



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



|                    |                                                      |
|--------------------|------------------------------------------------------|
| <b>PROCESSO</b>    | <b>17459.720018/2023-41</b>                          |
| <b>ACÓRDÃO</b>     | 1102-001.598 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA |
| <b>SESSÃO DE</b>   | 19 de fevereiro de 2025                              |
| <b>RECURSO</b>     | DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO                               |
| <b>RECORRENTES</b> | FAZENDA NACIONAL<br>ELEKTRO REDES S.A.               |

**Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ**

Ano-calendário: 2018

DESPESA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ACUSAÇÃO DE ARTIFICILIDADE E SIMULAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

A glosa das despesas de amortização de ágio, fundamentada na alegação de artificialidade e simulação, exige a comprovação de que as operações societárias subjacentes constituíram mero artifício para redução indevida da base tributável.

A disponibilização de recursos por uma controladora estrangeira para viabilizar a aquisição de participação societária por uma empresa operacional estabelecida no Brasil não impede a amortização fiscal do ágio após a incorporação desta última pela investida.

A teoria do “real adquirente”, tal qual utilizada pela fiscalização, que busca restringir a dedução fiscal do ágio apenas quando há confusão patrimonial entre a entidade que forneceu os recursos para a aquisição do investimento e a investida, carece de respaldo legal, salvo nos casos em que se comprove a existência de simulação, o que não se verifica na presente situação.

INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL POSTERIOR. ASPECTO FORMAL QUE NÃO DESNATURA O PAGAMENTO COMPROVADAMENTE EFETUADO PELA EMPRESA BRASILEIRA.

A comprovação de que os pagamentos foram formalmente realizados pela empresa brasileira, por meio de contratos de câmbio e transferência direta dos valores à vendedora, demonstra a efetiva realização da operação no Brasil, afastando a tese de que a aquisição teria sido feita diretamente pela controladora estrangeira.

A contabilização da integralização de capital social em momento posterior ao pagamento não constitui elemento suficiente para desconsideração do ágio, uma vez que não há exigência legal que imponha simultaneidade entre os eventos.

#### LAUDO ELABORADO INTERNAMENTE. POSSIBILIDADE

A elaboração do laudo de avaliação por representante da investidora não compromete sua validade na ausência de prova concreta de vício, inexistindo requisito normativo que imponha um formato específico para tal documento.

#### **Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL**

Ano-calendário: 2018

CSLL. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. IDENTIDADE DE APURAÇÃO COM O IRPJ. APLICAÇÃO DO ART. 57 DA LEI Nº 8.981/95.

A regra geral do artigo 57 da Lei nº 8.981/95 determina que as normas de apuração do IRPJ são aplicáveis à CSLL, salvo disposição específica em contrário, de modo que, inexistindo norma própria sobre a amortização do ágio na CSLL, aplicam-se as disposições dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, garantindo o mesmo tratamento conferido ao IRPJ.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, (i) por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e, (ii) por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Ailton Neves da Silva e Ricardo Pezzuto Rufino, que negavam provimento. Acompanhou a Relatora pelas conclusões o Conselheiro Fernando Beltcher da Silva. Manifestou intenção de declarar voto o Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque.

*Assinado Digitalmente*

**Cristiane Pires McNaughton** – Relatora

*Assinado Digitalmente*

**Fernando Beltcher da Silva** – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Ailton Neves da Silva (substituto[a] integral), Fredy Jose Gomes de Albuquerque, Ricardo Pezzuto Rufino (substituto[a] integral), Cristiane Pires Mcnaughton, Gustavo Schneider Fossati, Fernando Beltcher da Silva (Presidente), a fim de ser realizada a presente Sessão Ordinária. Ausente(s) o conselheiro(a) Lizandro Rodrigues de Sousa, substituído(a) pelo(a) conselheiro(a) Ailton Neves da Silva, o conselheiro(a) Fenelon Moscoso de Almeida, substituído(a) pelo(a) conselheiro(a) Ricardo Pezzuto Rufino.

## RELATÓRIO

Trata-se originalmente de Auto de Infração lavrado contra a **Elektro Redes S.A.** (“Elektro”) para exigência de IRPJ e CSLL devido à glosa das amortizações consideradas indevidas, além da aplicação de multa qualificada e multa isolada pela falta de recolhimento de estimativas mensais e juros.

O Termo de Verificação Fiscal (“TVF”) detalha a **glosa da amortização de ágio** realizada pela empresa no ano-calendário 2018, decorrente de **operações societárias** entre 1998 e 2011, consideradas pela Receita Federal como **fraude fiscal**.

Em resumo, o TVF trata de dois ágios gerados nessas operações:

- **Ágio Terraço** – Originado na aquisição da Elektro por meio da empresa considerada veículo **Terraço Participações Ltda. (“Terraço”)** por se tratar de empresa recém-constituída, sem capacidade financeira própria, que foi, posteriormente, incorporada pela Elektro.
- **Ágio Iberdrola** – Surgiu da aquisição indireta da Elektro pelo **Grupo Iberdrola**, que teria capitalizado uma subsidiária brasileira sem capacidade financeira para realizar a compra. Posteriormente, ocorreram reorganizações societárias que **permitiram a transferência do ágio** para a contabilidade da Elektro, onde foi amortizado.

A seguir, reproduzo alguns trechos do TVF que esclarecem as razões da autuação:

- **Ágio Terraço:**

O ÁGIO TERRACO se refere ao ágio surgido na aquisição do controle acionário da ELEKTRO pelo Grupo Enron em 1998, com uso da empresa veículo interposta Terraco Participacoes Ltda, CNPJ 02.540.269/0001-96, com recursos financeiros originados da empresa controladora Enron Power Holdings V Ltd, sediada nas Ilhas Cayman, braço para investimento no Brasil do Grupo norte-americano de energia Enron.

O ÁGIO TERRACO foi gerado na empresa veículo Terraco Participacoes Ltda quando do leilão de privatização da Elektro em meados de 1998, e permaneceu nesta empresa até fevereiro de 1999, quando a Terraco Participacoes Ltda foi extinta por incorporação, mediante operação de incorporação reversa na qual a própria Elektro incorporou sua suposta controladora.

Conforme será abaixo detalhado, esta operação carece de propósito negocial, e teve por finalidade exclusiva a criação artificial de uma incorporação de forma a simular as condições legais necessárias para suposto aproveitamento do ágio gerado na privatização da Elektro.

(...)

A Elektro é empresa do setor elétrico, originada da antiga empresa estatal de energia do Estado de São Paulo CESP, cujo objeto social é distribuição de energia elétrica, operando principalmente no interior do Estado de São Paulo. Esta empresa absorveu as operações de distribuição de energia que antes de 1998 eram desempenhadas pela CESP.

Durante os anos 1997 a 1999, as Companhias estatais do setor elétrico do Estado de São Paulo passaram por longo processo de reestruturação societária, incluindo cisões para dividir o patrimônio das empresas em empresas menores e com atuação focada em um segmento do setor elétrico (geração, transmissão, distribuição etc.). Após as cisões, as empresas resultantes foram paulatinamente privatizadas, tendo seu controle acionário transferido a grupos privados através de leilões de ações.

Durante a chamada “privatização do setor elétrico” (descrita no parágrafo anterior), mais precisamente em julho de 1998, o controle acionário do contribuinte foi adquirido pelo Grupo norte-americano Enron, por meio da empresa veículo Terraco Participacoes Ltda, CNPJ 02.540.269/0001-96, que passou a ser detentora de 99,96% de ações ordinárias do contribuinte com direito a voto, perfazendo 99,62% do capital total do contribuinte.

A empresa Terraco Participacoes Ltda foi criada em 22/05/1998, com capital social de R\$ 10.000,00, tendo como principal sócia e gerente a empresa estrangeira Enron Brazil Power Holdings V Ltd, que detinha 99% do capital social inicial da Terraco. O restante do capital inicial da Terraco pertencia a Enron Brazil Power Investments V Ltd, com sede também nas Ilhas Cayman.

Observa-se claramente que a empresa Terraco foi criada pelo Grupo norte-americano Enron, utilizando empresas intermediárias localizadas nas Ilhas Cayman, com capital social de meros R\$ 10.000,00, sem nenhuma capacidade financeira, decisória ou operacional de participar de leilão de privatização da empresa de distribuição de energia elétrica Elektro.

O leilão de privatização ocorreu na BOVESPA em meados de 1998, sendo a Terraco formalmente vencedora do leilão. De acordo com informações prestadas

pelo contribuinte, o primeiro pagamento pelas participações societárias ocorreu em 23/07/1998, acompanhado de um segundo pagamento em 25/08/1998.

Analisando o Breve Relato da Junta Comercial do Estado de São Paulo relativo à empresa Terraco Participacoes Ltda, observa-se que, exatamente no dia do primeiro pagamento, 23/07/1998, ocorreu aumento de capital social da empresa de R\$ 10.000,00 para R\$ 800.010.000,00, capital este correspondente a pouco mais de 50% do valor a ser pago no leilão de privatização (R\$ 1.520.567.235,12). O aumento de capital foi integralizado pelas empresas estrangeiras do Grupo Enron sediadas nas Ilhas Cayman, na proporção de suas participações no capital.

Observa-se claramente que a empresa Terraco Participacoes Ltda não dispunha de capacidade operacional e tampouco financeira para realizar a aquisição do controle acionário da Elektro. No presente caso, a aquisição foi de fato realizada pelo Grupo Enron, e, em última análise, de fato pela controladora global do Grupo Enron na época.

Conforme já foi detalhado neste Termo, a empresa que formalmente venceu o leilão de participações societárias da Elektro em 1998 (Terraco Participacoes Ltda) era uma empresa até então inexistente, criada havia menos de dois meses antes do leilão, como uma empresa com capital social de não mais que R\$ 10.000,00 tendo como sócias duas empresas subsidiárias do Grupo norte-americano Enron sediadas nas Ilhas Cayman.

Claro está que a integralidade dos recursos financeiros utilizados na aquisição de ações da Elektro veio diretamente das empresas subsidiárias do Grupo norte-americano Enron sediadas nas Ilhas Cayman. O Grupo Enron, por meio de sua controladora global com sede nos Estados Unidos, é, em última análise, o verdadeiro adquirente, em 1998, do controle acionário da Elektro no leilão de privatização.

O contribuinte não forneceu informações detalhadas sobre as fontes de financiamento da operação de aquisição do controle acionário da Elektro, razão pela qual a presente análise se baseou em informações públicas e em informações disponíveis nos sistemas informatizados da RFB.

Analisando-se o Balanço Patrimonial referente ao final de 1998 constante da Declaração de IRPJ apresentado pela Terraco Participacoes Ltda, observa-se que os recursos utilizados pela Terraco para pagar pelas participações societárias se originaram em parte de seu capital aumentado na data do primeiro pagamento para R\$ 800.100.000,00, e outra parte originada de Passivos (empréstimos) no valor de R\$ 603.991.500,00. Estes passivos correspondem, certamente, a empréstimos originados do BNDES, com garantia das empresas estrangeiras do Grupo Enron.

Mais uma vez nesta análise resta claro que os recursos financeiros para aquisição do controle acionário da Elektro vieram diretamente do exterior das empresas controladoras do Grupo Enron e nunca da própria Terraco Participacoes Ltda que

não dispunha de capacidade operacional e tampouco de capacidade financeira para realizar esta operação.

Conforme acima esclarecido, a empresa Terraco Participacoes Ltda foi criada deliberadamente como empresa veículo para participar do leilão de privatização da Elektro, tendo formalmente vencido o leilão e efetuado pagamento pelas participações societárias com recursos financeiros diretamente recebidos do exterior de subsidiárias da controladora global do grupo norte-americano Enron. A Terraco nunca teve capacidade gerencial, operacional e tampouco financeira para adquirir tais participações societárias.

O quadro se completa em 18/01/1999, quando a Terraco Participacoes Ltda é incorporada pela própria Elektro, em operação de incorporação reversa, de forma a simular as condições necessárias para permitir a amortização do ágio alienígena gerado no processo de privatização.

É importante destacar que a Terraco não teria como amortizar o ágio alienígena gerado porque ela não possuía e nunca possuiu receita operacional efetiva, uma vez que esta empresa foi criada exclusivamente para servir de receptáculo para as participações societárias da Elektro adquiridas no leilão de privatização.

De acordo com o Breve Relato da empresa Terraco, em 15/12/1998, pouco antes da empresa Terraco ser extinta por incorporação, as quotas pertencentes a sua sócia majoritária Enron Brazil Power Holdings V Ltd foram transferidas para a empresa brasileira EPC Empresa Paranaense Comercializadora Ltda, com sede em São Paulo / SP.

A empresa EPC Empresa Paranaense Comercializadora Ltda fora criada pelo Grupo Enron como empresa holding brasileira em 25/05/1998, dois dias antes da criação da empresa veículo Terraco. As sócias da EPC são as empresas Enron Brazil Power Investments IV Ltd e Enron Brazil Power Holdings IV Ltd, também subsidiárias do Grupo Enron nas Ilhas Cayman.

Dessa forma, com a entrada da EPC como sócia na empresa Terraco, fica preparado o caminho desenhado pelo contribuinte e pelo Grupo Enron para a incorporação reversa da Terraco, assumido a EPC o papel de holding brasileira controladora da Elektro, papel que a EPC continuou desempenhando até 2011.

Pelo exposto, resta claro que a Terraco não teve propósito comercial efetivo em sua criação, servindo tão somente como receptáculo temporário para as ações da Elektro adquiridas no leilão de privatização pelo Grupo Enron. Nem mesmo o papel de holding no Brasil foi desempenhado pela Terraco, pois este papel foi dado já em janeiro de 1999 para a EPC.

Verifica-se claramente que a criação da empresa Terraco Participacoes Ltda teve por resultado tão somente criar uma empresa para servir de “veículo” para aquisição de participações societárias da Elektro no leilão de privatização do setor elétrico paulista em 1998.

- **Ágio Iberdrola**

Em seguida, aborda-se às operações societárias que resultaram na aquisição de 99,68% do capital da ELEKTRO pelo Grupo Iberdrola em janeiro de 2011, a qual proporcionou a redução de R\$ 124.785.497,40 do IRPJ e da CSLL no resultado da fiscalizada em 2018, sob o título de amortização de ágio (...)

