue o contribuinte a não fazê-la.

Os dois paradigmas apresentados caracterizam igualmente a divergência apontada, levando à sua admissão. (...)

Atendidos os pressupostos de tempestividade e legitimidade, previstos no art. 67 do Regimento Interno do CARF, e tendo sido caracterizada a divergência jurisprudencial alegada, nos termos acima examinados, DOU SEGUIMENTO ao presente recurso especial.

O contribuinte, intimado em 11/10/2016 (fls. 2401) acerca do acórdão da Turma Ordinária, do recurso especial e sua admissibilidade.

Nesse contexto, apresentou contrarrazões ao recurso especial, em síntese, requerendo seja negado provimento ao recurso especial da Procuradoria, pelas seguintes razões:

(i) a inexistência de propósito comercial, como apontada pela fiscalização, decorreria da análise segmentada da operação;

(ii) O direito à amortização fiscal do ágio, reiterando as razões tratadas ao longo do processo, inclusive quanto às razões extrafiscais que justificariam a reorganização societária;

(iii) Os reflexos da amortização do ágio em relação à CSLL;

(iv) A ausência de motivação válida para desconsiderar a reorganização societária do contribuinte.

(v) Decadência do direito de questionar a reestruturação societária efetuada pelo contribuinte;

(vi) A ilegalidade da exigência de juros sobre a multa.

O contribuinte ainda apresentou recurso especial em 37/10/2016, alegando divergência na interpretação da lei tributária a respeito dos seguintes

(i) nulidade do auto de infração, tendo indicado como paradigmas os acórdãos nº **2402-004.102** e **1302-001.293**:

(ii) decadência, constando como acórdãos paradigmas os de nº **101-97.084** e **107-08.306**;

(iii) ilegalidade da exigência de **juros de mora sobre a multa de ofício**, com os seguintes acórdãos paradigmas: **9101-00722** e **CSRF 02-03133**

A então Presidente da 3ª Câmara da 1ª Seção só admitiu o recurso especial quanto ao terceiro tema (juros de mora sobre a multa de ofício):

1. Nulidade (...)

Por seu turno, o recorrente afirma que a referida decisão adota interpretação do artigo 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, a qual diverge daquela adotada nos Acórdãos nº 2402004.102 e nº 1302-001.293, adotados como paradigmas da divergência e a seguir analisados.

O Acórdão nº 2402-004.102 adotou a seguinte ementa:

Entendo que o acórdão recorrido comporta um cenário fático distinto, uma vez que o lançamento em análise foi fundamentado, embora o contribuinte afirme que a fundamentação apresentada seja inadequada. O fato de a fundamentação apresentada ter sido avaliada negativamente pelo autuado não a torna inexistente, mesmo porque essa avaliação comporta ao julgador e não ao interessado, ou seja, conforme a decisão adotada, é possível que a fundamentação seja considerada adequada.

A verificação de uma divergência de interpretação exige, em regra, que um mesmo dispositivo legal seja aplicado a situações fáticas equivalentes e resulte em providências distintas. Isso não ocorre aqui, uma vez que não há uma suficiente congruência fática entre os dois processos contrapostos.

Assim, entendo que o presente paradigma não é hábil para estabelecer a divergência requerida.

O recorrente ainda aponta como paradigma da presente divergência o Acórdão nº 1302-001.293, o qual adotou a seguinte ementa: (...)

A leitura desse acórdão permite verificar que a decisão paradigma está no sentido de exonerar o lançamento por entender que a conduta do contribuinte, apontada pela fiscalização, não é ilícita. Assim, a decisão apontada não determinou a anulação do lançamento por falta de fundamentação, como afirma o recorrente.

O recorrente ainda afirma que existe "bastante similaridade" entre as duas situações contrapostas, mas não aponta quais os pontos similares. Na análise que posso fazer, não há similaridade suficiente para suportar o recurso especial, uma vez que o acórdão recorrido decidiu sobre a interposição de empresa veículo na aquisição de participação societária, enquanto o acórdão paradigma decidiu sobre a dedutibilidade de ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura.

Mais uma vez, a incongruência das situações fáticas contrapostas impede o estabelecimento da divergência requerida.

Assim, entendo que ambos os acórdãos paradigmas apontados não são hábeis para demonstrar qualquer divergência de interpretação da legislação tributária, pelo qual o recurso não deve ter seguimento nesse trecho.

2. Decadência (...)

Por seu turno, o recorrente afirma que essa decisão adota interpretação divergente daquela adotada nos Acórdãos nº 101-97.084 e nº 107-08.306, apontados como paradigmas da divergência e a seguir analisados.

O Acórdão nº 101-97.084 adotou a seguinte ementa(...)

