



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720169/2017-11
ACÓRDÃO	9101-007.009 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	5 de junho de 2024
RECURSO	ESPECIAL DO PROCURADOR
RECORRENTE	FAZENDA NACIONAL
RECORRIDA	ELEKTRO REDES S/A

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2012, 2013

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. CONTEXTOS FÁTICOS DIFERENTES. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. Não se conhece de recurso especial cujos acórdãos apresentados para demonstrar a divergência evidenciam decisão em contexto fático distinto, concernente à interposição de *empresa sem substância*, de *“prateleira”* ou *sem estrutura operativa*, efêmera e com evidências de artificialidade em sua constituição, e nada neste sentido é apontado no recorrido.

REPERCUSSÕES DA GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA BASE DE CÁLCULO DA CSLL. INTERESSE RECURSAL AUSENTE. Inútil solucionar divergência jurisprudencial acerca do cabimento da glosa de amortização de ágio na base de cálculo da CSLL se a improcedência do fundamento central da glosa subsiste afastado no acórdão recorrido, em razão do não conhecimento do recurso especial contra ele interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial.

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa - Relatora

Assinado Digitalmente

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior, Jandir José Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ("PGFN") em face da decisão proferida no Acórdão nº 1301-006.065, na sessão de 22 de setembro de 2022, nos seguintes termos:

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.

A decisão recorrida está assim ementada:

ASSUNTO: 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 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.

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.

O litígio decorreu de lançamentos dos tributos incidentes sobre o lucro apurados nos anos-calendário 2012 e 2013 a partir da constatação de dedução indevida de despesas de amortização de ágio. A autoridade julgadora de 1ª instância manteve integralmente a exigência (e-fls. 1404/1425). O Colegiado *a quo*, por sua vez, rejeitou as preliminares de nulidade e, no mérito, deu provimento ao recurso voluntário (e-fls. 1763/1785).

Os autos do processo foram remetidos à PGFN em 22/11/2022 (e-fl. 1786) e em 20/12/2022 retornaram ao CARF veiculando o recurso especial de e-fls. 1787/1839 no qual a Fazenda aponta divergências reconhecidas no despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 1843/1856, do qual se extrai:

Aponta a Recorrente divergência de interpretação da legislação tributária em relação às seguintes matérias:

1) Somente se admite a dedutibilidade do ágio pago quando houver confusão patrimonial entre a investida e a real investidora; e

2) Da impossibilidade de dedução da despesa com a amortização do ágio na base de cálculo da CSLL

Passa-se à análise de cada uma das arguições de divergência.

1) Somente se admite a dedutibilidade do ágio pago quando houver confusão patrimonial entre a investida e a real investidora

Em relação a esta primeira arguição de divergência, foram indicados como paradigmas os Acórdãos nº 9101-003.275 e nº 9101-002.962, cujas ementas dispõem o seguinte, no relevante:

[...]

Para fins de cotejo e demonstração da divergência jurisprudencial, a Recorrente transcreve com destaques trechos dos votos condutores do acórdão recorrido e dos paradigmas, para após concluir pela demonstração da divergência, nos seguintes termos:

[...]

Da situação fática assemelhada:

Tanto o acórdão recorrido, quanto os acórdãos paradigmas tratam do aproveitamento da amortização fiscal do ágio referenciando o mesmo arcabouço jurídico para fatos relevantes assemelhados, inclusive envolvendo em todos eles o processo de internalização de ágio gerado no exterior através de empresa constituída no Brasil (internalização do ágio) em que há aporte de capital de outra empresa do grupo estrangeiro para a aquisição do investimento no Brasil. para na sequência, ser extinta por incorporação e permitir a amortização do ágio pago em tal aquisição.

Da existência de divergência:

Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, evidencia-se que **a recorrente logrou êxito ao demonstrar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial.**

Os paradigmas apresentam a seguinte tese: a dedução autorizada pelo artigo 386 do RIR/99 decorre da necessidade de haver encontro no mesmo patrimônio da participação societária adquirida com o ágio pago por essa participação. Em face dessa "confusão patrimonial" entre o investimento e o ágio pago pela sua aquisição **pelo real investidor**, somente nessa situação a legislação admitiria que o contribuinte considere perdido o seu capital investido com o ágio e, assim, deduza a despesa que ele teve quando da sua aquisição. Ou seja, os paradigmas deixam claro que não admitem a existência de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas (empresas veículos), mesmo que haja propósito negocial nas operações, pois senão, estar-se-ia descaracterizando o critério pessoal da hipótese de incidência e, por consequência, aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, resultando na impossibilidade da amortização do ágio.

De outro lado, no acórdão recorrido essa premissa jurídica da necessidade de "confusão patrimonial" entre a investida e o ágio pago pela sua aquisição pelo real investidor é flexibilizada ou praticamente desconsiderada na medida em que não se vislumbra qualquer irregularidade nessas operações societárias em que restou configurada a utilização lícita de interposição de pessoa jurídica com propósito negocial. No caso específico, não se vislumbrou qualquer óbice ou simulação para considerar a Iberdrola Brasil ("holding", denominada "empresa veículo" pela Fiscalização) que recebeu aporte de capital estrangeiro para poder realizar os investimentos feitos pela IBERDROLA S/A no Brasil com a aquisição da ELEKTRO, para na sequência de operações ser a referida Holding extinta por incorporação e assim permitir a amortização do ágio pago na aquisição original em que o real investidor (no exterior) não poderia fazê-lo.

A fim de corroborar a conclusão acima, seguem abaixo trechos relevantes dos respectivos julgados confrontados:

[...]

Conclusão:

Por todo exposto, proponho que seja admitida esta primeira matéria, em relação aos dois paradigmas apresentados.

2) Da impossibilidade de dedução da despesa com a amortização do ágio na base de cálculo da CSLL

Em relação a esta segunda matéria, foram indicados como paradigmas os Acórdãos nº 1402-001.589 e nº 1402-001.786, não reformados, cujas ementas dispõem o seguinte, no relevante:

[...]

A Recorrente fundamentou esta segunda divergência nos seguintes termos:

[...]

Das situações fáticas assemelhadas

Em todos os acórdãos tratou-se de discutir a legitimidade da adição à base de cálculo da CSLL de despesas com amortização de ágio deduzidas indevidamente pela contribuinte, na hipótese de absorção da participação em controlada ou

coligada em virtude de incorporação, fusão ou cisão, de que trata a Lei nº 9.532/1997 em seus arts. 7º e 8º.

Da Divergência constada

Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, evidencia-se que a recorrente obteve êxito ao demonstrar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial.

No que se refere à dedução das despesas de amortização do ágio, para fins da CSLL, de fato o acórdão recorrido entendeu, como fundamento complementar, que não há previsão legal para a indedutibilidade dessas despesas mesmo no caso do lançamento do IRPJ ser considerado devido em relação à glosa de amortização do ágio.

Eis os termos do Recorrido:

[...]

De outra banda, com entendimentos opostos, os paradigmas entendem que a exigência quanto à CSLL não recolhida em razão da amortização do ágio não poderia ser afastada, mesmo em se tratado de forma independente ao lançamento do IRPJ, uma vez que a legislação determinaria a aplicação das mesmas normas de apuração e pagamento do IRPJ, o que permitiria a adição de tais despesas à base de cálculo de tal contribuição.

Eis abaixo trecho do voto condutor do segundo paradigma, a título de exemplo:

[...]

EM RESUMO, enquanto no Recorrido o colegiado fixou entendimento de que a legislação do IRPJ contém previsões específicas relativamente aos efeitos da amortização do ágio, as quais não se aplicariam à base de cálculo da CSLL; Em sentido contrário, nos acórdãos paradigmas, entendeu-se que os termos do art. 57 da Lei nº 8.981/95 estende à CSLL o mesmo tratamento dispensado pela legislação do IRPJ à amortização do ágio.

Desta forma, há interpretação divergente da legislação tributária para fatos semelhantes, justificando-se a admissão do recurso especial também para esta segunda matéria. *(destaques do original)*

A PGFN refere a *sequência fática que culminou com a criação do ágio amortizado pela empresa auutada*, e aduz:

Percebe-se, pois, que o cerne da controvérsia reside no fato de que, para a fiscalização, o investimento na ELEKTRO foi promovido e custeado pela sociedade domiciliada na Espanha IBERDROLA S.A. A integralização de capital na IBERDROLA ENERGIA ocorreu apenas para que esta formalmente figurasse como adquirente da ELEKTRO. Noutras palavras, segundo o Fisco, a IBERDROLA ENERGIA foi usada como mera “extensão de caixa” de sua controladora estrangeira, sendo que foi esta quem na verdade promoveu e custeou a operação.

A recorrente, por sua vez, não nega os fatos apontados, mas defende que juridicamente foi a IBERDROLA ENERGIA quem adquiriu a ELEKTRO.

Diante das referidas operações e diante da acusação fiscal **da ausência de confusão patrimonial entre o real adquirente (investidora de fato) e a investida,**

o colegiado ora recorrido afastou a acusação, conforme transcrições do voto condutor do julgado, *in verbis*:

[...] (*destaques do original*)

E afirma a divergência em face do paradigma nº 9101-003.275 que, *diante de base fática semelhante, reconheceu que a dedutibilidade do ágio só pode ser reconhecida quando houver a confusão patrimonial entre a investida e a real investidora, o que não ocorreu no caso em apreço e nem nos acórdãos paradigmas.*

Discorre sobre a operação tratada no referido paradigma, e assim pontua, antes e depois de apresentar abordar o voto condutor da decisão:

Fácil perceber que se tratava da dedução de ágio mediante utilização de empresa veículo, que é exatamente o caso dos presentes autos.

Nesse julgamento a CSRF conclui em sentido diametralmente oposto ao acórdão ora recorrido, fazendo observação extremamente pertinente no sentido de que se deve consumir a confusão de patrimônio entre real investidora e investida, 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).

A Câmara Superior, no acórdão paradigma, destacou que **pouco importa se havia limitações para as reestruturações societárias. Se a lei não prevê a excepcionalidade da dedução daquele ágio, não há que se contorcer a lei para que a dedução seja possível.** Veja-se o seguinte trecho do voto vencedor que demonstra a divergência quanto à interpretação da legislação tributária:

[...]

Cabe notar, em atenção à configuração da divergência jurisprudencial, que nos dois casos havia a alegação de que existia motivação negocial e extratributária, para a realização das operações tais como ocorreram.

Porém, o entendimento vergastado no acórdão recorrido diverge do posicionamento firmado no Acórdão paradigma, quando admite a amortização do ágio em operação envolvendo “empresas veículos”, ou seja, em operação na qual a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio não é a mesma que, formalmente, figurou como investidora no negócio jurídico, em clara violação ao que preceitua os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97.

Relevada a semelhança dos quadros fáticos, fica demonstrada a divergência jurisprudencial, considerando-se que o acórdão recorrido concluiu ser possível a dedutibilidade do ágio sem a ocorrência da confusão patrimonial.

Assim, claramente está configurada a divergência jurisprudencial, nos termos do art. 67 do RI-CARF aprovado pela Portaria MF nº 343/2015.

Na sequência, refere o paradigma nº 9101-002.962 e, depois de transcrever excertos do relatório e voto da decisão, arremata:

Nesse julgamento a CSRF conclui em sentido diametralmente oposto ao acórdão ora recorrido, fazendo observação extremamente pertinente no sentido de que se deve consumir a confusão de patrimônio entre **real investidora e investida**.

Cabe notar, em atenção à configuração da divergência jurisprudencial, que em operações na qual a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio não é a mesma que, formalmente, figurou como investidora no negócio jurídico, em clara violação ao que preceitua os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, a CSRF rechaçou a dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio.

Portanto, fica demonstrada a divergência jurisprudencial, considerando-se que o acórdão recorrido **concluiu ser possível a dedutibilidade do ágio sem a ocorrência da confusão patrimonial entre a investida e a real investidora.**

Por outro lado, o paradigma defende que não tendo havido a confusão patrimonial entre a real adquirente e o investimento adquirido e não se observando o disposto no artigo 7º da Lei nº 9.532/1997, não há como ser autorizada a dedução do ágio.

Nesse contexto, é cristalina a demonstração de divergência acerca do disposto nos artigos 247; 274; 385; 386 (em especial caput, inciso III e § 6º, inciso II); 391, todos do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto n. 3.000/1999; nos artigos 177 e 179 (em especial, inciso V), da Lei 6.404/1976; nos artigos 7º (especialmente caput e inciso III) e 8º (com atenção para a alínea “b”); no artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977. *(destaques do original)*

Argui divergência quanto aos reflexos da amortização do ágio na apuração da CSLL, consignando que:

O Colegiado a quo entendeu que a legislação do IRPJ contém previsões específicas relativamente aos efeitos da amortização do ágio, as quais não se aplicariam à base de cálculo da CSLL, tendo em vista que o art. 57 da Lei nº 8.981/95 não incidiria na presente hipótese. Acolheu, em suma, a tese de que diferentemente do previsto para a apuração do IRPJ, a legislação não veda expressamente a amortização do ágio na apuração da CSLL. Nesse ponto, transcreve-se o acórdão recorrido:

[...]

Conforme se observa, entendeu a Egrégia Turma que não haveria previsão legal específica para a adição das despesas relativas à amortização de ágio na determinação da base de cálculo da CSLL, não se aplicando o art. 57 da Lei nº 8.981.

Contudo, a decisão recorrida está em evidente divergência com acórdão da 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, cuja ementa segue abaixo integralmente transcrita, verbis:

[...]

Verifica-se então a divergência entre os acórdãos no que diz respeito à interpretação do art. 57 da Lei 8.981/95. Enquanto que o acórdão recorrido julgou que o art. 57 da Lei 8.981/95 não autoriza a glosa, da base de cálculo da

contribuição social sobre o lucro, da amortização de ágio na aquisição de investimento, o acórdão paradigma julgou que o art. 57 da Lei 8.981/95, por determinar a aplicação à contribuição social sobre o lucro as regras de apuração do imposto de renda pessoa jurídica, terminou por adotar o mesmo disciplinamento contido na legislação do IRPJ quanto ao registro e tratamento a ser dispensado ao ágio, inclusive no tocante à sua amortização (arts 384 e seguintes do RIR/99), o que portanto autoriza a glosa do ágio amortizado da base de cálculo da CSLL.

Ainda em divergência, apresenta-se o acórdão paradigma nº 1402-001.786, cuja ementa segue integralmente transcrita:

[...]

Da análise dos acórdãos confrontados, verifica-se claramente a divergência jurisprudencial sobre o tema abordado.

No acórdão recorrido, o Colegiado a quo entendeu que a legislação do IRPJ contém previsões específicas relativamente aos efeitos da amortização do ágio, as quais não se aplicariam à base de cálculo da CSLL, tendo em que vista o art. 57 da Lei nº 8.981/95 não incidiria na presente hipótese. Acolheu, em suma, a tese de que diferentemente do previsto para a apuração do IRPJ, a legislação não veda expressamente a amortização do ágio na apuração da CSLL.