Em suma, a transferência de controle acionário da ELEKTRO para a IBERDROLA ENERGIA se daria mediante reorganização societária, composta da seguinte maneira: (1) A AEI constituiu uma holding, nos moldes de leis da Holanda, a AEI COOPERATIEF; (2) 28 de fevereiro de 2011: as holdings brasileiras ETB e AEIIE, acionistas diretas da ELEKTRO com 31,22% e 3,40% respectivamente, são incorporadas a valor contábil pela EPC que passa a deter 65,23% do capital da fiscalizada; (3) 29 de março de 2011: a AEI transfere para a holding holandesa as quotas detidas, direta e indiretamente, na EPC, a valor contábil, de modo que a AEI COOPERATIEF passou a deter 100% das quotas da EPC; (4) em ato contínuo, a AEI BRAZIL FINANCE, controladora direta da ELEKTRO com 34,45% de participação, transfere para a Holding Holandesa todas as ações que detinha na ELEKTRO, a valor contábil, que passará a exercer parte do controle direto; e (5) 27 de abril de 2011: posteriormente, também em ato contínuo, a Holding Holandesa vendeu e transferiu todas as suas quotas na EPC, bem como as que detinha na Elektro para a IBERDROLA ENERGIA do Brasil, que ficaria com 100% da EPC (que detinha 65,23% da ELEKTRO) e 34,45% das quotas da fiscalizada.

Especificamente quanto às incorporações da ETB e AEIIE pela EPC em 28 de fevereiro de 2011, para atender às exigências do Contrato de Compra e Venda de Ações, a avaliação foi realizada a valor contábil conforme denota o Protocolo de Incorporação e Justificação de 28 de fevereiro de 2011: (...)

Como mencionado, com a incorporação da ETB e da AEIIE, a EPC passou a deter 65,23% das ações da ELEKTRO.

As cessões do capital das holdings EPC e AEI FINANCE para a holding holandesa AEI COOPERATIEF também foram avaliadas pelo valor contábil do patrimônio. Com a concentração das empresas na AEI COOPERATIEF, a alienação para a IBERDROLA ENERGIA foi concretizada. (...)

O aumento de capital da IBERDROLA ENERGIA havia sido subscrito na 28ª Alteração do Contrato Social, datada de 15 de abril de 2011, porém somente integralizada na 29ª Alteração de Contrato em 31 de outubro de 2011. Os recursos já haviam chegado do exterior em 26 de abril de 2011, por meio do contrato de câmbio nº 11/037708, e utilizados para o pagamento das ações da ELEKTRO e da EPC.

Os recursos enviados ao exterior pela IBERDROLA ENERGIA para o pagamento da aquisição da ELEKTRO e da ECP "saíram" do país no mesmo dia em que os recursos utilizados pela IBERDROLA SA (Espanha) para integralização parcial do capital social da Iberdrola Energia Brasil Ltda. "adentraram" ao Brasil.

Depreende-se que a IBERDROLA ENERGIA sequer fez qualquer dispêndio nesse sentido, pois não possuía em seus ativos o montante necessário para pagar o ágio em discussão. (...)

Entende-se, por conseguinte, que quem efetivamente pagou o ágio na aquisição das empresas ELEKTRO e EPC foi a empresa espanhola e não a sua subsidiária brasileira. No entanto, o ágio foi contabilizado indevidamente no Brasil na IBERDROLA ENERGIA do Brasil.

Conclui-se, portanto, que a espanhola IBERDROLA ENERGIA SA 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.

Transparece da legislação tributária que só há possibilidade de dedução tributária para o ágio baseado no valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros e, para tanto, é necessário que o fundamento econômico esteja comprovado.

Conforme relatado pela fiscalizada em Fiscalização anterior que deu origem ao processo 17459.720056/2021-31, a avaliação do patrimônio da ELEKTRO foi realizada internamente pelas partes da aquisição societária:

Considerando que o custo de aquisição do investimento superou o valor de patrimônio líquido do investimento na Elektro, a Iberdrola do Brasil registrou ágio, que foi fundamentado na rentabilidade futura da Elektro nos termos das avaliações realizadas internamente pela Iberdrola do Brasil (doc. 7).

O Relatório de Avaliação Econômica da ELEKTRO, datado "apenas" de janeiro de 2011, foi elaborado internamente pela adquirente IBERDROLA ENERGIA, assinado por seu Diretor de Planejamento e Controle da adquirente.

**AValiação REALIZADA INTERNAMENTE** Com base nos parâmetros descritos anteriormente e no modelo matemático em anexo, concluímos que o valor econômico da companhia está situado no patamar de R\$ 3,7 bilhões, equivalentes a USD 2,4 bilhões.

Questiona-se a independência e a imparcialidade do laudo de avaliação elaborado internamente à IBERDROLA ENERGIA, a adquirente direta das ações, com a assinatura de seu Diretor de Planejamento e Controle, o sr. Eduardo Capelastegui Saiz, que também assina o Contrato de Compra e Venda de Ações, em 19 de janeiro de 2011.

Em complemento, o laudo interno apresentado é específico ao patrimônio da fiscalizada Elektro Eletricidade e Serviços SA. Entretanto, a IBERDROLA ENERGIA adquiriu diretamente apenas 34,45% diretamente do capital da ELEKTRO. Os 65,23% do capital da ELEKTRO foram adquiridos indiretamente com a aquisição da holding EPC.

Haveria a necessidade de uma avaliação com fundamento econômico de rentabilidade futura da EPC.

Há o laudo de avaliação de patrimônio líquido da EPC, mas não de rentabilidade futura.

E isso seria esperado, pois não há que se falar em rentabilidade futura de uma holding que se planejava extinguir por incorporação.

Destarte, seria também indedutível a parte relativa ao ágio na aquisição da EPC (aquisição indireta da ELEKTRO), pois o laudo relativo a esta pessoa jurídica, limita-se a avaliar o valor de mercado da EPC, mas não fundamenta a origem do ágio por rentabilidade futura. Esse laudo poderia servir para justificar o valor pago pelos ativos da EPC, mas para isso, de acordo com a hipótese prevista no inciso I do parágrafo 2º do artigo 385 do RIR/99, precisaria indicar o sobrepreço de cada um dos ativos adquiridos.

Em relação à avaliação patrimonial da EPC, é de relevância acrescentar que em 2010 a holding EPC possuía participação permanente em duas empresas e não somente na fiscalizada, como declarado: (...)

A empresa Elektro Comercializadora de Energia Ltda. foi alienada um ano depois, em abril de 2012.

A ELEKTRO forneceu outro relatório de avaliação do patrimônio da ELEKTRO, desta vez uma revisão elaborada por auditores independentes.

O Relatório de revisão das projeções financeiras da Elektro Eletricidade e Serviços S.A., auditado pela KPMG Corporate Finance Ltda. em 29 de julho de 2012, com a data base de avaliação em 31 de dezembro de 2010, chegou a resultados de avaliação similares aos do Relatório Interno de Avaliação da IBERDROLA ENERGIA: (...)

Em caso de a avaliação ser produzida após o pagamento do ágio, em específico ao Relatório de revisão das projeções financeiras da Elektro Eletricidade e Serviços S.A., de 29 de julho de 2012, o registro contábil deste, que ocorre quando do seu efetivo pagamento, não terá qualquer fundamento a que se referir, haja vista que não haverá qualquer informação a ser arquivada na contabilidade que demonstre a sua essência.

Em maio de 2012, o Grupo Iberdrola executou a segunda parte da reestruturação societária que alterou o controle societário da IBERDROLA ENERGIA e transferiu o ágio da EPC e da IBERDROLA ENERGIA para o patrimônio da ELEKTRO: (1) Em 28 de maio de 2012, a espanhola IBERDROLA ENERGIA SA cedeu a totalidade das quotas da IBERDROLA ENERGIA para a IBERDROLA BRASIL, holding brasileira constituída em março de 2012; (2) Em 30 de maio de 2012, a ELEKTRO incorporou reversamente a EPC, absorvendo o ágio resultante da sua própria aquisição pela IBERDROLA ENERGIA, indiretamente através da EPC; (3) Em 30 de maio de 2012 houve a cisão parcial da IBERDROLA ENERGIA e a incorporação do acervo cindido

pela ELEKTRO, que veio a ser o ágio resultante da sua própria aquisição pela IBERDROLA ENERGIA. (...)

Analisando-se os documentos societários que aprovaram a reestruturação societária, conclui-se que tais operações não proviam de propósito negocial, mas do objetivo único da transferência do ágio para a economia fiscal indevida na ELEKTRO. (...)

ÁGIO TERRACO aqui tratado se origina dos pagamentos efetivos, na aquisição de participações societárias, por um preço superior ao valor patrimonial das ações.

Contudo, o adquirente de fato das participações societárias da Elektro é o Grupo Enron por meio de sua controladora global, e nunca a empresa veículo Terraco Participacoes Ltda.

Já o ÁGIO IBERDROLA se origina na aquisição das participações societárias da Elektro e da EPC pela empresa espanhola IBERDROLA, com uso de uma empresa veículo no Brasil, além de inúmeras outras irregularidades observadas na avaliação patrimonial e na transferência do ágio, já relatadas neste Termo. Nesta operação, a real adquirente é a empresa espanhola, não sendo o eventual ágio alienígena passível de amortização no Brasil.

O fundamento econômico de parte dos ágios gerados é a “expectativa de rentabilidade futura” da empresa transacionada, que o contribuinte amortizou indevidamente durante vários períodos.

Desde logo é preciso compreender que o ágio só pode nascer na contabilidade da pessoa jurídica que efetivamente paga um preço maior do que o valor patrimonial de participações societárias, em uma operação que envolve, direta ou indiretamente, a aquisição de participações societárias. Hipóteses diversas desta configuraria a geração de ágio em operações internas, sem referência em parâmetros usuais de mercado, o que não se coaduna com as regras contábeis e fiscais aplicáveis. (...)

O tratamento tributário que deve ser dado ao ágio, desde que originado de operações legítimas conforme esclarecido no parágrafo anterior, é a manutenção do ágio de forma segregada na contabilidade da empresa adquirente das participações societárias que lhe deram origem, para ser apropriado como custo na apuração de ganho de capital quando, eventualmente, ocorrer a alienação das referidas participações societárias. (...)

Contudo, há uma situação particular em que a utilização do ágio como custo na apuração do ganho de capital na alienação das participações societárias não é possível: quando ocorre a confusão patrimonial entre as participações societárias e o patrimônio representado pelas participações societárias, ou seja, entre a empresa adquirida, e a empresa adquirente.

Aqui é fundamental deixar claro que as relações jurídicas devem obrigatoriamente ser realizadas com legítima boa-fé, sem objetivo de lesar terceiros, incluindo-se,

entre os terceiros, a União Federal em sua competência ativa, de arrecadação e de fiscalização tributárias. Tentativas de criar situações simuladas que aparentam a confusão patrimonial entre empresa adquirida e empresa adquirente não podem perdurar por afrontarem o sistema normativo.

Por conseguinte, desde que as operações tenham sido realizadas com estrita boa-fé, e não maculadas por atos simulados ou pela fraude fiscal, o raro caso de confusão patrimonial entre empresa adquirida e empresa adquirente exigiu, da norma tributária, regramento específico conforme Art. 386 do RIR/99 abaixo detalhado, Art. 7º. da Lei nº 9.532/1997 e Art. 22 da Lei nº 12.973/2014.

Como se verifica, nas operações regulares as contrapartidas da amortização do ágio decorrente de expectativa de rentabilidade futura não podem ser consideradas despesas e nem exclusões para fins de dedução do lucro real, conforme disposto no Art. 391 do RIR/99 (c/c Art. 7º. da Lei nº 9.532/1997 e Art. 22 da Lei nº 12.973/2014).

- **Multa qualificada:**

A partir do detalhamento das operações estruturadas de reorganização societária aqui analisadas, verifica-se que as operações societárias foram repetidas ao longo do tempo de forma reiterada, e compostas por diversas etapas complexas cuidadosamente planejadas e encadeadas.

Portanto, verifica-se a clara intenção do contribuinte, e de seus diretores, de realizar as operações aqui tratadas na forma como estas foram efetivadas, dado o esforço empenhado e as diferentes etapas conduzidas para se obter os fins pretendidos.

- **Multa isolada por falta de recolhimento de estimativas:**

(...) a falta de recolhimento das estimativas mensais de IRPJ e CSLL por estimativa por parte do contribuinte, que decorreu do fato do contribuinte ter registrado mensalmente as amortizações indevidas de ágio, em conjunto com a dupla opção feita pelo contribuinte (de apurar seu resultado de forma anual e de utilizar balancetes de suspensão / redução para cálculo das estimativas mensais), dá causa à aplicação da multa isolada de que trata este título.

Foram considerados os valores declarados em DCTF a título de IRPJ Mensal por Estimativa e CSLL Mensal por Estimativa em 2018, tendo sido constatada declaração inferior ao valor efetivamente devido.

Por conseguinte, em face da redução indevida do IRPJ e CSLL mensais devidos por estimativa, aplica-se, neste ato, multa isolada à alíquota de 50% sobre os valores que indevidamente deixaram de ser recolhidos e/ou declarados por estimativa, conforme calculado no “Demonstrativo de Apuração de Multa Isolada sobre IRPJ Estimativa Não Recolhido” e no “de Apuração de Multa Isolada sobre CSLL Estimativa Não Recolhida”, que fazem parte integrante e indissociável deste Termo de Verificação Fiscal.

Inconformado com a autuação, o contribuinte apresentou Impugnação às fls. 5.475/5.535 no qual relata as operações discutidas nos autos buscando demonstrar a improcedência do lançamento e os equívocos cometidos pela autoridade lançadora aos interpretar os fatos e o direito a eles aplicável, requerendo, ao fim, a sua procedência para o cancelamento do crédito tributário.