Em resumo, essa decisão foi no sentido de que a despesa relativa a uma variação cambial passiva associada a uma compra com ágio somente poderia ser glosada se o ágio tivesse sido invalidado pela fiscalização. Como isso não ocorreu dentro do prazo decadencial, também não pode ser glosada a dedução das correspondentes variações cambiais passivas. Esse é o caso que deu suporte àquela decisão, embora o dispositivo tenha sido colocado de forma geral.

Ainda quanto ao paradigma, deve ser salientado que não foi encontrado qualquer registro contábil da amortização do referido ágio. Diante desse fato, a fiscalização presumiu que ele tinha sido levado a resultado por meio não identificado e realizou a glosa sobre o saldo da conta contábil de resultado. Todavia, esse procedimento não foi admitido pela autoridade

Julgadora, a qual presumiu que o ágio foi abatido no ano da operação de compra e, assim, já não era possível a sua glosa, em razão da decadência, conforme o seguinte relato extraído do voto condutor do acórdão paradigma: (...)

Na espécie, em termos gerais, também se está decidindo sobre a glosa de despesa que tem origem em fato econômico anterior ao lançamento contábil da despesa glosada. Todavia, aqui se está tratando da própria amortização do ágio, enquanto no paradigma tratou-se de uma consequência econômica de uma compra com ágio.

Entendo que essa diferença é relevante e afasta a alegada divergência na interpretação da legislação tributária, uma vez que, de fato, as decisões debruçam-se sobre objetos diferentes: no paradigma, tratou-se da relação entre a variação cambial passiva e o ágio já amortizado e decaído, na espécie, deve-se decidir sobre a amortização do ágio e a operação de compra que gerou o ágio. (...)

O Acórdão nº 107-08.306 adotou a seguinte ementa:

Entendo que não há uma congruência entre o objeto do acórdão paradigma, despesas de depreciação de bens, e o objeto do acórdão recorrido, amortização de ágio. Embora exista uma semelhança na estrutura dos raciocínios lá elaborados, não se pode olvidar que são institutos diferentes regidos por legislação distinta. A amortização de ágio possui regulamentação própria e exclusiva, que não se confunde com as demais deduções da base de cálculo dos tributos.

Conforme já foi rememorado, para que haja divergência passível de uniformização pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, é necessário que as decisões contrapostas curvem-se sobre situações fáticas equivalentes e apliquem a mesma legislação, com interpretações distintas, de modo a obter resultados distintos, conforme inteligência do caput do artigo 67 do Regimento Interno do CARF. No presente caso, as situações fáticas são distintas e a legislação aplicada é diversa, de forma que não se admite recurso de divergência com suporte no presente paradigma.

Os dois paradigmas apresentados não demonstraram a necessária divergência de interpretação jurídica, o que leva à rejeição do recurso quanto ao tema decadência.

3. Juros sobre multa de ofício

A terceira divergência apontada pelo recorrente trata da possibilidade de o valor da multa de ofício compor a base de cálculo dos juros de mora exigidos.

A Turma Julgadora decidiu pela possibilidade de incidência dos juros sobre a multa. Por seu turno, o recorrente afirma que essa decisão, contraria a jurisprudência do CARF, manifestada nos

Acórdãos nº CSRF/02-03.133 e nº 9101-00.722, os quais adotaram as seguintes ementas, respectivamente (...)

A leitura dessas ementas já é suficiente para deixar clara a existência de divergência de interpretação da legislação tributária, resultando na necessidade de manifestação da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

(...)

Atendidos os pressupostos de tempestividade e legitimidade, previstos no art. 67 do Regimento Interno do CARF, reconheço a existência de divergência na interpretação da legislação tributária apenas em relação à incidência de juros de mora sobre a multa de ofício (item 3) e decido DAR SEGUIMENTO PARCIAL ao recurso, nos termos acima expostos.

A Procuradoria apresentou contrarrazões quanto ao tema juros de mora sobre a multa de ofício, em síntese, tratando da legalidade de sua exigência à luz do artigo 113, 139, e 161, §1º, do CTN. Acrescenta que o artigo 61, §3º impõe a incidência de juros de mora à taxa SELIC, inclusive quanto às multas. Assim, pede seja negado provimento ao recurso especial.

O contribuinte apresentou agravo, que foi acolhido em parte pelo Presidente da CSRF, admitindo o recurso especial também quanto ao tema: decadência relativamente ao paradigma nº 101-97.084. Ademais, foi mantida a negativa de seguimento quanto à nulidade do auto de infração por ausência de motivação.

Diante disso, a Procuradoria apresentou contrarrazões tratando da decadência, pedindo não seja conhecido o recurso por falta de similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigma, reiterando as razões para que seja mantido o acórdão recorrido quanto à decadência.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Cristiane Silva Costa, Relatora

Recurso Especial da Procuradoria

O Recurso Especial da Procuradoria trata de dois temas: (i) dedutibilidade do ágio; (ii) impossibilidade de dedução do ágio em relação à CSLL. A Presidente de Câmara admitiu o recurso quanto a ambos os temas, sem que o contribuinte tenha questionado o conhecimento em suas contrarrazões.