Em sentido diverso, no acórdão paradigma, os julgadores firmaram o entendimento de que nos termos do art. 57 da Lei nº 8.981/95, estende-se à CSLL, o mesmo tratamento dispensado pela legislação do IRPJ à amortização do ágio. Logo, assim como previsto para a apuração do IRPJ, a amortização do ágio também é vedada na apuração da CSLL, como regra geral.

Evidenciada está, pois, a divergência jurisprudencial sobre à interpretação do art. 57 da Lei 8.981/55.

Desse modo, diante das teses firmadas nos acórdãos recorrido e paradigma, fica patente a divergência jurisprudencial, encontrando-se presentes, portanto, os requisitos de admissibilidade do recurso especial, nos termos da legislação de regência (Decreto nº 70.235/72, art. 37, § 2º, II, c/c art. 67 e §§, do RI-CARF).

No mérito da primeira matéria, defende a reforma do recorrido argumentando que:

De início, cumpre tecer breves considerações sobre o ágio e a sua dedutibilidade na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Em apertada síntese, entende-se por ágio ou deságio a diferença entre o valor de patrimônio líquido de uma participação societária (proporcional à participação do sócio no capital social da empresa) e o seu custo de aquisição (montante pelo qual ela é negociada entre as partes contratantes). Se o valor de aquisição for maior que o patrimonial, ter-se-á ágio, se for menor, deságio.

No que tange aos investimentos realizados em sociedade coligada ou controlada, de acordo com o artigo 385 do RIR/99, em função do método de avaliação com base na equivalência patrimonial, o correspondente preço do ágio ou deságio

deverá ser registrado **pela parte que o suporta** em conta distinta daquela onde é escriturado o valor patrimonial do investimento (desdobramento do custo de aquisição).

Na apuração do lucro real e do resultado do exercício ajustado para fins de incidência da CSLL, usualmente, a amortização do ágio ou deságio não é deduzida ou tributada. Via de regra, a dedução ou tributação dessa amortização no âmbito do IRPJ e da CSLL somente ocorrerá quando o investimento que lhe deu origem for alienado ou liquidado (arts. 391 e 426 do RIR/99), quando então o ágio ou deságio é incluído no preço de aquisição do investimento que está sendo extinto.

Tal regra, todavia, não se aplica a certas hipóteses de incorporação, fusão ou cisão, quando a inclusão da amortização do ágio ou deságio na base de cálculo do IRPJ e da CSLL **será admitida** independentemente da alienação ou liquidação do investimento.

De acordo com o artigo 386 do RIR/99, o qual repete os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, quando uma pessoa jurídica absorve patrimônio de outra em consequência de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o artigo 385 do RIR/99, e o valor de mercado utilizado for embasado na previsão dos resultados de exercícios futuros, é possível desde já a dedução ou tributação da amortização do correspondente ágio ou deságio na apuração do IRPJ e da CSLL.

Por meio dessa exceção, a legislação tributária **considera que o investimento foi extinto com a incorporação, fusão ou cisão patrimonial**. Tal dedução ou tributação, contudo, observará certas condições estipuladas na legislação (por exemplo, amortização de no mínimo 1/60 para cada mês do período de apuração, etc).

É importante esclarecer que os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 **não instituíram um favor fiscal nem subvenção àqueles que adquiriram investimentos com o pagamento de ágio** (não é porque se pagou ágio que se poderá deduzir sua amortização para fins fiscais).

Em verdade, desde o Decreto-Lei 1.598/77, já era bastante claro que o ágio **não seria amortizável da base de cálculo do IRPJ**, mas comporia o custo do investimento na sua alienação. Confira-se:

[...]

Ocorre que **na extinção do investimento com a incorporação**, o efeito de reduzir a base de cálculo do IRPJ na alienação desse investimento (mediante a agregação do ágio ao seu custo – art. 33 do DL 1598/77) restaria inviabilizado. Por esse motivo, os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 permitiram que na incorporação do investimento fosse possível amortizar o ágio. Confira-se a doutrina de EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO¹:

De fato, na forma do art. 391 do RIR/99, as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio não serão computadas na determinação do lucro real, salvo quando ocorrer a alienação ou baixa do investimento. Assim sendo, o valor do ágio ou deságio amortizado e que afetar o resultado do período deverá ser adicionado ou excluído do valor do resultado do período para fins de determinação do lucro real. Esse mesmo valor será controlado na Parte B

¹ Imposto de renda das empresas. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 434.

do LALUR para futura exclusão ou adição, que deverá acontecer no período em que ocorrer a alienação ou baixa do valor do investimento. A exclusão, correspondente ao valor do ágio amortizado, só não será automática se a alienação ou liquidação do investimento ocorrer em situação na qual o valor da eventual perda não pudesse ser considerado dedutível.

(...)

A neutralidade do ágio ou deságio amortizado não existe em casos de incorporação, fusão ou cisão. De fato, de acordo com o art. 386 do RIR/99, que tem por matriz legal o art. 7º da Lei nº 9.532/97, e também o art. 10 da Lei nº 9.718/98, 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:

(...)

Sob o aspecto funcional, tais regras estabelecem procedimentos que devem ser adotados para as aquisições em que a sociedade investidora mantenha em sua escrituração contábil, ágio ou deságio na aquisição de investimentos em empresa que venha incorporar total ou parcialmente (caso de cisão parcial seguida de incorporação). Com isso, não mais é permitido que o valor de um ágio pago na aquisição de investimento possa ser totalmente amortizado, quando da aquisição se segue a fusão, ou incorporação pela investidora, da sociedade investida. Na verdade, nessas hipóteses, não havia simples amortização de ágio, mas efetiva baixa do valor, como ganho ou perda de capital.

(...)

As referidas normas regulam, grosso modo, o encontro – num mesmo patrimônio – do ágio ou deságio com os bens que lhes serviram de origem e que estavam originalmente em sociedades distintas.

Portanto, a finalidade do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 é regular o efeito fiscal da recuperação do ágio na aquisição do investimento, **quando este é extinto mediante a incorporação**. Se é essa a finalidade do dispositivo legal, **não faz sentido permitir a amortização quando não há extinção nem do investidor e nem da sociedade investida**. Esta é a questão que impõe seja solucionada no presente caso.

Tal como destacado pelo Auditor responsável pelo lançamento, o principal aspecto que impede a dedutibilidade do ágio registrado é o fato de que, na verdade, **quem adquiriu a participação societária com ágio foi a controladora estrangeira**, que assumidamente capitalizou a empresa brasileira para este fim.

Certamente não se planejava a aquisição da ELEKTRO diretamente pela IBERDROLA AS, vez que, como já exposto, seria necessária uma confusão entre o patrimônio de uma pessoa jurídica estrangeira e a investida no Brasil.

Para que a IBERDROLA ENERGIA não desaparecesse por completo, constituiu-se, em 30/03/2012, a IBERDROLA BRASIL, para quem IBERDROLA SA cede as quotas de sua controlada.

Com as reorganizações societárias, a IBERDROLA ENERGIA cumpre seu papel, razão pela qual o capital social é então reduzido com a absorção da reserva de ágio e com o cancelamento de quotas.

Fica claro então que o investimento foi feito pela sociedade estrangeira IBERDROLA S.A, que assumiu todo o ônus financeiro da operação. Não tendo havido a confusão patrimonial entre o investimento assumido no exterior e a investida no Brasil, indedutível o ágio amortizado.

Por certo, da leitura do artigo 386 do RIR/99, observa-se que a dedutibilidade da amortização de um ágio decorre do encontro num mesmo patrimônio do investidor com o investimento. Em face dessa confusão patrimonial, a legislação **admite que o contribuinte considere perdido o investimento** adquirido com o ágio e, assim, deduza a despesa que teve com essa “mais valia”.

De acordo com a previsão legal, qualquer situação diferente da hipótese aqui ventilada não admite a dedução da despesa com amortização do ágio. Uma incorporação, fusão ou cisão societária que envolva, por exemplo, uma **interposta pessoa como investidor (empresa veículo) não permitirá a aplicação do benefício fiscal instituído pelo artigo 386 do RIR/99**. O ágio pode até existir contabilmente, mas não será dedutível na apuração do lucro real.

Está evidente nos fatos acima demonstrados que o grupo estrangeiro IBERDOLA, desejoso de adquirir a empresa brasileira ELEKTRO percorreu caminho **sinuoso**, com finalidade de obter o benefício tributário da amortização do ágio, ao invés de promover a pura e simples compra das participações societárias.

Note-se a relevância do encargo assumido pela companhia espanhola IBERDROLA S.A, a qual - diferentemente da IBERDROLA ENERGIA - certamente possuía capacidade para aquisição direta da ELEKTRO, cujo valor de mercado estimado à época era próximo de R\$ 3,7 bilhões.

Em 15/04/2011, a IBERDROLA SA faz um aporte de capital na IBERDROLA ENERGIA no valor de mais de R\$ 4 bilhões (R\$ 4.429.023.405,00), sem integralização. A integralização de parte desse valor só ocorre em 31/10/2011, com “aproveitamento dos recursos emitidos do exterior, nos termos do contrato de câmbio [...] no valor de R\$ 3.768.960.000,00”.

Pelo balanço patrimonial de 2011 da IBERDROLA ENERGIA, fica inequívoco que o a contrapartida do aporte foi justamente o investimento na ELEKTRO.

E sendo assim, a incorporação envolvendo essa empresa-veículo (seja na condição de incorporadora, seja na de incorporada), não dá ensejo à união do investimento com o investidor, única hipótese que autorizaria a amortização do ágio.

O contribuinte lança mão de **argumentos genéricos e trivialidades para justificar a interposição da empresa-veículo**, conferindo-lhe um suposto propósito negocial. Tais argumentos tentam apenas criar “falsos problemas”, descrevendo situações absolutamente triviais e de ínfima importância no contexto de um investimento, como se fossem empecilhos que precisavam ser contornados pela utilização provisória de uma holding nacional.

Tendo esse fato como premissa, é evidente que a constituição da IBERDROLA BRASIL foi destituída de propósito negocial outro que não possibilitar o transporte do ágio constante do balanço da IBERDROLA ENERGIA para a ELEKTRO. De fato, para alcançar o objetivo de 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.

Releva notar que a IBERDROLA ENERGIA, ao fim e ao cabo, foi submetida a operação de cisão, de sorte que a modelagem que acabo de mencionar seria evidentemente mais simples, dispensando a constituição da IBERDROLA BRASIL.

Ocorre que, acaso adotada a modelagem mais direta e objetiva acima referida, o ágio constante do balanço da IBERDROLA ENERGIA e da EBC não seria levado ao balanço da ELEKTRO, razão pela qual não seria possível a respectiva amortização fiscal.

Essas considerações evidenciam 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, caracterizando flagrante prática de simulação, conforme o conceito anteriormente assentado. Correta, portanto, a glosa da amortização fiscal do ágio indevidamente contabilizada pelo contribuinte.

Não por outro motivo, a jurisprudência da CSRF se consolidou no sentido de **não admitir a amortização fiscal do ágio pago por sociedade de prateleira, constituída ou adquirida exclusivamente para fins da aquisição geradora do ágio**. A análise que tem sido empreendida na Câmara Superior de Recursos Fiscais abstrai de supostos **objetivos colaterais** (que sempre poderão ser “tirados da cartola”, como os apresentados acima) que se supostamente tenham ensejado a imperiosidade da aquisição mediante interposta pessoa jurídica que, miraculosamente, não se revela mais tão imperiosa passados poucos meses da aquisição.

O real adquirente da participação societária, é aquele que tem evidente e **substantiva** preexistência à aquisição, que é titular do *animus* e dos recursos para adquirir e manter o empreendimento adquirido. Se esta sociedade não incorporar ou for incorporada pelo investimento, não se tem por atendida a dimensão material do pressuposto do art. 386 do RIR/99.

Não há subsunção à norma autorizadora da antecipação do aproveitamento fiscal do ágio mediante amortização quando se cria ou utiliza sociedade sem finalidade outra que não servir de **extensão de caixa da real interessada no negócio** (real adquirente), apenas para ser absorvida pela adquirida (ou, no sentido inverso, absorvê-la).

Não existe um “direito de utilizar o benefício fiscal do ágio na aquisição de empresas”. O pagamento do ágio **não dá ao contribuinte direito algum** referente à amortização. O que confere o direito de deduzir a despesa de amortização, como já demonstrado, é a **absorção**, pelo adquirente, do patrimônio adquirido. A legislação simplesmente determinou um certo efeito tributário, benéfico ao contribuinte, **cabível se e quando vier a ocorrer a união de patrimônios**.

Leia-se: **legítima e real união de patrimônios, entre adquirente e adquirida. Afinal de contas, em nenhum momento a lei determina (ou permite ou induz) que o**

contribuinte “busque” uma forma de realizar uma união de patrimônios qualquer. A união de patrimônios é **causa, pressuposto** da amortização fiscal do ágio, e não o **objetivo** dela. E como **pressuposto legal** de um tratamento fiscal benéfico (**exceção à regra** de que o custo de aquisição só produz efeito fiscal quando da apuração do ganho em sua alienação – arts. 391 e 426 do regulamento), deve ser observado em sua dimensão material, e não meramente formal.

Não obstante a clareza elementar do acima exposto, faz-se de bom alvitre uma **breve digressão sobre o contexto histórico** no qual surgiu o regramento especial de dedução do custo de aquisição referente ao ágio.

Neste intuito, pede-se vênia para transcrever o minucioso relato feito na declaração de voto do eminente Conselheiro André Mendes de Moura, da Câmara Superior de Recursos Fiscais, proferida no Acórdão 9101-002.213, na sessão de fevereiro de 2016:

*“Na realidade, vale discorrer sobre o **contexto histórico** em que se deu o permissivo para o aproveitamento do ágio nessa segunda situação.*

Iniciamos pela Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997², que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

11. 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”, vem 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.

Vale observar que, sob a égide do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, vários contribuintes consideravam os eventos de incorporação, fusão ou cisão análogos à alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V).

A doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI³ discorre, com precisão:

Anteriormente à edição da Lei nº 9.532/1997, não havia na legislação tributária nacional regulamentação relativa ao tratamento que deveria ser conferido ao ágio em hipóteses de incorporação envolvendo a pessoa jurídica que o pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio.

² Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

³ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

O que ocorria, na prática, era a consideração de que a incorporação era, per se, evento suficiente para a realização do ágio, independentemente de sua fundamentação econômica.

(...)

Sendo assim, a partir de 1998, ano em que entrou em vigor a Lei nº 9.532/1997, adveio um cenário diferente em matéria de dedução fiscal do ágio. Desde então, restringiram-se as hipóteses em que o ágio seria passível de ser deduzido no caso de incorporação entre pessoas jurídicas, com a imposição de limites máximos de dedução em determinadas situações.

Ou seja, nem sempre o ágio contabilizado pela pessoa jurídica poderia ser deduzido de seu lucro real quando da ocorrência do evento de incorporação. Pelo contrário. Com a regulamentação ora em vigor, poucas são as hipóteses em que o ágio registrado poderá ser deduzido, a depender da fundamentação econômica que lhe seja conferida.