Na sequência, foi proferido acórdão pela DRJ que julgou a impugnação parcialmente procedente tendo em vista a redução do percentual da multa qualificada de 150% para 100% à luz da aplicação retroativa dos efeitos da Lei nº 14.689/2023, conforme ementa abaixo transcrita:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2018 DESPESA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. SIMULAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

Nos termos 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, nas condições ali especificadas. Essa regra aplica-se também quando a empresa incorporada for aquela que detinha a propriedade da participação societária. Não se admite, porém, a amortização de ágio quando comprovado que este foi fruto de operações artificialmente engendradas, com abuso de direito e mediante simulação.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL Ano-calendário: 2018 DESPESA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. SIMULAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

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 base de cálculo da CSLL.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Ano-calendário: 2018 MULTA QUALIFICADA. DEMONSTRAÇÃO DAS CONDUTAS. ENQUADRAMENTO NOS ARTS. 71, 72 e 73 DA LEI Nº 4.502/1964.

As condutas praticadas pela autuada, e descritas pela autoridade fiscal no processo administrativo, configuram hipóteses que ensejam a qualificação da multa de ofício.

MULTA QUALIFICADA. RETROATIVIDADE DE LEI. REDUÇÃO.

Não havendo demonstração de reincidência, a multa deve ser reduzida para 100%, conforme o art. 8º da Lei nº 14.689/2023.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE DE NORMAS.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade/ilegalidade de normas.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal Ano-calendário: 2018 AUTO DE INFRAÇÃO. VALIDADE.

Satisfeitos os requisitos do art. 10 do Decreto 70.235/72 e não tendo ocorrido o disposto no art. 59 do mesmo decreto, válidos são os autos de infração.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA. PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

A diligência/perícia presta-se à elucidação de pontos duvidosos que exijam esclarecimentos adicionais para o deslinde da questão. Estando presentes nos autos elementos suficientes para decidir sobre o lançamento, afigura-se desnecessária a diligência/perícia.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

O órgão de julgamento administrativo não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA. MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO.

A falta de recolhimento do imposto sobre a base de cálculo estimada por empresa que optou pela tributação com base no lucro real anual, enseja a aplicação da multa isolada, ainda que após o encerramento do exercício e da apuração de prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa. Sua aplicação, portanto, difere da multa de ofício, exigida por falta de pagamento do IRPJ e da CSLL devidos na apuração anual, hipótese de incidência distinta. Logo, ambas podem ser exigidas cumulativamente.

JUROS MORATÓRIOS SOBRE MULTAS. INCIDÊNCIA. SÚMULA CARF. VINCULAÇÃO.

Conforme a Súmula Carf nº 108, incidem juros moratórios sobre os valores das multas. Entendimento vinculante.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Em razão da redução da multa recorreu-se de ofício da decisão, tendo em conta o limite de alçada estabelecido na Portaria MF nº 2, de 17/01/23.

O contribuinte apresentou, então, Recurso Voluntário, às fls. 6.372/6.434, no qual aduz, em apertada síntese:

- **Razões para a reforma da decisão da DRJ com o cancelamento da glosa do ágio Terraço.**

- (a) A Terraço Participações participou e efetivamente adquiriu o controle na Recorrente no leilão de privatização promovido pelo Estado de São Paulo, ocorrido há mais 26 anos na bolsa de valores; foi a parte compradora do Contrato de Compra e Venda firmado com a CESP e todos os demais documentos formalizados no âmbito da operação; foi reconhecida pelas autoridades brasileiras como a adquirente do controle da Recorrente naquele leilão, dentre outros aspectos.
- (b) Todos os requisitos do regime da Lei nº 9.532/97 foram observados: (i) o Ágio Terraço é oriundo de uma aquisição de participação societária na Recorrente entre partes independentes no contexto de uma privatização pelo Poder Público; (ii) ocorreu o registro do investimento e do Ágio Terraço, após o desdobramento do custo total de aquisição incorrido pela Terraço Participações; (iii) o pagamento do Ágio Terraço foi motivado pela expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido na Recorrente; e (iv) ocorreu a incorporação da Terraço Participações pela Recorrente em 1999.
- (c) Não houve qualquer indício de ocultação, seja de atos ou da parte compradora, a Terraço Participações. As partes envolvidas fizeram tudo às claras, implementando atos e negócio jurídicos devidamente documentados, examinados e aprovados. Todos os atos foram escriturados e declarados ao Fisco, sendo levados aos registros competentes, além de informados no curso da fiscalização, tudo diferentemente do que ocorre quando há simulação ou fraude fiscal.
- (d) A qualificação da controladora do Grupo Enron como a “adquirente” no leilão de privatização, corroborada pela DRJ, além de ilegal, é contrária à realidade dos fatos comprovados, tendo buscado suporte nos fluxos financeiros relativos ao aumento de capital da Terraço Participações, o que apenas corrobora a personificação jurídica e autonomia patrimonial desta sociedade brasileira que utilizou os recursos de sua própria titularidade para a consumação de seu objeto social, sendo também descabidas as acusações de “empresa-veículo sem propósito negocial” para desqualificar a condição da Terraço Participações como a legítima adquirente do investimento na Recorrente.
- **Razões para a reforma da decisão da DRJ com o cancelamento da glosa do ágio Iberdrola.**
- (e) A Iberdrola Energia foi a parte compradora do Contrato de Compra e Venda, cujos efeitos jamais foram desconsiderados e, portanto, este negócio jurídico permanece integralmente válido. Essa sociedade brasileira assumiu e suportou as obrigações acordadas com a AEI Brazil Holdings Cooperatief U.A. (“AEI Cooperatief”), parte vendedora não relacionada, incluindo a obrigação de pagar

o preço de compra (que de fato desembolsou), 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);

- (f) O preço de compra foi efetivamente pago em dinheiro à AEI Cooperatief, sociedade vendedora, pela Iberdrola Energia, utilizando recursos de sua própria titularidade, conforme evidenciado por contratos de câmbio anexos, formalizando a compra de moeda estrangeira pela Iberdrola Energia para a remessa de recursos ao exterior para tal pagamento. Portanto, é equivocada a alegação da DRJ de que a “Iberdrola Energia não fez qualquer dispêndio, não possuindo, portanto, o montante para pagar o ágio em análise” (fl. 6330);
- (g) O montante pago pela Iberdrola Energia foi superior ao valor do patrimônio líquido da Recorrente e da EPC, tendo ocorrido o desdobramento desse custo incorrido, em observância ao disposto no regime da Lei nº 9.532/97 e do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77. A contabilidade auditada da Iberdrola Energia, da Recorrente ou de qualquer outra pessoa jurídica não foi desconsiderada, tampouco tida como inidônea e, por isso, os lançamentos contábeis da operação, incluindo o registro do ágio com fundamento econômico na rentabilidade futura, do acervo cindido da Iberdrola Energia, dentre outros, permanecem íntegros e válidos;
- (h) O pagamento do Ágio Iberdrola foi motivado pela expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. Essa motivação está documentada pelo estudo técnico elaborado pela Iberdrola Energia antes da aquisição do investimento, posteriormente atestado por outras avaliações econômicas de empresas especializadas (KPMG e Planconsult), com a projeção de resultados futuros do investimento segundo a metodologia do fluxo de caixa descontado. É infundada a alegação da DRJ de que a “elaboração posterior de laudos” (fl. 6351), que apenas atestaram a avaliação econômica preparada previamente à aquisição, “enfraquece o caráter probatório e demonstraria insegurança”, ignorando o conteúdo desses documentos preparados por empresas especializadas e independentes;
- (i) Não há dúvidas quanto à legitimidade desse estudo técnico, atestando a sua idoneidade como documento hábil a justificar a rentabilidade futura do ágio que motivou o seu pagamento pela Iberdrola Energia; assim como o fundamento econômico do Ágio Iberdrola como sendo decorrente da expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido;
- (j) A Iberdrola Energia, na condição de sociedade adquirente de direitos localizados no Brasil (participações na Recorrente e na EPC) junto a vendedor não residente

(AEI Cooperatief), procedeu à retenção e ao recolhimento do IRRF incidente na operação, em estrita observância ao disposto no artigo 26 da Lei nº 10.833/2003;

- (k) Após a conclusão da operação, a Iberdrola Energia passou a ser a proprietária do investimento direto na Recorrente e indireto por meio da participação detida na sociedade holding EPC, titular de ações representativas de 65,23% do capital da Recorrente, participando de deliberações societárias, além de ter recebido dividendos e JCP que foram pagos pela Recorrente;
- (l) As operações foram realizadas sob a fiscalização e rigoroso controle de órgãos do próprio Governo Federal, com destaque para a ANEEL. Esta agência reguladora inclusive examinou e aprovou a amortização do Ágio Iberdrola com fundamento na rentabilidade futura da Recorrente, no âmbito da Resolução Autorizativa nº 3500/2012. A operação também foi submetida à avaliação pelo CADE que aprovou, sem qualquer restrição, a compra pela Iberdrola Energia;
- (m) As formas adotadas eram adequadas e lícitas aos negócios pretendidos, assim como a validade da documentação que formalizou toda a operação como, por exemplo, contratos, demonstrativos, alterações contratuais e e/ou estatutárias relativas às cisões e incorporações. Esses documentos são públicos e foram arquivados nas juntas comerciais e na CVM pois a Recorrente é uma companhia de capital aberto;
- (n) O Fisco não identificou quaisquer vícios, ilicitudes ou abusos nos atos praticados, seja em relação à vontade das partes, seja em relação à forma adotada para a aquisição do investimento na Recorrente, limitando-se ao seu mero inconformismo de que a aquisição poderia ter sido realizada diretamente do exterior pelo Grupo Iberdrola. Não foi indicada qualquer violação aos dispositivos legais que autorizam a dedução fiscal do ágio pago na aquisição de investimentos em sociedades brasileiras por outra sociedade operacional localizada no Brasil;
- (o) A Recorrente suportou todos os efeitos das operações ocorrendo a chamada “confusão patrimonial” mencionada por decisões da C. CSRF destacadas no tópico acima, cujo posicionamento adotado afasta a infundada pretensão fiscal corroborada pela DRJ;
- (p) A legitimidade do Ágio Iberdrola já foi confirmada por esse E. CARF no acórdão nº 1301-006.065 (sessão de 22.09.2022), mencionado pela própria DRJ (fl. 6351) que reconheceu a validade de todos os atos implementados e o atendimento a todos os requisitos do regime da Lei nº 9.532/97 pelo Ágio Iberdrola, cancelando a cobrança objeto do Processo Administrativo nº 16561.720169/2017-11 (anos-calendário de 2012 e 2013).

- **Amortização do ágio e seus reflexos em relação à CSLL**

- (q) Não prevalece o entendimento firmado pela DRJ quanto a este tópico (fl. 6351). Isso porque, uma vez que inexistente 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. Esse entendimento já foi adotado pela C. CSRF no acórdão nº 9101-002.310 (sessão de 03.05.2016).
- (r) A ausência de dispositivo legal que vede a dedutibilidade do ágio para fins de apuração da CSLL é tão manifesta que o artigo 50 da Lei nº 12.973/2014, inaplicável ao caso, prevê a aplicação para essa contribuição das normas que tratam da dedução do ágio com fundamento na rentabilidade futura. Portanto, mesmo que se considere a dedução do ágio indedutível para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ, o que se admite para argumentar, o lançamento de CSLL não possuía fundamento legal à época.

- **Impossibilidade de manutenção das multas aplicadas**

- (s) Ainda que fossem superados todos os argumentos até aqui expostos, o que se admite apenas a título argumentativo, ao menos parte do Auto de Infração deveria ser cancelado por esse E. CARF em razão do excesso na constituição do crédito tributário ao indevidamente aplicar a multa qualificada, sendo que a DRJ apenas determinou a redução do percentual de 150% para 100%, aplicando retroativamente os efeitos da Lei nº 14.689/2023, sendo que o caso em exame não envolve a presença de quaisquer vícios. Esse excesso também ocorre em relação à cumulação das multas de ofício e isolada.

É o relatório.

## VOTO

Conselheira **Cristiane Pires McNaughton**, Relatora.

## 1 ADMISSIBILIDADE

Ao compulsar os autos, verifico que o presente Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, razão, pela qual, dele conheço.

## 2 ANÁLISE DO RECURSO DE OFÍCIO

Recorreu-se de ofício em virtude de a parte julgada favorável ao contribuinte ter ultrapassado o limite de alçada estabelecido na Portaria MF nº 2, de 17/01/23.

Ocorre que o julgamento só se deu parcialmente procedente tão somente para reduzir o percentual da multa qualificada de 150% para 100% à luz da aplicação retroativa dos efeitos da Lei nº 14.689/2023. Lei essa que continua válida, vigente e eficaz, razão pela qual a decisão da instância de piso não merece reparos nesta parte.

Portanto, voto por negar provimento ao recurso de ofício.

## 3 ANÁLISE DO RECURSO VOLUNTÁRIO

### 3.1 I – CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2446/DF que julgou a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, o voto da relatora Ministra Carmen Lúcia reconheceu que a dita disposição legal não proíbe o direito dos contribuintes de organizarem suas atividades da forma menos onerosa. Confira-se:

A norma não proíbe o contribuinte de buscar, pelas vias legítimas e comportamentos coerentes com a ordem jurídica, economia fiscal, realizando suas atividades de forma menos onerosa, e, assim, deixando de pagar tributos quando não configurado fato gerador cuja ocorrência tenha sido lícitamente evitada.

Da ideia acima, infere-se o direito dos particulares de organizarem suas atividades da forma menos onerosa tributariamente, pelas vias legítimas e coerentes com a ordem jurídica. Não há no Brasil, portanto, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, qualquer preceito antielisivo que vede comportamentos que busquem a economia tributária, salvo se eivados de cunho simulatório.