Nesse contexto, adoto as razões da Presidente de Câmara para **conhecimento do recurso especial da Procuradoria**, fazendo-o com fulcro no artigo 59, §1º, da Lei nº 9.784/1999.

Passo a analisar o mérito deste recurso:

Recurso Especial da Procuradoria - Ágio

O Termo de Verificação Fiscal, em síntese, efetuou a glosa da despesa com amortização do ágio porque utilizadas empresa “veículo” (ISA PARTICIPAÇÕES) para a qual foi transferido o ágio, constatando o Ilustre Auditor Fiscal que:

Uma vez demonstrada a ausência de motivação extratributária na interposição da empresa veículo ISA Participações entre a empresa investidora ISA Capital e a empresa investida CTEEP, seguida da incorporação da empresa veículo pelo sujeito passivo, com o único e evidente propósito de pretensamente tornar o ágio dedutível quando da apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL - o que por si só seria suficiente para tornar os efeitos decorrentes dessas operações societárias inoponíveis ao Fisco -, passamos a examinar a falta de atendimento aos requisitos exigidos pela legislação que rege a matéria para o aproveitamento fiscal dos encargos de amortização desse ágio.

Diante disso, tratarei no presente voto da possibilidade de surgimento de ágio com a utilização de “empresa veículo” para transferência do ágio.

O lançamento tributário e o acórdão recorrido tratam da interpretação dos artigos artigo 7º e 8º, da Lei nº 9.532/1997. Lembro o teor do artigo 7º, da 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: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei 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; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998) (...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E a previsão do artigo 8º, da Lei nº 9.532/1997, *verbis*:

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

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

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

Em comentários aos citados dispositivos legais, Marcos Vinicius Neder e Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira tratam da possibilidade de holding e incorporação reversa, sem prejuízo do reconhecimento do ágio dedutível:

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

A Lei não proibiu o aproveitamento do ágio no caso de incorporação de empresas holdings, constituídas pelos

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

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

A Lei não restringiu a apuração ou a dedução fiscal de ágio quando a empresa incorporada, adquirente do investimento, fosse empresa pura de holding, ou quando a empresa tivesse recebido recursos de seu sócio ou acionista em aumento de capital, ou ainda quando tivesse recebido a participação acionária em subscrição de ações de sua emissão. Logo, o tratamento de todas essas hipóteses, quando da incorporação reversa da holding Y, é alcançado, de forma equivalente, pela Lei" (Análise do Tratamento Contábil e Fiscal do Ágio em Estrutura de Aquisição ou Titularidade de Sociedades quanto há a Interposição de Holding, in Controvérsias Jurídico-Contábeis, 4ª Volume, São Paulo, Dialética, 2013, fls. 161, 162 e 179).

Destaco, ainda, trecho do voto vencedor no acórdão recorrido, do ex-Conselheiro Waldir Veiga Rocha, cujas razões adoto para decidir:

Destaco, por relevante, que não há questionamento por parte do Fisco quanto à formação inicial do ágio, no momento em que a ISA CAPITAL adquiriu ações da CTEEP até então pertencentes ao Governo de São Paulo e, na sequência, novas ações por meio de Oferta Pública de Ações (OPA). Não há qualquer questionamento quanto a tratar-se de negócio em condições de livre mercado, firmado entre partes independentes e com efetivo pagamento. O ágio, com base na expectativa de rentabilidade futura da investida CTEEP, foi registrado na contabilidade da ISA CAPITAL.

Nesse momento, acaso viesse a ocorrer a incorporação da investida CTEEP pela investidora ISA CAPITAL ou o contrário, nenhum óbice haveria ao aproveitamento fiscal do ágio pela pessoa jurídica remanescente. E, se olharmos exclusivamente para essas duas pessoas jurídicas, não se encontra motivo para que a operação não houvesse sido conduzida dessa forma.

Mas as coisas não ocorreram assim, eis porque surge o questionamento do Fisco. Foi criada uma nova sociedade (ISA

PARTICIPAÇÕES), integralmente controlada pela ISA CAPITAL. O capital social da nova sociedade foi aumentado, e integralizado com as participações societárias na CTEEP, carreando para a ISA PARTICIPAÇÕES o ágio anteriormente registrado na ISA CAPITAL.

Eis, então, o que me parece o ponto central da discussão: a legitimidade, ou não, da utilização da empresa ISA PARTICIPAÇÕES, tida pelo Fisco e pela Turma Julgadora em primeira instância como empresa veículo, ou seja, pessoa jurídica criada artificialmente com o único propósito de criar as condições exigidas pela lei para a amortização fiscal do ágio.