(...)

Percebe-se que, em razão de um completo desvirtuamento do instituto, o legislador foi chamado a intervir, para normatizar sobre situações específicas tratando de eventos de transformação societária envolvendo investidor e investida. Nota-se que em diversas oportunidades o ágio, ao ser considerado custo, era aproveitado integralmente, no ato da liquidação do investimento.

Inclusive, no decorrer dos debates tratando do assunto, chegou-se a cogitar que a normatização prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 teria concebido o aproveitamento do ágio não como uma despesa, mas sim na condição de um benefício fiscal.

Em breves palavras, caso fosse benefício fiscal, o próprio legislador deveria ter tratado do assunto, como o fez na Exposição de Motivos de outros dispositivos da MP nº 1.607, de 1997 (convertida na Lei nº 9.532, de 1997).

Na realidade, a Exposição de Motivos deixa claro que a motivação para o dispositivo foi um maior controle sobre os planejamentos tributários abusivos, que descaracterizavam o ágio por meio de analogias completamente desprovidas de sustentação jurídica.”

Bem contextualizadas as **razões históricas da instituição de regras especiais** para a dedução do ágio quando da extinção do investimento por meio de fusão, cisão ou incorporação entre investidora e investida, se vê que a **razão para a implementação de tais regras** foi coibir o abuso que vinha sendo praticado nas aquisições feitas com ágio visando sua **imediate e integral dedução**. Assim é que se instituíram normas e **hipóteses precisas para a dedução do ágio pago**, dependendo do seu fundamento.

Neste diapasão – e em coerência com o objetivo tomado como pressuposto –, é que o legislador definiu regras para o ágio que, em geral, **impedem sua dedução** mesmo diante do evento de incorporação, inviabilizando os planejamentos indesejados então em voga. No caso do ágio fundado em rentabilidade futura, entretanto, permitiu-se a dedução alongada no tempo, **caso ocorresse, de fato, a extinção do investimento por incorporação, fusão ou cisão.**

Não existe nenhuma evidência de que, por meio das regras instituídas na Lei 9.532/97, o legislador pretendia permitir a dedutibilidade imediata do ágio por rentabilidade futura ***per se***, isto é, pelo simples fato de ter sido pago. Portanto, não se faz cabível a insinuação de que o uso de empresa veículo para possibilitar o aproveitamento fiscal do ágio é livre ou “induzido” pela legislação.

Muito pelo contrário. Em sentido **diametralmente oposto**, o que se vê é que o evento que conduz à confusão patrimonial é **pressuposto inafastável** para permitir a dedução da despesa de amortização do ágio, **que em princípio é indedutível** (arts. 391 e 426 do RIR/99). E, como tal, deve ter uma causa que não a própria dedução da despesa de amortização do ágio. Afinal, como poderia algo ser, ao mesmo tempo, **causa e efeito** (obter a dedução ser a causa da incorporação e a incorporação ser a causa da dedução)?

Se o legislador fixou a **união de patrimônios** entre investidora e investida como pressuposto para a amortização do ágio pago na aquisição do investimento, é óbvio que o fez pensando em **verdadeiras operações de reorganização societária**.

Certamente, não era intenção do legislador estimular que grupos econômicos promovessem uma “desorganização societária”, mediante a criação e utilização de empresas veículos e sem propósito negocial (como a AYMSPE), apenas para “forçar” uma posterior “reorganização societária” com a incorporação dessas supostas investidoras **ad hoc**, a fim de incidir **artificialmente** na hipótese inicialmente pensada pelo legislador.

O raciocínio é elementar: se para obter o benefício da amortização do ágio os grupos econômicos estivessem legitimados a fazer **todo tipo de malabarismo** societário para incidir numa união de patrimônios **meramente formal**, bastaria então que a previsão legal fosse no sentido de que “quem adquirir participação societária com ágio está autorizado a deduzir o valor do ágio para fins fiscais na sociedade de sua escolha”, prevendo os procedimentos contábeis para refletir essa realidade.

Não seria necessário que a Lei tivesse exigido o elemento “decorativo” da absorção do patrimônio adquirido.

Entender que a simples aquisição de participação com ágio é **motivo suficiente para autorizar tais malabarismos** e o uso de sociedades sem substância econômica nem propósito negocial com vistas a obter a amortização do ágio, significa, com todas as vênias, **desconsiderar** o requisito previsto no art 7º da Lei 9.532/97, de que haja a legítima absorção do patrimônio.

É claro que esta não é a posição correta a ser adotada. **Não se presumem, na lei, palavras inúteis**. Se requisitos foram estabelecidos, eles devem ser cumpridos em sua **dimensão material**, não podendo ser aceitas e chanceladas operações meramente formais. Destarte, dúvidas não há quanto à abusividade do planejamento tributário em questão, que cria estruturas **ad hoc**, apenas para fazer incidir artificialmente na hipótese agraciada com o beneplácito da legislação fiscal.

Ao contrário do que alega o contribuinte, o caráter indutor da norma está em antecipar a dedução fiscal do ágio pago, **sob certas circunstâncias que a própria norma estipulou**. Ora, não há que se cogitar que a norma **induz** que se forjem as condições estipuladas na norma!

O entendimento de que se trata de norma de caráter indutor, ainda que correto fosse, em nada alteraria as conclusões do quanto exposto até aqui. Se a norma busca incentivar a concentração da empresa adquirente com a adquirida, não há que se falar que a norma autoriza a constituição de empresa-veículo para dela se beneficiar no plano formal, sem que haja, no plano fático, a concentração incentivada na norma.

Essa engenharia, aliás, é rechaçada pela própria CVM, que assim expôs na Nota Explicativa à Instrução CVM 349/2001, que alterou a instrução CVM 319/99:

*A Instrução CVM n° 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.** (...). Dessa forma, torna-se necessário que, na avaliação do investimento na controladora, sejam recompostos os montantes da equivalência patrimonial e do ágio remanescente.*

Diante do exposto, deve ser reformado o acórdão recorrido, uma vez que não se tem como verificado o atendimento ao pressuposto do artigo 386 do RIR/99. *(destaques do original)*

Argumenta em favor da *impossibilidade de dedução da despesa com a amortização do ágio na base de cálculo da CSLL*, observando que o Colegiado *a quo* acolheu o entendimento da Contribuinte de que não haveria *previsão legal para adição da correspondente despesa (amortização de ágio) na base de cálculo da CSLL*, partindo de uma premissa correta, mas chegando a uma conclusão indevida.

Recorda as disposições dos arts. 20, 25 e 33 do Decreto-lei nº 1.598/77 e prossegue aduzindo que:

Dessa forma, verifica-se que, em razão da adoção do Método da Equivalência Patrimonial no Brasil, o **Decreto-lei nº 1.598/1977 (uma norma tributária) se propôs a determinar a técnica contábil para segregar o custo do investimento em duas contas distintas. Significa dizer: as figuras do ágio e do deságio surgiram de uma lei de natureza fiscal, não de uma norma específica de contabilidade.** Nesse sentido, importante transcrever trecho da obra Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações:

"Ao comprar ações de uma empresa que serão avaliadas pelo método da equivalência patrimonial, deve-se, já na ocasião da compra, segregar na Contabilidade o preço total de custo em duas subcontas distintas, ou seja, o valor da equivalência patrimonial numa subconta e o valor do ágio (ou deságio) em outra subconta.

A Lei das Sociedades por Ações, na verdade, não abordou esse tratamento contábil especificamente; todavia, ele está de acordo com adequada técnica

contábil e expresso ainda na legislação fiscal, por meio do art. 385 do RIR/99 e na Instrução CVM n° 247/96 (em seu art. 13).⁴ (grifo nosso)

Cumpra observar que a legislação fiscal que autorizou a contabilização do custo de aquisição do investimento em duas subcontas distintas, uma para o ágio e outra para o patrimônio líquido, **determinou, em contrapartida, a neutralidade da amortização do ágio para fins da apuração do IRPJ.**

Com efeito, o art. 25 do Decreto-Lei 1.598/1977 foi expresso ao prever que a amortização do ágio **NÃO será computada na determinação do lucro real**. Não se deve olvidar que, na época da edição do referido Decreto-Lei, o único tributo que adotava o lucro real como base de cálculo era o imposto de renda. Lembre-se, está em análise ato normativo editado em 1977. Por essa razão, não constou qualquer ressalva específica com relação à CSLL, introduzida no ordenamento jurídico em 1988, pela Lei 7.689.

Entretanto, como a CSLL também utiliza o lucro real como uma das hipóteses de base de cálculo, evidente que a mesma regra deverá ser aplicada a ela. Afinal, a partir de uma interpretação teleológica, percebe-se que a finalidade da lei é permitir um controle contábil do ágio e da sua amortização, sem que tenha qualquer efeito fiscal até a alienação ou liquidação do investimento. Não faria qualquer sentido neutralizar o ágio para fins de base de cálculo do IRPJ e, na CSLL, que também utiliza o lucro real, ser possível a dedução.

Dessa forma, não se sustenta o argumento de que não existe previsão normativa no tocante à contribuição. Ainda que leis posteriores não fizeram ressalva específica para à CSLL, não tem como se furta da incidência do artigo 25 do Decreto-Lei 1598/77. Para todos os tributos que utilizarem o lucro real como base de cálculo, deve-se neutralizar os efeitos da amortização do ágio, por meio da adição dos valores ao lucro real.

Ademais, lei posterior determinou a aplicação das regras de apuração do IRPJ para a CSLL. Confira-se:

Lei n.º 8.981/95

"Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei n° 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 n° 9.065, de 1995)"

Consigne-se, ainda, o teor do art. 75 da IN SRF N.º 390/2004, que dispõe sobre a CSLL e também traz algumas determinações sobre ágio:

'Art. 3º Aplicam-se à CSLL as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e, no que couberem, 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.'

Portanto, não se está diante de um "silêncio eloquente", já que a legislação não foi silente. Ela **expressamente** proibiu a utilização da amortização do ágio na determinação do lucro real, e, repita-se, tal determinação deve ser aplicada em todos os tributos que utilizam o lucro real como base de cálculo. Em outros dispositivos legais também existe a ressalva de que a CSLL deve observar as mesmas regras aplicadas ao IRPJ.

Em suma, dos dispositivos contidos na IN acima citada conclui-se que a legislação relativa à CSLL adotou o mesmo disciplinamento contido na legislação do IRPJ quanto ao registro e ao tratamento a ser dispensado ao ágio, inclusive no que concerne à amortização (art. 384 e seguintes do RIR/99).

Sob outra perspectiva, no caso da apuração da base de cálculo da CSLL, como não há norma expressa que autoriza a dedução da despesa com amortização de ágio, não há que se falar nessa renúncia fiscal.

⁴ IUDÍCIBUS, Sérgio; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens. 7ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 2007: pág.170.

Assim, a dedutibilidade na CSLL da despesa com a amortização de um ágio não é assegurada em face da ausência de norma que preveja a adição dessa rubrica, **a despesa com a amortização de um ágio, ainda que considerada dedutível para fins de IRPJ, não é dedutível para a CSLL porque não há previsão legal a autorizando.**

Destarte, a autonomia legislativa entre o IRPJ e a CSLL não impede a glosa na apuração da CSLL do ágio considerado indedutível para fins do IRPJ, mas **impede o aproveitamento fiscal na apuração da CSLL do ágio considerado dedutível para o IRPJ.**

Deve-se se ter em mente, uma vez que a dedução de uma despesa na base de cálculo da CSLL importa **renúncia de receita do Estado**, seu cálculo pelo sujeito passivo se encontra **condicionado à expressa previsão legal**. Em suma, uma dedução na apuração da base de cálculo de um tributo não pode ser autorizada em face do silêncio da lei, mas sim em decorrência de norma autorizativa expressa. **A regra é a indedutibilidade das despesas, a sua dedutibilidade é a exceção que deve vir expressamente prevista.** Entender de forma distinta significa “rasgar” o preceito contido no artigo 111 do CTN, senão vejamos:

"Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias."

Destarte, **uma vez não sendo expressa a autorização para a dedução da base de cálculo da CSLL das despesas com a amortização de um ágio, essas despesas não são dedutíveis, mesmo se o ágio for considerado válido e dedutível para fins do IRPJ.** A regra é as despesas não serem dedutíveis, a exceção é o oposto.

De acordo com a legislação tributária, o sujeito passivo do IRPJ e da CSLL somente pode reduzir a base de cálculo desses tributos com as deduções expressamente autorizadas pela lei. A legislação é que deve determinar os valores que serão excluídos do cálculo da apuração do lucro real e do resultado positivo ajustado para fins de incidência da CSLL; não o contribuinte de acordo com o seu livre convencimento.

Não pode prevalecer a tese de que não existe norma que impeça a dedução da despesa com amortização do ágio da base de cálculo da CSLL. Mas, sim, **porque não há norma que autorize tal dedução.**

Além disso, não há que se falar em ampliação ilegal da base de cálculo da CSLL, visto que a Fiscalização apenas aplicou regras de apuração para chegar ao montante correto da base de cálculo – sem qualquer alteração no conceito trazido pelo caput do art. 2º da Lei nº 7.689, de 1988.

Neste contexto, como toda a espécie de renúncia fiscal, eventual dedução de uma despesa deve ser expressamente autorizada por lei, **não pode ser realizada em face do seu silêncio.** (*destaques do original*)

Pede, assim, que o recurso especial seja conhecido e provido, *a fim de que o acórdão recorrido seja reformado nos quesitos objeto da presente insurgência.*

Cientificada em 29/05/2023 (e-fl. 1860), a Contribuinte apresentou contrarrazões em 07/06/2023 (e-fls. 1863/1896) nas quais expõe a evolução do litígio e descreve as operações analisadas para, na sequência, defender o não conhecimento do recurso especial da PGFN por *ausência de demonstração analítica da divergência jurisprudencial*, vez que:

55. No caso concreto, a PGFN interpôs Recurso Especial invocando como paradigmas os acórdãos nº 9101-003.275 e 9101-002.962, ambos proferidos pela C. 1ª Turma da CSRF.

56. Ocorre que, a despeito do requisito obrigatório de se demonstrar a comparabilidade entre fatos e premissas jurídicas (demonstração analítica), a PGFN se limitou a reproduzir longos trechos do acórdão recorrido e dos acórdãos paradigmas, sem efetivar qualquer comparação efetiva entre os casos.

57. Nesse passo, ressalte-se o fato de os referidos acórdãos envolverem discussões relacionadas à dedução fiscal do ágio não remetem imediatamente à similitude, sendo que ao longo dos anos, os julgamentos proferidos pela CSRF destacaram requisitos distintos para concluir pela dedutibilidade ou não da amortização. Por essa razão, é essencial que, em uma comparação analítica, a Recorrente (seja ela a PGFN ou contribuinte) demonstre que os mesmos elementos fáticos da discussão foram analisados em cada acórdão, atendendo, assim, o requisito formal de comparabilidade.

