



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16561.720143/2019-34
Recurso De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1401-006.848 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de março de 2024
Recorrentes ELEKTRO REDES S.A.
FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2014, 2015

LINDB. INAPLICABILIDADE DO ART. 24 NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. SÚMULA CARF Nº 169.

O art. 24 do decreto-lei nº 4.657, de 1942 (LINDB), incluído pela lei nº 13.655, de 2018, não se aplica ao processo administrativo fiscal.

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

Não há como aceitar a dedução do ágio com utilização de empresa veículo, quando o procedimento do sujeito passivo não se reveste de propósito comercial mas revela objetivo exclusivamente tributário.

INSUFICIÊNCIA NO RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA.

A partir das alterações no art. 44, da Lei nº 9.430/96, trazidas pela Lei nº 11.488/2007, em função de expressa previsão legal deve ser aplicada a multa isolada sobre os pagamentos que deixaram de ser realizados concernentes ao imposto de renda a título de estimativa, seja qual for o resultado apurado no ajuste final do período de apuração e independentemente da imputação da multa de ofício exigida em conjunto com o tributo.

MULTA QUALIFICADA. AUSÊNCIA DE DOLO. IMPOSSIBILIDADE.

Para que se possa caracterizar a hipótese legal que autoriza a qualificação da multa, nos termos do artigo 44 da Lei 9.430/1996, é imprescindível que a autoridade autuante indique a se conduta praticada configura sonegação, fraude e/ou conluio, hipóteses respectivamente dos artigos. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964, o que não ocorreu no presente caso.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS ATOS DE INFRAÇÃO À LEI.

A responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN alcança os atos dolosos ou culposos, que denotem infração à lei ou excesso de poderes, como, por

exemplo, a sonegação fiscal e a fraude, mas a mera citação das atribuições dos administradores não é suficiente para justificar a imputação de responsabilidade solidária nos termos do artigo 135, inciso III do CTN, devendo restar demonstrado nos autos a participação efetiva do processo decisório para engendrar operações ilícitas com objetivo de reduzir a carga tributária.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2014, 2015

CSLL. DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CRITÉRIOS DE DEDUTIBILIDADE EM SUA APURAÇÃO. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA.

Dada a relação de causa e efeito entre as glosas efetuadas para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, mantém-se a glosa realizada pela Fiscalização.

O disposto no art. 28 da Lei nº 9.430/96 e no art. 57 da Lei 8.981/95 são claros no sentido de que à CSLL aplicam-se as mesmas normas de apuração da base de cálculo do IRPJ.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício e, em relação ao recurso voluntário, negar-lhe provimento quanto à aplicação do art. 24 da LINDB e dar-lhe provimento para afastar a qualificação da multa de ofício; Por voto de qualidade, negar provimento ao recurso (i) quanto à glosa da amortização do ágio; (ii) à adição à base de cálculo da CSLL da despesa com a amortização do ágio; (iii) exigência da multa isolada. Vencidos os Conselheiros André Severo Chaves, Daniel Ribeiro Silva e André Luis Ulrich Pinto. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Luiz Augusto de Souza Gonçalves. Julgamento realizado após a vigência da Lei nº 14.689/2023, a qual deverá ser observada quando do cumprimento da decisão.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves – Presidente e Redator Designado

(documento assinado digitalmente)

André Severo Chaves - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cláudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Fernando Augusto Carvalho de Souza, André Severo Chaves, André Luis Ulrich Pinto, Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente).

Fl. 3 do Acórdão n.º 1401-006.848 - 1ª Seju/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16561.720143/2019-34

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário e Recurso de Ofício contra Acórdão da 1ª Turma da DRJ/RPJ, cuja decisão fora proferida nos seguintes termos:

Acordam os membros da 1ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar improcedente a impugnação apresentada pela autuada, mantendo integralmente o crédito tributário exigido, e julgar procedentes as impugnações apresentadas por Marcio Henrique Fernandes, Eduardo Capelastegui Saiz e Mario José Ruiz-Tagle Larrain, excluindo a responsabilidade solidária a eles atribuída.

Tendo em vista que a exclusão dos responsáveis solidários do pólo passivo do lançamento, cabe RECURSO DE OFÍCIO ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, nos termos do artigo 34, inciso I, do Decreto nº 70.235/1972, com a redação dada pelo artigo 67 da Lei 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e da Portaria nº 63, de 9 de fevereiro de 2017.

A seguir o relatório da DRJ que resume o presente litígio:

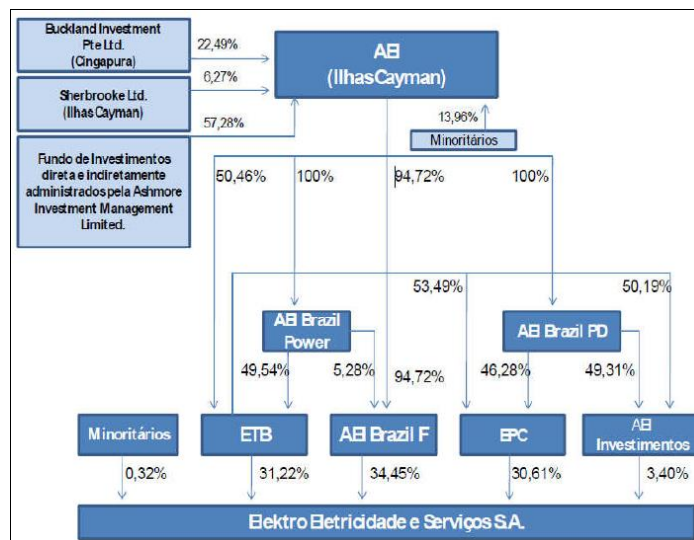
Trata o presente processo de autos de infração lavrados, em 20/12/2019, contra o contribuinte acima identificado, relativos à cobrança de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), acrescidos de juros de mora à taxa SELIC calculados até dezembro/2019, imposição de multa de ofício de 150%, e multa isolada pela falta de recolhimento dos tributos sobre base de cálculo estimada, formalizando o crédito tributário de R\$ 188.448.819,73. O lançamento é relativo aos anos-calendário 2014 e 2015.

Na descrição dos fatos, a autoridade fiscal fundamenta que o contribuinte deduziu indevidamente despesas de amortização de ágio na apuração do IRPJ e da CSLL.

Consoante o Termo de Verificação Fiscal, de fls. 40 a 48, a ELEKTRO REDES S/A (doravante apenas ELEKTRO) foi adquirida em julho de 1998 pela Terraço Participações, CNPJ 02.540.269/0001-96, que fazia parte do Grupo Enron, em leilão de privatização. Em 27/08/98, a autuada e a União Federal firmaram o Contrato de Concessão de Serviço Público para Distribuição de Energia Elétrica nº 187/98, tendo por intermediária a ANEEL.

Antes das operações societárias que deram origem ao ágio glosado na autuação, a ELEKTRO era detida por um grupo formado pelas seguintes empresas AEI BRAZIL PD HOLDINGS LTD (doravante apenas AEI); com sede nas Ilhas Cayman; AEI BRAZIL POWER INVESTMENTS LTD (doravante apenas AEI BRAZIL POWER), com sede nas Ilhas Cayman; AEI BRAZIL POWER HOLDINGS, com sede nas Ilhas Cayman (doravante apenas AEI BRAZIL PD); AEI BRAZIL FINANCE LTD, com sede nas Ilhas Cayman (doravante apenas AEI BRAZIL F); AEI INVESTIMENTOS ENERGÉTICOS LTDA (doravante apenas AEI INVESTIMENTOS); ETB ENERGIA TOTAL DO BRASIL LTDA (doravante apenas ETB); EPC EMPRESA PARANAENSE COMERCIALIZADORA LTDA (doravante apenas EPC). Essas últimas três sediadas no Brasil.

No quadro abaixo está representada a estrutura do grupo, antes das operações societárias que deram origem ao ágio glosado pela autoridade autuante.



O controle direto da ELEKTRO era compartilhado pela ETB (31,22%), AEI Brazil F (34,45%), AEI Investimentos (3,40%) e EPC (30,61%).

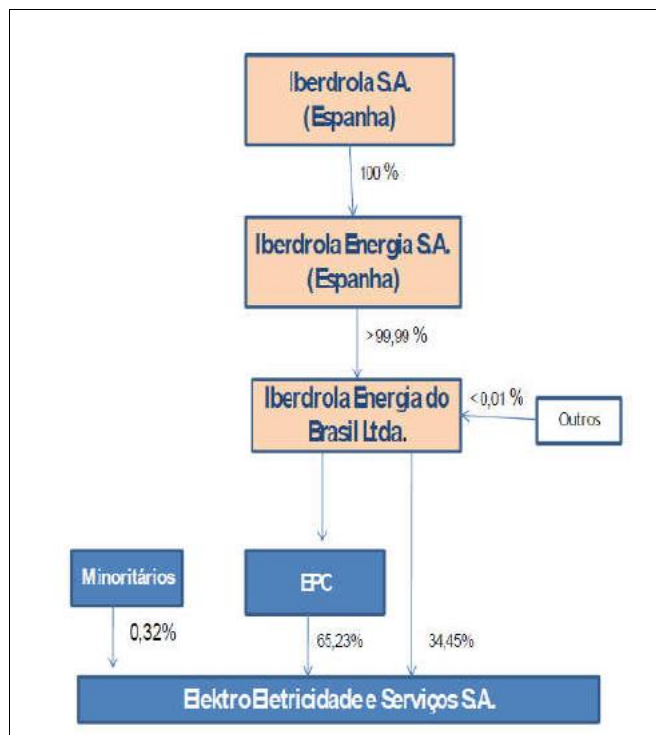
Em janeiro de 2011, AEI, IBERDROLA ENERGIA DO BRASIL LTDA (doravante apenas IBERDROLA ENERGIA) e IBERDROLA ENERGIA S/A (doravante apenas IBERDROLA S/A), com sede na Espanha, firmaram contrato de compra e venda das ações da ELEKTRO, pelo valor aproximado de R\$ 3,7 bilhões.

Para chegar a esta configuração os seguintes passos estavam desenhados :

- (1) A controladora direta da AEI Brazil constituirá uma holding, nos moldes de leis da Holanda, denominada Holding Holandesa;
- (2) As holdings brasileiras ETB e AEI INVESTIMENTOS , acionistas diretas da concessionária, serão incorporadas pela EPC;
- (3) A AEI transferirá para a Holding Holandesa todas as quotas detidas, direta e indiretamente, na EPC, de modo a que passará a deter 100% das quotas;
- (4) ato contínuo, a AEI Brazil F, controladora direta, transferiria para a Holding Holandesa todas as ações que detém na Elektro, que passará a exercer parte do controle direto; e
- (5) posteriormente, também em ato contínuo, a Holding Holandesa venderá e transferirá todas as suas quotas na EPC, bem como as que deterá na Elektro para a Iberdrola Energia do Brasil Ltda., que ficará com 100% da EPC (que deterá 65,23% da concessionária) e 34,45% das quotas da concessionária.

Composição antes da reestruturação		Composição após a reestruturação	
Acionistas	Participação %	Acionistas	Participação %
AEI Brazil F	34,45	AEI Brazil F	-
ETB	31,22	ETB	-
AEI INVESTIMENTOS	3,40	AEI INVESTIMENTOS	-
EPC	30,61	EPC	65,23
Minoritários	0,32	Minoritários	0,32
Iberdrola Energia do Brasil Ltda.	-	Iberdrola Energia do Brasil Ltda.	34,45
Total	100	Total	100

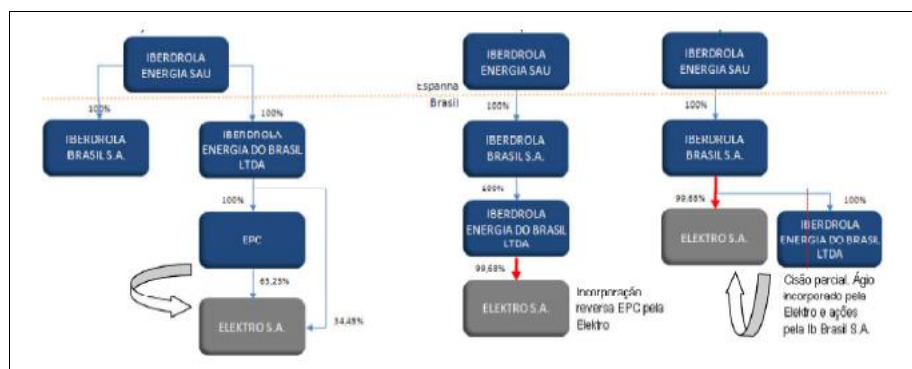
Com a aquisição, pela IBERDROLA ENERGIA das ações da EPC e da ELEKTRO, o controle societário desta passou a ter o seguinte desenho:



A autoridade autuante destaca que no voto que antecedeu a Resolução Autorizativa está ressaltada a informação de que “após sessenta (60) dias do fechamento da operação de aquisição das ações emitidas pela ELEKTRO, a controladora direta da Iberdrola Energia do Brasil Ltda., a Iberdrola Energia S.A.U (Espanha) assumiu o compromisso perante a ANEEL de promover o aumento do capital social da Iberdrola Energia do Brasil Ltda. e integralizar a totalidade do aumento de capital deliberado, de forma a fazer com que o Patrimônio Líquido da mesma seja equivalente a, no mínimo, 10% do Ativo Imobilizado da Elektro Eletricidade e Serviços S.A.”.

Em abril de 2012, submeteu-se à apreciação da ANEEL o pedido de anuência prévia para realizar a reestruturação societária do Grupo Iberdrola, que implicaria a transferência do controle societário direto da Elektro, da EPC (65,23%) e Iberdrola Energia do Brasil Ltda. (34,45%), para a empresa Iberdrola Brasil S.A., mediante as seguintes operações em atos contínuos :

1. Incorporação reversa da EPC pela Elektro
2. Cisão parcial da IBERDROLA ENERGIA, com versão para a ELEKTRO do acervo líquido que detém e transferência das ações que possui no capital social da ELEKTRO para a IBERDROLA BRASIL.



Note-se que, antes das operações acima, a IBERDROLA Energia S.A.U (Espanha) cedeu suas quotas da IBERDROLA Energia do Brasil Ltda à IBERDROLA BRASIL S.A. (doravante IBERDROLA BRASIL)

O ágio objeto do lançamento aqui discutido é o proveniente da aquisição da ELEKTRO pela IBERDROLA ENERGIA, que começou a ser amortizado em junho de 2012, prosseguindo durante todo o ano de 2013.

De acordo com a autoridade autuante a análise dos fatos conduz à conclusão de que a ELEKTRO não preencheu as condições impostas pelo legislador para deduzir os encargos de amortização do ágio em comento, para efeito de apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Essas condições estão previstas nos arts. 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/1999), aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 1999RIR/1999. As matrizes legais dos artigos mencionados estão dispostas nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997.

Pontua a autoridade autuante que, conforme documentos apresentados pelo sujeito passivo, a IBERDROLA BRASIL, enviou o pagamento pela compra das participações na EPC e na ELEKTRO por intermédio de contratos de câmbio de nºs. 11/076492, 11/076493, 11/076494 e 11/076495. Todos datados de 26/04/2011.

Ocorre que, segundo a alteração do contrato social da própria IBERDROLA BRASIL, a integralização parcial de seu capital social no valor de R\$ 3.768.960.000,00, assim como a própria alteração contratual se deram no dia 31/10/2011. E os recursos foram emitidos no exterior nos termos do Contrato de Câmbio nº 11/037708 de 26/04/2011. Exatamente na mesma data dos contratos de câmbio utilizados para a compra da EPC e ELEKTRO.

O que levou a autoridade autuante a concluir que os recursos enviados ao exterior pela IBERDROLA ENERGIA, para o pagamento da compra da “ELEKTRO” e da EPC “saíram” do País no mesmo dia em que os recursos utilizados pela Iberdrola S.A (Espanha) para integralização parcial do capital social da Iberdrola Energia Brasil Ltda. “adentraram” o Brasil.

Conforme consta no Termo de Verificação Fiscal, a IBERDROLA ENERGIA não fez qualquer dispêndio para a aquisição, já que não tinha em seus ativos o montante necessário para pagar o ágio em discussão. Assim, quem efetivamente pagou o ágio na aquisição das empresas ELEKTRO e EPC foi a empresa espanhola e não a sua subsidiária brasileira.

Nesse sentido, a autoridade autuante assevera que a ELEKTRO “jamais poderia ser a beneficiária da amortização do ágio gerado na sua própria compra, uma vez que não sofreu com os ônus do pagamento desses valores.”.

Com base nos fundamentos fáticos e jurídicos acima referidos, a autoridade autuante efetuou a glosa das amortizações fiscais, no IRPJ e na CSLL, do ágio realizadas pela ELEKTRO nos anos de 2014 e 2015, ágio este proveniente das aquisições pela IBERDROLA ENERGIA da EPC e da própria ELEKTRO.

A autoridade autuante entendeu que as empresas envolvidas simularam uma situação em que a ELEKTRO poderia amortizar o ágio gerado na compra da sua própria participação acionária, configurando o intuito de fraude contra a Fazenda Nacional, ensejando a aplicação da multa qualificada de 150%.

Tendo em vista que o contribuinte amortizou mensalmente, de maneira indevida os valores referentes aos ágios gerados pela operações societárias já descritas, a autoridade autuante aplicou a multa isolada em virtude de o contribuinte ter deixado de recolher valores devidos a título de estimativas mensais de IRPJ e CSLL nos anos-base de 2014 e 2015.

Os fatos apurados pela fiscalização caracterizam-se, em tese, crime contra a ordem tributária, razão pela qual foi formalizada contra o contribuinte Representação Fiscal para Fins Penais (Processo nº 16561.720147/2019-12).

Por fim, atribuiu-se a responsabilidade prevista no art.135 inciso III do Código Tributário Nacional (CTN), aos integrantes do Conselho de Administração e ao Diretor-Presidente da ELEKTRO à data da ocorrência dos fatos gerados dos autos de infração exigidos :

	CPF	Relação com a autuada
Eduardo Capelastegui Saiz	819.863.865-20	Membro do Conselho de Administração
Mario José Ruiz-Tagle Larrain	058.458.437-74	Membro do Conselho de Administração
Marcio Henrique Fernandes	106.708.518-17	Diretor Presidente

A autuada foi cientificada, via postal, em 26/12/2019, enquanto os responsáveis solidários Sr. Márcio Henrique Fernandes e o Sr. Mário José Ruiz-Tagle Larrain foram cientificados, também via postal, em 24/12/2019 e 26/12/2019, respectivamente. Já a ciência da atuação fiscal foi dada ao Sr. Eduardo Capelastegui Saiz, via edital, em 11/02/2019.

Os responsáveis solidários e a autuada apresentaram impugnação isoladamente, em 24/01/2020, portanto, todas tempestivas.

(...)

A seguir a ementa da decisão de 1ª instância:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2014, 2015

APROVEITAMENTO DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO GERADO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. INOCORRÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL ENTRE O REAL INVESTIDOR E O INVESTIMENTO EFETIVAMENTE ADQUIRIDO COM ÁGIO.

Para fins de caracterização da hipótese prevista no art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, é imprescindível que a operação societária de incorporação, fusão ou cisão envolva o real investidor e o investimento efetivamente adquirido.