Observo que a situação de uma “empresa veículo”, criada especialmente para permitir a aquisição de um investimento, é facilmente verificada nas operações de privatização. Há mesmo consenso de que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram editados com o objetivo de facilitar o processo de privatização de empresas estatais, permitindo às empresas investidoras recuperar parte do investimento mediante a redução da carga tributária, o que, como contrapartida, permitiria que os valores oferecidos ao Estado na aquisição das empresas estatais fossem maiores. Isso, sem prejuízo dos ativos intangíveis das estatais privatizadas. Vários foram os casos de amortização de ágio no processo de privatização analisados por este CARF, sendo as conclusões no sentido de sua legitimidade, não obstante o uso de “empresas veículo”. Cumpre lembrar que o conjunto das operações sob análise foi praticado no contexto do Programa de Desestatização do Governo do Estado de São Paulo

Ademais, a recorrente refuta que as operações, em especial no que toca à ISA PARTICIPAÇÕES, tenham tido propósito exclusivamente de economia tributária. Acrescenta que a CTEEP, como empresa de transmissão de energia elétrica se sujeita à regulação pela ANEEL e, como companhia aberta, às normas da CVM. Ao contrário do que afirma a autuação, sua alegação é de que, na forma simplificada pretendida pelo Fisco, a reorganização encontraria obstáculos legais intransponíveis. (...)

Tenho por válidas as motivações extratributárias apontadas pela recorrente como impeditivas para que o negócio se fizesse pela via mais simples. O uso de “empresa veículo”, por si só, é insuficiente para desqualificar a via adotada pela interessada, a qual, ressalto, não é vedada pela legislação. Essa conclusão fica especialmente reforçada na situação em comento, em que a operação “direta”, que permitiria o aproveitamento fiscal do ágio sem qualquer questionamento, encontrava óbices societários (CVM) e regulatórios (ANEEL).

(...) considero legítima a transferência desse investimento para um novo investidor (ISA PARTICIPAÇÕES), com o que ocorre, sim, a confusão patrimonial entre investidor e investida. Também aqui releva lembrar a impossibilidade da operação direta entre o “investidor inicial” e a investida.

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.

Reitero 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:

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

I - o aproveitamento direto ou indireto, pelo controlador, do valor do ágio pago na aquisição do controle de companhia aberta no cálculo da relação de substituição das ações dos acionistas não controladores, quando de sua incorporação pela controladora, ou nas operações de incorporação de controladora por companhia aberta controlada, ou de fusão de controladora com controlada;

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;

III - o não reconhecimento, no cálculo das relações de substituição das ações dos acionistas não controladores estabelecidas no protocolo da operação, da existência de espécies e classes de ações com direitos diferenciados, com a atribuição de ações, com direitos reduzidos, em substituição àquelas que se extinguirão, de modo a favorecer, direta ou indiretamente, uma outra espécie ou classe de ações;

IV - a adoção, nas relações de substituição das ações dos acionistas não controladores, da cotação de bolsa das ações das companhias envolvidas, que não integrem índices gerais representativos de carteira de ações admitidos à negociação em bolsas de futuros;

V - a não avaliação da totalidade dos dois patrimônios a preços de mercado, nas operações de incorporação de companhia aberta por sua controladora, ou desta por companhia aberta controlada, e nas operações de fusão entre controladora e controlada, para efeito da comparação prevista no art. 264 da Lei nº 6.404/76 e no inciso VI do art. 2º desta Instrução; e

VI - a omissão, a inconsistência ou o retardamento injustificado na divulgação de informações ou de documentos que tenham sido postos à disposição do controlador ou por ele utilizados no planejamento, avaliação, promoção e execução de operações de incorporação, fusão ou cisão envolvendo companhia aberta.

O artigo 15, da Instrução 319 da CVM foi revogado em 2015, mas era plenamente eficaz ao tempo dos fatos dos autos (2009).

Nesse sentido, é o parecer do Dr. Antonio Ganin acostado aos autos pelo contribuinte, explicitando as razões extrafiscais que justificaram a reorganização societária efetuada pela contribuinte:

A operação pretendida pela Receita Federal do Brasil (RFB), pela qual a controlada CTEEP incorpora a ISA Capital do Brasil, encontra dois impedimentos para sua realização. O primeiro de ordem societária, pois a operação da forma pretendida pela RFB caracterizaria ato abusivo do poder de controle por parte da CTEEP, conforme previsto no art. 15 da Instrução CVM nº 319/1999, o que seria considerado infração grave para os efeitos do § 3º, do art. 11, da Lei nº 6.385/1976, conforme disposto no art. 17, dessa Instrução CVM. O segundo de ordem regulatória, pois, conforme já exposto, a ANEEL não aceitaria que a dívida da controladora, contraída justamente para a aquisição da controlada, fizesse parte do acervo líquido a ser vertido para a CTEEP por meio da incorporação de sua controladora, trazendo para a concessionária de serviço público de energia elétrica uma dívida que é do acionista.