58. De outra forma, o esforço de comparabilidade dos julgados é transferido para o órgão em fase de julgamento de mérito, cabendo à Turma Julgadora adentrar nas minúcias para identificar se as decisões referenciadas são, de fato, comparáveis.

59. A falta de cotejo analítico entre as razões de decidir do acórdão recorrido e dos paradigmas já é motivo suficiente para o não conhecimento do Recurso Especial da PGFN, por descumprimento da exigência do artigo 67, §8º do RICARF.

Aponta, também, *ausência de impugnação específica dos fundamentos do acórdão* porque:

60. Não bastasse o exposto, tem-se que o Recurso Especial interposto pela PGFN não merece ser admitido por este E. CARF, por afronta à disposição do artigo 932, inciso III, do CPC/15⁵, de aplicação subsidiária ao processo administrativo fiscal⁶. Não existe impugnação específica aos fundamentos dos r. acórdãos, o que evidencia a deficiência da fundamentação recursal, em contrariedade ao art. 1.029, do CPC/15 e a Súmula nº 182⁷, do A. STJ.

61. Como é cediço, é imprescindível que o recurso demonstre a necessidade de reforma da decisão em face da qual se contrapõe, dedicando-se a impugnar especificamente todos os seus fundamentos.

62. A impugnação específica é medida fundamental não só para que haja o confronto de entendimentos, bem como para que seja possível a exata compreensão da controvérsia, sob pena de não conhecimento do recurso. Dessa

⁵ Art. 932. Incumbe ao relator: (...)

III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

⁶ Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

⁷ Súmula nº. 182/STJ: “É inviável o Agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.”

forma, se faz necessária a apresentação da correta interpretação da norma legal tida por violada, em contraposição ao entendimento do acórdão recorrido.

63. No entanto, o que se vê no presente caso é que o Recurso Especial interposto pela PGFN traz alegações genéricas, sem o devido confronto com os fundamentos do r. acórdão recorridos que levou ao cancelamento do Auto de Infração.

64. De fato, de um exame rápido do acórdão recorrido, já se depreende que o entendimento do voto vencedor está centrado nos requisitos formais e substanciais previstos na legislação de regência, notadamente os artigos 7º, 8º da Lei nº 9.532/97, quais sejam: (i) aquisição de participação societária com pagamento de ágio; (ii) avaliação do investimento com base no MEP; (iii) fundamento do ágio com base na expectativa de rentabilidade futura; e, por fim; (iv) evento societário de incorporação, cisão ou fusão entre a sociedade que o ágio está contabilizado e a sociedade que o fundamenta.

65. Ainda, o voto vencedor enfrenta diretamente as razões consignadas pela decisão recorrida para a manutenção da cobrança, quais sejam: (i) a suposta existência de simulação; e, (ii) a forma para a reorganização societária. Não há um debate direto e expresso sobre a existência de confusão patrimonial entre investidora e investida.

66. O Recurso Especial ora contraarrazado, por sua vez, limita-se a resgatar as alegações do auto de infração, alegando inexistência de “confusão patrimonial entre real investida e real investidora”, sem enfrentar ou rebater de forma efetiva os fundamentos acórdão recorrido.

67. Na verdade, em melhor análise, o que se depreende é que a PGFN dedica as páginas do seu apelo a reforçar, de maneira genérica, a tese enfrentada nos julgados paradigmas, sem se desincumbir do seu ônus de impugnar especificamente as razões do acórdão recorrido, com as particularidades do caso.

68. Na verdade, a bem dizer, a PGFN nem sequer se desincumbiu do seu ônus de trazer a questão que pretendia levar à CSRF – confusão patrimonial – de maneira direta e expressa. O Recurso Especial, com toda vênia, não cumpriu requisito elementar do recurso, qual seja, a demonstração dos motivos pelos quais entende que o v. acórdão recorrido deve ser reformado por esta E. 1ª CSRF.

69. Caracteriza-se, dessa forma, a ausência de impugnação específica, conforme preceitua a Súmula nº 283⁸ do A. STF e Súmula nº 182⁹ do A. STJ, aplicáveis analogicamente ao caso dos autos¹⁰, não podendo ser conhecido o recurso em linha também com a jurisprudência daquele tribunal superior¹¹.

⁸ “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

⁹ É inviável o agravo do art. 545 do cpc que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.

¹⁰ AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 283 DO STF. 1. É inadmissível o recurso extraordinário que não ataca o fundamento do acórdão recorrido. Incidência da

Acrescenta, ainda, a *inexistência de similitude fática e jurídica dos paradigmas*, demonstrando que:

70. Por fim, não poderia a Recorrente deixar de destacar que o Recurso Especial não pode ser admitido também por afronta direta do art. 67 do RICARF, no contexto de similitude dos julgados. Explica-se.

71. Como dito, o caso concreto exige a cobrança de IRPJ e CSLL decorre de glosa de despesas da amortização fiscal de ágio pago pela denominada Iberdrola Energia na aquisição do controle direto e indireto da Elektro em abril de 2011. Conforme TVF, os fundamentos para glosa foram os seguintes:

(i) o investimento direto e indireto na Recorrida teria sido adquirido pela Iberdrola Energía S.A. (“Iberdrola S.A.”, empresa constituída na Espanha), controladora direta da Iberdrola Energia do Brasil Ltda. (“Iberdrola Energia”);

(ii) que inexistiria, no momento da ação fiscal, o demonstrativo que suporta a fundamentação econômica do ágio com base na expectativa de rentabilidade futura pago em relação à EPC – Empresa Paranaense Comercializadora Ltda. (“EPC”), na operação de aquisição indireta do investimento na Recorrente; e

(iii) que a reorganização societária realizada não teria resultado na “confusão patrimonial” entre a Iberdrola Energia, EPC e a Recorrente.

Súmula 283 do STF. 2. Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa, nos termos do art. 1.021, §4º, do CPC.

(ARE 1.029.454 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, 2ª Turma, DJe de 23/05/2017) (Destques nossos)
 AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROPAGANDA ELEITORAL NEGATIVA ANTECIPADA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 284. 1. É inviável o processamento do recurso quando o agravante não se desincumbe do ônus de de impugnar especificamente os fundamentos da decisão agravada, não restando preenchido o requisito de admissibilidade recursal previsto no art. 317, § 1º, do RISTF. Incidência da Súmula 284 do STF. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 923584 AgR, Rel. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 10/03/16 – destaques nossos)

¹¹ EMENTA - RECURSO ESPECIAL. ACORDÃO RECORRIDO EMBASADO EM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL NÃO IMPUGNADO ATRAVES DE RECURSO EXTRAORDINARIO. NÃO CONHECIMENTO.

I - E INADMISSIVEL RECURSO ESPECIAL QUANDO O ACORDÃO RECORRIDO ASSENTA-SE EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL, QUALQUER DELES SUFICIENTE, POR SI SO, PARA MANTE-LO, E A PARTE VENCIDA NÃO MANIFESTA RECURSO EXTRAORDINARIO. II - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (Resp 18.903, Min. Pádua Ribeiro, DJ 13.4.92 – destaques nossos)

EMENTA - CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA DE RESCISÃO CONTRATUAL, SOB O FUNDAMENTO DE DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO, CONSISTENTE NA ENTREGA DA MERCADORIA AVENÇADA. RECONVENÇÃO. ALEGAÇÃO DE FORÇA MAIOR E NÃO CONTINUIDADE DA RELAÇÃO CONTRATUAL POR CULPA DOS RECORRIDOS. CUMULAÇÃO DE MULTA CONTRATUAL E PERDAS E DANOS. ERRO MATERIAL NO JULGAMENTO.

I - As questões relativas à aplicação dos arts. 126, 293 e 515, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, não foram ventiladas no julgado recorrido (Súmula nº 282-STF)

II - As violações dos arts. 460 do Código de Processo Civil, 5º, § 2º, da Lei nº 7.777/89 e 6º, parágrafo único, do Decreto-lei nº 2.284/86 foram insuficientemente demonstradas (Súmula nº 284-STF).

III - Ofensa aos arts. 128, 131 e 463 do Código de Processo Civil não configurada. Vulneração ao art. 1.058 e seu parágrafo único do Código Civil não caracterizada.

IV - Ademais, no caso, quanto ao mérito, embasou-se o acórdão em diversos fundamentos suficientes, por si só, para mantê-lo, dos quais um apenas foi impugnado pela recorrente. Aplicação da Súmula nº 283-STF. V - Dissenso pretoriano não demonstrado com observância do art. 255, § 2º, do Regimento Interno desta Corte.

VI - Recursos especiais não conhecidos (Resp 124311/SP, Min. Pádua Ribeiro, DJ:13/11/2000 – destaques nossos)

72. Não há, no lançamento, qualquer consideração sobre a suposta participação de “empresa veículo” ou mesmo acusação de “simulação, fraude ou dolo”. Inclusive, a cobrança foi lavrada com multa de ofício de 75%. Não há, no lançamento, acusação de artificialidade ou falta de substância da Iberdrola Energia. A premissa presente do lançamento era a inexistência de vício na operação e a indedutibilidade por descumprimento de, na sua visão, requisitos objetivos.

73. A DRJ, por sua vez, ao examinar o caso, ignora os fundamentos originalmente suscitados no TVF e afirma pela manutenção da cobrança considerando que as reorganizações societárias foram implementadas “sem qualquer outro propósito negocial, caracterizando flagrante prática de simulação” (fl. 1.421) e questionando a forma das operações societárias que, na sua visão, não seriam “diretas e objetivas”.

74. Quando do julgamento do Recurso Voluntário pela Turma Ordinária do E. CARF, o voto vencedor, em cuidadoso exame da operação, analisa o lançamento sob a perspectiva dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 e reconhece que todos os requisitos exigidos pela legislação foram cumpridos. **Não há discussões sobre o uso de empresa veículo (esse elemento nunca foi referenciado no processo) ou sobre qualquer artificialidade da empresa adquirente. Esse ponto é extremamente relevante porque denota a diferença entre os cenários fáticos examinados pela CSF nos paradigmas e pela Turma Ordinária no caso concreto.**

75. Portanto, a divergência entre os julgados **não** está na aplicação da norma e sim nos fatos, não cabendo uniformização de julgados pela CSRF. Senão, veja-se.

76. O acórdão 9101-003.275 (primeiro paradigma) tem origem em lançamento de multa de 150% e isolada por entender que a amortização fiscal do ágio gerado em aquisição de participação societária de terceiros, através de “empresa veículo”.

77. Após regular transcurso do feito, o caso chegou a CSRF, tendo a 1ª Turma entendido pela manutenção da cobrança - inclusive com a multa de 150% - trazendo como fundamento para justificar a inexistência de confusão patrimonial entre investidora e investida o fato de a adquirente ser empresa veículo efêmera e artificial. Nesse sentido é o seguinte trecho do acórdão:

Mas vale dizer que o caso em tela retrata, com nitidez, a construção artificial do suporte fático, para que se pudesse amoldar à hipótese de incidência de despesa de amortização do ágio (item 6 do presente tópico). Resta evidente o deliberado intuito de fabricar uma despesa com repercussão na base tributável. As transações ocorreram mediante utilização de empresa sem substância, de “prateleira”, a MAN S/A.

78. A caracterização da empresa adquirente como artificial e “de prateleira” foi tão relevante para o entendimento da 1ª Turma da CSRF que esse elemento resultou, inclusive, em reestabelecimento da multa qualificada de 150%:

O plus na conduta é evidente, com eventos mediante utilização de empresa artificial e em breve lapso temporal, ultrapassando o tipo objetivo da norma tributária. Não se trata de mero descumprimento do dispositivo legal. Verifica-se a presença dos elementos cognitivos e volitivos, consumando-se o dolo (...).

79. E esse elemento de artificialidade constou em diversos trechos do voto vencedor, sendo premissa das conclusões pela inexistência de confusão patrimonial.

80. Portanto, no caso do primeiro paradigma citado pela PGFN a artificialidade da empresa veículo **era questão central**. Diferentemente do caso concreto, onde a existência e substância da adquirente sempre foi reconhecida (a Iberdrola Energia é empresa com atividade operacional e existente há mais de 10 anos).

81. Exatamente por isso, no acórdão recorrido, a questão da “confusão patrimonial” não é sequer debatida. Nenhum dos tópicos do voto vencedor enfrenta essa questão diretamente, tal como pretende a PGFN fazer no seu apelo. Na verdade, há até aqui uma deficiência quanto ao prequestionamento, sendo que a PGFN sequer se desincumbiu do seu ônus de embargar para pedir manifestação expressa do colegiado a esse respeito.

82. A divergência, portanto, deu-se entre os fatos e não entre as conclusões jurídicas, não se prestando o acórdão a ser utilizado como paradigma para uniformização de jurisprudência.

83. O acórdão nº 9101-002.962, segundo paradigma escolhido pela PGFN, não merece melhor sorte. Desde a origem, a acusação de indedutibilidade do ágio estava centrada na utilização de uma “empresa considerada efêmera e sem substância como adquirente da participação societária”, sendo que esse foi o elemento determinante para a conclusão da CSRF:

*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). (...)*

*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).*

84. Ou seja, também para o segundo paradigma, o entendimento da 1ª CSRF foi centrado na participação de uma empresa veículo sem substância, o que resultaria, nessa visão, a inexistência de confusão patrimonial entre a investidora e a investida.

85. Mais uma vez, a premissa fática do acórdão paradigma é distinta, o que torna impossível a aproximação das teses jurídicas para fins de uniformização do julgado.

86. Se a discussão que a PGFN pretender levar a C. CSRF é a inexistência de “confusão patrimonial” entre investidora e investida e o não atendimento do requisito do artigo 7º da Lei nº 9.532/97 deveria ter resgatado casos em que o E. CARF entendeu que inexistia a confusão patrimonial mesmo em casos em que a adquirente fosse empresa operacional e com substância.

87. Em suma, embora todos os três casos tratem da dedução fiscal do ágio, não há similitude no contexto fático, sendo defeso pretender uniformizar o entendimento quando as situações tratadas são distintas.

88. Note-se que situação idêntica foi levada a CSRF e a Turma, corretamente, entendeu pela inadmissibilidade do recurso, como se observa da ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016 RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. CONTEXTOS FÁTICOS DIFERENTES. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. Não se conhece de recurso especial cujos acórdãos apresentados para demonstrar a divergência evidenciam decisão em contexto fático distinto, concernente à interposição de empresas-veículo sem estrutura operativa, efêmera e com evidências de artificialidade em sua constituição, e não, como no recorrido, de pessoa jurídica com vida econômica própria, autônoma, operacional há anos, também objeto de aquisição contemporânea, não questionada pela autoridade fiscal e, ao final, unificada à segunda investida, depois de atuar na liquidação de sua aquisição.