Quando essa circunstância não estiver presente, pode-se concluir que não restou configurada a referida hipótese legal, razão pela qual deve ser mantida a glosa da amortização do ágio.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - ARTIFICIALIDADE - SIMULAÇÃO - JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO

Nos termos do art. 7º da Lei nº 9.532/1997, a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, pode amortizar, na apuração do lucro real, o valor do ágio cujo fundamento seja a expectativa de rentabilidade futura, á razão de sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração. Essa regra aplica-se também quando a empresa incorporada for aquela que detinha a propriedade da participação societária, conforme o art. 8º da Lei nº 9.532/1997. Não se admite, porém, a amortização de ágio gerado

quando comprovado que foi fruto de operações artificialmente engendradas, com abuso de direito e mediante prática de simulação. Cabível a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício lançada.

MULTA ISOLADA ESTIMATIVA APÓS ENCERRAMENTO DO PERÍODO.

Encerrado o ano calendário, descabe exigir as estimativas não recolhidas, vez que já evidenciada a apuração final do tributo passível de lançamento se não recolhido e/ou declarado. Contudo, a lei não deixa impune o descumprimento da obrigação de antecipar os recolhimentos decorrentes da opção pela apuração do lucro real, estipulando a exigência isolada da multa por falta de recolhimento das estimativas.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2014, 2015

GLOSA DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. BASE LEGAL IDÊNTICA ÀQUELA APLICÁVEL AO IRPJ.

Considerando que foi construída para disciplinar a contabilização do ágio, de suas amortizações e, por consequência, a própria apuração do lucro contábil, a norma contida no art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, alcançou também a CSLL, e não apenas o IRPJ.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2014, 2015

LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DE DIREITO BRASILEIRO - LINDB. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 24 AO LANÇAMENTO FISCAL.

O artigo 24 da LINDB dirige-se à revisão de ato, processo ou norma emanados da Administração, bem como de contrato ou ajuste entabulados entre a Administração e o particular, não se aplicando ao lançamento fiscal, já que este não se ocupa da revisão de atos administrativos e não declara a invalidade de ato ou de “situação plenamente constituída”

INTERPRETAÇÃO BENÉFICA. ART. 112 DO CTN. INAPLICABILIDADE.

O CTN prevê a chamada interpretação benéfica quando houver dúvida em relação às circunstâncias fáticas de cada caso, mas não autoriza o benefício em função de entendimento jurídico diverso da pretensão do contribuinte.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS ATOS.

A responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN alcança os atos dolosos ou culposos, que denotem infração à lei ou excesso de poderes, como, por exemplo, a sonegação fiscal e a fraude, mas a mera citação das atribuições dos administradores não é suficiente para justificar a imputação de responsabilidade solidária nos termos do artigo 135, inciso III do CTN, devendo restar demonstrado nos autos a participação efetiva do processo decisório para engendrar operações ilícitas com objetivo de reduzir a carga tributária

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicá-la, nos moldes da legislação que a instituiu.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido

Cientificada da decisão de primeira instância em 02/09/2020 (Termo de Ciência à e-Fl. 1.677), inconformada, a contribuinte apresentou Recurso Voluntário e demais documentos (e-Fls. 1.684 e ss) em 31/08/2020 (antes da ciência oficial), cujos argumentos serão apreciados a seguir no Voto.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro André Severo Chaves, Relator.

Ao compulsar os autos, verifico que o Recurso Voluntário e o Recurso de Ofício atendem aos requisitos de admissibilidade do Processo Administrativo Fiscal, previstos no Decreto nº 70.235/72.

Como o Recurso de Ofício envolve exclusivamente a matéria da responsabilidade tributária dos elegidos como responsáveis solidários, inicia-se o exame do processo pelo Recurso Voluntário.

RECURSO VOLUNTÁRIO

Inicialmente, na peça recursal, a contribuinte apresenta os tópicos “III. DO CONTEXTO DAS OPERAÇÕES REALIZADAS QUE ENSEJARAM O SURGIMENTO DO ÁGIO” e com o intuito de rememorar os fatos que originaram a autuação.

Em seguida, apresenta o tópico “IV. DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA OBJETO DA AUTUAÇÃO FISCAL”, a fim de ratificar que o a autoridade fiscal utilizou como único fundamento para a glosa de despesas de ágio, a ausência de dispêndio de recursos próprios da Iberdrola Energia para aquisição da participação societária. Aduz, ainda, que a DRJ em que pese reconhecer que este foi o único argumento, as razões para a manutenção da exigência tomaram por base outras análises que não integram a presente demanda.

Pois bem. As informações apresentadas nestes tópicos serão levadas em consideração quando da análise do mérito da infração.

Passa-se, portanto, à análise do recurso.

Da Arguição de Necessidade Observância aos Comandos da LINDB

Antes de adentrar ao mérito, a recorrente argui que a Autoridade Fiscal não se atentou para a regularidade do ágio em questão em virtude das decisões reiteradas favoráveis proferidas por este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”), as quais analisaram casos análogos ao presente processo.

Aduz que a Lei nº 13.655/2018 (“Lei da Segurança Jurídica”) incluiu disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público no Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – “LINDB”), trazendo alterações basilares na LINDB, bem como comandos imperativos de observação imediata e obrigatória pela Administração Pública, inclusive a Administração Pública Tributária.

Assevera que a mudança normativa impõe à Administração, e conseqüentemente a esta C. Turma Julgadora, a necessidade de considerar as “**orientações gerais da época**”, entendidas como “jurisprudência judicial ou **administrativa majoritária**” em suas decisões administrativas, em consonância como Art. 24, da LINDB¹. E, ao final, requer o cancelamento do auto de infração.

No que se refere a este argumento, importante consignar que o CARF já pacificou entendimento, por meio da Súmula CARF nº 169², no sentido que o art. 24, da LINDB não se aplica ao processo administrativo fiscal.

Portanto, nego provimento ao recurso quanto a este ponto.

Amortização do Ágio

Inicia-se o exame da matéria em litígio pelos trechos do relatório fiscal que concluem pela ausência de condições pelo previstas pelo legislador (arts. 7º e 8º, da Lei nº 9.532/97; e artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77,) para a amortização do ágio em questão:

Demonstraremos a seguir que essas condições legalmente impostas não foram cumpridas para a dedutibilidade dos encargos de amortização do suposto ágio.

Na situação posta, as operações societárias engendradas pelo grupo econômico IBERDROLA, tiveram como objetivo aproveitar-se da amortização do ágio gerado quando da aquisição da “ELEKTRO”.

E o ponto de partida para tal apropriação do ágio deu-se por ocasião da incorporação da empresa EPC, controladora da “ELEKTRO”, pelo Contribuinte e a cisão parcial da Iberdrola Energia Brasil Ltda., vertendo os valores de ágio pagos na aquisição da EPC e da própria “ELEKTRO” para o Contribuinte.

¹ 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.

² Súmula CARF nº 169 - O art. 24 do decreto-lei nº 4.657, de 1942 (LINDB), incluído pela lei nº 13.655, de 2018, não se aplica ao processo administrativo fiscal. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

A questão que surge é:

Quem arcou com o pagamento desse ágio?

De acordo com a documentação apresentada pelo Contribuinte, a Iberdrola Energia Brasil Ltda., enviou o pagamento pela compra das participações na EPC e na “ELEKTRO” por intermédio dos contratos de câmbio de n.ºs. 11/076492; 11/076493; 11/076494 e 11/076495.

Todos esses contratos de câmbio são datados de 26/04/2011.

Acontece que, de acordo com o item 1 da 29ª. Alteração do Contrato Social da própria Iberdrola Energia Brasil Ltda., datada de 31/10/2011, apenas nessa data ocorre a integralização parcial de seu capital social no valor de R\$ 3.768.960.000,00 mediante o aproveitamento dos recursos emitidos no exterior nos termos do Contrato de Câmbio nº 11/037708 de 26/04/2011.

Exatamente a mesma data dos contratos de câmbio utilizados para a compra da EPC e “ELEKTRO”.

Ou seja, os recursos enviados ao exterior pela Iberdrola Energia Brasil Ltda., para o pagamento da compra da “ELEKTRO” e da ECP “saíram” do País no mesmo dia em que os recursos utilizados pela Iberdrola S.A (Espanha) para integralização parcial do capital social da Iberdrola Energia Brasil Ltda. “adentraram” o Brasil.

Sequer a Iberdrola Energia do Brasil Ltda. fez qualquer dispêndio nesse sentido, pois não tinha em seus ativos o montante necessário para pagar o ágio em discussão.

Conclui-se, por conseguinte, que quem efetivamente pagou o ágio na aquisição das empresas “ELEKTRO” e ECP foi a empresa espanhola e não a sua subsidiária brasileira.

De todo modo, a “ELEKTRO” jamais poderia ser a beneficiária da amortização do ágio gerado na sua própria compra, uma vez que não sofreu com os ônus do pagamento desses valores.

As condições de dedutibilidade de encargos de amortização de ágio previstas no Artigo 386 do RIR/99 têm como pressuposto uma anterior contabilização do custo de aquisição do investimento, nos termos do Artigo 385 também do RIR/99.

Cabe aqui investigar o momento exato em que é aplicada a norma prevista no Artigo 385 do RIR/99, cujo “caput” assevera:

(...)

Resta incontestável, portanto, que o previsto no Artigo 385 do RIR/99 não é aplicável à “ELEKTRO”, pois a empresa fiscalizada não despendeu nenhum valor referente ao negócio firmado entre o grupo AEI e o grupo Iberdrola.

Em sendo indiscutível a inaplicabilidade da norma contida no caput do Artigo 385, também é certa a não subsunção dos fatos correspondentes às operações societárias subsequentes (incorporação) à norma prevista no Artigo 386, inciso III do RIR/99, uma vez que a incidência daquela constitui pressuposto para a dedutibilidade autorizada por esta (atendidas as demais condições por ela impostas).

Por conseguinte, a despeito da tentativa do grupo Iberdrola de transferir para a “ELEKTRO” o ágio pago, a legislação não autoriza que tal ágio seja aqui transferido, no momento posterior à aquisição da participação, para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL do Contribuinte.

(...)

Dessa maneira, diante de todo o exposto, a “ELEKTRO” será autuada pela amortização indevida do ágio que foi pago pela Iberdrola S.A. (Espanha) na compra das participações societárias na EPC e no Contribuinte.

Convém analisar, ainda, trechos das razões utilizadas pela autoridade julgadora de 1ª instância que concluíram pela manutenção da infração:

(...)

Quanto ao mérito propriamente dito, convém reprimir que antes das operações societárias que deram origem ao ágio glosado na autuação, o controle direto da ELEKTRO era compartilhado pela AEI Brazil F (34,45%), no exterior, ETB (31,22%), AEI Investimentos (3,40%) e EPC (30,61%), sediadas no Brasil. Já o controle direto da EPC era exercido pela AEI Investments, AEI PDC, ambas sedidas no exterior, e a pela ETB sediada no Brasil.

Segundo a impugnante, a AEI decidiu se retirar do mercado brasileiro, e por conseguinte liquidar o investimento na ELEKTRO. Para implementar essa decisão celebrou contrato com a IBERDROLA ENERGIA, estabelecendo um preço único em moeda estrangeira para todas as participações societárias representativas do controle direto e indireto da ELEKTRO, mediante a aquisição de quotas da EPC e ações da ELEKTRO.

O valor pago pela IBERDROLA ENERGIA nessas aquisições de participações societárias foi desdobrado em valor de patrimônio líquido e ágio, tendo em vista a incidência do método da equivalência patrimonial. A impugnante alega que o ágio pago teve por fundamento a expectativa de rentabilidade futura da ELEKTRO.

A empresa holding holandesa alienou suas ações na EPC e na ELEKTRO à IBERDROLA ENERGIA. Para tanto, em 15/04/2011, houve um aumento de capital social da IBERDROLA ENERGIA, de R\$ 70.976.595,00 para R\$ 4.500.000.000,00, totalmente subscrito pela IBERDROLA S/A, com sede na Espanha. Cumpre salientar que o Sr. Mário José Rui-Tagle Larrain e a IBERDROLA S/A representavam a totalidade do capital social da IBERDROLA ENERGIA, entretanto as cotas foram totalmente subscritas pela quotista IBERDROLA S/A, com a renúncia do direito de preferência do Sr. Mário.

Conforme documentos apresentados pelo sujeito passivo, a IBERDROLA ENERGIA, enviou o pagamento pela compra das participações na EPC e na ELEKTRO por intermédio de contratos de câmbio de n.ºs. 11/076492, 11/076493, 11/076494 e 11/076495, todos com data 26/04/2011.

Ocorre que, segundo a alteração do contrato social da própria IBERDROLA BRASIL, em 31/10/2011, parte da referida subscrição, mais precisamente o montante de R\$ 3.768.960.000,00, foi integralizado, mediante aproveitamento de recursos emitidos no exterior, nos termos do Contrato de Câmbio nº 11/037708 também 26/04/2011.

Portanto, exatamente na mesma data dos contratos de câmbio utilizados para a compra da EPC e ELEKTRO.

Os recursos financeiros para a aquisição da ELEKTRO e da EPC passaram poucas horas no Brasil, visto que o pagamento pela aquisição, foi efetivado em 26/04/2011, mediante remessas de câmbio, na mesma data em que houve aporte de recursos oriundos da IBERDROLA S/A, via integralização parcial de capital na IBERDROLA ENERGIA.

Assim, resta claro que os recursos para a compra da ELEKTRO e da EPC são provenientes da IBERDROLA S/A, que efetivamente suportou financeiramente o ágio.

Conforme consta no Termo de Verificação Fiscal, o fundamento para a glosa da amortização foi a inexistência de dispêndio de recursos próprios da IBERDROLA ENERGIA para aquisição da participação societária da ELEKTRO. Por esta razão a impugnante requer a delimitação da lide a este único requisito, embora, no presente caso, outros atos, quando considerados em conjunto, demonstram a artificialidade do negócio jurídico, que tinha por único objetivo a economia ilegítima de tributos.

Em sua defesa, a impugnante fixa-se à idéia de que a definição dos efeitos tributários das operações societárias realizadas não depende do fluxo econômico, mas dos fatos jurídicos praticados.

Todavia, resta patente que a IBERDROLA S/A suportou o ágio na aquisição na ELEKTRO, pois não houve fluxo financeiro relativo ao pagamento do ágio pela IBERDROLA ENERGIA, que como já exposto não detinha de capacidade financeira para a aquisição da participação societária. A suposta capacidade econômica da IBERDROLA ENERGIA para a aquisição das participações societárias, somente se fez evidente quando esta recebeu recursos financeiros provenientes do aumento de seu capital, integralizado parcialmente pela IBERDROLA S/A, que foram enviados à vendedora no mesmo dia que aportaram na IBERDROLA ENERGIA. O fato de o recurso ter trafegado pela IBERDROLA ENERGIA foi apenas uma tentativa de dar legitimidade à aquisição por parte desta empresa.

A impugnante alega ainda que não existem óbices para que uma empresa estrangeira promova aumento de capital em empresa brasileira para aquisição de investimentos em outras empresas nacionais.

De fato, o contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio de maneira que melhor lhe convém, com vistas à redução de custos e despesas, inclusive com vistas a obtenção de uma carga tributária menos onerosa, sem que isso implique, necessariamente, qualquer ilegalidade, já que a elisão fiscal é uma forma lícita colocada à disposição dos contribuintes para minorar o impacto tributário.

Todavia, com o ordenamento jurídico em vigor, não se admite mais planejamento tributário formalmente lícito, baseado em aparente legalidade, sem qualquer finalidade empresarial ou negocial, tendo por objetivo o disfarce do real objetivo da operação, almejando unicamente reduzir o pagamento de tributos, sob pena de se afrontar limites estabelecidos, inclusive, constitucionalmente, como por exemplo o da função social do contrato, da isonomia fiscal, da capacidade contributiva, e outros diversos.

Note-se que a seqüência da reorganização societária demonstram que a IBERDROLA ENERGIA foi parcialmente cindida, e vertido para a ELEKTRO o acervo que continha o ágio pago quando de sua aquisição, o que permitiria a respectiva amortização.

A reorganização societária engendrada em 2012, tinha por objetivo, como alega a impugnante, alinhar os investimentos no Brasil com as políticas de governança corporativa mundial do Grupo, e essas políticas previam a constituição de uma única holding em cada país.

No Brasil constitui-se a holding IBERDROLA BRASIL, e a controladora no exterior cedeu as quotas que detinha na IBERDROLA ENERGIA para IBERDROLA BRASIL. Na seqüência a ELEKTRO incorpora a EPC, e a IBERDROLA ENERGIA é cindida parcialmente, com versão do acervo cindido para a ELEKTRO.

Entretanto, verifica-se que o resultado final alcançado difere do modelo proposto. A constituição da IBERDROLA BRASIL foi destituída de propósito negocial, mas permitiu que ocorresse o transporte do ágio do balanço da IBERDROLA ENERGIA

para a ELEKTRO. Se objetivo era concentrar as participações societárias do Grupo Iberdrola no Brasil em uma holding local, bastaria a cisão da IBERDROLA ENERGIA, separando desta a atividade operacional e remanescendo nela apenas as participações societárias. Em seguida, as participações societárias nas demais empresas do Grupo também seriam incorporadas pela IBERDROLA ENERGIA, que passaria, então, a ser a holding do Grupo no Brasil. Nesse contexto, a EPC também deveria ter sido incorporada pela IBERDROLA ENERGIA. Dessa forma, estaria dispensada a constituição da IBERDROLA BRASIL, todavia, obviamente o ágio constante do balanço da IBERDROLA ENERGIA e da EPC não seria levado ao balanço da ELEKTRO, razão pela qual não seria possível a respectiva amortização fiscal.

Evidencia-se assim que a constituição da IBERDROLA BRASIL foi artificialmente engendrada para possibilitar a amortização do ágio pela ELEKTRO. A reorganização societária, em síntese, foi forjada de forma a possibilitar a implementação desse objetivo, com sucessões de operações societárias sem qualquer outro propósito negocial. Registre-se que as considerações acima não inovam a fundamentação do auto de infração só contextualizam as operações societárias, e não há que se falar em violação ao art. 146 do CTN, que trata da modificação de critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no lançamento.

O aumento expressivo de capital, passando de R\$ 70.976.595,00 para R\$ 4.500.000.000,00, resultante da integralização parcial (R\$ 3.768.960.000,00) de recursos provenientes do exterior, no mesmo dia em que ocorre a remessa de numerário para a compra da ELEKTRO, indicam que quem suportou efetivamente o ágio foi a IBERDROLA S.A, e apenas o registro do ágio foi contabilizado na IBERDROLA ENERGIA, e quando houve a cisão desta com versão do acervo cindido para a ELEKTRO não ocorreu a confusão patrimonial, que permitiria a amortização do ágio, mas tão somente o encontro do investimento com o equivocado registro contábil.

A glosa das despesas de amortização de ágio decorrem da constatação de que a IBERDROLA ENERGIA não dispunha de recursos próprios para fazer frente ao pagamento da operação, sendo necessária a integralização de capital efetuado pela IBERDROLA S/A, que não permaneceram no Brasil sequer por um dia, e foram remetidos à vendedora. Dessa forma, resta cristalino que a IBERDROLA ENERGIA não teria condição de ser a real adquirente da ELEKTRO, e, portanto, não suportou o ágio. O sacrifício patrimonial para, de fato, fazer o pagamento da transação, foi da IBERDROLA S/A.