A esse respeito, são precisas as considerações do Conselheiro Gerson Macedo Guerra (acórdão **9101-003.362**), em voto vencido – proferido no processo do mesmo contribuinte recentemente julgado -, que acompanhei àquela ocasião:

A Lei 9.532 veio ao mundo jurídico num contexto histórico de privatizações ocorridas no país. Como amplamente divulgado na época em que publicada a norma, o objetivo da permissão contida em seu inciso III, de amortização do ágio gerado com base em rentabilidade futura, era o regulamentar a forma de aproveitamento fiscal do ágio gerado.

Por trazer regras um pouco mais claras sobre a amortização fiscal do ágio, tal norma é tida como indutora de comportamentos dos contribuintes, na medida em que trouxe segurança jurídica às operações de aquisições de empresas, tanto por investidores não residentes, que se interessaram enormemente por um mercado em recente abertura, como por investidores residentes no Brasil.

Nesse contexto, teleologicamente, tal norma visava dar segurança jurídica aos adquirentes de participações societárias para o aproveitamento fiscal do ágio fundado em rentabilidade futura devidamente documentado, oriundo de operações entre partes independentes, com o efetivo pagamento do preço.

Diante dessa realidade, a amortização fiscal, após a confusão patrimonial quedou-se garantida aos contribuintes.

Sob esse enfoque, no presente caso, houvesse a ISA Capital incorporado a CTEEP ou por ela sido incorporada, não haveria qualquer questionamento sobre a amortização fiscal do ágio.

Também não haveria qualquer questionamento se a controladora da ISA Capital houvesse integralizado suas ações em outra holding e posteriormente realizasse a incorporação da ISA Capital pela CTEEP ou vice-versa, pois nesse caso o quem efetivamente pagou pela participação societária participaria diretamente do evento gerador da confusão patrimonial.

Ora, se todas essas operações seriam legítimas para fins de aproveitamento do ágio, porque não seria legítima a operação aqui realizada, pelo simples fato de haver a transferência do investimento da pessoa que efetivamente por ele pagou para outra sociedade por ela controlada? Penso que, finalisticamente, não era intenção da norma coibir esse tipo de operação. Como visto na exposição de motivos retro transcrita, sua intenção era de coibir operações com ágios forjados ou a amortização integral do ágio, em função da ausência de regulamentação da forma de aproveitamento nas hipótese de confusão patrimonial entre investidora e investida.

Importante frisar, ainda, que não houve qualquer menção a cometimento de qualquer ilícito pelo contribuinte para glosa do ágio em questão. O próprio voto vencedor da decisão recorrida confirma essa questão. Logo, não poderia haver a desconsideração dos atos praticados para efeitos fiscais. Apenas na hipótese de configuração de uma das situações previstas nos artigos 71, 72 e/ou 73, da Lei 4.502/64 está a fiscalização autorizada a desconsiderar os negócios jurídicos realizados, para efeitos fiscais.

Por tais razões, entendo que o ágio gerado no presente caso o foi de forma legítima e que sua transferência para sociedade controlada, com posterior incorporação reversa, também foi legítima para fins de permitir sua amortização fiscal. (...)

Vê-se, pois, que a incorporação direta da ISA Capital apenas não foi implementada em razão de proibições que o próprio Governo Federal, do qual a RFB faz parte, determinou (normas da CVM e ANEEL). Tais proibições decorreram da impossibilidade de transferência, pela Isa Capital à Contribuinte Recorrente, do forte endividamento decorrente dos recursos captados de terceiros (emissão de dívida no mercado internacional) para a aquisição da Contribuinte Recorrente no processo de privatização. Essas proibições, importa desde já destacar, são o verdadeiro propósito negocial da validade da estrutura implementada pela Contribuinte Recorrente.

Acrescento que é legítima a transferência de ágio em operação societária, fundamentando-se a hipótese no artigo 248, da Lei nº 6.404/1976 e no artigo 20, do Decreto nº 1.598/1976. Desde a original redação, a Lei nº 6.404/1976 obrigava que o investimento adquirido fosse avaliado pelo método de equivalência patrimonial.

O artigo 20, do Decreto nº 1.598/1976, em redação vigente ao tempo dos fatos em discussão, regulava o desdobramento do custo de aquisição em ágio por rentabilidade futura:

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:

a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

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

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 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.

Consta do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/1999) reprodução da disposição legal em seu artigo 385, *verbis*:

Art. 385. 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 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; 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 inciso anterior.

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

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

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Ao tratar do ágio sobre expectativa de rentabilidade futura, o artigo 20, do Decreto nº 1.598/1976 - como também sua reprodução no RIR/99 - trata indistintamente das hipóteses de aquisição da participação, sem qualquer restrição. Portanto, a exigência da aplicação do método de equivalência patrimonial decorre da própria lógica do artigo 248, da Lei nº 6.404/1976, como também do conceito adotado pelo artigo 20, do Decreto nº 1.598/1976.