O julgado acima, também reforçou a eficácia de preceitos que eram reiteradamente relativizados em nosso sistema jurídico, como a estrita legalidade e tipicidade, reforçando à clássica lição de Alberto Xavier sobre o princípio da estrita legalidade. Confirmam-se os trechos a seguir:

A tipicidade no direito tributário é corolário do princípio da legalidade estrita prevista no inc. I do art. 150 da Constituição da República a exigir definição precisa dos fatos que podem vir a resultar em tributação. A esse respeito, os ensinamentos de Alberto Xavier:

“o brocardo nullum crimen, nulla poena sine lege tem o seu equivalente no Direito Tributário: nullum tributum sine lege. Da mesma forma, pois, que no Direito Penal o princípio da tipicidade surgiu corno técnica de proteção dos

cidadãos contra os poderes decisórios do juiz, ele revelou-se no Direito Tributário como instrumento de defesa dos particulares em face do arbítrio da Administração. O princípio da tipicidade não é, ao contrário do que já uns sustentaram, um princípio autônomo do da legalidade: antes é a expressão mesma deste princípio quando se manifesta na, forma de uma reserva absoluta de lei, ou seja, sempre que se encontra construído por estritas considerações de segurança jurídica (XAVIER, Alberto. Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 69-70)."

Ademais, rechaçou-se, também, a chamada "interpretação econômica do direito", como se depreende do trecho a seguir:

8. A norma do parágrafo único do art. 116 não dispõe, ao contrário do pretendido pela autora, de espaço autorizado de interpretação econômica. Ali não se trata da interpretação da lei, o que se dá no Capítulo IV do Código Tributário Nacional intitulado "Interpretação e Integração da Legislação Tributária". Tem-se no artigo 110: "A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias." Esse dispositivo não foi alterado pela Lei Complementar n. 104/2001.

Nesse sentido, desde o julgado da ADI 2446/DF, pode-se dizer que a Constituição da República Federativa do Brasil não autoriza que se adote, em nosso ordenamento jurídico, aquela razão que interpreta os fatos jurídicos a partir de uma perspectiva supostamente econômica em detrimento dos direitos fundamentais da livre iniciativa, da liberdade negocial, da legalidade e tipicidade.

Aplicando-se tal vertente à temática da "empresa-veículo", o que se observa é que o artigo 7º da Lei n. 9.532/97 prescreve que aquisições societárias adquiridas por ágio de rentabilidade futura poderiam gerar amortização de no máximo 1/60 ao mês, desde que ocorresse a confusão patrimonial entre investidora e investida. Já o artigo 8º da mesma lei autoriza que a confusão patrimonial se dê por incorporação reversa.

Nesse escopo, em razão da estrita legalidade e tipicidade que o voto da Ministra Carmen Lucia consagra na ADI 2446, se uma pessoa jurídica (a) adquire participação societária de outra, (b) há ágio de expectativa de rentabilidade futura demonstrada e (c) há a confusão patrimonial, o contribuinte tem o direito subjetivo de se aproveitar do ágio. Qualquer requisito adicional está fora do plano de legalidade e não pode ser admitido.

Assim, é irrelevante se a adquirente recebeu aporte financeiro de uma empresa operacional há pouco tempo antes da operação, se detinha, antes do aporte, capacidade financeira de efetivar o investimento ou se detinha "capacidade operacional" – o que quer que isso signifique para uma "holding" cujo objeto social é deter participação em outras sociedades.

Quando se inventam requisitos que não estão previstos de modo objetivo na lei, convive-se com a subjetividade, com o arbítrio e com o casuísmo. A aceitação de um “planejamento tributário” passa a ser imprevisível. A insegurança assume foros intoleráveis e sujeita o contribuinte a volatilidades imponderáveis, como mudanças de interpretação anos depois das operações, análises de “detalhes” que legitimam ou condenam operações. A falta de objetividade gera desigualdade, porque operações semelhantes são tratadas de modo distintos em diversos julgamentos.

Ora, se há um aporte em uma sociedade para que esta efetive a aquisição de outra, ainda que haja fins meramente tributários, o que é isso senão o contribuinte se organizando para uma economia tributária? Como dizer que isso é vedado, se a Suprema Corte, na ADI 2446/DF assegurou esse direito? Como admitir que em um Estado de Direito que é pautado pela moralidade, o Supremo Tribunal Federal utilize um modo de se enxergar o ordenamento jurídico para justificar a constitucionalidade de uma norma e esse mesmo modo não é compartilhado pela administração pública? São questionamentos que devem, no mínimo, levar a reflexão.

### 3.2 ACUSAÇÃO DE USO DE EMPRESA-VEÍCULO (ÁGIO TERRAÇO)

Como pudemos observar do relatório, no Ágio Terraço a fiscalização sustenta sua acusação no principal fundamento de que foram utilizadas pessoa jurídica “interposta” nas aquisições, porquanto as reais adquirentes seriam as sociedades controladoras sediadas no exterior, e não as suas controladas no Brasil.

Ao contrário do que aponta o Fisco, quando se afasta a chamada interpretação econômica, nota-se que a Terraço foi, sim, a real adquirente da participação societária na medida em que suportou financeiramente a aquisição. Não houve, portanto, qualquer ato simulatório.

O fato de ter recebido de sua controlada, aportes financeiros, não importa qualquer violação às normas tributárias. Ainda que se alegue que tal opção se fez para obtenção de economia tributária, mediante aproveitamento do ágio, responde-se que os contribuintes têm o direito de organizar suas atividades de modo tributariamente menos oneroso.

Diferentemente seria se a empresa no exterior realizasse diretamente o pagamento pelas participações societárias adquiridas com ágio, mas esse ágio fosse registrado em uma controlada no Brasil. Nesse contexto, a tese da “real adquirente” se mostraria plenamente consistente, não apenas em função da origem dos recursos, mas, sobretudo, devido à caracterização de uma operação simulada, estruturada com o objetivo de obter um benefício econômico-tributário indevido.

No mais, o ágio foi oriundo de operações com partes independentes, envolvendo a CESP, entidade pública, e o grupo norte-americano Enron, tendo sido efetivada no contexto das privatizações. As operações importaram pagamento. Não há, assim, artificialidade ou ágio fabricado que pudesse ensejar um cunho artificial ou simulatório.

Não bastasse tudo isso, no caso específico da Terraço, o Edital do Leilão de privatização previa obrigações que direcionavam que o investimento fosse efetivado por pessoa jurídica nacional, especialmente, em razão do item 2.2.3 do Edital do Leilão que exigia pagamento por meio de cheque administrativo sacado contra agências bancárias na praça da cidade de São Paulo, bem como apresentar certidões negativas. Nesse contexto, havia necessidade de que a adquirente da ELEKTRO fosse uma pessoa jurídica nacional.

### 2.2.3. Liquidação Financeira do LEILÃO

O pagamento do PREÇO FINAL DO LEILÃO e do PREÇO ADICIONAL EM RELAÇÃO ÀS AÇÕES ADQUIRIDAS NO LEILÃO deverá ser feito em duas etapas, de acordo com o descrito no MANUAL DE INSTRUÇÕES, à vista, em moeda corrente no País, através de cheques administrativos sacados contra agência(s) bancária(s) na praça da cidade e Estado de São Paulo, sendo:

### 2.2.4. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE AÇÕES

Na data prevista no CRONOGRAMA, deverá ser firmado o CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE AÇÕES entre a ALIENANTE e o NOVO CONTROLADOR, conforme ANEXO II deste EDITAL. Se o NOVO CONTROLADOR for SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO ou CONSÓRCIO, deverá também ser firmado pelos seus membros / sócios / acionistas / quotistas, na condição de garantidores, solidariamente responsáveis pelo cumprimento das obrigações previstas no CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE AÇÕES.

Na mesma data, o NOVO CONTROLADOR deverá apresentar as certidões de regularidade junto à Fazenda Federal, Estadual e Municipal, Seguridade Social (INSS) e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) ou documentos equivalentes no caso de pessoa física ou jurídica estrangeira, as quais constituem condição para assinatura do CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE AÇÕES. Se o NOVO CONTROLADOR for SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO ou



15

722/0

**CEESP** Companhia  
Energética de  
São Paulo

CONSÓRCIO, as certidões serão apresentadas por todos os seus membros / sócios / acionistas / quotistas.

No Acórdão n. 1301-066.065, proferido em 22/09/2022, que analisou a amortização do ágio Iberdrola em relação aos anos-calendário de 2012 e 2013, foi dado provimento ao Recurso Voluntário do contribuinte, por entender aquela turma que as operações seriam plenamente legítimas. Abaixo, colaciono trecho do voto do Relator José Eduardo Dornelas Souza:

De uma forma ou de outro, compreendo que o contribuinte possui liberdade para conduzir seus negócios da forma que julgar mais adequada. A única limitação para tanto é a conformidade aos limites da legalidade.

Sendo assim, não é papel da Autoridade Lançadora ou Julgadora exigir do contribuinte a prática desse ou daquele ato, tampouco podem as autoridades fiscais, penso, pretender que o contribuinte opte pela forma mais onerosa do ponto de vista fiscal.

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 Eberdrola implementasse a reestruturação societária de 2012 da forma como foi feita, não cabe a discussão para saber a forma mais adequada.

De igual forma, o Acórdão n. 1302-007.289, mais recente, julgado na sessão de 21.11.2024, que analisou os Ágios Terraço e Iberdrola, referente ao ano-calendário de 2017, decidiu pelo provimento do Recurso Voluntário, por entender que o contribuinte havia cumprido as exigências legais para amortização dos dois ágios. Colaciono trechos do voto do Relator Henrique Nimer Chamas:

Terem os recursos utilizados nas aquisições das participações societárias sido provenientes de aumentos de capital realizados pelas controladoras das adquirentes das participações societárias da Recorrente no Brasil não permite a conclusão de que as operações foram simuladas. O aumento de capital, sabe-se, é lícito e previsto na própria legislação cível e societária. Trata-se, a bem da verdade, da forma originária de capitalização de uma sociedade, onde os sócios entregam recursos para o desenvolvimento de uma atividade econômica. Em nada se difere, por exemplo, de mútuos obtidos junto ao sistema financeiro.

A norma tributária, por sua vez, não restringe o ágio à sociedade que origina os recursos financeiros utilizados na aquisição. Pelo contrário, é pressuposto da operação que haja o denominado sacrifício econômico por aquela que registra e amortiza o ágio, bem como que este seja suportado pela adquirente das participações societárias.

A propósito, nem deveria a legislação tributária vedar tal tipo de obtenção de recursos, pois feriria a neutralidade tributária, princípio tão almejado em um sistema tributário eficiente.

Assumir que as controladoras no exterior seriam as reais adquirentes por dispor de “autonomia decisória” e de “recursos financeiros para a realização da operação”, reclassificando os atos, é uma presunção relativa baseada em motivos extratributários. Estes, por sua vez, são relevantes apenas quando comprovam que as práticas do sujeito passivo acerca de determinado fato jurídico não refletem o que efetivamente foi praticado no mundo real; quando meras

alegações não são acompanhadas por um arcabouço probatório que as sustente, não há como aceitá-las.

Assim, mesmo a partir de uma interpretação menos apegada à legalidade, que exigisse um propósito negocial para a existência da TERRAÇO, não há como se negar que a TERRAÇO foi a real adquirente, haja vista a necessidade jurídica da operação ser efetivada a partir de uma pessoa jurídica situada no Brasil. O próprio TVF, de modo tímido, admite esse aspecto apontando o seguinte:

Ainda que se alegue a necessidade de empresa constituída no Brasil para participação no leilão de privatização, **este papel poderia ter sido desempenhado pela EPC ou por outra holding permanente**, e não por empresa meramente efêmera como é o caso da Terraco Participacoes Ltda.

Em outro trecho, ao qualificar a Terraço, afirma:

A Terraço Participações Ltda., na época do leilão de privatização da Elektro, era empresa de investimentos controlada pelo Grupo Enron (norte americano), com a finalidade de promover os negócios do grupo no Brasil. Assim, **no cumprimento do seu propósito**, participou do Leilão promovido pelo Estado de São Paulo, por meio do Edital nº AS/F/816/98, no qual se sagrou vencedora e por consequência celebrou com a Cesp o contrato de Compra e Venda (...).

Com a devida vênia, a exigência de que se tivesse utilizado outra pessoa jurídica como a EPC ou outra holding permanente não encontra guarida em qualquer norma jurídica e não traria qualquer impacto tributário distinto.

Ademais, ainda que a Terraço tenha sido incorporada alguns meses depois, passando-se a utilizar a EPC como “holding”, não nos parece que tal aspecto a desnature como real adquirente, haja visto ter sido a empresa que recebeu os aportes, efetivou o pagamento e figurou como adquirente nos contratos de privatização. Aspectos adicionais, além dos previstos nos artigos 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, são exigências sem fundamento legal.

Em sendo a Terraço a real adquirente e tendo sido incorporada pela Elektro infere-se que houve a confusão patrimonial prevista nos artigos 7º c/c 8º da Lei n. 9.532/97.

### 3.3 DO ÁGIO IBERDROLA

Com relação ao “Ágio Iberdrola” a acusação de que a Iberdrola Energia do Brasil Ltda. (“Iberdrola do Brasil”) não é a real adquirente é sustentada pelo apontamento de que não teria sido ela, e sim a Iberdrola S.A. (“Iberdrola da Espanha”), a real pagadora das operações. Esse apontamento merece análise cuidadosa pois trata-se, sim, de elemento que poderia, de fato, desnaturar a “veículo” como verdadeira investidora.

Para sustentar seu ponto, a fiscalização aponta que apesar de ser uma empresa operacional, com mais de 10 anos de existência, até 2010 a Iberdrola do Brasil não tinha capacidade financeira de honrar com o pagamento da aquisição da participação societária. Na 28ª

alteração do contrato social da Iberdrola do Brasil, datado de 15 de abril de 2011, ocorreu a subscrição de capital social dos recursos financeiros necessários para a operação, ora examinada, mas somente ocorre a efetiva integralização em 31 de outubro de 2011, na 29ª alteração, momento posterior ao pagamento da aquisição societária.

Em razão desse aspecto, concluiu a fiscalização que os recursos teriam sido pagos pela Iberdrola Espanha. Sublinha, ainda, que o balanço patrimonial de 2011 revelaria que a contrapartida do aumento do capital social teria sido o investimento da Elektro e não o aporte de recursos financeiros. Vamos apreciar esses pontos. E acrescenta o seguinte:

Os recursos enviados ao exterior pela IBERDROLA ENERGIA para o pagamento da aquisição da ELEKTRO e da ECP "saíram" do país no mesmo dia em que os recursos utilizados pela IBERDROLA SA (Espanha) para integralização parcial do capital social da Iberdrola Energia Brasil Ltda. "adentraram" ao Brasil. Depreende-se que a IBERDROLA ENERGIA sequer fez qualquer dispêndio nesse sentido, pois não possuía em seus ativos o montante necessário para pagar o ágio em discussão.