Convém mencionar que a forma não se sobrepõe à substância fática das circunstâncias, e, que embora a formação do ágio esteja calcada em operações societárias com aparente legalidade, houve o propósito negocial de ocultar o verdadeiro adquirente da participação societária, com o objetivo final de fruição do benefício fiscal, a que não teria direito se a negociação fosse registrada contabilmente como de fato se realizou, portanto, reputa-se correta a glosa da amortização fiscal do ágio indevidamente contabilizado pelo contribuinte.

(...)

Ao analisar os trechos do relatório fiscal e da decisão recorrida, verifica-se que o fundamento central da fiscalização para negar o direito ao aproveitamento do ágio é o fato que que a Iberdrola Energia não é a “real adquirente” do investimento da Recorrente e da EPC, com base no argumento de que o ônus financeiro teria sido suportado pela Iberdrola S.A., sua controladora estrangeira direta.

Penso que não assiste razão à autoridade fiscal.

Entendo que o fato de a Iberdrola Energia necessitar de capitalização por um terceiro, no caso a sua controladora direta, não retira a sua qualificação jurídica como adquirente do investimento.

Ao partir dessa premissa, a autoridade fiscal ignorou o fato de que a Iberdrola Energia era a parte compradora do contrato, e que o preço foi efetivamente pago por esta por meio de remessas à AEI Cooperatief na Holanda. Ainda, a Iberdrola Energia passou a ser a titular das participações direta e indireta da Recorrente.

A interpretação da expressão “aquisição de participação societária” para fins do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/1977 deve ser entendida como negócio jurídico que acarrete a transferência de propriedade das ações ou quotas de determinada sociedade, sendo o “adquirente”, portanto, a pessoa que, por um título translativo se torna proprietário dessas ações ou quotas, como o caso da Iberdrola Energia.

A “aquisição de participação societária” pode se dar por meio do negócio jurídico de compra e venda, contrato típico por meio do qual “uma das partes se obriga a transferir a propriedade de uma coisa à outra, recebendo, em contraprestação, determinada soma em dinheiro ou valor fiduciário equivalente”.

Considerando que as participações direta e indireta na Recorrente foram transferidas da AEI (antiga proprietária) para a Iberdrola Energia (que adquiriu a titularidade das participações societárias mediante pagamento do preço acordado entre as partes), tem-se que esta é a adquirente do investimento.

Na linha de argumentação da autoridade fiscal, a parte adquirente em um contrato de compra e venda não seria mais aquele que figura no contrato como adquirente e que paga o preço, como foi o caso da Iberdrola Energia, mas daquele que, em outra relação jurídica, precedente e completamente distinta, teria indiretamente disponibilizado recursos para transação.

Tal argumento não merece guarida. Como se sabe, sempre haverá acima de uma sociedade outra sociedade como sua investidora, até que se tenha, ao final, um número definido ou indefinido e disperso de pessoas físicas.

Ademais, é natural que uma pessoa jurídica diante da necessidade de caixa, seja financiada pela sócia ou por empresa do mesmo grupo econômico, por meio de aumento de capital ou de empréstimo.

Uma vez realizado o aumento de capital da Iberdrola Energia, com subscrição e integralização de suas quotas pela controladora estrangeira Iberdrola S.A., os recursos aportados na referida sociedade brasileira passaram a ser de sua plena e legítima titularidade, isto é, integrando o seu patrimônio próprio, de modo que a Iberdrola Energia estava autorizada a aplicá-los no contexto de suas atividades e realizar aquisições de investimento, exatamente como ocorreu no presente caso.

A decisão recorrida alega que a Iberdrola Energia não dispunha de recursos próprios para fazer frente à operação, contudo, a sua capacidade econômica se torna evidente a partir do momento em que ela efetivamente recebeu recursos financeiros – em aumento de seu

capital – que passaram a ser, portanto, recursos próprios, pois se integraram ao seu patrimônio, podendo, assim serem utilizados para a aquisição do novo investimento.

Entendo que estando devidamente comprovado nos autos que houve o efetivo pagamento (sacrifício patrimonial) para a aquisição do investimento por parte da empresa adquirente e, a forma utilizada pela recorrente para a realização do negócio encontra-se dentro dos limites da liberdade de organização de seus negócios, não lhe sendo vedado utilizar aquela que lhe propicie, dentro do ordenamento legal, o menor custo ou a maior vantagem tributária.

No presente caso, entendo que as operações examinadas se amoldam à previsão legal que autoriza a amortização do ágio, nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (arts. 385 e 386 do RIR/1999), razão pela qual me parece legítimo neste caso e é parte da própria estruturação do negócio realizado, levando em conta o ordenamento societário e fiscal

O requisito trazido pela legislação fiscal para o aproveitamento do ágio é a absorção do patrimônio da pessoa jurídica adquirida em virtude de (i) fusão, (ii) cisão ou (iii) incorporação (ou a absorção reversa do patrimônio da investidora pela investida), na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio apurado na forma do § 2º, II do art. 385 do RIR/1999, o qual foi integralmente cumprido pela Recorrente.

Destaca-se, por fim, que em caso bastante semelhante, a 1ª Turma da CSRF decidiu nesse mesmo sentido, à vista do Acórdão 9101-006.486, conforme ementa a seguir:

Numero do processo: 16561.720180/2014-38

Turma: 1ª TURMA/CÂMARA SUPERIOR REC. FISCAIS

Data da sessão: 07 de março de 2023

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS COMPARADOS. NÃO CONHECIMENTO.

A ausência de similitude fático-jurídica entre as decisões comparadas (acórdão recorrido x paradigmas) impede a caracterização do dissídio, prejudicando o conhecimento recursal.

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL. MULTA QUALIFICADA. FUNDAMENTO AUTÔNOMO NÃO ATACADO. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece do Recurso Especial que não logra demonstrar a necessária divergência jurisprudencial em relação a um dos fundamentos jurídicos autônomos que, por si só, seja apto a motivar a conclusão da decisão recorrida sobre a matéria em debate.

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.

O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que

detém o investimento pela empresa investida (incorporação reversa). O uso de holding (ou empresa veículo), constituída no Brasil com recursos provenientes do exterior, para adquirir a participação societária com ágio e, em seguida, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio, não caracteriza simulação, de modo que é indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes.

TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS POR EMPRESA CONTROLADORA DOMICILIADA NO EXTERIOR PARA SOCIEDADE HOLDING. LEGITIMIDADE DA DEDUÇÃO DO ÁGIO. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DO REAL ADQUIRENTE.

A transferência, por controladora domiciliada no exterior, dos recursos empregados na aquisição de participação societária por empresa holding constituída no Brasil não impede a amortização fiscal do ágio após esta ser incorporada pela investida. A tese do real adquirente, que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de simulação, o que não se revela no caso.

Numero da decisão: 9101-006.486

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado em: (i) por maioria de votos, não conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional, vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli (relator), Edeli Pereira Bessa e Alexandre Evaristo Pinto que votaram pelo conhecimento parcial, apenas em relação à matéria “multa qualificada”; (ii) por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Especial do Contribuinte; (iii) no mérito, por maioria de votos, dar provimento ao recurso do contribuinte, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que votaram por negar-lhe provimento. Votaram pelas conclusões os conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Livia De Carli Germano. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano e Luiz Tadeu Matosinho Machado. (documento assinado digitalmente) Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício (documento assinado digitalmente) Luis Henrique Marotti Toselli – Relator (documento assinado digitalmente) Livia De Carli Germano – Redatora Designada Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

Nome do relator: LUIS HENRIQUE MAROTTI TOSELLI

Por fim, destaca-se que esta mesma operação que formou o ágio foi validada Primeira Turma Ordinária da Terceira Câmara da Primeira Seção, por aplicação do art. 19-E, da Lei nº 10.522/2002, no que se refere à amortização dos anos-calendários 2012 e 2013, à vista do Acórdão 1301-006.065, conforme ementa a seguir:

Numero do processo: 16561.720169/2017-11

Turma: Primeira Turma Ordinária da Terceira Câmara da Primeira Seção

Data da sessão: 22 de setembro de 2022

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2012, 2013 AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - ARTIFICIALIDADE - SIMULAÇÃO. INCORRÊNCIA

Nos termos do art. 7º da Lei nº 9.532/1997, a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, na qual detinha participação societária adquirida com ágio, pode amortizar, na apuração do lucro real, o valor do ágio cujo fundamento seja a expectativa de rentabilidade futura, á razão de sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração. Essa regra aplica-se também quando a empresa incorporada for aquela que detinha a propriedade da participação societária, conforme o art. 8º da Lei nº 9.532/1997. A alegação de que há vício de vontade na implementação da reorganização societária do Grupo deve ser afastada, vez que restou demonstrado que o objetivo da Recorrente sempre foi colocar em prática as Políticas de Governança Corporativa do Grupo.

CSLL - DESPESA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - DEDUTIBILIDADE

Também para a CSLL, a dedutibilidade de despesas deve observar os requisitos da necessidade, da usualidade e da normalidade. Constatando-se a ocorrência de abuso de direito e a prática de operação simulada a fim de criar e tornar dedutível ágio decorrente de expectativa de rentabilidade futura, cabível é a glosa da despesa indevidamente deduzida na apuração da CSLL.

Numero da decisão: 1301-006.065

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade. Quanto ao mérito, por determinação do art. 19-E da Lei nº. 10.522, de 2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, dar provimento ao Recurso Voluntário. Vencidos os conselheiros Giovana Pereira de Paiva Leite, Lizandro Rodrigues de Sousa, Rafael Taranto Malheiros e Heitor de Souza Lima Junior, que negavam provimento ao recurso. (documento assinado digitalmente) Heitor de Souza Lima Junior - Presidente (documento assinado digitalmente) José Eduardo Dornelas Souza - Relator Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Giovana Pereira de Paiva Leite, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Marcelo Jose Luz de Macedo, Rafael Taranto Malheiros, Maria Carolina Maldonado Mendonca Kraljevic, Mauritania Elvira de Sousa Mendonca (suplente convocado(a)) e Heitor de Souza Lima Junior (Presidente).

Nome do relator: JOSE EDUARDO DORNELAS SOUZA

Portanto, concluo pela validade da operação de amortização do ágio, razão pela qual entendo pelo integral cancelamento do auto de infração, restando-se prejudicadas as demais questões subsidiárias arguidas no recurso voluntário. Por conseguinte, nego provimento ao Recurso de Ofício, haja vista que com o cancelamento da exigência, não restam razões a serem apreciadas.

Contudo, como fiquei vencido quanto ao mérito, passa-se à análise das seguintes alegações subsidiárias.

Subsidiariamente – Da Inexistência de Previsão Legal para a Adição à Base de Cálculo da CSLL da Despesa com Amortização de Ágio Considerada Indedutível pela Fiscalização

Extrai-se do recurso voluntário que a argumenta que não há que se falar na adição da despesa de ágio na base de cálculo da CSLL, por ausência de previsão legal. Argumenta que o legislador não arrolou, como hipótese de adição ao lucro líquido, o valor correspondente à amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial.

Trata-se de matéria de direito bastante conhecida no âmbito do CARF, cujas decisões são bastante divididas.

Nesta matéria, alinho-me ao posicionamento do Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto que, de forma brilhante e bem fundamentada, concluiu não haver base legal para a indedutibilidade de despesas com amortização contábil de ágio na base de cálculo da CSLL.

Portanto, adoto as suas razões de decidir que constam na Declaração de Voto do Acórdão nº 9101-006.164, da 1ª Turma da CSRF:

A Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL) foi instituída pela Lei n. 7.689/88, havendo previsão expressa na referida lei de que o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, sofrerá alguns ajustes para se chegar à base de cálculo da CSLL.

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 nº 8.034, de 1990)

1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

2 - adição do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

3 - adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de participações societárias em pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil que tenham sido computados como receita; (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

6 - exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas na forma do item 3, que tenham sido baixadas no curso de período-base. (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990)

Como se observa, não há qualquer menção nos referidos ajustes às despesas de amortização de ágio.

Muitas vezes o artigo 57 da Lei 8.981/95 é utilizado como fundamento para que uma determinada disposição de indedutibilidade na base de cálculo do IRPJ também seja aplicável para a CSLL. Nessa linha, é importante analisar o referido dispositivo:

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei.

Todavia, a partir da leitura do referido artigo só é possível inferir que as normas de apuração e de pagamento devem ser as mesmas.

Em outras palavras, se o contribuinte está no Lucro Presumido para fins de IRPJ, também estará no Lucro Presumido para fins de CSLL. Por sua vez, se o contribuinte está no Lucro Real para fins de IRPJ, também apurará pela mesma metodologia para fins de CSLL.

Não há nenhuma identidade de bases de cálculo por conta do referido dispositivo tanto que há o seguinte excerto: “mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor”, o que denota que as bases de cálculo não estão sendo reguladas pelo mencionado artigo.

O disposto no artigo 57 da Lei 8.981/95 também foi repetido em atos infralegais, ainda que com pequenas distinções, conforme abaixo:

Instrução Normativa SRF n. 93/97

Art. 49. Aplicam-se à contribuição social sobre o lucro líquido as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, observadas as alterações previstas na Lei No 9.430, de 1996.

Instrução Normativa SRF n. 390/04

Art. 3º Ressalvadas as normas específicas, aplicam-se à CSLL as normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ e, no que couber, as referentes à administração, ao lançamento, à consulta, à cobrança, às penalidades, às garantias e ao processo administrativo, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação da CSLL.

Instrução Normativa RFB n. 1700/17

Art. 3º Ressalvadas as normas específicas, aplicam-se à CSLL as normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ e, no que couber, as referentes à administração, ao lançamento, à consulta, à cobrança, às penalidades, às garantias e ao processo administrativo, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação da CSLL.

Com exceção da Instrução Normativa n. 93/97, as demais instruções normativas estabelecem expressamente que ainda que haja igualdade nas normas de apuração e pagamento do IRPJ e da CSLL, são mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação da CSLL.

Hiromi Higuchi assinala que a falta da expressão “mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação da CSLL” na redação da Instrução Normativa SRF 93/97 fez com que vários autos de infração fossem indevidamente lavrados, conforme segue:

Aquela omissão levou o fisco a lavrar, indevidamente, inúmeros autos de infração, ao considerar como indedutíveis na determinação da base de cálculo da CSLL os custos e as despesas indedutíveis, exclusivamente na apuração do lucro real.

O 1º Conselho de Contribuintes vem decidindo que somente a lei pode fixar a base de cálculo de tributo, não se admitindo que valores indedutíveis para efeito do IRPJ sejam adicionados às bases de cálculo de outros tributos sem expressa determinação legal (ac. nº 101-92.553/99 no DOU 26-05-99, 101-94.286/2003 no DOU de 22-09-03 e 107-07.315/2003 no DOU de 10-03-03) (HIGUCHI, Hiromi. Imposto de Renda das Empresas. 37ª ed. São Paulo: IR Publicações, 2012. p. 818).

Felizmente, tal ponto foi corrigido nas instruções normativas anteriores que foram mais fieis ao texto do artigo 57 da Lei 8.981/95, sem que com isso tenham acabado as autuações fiscais relativas ao tema.

Um outro dispositivo legal comumente utilizado como fundamento para que as despesas não necessárias venham a ser considerada como indedutíveis na base de cálculo da CSLL é o artigo 13 da Lei n. 9.249/95, cujo teor é o seguinte:

Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964:

I - de qualquer provisão, exceto as constituídas para o pagamento de férias de empregados e de décimo-terceiro salário, a de que trata o art. 43 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, e as provisões técnicas das companhias de seguro e de capitalização, bem como das entidades de previdência privada, cuja constituição é exigida pela legislação especial a elas aplicável; (Vide Lei 9.430, de 1996)

II - das contraprestações de arrendamento mercantil e do aluguel de bens móveis ou imóveis, exceto quando relacionados intrinsecamente com a produção ou comercialização dos bens e serviços;

III - de despesas de depreciação, amortização, manutenção, reparo, conservação, impostos, taxas, seguros e quaisquer outros gastos com bens móveis ou imóveis, exceto se intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços;

IV - das despesas com alimentação de sócios, acionistas e administradores;

V - das contribuições não compulsórias, exceto as destinadas a custear seguros e planos de saúde, e benefícios complementares assemelhados aos da previdência social, instituídos em favor dos empregados e dirigentes da pessoa jurídica;

VI - das doações, exceto as referidas no § 2º;

VII - das despesas com brindes.

VIII - de despesas de depreciação, amortização e exaustão geradas por bem objeto de arrendamento mercantil pela arrendatária, na hipótese em que esta reconheça contabilmente o encargo.

É interessante notar que o referido artigo se refere às bases de cálculo do IRPJ e da CSLL visto que expressamente assinala que: “para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções”.

Aqui sim temos um dispositivo que não é exclusivo do IRPJ e se aplica também à CSLL.

Cumprir notar que não há indedutibilidade das despesas de amortização de ágio ao longo dos incisos do artigo 13 da Lei n. 9.249/95, de forma que a base legal para a indedutibilidade de tais despesas para fins de IRPJ continua sendo o artigo 47 da Lei n. 4.506/64.

Há quem interprete que o caput do artigo 13 da Lei n. 9.249/95 implica a aplicação das indedutibilidade previstas no artigo 47 da Lei n. 4.506/64, uma vez que o artigo 13 da Lei n. 9.249/95 menciona que “são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964”.

Não me parece que essa menção de que as indedutibilidade previstas no artigo 13 da Lei n. 9.249/95 sejam independentes daquelas previstas no artigo 47 da Lei n. 4.506/64 tenha o intuito e muito menos a consequência de tornar indedutíveis para a CSLL as despesas não necessárias.

Assim, me parece forçoso interpretar que essa menção que as indedutibilidade são independentes tenha o condão de igualar a indedutibilidade das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL no que tange às despesas não necessárias.

Ao se debruçar sobre o tema, Edmar Andrade Oliveira Filho assevera que não é possível fazer uma interpretação extensiva do artigo 13 da Lei n. 9.249/95 para igualar as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL e tampouco tirar tais conclusões do já citado artigo 57 da Lei n. 8.981/95, conforme segue:

O fato é que o art. 13 da Lei nº 9.249/95 não chegou ao extremo de dizer que toda e qualquer parcela que a lei considera dedutível na determinação do lucro real também o será para fins de CSLL. (...)

E nem se diga que a extensão está autorizada pelo art. 57 da Lei nº 8.981/95, segundo o qual “aplica-se à contribuição social sobre o lucro as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, mantida a base de cálculo e alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta lei”. Este preceito normativo tem duas finalidades. Em primeiro lugar, prescreve as mesmas normas sob a apuração e pagamento e, em segundo lugar, exclui da equiparação a determinação da base de cálculo; desse modo, essa regra exclui a equiparação suscitada. (ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Imposto de Renda das Empresas. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 649)

Dessa forma, as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL podem ter uma série de diferenças a depender da vontade do legislador. Nos casos de indedutibilidade previstas para o IRPJ em leis anteriores à própria instituição da CSLL, é fundamental que o legislador tributário faça a análise do que ele considerará indedutível para fins de cálculo da CSLL e deixe isso de forma explícita na lei. Foi exatamente essa análise feita quando da elaboração de Lei n. 7.689/88, que trouxe uma série de ajustes expressos ao lucro contábil para fins de apuração da CSLL.