A transferência de ágio - por meio de operações societárias devidamente registradas -, portanto, decorre da regular transferência de investimento em observância a estas normas.

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, pagamento, 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.

Diante disso, voto por **conhecer e negar provimento ao recurso especial da Procuradoria** quanto ao ágio.

Recurso Especial da Procuradoria - CSLL

Entendo que está prejudicada a apreciação do recurso especial quanto à CSLL, por decorrência do acolhimento da primeira matéria pela maioria do Colegiado.

Recurso Especial do contribuinte

O recurso especial do contribuinte foi admitido para análise de duas matérias: **(i) decadência**, admitida pelo Presidente da CSRF após a interposição de agravo, apenas com fundamento em um dos acórdãos paradigmas; **(ii) juros de mora sobre a multa de ofício**, admitida pelo Presidente de Câmara.

Recurso Especial do contribuinte: conhecimento

O recurso especial do contribuinte merece conhecimento quanto à decadência, que tem natureza de preliminar de mérito. No entanto, tendo sido vencida pela maioria do Colegiado, deixo de apresentar o voto quanto à matéria.

Recurso Especial do contribuinte – Juros de Mora sobre a Multa de Ofício

A cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício, tema tratado em recurso especial devidamente admitido, resta prejudicada diante da negativa de provimento ao recurso especial da Procuradoria relativamente ao ágio. Diante disso, deixo de apreciar o recurso quanto à incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Conclusão:

Pelas razões expostas, voto por:

(i) conhecer do recurso especial da Procuradoria, negando-lhe provimento quanto ao ágio, julgando prejudicada a análise da exigência de CSLL;

(ii) julgar não prejudicado o recurso especial do contribuinte quanto à **decadência**, julgando-o **prejudicado quanto à incidência de juros de mora sobre a multa de ofício**.

(assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa

Voto Vencedor

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, Redator designado

Em que pese o entendimento da I. Conselheira Relatora a respeito da necessidade de análise do Recurso Especial do Contribuinte em relação à arguição de decadência, ousou discordar de seu entendimento pelos fundamentos a seguir expostos:

Em sede recurso voluntário, o contribuinte logrou êxito no cancelamento integral da exigência. Em que pese, no mérito, seu recurso ter sido provido, a turma julgadora de primeira instância avançou a análise sobre matérias que somente teriam efeito prático se a decisão de mérito fosse reformada, a saber: decadência e juros de mora sobre a multa de ofício.

Pois bem, foram interpostos recursos especiais tanto pela PGFN quanto pelo contribuinte. Contudo, o recurso da PGFN, embora conhecido pela turma, foi desprovido no mérito, ou seja, não há mais crédito tributário a ser cobrado do contribuinte.

Por essa razão, a ilustre Conselheira Relatora votou por considerar prejudicada a matéria atinente aos juros sobre a multa de ofício, mas entendeu que deveria ser enfrentado o argumento referente à decadência, por se tratar de preliminar de mérito. Nesse ponto é a minha discordância em relação ao voto da Relatora: se o mérito é favorável ao contribuinte, não há que se analisar matérias preliminares.

Embora o caso não se trate de nulidade, aplica-se a exegese que se extrai do §3º do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, que determina que quando puder decidir o mérito a favor do contribuinte, a quem aproveitaria eventual declaração de nulidade, a autoridade

julgadora não a pronunciará, nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. Repita-se: arguição de decadência não se confunde com nulidade, mas a analogia ao caso concreto aplica-se perfeitamente.

Por essas razões, sendo o mérito favorável ao contribuinte, voto por considerar prejudicada também a arguição de decadência de seu recurso especial.

(assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza

Declaração de Voto

Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

Embora concorde com as conclusões da ilustre Relatora, Conselheira Cristiane Silva Costa, divirjo em relação aos fundamentos de seu voto, ora manifestando-me exclusivamente a respeito da infração referente à amortização do ágio.

A glosa do ágio levada a efeito pela autoridade fiscal lançadora baseia-se no fato de que a real adquirente do investimento em CTEEP teria sido ISA Capital, que, por sua vez, teria se utilizado de ISA Participações como empresa veículo com o único intuito de, artificialmente, poder amortizar o ágio pago na aquisição do investimento na Autuada mediante confusão patrimonial artificial entre investida e investidora. Como a real investidora seria ISA Capital, não teriam sido cumpridos os requisitos legais para amortização do ágio.

Embora concorde com as conclusões da ilustre Conselheira Relatora, divirjo em relação aos fundamentos de seu voto.

Tratando-se de operações no âmbito de processos de privatização, há de se analisar a estrutura montada para a aquisição do investimento. Cito como o exemplo o decidido no Acórdão 1402-001.409 (“Caso Energisa”), de lavra do eminente Conselheiro Leonardo de Andrade Couto em que, embora houvesse acusação de utilização de empresa veículo para a aquisição do investimento, decidiu-se que era justificável o desenho estrutural arquitetado na operação, utilizando-se de sociedade de propósito específico que, após longo período, e depois de cumpridos os requisitos impostos por normas regulatórias, foi incorporada pela investida (incorporação reversa), iniciando-se, a partir de então, a amortização do ágio. Na ocasião, acompanhei o voto do i. Conselheiro Relator no sentido de prover o recurso e restabelecer a amortização do ágio em questão.