À fl. 1.205 e seguintes do processo, há os contratos de câmbios com envio de recursos do exterior firmados em nome da Iberdrola do Brasil com destino à vendedora. Isso significa que essa pessoa jurídica efetivamente realizou o pagamento. Fosse o pagamento efetivado pela Iberdrola da Espanha o recurso da venda não teria saído do Brasil.

O aspecto formal de a integralização no capital social ter sido efetivada posteriormente, em outubro, não significa que a empresa não tenha recebido esses recursos e realizado o pagamento. Ora, uma empresa pode receber recursos de sua controladora e registrar um passivo, e apenas posteriormente registrá-lo ao patrimônio líquido com a integralização do capital social.

Ademais, o TVF indica que o balanço patrimonial de 2011 demonstraria que a contrapartida do investimento da Iberdrola da Espanha no Brasil seria o investimento na Elektro. Embora o argumento não tenha sido mais elaborado além do que a mera reprodução de contas do balanço patrimonial, observa-se que em tal demonstração contábil há valores equivalentes de capital social R\$ 3.839.936.595,01, por um lado, e de participação em coligadas e controladas (R\$ 1.572.445.180,03), de ágios em investimentos (1.949.396.623,90) e valores mobiliários (R\$ 442.629.737,56), de outro.

O balanço patrimonial, contudo, que é uma foto em 31 de dezembro, não é capaz de demonstrar a efetiva contrapartida de um investimento, porque não retrata o "filme inteiro". Veja-se, no caso concreto, os recursos financeiros ingressam na Iberdrola do Brasil e são transferidos à vendedora da Elektro no mesmo dia. Por isso, esses recursos não foram capturados pelo balanço que retrata a posição patrimonial do final do exercício social.

Assim, com a devida vênia, quem efetivamente pagou pela aquisição da Elektro foi a Iberdrola do Brasil.

Outra acusação do Fisco sobre a Iberdrola do Brasil refere-se ao laudo que registra o ágio. Há dois apontamentos: o primeiro, à fl. 5.425, de que o laudo teria sido confeccionado pelo Diretor de Planejamento e Controle da Iberdrola do Brasil, o que afetaria sua independência. Ocorre que não há requisito legal sobre formato do laudo. Se o Fisco entende que o laudo tem elementos não fidedignos que o comprove com elementos robustos.

Quanto à alegação de que deveria ter havido laudo específico para a EPC. Registre-se que tal empresa era uma holding e seu principal ativo era comprovadamente a Elektro. Esse ponto é avalizado pelo TVF à fl. 5.434. Nesse sentido, parece-nos que a contabilidade, que parte do princípio da essência econômica, não exige um formalismo de se aferir um laudo específico da EPC para suportar o goodwill.

Diante do exposto, o ágio é legítimo, não há simulação e tampouco fundamento jurídico para imposição de multa, especialmente qualificada.

Assim, dou provimento para o Recurso Voluntário.

### 3.3.1 AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO E REFLEXOS À CSLL

O art. 57 da Lei n. 8.981/95 dispõe que se *aplicam à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei.*

O termo “apuração” está relacionado ao cálculo do *quantum* devido de um tributo. Por isso, entendo que essa norma cria uma regra geral de identidade de apuração de base de cálculo de IRPJ e CSLL que não é aplicável apenas no caso de antinomia perante previsões específicas da CSLL.

Essa norma, portanto, se acopla à legislação do IRPJ e mesmo onde o legislador não faça menção expressa a CSLL, a aplicação combinada com o artigo 57 fará com que seja destinada, também à contribuição.

A exceção, contudo, é existir norma específica de CSLL tratando sobre certo tema que venha a ser regulado pelo IRPJ por lei que deixe de citar a CSLL. Isso porque a norma geral não revoga norma especial nos termos do §2º do artigo 2º da LINDB e a regra geral de que a CSLL acompanha o IRPJ não será aplicável quando disposição específica previr o contrário.

No caso do ágio, não havia norma específica da CSLL que tratasse, de modo distintivo do tema. Nesse contexto, quando o artigo 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 veiculam previsão para o lucro real, entendo que automaticamente é aplicável para a CSLL, por conta do artigo 57 da Lei n. 8.981/95.

Por isso, aplico o mesmo entendimento exarado em relação ao IRPJ para a CSLL.

#### 4 DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto por negar provimento ao Recurso de Ofício e dar provimento ao Recurso Voluntário.

*Assinado Digitalmente*

**Cristiane Pires McNaughton**

#### DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque

Apesar de haver manifestado concordância com o voto da ilustre Conselheira Relatora durante a sessão de julgamento, entendo ser necessário formalizar a presente Declaração de Voto para apresentar fundamentos adicionais sobre o tema relacionado à amortização das despesas dos ágios em questão, que foram assim resumidos no TVF:

- a) **ÁGIO TERRACO:** originado na aquisição inicial de ações da ELEKTRO por uma empresa veículo efêmera recém-criada Terraco Participacoes Ltda. Esta empresa veículo não dispunha de capacidade operacional ou financeira para realizar esta operação, e foi logo incorporada pela própria ELEKTRO, sendo que a adquirente de fato das ações da ELEKTRO é a empresa controladora global do Grupo Enron na época;
- b) **ÁGIO IBERDROLA:** ágio originado na aquisição indireta de ações da ELEKTRO pela empresa espanhola IBERDROLA ENERGIA, que capitalizou uma subsidiária brasileira IBERDROLA ENERGIA do Brasil para realizar esta aquisição, aquisição para a qual a empresa brasileira não dispunha de capacidade financeira conforme devidamente demonstrado neste Termo. Em sequência, o Grupo Iberdrola procedeu um conjunto organizado de reorganizações societárias com vistas a transferir ilicitamente o ágio para a contabilidade da própria ELEKTRO, onde passou a ser irregularmente amortizado.

Os temas demandam análises separadas, foi tratam de fatos distintos em operações societárias ocorridas ao longo do tempo.

#### **DO ÁGIO TERRAÇO**

O referido ágio foi gerado em processo de privatização ocorrido no ano de 1998, especificamente na aquisição de negócio vinculado ao setor elétrico (empresa ELEKTRO).

A administração tributária tinha total ciência desse fato, que é incontroverso no TVF, onde se vê que “o **ÁGIO TERRACO** foi gerado na empresa veículo Terraco Participações Ltda

*quando do leilão de privatização da Elektro em meados de 1998, e permaneceu nesta empresa até fevereiro de 1999, quando a Terraco Participacoes Ltda foi extinta por incorporação, mediante operação de incorporação reversa na qual a própria Elektro incorporou sua suposta controladora. Conforme será abaixo detalhado, esta operação carece de propósito negocial, e teve por finalidade exclusiva a criação artificial de uma incorporação de forma a simular as condições legais necessárias para suposto aproveitamento do ágio gerado na privatização da Elektro”.*

O TVF informa, ainda, que o grupo investidor ENRON BRAZIL POWER HOLDINGS V LTD era o detentor da empresa criada no Brasil (TERRAÇO PARTICIPAÇÕES) para adquirir o negócio ELEKTRO (empresa do setor elétrico que estava sendo privatizada pelo Estado de São Paulo).

A criação dessa estrutura é plenamente possível, sendo esse o objetivo dos dispositivos normativos para atrair investimentos estrangeiros para as privatizações havidas no Brasil.

A criação da sociedade TERRAÇO para titularizar a compra não revela nenhuma incongruência. É algo muito comum entre companhias de grande porte centralizar investimentos em pessoa jurídica criada para segregar estratégias de compras de outras empresas, como forma de separar as atividades desenvolvidas, ou mesmo para viabilizar a participação de grupo estrangeiro em privatizações nacionais.

O Recurso Voluntário traz as seguintes considerações para demonstrar a regularidade das operações em questão, onde buscou evidenciar que:

- A Terraço Participações participou e efetivamente adquiriu o controle na Recorrente no leilão de privatização promovido pelo Estado de São Paulo, ocorrido há mais 26 anos na bolsa de valores; foi a parte compradora do Contrato de Compra e Venda firmado com a CESP e todos os demais documentos formalizados no âmbito da operação; foi reconhecida pelas autoridades brasileiras como a adquirente do controle da Recorrente naquele leilão, dentre outros aspectos.
- Todos os requisitos do regime da Lei nº 9.532/97 foram observados: (i) o Ágio Terraço é oriundo de uma aquisição de participação societária na Recorrente entre partes independentes no contexto de uma privatização pelo Poder Público; (ii) ocorreu o registro do investimento e do Ágio Terraço, após o desdobramento do custo total de aquisição incorrido pela Terraço Participações; (iii) o pagamento do Ágio Terraço foi motivado pela expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido na Recorrente; e (iv) ocorreu a incorporação da Terraço Participações pela Recorrente em 1999;
- Não houve qualquer indício de ocultação, seja de atos ou da parte compradora, a Terraço Participações. As partes envolvidas fizeram tudo às claras, implementando atos e negócio jurídicos devidamente documentados, examinados e aprovados. Todos os atos foram escriturados e declarados ao Fisco, sendo levados aos registros competentes, além de informados no curso da

fiscalização, tudo diferentemente do que ocorre quando há simulação ou fraude fiscal.

- A qualificação da controladora do Grupo Enron como a “adquirente” no leilão de privatização, corroborada pela DRJ, além de ilegal, é contrária à realidade dos fatos comprovados, tendo buscado suporte nos fluxos financeiros relativos ao aumento de capital da Terraço Participações, o que apenas corrobora a personificação jurídica e autonomia patrimonial desta sociedade brasileira que utilizou os recursos de sua própria titularidade para a consumação de seu objeto social, sendo também descabidas as acusações de “empresa-veículo sem propósito negocial” para desqualificar a condição da Terraço Participações como a legítima adquirente do investimento na Recorrente.

Importa ainda trazer os elementos fáticos que ensejaram a constituição da TERRAÇO para participar do leilão de privatização, como forma de evidenciar que não havia nenhum traço de artificialidade nas operações, inclusive, porque a empresa fora criada muito antes do próprio leilão. Observando-se a linha do tempo indicada resumidamente no Recurso Voluntário, verifica-se que:

18. O Edital do Leilão regulou a desestatização da Recorrente por meio de leilão público que deveria ocorrer na BOVESPA em 16.07.98; os interessados deveriam apresentar a documentação prévia até a data-limite de 02.07.98, para serem considerados aptos a participarem do processo competitivo. O Edital do Leilão autorizava expressamente a constituição de Sociedades de Propósito Específico (SPE) ou Consórcios, como parte interessada a participar desse leilão.

19. Ao todo, 17 (dezessete) empresas manifestaram interesse em adquirir o controle da Recorrente no contexto do Programa Estadual de Desestatização, sendo qualificadas para participar do leilão, realizado sob a forma de maior lance e modalidade de envelope fechado.

20. Dentre as empresas habilitadas estava a Terraço Participações, holding brasileira<sup>4</sup> que integrava o Grupo Enron, sendo investida pela Enron Brazil Power Holdings V Ltd. e pela Enron Brazil Power Investments V Ltd. (fl. 5157).

**21. A Terraço Participações foi constituída em maio de 1998, antes, portanto, do leilão de privatização, tendo por finalidade participar do processo competitivo lançado pela CESP e pelo Governo do Estado de São Paulo. Com a aquisição do controle da Recorrente, a Terraço Participações visava ingressar no mercado brasileiro de distribuição de energia elétrica, em processo de desregulamentação.**

22. O Edital do Leilão previa o preço mínimo de R\$ 17,02 por lote 43.681.170 lotes de ações, totalizando o valor mínimo de R\$ 743.561.018,60 que deveria ser oferecido pelos interessados em adquirir o investimento na Recorrente. O Edital do Leilão exigia, ainda, o pagamento do preço por meio de cheques administrativos sacados contra agência bancárias na praça da cidade e Estado de

São Paulo, além da necessidade de apresentação de certidões negativas e de regularidade fiscal.

23. Habilitada a participar do leilão de privatização, a Terraço Participações apresentou sua oferta, saindo vencedora no acirrado processo competitivo para aquisição das ações ordinárias representativas de aproximadamente 90% do capital votante da Recorrente. O preço ofertado totalizou R\$ 33,86 pelo lote de mil ações (isto é, um sobrepreço correspondente a 98,94% do valor mínimo previsto no Edital do Leilão).

24. **Após ter vencido o leilão de privatização, e como forma de honrar o pagamento do preço de compra acordado com a CESP, a Terraço Participações teve seu capital aumentado em 16.07.98 (1ª Alteração do Contrato Social arquivada na JUCESP), com a emissão de 800.010.000 novas quotas que foram integralmente subscritas e integralizadas, em dinheiro5, pelos seus dois sócios. A Terraço Participações também contratou um empréstimo para financiamento de parcela do preço de compra, conforme evidenciado pela documentação anexa autos.**

25. Em 24.07.98, a Terraço Participações integrou, na condição de Compradora, o “Contrato de Compra e Venda de Ações Ordinárias Integrantes do Capital Social da Elektro – Eletricidade e Serviços S.A.” (fls. 612 a 621) com a CESP, na condição de Vendedora. Verifica-se que a Terraço Participações assumiu e suportou exclusivamente todas as obrigações acordadas, com destaque para a Cláusula 4ª, incluindo a obrigação de pagar o preço à CESP (que efetivamente desembolsou), incluindo submeter à aprovação da ANEEL.

26. **Nenhuma outra empresa do Grupo Enron integrou o Contrato de Contrato de Compra de Venda, nem mesmo como “Interveniente Anuente” e jamais assumiu quaisquer obrigações junto à CESP.** O contrato também previa que o seu teor e obrigações são inteiramente regidos e deveriam ser interpretados de acordo com as leis brasileiras, o que é comum para transação entre partes brasileiras.