(Ac. 9101-006.533, 1ª T CSRF, Rel. Edeli Bessa j: 05/04/2023)

89. No julgamento acima citado, a PGFN pretendia levar à CSRF a discussão sobre confusão patrimonial suscitando dois paradigmas (um, inclusive, é o mesmo do REsp desses autos) que tinham como premissa a existência de confusão patrimonial quando a adquirente fosse uma “empresa-veículo” efêmera e com evidências de artificialidade, quando o acórdão recorrido, exatamente como no caso concreto, reconhecia a substância e existência da adquirente.

90. Muito acertadamente e em decisão unânime, a Turma entendeu pela ausência de similitude nos cenários fáticos, impedindo o acesso ao julgamento de mérito. Merece destaque o voto da Conselheira Relatora Edeli Bessa:

"... a efemeridade da empresa-veículo referida no paradigma, para além de a operação lá analisada se destinar a ingresso e saída de recursos de e para o exterior, mantendo-se no Brasil apenas o ágio a ser amortizado com extinção da empresa-veículo, constituída apenas para estas finalidades, são diferenciais que impedem a caracterização do dissídio jurisprudencial, mormente frente aos destaques feitos no acórdão recorrido acerca do fato de a pessoa jurídica referida como empresa-veículo ter vida econômica própria, autônoma, operacional, desde 1997, além de ter sido objeto de aquisição pelo mesmo investidor estrangeiro, antes de sua unificação à Contribuinte atuada. (...) De fato, nos termos do art. 67 do Anexo II do RICARF, o recurso especial somente tem cabimento se a decisão der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Colegiado deste Conselho. Por sua vez, para comparação de interpretações e constatação de divergência é indispensável que situações fáticas semelhantes tenham sido decididas nos acórdãos confrontados. Se inexistir tal semelhança, a pretendida decisão se prestaria, apenas, a definir, no caso

concreto, o alcance das normas tributárias, extrapolando a competência da CSRF, que não representa terceira instância administrativa, mas apenas órgão destinado a solucionar divergências jurisprudenciais. (...) Por tais razões, deve ser NEGADO CONHECIMENTO ao recurso especial da PGFN.”

91. No mesmo sentido, negando conhecimento ao recurso especial da Fazenda Nacional em casos de ágio, por falta de similitude dos cenários fáticos são os acórdãos Ac 9101-004.816, 9101- 006.251 e 9101-006.253, entre outros.

92. Por todo o exposto, os acórdãos paradigmas citados pela PGFN não se prestam a comprovar o atendimento aos requisitos de previstos no RICARF, devendo ser esse, de plano, rejeitado. *(destaques do original)*

Na sequência, apresenta *as razões para o não provimento do recurso especial*, afirmando a *ilegitimidade dos fundamentos aduzidos pela PGFN*, primeiramente acerca da *impossibilidade de se qualificar a Iberdrola Espanha como “real investidora” ou reputar a “ausência de confusão patrimonial”* nos seguintes termos:

97. A linha de argumentação da PGFN parte da equivocada premissa de que o controle da Recorrida não teria sido adquirido pela Iberdrola Energia, mas pela Iberdrola Espanha, sociedade domiciliada no exterior, reputada como a “real adquirente”, sustentando ainda a suposta ausência do que intitula de “confusão patrimonial entre adquirente e adquirida”¹².

98. Trata-se da ficção jurídica já conhecida por esta C. CSRF de que a origem mediata dos recursos deve prevalecer sobre os atos jurídicos praticados, as autorizações obtidas junto à órgãos reguladores para implementar a aquisição (e não de qualquer empresa no exterior) e posterior reorganização societária, e demais aspectos provados nos autos. Seleciona-se, assim, um evento financeiro anterior para negar o exercício do direito à dedução fiscal de ágio pago a uma parte independente, por uma empresa operacional brasileira.

99. A PGFN retoma as acusações originais do lançamento - acusações essas sequer consideradas pelo E. CARF - e, na tentativa de restaurar uma alegação, incorre em impropriedades jurídicas: confunde o sócio da Recorrida que subscreveu em dinheiro o aumento de capital, provendo-lhe de recursos próprios para investimentos, com a figura da Iberdrola Energia que efetivamente negociou a aquisição; figurou como a parte compradora no Contrato de Compra e Venda, obrigando-se a pagar o preço objeto do contrato; adquiriu a propriedade dos investimentos cujo Ágio Iberdrola se discute, e pagou o preço com recursos próprios (o chamado “sacrifício patrimonial”), conforme examinado e expressamente autorizado pela agência reguladora do Governo Federal (ANEEL).

100. Para a PGFN, portanto, os efeitos jurídicos da operação decorreriam da origem dos fluxos financeiros, e não dos atos e negócios jurídicos realizados e dos próprios efeitos atribuídos pela lei brasileira a eles. Essas alegações, contudo, não podem ser admitidas por essa C. CSRF. Vejamos.

¹² Esse posicionamento fica claro no seguinte trecho do Recurso Especial (fls. 1827): “Tal como destacado pelo Auditor responsável pelo lançamento, o principal aspecto que impede a dedutibilidade do ágio registrado é o fato de que, na verdade, quem adquiriu a participação societária com ágio foi a controladora estrangeira, que assumidamente capitalizou a empresa brasileira para este fim”.

101. Em primeiro lugar, a PGFN ignora que a Iberdrola Energia é uma sociedade operacional brasileira com substância econômica, regularmente constituída mais de dez anos antes da operação.

102. Essa sociedade existe de fato e de direito e praticou toda as atividades ligadas à sua finalidade empresarial, cumprindo, assim, a sua legítima função de empresa ao “exercer a atividade econômica profissionalmente organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, nos termos do artigo 966 do Código Civil, o que afasta qualquer acusação de falta de “propósito negocial” (o que sequer é admitido com base no posicionamento firmado pelo A. STF no julgamento da ADI 2446 que transitou em julgado em maio de 2022). Inclusive, inexistente qualquer alegação quanto à presença de “empresa-veículo”.

103. Esse primeiro aspecto é de suma relevância inclusive porque demonstra a absoluta ausência de similitude fática com as demais situações aventadas pela PGFN no seu Recurso Especial como paradigmas.

104. Em segundo lugar, a PGFN desconsidera que não há qualquer comando no regime da Lei nº 9.532/97 aplicável ao Ágio Iberdrola que dê suporte aos chavões de “real investidor” ou “ausência de confusão patrimonial” à luz dos fluxos econômicos da operação, quando é imputado qualquer vício, e ao fato de a sociedade investida ter utilizado recursos recebidos via aporte de capital do seu sócio estrangeiro, empregando os recursos para legitimamente pagar o preço de compra.

105. Ora, o artigo 1.228 do Código Civil ao tratar da propriedade, estabelece, nesse contexto, que o proprietário é aquele que tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa¹³. Por seu turno, o artigo 1.231 do Código Civil determina que a propriedade se presume plena e exclusiva, até prova em contrário¹⁴.

106. Com base nessas definições, a interpretação da expressão “aquisição de participação societária” para fins do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77 deve ser entendida como **negócio jurídico que acarrete a transferência da propriedade de ações ou quotas de determinada sociedade**, sendo o “adquirente” a pessoa que, por um título translativo (tal como Contrato de Compra e Venda), se torna proprietário dessas ações ou quotas (como a Iberdrola Energia).

107. A aquisição de participação societária usualmente ocorre por meio do negócio jurídico de compra e venda, contrato típico disciplinado pelo direito civil 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”^{15 16}. Esse é o entendimento da RFB, na Solução de Consulta COSIT nº 3/2016.

¹³ Art. 1228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

¹⁴ Art. 1.231. A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário.

¹⁵ GOMES, Orlando. Contratos. 26ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2008. p. 265.

¹⁶ Conforme sustentado por Ricardo Mariz de Oliveira, o termo “aquisição de participação societária” significa que “a transmissão da propriedade pela qual a investida adquira participação (...) e esta corresponde ao custo, por ser a obrigação da adquirente necessária a adquirir a participação. Em suma, para haver ágio ou deságio é necessário que haja uma aquisição, a que título for, isto é, por qualquer meio legal (qualquer ato ou negócio jurídico) que tenha por efeito a transmissão da propriedade de participação em coligada ou controlada” (OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Questões Atuais sobre o ágio. p. 230).

108. Foi o que ocorreu no caso em tela conforme devidamente reconhecido pelo E. CARF: a participação societária foi comprada pela Iberdrola Energia, sociedade brasileira que figurou como “Compradora” no Contrato de Compra e Venda e que efetuou o pagamento do preço de compra previsto no referido instrumento. Como dito, a Iberdrola Energia também assumiu e suportou as obrigações acordadas com o Grupo AEI, incluindo a obrigação de pagar o preço de compra, apresentação de declarações formais previstas na Seção 5 do contrato (Declarações e Garantias da Compradora), além das obrigações de indenizar previstas na Seção 10 (Indenização);

109. Qualquer alegação em sentido contrário implica flagrante descon sideração dos institutos do direito privado e, conseqüentemente, viola os artigos 109 e 110 do CTN, além da própria realidade dos fatos comprovados. Viola ainda o artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77 e a Lei nº 9.532/97, os quais se referem justamente a aquisições de participações societárias, na acepção dada ao termo pelo direito privado¹⁷.

110. Veja-se também que a construção ora defendida pela PGFN de que os valores oriundos do aumento de capital pertenceriam à Iberdrola Espanha para reputá-la como “adquirente” – afastado pela decisão do E. CARF - também viola as disposições do Código Civil e da LSA, que tratam das condições e formalidades a serem observadas para que se implemente a devolução do capital aos sócios. A Iberdrola Espanha apenas teria direito de ter os valores restituídos em caso de encerramento das atividades da Iberdrola Energia ou verificado o excesso do capital.

111. A integralização do capital é, como já esclarecido nos autos, uma forma de transferência de capital entre o sócio o a sociedade cujo capital se formou com a respectiva integralização. O patrimônio da investida não se confunde com o do acionista, que recebe apenas o direito de acionista materializado nas ações recebidas.

112. Isso, pois, o aporte efetuado na Iberdrola Energia jamais poderia ser usado para justificar a descon sideração da sua existência. Esses aportes deram a esta empresa autonomia patrimonial. Portanto, o recebimento de recursos (via aumento de capital) apenas corrobora a personificação jurídica da Iberdrola Energia, que utilizou esses recursos para a estrita consumação de seu objeto social, nos termos disciplinados pela LSA e pelo Código Civil.

113. Negar esse fato é negar a própria existência da Iberdrola Energia (que é uma sociedade operacional), conforme regulado pelo direito brasileiro, atribuindo-se

¹⁷ A Recorrida evidenciou também que o posicionamento do Fisco ignora o “tratamento equiparado” reconhecido pelo artigo 150, inciso II da CF/88 que não faz distinção entre residentes e não-residentes, além do critério utilizado pela Lei nº 4.131/62 que veda de discriminação dessa limitação ao exercício de competência tributária, qual seja, o tratamento menos favorável sobre “contribuintes” (residentes e não residentes) que se encontrem em “situação equivalente”. Portanto, a pretensão do Fisco de obrigar uma sociedade espanhola a adotar caminho para afastar a aplicação de um legítimo direito positivado na legislação brasileira – investimento direto e indireto na Recorrida sem a possibilidade de futura incorporação e usufruir do legítimo direito à dedução fiscal de ágio pago na aquisição de participação em empresas brasileiras – além de carecer de suporte legal – também viola a cláusula de “Não Discriminação” prevista no artigo 24 da Convenção firmada entre o Brasil e a Espanha para Evitar a Dupla Tributação, promulgada pelo Decreto nº 76.975/75. Foi evidenciado que a prevalecer esse raciocínio fiscal, uma empresa brasileira controlada por grupo brasileiro poderá tomar financiamento local e realizar a aquisição, ao passo que uma empresa brasileira, como a Iberdrola Energia, investida por grupo espanhol e que receba recursos a título de aumento de capital por tal investidora não poderá.

os seus ativos e passivos ao acionista estrangeiro, ignorando que a autonomia patrimonial da pessoa jurídica é o principal elemento apontado pela doutrina como identificador da personalidade jurídica.

114. Ainda, na curiosa linha de argumentação sustentada pela PGFN, a parte adquirente em um contrato de compra e venda não seria mais aquele que figura como adquirente nesse contrato e que paga o preço (exatamente o caso da Recorrida como comprovado nos presentes autos), tornando-se a titular dos direitos de propriedade inerentes ao bem adquirido, mas daquele que em outra relação jurídica completamente distinta teria indiretamente disponibilizado recursos para transação, ainda que sob a forma de aumento de capital.

115. Não é preciso muito esforço argumentativo para se constatar que essa linha de raciocínio é descabida e inteiramente incompatível com o sistema brasileiro. Essa posição acabaria por criar situações absurdas em que a propriedade de bens adquiridos por uma empresa seria atribuída, diretamente, aos sócios, simplesmente porque a empresa foi constituída a partir de aporte de capital por eles realizado.

116. Ou ainda que quaisquer bens financiados por terceiros, como por exemplo, bancos brasileiros ou estrangeiros teriam sua titularidade atribuída a essas próprias instituições financeiras, em detrimento dos legítimos adquirentes, figurando como tal em contratos de compra e venda e demais documentos formalizando as operações.

117. Nesse caso, imaginando o cenário hipotético retratado acima no qual a Iberdrola Energia tivesse contratado um empréstimo junto à instituição financeira local para financiar a aquisição do investimento, seria tal instituição qualificada pelo Fisco brasileiro como a “adquirente do investimento e detentora do ágio”, tão somente por ter emprestado parcela dos recursos empregados para o pagamento do preço de aquisição do investimento? Nesse caso, deveria a instituição, na qualidade de financiador, reconhecer o investimento e o ágio pagos para a aquisição do investimento na Recorrida? A resposta é indubitavelmente negativa¹⁸.

118. As observações acima são confirmadas pela constatação de que a forma de organização dos atos e negócios é tema afeto única e exclusivamente à autonomia da vontade das partes, merecendo especial atenção as disposições contidas nos artigos 421 e 421-A do Código Civil. Esses dispositivos, editados no âmbito da Lei de Liberdade Econômica, preveem que as partes são livres para contratar, desde que respeitados os limites da função social, devendo ser respeitada essa liberdade, que também é garantida pela CF/88 (artigo 170, parágrafo único)¹⁹.

¹⁸ Outra consequência imaginável dessa curiosa linha de entendimento do Fisco é se a entrega de dinheiro pelo controlador em forma de capital para aquisição de imóveis faria com que a controladora fosse a adquirente do imóvel; por isso seria indedutível a depreciação na controlada? Se fôssemos adotar esse entendimento, a conclusão seria sempre que tudo na economia seria da controladora. Esse frágil raciocínio obrigaria ainda que revíssemos o próprio conceito de controlador, que deixaria de existir, na figura de uma sociedade. 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. Em outros termos, nenhuma sociedade que tenha acionista controlador seria adquirente de nada! É evidente que não há nenhum sentido nisso. Ao menos no sistema jurídico brasileiro.

¹⁹ Destaque-se que o Fisco nunca emitiu qualquer instrução ou orientação a respeito da legislação do ágio, sendo que, quando o fez, nas Soluções de Consulta COSIT n° 3/2016, 13/2020 e 39/2020, não tratou da tese do “real adquirente”.