Em casos desse jaez, entendo que não se deve se apegar única e exclusivamente à capacidade operacional de tal sociedade de propósito específico, mas sim em seu propósito negocial, em especial, o porquê de sua constituição.

Conforme já tive a oportunidade de me pronunciar em inúmeros casos atinentes à amortização de ágio mediante utilização de “empresas de passagem” ou “empresas

veículos”, há se analisar, em cada caso, se o único propósito de assim se proceder foi a economia tributária, ou, de modo diverso, se há outros propósitos negociais que justifiquem a constituição de tal empresa¹.

Houve um período em que este Tribunal Administrativo havia firmado entendimento no sentido de que, a amortização do ágio pago com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, com fulcro no art. 7º, inciso III da Lei nº 9.532/97, deve atender, inicialmente, a 3 (três) premissas básicas, quais sejam:

- o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio;
- a realização das operações originais entre partes não ligadas;
- seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura.

Posteriormente, alterou-se esse panorama, fixando-se o entendimento de que, em regra, o ágio efetivamente pago - em operação entre empresas não ligadas e calcadas em laudo que comprove a expectativa de rentabilidade futura - deve compor o custo do investimento, sendo dedutível somente no momento da alienação de tal investimento (inteligência do art. 426 do Decreto nº 3.000/99 - Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99). Por decorrência, incluiu-se nova premissa para que a amortização do ágio por rentabilidade futura fosse possível, qual seja, a extinção do investimento em razão da absorção do patrimônio da investidora pela investida, ou vice-versa, conforme prevê o art. 386, e seu inciso III, do RIR/99.

No presente caso, não há dúvidas que a real investida (Autuada) e investidora (ISA Capital) não passaram a ser uma única pessoa jurídica (mediante incorporação reversa), ao contrário do ocorrido no “Caso Energisa”. Isso porque se interpôs uma nova empresa entre a real investidora e a investida, no caso, a empresa ISA Participações.

A Autuada procura demonstrar que a utilização dessa nova empresa possuía propósito negocial, tendo ocorrido em razão de questões regulatórias. Discordo de tal entendimento, uma vez que a interposição de ISA Participações se deu com exclusivo escopo tributário. Não havia qualquer obrigação de ordem societária ou regulatória que impusesse a confusão patrimonial entre investida e investidora. O que havia, isso sim, era uma impossibilidade de que isso pudesse ocorrer em razão de limitações de ordem regulatória. Nesse cenário, com o único intuito de amortizar o ágio em questão, interpôs-se ISA Participações, sem sombra de dúvida uma “empresa veículo” e de existência efêmera, a fim de que se pudesse transferir o investimento a essa empresa de modo a contornar as limitações regulatórias e, a todo custo, no entender do contribuinte, iniciar a amortização do ágio.

Veja-se que o presente cenário diferencia-se do “Caso Energisa”, pois não estamos tratando de uma empresa de propósito específico estruturada para participar de um leilão de privatização, mas sim de uma empresa veículo criada com o único intuito de obter vantagem tributária. Veja-se que a criação de ISA Participações não teve como objetivo obedecer a norma regulatória, mas sim foi utilizada como meio de contornar regras regulatórias

¹ Nesse sentido, no Acórdão 1402-001.954 votei por dar provimento ao recurso do contribuinte por entender justificada a utilização de uma empresa enquadrada como “veículo” pela autoridade fiscal lançadora, mas que restou configurada, em realidade, como sociedade de propósito específico, e não constituída com o fim único de angariar vantagem tributária de forma artificial.

tendo como objetivo final alcançar artificialmente vantagem tributária que, sem sua existência, não poderia ser contornada, ao menos naquele momento².

Com efeito, é importante que fique registrado meu entendimento sobre o tema a fim de que, em julgamentos futuros, não sejam distorcidas minhas conclusões sobre o tema.

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.

Explico. Como bem atestou a Autuada já no julgamento de seu recurso voluntário,

[...] conforme atesta laudo preparado pela KPMG, o custo tributário incorrido pela Recorrida e sua controladora, em razão da adoção de estrutura societária imposta pela CVM e ANEEL, foi superior em R\$ 262,3 milhões àquele que incidiria sobre a estrutura desejada pelo Fisco (incorporação direta da ISA Capital). A estrutura adotada pela Recorrida fez com que os pagamentos de JCPs fossem tributados na ISA Capital e, não, remetidos diretamente para o exterior, bem como não possibilitou a dedução de despesas com os financiamentos existentes na ISA Capital, os quais poderiam ser deduzidos na Recorrida.