27. Em 25.08.98, a privatização foi finalizada, com o pagamento do preço pela Terraço Participações e a realização da AGE (fls. 4299 a 4318), em contrapartida do recebimento das ações representativas do controle da Recorrente 6. Essa transferência foi devidamente aprovada pela ANEEL.

28. A aquisição do investimento na Recorrente pela Terraço Participações foi submetida ao exame do CADE, tendo sido aprovada sem quaisquer restrições, no Ato de Concentração nº 08012.007009/1998-10, no qual a Terraço Participações figurou como parte “Requerente” (fls. 5889 a 6123).

29. A Terraço Participações adquiriu um total de 43.681.170 lote de mil ações ordinárias da Recorrente, conforme evidenciado pelo certificado de custódia emitido à época pelo Banco Itaú S.A. O custo de aquisição do investimento

totalizou R\$1.537.189.459,00, sendo que essa operação se sujeitou à incidência da CPMF recolhida aos cofres públicos, no valor de R\$ 2.186.942,75.

30. É usual que um novo investimento demande o dispêndio de recursos e que esses recursos sejam captados junto a terceiros, incluindo os sócios, pelo capital aportado, ou instituições financeiras, por empréstimos. É natural que uma sociedade com atividade de holding, como era a Terraço Participações, anteriormente à realização de seu primeiro investimento, não possuísse uma fonte própria de receitas decorrentes da prática de seu objeto social.

31. Justamente por não possuir receitas próprias naquele momento, que a Terraço Participações necessitou de recursos obtidos por meio do aumento de capital subscrito pelos seus sócios quotistas, além de empréstimo contraído, para concluir a aquisição do controle da Recorrente e pagar o preço ofertado à CESP. A partir do ingresso de recursos em seu patrimônio, a Terraço Participações se tornou a única proprietária desses recursos que foram empregados na aquisição em comento. Este fato, em nenhuma hipótese, significa a “ausência de capacidade operacional ou substância econômica da sociedade holding”.

32. Também era natural que esses recursos somente ingressassem em seu patrimônio a certeza de que foi vencedora do leilão de privatização. Caso contrário, os recursos ingressariam no Brasil sem uma finalidade específica, ficando sujeito a riscos de oscilação cambial e ao pagamento de tributos por transações financeiras, além da exposição quanto ao montante a ser ofertado no leilão.

33. Qualquer movimento cambial correspondente a centenas de milhões de Reais, afetaria o mercado cambial brasileiro de forma pública e notória, sendo que a movimentação de divisas dessa magnitude provocaria a identificação do valor pretendido pela Terraço Participações para aquisição do controle da Recorrente, prejudicando a confidencialidade da sua oferta, fator fundamental para a conclusão da operação no processo competitivo, além de influenciar o lance dos outros concorrentes que também foram habilitados a participar do leilão.

Os fundamentos trazidos no TVF para tratar a TERRAÇO como uma empresa interposta artificialmente são equivocados, pois sua existência era totalmente necessária à participação do grupo estrangeiro no leilão nacional. Entendo que os fundamentos utilizados pela administração tributária para impedir o aproveitamento fiscal do ágio não encontram amparo em elementos fáticos ou jurídicos, pois ficou demonstrada a regularidade de toda a operação.

As operações realizadas ocorreram entre partes independentes e as transações efetivamente foram lícitas, regularmente instrumentalizadas por contratos informados ao Fisco e devidamente registrados na escrita fiscal e contábil dos envolvidos. Aliás, houve regular registro dos ativos recebidos e baixa do ativo cedido, tendo sido desdobrado o valor do custo de aquisição da participação societária em investimento pela equivalência patrimonial e ágio.

Entendo que a conclusão da administração tributária para considerar efêmera a sociedade de participações não encontra respaldo nos fatos até aqui demonstrados, pois as operações havidas com sociedades *holdings* controladoras não encontra nenhum impedimento no Direito brasileiro.

Faz-se necessário, ainda, tratar dos demais fundamentos do TVF, como forma de evidenciar a licitude das operações.

### **TESE DA REAL ADQUIRENTE DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA**

A administração tributária entende que a real adquirente das ações com ágio foi a empresa ENRON, companhia que teria se valido do que o Fisco denomina empresa veículo para adquirir o investimento final. Considerou tratar-se de pretensão artifício ilegal apenas para aproveitar a amortização fiscal do ágio gerado na aquisição do negócio.

Assim, considerando-se a sucessão de fatos que levam à compra do negócio, a autoridade fazendária relatou que não houve a necessária confusão patrimonial entre pretensa real investidora e a investida. Entendeu que a incorporação reversa entre a empresa alvo e a intermediária da operação, não revelava autonomia própria, uma vez que a real investidora seria a empresa controladora, que aportou o capital no negócio e foi a titular do sacrifício financeiro para alavancar a operação.

Por sua vez, a contribuinte demonstrou que a existência da empresa intermediária, que efetivamente realizou a aquisição, tratava-se de empresa necessária à titularização do investimento.

A existência de capital social considerável nas empresas *holdings*, por si só, já revela que não se tratava de “empresa veículo”, nem de uma empresa de papel.

A administração considerou desnecessária a existência da sociedade intermediária para realizar a transação, sob o entendimento de que ela não é a real adquirente e não mantinha confusão patrimonial com a titular do negócio adquirido.

Ao contrário, evidencio a autonomia operacional da empresa intermediária, que recebeu regularmente o aporte do aumento de capital para viabilizar a compra do negócio. Os negócios realizados não demonstram qualquer sinal de artificialidade.

Entendo que não havia qualquer impedimento à realização do negócio em questão nem da aquisição reversa da investida pela investidora, fato muito comum nos modelos operacionais de diversos segmentos. Isso permite manter concessões, autorizações e outorgas governamentais. Não raro, permite-se a manutenção de estruturas econômicas que facilitam a operação conjunta das companhias sob a égide da existência da empresa investida.

Assim, uma vez ocorrida a incorporação reversa, o ágio registrado na investidora pode ser aproveitado após a operação. A legislação autorizava o aproveitamento do ágio quando a pessoa jurídica intermediária absorvesse patrimônio de outra em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detivesse participação societária adquirida com expectativa de rentabilidade futura.

O caso dos autos ocorreu antes dos efeitos dos impedimentos trazidos pela Lei nº 12.973/2014, que manteve a autorização para o aproveitamento do ágio às operações de incorporação, fusão e cisão ocorridas até 31 de dezembro de 2017, cuja participação societária

tenha sido adquirida até 31 de dezembro de 2014. Assim, plenamente aplicável os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, que à época permitiam o aproveitamento fiscal em questão.

O argumento trazido pela administração tributária para impedir a realização do negócio não encontra fundamento no Ordenamento Jurídico nacional, ao contrário, os dispositivos legais não continham nenhum dispositivo que convergissem para a “tese do real adquirente” trazida no TVF, por pretensa artificialidade do negócio.

Diante desse cenário, penso ser importante complementar tais fundamentos, trazendo razões adicionais para esclarecer o posicionamento manifestado em outros julgamentos sobre o mesmo tema, a fim de motivar meu posicionamento.

Entendo que a criação da empresa *holding* não impedia que suas controladoras amortizassem o ágio em questão, pois ele foi integralmente gerado no Brasil, em operação nacional. Caso não fosse criada a companhia de participação, as controladoras seriam as titulares do ágio, cuja amortização seria plenamente autorizada. Significa dizer que a existência da *holding* em nada alterou a realidade dos fatos e em nada beneficiou o grupo econômico com estratégia que seria plenamente possível de forma diversa.

Outrossim, destaco que o tema tem sido enfrentado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme indica o acórdão 9101-006.486 – CSRF / 1ª Turma, sessão de 07 de março de 2023, que validou a amortização de ágio independentemente da interposição de empresa com estrutura societária de *holding*, como se vê de sua ementa:

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

O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que detém o investimento pela empresa investida (incorporação reversa).

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

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

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

Transcrevo parte da declaração de voto do Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, que incorporo como razões de decidir adicionais desta relatoria:

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

É oportuno registrar que não estou entre aqueles que defendem que os contribuintes podem fazer tudo que a lei não veda.

Entendo que os negócios jurídicos realizados devem respeitar os princípios da boa-fé e a função social da empresa. Assim, não se admitem negócios puramente formais, sem qualquer substância, que visam unicamente a obtenção de benefícios fiscais, como os observados na criação de ágio em operações internas ao grupo econômico ou com vícios de simulação.

No presente caso, entendo que as operações examinadas se amoldam à previsão legal que autoriza a amortização do ágio. Existe em cada uma delas um valor efetivamente pago a terceiros que supera o valor patrimonial, amparado na expectativa de rentabilidade futura. Por outro lado, as adquirentes foram absorvidas por incorporação pela adquirida, verificando-se a confusão patrimonial exigida por lei para viabilizar a amortização da despesa.

Neste passo, com a devida vênia do entendimento fiscal e do adotado pelo colegiado recorrido, o meu entendimento é o de que a utilização de empresa holding para a aquisição dos investimentos encontra respaldo no ordenamento societário e fiscal e, efetivamente, encontra-se dentro da esfera de liberdade que a empresa tinha para realizar os negócios concretizados.

Note-se que o negócio de compra e venda é real. O que se discute é se o contribuinte poderia adotar a estrutura societária que utilizou para a sua concretização.

Ora, ao lado dos motivos regulatórios e negociais apresentados pela recorrente quanto a utilização das empresas holdings nos negócios, o objetivo de aproveitar o benefício fiscal do ágio, previsto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (arts. 385 e 386 do RIR/1999), me parece legítimo neste caso e é parte da própria estruturação do negócio realizado, levando em conta o ordenamento societário e fiscal.

Entendo que a lei fiscal deve ser interpretada, especialmente aquelas que tratam de renúncia fiscal, em consonância com seus objetivos, não se limitando à sua literalidade. Daí meu entendimento no sentido de afastar a sua aplicação em

operações internas, realizadas entre partes dependentes, sem qualquer sacrifício patrimonial e justificativa econômica.

No entanto, não se pode buscar um sentido à lei que a afaste dos institutos que ela pretende regular ou a eles se refira.

A possibilidade legal de aproveitamento do ágio (uma vez que este tenha ocorrido e sido demonstrado legitimamente) decorre da absorção do patrimônio de uma pessoa jurídica pela outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio apurado na forma do § 2º. Inc II do art. 385 do RIR/1999, inclusive quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a participação.

Assim dispõe o art. 386 do RIR/1999:

...

Analisando o dispositivo acima, verifica-se que a confusão patrimonial decorre da absorção do patrimônio de uma pessoa jurídica pela outra. É este o requisito que, uma vez atendido, permite a utilização do benefício de amortização antecipada do ágio pago.

E, no caso, concreto, as pessoas jurídicas que detinham os investimentos eram, indubitavelmente, as empresas holdings que foram efetivamente as responsáveis pela aquisição das participações societárias no Brasil, ainda que os recursos tenham vindo, declaradamente, de empresas situadas no exterior mediante inversão no capital social das adquirentes.

Portanto, apesar de os reais detentores do investimento no Brasil serem, ao fim e ao cabo, as empresas do grupo situadas no exterior, as adquirentes são as empresas holding brasileiras criadas para investir na aquisição das companhias.

Ao contrário do que sustenta a fiscalização e o i. relator do voto vencedor do acórdão recorrido, a lei não estabelece a confusão patrimonial entre investidora (de fato) e investida, mas, sim e expressamente, entre a "pessoa jurídica" que detém a participação societária na outra "pessoa jurídica" adquirida com ágio com esta última, ou vice-versa, por meio de processos de incorporação, fusão ou cisão.

A figura da companhia holding encontra-se prevista no art. 2º, § 3º da Lei nº 6.404/1976 (Lei das S/A), verbis:

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

§ 1º Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio.

§ 2º O estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo.

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

Da mesma forma os institutos da incorporação, fusão e cisão, estão previstos em diversos dispositivos da Lei nº 6.404/1976, em especial os seguintes:

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

[...]

Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

[...]

Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

Com efeito, todos estes institutos estão expressamente previstos na lei comercial, não podendo ter a sua definição, conteúdo e alcance serem interpretados de forma diversa para definição de seus efeitos tributários, nos termos dos art. 109 e 110 do CTN .

A referência, pela Lei das S/A, às companhias e sociedades que detém participações em outras companhias e às operações societárias (incorporação, fusão e cisão), acima descritas, remetem à relação imediata de umas com as outras sociedades, independente do seu controle direto ou indireto por outras pessoas jurídicas.

Dito de outro modo.

A lei regula, por meio dos dispositivos citados, institutos que disciplinam o objeto das sociedades mercantis e suas transformações em caráter individual, como entidades autônomas, não importando sua condição dentro de um grupo econômico ou quem detenha o seu controle.

Ora, a lei tributária, nos casos os arts. 385 e 386 do RIR/1999 (amparados nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997), simplesmente remete a estes institutos, previstos na lei comercial, para fins de definição do benefício fiscal de amortização antecipada do ágio, não existindo, a meu ver, espaço para interpretá-los de forma diversa.

Decorre daí, também, o meu entendimento já manifestado em outros julgamentos, quanto a impossibilidade de transferência do ágio pago por uma empresa para outra criada unicamente para permitir o aproveitamento fiscal do ágio.

Assim, inexistindo no caso concreto qualquer indício de simulação nas operações realizadas e considerando o contexto negocial das operações, entendo

plenamente aplicáveis os dispositivos legais que autorizavam à contribuinte a deduzir fiscalmente o ágio pago nas operações.

Destaque-se, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça tem validado a amortização do ágio decorrentes de operações regulares, onde não haja nenhum tipo de simulação. Cito o REsp nº 2.026.473-SC (STJ, 1ª Turma, DJe 19/09/2023, Rel. Min. Gurgel de Faria), que tratou da possibilidade de utilização de empresa-veículo por investidora estrangeira, tendente a estruturar negócios jurídicos no Brasil com formação de ágio.