119. Em suma, os conceitos indevidamente invocados pela PGFN, jamais poderiam fundamentar a glosa do Ágio Iberdrola que foi legitimamente pago pela Iberdrola Energia e amparado por operações verdadeiras. *(destaques do original)*

Apresenta quadro demonstrativo de que os requisitos de “aquisição de participação societária”, de “registro de investimento e do ágio”, de “fundamento econômico do ágio” e de “incorporação entre a sociedade adquirida e adquirente, ou vice-versa” foram atendidos conforme extrai das fls. 1779 e 1780 do acórdão recorrido. E prossegue:

121. Em relação às operações descritas neste último item, não há como prevalecer a indevida alegação da PGFN de que “a reorganização societária foi forjada de forma a possibilitar a implementação desse objetivo, com sucessões de operações societárias sem qualquer outro propósito negocial, caracterizando flagrante prática de simulação, conforme o conceito anteriormente assentado” (fl. 1829).

122. Essa alegação simplesmente desconsidera que a reorganização tinha verdadeiro propósito negocial e substância econômica, sendo de fato implementada para atender a Política de Governança Corporativa do Grupo Iberdrola, aplicada a todos os investimentos controlados pelo referido grupo²⁰, e cujo objetivo era assegurar a independência dos negócios sujeitos à regulação governamental, em relação aos negócios não regulados. Esse propósito, além de comprovado nos autos pela Recorrida, foi expressamente reconhecido pelo E. CARF nos seguintes termos (fl. 1783):

É certo que o objetivo primário da reorganização societária de 2012 era o alinhamento às Políticas de Governança Corporativa, e assim, ainda que se exija propósito, pode até se afirmar que a operação em tela não buscou economia tributária alguma que não as decorrentes estritamente da realização do negócio almejado pelas partes. Porém, como se afirmou, a justificativa é irrelevante para o caso dos autos, em face da liberdade do contribuinte para conduzir seus próprios negócios. Desta forma, inexistindo qualquer vedação legal para que o Grupo Iberdrola implementasse a reestruturação societária de 2012 da forma como foi feita, não cabe a discussão para saber a forma mais adequada.

123. A decisão do E. CARF também reconheceu, nesse contexto, que não cabe ao Fisco fazer juízo sobre a administração dos grupos empresariais envolvidos e limitar a autonomia da vontade e liberdade de iniciativa dos contribuintes, muito

²⁰ A Política de Governança Corporativa previa, como dito: (i) as diretrizes da estrutura societária/administrativa padrão das sociedades investidas, as quais necessariamente são controladas por uma holding pura, centralizando todos os investimentos operacionais do grupo – a subholding do país (country subholding company); e (ii) segregação entre os negócios regulados, não regulados e, em alguns casos, de energias renováveis. Essa reorganização, consistiu: (i) na criação de uma holding pura local, a Iberdrola Brasil, que centralizou todos os investimentos controlados do Grupo Iberdrola no país; e na (ii) segregação das linhas de negócio controladas pelo Grupo Iberdrola no Brasil, em três categorias: negócios regulados, negócios não regulados e energias renováveis. Isso está devidamente documentado Relatório Anual sobre Separação de Atividades desse grupo (2012) que reporta a extensão na adoção do Código para Separação das Atividades, a partir de então, por todas as empresas do grupo no mundo.

menos quando as decisões tomadas pela administração provocam o exercício de direitos legítimos expressamente previstos na legislação tributária, além de se tratarem de operações devidamente fiscalizadas e jamais questionadas, sob qualquer perspectiva, por órgãos do próprio Governo Federal tais como a ANEEL e CVM”.

Discorre sobre a recente jurisprudência desta C. CSRF sobre “real adquirente” e “ausência de confusão patrimonial”, opondo aos paradigmas proferidos em 2017 os recentes acórdãos nº 9101-006.486 (sessão de 07.03.2023, “Caso Claro”), 9101-006.381 (sessão de 06.12.2022, “Caso Arcelor Mittal”), 9101-006.363 (sessão de 08.11.2022, “Caso Biosev Energia”) e 9101-006.365 (sessão de 08.11.2022, “Caso Terra Networks”, estes decididos por maioria de votos, e os acórdãos nº 9101-005.975 (sessão de 08.02.2022, “Caso Camil Alimentos”) e 9101-006.049 (sessão de 04.04.2022, “Caso Banco Cacique”), 9101-006.240 (sessão de 09.08.2022, “Caso Gol Linhas Aéreas”), 9101-006.289 (sessão de 14.09.2022, “Caso GVT”) e 9101-006.287 (sessão de 13.09.2022, “Caso Via Varejo”), todos eles favoráveis aos contribuintes que afastaram acusações fiscais baseadas na tese do “real adquirente” e “ausência de confusão patrimonial”. Destaca o voto da Conselheira Lívia De Carli Germano no acórdão nº 9101-006.287 e cita outras decisões das Turmas Ordinárias do CARF para evidenciar a *improcedência do posicionamento defendido pela PGFN no Recurso Especial*.

Finaliza abordando a *impossibilidade de dedução das despesas com amortização de ágio da base de cálculo da CSLL*, assim se contrapondo aos argumentos da PGFN:

133. Contrariamente ao que se verifica com relação ao IRPJ, para o qual a lei (consolidada nos artigos 389, § 1º, e 391 do RIR) veda a dedutibilidade do ágio, inexistente disposição legal que imponha qualquer vedação para fins de apuração da CSLL. Inexistindo qualquer disposição legal que impeça a dedutibilidade do ágio da base de cálculo da CSLL, tampouco qualquer norma que estenda a esta contribuição às disposições relativas ao IRPJ, resta concluir que não existe qualquer óbice ou limitação quanto à amortização do ágio para a dedutibilidade dos valores pagos a título de ágio quanto à contribuição em tela.

134. Esse é inclusive o entendimento desta C. CSRF no acórdão nº 9101-002.310 (de 03.05.2016), reconhecendo que a adição à base de cálculo da CSLL do valor da amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pelo método de equivalência patrimonial não encontra previsão legal, não podendo ser exigida do contribuinte, sendo inaplicável, portanto, o disposto no artigo 57 da Lei n.º 8.981/95.

135. A ausência de dispositivo legal que vede a dedutibilidade do ágio para fins de apuração da CSLL é tão clara que o artigo 50 da Lei 12.973/2014 prevê expressamente a aplicação também para essa contribuição das normas legais que impõem que o ágio pautado em expectativa de rentabilidade futura somente poderá ser deduzido pela pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra na qual detinha participação societária. Logo, fica ainda latente que não havia, até a edição da Lei n.º 12.973/2014, previsão legal que vedasse a possibilidade de

amortização do ágio para fins de CSLL antes das operações de incorporação, cisão ou fusão.

136. Esse ponto, como visto, foi reconhecido pela decisão do E. CARF, a qual concluiu que “a legislação tributária não traz qualquer dispositivo que vede a dedutibilidade da despesa incorrida coma amortização do ágio, diferentemente do que ocorre para o IRPJ, cuja possível vedação está consolidada nos artigos 389, parágrafo 1º e 391 do RIR/99” (fl. 1783).

137. Portanto, mesmo que se considere o ágio indedutível para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ no presente caso, o que se admite apenas a título argumentativo, é possível concluir que o lançamento de CSLL, objeto do presente processo administrativo, não possuía fundamento legal à época do lançamento, de modo que também não merece prosperar o Recurso Especial da PGFN em relação a esse ponto.

Requer, assim, que seja negado conhecimento ao recurso especial ou, caso admitido, que lhe seja negado provimento.

Os autos foram sorteados para relatoria do Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, mas com sua dispensa promoveu-se novo sorteio.

VOTO

Conselheira Edeli Pereira Bessa, Relatora.

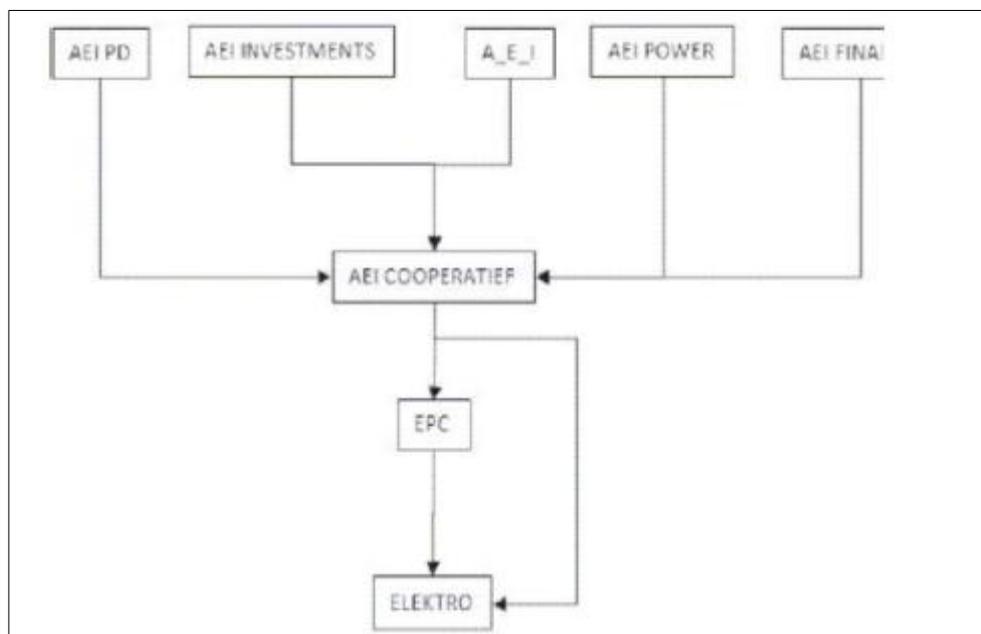
Recurso especial da PGFN - Admissibilidade

A Contribuinte contesta a admissibilidade do recurso fazendário apontando:

- *ausência de demonstração analítica da divergência jurisprudencial*, vez que a PGFN se limitou a reproduzir excertos dos acórdãos comparados, sem efetivamente comparar analiticamente os casos e evidenciar que *os mesmos elementos fáticos da discussão foram analisados em cada acórdão*, assim transferindo à *Turma Julgadora adentrar nas minúcias para identificar se as decisões referenciadas são, de fato, comparáveis*;
- ausência de impugnação específica dos fundamentos do acórdão, trazendo a PGFN apenas *alegações genéricas, sem o devido confronto com os fundamentos do r. acórdão recorridos que levou ao cancelamento do Auto de Infração*, deixando de observar que *o voto vencedor enfrenta diretamente as razões consignadas pela decisão recorrida para a manutenção da cobrança, quais sejam: (i) a suposta existência de simulação; e, (ii) a forma para a reorganização societária, inexistindo debate direto e expresso sobre a existência de confusão patrimonial entre investidora e investida*, único ponto da acusação fiscal resgatado no recurso especial;
- inexistência de similitude fática e jurídica dos paradigmas, vez que na acusação não há *qualquer consideração sobre a suposta participação de*

“empresa veículo” ou mesmo acusação de “simulação, fraude ou dolo”, nem acusação de artificialidade ou falta de substância da Iberdrola Energia, e a DRJ adiciona falta de propósito negocial e evidência de simulação, para no julgamento do recurso voluntário ser reconhecido que todos os requisitos exigidos pela legislação foram cumpridos, sem qualquer discussão sobre uso de empresa veículo, ou artificialidade da empresa adquirente, ao passo que o paradigma nº 9101-003.275 refere aquisição através de empresa veículo e inclusive trata de lançamento formalizado com multa de 150%, validado em razão caracterização da empresa adquirente como artificial e “de prateleira”, ao passo que Iberdrola Energia é empresa com atividade operacional e existente há mais de 10 anos. O paradigma nº 9101-002.962, da mesma forma, refere “empresa considerada efêmera e sem substância como adquirente da participação societária”, sendo que esse foi o elemento determinante para a conclusão da CSRF. Evidente, assim, que as decisões distintas decorrem dos distintos contextos fáticos analisados, à semelhança do que decidido sob voto condutor desta Conselheira no Acórdão nº 9101-006.533 e em outros precedentes citados.

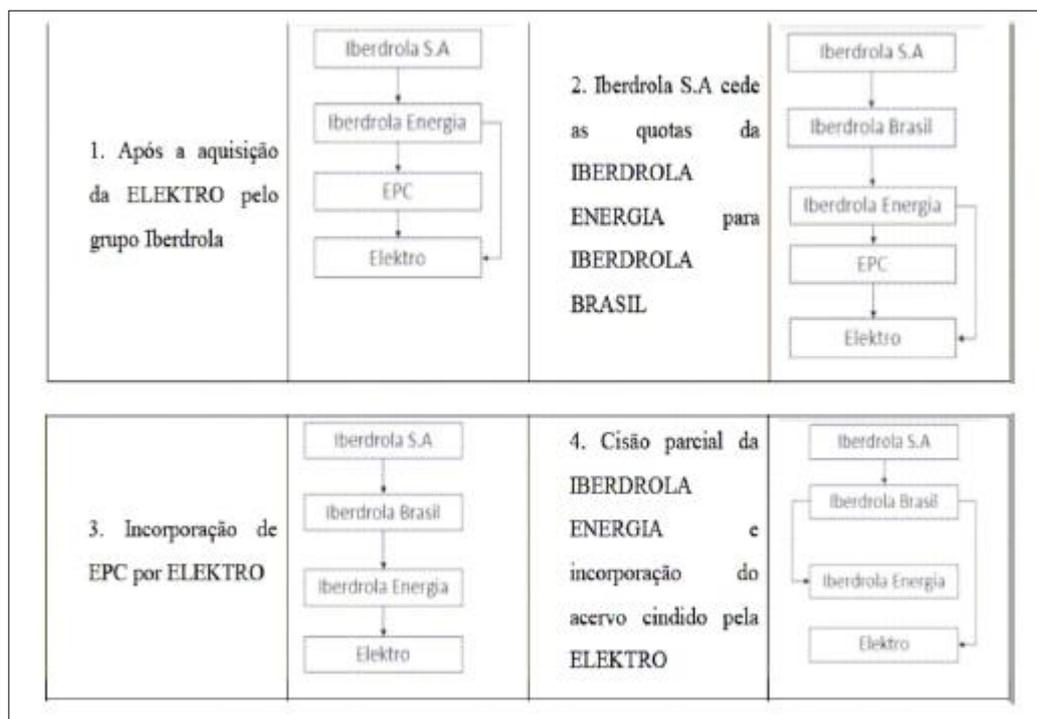
As operações relatadas no acórdão recorrido guardam algumas peculiaridades, em razão da estrutura do grupo controlador de ELEKTRO antes da aquisição acordada com o grupo IBERDROLA em janeiro/2011, bem como em face de a negociação ter por objeto as ações de ELEKTRO e de EPC. Promovidos ajustes prévios, a alienação tem como ponto de partida a seguinte estrutura:



As ações de EPC e ELEKTRO são alienadas a IBERDROLA ENERGIA, sociedade brasileira que tem seu capital aumentado por IBERDROLA S/A, com sede na Espanha. Está relatado que 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. Em 15/04/2011 há o aumento de capital de IBERDROLA ENERGIA de R\$ 70.976.595,00 para R\$ 4.500.000.000,00 e em 31/10/2011 IBERDROLA S/A integraliza a parcela de R\$ 3.768.960.000,00.