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.

Convém transcrever as razões aduzidas pelo contribuinte:

41. A fim de corroborar o acima alegado, a Recorrida contratou a empresa de auditoria independente KPMG para (i) analisar e constatar a carga tributária suportada pela ISA Capital e pela Recorrida nos anos de 2008 a 2013, (ii) estimar a carga tributária que seria suportada pela Recorrida, no mesmo período, caso ela tivesse incorporado a CTEEP, e (iii) cotejar ambos os cenários, a fim de verificar qual seria o mais gravoso do ponto de vista fiscal (vide Termo de Constatação - Anexo II).

42. Como já mencionado, a ISA Capital possuía, desde 2008, elevado endividamento decorrente da emissão dos Senior Notes no mercado

² No “Caso Energisa” a acusação foi a de que a empresa que participou do leilão de privatização seria “veículo”, o que foi rechaçado pelo colegiado, e o início da amortização do ágio se deu somente depois de superados os óbices regulatórios, implicando verdadeira confusão patrimonial entre o real adquirente e a investida.

³ Entre os anos calendário de 2009 a 2010, e em 2013, não houve o pagamento de IRPJ e de CSLL em razão de se tratar de uma holding, sem outras receitas tributáveis que superassem as despesas decorrentes do financiamento. Nos anos de 2011 a 2012 houve recolhimento de IRPJ e de CSLL.

internacional, estando obrigada ao pagamento dos juros devidos em conexão a tais títulos. Nesse giro, a ISA Capital registrou despesas financeiras correlatas a essa dívida, as quais eram dedutíveis para fins de IRPJ e CSL. Ocorre, porém, que, por ser uma holding, a ISA Capital não possuía receitas operacionais aptas a serem contrapostas a tais despesas. Por sua vez, sendo a Recorrida uma empresa lucrativa, a incorporação direta da ISA Capital teria a vantagem de permitir que as despesas financeiras (bem como outras despesas da ISA Capital) fossem abatidas dos seus lucros, diminuindo a sua tributação para os fins de IRPJ e CSLL.

43. Mas não é só. Como se pode verificar de suas demonstrações financeiras, a Recorrida pagou JCP a seus acionistas, dentre as quais está a ISA Capital. Ora, ao receber referidos JCP, a ISA Capital os sujeitou ao PIS e à COFINS, nos termos da legislação aplicável à época⁹. De acordo com suas estimativas, no período de 2008 a 2013, a ISA Capital pagou cerca de R\$ 46 milhões a título de PIS e COFINS sobre JCP. Tais pagamentos seriam totalmente evitados se a Recorrida tivesse simplesmente incorporado a ISA Capital, o que tornaria possível pagar JCP diretamente aos seus investidores colombianos. Nesse cenário, a Recorrida teria não apenas direito a amortizar o ágio como também poderia efetuar pagamentos de JCP diretamente a seus controladores estrangeiros, sem o pagamento de PIS e COFINS no país.

44. As constatações da KPMG levam forçosamente à conclusão de que o custo tributário efetivamente suportado pela Recorrida e sua controladora no período analisado (o “Cenário 1”) é superior em R\$ 262,3 milhões (i.e., R\$ 1,481 bilhão menos R\$ 1,269 bilhão) àquele que incidiria sobre a estrutura tido pelo Fisco como correta (incorporação direta da ISA Capital – “Cenário 2”). [...]

45. Ademais, na hipótese de incorporação direta da ISA Capital, também haveria economia de IRPJ e CSLL. Atualmente, referidos tributos incidem sobre os JCP recebidos pela ISA Capital, à alíquota conjunta de 34% (25% de IRPJ e 9% de CSLL) e, na hipótese de pagamento de JCP aos controladores da ISA Capital, incide novamente IRRF à alíquota de 15%. Por outro lado, se a Recorrida incorporasse a ISA Capital, os JCP pagos seriam pagos diretamente à Colômbia, com incidência única de IRRF à alíquota de 15% (conforme legislação vigente à época).

46. Em resumo, a reestruturação realizada pela Recorrida foi mais gravosa do que aquela idealizada pelo Sr. Agente Fiscal. Dessa forma, conclui-se que a reestruturação realizada pela Recorrida não visou ganhos fiscais, mas decorre de opção feita, por razões regulatórias, dentre outras tantas existentes, para fruição de direito previsto em lei e que culminaria com o mesmo resultado: o atendimento às condições legais para amortização fiscal do ágio.

Com a exceção da afirmação aduzida pelo contribuinte de que a utilização de ISA Participações se deu para atender a normas regulatórias, conforme já abordado alhures, entendo corretas suas conclusões quanto à inexistência, no caso concreto, de ganho fiscal.

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.

Por essas razões, assim votei no julgamento do recurso voluntário, e não há razões para alterar meu entendimento no exame do recurso especial ora em debate.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil De Oliveira Pinto