Nas leis posteriores à instituição da CSLL, quando o legislador tributário desejava que uma determinada despesa fosse indedutível tanto para o IRPJ quanto para a CSLL, ele deve deixar isso transcrito na lei de modo explícito, sob pena de a indedutibilidade ser aplicável tão somente ao tributo que ela especifica.

É importante ressaltar que a própria Receita Federal do Brasil manifesta o entendimento de que as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL são distintas. Nesse sentido, é possível observar os Anexos I (adições) e II (exclusões) da Instrução Normativa RFB n. 1.700/17, onde há inclusive colunas especificando se um determinado ajuste é aplicável somente ao IRPJ ou a ambos (IRPJ e CSLL).

A título de ilustração, trago aqui inclusive trecho no Anexo I da Instrução Normativa RFB n. 1.700/17, para fins de demonstrar que não há identidade de bases e isso é admitido pela própria Administração Tributária, conforme abaixo:

Nº	Assunto	Descrição do Ajuste	Aplica-se ao IRPJ?	Aplica-se à CSLL?	Dispositivo na IN	Controle na Parte B7 (*)	Adição ou Exclusão Relacional (*)
A.001	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Ajustes de Avaliação Patrimonial	O saldo devedor existente na data de adoção inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014, na conta de ajustes de avaliação patrimonial a que se refere o § 3º do art. 182 da Lei nº 6.404, de 1976, a ser adicionado no período de apuração em que for reclassificado para o resultado como despesa.	Sim	Sim	Art. 291, art. 309-A §§ 1º e 2º	Sim (C)	-
A.002	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Contratos de Concessão de Serviços Públicos	O valor calculado pela divisão da diferença negativa a que se refere o inciso IV do caput do art. 69 da Lei nº 12.973, de 2014, pelo prazo restante, em meses, de vigência do contrato, multiplicado pelo número de meses do período de apuração, no caso de contrato de concessão de serviços públicos vigente na data de adoção inicial dos arts. 1º ao 71 dessa Lei.	Sim	Sim	Arts. 291 e 305, inciso IV	Sim (C)	-
A.003	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Diferença Positiva de Ativo - Não Controlada por Subconta	A diferença positiva entre valores de ativo de que trata o caput do art. 66 da Lei nº 12.973, de 2014, a ser adicionada na data de adoção inicial dos arts. 1º ao 71 dessa Lei, caso não tenha sido evidenciada contabilmente em subconta vinculada ao ativo.	Sim	Sim	Art. 291, art. 294, caput, e art. 307, § 2º	Não	-
A.004	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Diferença Positiva de Ativo - Controlada por Subconta	A diferença positiva entre valores de ativo de que trata o caput do art. 66 da Lei nº 12.973, de 2014, a ser adicionada à medida da desvalorização do ativo, caso tenha sido evidenciada contabilmente em subconta a ele vinculada.	Sim	Sim	Art. 291, art. 294, caput, art. 295 e art. 307, caput e § 1º	Não	-
A.005	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Diferença Negativa de Passivo - Não Controlada por Subconta	A diferença negativa entre valores de passivo de que trata o parágrafo único do art. 66 da Lei nº 12.973, de 2014, a ser adicionada na data de adoção inicial dos arts. 1º ao 71 dessa Lei, caso não tenha sido evidenciada contabilmente em subconta vinculada ao passivo.	Sim	Sim	Art. 291, art. 294, parágrafo único e art. 307, § 2º	Não	-
A.006	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Diferença Negativa de Passivo - Controlada por Subconta	A diferença negativa entre valores de passivo de que trata o parágrafo único do art. 66 da Lei nº 12.973, de 2014, a ser adicionada à medida da baixa ou liquidação do passivo, caso tenha sido evidenciada contabilmente em subconta a ele vinculada.	Sim	Sim	Art. 291, art. 294, parágrafo único, art. 296 e art. 307, caput e § 1º	Não	-

Nota-se que há uma coluna denominada “aplica-se ao IRPJ?”, assim como uma coluna “aplica-se à CSLL?”.

O fato de constar em uma Instrução Normativa como ajuste no IRPJ ou tanto no IRPJ quanto na CSLL não é garantia de que tal posicionamento esteja correto, é apenas um indicativo do posicionamento da Administração Tributária.

A título exemplificativo, consta na Instrução Normativa SRF 390/04 (que trata exclusivamente de CSLL) que o ágio fundamentado em rentabilidade futura deve ser amortizado à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, nos balanços levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão:

Instrução Normativa SRF 390/04

Art. 75. 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 1977, deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento econômico seja:

I - valor de mercado de bens ou direitos do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos períodos de apuração futuros, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio;

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio.

§ 3º O valor registrado com base no fundamento de que trata: (...)

II - o inciso II do caput:

a) poderá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de ágio;

b) deverá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de deságio;

Embora não haja indicação de qual o fundamento legal que embasa o artigo da referida instrução normativa, o fato é que tal comando normativo somente existe na Lei n. 9.532/97, em seu artigo 7º, conforme segue:

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 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)

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

Como se observa, o dispositivo legal se refere tão somente à apuração do lucro real, nada trazendo sobre a base de cálculo da CSLL.

Isso faz com que possa ser dito até que antes da vigência da Lei n. 12.973/14, que trouxe especificamente tratamento tributário para o IRPJ e para a CSLL, continuava vigente para a CSLL o regime original de dedutibilidade que vigia para o IRPJ antes da Lei n. 9.532/97, isto é, o ágio podia ser integralmente deduzido quando da união patrimonial da investidora e da investida, uma vez que haveria necessidade de baixa daquele ágio diante da inexistência do investimento dali para frente, sendo a despesa relativa a tal baixa dedutível.

Cumprir notar que diferentemente do que é comumente apregoadado, a Lei n. 9.532/97 não instituiu um benefício fiscal por meio da dedutibilidade da amortização contábil do ágio por expectativa por rentabilidade futura, mas tão somente limitou que a dedutibilidade que antes era integral por conta da baixa total do ágio fosse diferida em prazo não superior a 5 anos, ou seja, à razão de no máximo 1/60.

Em conclusão, não me parece haver base legal para a indedutibilidade de despesas com amortização contábil de ágio na base de cálculo da CSLL. Os dispositivos legais normalmente citados como fundamento para tal indedutibilidade apenas informam que os regimes de apuração devem ser o mesmo, mas também preveem que devem ser mantidas as bases de cálculo previstas na legislação específica de cada um dos tributos.

(...)

Pelo exposto, voto por dar provimento ao recurso neste ponto.

Subsidiariamente – Da Impossibilidade de Exigência da Multa Qualificada

Extraí-se do Termo de Verificação Fiscal, que a Autoridade Fiscal aplicou a multa de ofício no percentual de 150%, prevista no artigo 44, §1º, da Lei nº 9.430/96, por entender que teria ocorrido fraude no presente caso, nos termos do artigo 72 da Lei nº 4.502/64.

O acórdão recorrido manteve a qualificação da multa, sob o argumento de que a recorrente praticou intencionalmente a conduta fraudulenta, sendo assim desde o início a ação já estava marcada pelo dolo, que rende ensejo à aplicação da multa qualificada.

Penso que não seja o caso.

Em que pese entender pela legitimidade da amortização do ágio, caso vencido, penso que não seja o caso de qualificação da multa de ofício.

Como se sabe, as infrações fiscais verificadas por meio de auto de infração já são penalizadas com o acréscimo de 75% do valor devido (no lugar da multa de mora de 20%), sendo a sua duplicação (a qualificação) situação excepcional autorizada apenas se apontadas e provadas as situações específicas previstas na legislação.

No contexto dos planejamentos tributários, a intenção de pagar menos tributos pode motivar determinados negócios jurídicos, mas isso não leva necessariamente à conclusão de que há dolo que possa dar ensejo à qualificação da multa de ofício em todo ato que vise à economia de tributos.

Nesse aspecto, quando se diz que a aplicação da multa qualificada depende da caracterização do dolo, deve-se considerar não apenas intenção de economizar tributos, mas a noção de que se está adotando meios ilícitos para obter tal resultado. O dolo é revelado, portanto, não na intenção de economizar tributos, mas na intenção de praticar ilícitos quanto aos meios empregados para a pretendida economia fiscal.

No caso analisado, verifica-se que as operações societárias foram realizadas às claras, com base na interpretação da legislação tributária e, ainda, com precedentes favoráveis à época.

O relatório fiscal apresenta apenas fundamentos genéricos de que a recorrente simulou as operações societárias com a intenção de reduzir o montante do tributo devido, mas não traz qualquer elemento doloso específico que mostre uma conduta fraudulenta, limitando-se a concluir que a empresa não atendeu aos requisitos da lei. Vejamos:

Depois de cotejar as considerações transcritas acima com a descrição dos fatos narrados até aqui, fica nítido o fato de a Iberdrola S.A. (Espanha) ter tido, desde o princípio, a clara intenção de verter o ágio que pagou na aquisição da “ELEKTRO”, para o Contribuinte, por intermédio de operações cambiais e societárias que simularam essa possibilidade.

Fica claro que o intuito do repasse foi reduzir os resultados operacionais da “ELEKTRO”.

O que se tentou fazer, mediante as operações societárias intragrupo engendradas, foi com que o Contribuinte, “vitaminado” com os ativos cindidos da Iberdrola Energia Brasil Ltda., reduzisse os seus resultados tributáveis pela amortização do ágio surgido na transação ocorrida entre o grupo Iberdrola e o grupo Enron.

Porém, a “ELEKTRO” não atendia às condições previstas em lei para a fruição desse beneplácito. Esse ilícito de conduta interferiu, intencionalmente, na ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, com a finalidade de reduzir o montante do tributo devido.

A conduta adotada pela “ELEKTRO”, assim, se enquadra no disposto no Artigo 72, da Lei nº 4.502/64 e justifica a duplicação da multa de ofício nos termos do § 1º, do Artigo 44 da Lei nº 9.430/96

Desse modo, não se verifica o dolo do sujeito passivo, eis que a situação dos autos se limitou a uma divergência na qualificação dos atos para fins tributários, qual seja: enquanto o sujeito passivo compreendeu que a operação, tal como realizada, poderia lhe gerar ágio amortizável para fins tributários, a autoridade autuante entendeu de forma oposta, o que levou à requalificação dos atos para fins fiscais.

A efetivação de reorganizações societárias que as autoridades fiscais interpretem como não hábeis a gerar os efeitos fiscais pretendidos pelo sujeito passivo é causa para a requalificação dos atos para fins tributários, mas a qualificação da multa depende da identificação da prática de atos indicados na legislação como ilícitos.

Portanto, para que se possa falar em dolo, para além da intenção (elemento subjetivo), é necessário que o que se pretende seja ilícito (elemento objetivo), ou seja, é preciso que tal intenção seja direcionada à prática de ato ou omissão contrária ao direito.

Pelo exposto, voto por dar provimento ao recurso para afastar a qualificação da multa de ofício. Contudo, rejeito os argumentos da recorrente no que se refere à alegação de natureza confiscatória da multa de ofício, por aplicação da Súmula CARF nº 2.

Subsidiariamente – Da Impossibilidade de Exigência da Multa Isolada

No tópico “VI.10 – DA IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DA MULTA ISOLADA”, aduz a recorrente que é inviável a aplicação simultânea da multa de ofício e multa isolada, uma vez que se trata de dupla incidência sobre a mesma materialidade.

Trata-se de matéria bastante conhecida e controversa neste tribunal administrativo nos fatos geradores ocorridos após 2007, e que geralmente possui resultado dividido tanto nas câmaras baixas, como na câmara superior de recursos fiscais.

Quanto ao tema, inicialmente entendo que o racional da Súmula CARF nº 105³ permanece aplicável mesmo após a alteração legislativa promovida pela Lei 11.488/2007, eis que esta modificou apenas o texto normativo, em nada alterando quanto à norma jurídica subjacente. Assim, independentemente da evolução legislativa que revogou os incisos do § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96 e alterou a posição do dispositivo que prevê a aplicação da multa isolada, a circunstância de penalizar duplamente contribuinte permaneceu incólume, razão pela qual súmula deveria ser aplicada ao caso.

Outrossim, superando-se a questão acerca da aplicabilidade da súmula, tenho firmado posicionamento no sentido de que a cobrança de multa isolada não pode prevalecer se e quando tenha sido aplicada a multa de ofício pela ausência de recolhimento do valor tal como apurado no ajuste anual.

Isso porque sempre que a falta de recolhimento da estimativa refletir no valor do ajuste anual devido e este não for recolhido, ensejando a aplicação da multa de ofício, teremos uma dupla repercussão da primeira infração, já que esta ensejará, ao mesmo tempo, a exigência da multa isolada e da multa de ofício.

Como se sabe, o não recolhimento da estimativa mensal pode ser visto como etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. A primeira conduta é, portanto, meio de execução da segunda. Com efeito, o bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação.

Neste sentido, havendo aplicação de multa de ofício pela ausência de recolhimento do ajuste anual, há que se considerar a multa isolada inexigível, eis que absorvida por esta. E isso não porque se trata da mesma penalidade, mas porque quando uma conduta passível de punição faz parte da etapa preparatória para outra conduta também punível, deve-se punir apenas o ilícito-fim, haja vista que uma conduta absorve a outra. Aplicável, portanto, ao caso, o princípio da consunção.

Frisa-se que a coexistência jurídica das multas isoladas e de ofício não implica em qualquer ilegalidade, afinal cada conduta refere-se ao descumprimento de deveres distintos. Assim, não há qualquer ilegalidade na cobrança isolada da multa por falta de recolhimento das estimativas. A problemática surge quando da cobrança simultânea das multas uma à razão de 50% sobre a estimativa não recolhida, e a outra à razão de 75% do valor do ajuste anual devido), haja vista que, conforme já dito, uma conduta é preparatória da outra.

Por estas razões, quanto a este tópico, voto por dar provimento ao recurso voluntário para cancelar as multas isoladas, quando cumuladas com a multa de ofício.

RECURSO DE OFÍCIO

Responsabilidade Solidária

³ Súmula CARF nº 105: A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

No que se refere à responsabilidade solidária dos sócios, verifica-se que a matéria foi objeto de recurso de ofício, em razão da procedência total pela DRJ. Vejamos o que restou decidido:

Quanto às razões para imputação da solidariedade tributária, nos termos do Demonstrativo de Responsáveis Tributários, tanto os integrantes do Conselho de Administração, quanto o Diretor-Presidente da Companhia, deveriam cumprir à risca a legislação tributária, sob pena de se tornarem pessoalmente responsáveis pelos créditos tributários resultantes dos atos praticados.

De outro lado, as impugnações apresentadas pelos imputados procuram descaracterizar o vínculo de responsabilidade solidária, arguindo que: (i) não houve individualização das condutas dos responsáveis solidários e a respectiva norma infringida (ii) inexistem demonstrações de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei ou contrato social; (iii) por meio da atribuição de responsabilidade solidária, a autoridade autuante pretendeu, ainda que indiretamente, aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sem que, entretanto, fosse demonstrada a configuração da hipótese legal para tanto; (iv) não está caracterizada a infração à lei com base em conduta dolosa, uma vez que as operações foram lícitas e justificadas; (v) a imputação da responsabilidade solidária deve alcançar condutas infracionais que vão além da mera inadimplência ou discordância interpretativa da legislação tributária.

O art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional estabelece que são pessoalmente responsáveis os administradores de pessoas jurídicas quando participam da prática de atos com infração à lei, dentre outras hipóteses :

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

O ato ilícito ensejador da responsabilidade tributária do administrador pode ser tanto culposos quanto doloso, mas tanto um quanto outro satisfaz a hipótese do artigo 135 do CTN. Sobre o assunto, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no Parecer PGFN/CRJ/CAT nº 55/2009 assim se manifestou:

59. A respeito da necessidade de presença de ato doloso por parte do administrador ou da suficiência da presença de culpa, deve-se observar que, ao contrário do que defende parte da doutrina, a jurisprudência maciça do STJ exige tão-só a presença de ‘infração de lei’ (= ato ilícito), a qual, pela teoria geral do Direito, pode ser tanto decorrente de ato culposos quanto de ato doloso (não obstante alguns poucos acórdãos referirem expressamente à necessidade de prova do dolo, em contraposição à imensa maioria que exige somente a culpa). Logo, se a lei e a jurisprudência não separaram as hipóteses de culpa em sentido estrito e dolo, tanto um quanto outro elemento subjetivo satisfaz a hipótese do art. 135 do CTN. Em verdade, o Direito Tributário preocupa-se com a externalização de atos e fatos, não possuindo espaço para a perseguição do dolo; basta a culpa.

60. Podemos enumerar aqui as conclusões gerais decorrentes da doutrina da responsabilidade subjetiva dos administradores, na forma da jurisprudência hoje pacificada do Superior Tribunal de Justiça:

a) O sócio que não possui poderes de gerência não responde pelas obrigações tributárias da sociedade;

- b) O administrador não responde pelas obrigações tributárias surgidas em período em que não detinha os poderes de gerência;
- c) A mera ausência de recolhimento de tributos devidos pela pessoa jurídica não pode ser atribuída ao administrador, não respondendo este em razão desse mero inadimplemento da sociedade;
- d) O administrador só é responsável por atos seus que denotem infração à lei ou excesso de poderes, como, por exemplo, a sonegação fiscal (que é ilícito punível inclusive penalmente) ou a dissolução irregular da sociedade;
- e) O ato ilícito ensejador de responsabilidade tributária pode ser tanto culposo quanto doloso;
- f) A prova da prática de ato ilícito por parte do administrador compete à Fazenda Pública (salvo normas especiais probatórias, como a relativa à CDA).

61. De tudo isso, é importante guardar que o 'sócio-gerente', de acordo com a jurisprudência hoje aceita pelo STJ, torna-se responsável não por ser 'sócio', mas por ter cometido ato ilícito enquanto 'gerente'. Em verdade, a condição de sócio é irrelevante. Dois são os elementos verdadeiramente relevantes para sua responsabilização: (a) ser administrador e (b) ter cometido ato ilícito nessa posição. Por ser administrador e ter cometido infração à lei, pode o terceiro ser responsabilizado; não por ser sócio. Destarte, podemos afirmar com segurança que, segundo o entendimento firmado no STJ, o administrador é chamado a pagar o crédito tributário da pessoa jurídica administrada em forma de responsabilidade por ato ilícito. (grifo nosso)

Depreende-se da leitura dos dispositivos acima que há dois elementos verdadeiramente relevantes para a responsabilização: (a) ser administrador e (b) ter cometido ato ilícito nessa posição, além da possibilidade da responsabilidade decorrer de ato culposo.

Conclui-se também que não é qualquer infração de lei que implica a responsabilização. O mero inadimplemento de obrigação tributária principal, por exemplo, não se enquadra como infração de lei capaz de tornar os administradores responsáveis.