Alguns meses depois de efetivada a aquisição, entre 28/05/2012 e 30/05/2012, ocorrem as alterações assim sintetizadas pela autoridade fiscal, e que antecedem a amortização do ágio pago a partir de junho/2012:



O relato da decisão de 1ª instância traz a seguinte síntese das conclusões fiscais a partir deste cenário:

Pontua a autoridade autuante que, com base nos arts. 385 e 386 do RIR/1999, a permissão legal para a amortização do ágio derivado de expectativa de rentabilidade futura como despesa dedutível se refere: (i) ao ágio que compôs o preço (custo) pago pela aquisição de um investimento, e (ii) a extinção do investimento ou da empresa investida em decorrência de reorganização societária de incorporação, fusão ou cisão, em que houver investimento de uma em outra, devido à absorção do patrimônio da incorporada, fusionada ou cindida. Ressalta que a amortização fiscal do ágio tem como requisito, portanto, o "encontro" do patrimônio adquirido e do ágio pago por tal patrimônio em um mesmo patrimônio, sendo imprescindível que o ágio contabilizado tenha sido efetivamente suportado por alguma das pessoas que participam da "confusão patrimonial".

Nesse sentido, a autoridade autuante afirma que, nos termos do contrato de compra e venda de ações da ELEKTRO celebrado entre a AEI COOPERATIEF e a IBERDROLA ENERGIA, a IBERDROLA S/A teve papel fundamental, figurando como garantidora da operação, vinculando-se ao avençado como se fosse uma parte e

reconhecendo que recebe benefícios diretos e indiretos substanciais das transações.

Demonstra a autoridade autuante, pela análise das DIPJs da IBERDROLA ENERGIA, que esta não teria capacidade econômica para a aquisição, direta e indireta, da participação societária na ELEKTRO, vindo os recursos necessários a tanto da integralização, ocorrida em 31/10/2011, de capital social promovida pela IBERDROLA S/A.

Conclui a autoridade autuante que o investimento foi feito pela IBERDROLA S/A, que assumiu todo o ônus financeiro da operação, de sorte que não houve confusão patrimonial entre o investimento assumido no exterior e a investida no Brasil, razão pela qual o ágio amortizado deve ser reputado indedutível.

A autoridade autuante pondera, ainda, que parte da aquisição da ELEKTRO realizada pela IBERDROLA ENERGIA foi indireta, eis que realizada por meio da aquisição da EPC. Quanto a esta, foi elaborado laudo de avaliação de seu patrimônio líquido, para suportar sua incorporação pela ELEKTRO, sendo que tal laudo não foi elaborado com base na expectativa de rentabilidade futura da EPC, pois seria descabido avaliar-se a rentabilidade futura de uma holding que se planejava extinguir por incorporação. Diante disso, conclui a autoridade autuante que, por não estar fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da adquirida, tal laudo não autoriza a amortização fiscal do ágio pago na aquisição da EPC.

Por fim, a autoridade autuante sustenta que a parcela do ágio originária da aquisição da EPC pela IBERDROLA ENERGIA não é dedutível por não ter ocorrido confusão patrimonial entre investimento e investida. Isso porquanto na aquisição da EPC pela ELEKTRO a confusão patrimonial se dá entre o investimento da EPC e o patrimônio da ELEKTRO. Na aquisição da IBERDROLA ENERGIA, tanto o investimento na EPC quanto o ágio na EPC seguem para a ELEKTRO, de modo que em momento algum há confusão patrimonial entre parte do investimento e investida.

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 2012 e 2013, ágio este proveniente das aquisições pela IBERDROLA ENERGIA da EPC e da própria ELEKTRO. Sobre os créditos tributários apurados foi aplicada multa de ofício de 75%.

Destes termos extrai-se que o primeiro fundamento da acusação fiscal era a falta de confusão patrimonial do investimento no Brasil com a investidora no exterior, IBERDROLA S/A, *que assumiu todo o ônus financeiro da operação*. Adiciona-se, ainda: i) a impossibilidade de se atribuir fundamento em rentabilidade futura ao ágio pago na aquisição de EPC; e ii) a inexistência de confusão patrimonial entre EPC e IBERDROLA ENERGIA.

O voto condutor do acórdão recorrido, sob relatoria do Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, inicialmente pontua, nos termos a seguir transcritos, que a autoridade julgadora de 1ª instância concluiu pela existência de simulação:

De acordo com o entendimento da DRJ, as organizações societárias mencionadas foram implementadas sem propósito negocial, caracterizando-se, em sua visão, flagrante prática de simulação. Para fundamentar seu entendimento de ausência de propósito negocial, consignou que o alinhamento das políticas globais de governança corporativa do Grupo Iberdrola não seria um argumento válido para justificar a ocorrência dessas operações, uma vez que “o resultado final alcançado difere do modelo que seria buscado”. (fl. 1.420).

Logo, de acordo com este entendimento, as operações de cisão parcial da Iberdrola Energia com versão do patrimônio cindido para Recorrente e da incorporação da EPC pela Recorrente, seriam a forma menos “direta e objetiva” que supostamente conduziria ao mesmo resultado, a qual, na visão da DRJ, foi implementado tão somente para viabilizar a amortização fiscal do ágio registrado a partir da aquisição direta e indireta da Recorrente. Consignou ainda que a forma mais “direta e objetiva” seria a eventual cisão parcial da Iberdrola Energia para a separação das atividades operacionais e as atividades de holdings, o que seria “evidentemente mais simples”.

Portanto, sob a premissa de ter ocorrido simulação, a DRJ julgou a Impugnação improcedente, o que motivou a apresentação de Recurso Voluntário, cujos argumentos passam a ser analisados

Registre-se que esta interpretação foi reformada apenas em seu mérito, depois de refutadas as premissas da acusação fiscal. Antes, é rejeitada a *preliminar de reconhecimento da validade das operações praticadas à luz do artigo 24 da LINDB* e, depois de firmadas as premissas legais para dedução fiscal do ágio apurado na aquisição de participação societária, o relator assim enfrenta os demais argumentos do recurso voluntário:

Dos Requisitos Legais Aplicáveis. Da Amortização do ágio

De acordo com a Recorrente, para proceder à amortização fiscal do ágio, realizou uma série de operações, atendendo a todos os requisitos formais e substanciais previstos na legislação de regência, notadamente os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, quais sejam: (i) Aquisição de participação societárias com o pagamento de ágio; (ii) Avaliação do investimento com base no MEP, nos termos do artigo 248 da Lei das S/A; (iii) Fundamentação do pagamento do ágio na expectativa de rentabilidade futura da participação societária adquirida; e, (iv) Evento societário de incorporação, cisão ou fusão entre a sociedade que o ágio está contabilizado e a sociedade que o fundamenta.

Vejamos cada um destes requisitos:

Aquisição de investimento com o pagamento de ágio.

De acordo com a Recorrente, este requisito foi atendido, em razão da aquisição da participação societária direta e indireta na Recorrente pela Iberdrola Energia, com o pagamento do preço de R\$ 3.562.764.922,57 em dinheiro ao Grupo AEI.

Com efeito, o custo de aquisição foi efetivamente pago pela Iberdrola Energia em uma transação válida e com substância econômica, entre partes que jamais foram dependentes ou relacionadas, sujeitando-se a operação integralmente aos efeitos do artigo 385 do RIR/99 e artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977.

Também restou demonstrado que a Iberdrola Energia adquiriu a participação societária direta e indireta na Recorrente, o que para o direito civil significa tornar-se proprietária de coisa ou direito, uma vez que as participações direta e indireta na Recorrente foram transferidas da AEI (vendedora) para a Iberdrola Energia (compradora/adquirente) mediante pagamento do preço acordado entre as partes.

Logo, não houve qualquer anormalidade ou ilegalidade relacionada à disposição pela Iberdrola Energia dos recursos recebidos por meio do aumento de capital, uma vez que tais atos foram praticados em pleno exercício do direito de liberdade e livre iniciativa econômica previsto na CF/88.

Além disso, compreendo que o fato da Iberdrola S.A. ter atuado como garantidora do contrato não lhe atribui qualquer outra obrigação jurídica que não a obrigação de pagar ao credor na hipótese de inadimplemento do devedor originário (nesse caso, a Iberdrola Energia). A propósito, em relação a tal fato, não há notícia nos autos de ter ocorrido nem o inadimplemento, e muito menos eventual direito de regresso em face da Iberdrola.

Do investimento na Recorrente pelo MEP e registro do ágio

Com referência a este requisito, nos termos do artigo 248 da Lei das S/A., a partir da aquisição de participação societária direta e indireta na Recorrente, mediante pagamento do preço total ao Grupo AEI, a Iberdrola Energia tinha a obrigação de registrar as participações societárias adquiridas por meio do MEP.

Foi o que ocorreu, salvo melhor juízo. Pelo que se vê dos autos, a Iberdrola Energia comparou o custo de aquisição pago de R\$ 3.562.764.922,57 com o valor de PL dessas participações de R\$ 1.731.191.524,32 em 27 de abril de 2011. A diferença encontrada correspondeu ao ágio pago na aquisição do controle direto e indireto na Recorrente, nos termos previstos no artigo 385 do RIR/99.

Fundamento econômico do Ágio Rentabilidade

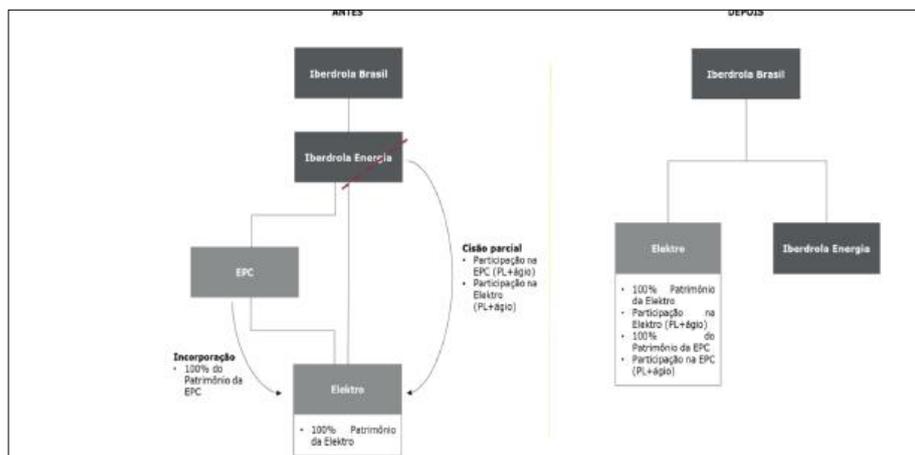
No que tange a este requisito, o registro dos investimentos adquiridos pela Iberdrola Energia foi realizado, com desdobramento do custo dos investimentos e registro de Ágio Rentabilidade, nos termos do relatório interno de avaliação das participações (fl. 122 a 150), elaborado com base na projeção de resultados futuros das participações adquiridas na Recorrente, trazida a valor presente por meio da metodologia de FCD.

Penso que a avaliação econômico-financeira da Recorrente se mostrou correta ao buscar a lucratividade do investimento adquirido, levando em consideração o ativo gerador desta rentabilidade (participação direta e indireta na Recorrente) e cujos fluxos econômicos se mostraram responsáveis pela formação do preço pago ao grupo vendedor, incluindo o Ágio Rentabilidade.

A propósito, encontro nos autos avaliação econômica da EPC, elaborada pela empresa Planconsult Planejamento e Consultoria Ltda (fls. 1.491 a 1.737), a qual se valeu das premissas econômicas à época da aquisição do investimento (data-base de 31 de dezembro de 2010). Este documento, a meu ver, confirmou o fato de que o ativo gerador do caixa da empresa EPC era essencialmente a participação societária na Recorrente, de forma que avaliar a participação proporcional na Recorrente conduziria ao mesmo resultado prático do que se avaliar a EPC.

Cisão parcial da Iberdrola Energia e versão do patrimônio para a Recorrente

Defende a Recorrente que este requisito foi atendido por meio das operações de (i) cisão parcial da Iberdrola Energia e versão do patrimônio cindido para a Recorrente; e (ii) incorporação da EPC pela Recorrente (em 27 de junho de 2012), ocorrendo a confluência do patrimônio da Iberdrola Energia (adquirente) e das investidas (EPC e Recorrente), nos termos da legislação societária e fiscal aplicáveis (artigos 8º da Lei nº 9.532/1997 e 386 do RIR/99. As figuras abaixo, trazidas pela própria Recorrente, ilustram os fatos:



Com razão a Recorrente. Com efeito, a reestruturação societária em tela teve como consequência a reunião do ágio e do investimento que lhe deu causa em uma mesma pessoa jurídica e, a partir dessas operações societárias, com base em expressa autorização legal, o ágio Rentabilidade pago pela Iberdrola Energia na aquisição da Recorrente passou a ser amortizado para fins fiscais.

Nesse ponto, *cai por terra* a afirmação da Autoridade Lançadora no sentido de que a única forma possível de se atender ao comando dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (regulados pelo artigo 386 do RIR) seria mediante a incorporação de sociedades.

Isso porque, apesar de a operação de incorporação de fato atender à literalidade do comando legal previsto nos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/1997, existem alternativas à operação de incorporação (i.e., cisão e fusão) que estão expressamente previstos nesse comando legal. *(destaques do original)*

Nestes termos, o fundamento primeiro da acusação fiscal está expressamente refutado: *não houve qualquer anormalidade ou ilegalidade relacionada à disposição pela Iberdrola Energia dos recursos recebidos por meio do aumento de capital, e o fato da Iberdrola S.A. ter atuado como garantidora do contrato não lhe atribui qualquer outra obrigação jurídica que não a obrigação de pagar ao credor na hipótese de inadimplemento do devedor originário (nesse caso, a Iberdrola Energia)*. Quanto aos questionamentos subsidiários, admitiu-se a fundamentação do ágio em rentabilidade futura porque confirmado o fato de que o ativo gerador do caixa da empresa EPC era essencialmente a participação societária na Recorrente, de forma que avaliar a participação proporcional na Recorrente conduziria ao mesmo resultado prático do que se avaliar a EPC, e concordou-se com a recorrente no sentido de que a reestruturação societária em tela teve como consequência a reunião do ágio e do investimento que lhe deu causa em uma mesma pessoa jurídica e, a partir dessas operações societárias, com base em expressa autorização legal, o

ágio Rentabilidade pago pela Iberdrola Energia na aquisição da Recorrente passou a ser amortizado para fins fiscais.