Mas ainda, que a responsabilidade possa decorrer de ato culposo, a autoridade autuante não apontou os atos que o Diretor-Presidente e os integrantes do Conselho Administrativo cometeram. Os documentos acostados não são suficientes para comprovar que a decisão acerca dos efeitos tributários que deram origem à amortização indevida do ágio pela contribuinte coube pessoalmente ao diretor ou aos membros do Conselho Administrativo.

A mera citação das atribuições dos administradores não são suficientes para medida tão extrema como a responsabilização tributária. Cabe à fiscalização a comprovação ainda que por indícios da conduta dolosa e do inequívoco intuito de fraudar as leis tributárias nas práticas perpetradas pelos administradores.

Diante do exposto, não há como sustentar a responsabilização em relação às infrações oriundas do aproveitamento dos ágios, visto que não houve comprovação pela fiscalização da atuação dos responsabilizados em atos que denotassem infração à lei ou excesso de poderes ao tempo em que foram administradores da autuada.

Salvo a responsabilização dos sócios na extinção irregular da pessoa jurídica, art. 134, inciso VII do CTN, cuja comprovação é material, a inclusão de administradores da empresa, notadamente das sociedades anônimas, é medida extrema que atira a responsabilidade pessoal, quebrando o princípio da autonomia da personalidade jurídica somente nos casos previstos no art. 135 e 137 do referido Código.

A conclusão é, portanto, que não há elementos probatórios suficientes para manter a responsabilidade tributária do Diretor-presidente (Marcio Henrique Fernandes) e dos membros do Conselho de Administração (Eduardo Capelastegui Saiz e Mario José Ruiz-Tagle Larrain).

Penso que a decisão recorrida não merece reparos quanto à questão da responsabilidade solidária, haja vista a constatação da ausência de elementos probatórios que individualizem a conduta dos administradores para fins de atribuição da responsabilidade solidária prevista no art. 135, III, CTN.

Portanto, por concordar integralmente com os fundamentos da decisão recorrida, adoto-os como razões de decidir, para negar provimento ao recurso de ofício.

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido:

- i. Conhecer do Recurso Voluntário da contribuinte e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para cancelar integralmente a exigência fiscal.
- ii. Subsidiariamente, voto por dar provimento ao recurso para: cancelar a exigência de CSLL, cancelar a exigência de multa isolada quando cumulada com a multa de ofício, e cancelar a qualificação da multa de ofício;
- iii. Conhecer do Recurso de Ofício e, no mérito, negar-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

André Severo Chaves

Voto Vencedor

Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Redator Designado.

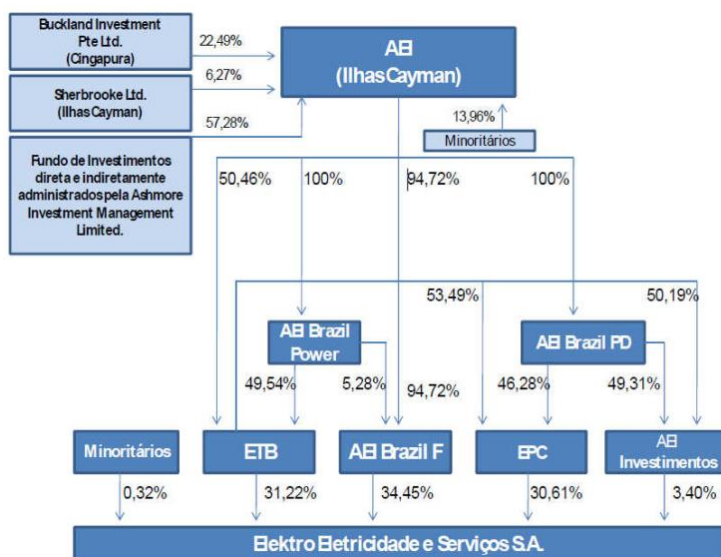
Em que pese o excelente voto proferido pelo Conselheiro Relator, ousou discordar da solução proposta em relação ao mérito das (i) glosas com despesas com ágio, (ii) à multa isolada sobre estimativas pagas a menor e (iii) à incidência das referidas glosas com o ágio sobre a CSLL.

Em termos bastante sintéticos, a empresa IBERDROLA ENERGIA DO BRASIL LTDA (IBERDROLA ENERGIA) adquiriu 99,68% do capital da empresa ELEKTRO REDES S.A. (ELEKTRO), em 19 de janeiro de 2011. Em decorrência dessa operação, a IBERDROLA ENERGIA apurou e registrou um ágio, decorrente da respectiva aquisição, fundamentado na rentabilidade futura da ELEKTRO. Após a referida aquisição, a IBERDROLA ENERGIA foi cindida parcialmente e, em sequência, ocorreu a incorporação do acervo cindido pela ELEKTRO. Como resultado dessas operações societárias, o ágio pago pela IBERDROLA ENERGIA na aquisição da ELEKTRO passou a ser amortizado para fins de apuração do IRPJ e da CSLL.

Para contextualizar as operações realizadas reitero abaixo as empresas envolvidas na aquisição da ELEKTRO pela IBERDROLA ENERGIA:

- 1) AEI Cooperatief (Holding Holandesa), na qualidade de **alienante**;
- 2) EPC – Empresa Paranaense Comercializadora Ltda., na qualidade de **alienada**;
- 3) ELEKTRO Eletricidade e Serviços S.A., na qualidade de **alienada**;
- 4) IBERDROLA Energia do Brasil Ltda, na qualidade de **adquirente**.

A participação adquirida pela IBERDROLA ENERGIA era composta pela aquisição direta de 34,45% do capital da ELEKTRO e 100% das ações da EPC, que detinha participação equivalente a 65,23% do capital da ELEKTRO, totalizando 99,68%. Abaixo reproduzo a estrutura societária da ELEKTRO em dezembro de 2010, período anterior à sua aquisição pela IBERDROLA ENERGIA:



A proprietária final direta e indiretamente de cada uma das empresas ETB, EPC, AEI BRAZIL FINANCE, AEIIE, AEI BRAZIL PD, AEI INVESTMENTS, AEI BRAZIL POWER e, de 99,68% das ações emitidas e em circulação no capital da ELEKTRO era a

empresa AEI (holding estrangeira com sede à Clifton House, 75 Fort Street, PO Box 1350, Ilhas Cayman).

O preço de aquisição pactuado no contrato foi de US\$2.400.000.000,00 no total. Também foi pactuada a necessidade de se efetivar, anteriormente ao fechamento do negócio, a reestruturação societária dos acionistas da ELEKTRO e a criação de uma holding sujeita às leis holandesas, no caso, a AEI BRAZIL HOLDINGS COOPERATIF U.A., para concentrar as transações. Após a criação dessa empresa e a consequente transferência das participações societárias das empresas EPC e ELEKTRON para a mesma, ocorreu a finalização do negócio, desta feita realizado entre a holding holandesa e a IBERDROLA ENERGIA.

Em 26 de abril de 2011, a IBERDROLA ENERGIA efetuou o pagamento de US\$2.283.823.668,31 para a holding holandesa AEI COOPERATIEF, equivalentes a R\$3.562.764.922,57. O pagamento do preço foi realizado pela IBERDROLA ENERGIA à AEI COOPERATIEF por intermédio dos contratos de câmbio de nº 11/076492, 11/076493, 11/076494 e 11/076495, **todos datados de 26 de abril de 2011.**

Ocorre, porém, que a Fiscalização verificou que até 2010 a IBERDROLA ENERGIA não detinha recursos suficientes para o respectivo pagamento (seu capital social montava em torno de 60 milhões de reais). Constatou a Autoridade Fiscal que somente em outubro de 2011, ou seja, sete meses após o pagamento do preço, teria ocorrido a integralização parcial do capital social da IBERDROLA ENERGIA no valor de R\$ 3.768.960.000,00, mediante o aproveitamento de recursos emitidos no exterior nos termos do Contrato de Câmbio nº 11/037708, de 26 de abril de 2011.

Ou seja, **no mesmo dia 26 de abril de 2011**, a IBERDROLA ENERGIA recebeu de seus controladores no exterior a exata quantia que teve de desembolsar para a quitação da compra da EPC e da ELEKTRON. Daí a conclusão da Fiscalização de que a IBERDROLA ENERGIA não teria feito qualquer dispêndio quando da aquisição realizada, pois não tinha em seus ativos o montante necessário para pagar o ágio ora discutido e, consequentemente, quem teria suportado referido ágio pela aquisição da EPC e ELEKTRO teria sido sua controladora na Espanha.

Assim, considerou a Fiscalização como sendo a real adquirente pessoa jurídica situada no exterior, não tendo ocorrido a confusão patrimonial necessária entre a adquirente e a investida.

Adianto meu entendimento de que o auto de infração não merece reparos em relação à glosa do ágio. Isso porque, além de outros elementos e fundamentos que discutiremos a seguir, e diante dos fatos elencados pela Fiscalização, considero que a Contribuinte e os demais intervenientes no negócio (adquirentes) teriam se utilizado de empresa dita veículo (apesar de tal termo não ter sido sequer aventado pela Fiscalização) - IBERDROLA ENERGIA, ou seja, pessoa jurídica sem a necessária capacidade econômica, que teria servido apenas para que a dedução do ágio fosse possível, à luz da legislação tributária, após a sua incorporação.

A geração e o aproveitamento do ágio

Apesar de o assunto “ágio” ser recorrente no âmbito deste Tribunal, para dar completude ao voto, faz-se necessário discorrer acerca dos conceitos e das normas atinentes à matéria. Para tanto, me socorro das lições da Ilustre Conselheira Edeli Pereira Bessa que, através do Acórdão nº 9101-004.562 – CSRF/1ª Turma, nos brinda com ensinamentos valiosos a respeito:

Já no âmbito da apuração do lucro real, o Decreto-lei nº 1.598, de 1977, disciplinou os efeitos das amortizações de ágio e deságio, mas em razão do disposto em seu art. 34, a Lei nº 9.532, de 1997 impôs limites à amortização do ágio naqueles casos, alinhando os efeitos fiscais aos contábeis, como a seguir demonstrado.

De fato, os efeitos das amortizações de ágio e deságio, à época em que as operações foram realizadas, estavam assim disciplinados no Decreto-lei nº 1.598, de 1977:

Art. 23. [...]

Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

[...]

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. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979);

IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.

§ 1º - Os valores de que tratam os itens II a IV serão corrigidos monetariamente.

§ 2º - Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda de capital por variação na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978). (*negrejou-se*)

Dessa forma, as amortizações de ágio e deságio deveriam ser adicionadas ou excluídas na apuração do lucro real, e controladas na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR, para posteriormente compor a apuração do ganho de capital na alienação ou liquidação do investimento. Mas, segundo a Lei nº 6.404, de 1976:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

II - pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.

Nestes termos, por vislumbrar distinção entre a hipótese do inciso II do art. 219 da Lei nº 6.404, de 1976, e de encerramento prevista no inciso I do mesmo dispositivo, esta hábil a ensejar a aplicação do disposto no art. 33 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, o legislador assim fixou na sequência deste dispositivo:

Participação Extinta em Fusão, Incorporação ou Cisão

Art 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas:

I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos;

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado.

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se:

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e

b) mantiver, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente.

§ 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional.

Nos casos em que a incorporação, fusão ou cisão ocorre em momento próximo à aquisição do investimento com ágio, o valor contábil do investimento é sempre superior ao acervo líquido contábil que substitui as quotas/ações extintas em razão da incorporação, fusão ou cisão, ensejando perda de capital. Para que esta perda fosse dedutível, em interpretação literal do texto, necessário seria que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão fosse avaliado a preços de mercado.

De outro lado, caso atendido este requisito, qualquer ágio apurado na aquisição de investimentos, quando esta fosse seguida de incorporação da investida, ensejaria perda dedutível. A exposição de motivos da Lei nº 9.532, de 1997, expressa preocupação com circunstâncias semelhantes a esta, como a seguir transcrito:

O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas utilizando dos já referidos “planejamentos tributários”, vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.

Neste contexto, as disposições da Lei nº 9.532, de 1997, podem ser interpretadas como um instrumento para evitar a dedução do ágio apurado sem fundamento econômico, o qual deveria ser mantido em conta do ativo permanente, não sujeita a amortização, bem como uma forma de parcelar os efeitos tributários do ágio pago sob outros fundamentos:

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)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

No mesmo sentido manifesta-se Luís Eduardo Schoueri, na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, Dialética: São Paulo, 2012. Depois de reportar-se à doutrina que se posiciona em sentido contrário, diz o referido autor (p. 67):

Tal posicionamento não deixa de ser curioso. Afinal, se anteriormente o ágio era deduzido integralmente, a imposição de restrições não poderia ser considerada um incentivo. A exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997 deixou hialino esse instituto de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso, o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que forem acarretados efeitos econômico-tributários que o justificassem.

Realizada a incorporação, na escrituração comercial, o acervo líquido recebido pelo valor contábil anula o investimento correspondente, avaliado pela equivalência patrimonial, e remanesce no patrimônio da sociedade resultante apenas o ágio/deságio, classificado em Ativo Diferido, quando fundamentado em rentabilidade futura, para amortização no período pelo qual ela foi projetada. Com a edição da Lei nº 9.532, de 1997, a amortização do ágio com este fundamento passa a ser dedutível, na apuração do lucro tributável, no mesmo momento em que registrada contabilmente, desde que observado o prazo mínimo de 5 (cinco) anos para amortização.

Quanto ao ágio fundamentado em ativos ou em outras razões econômicas, a doutrina contábil orienta em sentido semelhante ao da lei, pois no primeiro caso vincula seus efeitos no resultado à realização do ativo incorporado, e no segundo caso determina sua baixa imediata, por não ser possível associar seu pagamento a algum critério que permita dimensionar sua amortização.

Apesar disso, é recorrente a afirmação de que a Lei nº 9.532, de 1997, teria instituído um benefício fiscal. Ora, a regra expressa em seus artigos 7º e 8º, nos termos de sua exposição de motivos, prestou-se a evitar planejamentos tributários que viabilizassem a dedução de ágios, como perda de capital, qualquer que fosse seu fundamento, e as justificativas apresentadas pela Comissão de Finanças e Tributação para negar sua revogação por meio do Projeto de Lei nº 2.922, de 2000, não alteram a motivação originalmente apresentada para a edição dos dispositivos legais em referência. Impróprio, assim, cogitar que a dedutibilidade fiscal do ágio gerado na aquisição de sociedades teve como objetivo incentivar a prática de fusões e aquisições, tais como as ocorridas em processos de privatização. Se a extinção de Cosan S/A ou da adquirida não integrava as pretensões futuras do grupo empresarial, a

impossibilidade de aproveitamento do ágio era uma desvantagem que deveria ser considerada na decisão empresarial.

Neste sentido, inclusive, é o entendimento de Ricardo Mariz de Oliveira (*Fundamentos do Imposto de Renda*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 766):

Voltando ao primeiro e principal requisito para que a amortização seja dedutível – haver absorção de patrimônio por meio de incorporação, fusão ou cisão deve-se ter presente que, a despeito da largueza de opções dadas pela Lei n. 9532 para a consecução do seu desiderato, trata-se de condição a ser cumprida em sua substância, e não apenas formalmente, até tendo em vista a continuidade da vigência da norma de proibição da dedução da amortização se não houver um desses atos, prevista no art. 25 do Decreto-lei n. 1598.

Com razão, a dedução fiscal da amortização é admitida a partir do momento em que "*a pessoa jurídica [...] absorver patrimônio de outra*", segundo o "*caput*" do art. 7º, o que deve representar uma ocorrência efetiva. Outrossim, não se trata de absorção de patrimônio de qualquer pessoa jurídica, pois o mesmo dispositivo acrescenta que deve ser a pessoa jurídica "*na qual detenha participação societária adquirida com ágio*". E, ademais, o dispositivo ainda restringe a forma de absorção, dizendo que ela deve ocorrer "*em virtude de incorporação, fusão ou cisão*".

Essa disposição legal evidencia acima de qualquer dúvida que a exigência é de reunião total (por incorporação ou fusão) ou parcial (por cisão) da pessoa jurídica investidora e da pessoa jurídica investida.

O art. 8º, letra "b", dá a alternativa de se inverter a ordem, ou seja, trata a absorção da investidora pela investida (a chamada "incorporação para baixo" ou "down stream merger") do mesmo modo que a absorção da investida pela investidora (a "incorporação para cima" ou "up stream merger"), que está prevista no art. 7º.

Seja como for, o relevante para a lei é a substância da reunião das duas (ou mais de duas pessoas jurídicas) pessoas jurídicas, por um dos atos jurídicos previstos nos dois artigos.

Portanto, é insuficiente que a amortização do ágio se verifique em contrapartida à expectativa de lucros a serem gerados, sendo fundamental a absorção de patrimônio envolvendo investidora e investida. Na sistemática vigente à época, a amortização do ágio realizada pela investidora permanece indedutível na apuração do lucro tributável, e somente gera efeitos na alienação ou liquidação do investimento. Já a amortização do ágio realizada após a extinção do investimento não precisa ser adicionada ao lucro tributável, desde que o ágio esteja fundamentado em rentabilidade futura e a amortização observe o limite temporal mínimo estabelecido pela legislação.

Contudo, é fundamental que a incorporação se verifique entre investida e investidora, com conseqüente confusão patrimonial e extinção do investimento, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável. Aqui, porém, ao término das operações, nada mudou, pois Cosan S/A permaneceu detendo as participações da adquirida, ainda que indiretamente, depois da cisão destas à autuada.

Esta distorção, aliás, é reconhecida pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ao analisar a incorporação promovida por meio de uma sociedade veículo, assim expondo na Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349, de 2001, que alterou a redação da Instrução CVM nº 319, de 1999:

A Instrução CVM nº 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), acabou possibilitando, nos casos de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.

A CVM, portanto, ao cuidar da qualidade das demonstrações financeiras das companhias abertas, já havia identificado a distorção promovida por operações como as aqui verificadas, ao final das quais o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original. Por sua vez, a solução encontrada para corrigir esta divergência foi, justamente, a constituição de uma provisão para manutenção da integridade do patrimônio líquido, a qual se presta a neutralizar os efeitos do ativo contabilizado em razão da transferência do ágio, exceto em relação ao *benefício fiscal decorrente da sua amortização*, consoante expresso no texto consolidado da Instrução Normativa CVM nº 319, de 1999, alterada pela Instrução Normativa CVM nº 349, de 2001:

Art. 6º - O montante do ágio ou do deságio, conforme o caso, resultante da aquisição do controle da companhia aberta que vier a incorporar sua controladora será contabilizado, na incorporadora, da seguinte forma:

I. nas contas representativas dos bens que lhes deram origem – quando o fundamento econômico tiver sido a diferença entre o valor de mercado dos bens e o seu valor contábil (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 1º);

II. em conta específica do ativo imobilizado (ágio) – quando o fundamento econômico tiver sido a aquisição do direito de exploração, concessão ou permissão delegadas pelo Poder Público (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 2º, alínea b); e

III. em conta específica do ativo diferido (ágio) ou em conta específica de resultado de exercício futuro (deságio) – quando o fundamento econômico tiver sido a expectativa de resultado futuro (Instrução CVM nº 247/96, art. 14, § 2º, alínea a).

§ 1º O registro do ágio referido no inciso I deste artigo terá como contrapartida reserva especial de ágio na incorporação, constante do patrimônio líquido, devendo a companhia observar, relativamente aos registros referidos nos incisos II e III, o seguinte tratamento:

a. **constituir provisão, na incorporada, no mínimo, no montante da diferença entre o valor do ágio e do benefício fiscal decorrente da sua amortização, que será apresentada como redução da conta em que o ágio foi registrado;**

b. registrar o valor líquido (ágio menos provisão) em contrapartida da conta de reserva referida neste parágrafo;

c. reverter a provisão referida na letra "a" acima para o resultado do período, proporcionalmente à amortização do ágio; e

d. apresentar, para fins de divulgação das demonstrações contábeis, o valor líquido referido na letra "a" no ativo circulante e/ou realizável a longo prazo, conforme a expectativa da sua realização.

§ 2º A reserva referida no parágrafo anterior somente poderá ser incorporada ao capital social, na medida da amortização do ágio que lhe deu origem, em proveito de todos os acionistas, excetuado o disposto no art. 7º desta Instrução.

§ 3º Após a incorporação, o ágio ou o deságio continuará sendo amortizado observando-se, no que couber, as disposições das Instruções CVM nº 247, de 27 de março de 1996, e nº 285, de 31 de julho de 1998. *(negrejou-se)*

Não se trata, aqui, de determinar incidência tributária a partir de ato normativo da CVM, cuja competência, sabe-se, não afeta este campo interpretativo. Trata-se, apenas, de evidência de que a transferência do ágio promovida mediante empresa veículo acaba por duplicar seu valor no patrimônio da investida e da investidora, e exige procedimentos contábeis para neutralização deste efeito indesejado.

Dos ensinamentos da Conselheira Edeli Pereira Bessa, podemos extrair alguns pontos que vão ser de interesse em nossa análise:

- 1) A Lei nº 9.532/97 impõe limites à amortização do ágio;
- 2) Tais limites se consubstanciam em instrumentos, constantes do próprio texto legal, para evitar a dedução do ágio apurado sem fundamento econômico, o qual deveria ser mantido em conta do ativo permanente, não sujeita a amortização, bem como uma forma de parcelar os efeitos tributários do ágio pago sob outros fundamentos (a teor do art. 7º transcrito acima);
- 3) O primeiro e principal requisito para que a amortização seja dedutível é que haja a absorção de patrimônio por meio de incorporação, fusão ou cisão, condição esta que deve ser cumprida em sua substância, e não apenas formalmente;
- 4) A dedução fiscal da amortização é admitida a partir do momento em que "*a pessoa jurídica [...] absorver patrimônio de outra*", segundo o "*caput*" do art. 7º, o que deve representar uma ocorrência efetiva. Outrossim, não se trata de absorção de patrimônio de qualquer pessoa jurídica, pois o mesmo dispositivo acrescenta que deve ser a pessoa jurídica "*na qual detenha participação societária adquirida com ágio*". E, ademais, o dispositivo ainda restringe a forma de absorção, dizendo que ela deve ocorrer "*em virtude de incorporação, fusão ou cisão*"; Essa disposição legal evidencia acima de qualquer dúvida que a exigência é de reunião total (por incorporação ou fusão) ou parcial (por cisão) da pessoa jurídica investidora e da pessoa jurídica investida, admitindo-se, conforme o art. 8º, a chamada incorporação reversa (em que a investida incorpora a investidora);
- 5) Assim, verifica-se que é insuficiente que a amortização do ágio se dê em contrapartida à expectativa de lucros a serem gerados, sendo fundamental a absorção de patrimônio envolvendo investidora e investida, com conseqüente confusão patrimonial e extinção do investimento, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável;
- 6) Segundo a própria CVM, a criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada,

o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio, permanecem inalterados na controladora original. Em virtude dessas distorções, editou normas específicas, a exemplo das Instruções Normativas nº 319/99 e 349/01, para adequar as demonstrações contábeis no sentido de neutralizar tais efeitos indesejados.

Voltando ao caso concreto sob análise, lembro que já me manifestei no sentido de que o Auto de Infração praticamente não mereceria reparos. Os fatos narrados, analisados em conjunto com a legislação de regência nos levam às mesmas conclusões da Autoridade Fiscal e da Autoridade Julgadora de 1ª instância, ou seja:

- a) Não se questionam as razões empresariais do grupo IBERDROLA (no exterior) na aquisição da ELEKTRO/EPC, nem que as partes envolvidas sejam independentes, ou mesmo a própria composição do custo de aquisição que resultou no surgimento do ágio em questão;
- b) Questiona-se, isso sim, a licitude da dedução desse ágio na apuração no IRPJ e da CSLL e a forma das operações empreendidas para tal fim, mormente a utilização da IBERDROLA ENERGIA como verdadeira “empresa veículo”;
- c) A IBERDROLA ENERGIA não tinha capacidade financeira para, por si só, realizar um investimento significativo, da ordem de 2,4 bilhões de dólares; não possuía substrato econômico suficiente para tanto;
- d) O pagamento pela compra da ELEKTRO/EPC foi efetivado em 26 de abril de 2011, pela IBERDROLA ENERGIA ao grupo AEI, conforme comprovam os contratos de câmbio nº 11/076492, 11/076493, 11/076494 e 11/076495; os recursos necessários para tal fim foram recebidos da IBERDROLA S/A (Espanha) no mesmo dia 26 de abril de 2011, conforme comprova o contrato de câmbio nº 11/037708; entretanto, o aumento de capital da IBERDROLA ENERGIA foi integralizado, formalmente, tão somente em 31 de outubro de 2011, através da sua 29ª alteração contratual;
- e) Até então, a IBERDROLA ENERGIA era uma empresa sem nenhuma relevância econômica, acumulando sucessivos e vultosos prejuízos, ano após ano, até 2010;
- f) Como muito bem pautado pela decisão recorrida, não se revela na operação realizada nenhum propósito negocial que possa ser oposto à Fazenda Pública, *“porquanto inexistentes elementos que denotem a imprescindibilidade funcional de IBERDROLA ENERGIA no contexto para que a empresa alvo (impugnante) fosse adquirida”*;
- g) Na prática, o que se verifica no caso concreto é uma negociação realizada entre dois grupos empresariais estrangeiros, onde figuram as empresas vinculadas ao grupo AEI (holandesa) e o grupo IBERDROLA (espanhol);

- h) as sucessivas operações societárias foram realizadas com o objetivo único de auferir vantagem tributária, eis que desnecessárias diante da configuração final do negócio entabulado e capitaneado pela controladora da Recorrente no exterior; neste ponto, acertada a decisão recorrida ao inferir que *“a inserção de empresa de passagem dentro da reengenharia societária não ganha legitimidade, vez que, se um lado não encontro qualquer impedimento para que a impugnante fosse adquirida diretamente pelo grupo IBERDROLA (na Espanha), de outro, entendendo ausente um propósito extratributário idôneo que possa razoavelmente explicar a circulação de ativo financeiro pelas vias inesperadas”*;

Percebe-se, então, com clareza, que as operações societárias engendradas pela Recorrente, juntamente com suas controladoras, não tiveram outra intenção a não ser viabilizar a dedução do ágio. De outra sorte, o referido ágio não poderia ser objeto de dedução, considerando-se que a real adquirente da ELEKTRO/EPC foi o grupo IBERDROLA S/A, sediado no exterior. Isso porque, como vimos anteriormente, o primeiro e principal requisito para que a amortização seja dedutível é que haja a absorção de patrimônio por meio de incorporação, fusão ou cisão, condição esta que deve ser cumprida em sua substância, e não apenas formalmente.

No caso, em sendo o real comprador das participações societárias o grupo IBERDROLA S/A (Espanha), essa primeira condição não foi satisfeita, pelo menos não há nenhuma notícia nos autos a respeito.

Passemos, pois, à análise dos argumentos trazidos pelo recurso voluntário, à luz das considerações feitas acima.

Primeiramente, em relação à acusação de que a IBERDROLA ENERGIA não seria a “real adquirente” do investimento na Recorrente e na EPC, o recurso aduz que a tanto a Fiscalização quanto a decisão recorrida *“teriam ignorado por completo o tipo contratual da compra e venda e suas consequências jurídicas, desconsiderando (i) que a Iberdrola Energia era a parte compradora do Contrato; (ii) que o preço foi efetivamente pago pela Iberdrola Energia por meio de remessas à AEI Cooperatief na Holanda; e (iii) que após a conclusão da operação, a Iberdrola Energia passou a ser a titular (proprietária) das participações direta e indireta na Recorrente”*, violando, desta forma, os institutos do direito privado e por consequência lógica, violação frontal aos artigos 109 e 110 do CTN. Aduz, ainda, que são os atos ou negócios jurídicos praticados pelas partes que delinearão os efeitos jurídicos dos fluxos financeiros, jamais o contrário.

Aduz, ainda, a Recorrente, que a desconsideração dos efeitos de atos jurídicos legítimos só pode ser feita quando o Fisco identifica e comprova a presença de vícios e patologias nos atos jurídicos praticados, isso porque as relações jurídicas tributárias seriam, antes de tudo, submetidas ao princípio da estrita legalidade.

Também não se conforma com o questionamento que teria sido firmado tão somente em sede de julgamento da impugnação de que a IBERDROLA ENERGIA não disporia de recursos próprios para fazer frente ao pagamento da operação, sendo necessária a

integralização de capital efetuado pela Iberdrola S.A. A partir daí desenvolve o seu raciocínio com foco no conceito de capacidade econômica para arguir que a capacidade econômica da IBERDROLA ENERGIA seria evidente a partir do momento em que ela efetivamente recebeu recursos financeiros – em aumento de seu capital – que teriam passado a ser, recursos próprios, pois teriam se integrado ao seu patrimônio, podendo, portanto, assim serem utilizados para a aquisição do novo investimento.

Alega, ainda, que inexistiria previsão legal que exigisse confusão patrimonial entre investidora e investida para o aproveitamento do ágio e a impossibilidade de ingerência do Fisco na atividade da Contribuinte. Aduz também que não haveria nenhuma restrição legal, para fins de reconhecimento do direito de amortização do ágio, à incorporação da EPC pela Recorrente (incorporação reversa). *Ad Argumentandum*, alega que a desconsideração da operação realizada pela Iberdrola Energia para aquisição da Recorrente e da EPC - sob a argumento de que a real adquirente seria, na realidade, a sociedade domiciliada no exterior - corresponderia a uma indevida aplicação do parágrafo único do artigo 116 do CTN que, além de não ter servido de fundamento à autuação fiscal, não poderia ser invocado em razão da ausência de regulamentação por meio de lei ordinária.

A priori, é preciso dizer que não estamos tratando aqui de desconsideração de atos ou negócios jurídicos. Trata-se, isso sim, da completa inadequação dos atos e negócios jurídicos realizados com os requisitos necessários e previstos na legislação para a dedução do ágio gerado e deduzido pela Recorrente. *In casu*, acredito que no caso concreto restou configurado verdadeiro abuso de direito por parte da Recorrente no sentido de deduzir despesa que não era passível de apropriação nas condições em que verdadeiramente incorrida.

No mérito de sua alegação, de que tanto a Fiscalização quanto a DRJ estariam confundindo a IBERDROLA ENERGIA com sua “sócia” no exterior ou, a respeito da validade da estrutura societária criada para viabilizar a operação, haja vista a inexistência de vícios e/ou patologias dos atos jurídicos praticados, creio que a decisão recorrida se desincumbiu de forma mais do que adequada para sua rejeição.

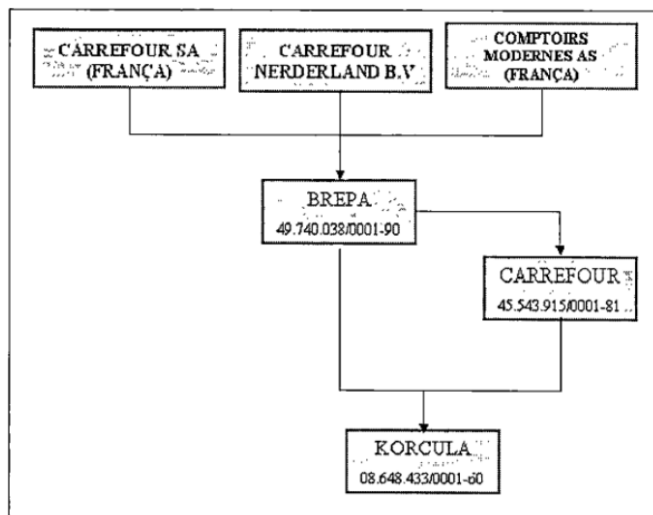
Como já nos manifestamos anteriormente, não se questionam as razões empresariais do grupo IBERDROLA S/A relativamente à forma como foi estruturada a aquisição da ELEKTRO/EPC, nem que as partes envolvidas sejam independentes, ou mesmo a própria composição do custo de aquisição que resultou no surgimento do ágio em questão; o ponto nevrálgico que envolve a autuação está centrado na utilização de verdadeira “empresa veículo” (novamente, reitero, tal expressão não foi utilizada pela acusação fiscal diretamente, mas pode ser adotada diante dos fatos e circunstâncias afetas ao caso em apreço) para viabilizar a amortização do ágio sem que tivesse havido a necessária confusão patrimonial entre o real adquirente e o investimento adquirido. Para sedimentar o entendimento deste julgador em relação a esta matéria em si, vou me socorrer do acórdão nº 9101-002.962, em voto condutor lavrado pela Conselheira Adriana Gomes Rêgo e que, em grande medida, se assemelha em relação às operações empreendidas, ao nosso caso em apreço:

Compulsando-se o Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 15.473 e ss.), o acórdão recorrido e o recurso ora apreciado, pode-se sintetizar, de forma simplificada, as operações que deram azo à autuação fiscal que glosou despesas com amortização de ágio conforme a seguir.

A empresa KORCULA, do Grupo Carrefour, adquiriu a integralidade do capital social da empresa ATACADÃO (a atuada e ora Recorrente) com ágio decorrente de expectativa de rentabilidade futura. A operação envolveu partes independentes, o ágio foi efetivamente pago e se fundou em laudo de avaliação econômica cuja legitimidade não foi contestada. Posteriormente a ATACADÃO incorporou a KORCULA (incorporação reversa) e passou a deduzir a amortização do ágio pago em sua própria aquisição das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Dito isso, cumpre explicitar, também de forma sintética, as operações levadas a cabo na aquisição de que resultou o ágio:

- 1 - Em Fevereiro/2007 é constituída a *holding* KORCULA por dois sócios pessoas físicas com capital de R\$ 100,00.
- 2 - Em 10/04/2007, os sócios de KORCULA cedem 99% de suas quotas à empresa BREPA e 1% ao CARREFOUR, passando a KORCULA a funcionar no mesmo prédio de suas duas sócias. BREPA é uma *holding* que detém 97,49% do capital do CARREFOUR, sendo que 97,26% do seu capital é detido por CARREFOUR BV, empresa sediada nos Países Baixos.
- 3 - Em 27/04/2007, a controladora CARREFOUR BV integraliza R\$ 1.137.810.798,17 em aumento do capital da sua controlada BREPA, em moeda corrente nacional proveniente de ordem de pagamento do exterior.
- 4 - Em 30/04/2007 (três dias após, portanto), a controladora BREPA utiliza praticamente o mesmo valor (R\$ 1.137.810.898,00, diferença de R\$ 10,00) para integralizar aumento de capital da sua controlada KORCULA, com a anuência do outro sócio (CARREFOUR). O organograma do grupo nesse momento apresentava a seguinte configuração:

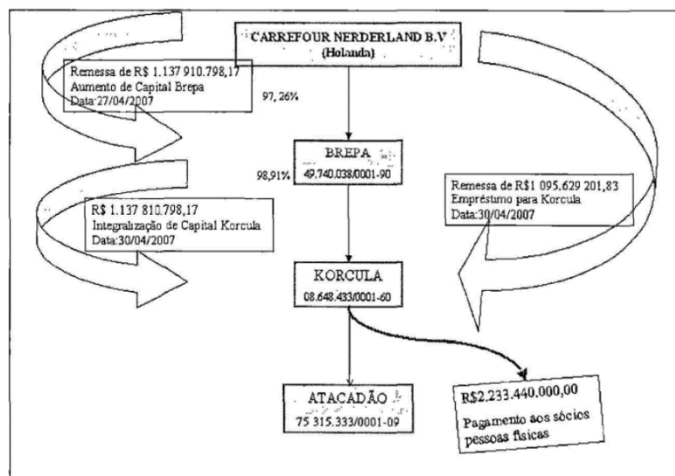


- 5 - No mesmo dia 30/04/2007, são efetivados os pagamentos referentes à aquisição da ATACADÃO (que tinha como sócios as pessoas jurídicas PRIMART II e LOLY II, além de Farid Curi) pela KORCULA.

Tal aquisição fora acordada em contrato celebrado dez dias antes, figurando como vendedores as pessoas físicas sócias de PRIMART (“família Lima”), as pessoas físicas sócias de LOLY (“família Schmeil”) e Farid Curi, e, como compradora, KORCULA. **Apesar de KORCULA figurar como compradora, o contrato previa que as notificações decorrentes das obrigações aí assumidas deveriam ser enviadas à BREPA, como garantidora e principal**

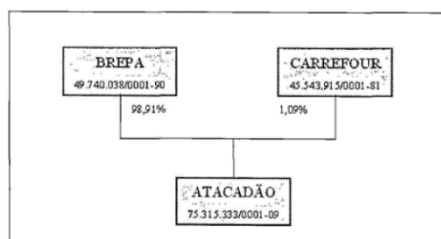
pagadora das obrigações da compradora. O valor total de venda acordado foi de R\$ 2.233.440.000,00, sendo pago ágio no montante de R\$ 1.780.738.273,26.

Observando a Fiscalização que o montante faltante para o pagamento dos R\$ 2.233.440.000,00 acordados foi obtido mediante empréstimo direto de CARREFOUR BV a KORCULA, no valor de R\$ 1.095.629.201,83 (a KORCULA dispunha somente de R\$ 1.137.810.898,00 oriundos do aumento de capital integralizado pela BREPA), concluiu a autoridade fiscal que *"CARREFOUR BV foi a origem dos recursos para a compra do ATACADÃO, seja através de aumento de capital que passou por BREPA, seja através de empréstimo direto para KORCULA"*. Elaborou a Fiscalização o seguinte quadro que resume as operações:



Mais adiante, foi levada a cabo a incorporação reversa de KORCULA por ATACADÃO, seguindo os passos a seguir:

- 1 - PRIMART II e LOLY II são incorporadas por KORCULA, de forma que, em Dezembro/2007, ATACADÃO passa a ser subsidiária integral de KORCULA;
- 2 - Em 31/01/2008, KORCULA é incorporada por ATACADÃO, passando a última a ser controlada direta de BREPA (98,91% de participação) e de CARREFOUR (1,09% de participação), conforme quadro a seguir.



- 3 - A partir dessa incorporação reversa, ATACADÃO passa a amortizar o ágio, cujo valor efetivo é de R\$ 1.702.116.571,36 (o ágio pago foi reduzido após ajustes no valor de aquisição decorrentes de compromissos anteriores existentes em ATACADÃO), deduzindo a amortização das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Analisando as operações descritas, a Fiscalização considerou que a aquisição foi feita, de fato, por CARREFOUR BV, empresa sediada nos Países Baixos, tendo a KORCULA sido utilizada com o fim único de possibilitar a extinção do investimento adquirido com ágio e, assim, de forma artificial, possibilitar a

dedução da amortização desse ágio como despesa das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL (KORCULA exerceu a função de "empresa veículo").