Ao final, o voto condutor do acórdão recorrido afasta o *vício de vontade na implementação da reorganização societária do Grupo Iberdrola*, apontado pela autoridade julgadora de 1ª instância ao refutar a alegação da Contribuinte de que a reestruturação teria observado *política de governança corporativa mundial* do Grupo Iberdrola sob a ótica de que *IBERDROLA BRASIL, suposta holding no Brasil*, não controlou investimentos em outras companhias energéticas brasileiras, submetidos à Neenergia S/A. O relator concordou que a distinção se justificaria porque a participação do Grupo Iberdrola nestes investimentos era de apenas 39% e, assim, não importaria a política de governança referida. Por fim, reafirmou a validade da política assim implementada diante do argumento final da autoridade julgadora de 1ª instância de que *haveria uma alternativa mais "direta e objetiva" de se atingir o mesmo resultado pretendido.*

Como relatado, a PGFN se limitou, em seu recurso especial, a questionar a *necessidade de haver confusão patrimonial entre a investida e a real investidora (empresa estrangeira)*. Centra a discussão, assim, *no fato de que, para a fiscalização, o investimento na ELEKTRO foi promovido e custeado pela sociedade domiciliada na Espanha IBERDROLA S.A. A integralização de capital na IBERDROLA ENERGIA ocorreu apenas para que esta formalmente figurasse como adquirente da Contribuinte. Noutras palavras, segundo o Fisco, a IBERDROLA ENERGIA foi usada como mera "extensão de caixa" de sua controladora estrangeira, sendo que foi esta quem na verdade promoveu e custeou a operação.* Logo, não é retomada a discussão acerca da fundamentação do ágio na parte referente à EPC, ou as objeções à sua integração à IBERDROLA ENERGIA

Sob esta ótica, a demonstração da divergência jurisprudencial está formalmente satisfeita com a evidenciação, nos paradigmas, de operações nas quais investidores estrangeiros aportaram recursos em sociedade brasileira que promove a aquisição com pagamento de ágio. Neste sentido foi destacado do paradigma nº 9101-003.275 que *MAN AG, investidora, valeu-se de empresa "holding" situada no Brasil, MAN S/A, transferindo recursos para a aquisição da VWCO, no qual foi apurado ágio no montante de 2,5 bilhões de reais*, e do paradigma nº 9101-002.962 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"*.

Rejeita-se, assim, a arguição de *ausência de demonstração analítica da divergência jurisprudencial* que, na forma concebida pela Contribuinte, já determinaria o não conhecimento do recurso fazendário nesta matéria. A falta de evidenciação de elementos fáticos que poderiam distinguir os casos concretos, e de contraposição a esta circunstância, é risco que o recorrente assume de ver sua construção rejeitada em razão de fatos determinantes para a decisão dos paradigmas desconsiderados em sua argumentação.

Com respeito à ausência de impugnação específica dos fundamentos do acórdão, tem razão a Contribuinte quanto à omissão da PGFN na demonstração de divergência

jurisprudencial acerca de fundamentos do acórdão recorrido, em especial quanto à *suposta existência de simulação* e à *forma para a reorganização societária*, para além da inexistência de objeção à admissibilidade da fundamentação do ágio pago pela aquisição em EPC por rentabilidade futura, e da sua integração à IBERDROLA ENERGIA, como antes mencionado. Contudo, distintamente do que vislumbra a Contribuinte, aqueles argumentos são subsidiários na acusação fiscal e foram enfrentados no acórdão recorrido depois de refutar a exigência de *confusão patrimonial entre investidora e investida*, discordando que a empresa estrangeira, IBERDROLA S.A, seria a investidora, por aportar recursos da sociedade brasileira que figurou como adquirente. Assim, a matéria suscitada no recurso especial seria suficiente para reformar o acórdão recorrido, se demonstrada a divergência jurisprudencial neste ponto.

Já com respeito à necessária similitude fática para tanto, tem razão a Contribuinte quando observa inexistir na acusação fiscal *qualquer consideração sobre a suposta participação de “empresa veículo” ou mesmo acusação de “simulação, fraude ou dolo”, nem acusação de artificialidade ou falta de substância da Iberdrola Energia*. A autoridade julgadora de 1ª instância, de fato, adicionou referências a falta de propósito negocial e evidência de simulação, mas isto em face de vício de vontade identificado nas justificativas apresentadas pela Contribuinte para a segunda fase de operações societárias realizadas para aproveitamento final do ágio, dadas as inconsistências identificadas na alegada *política de governança corporativa mundial* que teria motivado a alteração da estrutura de controle dos investimentos no Brasil.

Não há menção de simulação, fraude ou dolo, nem mesmo de artificialidade, na aquisição do investimento pela empresa brasileira mediante aporte de recursos pela controladora estrangeira. Ao contrário, os relatos são de que Iberdrola Energia do Brasil S/A, antes de receber o aumento de capital de R\$ 3.768.960.000,00 em 31/10/2011, já apresentava capital social de R\$ 70.976.595,00, e figurou no contrato de compra e venda das ações em janeiro/2011, adicionando-se, apenas, que *IBEDROLA S/A teve papel fundamental, figurando como garantidora da operação, vinculando-se ao avençado como se fosse uma parte e reconhecendo que recebe benefícios diretos e indiretos substanciais das transações*, inclusive porque evidenciado na *análise das DIPJs da IBERDROLA ENERGIA, que esta não teria capacidade econômica para a aquisição, direta e indireta, da participação societária na ELEKTRO, vindo os recursos necessários a tanto da integralização, ocorrida em 31/10/2011, de capital social promovida pela IBERDROLA S/A*. Nada é dito sobre as atividades exercidas por IBERDROLA ENERGIA antes e depois da aquisição em questão.

Neste contexto, o voto condutor do acórdão recorrido é singelo neste ponto, afirmando que *as participações direta e indireta na Recorrente foram transferidas da AEI (vendedora) para a Iberdrola Energia (compradora/adquirente) mediante pagamento do preço acordado entre as partes*, que não há *qualquer anormalidade ou ilegalidade relacionada à disposição pela Iberdrola Energia dos recursos recebidos por meio do aumento de capital* e que *o fato da Iberdrola S.A. ter atuado como garantidora do contrato não lhe atribui qualquer outra obrigação jurídica que não a obrigação de pagar ao credor na hipótese de inadimplemento do devedor originário (nesse caso, a Iberdrola Energia)*.

O paradigma nº 9101-003.275, por sua vez, parte do relato de um cenário fático substancialmente distinto neste ponto, vez que a adquirente é pessoa jurídica constituída no Brasil apenas para a aquisição do investimento e posterior extinção por incorporação da investida:

1. Em 02/07/2008, foi constituída a empresa P.R.C.S.P.E. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A, tendo como sócias as senhoras Linéia Martins e Sueli de Fátima Ferreti;
2. Em 18/12/2008, as sócias da P.R.C.S.P.E. se retiraram da sociedade, oportunidade em que **assumiram como sócios a empresa MAN AG (sediada na Alemanha), que posteriormente passou a denominarse MAN SE e, Mauro César Leschziner (detentor de apenas uma ação);**
3. Em 12/03/2009, por meio do Instrumento Particular de Alteração do Contrato Social da VWCO (atual MAN Ltda), os únicos sócios VIF e Eduardo de Azevedo Barros transferiram a totalidade de suas participações no capital social para a P.R.C.S.P.E. passando a ser esta última a única sócia da empresa VWCO;
4. em 16/03/2009 a empresa MAN AG remete para a sua controlada (P.R.C.S.P.E) a quantia de R\$ 4.000.240.848,00, da qual R\$ 3.792.097.965,38 foi repassado, ato contínuo, para a empresa VIF da Holanda, em pagamento pela aquisição da VWCO, conforme contratos de câmbio datados de 17/03/2009. O imposto retido na fonte sobre o ganho de capital obtido pela empresa VIF foi retido e recolhido aos cofres públicos pela empresa MAN S/A (então P.R.C.S.P.E), no importe de R\$ 177.488.953,24. Toda essa movimentação pode ser comprovada analisandose os extratos bancários da P.R.C.S.P.E. Ainda, em 16/03/2009, a sociedade P.R.C.S.P.E passou a denominarse MAN S/A;
5. em 30/11/2009 ocorre a incorporação da controladora MAN S/A pela controlada MAN LTDA (antiga VWCO);

[...]

Entendeu a fiscalização que **a transação de compra da VWCO formalmente realizada pela PRCspe não teve propósito negocial algum, uma vez que a aquisição da VWCO e o seu respectivo pagamento foram de fato realizados pela MAN AG.** (destaques da recorrente)

O voto condutor do paradigma, por sua vez, enfatiza que *o caso em tela retrata, com nitidez, a construção artificial do suporte fático, para que se pudesse amoldar à hipótese de incidência de despesa de amortização do ágio (item 6 do presente tópico). Resta evidente o deliberado intuito de fabricar uma despesa com repercussão na base tributável. As transações ocorreram mediante utilização de empresa sem substância, de "prateleira", a MAN S/A.*

A PGFN busca alinhar os casos sob a ótica de que *operação envolvendo "empresas veículos" seria, genericamente, aquela na qual a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio não é a mesma que, formalmente, figurou como investidora no negócio jurídico.* Contudo, o paradigma em questão afirma como empresa veículo aquela *sem substância*, no caso, retirada de

“prateleira” porque correspondente a CNPJ pré-existente, constituído por pessoas físicas que são substituídos na sociedade pelo ingresso do investidor estrangeiro. Assim, admitir a caracterização do dissídio jurisprudencial em tais circunstâncias importaria a este Colegiado determinar se o contexto fático presente permitiria, também, negar à empresa brasileira a condição de adquirente do investimento, em claro revolvimento de provas dos autos.

O paradigma nº 9101-002.962 traz relato semelhante ao anterior, distinguindo-se apenas por um passo adicional em que parte dos recursos advindos do exterior tramitam pela *holding* já existente no Brasil antes de serem entregues à empresa veículo extinta por incorporação da investida:

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.

[...]

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.

Assim é que, também neste segundo paradigma, o voto condutor se prende à interposição de empresa veículo definida em razão da artificialidade na sua constituição:

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).

[...]

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:

[...]

Como bem observa a Contribuinte, em circunstâncias semelhantes, esta Conselheira já rejeitou tal paradigma para caracterização de dissídio jurisprudencial no Acórdão nº 9101-006.533, no qual, dentre outros argumentos, foi afirmada “a legalidade das operações em razão da apontada empresa-veículo (MIND) ter *vida econômica própria, autônoma, operacional*, desde 1997, constituída por acionistas sem relação com as demais entidades, e adquirida por UHC IV por valores expressivos (R\$ 60 milhões) pagos em dinheiro, antes da aquisição de AMILPAR por MIND depois da interposição de um Fundo de Investimentos em Participações – FIP, que se valeu de recursos advindos de UHC IV”. Naquela ocasião, esta Conselheira observou que:

O segundo paradigma admitido, nº 9101-002.962, teve como destaque, no exame de admissibilidade, o fato de nele também se afirmar a *necessidade de a confusão patrimonial, ensejadora da dedutibilidade do ágio, envolver a figura do real investidor, ou seja, daquele que efetivamente suportou o ônus financeiro do ágio pago*. Verificou-se, no caso, 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").

Contudo, o voto condutor deste paradigma também se apoia na artificialidade da empresa-veículo, quando assim refere:

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.

[...]

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).

[...]

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:

[...]

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

[...] (*negrejou-se*)

Logo, também neste segundo paradigma estão presentes diferenciais na comparação entre a estrutura das empresas-veículo, aspecto que, como demonstrado, foi relevante para o Colegiado *a quo* decidir em favor da amortização fiscal do ágio. (*destaques do original*)

Assim, a ausência de acusação de artificialidade na constituição e operação da empresa brasileira que recebe os recursos do investidor estrangeiro, e a consequente omissão no voto condutor do acórdão recorrido acerca deste aspecto, situam o presente caso em um contexto substancialmente distinto dos paradigmas, o que impede a caracterização do dissídio jurisprudencial.

De fato, nos termos do art. 67 do Anexo II do RICARF, o recurso especial somente tem cabimento se a *decisão der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado* outro Colegiado deste Conselho. Por sua vez, para comparação de interpretações e constatação de divergência é indispensável que situações fáticas semelhantes tenham sido

decididas nos acórdãos confrontados. Se inexistente tal semelhança, a pretendida decisão se prestaria, apenas, a definir, no caso concreto, o alcance das normas tributárias, extrapolando a competência da CSRF, que não representa terceira instância administrativa, mas apenas órgão destinado a solucionar divergências jurisprudenciais. Neste sentido, aliás, é o entendimento firmado por todas as Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, como são exemplos os recentes Acórdãos nº 9101-002.239, 9202-003.903 e 9303-004.148, reproduzindo entendimento há muito consolidado administrativamente, consoante Acórdão CSRF nº 01-0.956, de 27/11/1989:

Caracteriza-se a divergência de julgados, e justifica-se o apelo extremo, quando o recorrente apresenta as circunstâncias que assemelhem ou identifiquem os casos confrontados. Se a circunstância, fundamental na apreciação da divergência a nível do juízo de admissibilidade do recurso, é “tudo que modifica um fato em seu conceito sem lhe alterar a essência” ou que se “agrega a um fato sem alterá-lo substancialmente” (Magalhães Noronha, in Direito Penal, Saraiva, 1º vol., 1973, p. 248), não se toma conhecimento de recurso de divergência, quando no núcleo, a base, o centro nevrálgico da questão, dos acórdãos paradigmas, são díspares. Não se pode ter como acórdão paradigma enunciado geral, que somente confirma a legislação de regência, e assente em fatos que não coincidem com os do acórdão inquinado.

Por tais razões, deve ser NEGADO CONHECIMENTO ao recuso especial da PGFN *quanto à necessidade de haver confusão patrimonial entre a investida e a real investidora (empresa estrangeira)*.

Em consequência, não subsiste interesse recursal em reverter o argumento subsidiário do acórdão recorrido, no sentido de que inexistiria *qualquer disposição legal que impeça a dedutibilidade do ágio da base de cálculo da CSLL*, e restabelecer a decisão de 1ª instância afirmando ser indedutíveis as despesas que não observam os requisitos da necessidade, usualidade e normalidade. Afastadas as objeções fiscais à dedutibilidade das amortizações glosadas, é inútil decidir, hipoteticamente, se essas objeções poderiam, ou não, ter sido estendidas à CSLL.

Ademais, com a insubsistência da glosa no âmbito do IRPJ, a decisão no âmbito da CSLL não pode ser tomada apenas sob os argumentos isolados enfrentados na segunda matéria. O recorrido, assim, somente se prestaria como paradigma de divergência em face decisão que, também cancelando a glosa no âmbito do IRPJ, afirmasse dedutíveis as amortizações de ágio no âmbito da CSLL.

Estas as razões, portanto, para NEGAR CONHECIMENTO ao recurso especial da PGFN nas duas matérias arguidas.

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa

ACÓRDÃO 9101-007.009 – CSRF/1ª TURMA

PROCESSO 16561.720169/2017-11

DOCUMENTO VALIDADO