A Recorrente, por outro lado, funda suas alegações em dois eixos básicos. De um lado ataca a conclusão de que a KORCULA seria mera "empresa veículo", afirmando seu efetivo propósito negocial. Aduz que a KORCULA não fez surgir ou aumentar o ágio, mas sim desempenhou função relevante no processo de aquisição, tendo recebido aumento de capital, tomado empréstimo e o renegociado com novo credor, adquirido as participações na Recorrente, sendo, ao final, incorporada pela Recorrente. De outro, aduz que, ainda que a KORCULA fosse uma "empresa veículo" sem propósito negocial, a dedução da amortização do ágio seria legítima, uma vez que os requisitos da Lei nº 9.532, de 1997, foram atendidos. Nesse sentido, assevera que as despesas geradas pela amortização fiscal do ágio resultante da aquisição da Recorrente pela KORCULA foram abatidas contra as receitas geradas pelas atividades econômicas da própria Recorrente, não encontrando a pretensão da autoridade fiscal de obrigar o investidor a adquirir diretamente empresa alvo qualquer respaldo na legislação aplicável.

Ainda que não se esteja diante de caso em que o ágio foi artificialmente gerado em operações internas de grupo econômico sem que tenha havido dispêndio, não se pode afirmar a dedutibilidade de sua amortização nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL tão somente pela higidez de sua origem. A legitimidade do ágio e o direito à contabilização de sua amortização não estabelecem, por si só, o direito à sua dedução fiscal. Com efeito, a legislação tributária, ao fixar o tratamento fiscal do ágio, estabelece contornos próprios para esse instituto, e a dedutibilidade de sua amortização depende do estrito cumprimento das regras ali estabelecidas.

Nesse sentido, em elucidativa incursão conceitual e histórica do ágio, o Conselheiro André Mendes de Moura afirma o conceito jurídico próprio de ágio, o qual é determinado pela legislação tributária e baliza a apreciação dos efeitos na apuração dos tributos (acórdão nº 9101-002.304, desta 1ª Turma da CRSF, de 6 de abril de 2016). Nesse e em diversos outros julgados recentes desta Turma em que o voto condutor foi de sua lavra se afirma que "*o conceito do ágio é disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, e trata-se de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica*".

Nesse contexto, a legislação tributária estabelece duas situações (ou "eventos") em que o ágio contabilizado é "aproveitado" na redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Ambas se relacionam a eventos em que o investimento da investidora na investida se extingue, deixa de existir.

O primeiro evento é o de alienação ou liquidação do investimento na investida pela investidora. O ágio contabilizado se soma ao valor de patrimônio líquido do investimento para compor o valor contábil a ser considerado na apuração do ganho de capital, reduzindo-o (art. 33 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, na redação da época dos fatos, e art. 426 do RIR/1999). E o investimento deixa de existir na investidora, com a baixa do investimento alienado, ocorrendo uma "separação" entre investidora e investida.

O segundo evento é o de incorporação, fusão ou cisão em que investidora e investida passem a constituir uma mesma empresa. A partir da edição da Medida Provisória nº 1.607, de 1997, convertida na Lei nº 9.532, de 1997, tal

situação passou a ser regrada pelos dispositivos ali existentes (arts. 7º e 8º na Lei nº 9.532, de 1997). Com a absorção da investida pela investidora (ou vice-versa) ali prevista, ocorre o "encontro" entre investida e investidora (confusão patrimonial) e a consequente extinção do investimento. Nessa situação, os dispositivos em questão estabelecem permissivo legal de o ágio contabilizado ser amortizado (e deduzido) à razão de no máximo um sessenta avos por mês.

De anotar, aliás, a concepção expressa no acórdão recorrido de que a hipótese de aproveitamento do ágio via amortização em caso de incorporação, fusão ou cisão, é excepcional em face da regra geral de utilização do ágio somente na alienação do investimento (*"constata-se, assim, que, em regra geral, o ágio deverá ser ativado e utilizado como custo somente no momento da alienação do investimento, obviamente se essa vier a ocorrer ... a amortização do ágio seria exceção"*).

Os referidos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, foram integralmente incorporados ao RIR/1999 por meio de seu art. 386. Esse dispositivo do RIR/1999 guarda forte relação com o artigo que lhe antecede, o qual, reproduzindo as disposições do art. 20 do já citado Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, estabelece as regras de contabilização do ágio.

Transcrevem-se, pois, os arts. 385 e 386 do RIR/1999:

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.

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).

Art. 386. 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 artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do §2º do artigo anterior, 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 o inciso III do §2º do artigo anterior, 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 o inciso II do §2º do artigo anterior, 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;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do §2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §1º).

§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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §2º):

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

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

§3º O valor registrado na forma do inciso II (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §3º):

I - 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;

II - 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 do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §4º).

§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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §5º).

§6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;

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

§7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no §2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei nº 9.718, de 1998, art. 11).

Das disposições dos artigos transcritos tem-se que a confusão patrimonial entre investidora e investida se revela como fato condicionante para que a amortização do ágio pago na aquisição do investimento se torne possível por ocasião de incorporação, cisão ou fusão. A lógica que permeia esta condição reside no fato de que é a extinção do investimento que enseja o aproveitamento

do ágio, e nos casos de incorporação, cisão ou fusão, a extinção do investimento somente ocorre quando os patrimônios da investidora e da investida se encontram (ou se confundem).

Nesse quadro, da mesma forma que o ágio em si não pode ser artificial para que se possa admitir a dedução da despesa com sua amortização (esta 1ª Turma tem sistematicamente mantido glosas em que o ágio foi gerado artificialmente dentro de grupo econômico, sem qualquer dispêndio), também não se pode admitir sua dedução quando a confusão patrimonial é apenas aparente. Assim, caso a empresa investidora cujo patrimônio se encontrou com a empresa investida em decorrência de evento de incorporação, cisão ou fusão não for aquela que efetivamente suportou a aquisição do investimento, a despesa com amortização do ágio não poderá ser deduzida na apuração do IRPJ e da CSLL.

Por diversas oportunidades esta 1ª Turma da CRSF vem se defrontando com casos em que operações societárias e movimentação de recursos precedem a incorporação de empresa adquirida com ágio junto à terceiros, incorporação essa que enseja a amortização do ágio pelo permissivo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997. Em todas elas, a averiguação da correção da dedução do ágio amortizado nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL não se restringe à legitimidade de origem do ágio e aos aspectos formais das operações. A confusão patrimonial entre a real investidora e a investida é requisito indispensável para a dedutibilidade da amortização do ágio, afastando-se situações artificiais em que a incorporação não envolve a real investidora.

Cite-se, por exemplo, o já mencionado acórdão nº 9101-002.304 (de 6 de abril de 2016) e o nº 9101-002.312 (de 3 de maio de 2016), ambos da lavra do Conselheiro André Mendes Moura. Transcreve-se a bem traçada ementa do primeiro julgado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.

O conceito do ágio é disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, e trata-se de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

APROVEITAMENTO DO ÁGIO. INVESTIDORA E INVESTIDA. EVENTOS. SEPARAÇÃO. UNIÃO.

São dois os eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

A amortização, a qual se submete o ágio para o seu aproveitamento, constitui-se em espécie de gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99, submetendo-se aos testes de necessidade, usualidade e normalidade.

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica. Não há como estender os atributos de normalidade, ou usualidade, para despesas derivadas de operações atípicas, não consentâneas com uma

regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO

A cognição para verificar se a amortização do ágio passa por verificar, primeiro, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência dos arts. 385 e 386 do RIR/99, segundo, se requisitos de ordem formal estabelecidos encontram-se atendidos, como arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, e, terceiro, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes e reorganizações societárias com substância econômica.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. INVESTIDOR E INVESTIDA. MESMA UNIVERSALIDADE.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente.

Compartilhando do mesmo patrimônio a controladora e a controlada ou coligada, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio). Enfim, toma-se o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável.

Mencione-se também os acórdãos nº 9101-002.428 (de 18 de agosto de 2016) e nº 9101-002.470 (de 21 de novembro de 2016), em que o Conselheiro Rafael Vidal de Araújo figurou como Relator, valendo transcrever o trecho a seguir da ementa do último julgado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a uma "empresa-veículo" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

Cite-se, por fim, o acórdão nº 9101-002.213 (de 3 de fevereiro de 2016), da lavra do Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão, cuja ementa é transcrita a seguir:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

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

ÁGIO. INVESTIDA. REAIS INVESTIDORAS. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO

PATRIMONIAL. INDEDUTIBILIDADE. IRPJ. CSLL.

Nos termos da legislação fiscal, é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras.

No antes referido acórdão nº 9101-002.470, o Conselheiro Rafael Vidal de Araújo foi preciso ao situar a figura do investidor de fato, que suporta o ágio, e a confusão patrimonial, efetiva e não aparente, nos componentes pessoal e material das regras de amortização do ágio que o RIR/1999 traz, nos já transcritos arts. 385 e 386, da Lei nº 9.532, de 1997, e no Decreto-Lei nº 1.598, de 1977. **Caso o ágio não tenha sido de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial", não restarão satisfeitos nem o aspecto pessoal da norma nem o material, não havendo "sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio instituída pelo art. 386 do RIR/1999".** Confira-se:

*Conclui-se, portanto, que o art. 386 do RIR/1999, sob o aspecto pessoal, se dirige à investidora que vier a incorporar sua investida (ou por ela ser incorporada), após ter efetivamente **acreditado na mais valia do investimento, feito os estudos de rentabilidade futura e desembolsado os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o do ágio)**. Ou seja, quando ocorre a incorporação é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço, pago em momento anterior pela investidora em razão da confiança na rentabilidade futura da investida.*

Destaque-se que a regra se aplica tanto à incorporação da investida pela investidora quanto, no sentido inverso, à hipótese em que a investidora é que é incorporada por sua investida. Em ambos os casos, a lei exige que a investidora envolvida na incorporação seja a "original" ou stricto sensu (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada à pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco).

(...)

*De forma correlata ao que se analisou quanto ao aspecto pessoal, **a confusão de patrimônios**, principal item do aspecto material para fins de enquadramento no art. 386 do RIR/1999, consuma-se **quando, na sociedade incorporadora, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobreavaliado) passam a se comunicar diretamente** (os riscos se fundem: o risco do investimento assim entendidos os recursos aportados e o risco do empreendimento).*

Compartilhando o mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual a pessoa jurídica detentora da "mais valia" (ágio) do investimento baseado na expectativa de rentabilidade futura passa a ser responsável também por honrar tal rentabilidade.

Assim, a legislação permite que o contribuinte considere perdido o capital que foi investido com o ágio e deduza a despesa relativa à "mais valia".

Configuração semelhante ocorre na incorporação reversa, na medida em que a pessoa jurídica responsável por gerar a rentabilidade esperada para o futuro passa a ser a detentora do ágio baseado na expectativa de tal rentabilidade.

Sendo assim, pressupõe-se que a "mais valia" porventura contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participam da "confusão patrimonial".

Para fins de acesso à dedutibilidade estabelecida pelo art. 386 do RIR/1999, a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento deve incorporar tal investimento (incorporação da investida pela

investidora) ou ser incorporada pela empresa onde investiu (incorporação "às avessas").

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/1999, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material das hipóteses ali previstas. Na atual redação destes dispositivos, exclusivamente no caso em que houver o efetivo desembolso de valores (ou sacrifício de outros ativos) a título de investimento da investidora (futura incorporadora ou, no caso da incorporação reversa, incorporada) na investida (futura incorporada ou, no caso da incorporação reversa, incorporadora), é que haverá o atendimento aos aspectos pessoal e material. Se o ágio não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial", não há sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio instituída pelo art. 386 do RIR/1999.

O Conselheiro André Mendes Moura, por sua vez, no acórdão nº 9101-002.304, mostra que, independentemente da "genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada", o investidor originário é, de fato, aquele de quem partem a decisão e os recursos para a aquisição do investimento com sobrepreço. Veja-se:

A **primeira** verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente neste momento, situado **antes da subsunção do fato à norma**. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que buscam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é que, independente da genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. Quem **viabilizou a aquisição**? De **onde vieram os recursos** de fato?

Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida?

Quem **tomou a decisão** de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a **investidora originária**.

Ainda que a pessoa jurídica A, investidora originária, para viabilizar a aquisição da pessoa jurídica B, investida, tenha (1) "transferido" o ágio para a pessoa jurídica C, ou (2) efetuado aportes financeiros (dinheiro, mútuo) para a pessoa jurídica C, **a pessoa jurídica A não perderá a condição de investidora originária**.

Pode-se dizer que, de acordo com as regras contábeis, em decorrência de reorganizações societárias empreendidas, o ágio legitimamente passou a integrar o patrimônio da pessoa jurídica C, que por sua vez foi incorporada pela pessoa jurídica B (investida).

Ocorre que a absorção patrimonial envolvendo a pessoa jurídica C e a pessoa jurídica B não tem qualificação jurídica para fins tributários.

Isso porque se trata de operação que não se enquadra na hipótese de incidência da norma, que elege, quanto ao aspecto pessoal, a pessoa jurídica A (investidora originária) e a pessoa jurídica B (investida), e quanto ao aspecto material, o encontro de contas entre a despesa incorrida pela pessoa jurídica A (investidora originária que efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com sobrepreço) e as receitas auferidas pela pessoa jurídica B (investida).

Mostra-se insustentável, portanto, ignorar todo um contexto histórico e sistêmico da norma permissiva de aproveitamento do ágio, despesa operacional, para que se autorize "pinçar" os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, promover uma interpretação isolada, blindada em uma bolha contábil, e se construir uma tese no qual se permita que fatos construídos artificialmente

possam alterar a hipótese de incidência de norma tributária.

No presente caso não é preciso muito esforço para se verificar que a confusão patrimonial entre investidora e investida é apenas aparente. Isso porque a investidora (KORCULA) cujo patrimônio se encontrou com o da investida (ATACADÃO) por ocasião de sua incorporação reversa não foi quem, de fato, efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com ágio. Não é ela (KORCULA) a investidora real (ou originária), mas sim empresa efêmera pela qual recursos e ágio apenas transitaram ("empresa veículo", para se usar a expressão corrente na doutrina e na jurisprudência).

Diversos elementos fáticos destacados no TVF (item VII, "Análise das Operações Efetuadas pelo Grupo Carrefour") apontam nesse sentido, como se vê a seguir.

Em primeiro lugar, os recursos para aquisição de ATACADÃO por KORCULA vieram da controladora do Grupo sediada no exterior (CARREFOUR BV). Parte através de integralização em aumento de capital em duas etapas (de CARREFOUR BV para BREPA e de BREPA para KORCULA, como mostra o descritivo ao início do voto) e parte em empréstimo de CARREFOUR BV diretamente para KORCULA, empréstimo para o qual não foram cobrados juros. Confira-se:

*91. O **Carrefour BV** foi a real adquirente do **Atacadão**, tendo não só fornecido a totalidade dos recursos financeiros (via aumento de capital social e empréstimo), que fizeram uma rápida passagem pela **Berpa** e pela **Korcula** antes de serem transferidos para os vendedores do **Atacadão**, como provavelmente foi o centro decisório da aquisição.*

(...)

106. Há um outro aspecto bastante engenhoso nesta operação, que é o pagamento de parte da aquisição com empréstimo. O empréstimo concedido pelo Carrefour BV à empresa Korcula representou 49% do pagamento aos vendedores, portanto, 49% do ágio apurado no negócio.

*107. Da concessão do empréstimo, em 30/04/2007, até a incorporação pelo Atacadão, em janeiro de 2008, a **Korcula** não pagou juros ou qualquer valor do principal. Em 18/01/2008, pouco antes da sua incorporação, a **Korcula** tomou um novo empréstimo com o grupo BNP Paribas, através de venda de títulos de sua emissão, representativos de quotas de capital, com prazo para recompra. Com a incorporação reversa, esse empréstimo está sendo suportado pelo próprio Atacadão.*

*108. O ágio é um ativo de quem paga o investimento. Neste caso, é o **Carrefour BV**, empresa sediada no exterior, o local de decisão da operação e a provedora dos recursos necessários para a sua execução, é a ela que pertencem o investimento e o ágio decorrente. E por estar no exterior a fonte dos recursos, por conseguinte, o ágio não tem como ser amortizado aqui no Brasil.*

Mas há também outros elementos indicativos da artificialidade da amortização pretendida.

Tome-se, por exemplo, o curto espaço de tempo entre a passagem da KORCULA pelo Grupo Carrefour e a efetuação da aquisição do ATACADÃO, bem como a inexistência de estrutura operativa nessa empresa, consideradas a magnitude e a complexidade do negócio, que envolvia avaliação de ativos e ágio por rentabilidade futura. Veja-se:

86. No caso em análise, o ágio contabilizado foi baseado no valor da rentabilidade futura da empresa adquirida. Tal fundamento foi justificado por diversos demonstrativos e tabelas, várias em francês, sem nenhuma

identificação, que foram apresentados à fiscalização como sendo a Avaliação Econômico-Financeira do Atacadão que teria sido feita pela **Korcula**⁵⁶. É de se notar a rapidez com que a **Korcula** conseguiu elaborar uma avaliação de rentabilidade futura, vez que passou a fazer parte do Grupo Carrefour somente em 10/04/2007 e, em 30/04/2007, já estava adquirindo a empresa objeto da avaliação. E mais, sem ter despesa alguma seja com empregados ou com prestadores de serviço⁵⁷.

A destacar também a rapidez com que os recursos chegaram a KORCULA e passaram para os alienantes de ATACADÃO e a existência efêmera da KORCULA:

94. A passagem desses recursos pela **Brepa** e pela **Korcula** foi de apenas algumas horas, visto que foram recebidos em 30/04/2007 e transferidos para os vendedores no mesmo dia 30/04/2007. Essa rápida passagem serviu apenas **para dar a aparência formal ao negócio**. E na sequência, a subsidiária **Atacadão** incorporou sua controladora formal **Korcula**, em operação denominada de “incorporação às avessas”, **para dar aparência de extinção do investimento**.

E ainda a inconsistência e a incapacidade de a Fiscalizada justificar a existência da KORCULA:

97. Apesar dessa constatação, a fiscalizada foi intimada⁵⁵ a justificar os motivos e fins da existência da sociedade **Korcula**, destacando os benefícios esperados. Em resposta foi informado que⁵⁶:

(...)

Como se tratava de um novo negócio, sobre o qual o Grupo Carrefour ainda não tinha certeza dos resultados que iria alcançar, foi feita a opção por desenvolver a nova atividade em empresa autônoma, desvinculada das empresas que já existiam e se dedicavam ao mercado varejista.

(...) após um período de adaptação, a existência da empresa **Korcula Participações Ltda** passou a ser desnecessária. Assim, foi feito um projeto de reestruturação societária do Grupo Carrefour no Brasil, com o objetivo de integrar essa sociedade e as demais empresas antes pertencentes ao Atacadão, ao Grupo Carrefour.

Com a reorganização das empresas, conseguiu-se reduzir os custos totais de manutenção das estruturas, bem como foram verificados ganhos de eficiência operacional, administrativa e financeira.

98. Vale a pena reapresentar a justificativa constante do Protocolo elaborado quando da incorporação da **Korcula** pelo **Atacadão**:

(...) entendem que a incorporação da segunda nomeada pela primeira é de real interesse das sociedades uma vez que, tendo em vista a correlação existente entre as mesmas, proporcionará uma maior sinergia com o desenvolvimento de outras atividades afins, bem como acarretará considerável economia operacional e administrativa com a concentração das atividades administrativas em uma única unidade. Assim, as administrações das sociedades acima mencionadas entendem de todo conveniente a citada incorporação, pelo que aconselham a sua aprovação.

99. Como se observa o que era **um novo negócio** sobre o qual **não se tinha certeza dos resultados**, tornou-se uma atividade afim, a qual **é conveniente que seja concentrada** em uma única unidade, acarretando considerável economia operacional e administrativa. Bem, não se pode deixar de destacar que **a atividade era “afim” desde a aquisição do Atacadão**, e que a economia resultante da incorporação da **Korcula** não foi muito considerável, visto que não tinha custos, as despesas eram aquelas decorrentes da operação com o **Atacadão**, assim como as receitas. Ainda de acordo com as informações da DIPJ 2008, ano-calendário 2007, era uma empresa **sem** empregados⁶⁵.

Não se trata de ignorar a existência da KORCULA ou de desconsiderar sua personalidade jurídica e regular constituição, ao arrepio do direito civil brasileiro e da legislação societária, como alega a Recorrente. Não se trata, também, de interferir na condução dos negócios de empresa privada por obrigar o investidor a adquirir a empresa alvo diretamente. **Se trata, sim, de negar os efeitos fiscais pretendidos pelo grupo econômico pela simples razão de que as regras tributárias aplicáveis não foram satisfeitas.**

Como bem assinalou o acórdão recorrido, *"a autuação baseia-se exclusivamente no passo intermediário da reorganização societária e dos seus efeitos tributários"*, não se contestando *"os objetivos negociais finais da reorganização"*, nem se fundando o lançamento fiscal no art. 116, § único do Código Tributário Nacional.

Se a aquisição pelo Grupo Carrefour de ATACADÃO da maneira pretendida (mantendo a *holding* BREPA como controladora no país das empresas operacionais, inclusive ATACADÃO) não iria conformar situação que permitisse a dedução da amortização do ágio pago na aquisição, a interposição de empresa no processo não tem o condão de reconfigurar as regras para permitir os efeitos fiscais pretendidos. O acórdão recorrido, aliás, enfrentou com muita propriedade esse aspecto, não assistindo razão à ora Recorrente quando tenta contrapor tais argumentos. Confira-se:

Nesse sentido, compulsando os autos, percebe-se claramente que o investimento realizado (aquisição das ações da RECORRENTE), e adquirido com ágio, comporia o ativo da então adquirente, provavelmente, por tempo indeterminado, haja vista a continuidade das operações, em seu próprio nome, por parte da RECORRENTE.

Assim, caso a aquisição fosse realizada pela holding que efetivamente atuava (BREPA), ou qualquer outra empresa operacional do grupo Carrefour no Brasil, não haveria qualquer extinção do investimento, haja vista a continuidade das operações da RECORRENTE.

A artificialidade da operação foi justamente buscar o contorno de tais normas imperativas, que impunham a ativação do ágio, buscando posicionar a RECORRENTE diante de normas de contorno, quais sejam, o art. 386, III, e seu § 6º, II, do RIR/99, transcritas a seguir, mediante operações societárias meramente com fins fiscais:

(...)

Isso porque o fato de a formação do ágio ter cumprido os requisitos legais estabelecidos, em especial aqueles em que essa turma firmou entendimento necessários (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), não possui o condão de permitir que a regra geral seja desrespeitada, qual seja, o ágio deverá compor o custo do investimento para fins de apuração de ganho de capital em eventual alienação (inteligência do art. 391 c/c art. 426, II, ambos do RIR/99).

A meu ver, independentemente do desenho das operações e dos eventuais propósitos negociais na utilização de empresas veículo, não havendo extinção do investimento adquirido com ágio mediante confusão patrimonial entre investida e investidora, não há que se falar em dedutibilidade do ágio.

Não merece acolhida, portanto, o recurso da Contribuinte no que se refere à presente matéria.

Com base nos fundamentos acima adotados, considero insubsistentes os argumentos da Contribuinte acerca da qualidade atribuída à IBERDROLA ENERGIA como se fosse a efetiva adquirente das empresas ELEKTRO/EPC. Também sem fundamento a alegação de que não teriam incorrido, no presente caso, vícios e patologias em relação aos atos jurídicos praticados; no caso, ao fim e ao cabo, pouco importa se a IBERDROLA ENERGIA foi utilizada com o único propósito de viabilizar a amortização fiscal do ágio; em essência, importa verificar se os requisitos, tanto pessoal quanto material, exigidos pela legislação no que concerne às regras de amortização do ágio, foram ou não cumpridos.

No caso, entendo que não foram respeitados tais requisitos, haja vista que o investidor de fato (IBERDROLA S/A), verdadeiro responsável pelo pagamento do ágio, não participou efetivamente da confusão patrimonial empreendida apenas formalmente entre IBERDROLA ENERGIA e ELEKTRO/EPC. E se tivesse assim feito, o ágio não poderia ser aproveitado, haja vista tratar-se de empresa estrangeira, a não ser que a própria empresa aqui adquirida viesse a incorporar a sua investidora no exterior, o que no caso concreto seria irrazoável do ponto de vista econômico. Reitero o entendimento da Fiscalização e da decisão recorrida de que a compra da empresa brasileira somente foi viabilizada a partir de diretrizes fixadas pelo Grupo IBERDROLA S/A, no exterior, sendo este o verdadeiro “investidor”.

O ágio aqui objeto de análise não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial" ocorrida apenas de forma aparente (IBERDROLA ENERGIA x ELEKTRO/EPC), não havendo sentido em se clamar pela dedutibilidade das despesas decorrentes da amortização da despesa instituída e regulada pelo art. 386 do RIR/1999.

Em relação aos demais argumentos expostos no recurso, mesmo que de forma subsidiária, devem ser rechaçados diante dos fundamentos acima apresentados, suficientes e bastantes para confirmar o lançamento efetuado.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso em relação à amortização do ágio.

Lançamento relativo à CSLL

A exigência relativa à CSLL foi objeto de ataque específico por parte da impugnação e repetido no recurso voluntário. Segundo a Recorrente, o lançamento da CSLL deveria ser cancelado diante da inexistência de lei que imponha qualquer vedação à dedutibilidade do ágio para fins de apuração da CSLL.

Em primeiro lugar, tanto o disposto no art. 28 da Lei nº 9.430/96, quanto no art. 57 da Lei 8.981/95, deixam claro aplicar-se à CSLL as mesmas normas de apuração da base de cálculo do IRPJ. Basta uma simples leitura dos referidos dispositivos para se chegar a essa conclusão:

Lei nº 9.430/96

Art.28. Aplicam-se à apuração da base de cálculo e ao pagamento da contribuição social sobre o lucro líquido as normas da legislação vigente e as correspondentes aos arts. 1º a 3º, 5º a 14, 17 a 24, 26, 55 e 71, desta Lei.

Lei nº 8.981/95

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)

§ 1º Para efeito de pagamento mensal, a base de cálculo da contribuição social será o valor correspondente a dez por cento do somatório:

- a) da receita bruta mensal;*
- b) das demais receitas e ganhos de capital;*
- c) dos ganhos líquidos obtidos em operações realizadas nos mercados de renda variável;*
- d) dos rendimentos produzidos por aplicações financeiras de renda fixa.*

§ 2º No caso das pessoas jurídicas de que trata o inciso III do art. 36, a base de cálculo da contribuição social corresponderá ao valor decorrente da aplicação do percentual de nove por cento sobre a receita bruta ajustada, quando for o caso, pelo valor das deduções previstas no art. 29. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)

§ 3º A pessoa jurídica que determinar o Imposto de Renda a ser pago em cada mês com base no lucro real (art. 35), deverá efetuar o pagamento da contribuição social sobre o lucro, calculando-a com base no lucro líquido ajustado apurado em cada mês.

§ 4º No caso de pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro real, a contribuição determinada na forma dos §§ 1º a 3º será deduzida da contribuição apurada no encerramento do período de apuração.

Ao contrário do que alega a Recorrente, mesmo que fosse crível a inexistência de norma específica a tratar da dedutibilidade/inedutibilidade das despesas com ágio na apuração da CSLL, o raciocínio deveria ser o inverso daquele desenvolvido em seu recurso; em se tratando de direito tributário, é necessário que todo e qualquer fato que importe em dedução da base de cálculo de tributo ou contribuição esteja perfeitamente delimitado na legislação de regência. Mas, não é só. Vejamos o disposto no art. 2º da Lei nº 7.689/88, uma das normas que fundamentaram o Auto de Infração:

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 nº 8.034, de 1990)*

1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

(...)

4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

(...)

O citado dispositivo determina que se proceda à adição ao resultado do período-base do resultado negativo, bem assim a exclusão do resultado positivo quando oriundos da avaliação de investimentos pelo MEP. Para melhor entendimento do raciocínio aqui desenvolvido reporto-me ao Acórdão nº 1302-001.170, de 11/09/2013, da lavra do Ilustre Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior, que elucida de forma bastante clara o porquê do 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, contrario 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)."

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

Por todo o exposto nego provimento às alegações da Recorrente no ponto, relativas à falta de previsão legal para a adição da despesa com a amortização do ágio da base de cálculo da CSLL.

Multa isolada por falta/insuficiência de recolhimento de estimativas

Neste ponto a Recorrente aduz, *prima facie*, que a multa isolada aplicada sobre a falta/insuficiência do recolhimento de estimativas somente poderia ser exigida até o encerramento dos anos calendários a que se referem, no caso, 2014 e 2015.

Também considera abusiva a **exigência concomitante de multa isolada e de ofício** sobre os mesmos valores supostamente devidos a título de IRPJ e da CSLL. Aduz que haveria, no presente caso, dupla incidência sobre a mesma materialidade, uma vez que os valores adicionados pela Autoridade Fiscal nas bases mensais, para cálculo da multa isolada pela suposta falta de recolhimento das estimativas de IRPJ e de CSLL, teriam sido os mesmos incluídos no cálculo do ajuste anual para a cobrança da multa de ofício qualificada sobre os valores supostamente não recolhidos desses tributos. Invoca precedentes do CARF e do STJ que reconheceriam que, em decorrência do “princípio da consunção”, a infração mais grave, que no caso presente seria o não recolhimento do tributo, absorveria a infração de menor gravidade para propugnar pelo cancelamento da multa isolada dela exigida.

Apesar dessa matéria ser tormentosa no âmbito também dessa Turma, creio que não assiste razão à Recorrente.

A decisão recorrida assim se manifestou quanto ao ponto:

A impugnante contesta, também, as multas isoladas que lhe foram impostas pela insuficiência de recolhimento de estimativas mensais. Primeiro, pela impossibilidade de aplicação destas multas após o encerramento do ano-calendário. Depois, pelo descabimento da imposição de tais penalidades conjuntamente com as multas de ofício de 150%, calculadas sobre o IRPJ e a CSLL devidos na apuração anual.

Com relação ao primeiro argumento, não assiste nenhuma razão ao contribuinte. O art. 44, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 9.430, de 1996 (com redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007), que prevê a imposição da multa isolada, ressalva que a penalidade deverá ser aplicada “ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente”. Logo, é perfeitamente cabível a aplicação da multa isolada após o encerramento do ano-calendário

Já o segundo argumento acerca da inaplicabilidade concomitante da multa de ofício e da multa isolada, cabe esclarecer que a previsão encontra-se contida nos incisos I e II do art. 44 da Lei 9.430, de 1996. De acordo com o dispositivo, cuja redação foi dada foi alterada pela Lei nº 11.488, de 2007, serão aplicadas duas multas distintas, de 75% e de 50%, para duas hipóteses também distintas.

Lei 9.430/1996

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I – de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II – de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal;

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis

A multa prevista no inciso I (de 75%) é aplicada aos casos de falta de pagamento do tributo, ao final do período anual, quando da mensuração definitiva da

obrigação principal. A base de cálculo da multa de 75 % é a “totalidade ou diferença de imposto ou contribuição”. No presente caso a multa foi agravada, de acordo com §1º, pelo enquadramento no art. 72 da Lei nº 4.502/1964.

Já a multa prevista no inciso II do art. 44 (de 50%) é aplicada aos casos nos quais exista obrigatoriedade do pagamento mensal do tributo, antes da sua apuração definitiva.

Assim, é perfeitamente possível a aplicação da multa de ofício e a multa isolada concomitantemente.

Neste tema, me coaduno com as razões adotadas pela decisão recorrida, pois penso estar-se diante de imposições diferentes, com fatos geradores diferentes, tipificações legais diferentes e motivações fáticas diferentes, vez que, da leitura artigo 44, da Lei nº 9.430/1996, com suas alterações, infere-se que, uma vez constatada falta ou insuficiência de pagamento de estimativa, será exigida a multa isolada, exigência que transcende a situação fática de ter sido apurado lucro ou prejuízo no final do período anual.

Para tanto, acrescento às bem traçadas linhas da decisão recorrida os seguintes fundamentos para a manutenção da multa isolada conforme foi aplicada pela Autoridade Fiscal.

Historicamente, a matéria foi tratada, de prefácio, no art. 44, I, §1º, IV da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, *in verbis*:

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes **multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição**:*

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

(...)

§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;

(...)

IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;

Posteriormente, foi editada a Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007 (DOU 22/01/2007), convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, com a redação abaixo:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

(...)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

Compulsando as alterações legislativas acima elucidadas, não se verifica, exceto em relação ao percentual a ser aplicado nos casos de multa isolada, qualquer alteração substancial nos dispositivos no que tange à hipótese de incidência e à base de cálculo da penalidade em apreço.

O objetivo do preceito contido no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 (com as alterações legislativas supervenientes, inclusive) foi o de assegurar o recolhimento antecipado e evitar o não pagamento da estimativa mensal de IRPJ e CSLL no curso do ano-calendário e reconhecer que a base de cálculo da multa isolada sempre foi, mesmo antes das alterações legislativas, o próprio valor da estimativa que deixou de ser paga.

Nesse contexto, a nova redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, elaborada a partir da vigência MP 351, de 2007 e da Lei nº 11.488, de 2007, ao instituir um percentual distinto e menos gravoso em relação ao aplicável ao descumprimento da obrigação tributária principal (IRPJ e CSLL devidos na apuração anual) apenas veio aperfeiçoar o preceito normativo acerca da incidência da multa isolada, por falta de recolhimento das estimativas mensais, explicitando o seu caráter de obrigação acessória.

Sob a vigência da redação original da Lei nº 9.430, de 1996, e ainda atualmente, com a redação da Lei nº 11.488 de 2007, a multa isolada deve ser aplicada à pessoa jurídica, sujeita à tributação com base no lucro real, **e optante pelo pagamento do IRPJ e da CSLL, em cada mês, determinados sobre bases de cálculo estimadas**, por descumprimento da obrigação de antecipar o IRPJ ou a CSLL mensalmente devidos; e deve ser calculada sobre a totalidade ou diferença da antecipação do IRPJ e da CSLL, mensalmente devida e não recolhida.

Tem-se assim que a **multa isolada em questão, que decorre da falta ou insuficiência de pagamento mensal das estimativas devidas no curso do ano-calendário**, é aplicada em função do descumprimento de uma obrigação tributária acessória (falta de recolhimento de antecipações obrigatórias), e é completamente autônoma em relação à obrigação tributária principal a ser constituída, ou não, no final do período.

Não é demais lembrar que a obrigação tributária principal, na definição da doutrina, é a “obrigação de dar” (pagar) o tributo devido, ou seja, é o “*dever fundamental*,

*consistente em prestação pecuniária, que é exigido de quem tenha realizado o fato descrito em lei*⁴, enquanto as obrigações acessórias revestem-se de clara natureza de “obrigação de fazer” e “obrigação de não fazer”, vale exprimir, são, como o próprio nome diz, “acessórias ao principal”, que é o compromisso do contribuinte pagar o encargo tributário devido, constituindo-se, no fundo, em “*obrigações meramente instrumentais, simples deveres burocráticos que facilitam o cumprimento das obrigações principais*”⁵.

Neste raciocínio, a estimativa mensal não pode ser considerada propriamente um “tributo” devido, a ser extinto, por pagamento (modalidade de extinção da obrigação e do crédito tributário, prevista no art. 156, I do CTN), mas apenas uma “antecipação estimada” do tributo, **a ser apurado como devido, ou não**, ao final do período de apuração, que é devida e **deve ser recolhida apenas para validar uma determinada sistemática de tributação de livre opção do contribuinte, qual seja: o Lucro Real Anual**.

Pois bem, justamente porque a estimativa não é exigível como obrigação principal (tributo) é que foi instituída uma multa isolada (ou seja, exigida sem que o principal fosse exigido), para penalizar as pessoas jurídicas que, apesar de optantes pela sistemática de apuração do Lucro Real Anual, descumprem, no curso do ano-calendário, a obrigação de apuração e recolhimento das antecipações mensais obrigatórias, requisito imperativo, nos termos da legislação em vigor.

O único instrumento de que dispõe o Fisco para sancionar o descumprimento do dever de antecipar o IRPJ/CSLL devidos mensalmente pelas pessoas jurídicas optantes pelo Lucro Real Anual, é a aplicação da multa isolada.

Conclui-se daí que, além de distintas naturezas jurídicas, são completamente autônomas as obrigações tributárias, relativas às antecipações mensais devidas a título de estimativas, e as relativas ao IRPJ e a CSLL devidos ao final do período de apuração anual, e tal autonomia encontra eco nas próprias disposições legislativas, quando se referem à incidência da multa isolada, ainda que apurado prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL no período, de modo que a multa isolada é sempre exigível, desde que apurada falta/insuficiência de recolhimento das estimativas mensais, sendo irrelevante a apuração de tributo devido no ajuste anual.

Nesta linha, cumpre observar que não se aplica ao presente caso o contido na Súmula CARF nº 105, por se referir, esta, expressamente, à redação original do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, anterior ao advento da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007.

Com relação às alegações de impossibilidade de exigência da multa isolada após o encerramento do exercício, nada tenho a acrescentar aos bem postos fundamentos esposados pela decisão recorrida, razão pela qual nego provimento ao recurso também nesses pontos.

Por todo o exposto, é forçoso negar-se provimento ao recurso voluntário relativamente à aplicação da multa isolada sobre as estimativas não pagas nos períodos base de 2014 e 2015.

⁴ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 306-307.

⁵ ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*, 4ª. ed. São Paulo: Método, 2010.

Haja vista tudo o que foi firmado no presente voto, opino por negar provimento ao recurso voluntário em relação às arguições que dizem respeito às (i) glosas com despesas com ágio, (ii) à multa isolada sobre estimativas pagas a menor e (iii) a incidência das referidas glosas com o ágio sobre a CSLL.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves – Redator Designado