Entendeu o STJ que a utilização de empresa-veículo na operação, por si só, não invalida ou impede a amortização do ágio, salvo se demonstrada eventual artificialidade, cuja prova cabe ao Fisco demonstrar, concluindo que, **“embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o “propósito negocial” das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre “partes dependentes” (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via “empresa-veículo”; ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico”**.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FIM DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA. DESCABIMENTO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. **ÁGIO. DESPESA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES DEPENDENTES. POSSIBILIDADE. NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR À ALTERAÇÃO LEGAL. EMPRESA-VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE INDEDUTIBILIDADE. ILEGALIDADE.**

1. Não há violação do art. 1.022, II, do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado, como no caso dos autos.

2. Hipótese em que a Corte Regional apresentou motivação clara e expressa a respeito: a) da possibilidade de dedução do ágio no caso concreto, visto que o instituto teria efetivamente ocorrido (e não artificialmente criado); b) da impossibilidade de criação de hipóteses de “inedutibilidade” não previstas na lei, tal como pretendeu fazer o Fisco; c) da extensão da Lei n. 9.532/1997, notadamente dos seus arts. 7º e 8º; d) da ocorrência efetiva de investimento(aporte de recursos), tendo enfrentado diretamente as questões postas em discussão e entregue a prestação jurisdicional nos limites da lide.

3. Quanto à alegada violação do art. 1.026, § 2º, do CPC, assiste razão jurídica à recorrente, uma vez que os aclaratórios foram interpostos com o objetivo de prequestionamento, pelo que aplicável a Súmula 98 do STJ no particular.

**4. A controvérsia principal dos autos consiste em saber se agiu bem o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de “empresa-veículo”.**

5. Ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença (para mais) entre o custo de aquisição do investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977).

6. Em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

7. A exceção à regra da indedutibilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

8. A exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997 (convertida na Lei n. 9.532/1997) visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que a justificassem.

9. O Código Tributário Nacional autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando “se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação” (art. 149, VII) e também contém norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), a qual poderia, em última análise, até mesmo justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a “plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos” (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

**10. Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o “propósito negocial” das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre “partes dependentes” (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via “empresa-veículo”; ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.**

11. Do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia o Fisco não resultam automaticamente na conclusão de que o “ágio interno” ou o ágio resultado de operação com o emprego de “empresa-veículo” impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real, especialmente porque, até 2014, a legislação era silente a esse respeito.

12. Quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação a ele.

13. Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais

pressupor que o ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria, por si só, abusivo.

14. No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, em razão dos limites impostos pela Súmula 7 do STJ, não há demonstração de que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social, a ponto de justificar a glosa na dedução do ágio.

15. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa imposta em face da interposição dos embargos de declaração

É relevante destacar o voto condutor do acórdão do STJ, cujas razões convergem com o entendimento manifestado no presente voto, onde ficou evidenciada a regularidade da operação:

Em apertado resumo, a Fazenda compreendeu, no caso, não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de "empresa-veículo", tendo considerado, ainda, que, na espécie, não existiu o propósito negocial e que o ágio teria sido constituído de maneira artificial.

Antes de examinar a discussão em si extraída do caso concreto, é preciso inserir minimamente o debate no contexto em abstrato a respeito do emprego do ágio como meio para reduzir a base de cálculo do IRPJ e CSLL, para que haja melhor compreensão da controvérsia a ser solucionada.

Início, portanto, salientando que ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença(para mais) entre o custo de aquisição do investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977). Ou seja, no ágio, o valor da aquisição é superior ao valor patrimonial contábil do investimento.

E o fundamento para o pagamento dessa diferença, de acordo com a lei, estaria justificado: no valor de mercado de bens do ativo superior ao custo registrado na sua contabilidade; no valor (para mais) de rentabilidade futura; ou no fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas (§ 2º do supracitado dispositivo).

Quando da sua criação, cogitou-se que a amortização do ágio poderia ser, de modo geral, dedutível da base de cálculo do IRPJ e CSLL (previsão inicial do art. 21 do Decreto-Lei n. 1.598/1977 quanto ao primeiro imposto e art. 2º, §1º, da Lei n. 7.690/1988 quanto ao segundo tributo). Ocorre que, na prática, esse cenário jurídico não aconteceu, uma vez que tal disciplina legal foi de imediato revogada pelo Decreto-lei n. 1648/1978 (art. 23 do Decreto-Lei n. 1.598/1978), e, em seguida, passou a prevalecer o comando no sentido de que "as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na

determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33.” (redação dada pelo Decreto-Lei n. 1.730/1979).

Assim é que, a rigor, “as variações positivas ou negativas do valor do investimento, decorrentes das novas avaliações obrigatoriamente feitas ao final de cada período-base, sempre foram excluídas do lucro real tributável ou a ele adicionadas, e todas as amortizações de ágios e deságios não influenciam a base de cálculo do tributo”(OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. O tratamento do ágio e do deságio para fins tributários e as modificações da Lei nº 12.973: comparações entre dois regimes. Revista Fórum de Direito Tributário: RFDT, Belo Horizonte, v. 14, n. 84, pp. 35-68, nov./dez. 2016).

Por isso, em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

A exceção à regra da indedutibilidade do ágio está inserida nos arts.

7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

Como a interpretação a ser dada aos supracitados artigos figura como fio condutor desta decisão, transcrevo os dispositivos integralmente, com a redação vigente ao tempo dos fatos:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

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

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à

razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

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

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

- a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;
- b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

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

- a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;
- b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

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

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

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

- a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;
- b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Com base na leitura dos artigos destacados, verifica-se que a lei admitiu a dedução fiscal do ágio (da base de cálculo do lucro real) na hipótese de absorção patrimonial de pessoa jurídica da qual se detenha participação societária. Em especial, a norma (em seu inciso III) estabeleceu a possibilidade de o ágio gerado na aquisição de participação societária, cujo fundamento econômico tiver sido a expectativa de rentabilidade futura (art. 20, § 2º, "b", do Decreto-Lei n. 1.598/1977), ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do lucro

real levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de, no máximo, um sessenta avos para cada mês do período de apuração.

Nesses casos, portanto, assiste razão ao contribuinte quando afirma que, em resumo, os requisitos exigidos para a dedução são: (i) que o ágio seja justificado pela rentabilidade futura do investimento; (ii) que, após a aquisição, haja incorporação da controlada pela controladora, ou vice-versa; e (iii) que seja respeitado o limite de amortização de 1/60 por mês.

O problema é que:

[...] a partir daí, muitas operações foram realizadas de forma verdadeiramente escandalosas, com a constituição de empresas com integralização de capital social mediante subscrição de ações da própria investidora por valor de mercado acima do valor de patrimônio líquido, gerando ágios que seriam mais tarde aproveitados por meio da aquisição e posterior absorção patrimonial via fusão ou incorporação, pela intermediária, de outra empresa do mesmo grupo, com aproveitamento fiscal do ágio.

(MOREIRA, André Mendes; CAMPOS, Eduardo Lopes de Almeida. A amortização fiscal do ágio à luz da doutrina da substância econômica. In: OLIVEIRA, Francisco Marconi de; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; GOMES, Marcus Lívio (coord). Estudos tributários do II Seminário CARF. Brasília: CNI, 2017).

A Fazenda defende, portanto – inclusive no recurso em exame –, que a análise da possibilidade de dedução do ágio não deve ser realizada à luz dos aspectos meramente formais da norma, mas também sob a ótica dos eventos reais e econômicos atrelados à operação que ensejou o ágio.

Justifica, aliás, que a interpretação histórica da norma (extraída da sua exposição de motivos) deixa evidente que a disposição legal trouxe verdadeira blindagem ao aproveitamento do ágio fictício; a interpretação teleológica evidencia que a fruição de um ganho tributário pressupõe que seja demonstrada a existência de propósito negocial/substância econômica, cabendo ao Fisco a desconsideração do abuso das formas em detrimento da constatação dos fatos tributáveis (arts. 118, I, 142 e 149, VII, do CTN).

Até aqui, as premissas da recorrente não estariam de todo equivocadas. Pelo contrário, de fato:

A exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997 deixou hialino esse intuito de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que o justificassem. (SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em

reorganizações societárias [aspectos tributários]. São Paulo: Dialética, 2012).

Além disso, o Código Tributário Nacional realmente autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando “se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação”(art. 149, VII).

E, ainda, a norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), de constitucionalidade indiscutível (ADI 2446), também poderia, em última análise, até justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a “plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos” (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

Em suma, a preocupação da Fazenda quanto às operações exclusivamente artificiais é relevante e encontra abrigo na legislação e na interpretação que a esta deve ser dada.

O que, a meu ver, mostra-se seguramente incorreta é a conclusão adotada pelo Fisco após expor as premissas adiantadas nas linhas acima.

Não pode a Receita, alegando buscar extrair o “propósito negocial” das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre “partes dependentes” (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via “empresa-veículo”. Ou seja, não é dado presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações societárias são desprovidos de fundamento material/econômico.

No esforço de tentar tornar mais claro este arrazoado, saliente-se que o ágio interno ocorre nos casos de aquisições societária que se operam dentro do “mesmo grupo ou conglomerado de sociedades com relações societárias entre si(sociedades controladas ou coligadas) ou não, mas que estejam sob controle de uma mesma pessoa ou mesmo grupo de pessoas – físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil ou no exterior” (ANDRADE FILHO, Edmar Oliviera, Ágio Interno: o protagonismo exacerbado das normas contábeis. Planejamento tributário e fraudes. Pressupostos para aplicação de multa qualificada. Multa qualificada e voto de qualidade. In: Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira(coord). São Paulo: MP Editora, 2016).

A empresa-veículo, por sua vez, seria aquela constituída com a “função específica de transferir participação societária entre controladora e controlada”(MOREIRA JÚNIOR, Gilberto de Castro; SILVA JÚNIOR, Ademir Bernardo. Da dedutibilidade do ágio para fins fiscais: análise do precedente da Columbian Chemicals Brasil LTDA [Acórdão n. 1102-000.875] In: Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (coord). São Paulo: MP Editora, 2016).

Embora não haja consenso sobre o conceito de "empresa-veículo", algumas características dessa entidade podem ser destacadas:

A “empresa-veículo” geralmente é constituída pela própria pessoa jurídica adquirente com o aporte do investimento na sociedade adquirida (“empresa alvo”), justamente para efetuar a transferência do ágio de rentabilidade futura;

A “empresa-veículo” tem duração efêmera;

A “empresa-veículo” é criada sem outro propósito econômico, além de facilitar o aproveitamento fiscal do ágio de rentabilidade futura;

A “empresa-veículo” é utilizada como instrumento para aquisição da participação societária na “empresa-alvo” ou como sociedade para a qual ocorre a transferência do ágio;

A “empresa-veículo” é controladora da pessoa jurídica sucessora, que continua a existir após o evento societário, na qual o ativo diferido (regime anterior) ou o ativo intangível (regime atual) relativo ao ágio de rentabilidade futura passa a produzir efeitos fiscais;

A “empresa-veículo” é extinta no evento societário de fusão, cisão ou incorporação;

A “empresa-veículo” possibilita que a sociedade investida por meio da incorporação reversa, amortize o ágio de rentabilidade futura.

(SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022).

Dito isso, tenho que, do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia a Fazenda passam longe de resultar automaticamente na conclusão de que o “ágio interno” ou o ágio resultado de operação com o emprego de “empresa-veículo” impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real.

Primeiro, porque os supracitados arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 em nenhum momento dispuseram de maneira expressa sobre a impossibilidade apriorística do aproveitamento do ágio nas operações de partes dependentes ou mediante o emprego de empresa interposta.

Aliás, quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação, e continua não havendo, ao uso de sociedade-veículo.

Segundo, porque se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das

operações, mas jamais pressupor que a só existência de ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria abusiva.

Assim, ao menos até 2014:

[...] parece claro que, em princípio, não há, na legislação tributária, qualquer dispositivo que impeça o reconhecimento e a utilização do ágio, gerado internamente, entre partes relacionadas.

O que se condena é a simulação, a mentira, a operação que não existiu na realidade: assim, se não houve preço em uma relação entre partes relacionadas na qual se registrou ágio, tal operação deverá ser desconsiderada. Resta evidente, aí, que não houve uma compra e venda, uma aquisição de participação societária na qual poderia haver o pagamento do ágio.

Comprovada a simulação, plenamente justificável e autorizada a desconsideração do planejamento realizado.

(SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias [aspectos tributários]. São Paulo: Dialética, 2012) Sobre o emprego da "empresa-veículo", a sua rejeição apriorística contraria o disposto no art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.404/1976 (o qual faculta a criação de holding "como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais").

Não há proibição legal para que uma sociedade empresária seja criada como "veículo" para facilitar a realização de um negócio jurídico; inclusive há razões reais ("propósito comercial") para tanto, pois é possível que as pessoas jurídicas originais queiram manter sua segregação por diversas razões (estratégicas, econômicas, operacionais...).

A propósito, quando a investidora é empresa estrangeira, é ainda mais justificável a constituição de uma "empresa-veículo", por algumas razões práticas:

confere mais segurança quanto à possibilidade de se valer da norma interna de dedução do ágio (o que não aconteceria se a incorporação fosse internacional); permite a negociação com base na moeda local; pode facilitar a realização de operações locais (por exemplo, dispensar garantias que seriam exigidas do investidor internacional) etc.

Assim, filio-me à orientação de que:

A Lei nº 9.532/1997 e a Lei nº 12.973/2014 apenas exigem a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que detém participação societária e a sociedade adquirida, não fazendo qualquer alusão, ainda que implícita, ao suposto "real adquirente", que segundo a tese do Fisco, teria fornecido os recursos financeiros ou ofertado garantia para aquisição do investimento.

(SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022) Em resumo, compreendo que a existência do ágio interno (ao menos até 2014) ou a

constituição de sociedade-veículo não podem, por si sós, configurar impedimento para a dedução do ágio.

O mais importante, nessas situações, é investigar se:

Houve efetiva aquisição de participação societária? Há efetivo custo(sacrifício) de aquisição? Resta demonstrado que o ágio corresponde à diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento está fundamentado na expectativa de rentabilidade futura? Houve absorção do patrimônio da investida ou da investidora por meio de incorporação, fusão ou cisão?

[...]

Há efetiva aquisição/alienação de participação societária?

(DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Assef. “Ágio interno” e “empresa veículo” na jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária In: Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (coord). São Paulo: MP Editora, 2016)

No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, entendo não ter sido demonstrado que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social.

Segundo consta da sentença:

No caso dos autos, ao analisar a operação como um todo, o ágio surgiu a partir da diferença entre o valor de avaliação do patrimônio líquido da empresa adquirida (CREMER S. A.), que, de acordo com os registros contábeis, era negativo, e os valores dispendidos para a aquisição. O fundamento jurídico para amortização deste ágio é o inciso III do caput do art.

7º da Lei 9.532/97, já citado acima. (e-STJ fl. 4346)

[...]

Primeiramente, gize-se que o ágio apurado pela parte autora, na casa dos R\$ 60 milhões, foi considerado existente pelo próprio CARF. Logo, não há controvérsia acerca da existência do ágio. O que o voto condutor do julgado argumenta, como fundamento para a glosa realizada, é o ágio verificado foi artificialmente criado, mediante a utilização de "empresa veículo" (no caso, a CREMERPAR), que teria sido incluída no negócio unicamente com a finalidade de geração e aproveitamento de tal ágio. Inicialmente, saliento que da leitura dos autos constato que a criação da CREMERPAR possuía sim propósito comercial, necessário para a reorganização societária da demandante (fechamento do capital, aquisição do controle acionário, reorganização da estrutura administrativa) e não exclusivamente a geração

de ágio, como decidido pelo CARF. A substância econômica do negócio jurídico, portanto, existe, não havendo se falar em fraude, evasão ou elisão fiscal abusiva. A necessidade da criação da CREMERPAR, do ponto de vista negocial e econômico, restou bem ilustrada pela parte autora na petição inicial, na descrição de inúmeros fundamentos com força e relevância: [...]

Outrossim, no caso de investidores estrangeiros (como no caso da MLGP), a criação de uma holding nacional se constitui em pressuposto para usufruir da prática de amortização do ágio, consoante bem ressaltado pela parte autora na petição inicial. Uma empresa nacional, via de regra, não necessitaria criar uma "holding" para efetivar a aquisição de outra, via incorporação, uma vez que poderia adquirir o investimento diretamente e se aproveitar do ágio ocorrido na operação. No caso dos investidores estrangeiros, entretanto, tal prática é inviável. A eles, restaria a possibilidade de realizar uma incorporação internacional (sendo que não haveria condições de usufruir das regras de "ágio" estabelecidas pela legislação tributária brasileira), ou sua participação direta como sócios, aportando recursos de maneira pura e simples, igualmente impedidos de acessar as regras aplicáveis aos nacionais. Ou seja: mais que uma faculdade, a criação da CREMERPAR se constituiu numa necessidade do investidor, para obter acesso isonômico ao mesmo tratamento tributário dispensável ao capital nacional. É evidente que tal prática prejudica os interesses nacionais, mormente os de fomento ao investimento na atividade produtiva no país, seja de capital nacional ou estrangeiro. (e-STJ fls. 4349/4351)(Grifos acrescidos).

Observem-se, agora, os excertos extraídos do acórdão recorrido:

Convém salientar que não está em causa a cláusula antielisiva do art. 116, parágrafo único, do CTN. A autoridade fiscal não identificou nenhuma fraude ou simulação que pudesse colocar em dúvida a lisura do processo de reorganização societária da CREMER, tanto que não foi imposta a multa qualificada de 150%, aplicável às hipóteses de fraude, simulação ou conluio.

Nada foi ocultado. Os atos foram praticados às claras, comunicados ao mercado e à CVM. Havia preceito legal especial para regular o ágio nas incorporações, não existindo a menor menção à necessidade de substância econômica ou que as operações estariam vedadas entre partes relacionadas. (e-STJ fl. 4471)

[...]

O aporte de recursos da CREMERPAR para aumento de capital na CREMER foi no valor de R\$ 87.775.953,46, mas apenas R\$ 60.395.852,04 foram contabilizados como ágio. Isto aconteceu porque os aportes dos recursos na CREMER foram efetuados quando o seu PL estava negativo. "Assim, enquanto o PL da empresa permaneceu negativo, todos os aportes efetuados tiveram tratamento de ágio pago, até que seu PL ficou positivo"

(ev1-COMP6, p. 33). Tal valor, acrescido dos R\$20.273.692,60 pagos aos terceiros que formavam o bloco de controle minoritário, totalizou ágio de R\$80.669.544,64.

Assim, “com a incorporação da CREMERPAR pela CREMER, o valor total do ágio (R\$ 80.669.544,64) foi transferido para a CREMER, e amortizado nos anos seguintes à razão de 20% ao ano, perfazendo uma amortização anual de R\$ 16.133.908,92” (ev1-COMP6, p. 23). (e-STJ fl. 4473)

Aliás, ao fim, quando enxergada a operação de aquisição e incorporação como um todo, baseado no cenário fático acima narrado, verifica-se que: a) ela ocorreu entre partes não relacionadas ou dependentes (grupo Merrill Lynch Global Partners [MLGP] e a CREMER S.A.), tendo sido apenas mediada por complexas reorganizações societárias; b) houve a aquisição com efetivo ágio (valor de compra maior que o patrimônio líquido da adquirida), motivado pela esperança de lucros futuros, o que implicou despesa para amortização; e c) a incorporação/absorção entre investidora e investida efetivamente aconteceu.

Isto é, os requisitos formais (requisitos do art. 7º da Lei n. 9.532/1997), materiais (existência real de substrato econômico), subjetivos (incorporação) e objetivos (negócio jurídico efetivo que gerou dívida/ágio) foram atendidos na espécie.

Também ressalto que as operações em análise foram objeto de **RECURSO ESPECIAL** no Processo Administrativo nº 16682.722247/2017-45. A Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, **DEU PROVIMENTO PARCIAL** ao Recurso Especial da contribuinte para cancelar a glosa da despesas de amortização de ágio decorrentes de operações societárias realizadas no Brasil, nesses termos:

Relator(a): HELDO JORGE DOS SANTOS PEREIRA JUNIOR

**Processo: 16682.722247/2017-45**

Recorrente(s): FAZENDA NACIONAL/ COSAN LUBRIFICANTES E ESPECIALIDADES S.A

ACÓRDÃO 9101-007.244

Decisão: Acordam os membros do colegiado em: (i) quanto ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, por unanimidade de votos, conhecer do recurso; (ii) **relativamente ao Recurso Especial do Contribuinte: (a) por unanimidade de votos, conhecer da matéria “amortização de ágio” - englobando as matérias “2 - efetiva confusão patrimonial entre investidora e investida/ improcedência da tese do real adquirente” e “3 - impossibilidade da invalidação do ágio por suposta utilização de empresa veículo”, da matéria “amortização de ágio na base de cálculo da CSLL” e da matéria “multa isolada concomitante”; e (b) por maioria de votos, não conhecer da matéria “multa isolada após encerramento do exercício”, vencida a Conselheira Edeli Pereira Bessa que votou pelo conhecimento. No mérito, acordam em: (i) quanto ao recurso da Fazenda Nacional, por unanimidade de votos, negar-lhe provimento; e (ii) relativamente ao recurso do Contribuinte: (i) quanto à matéria “amortização de ágio”, por maioria**

**de votos, dar provimento parcial ao recurso, com retorno ao colegiado a quo para exame de fundamento autônomo relativamente à exigência de laudo, vencidos os Conselheiros Edeli Pereira Bessa e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que votaram por negar provimento;** (ii) no que diz respeito à matéria “amortização de ágio na base de cálculo da CSLL”, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior (relator), Luis Henrique Marotti Toselli e Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic que votaram por dar provimento; e (iii) relativamente à matéria “multa isolada concomitante”, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Fernando Brasil de Oliveira Pinto que votaram por negar provimento. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Edeli Pereira Bessa. Votaram pelas conclusões: quanto ao conhecimento da matéria “amortização de ágio na base de cálculo da CSLL” e ao mérito do recurso da Fazenda Nacional, a Conselheira Edeli Pereira Bessa; relativamente ao mérito da matéria “amortização de ágio”, os Conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado e Fernando Brasil de Oliveira Pinto; e quanto ao voto vencedor da matéria “amortização de ágio na base de cálculo da CSLL”, o Conselheiro Jandir José Dalle Lucca. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado. Fez sustentação oral, a patrona do Contribuinte, Drª Ana Paula Schincariol Lui Barreto, OAB/SP 157.658.

A decisão acima mencionada tem a seguinte ementa, objeto do acórdão 9101-007.244, onde a CSRF objetivamente já apreciou o caso aqui discutido:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2012

**MULTA QUALIFICADA DE 150%. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. ELUSÃO. REDUÇÃO.**

Para aplicação da multa qualificada de 150% exige-se conduta caracterizada por sonegação ou fraude, a qual exige a presença de elemento adicional que a qualifique como evidente intuito de fraudar o Fisco. Tal conduta deve ser provada, e não presumida, por meio de elementos caracterizadores como documentos inidôneos, interposição de pessoas, declarações falsas, dentre outros. Além disso, a conduta deve estar descrita no Termo de Verificação Fiscal ou auto de infração, de forma a permitir o contraditório e a ampla defesa.

No caso de planejamento tributário, a partir do conceito amplo de elusão, situação em que o contribuinte busca evitar ou reduzir a incidência tributária mediante interpretação equivocada da norma, que o conduz a formalizações distorcidas; porém desprovida do intuito de fraude - típico da simulação-evasão -, porquanto o contribuinte atendeu a todas as solicitações do Fisco, observou a legislação societária, com divulgação e registro nos órgãos públicos competentes; enfim, houve regularidade formal e transparência perante o Fisco, não se vislumbra o dolo necessário à qualificação da multa. Nesse sentido, em razão de

não restar configurado o intuito fraudulento na conduta praticada afasta-se a qualificação da multa, reduzindo-a para 75%.

**AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TESE DO “REAL ADQUIRENTE” COM USO DE “EMPRESA VEÍCULO”. SIMULAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. DEDUTIBILIDADE.**

**A tese do “real adquirente”, com uso de “empresa veículo” na estruturação do negócio realizado, que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de simulação, fraude ou conluio. No presente caso, em sentido oposto à pretensão fiscal, a contribuinte demonstrou que não apenas existiam outros propósitos negociais na criação da empresa-veículo, além da questão meramente fiscal, como também que se tivesse estruturado o negócio sem a criação da nova empresa o resultado fiscal que seria obtido seria o mesmo.**

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2012

GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NO ÂMBITO DA APURAÇÃO DA CSLL.

Inexiste qualquer especificidade a ensejar resultado diferenciado na apuração da base de cálculo da CSLL decorrente da glosa de amortização do ágio que reduziu indevidamente as bases tributáveis da Contribuinte.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2012

CONCOMITÂNCIA DE MULTA ISOLADA COM MULTA DE OFÍCIO. DUPLA PENALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. SUBSISTÊNCIA DO EXCESSO SANCIONATÓRIO. MATÉRIA TRATADA NOS PRECEDENTES DA SÚMULA CARF Nº 105. ADOÇÃO E APLICAÇÃO DO COROLÁRIO DA CONSUNÇÃO.

Não é cabível a imposição de multa isolada, referente a estimativas mensais, quando, no mesmo lançamento de ofício, já é aplicada a multa de ofício.

É certo que o cerne decisório dos Acórdãos que erigiram a Súmula CARF nº 105 foi precisamente o reconhecimento da ilegitimidade da dinâmica da saturação punitiva percebida pela coexistência de duas penalidades sobre a mesma exação tributária.

O instituto da consunção (ou da absorção) deve ser observado, não podendo, assim, ser aplicada penalidade pela violação do dever de antecipar o valor de um determinado tributo concomitantemente com outra pena, imposta pela falta ou insuficiência de recolhimento desse mesmo tributo, verificada após a sua apuração definitiva e vencimento.

Além da Câmara Superior, registro decisão da 12ª Turma da 9ª Delegacia Regional de Julgamento da Receita Federal do Brasil (“DRJ 09”) que também julgou a matéria e validou

operação semelhante, nos autos do Processo Administrativo nº 16682.721207/2022-43, que resultou o Acórdão nº 109-021.418, de 18/04/2024. Foi dado provimento Impugnação apresentada para cancelar a glosa das despesas de amortização de ágio aqui. Eis a ementa do acórdão da DRJ9:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2017, 2018

**DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. NECESSÁRIO COMPROVAR A ATIPICIDADE, ARTIFICIALIDADE E A EXCLUSIVA MOTIVAÇÃO TRIBUTÁRIA.**

**A utilização de empresa veículo por si só não configura impedimento para a dedução do ágio, especialmente quando demonstrado que outras configurações para o mesmo negócio teriam o mesmo efeito tributário.**

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL e MULTA ISOLADA. VINCULAÇÃO AO LANÇAMENTO PRINCIPAL.

Aplicam-se aos lançamentos tidos como reflexos as mesmas razões de decidir do lançamento principal (Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ), em razão de sua íntima relação de causa e efeito.

NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA

As decisões do CARF, mesmo que tratem de idêntica situação fática, não vinculam a Autoridade Tributária, nem mesmo o Órgão Julgador de 1ª instância, não sendo possível, portanto, falar em nulidade.

Impugnação Procedente

Crédito Tributário Exonerado

O voto condutor da decisão da DRJ consigna que:

- (i) *“a criação da COSANPAR não teve como único motivo a economia tributária, pois essa mesma economia poderia ter sido obtida regularmente de outras formas”* (fls. 42 do Acórdão n.º 109-021.418). Mais especificamente, o mesmo resultado seria alcançado se a ESSO fosse adquirida diretamente pela COSAN S.A., tida como “real adquirente” na acusação fiscal (fls. 41 e 42 do Acórdão n.º 109-021.418);
- (ii) *“não é cabível nem mesmo a configuração da COSANPAR como empresa veículo uma vez que a impugnante demonstrou que a sua criação tinha propósito econômico/negocial”* (fls. 46 do Acórdão n.º 109-021.418); e
- (iii) *“a legislação tributária aplicável ao caso não trazia exigências quanto a forma do documento que comprovaria o fundamento econômico do ágio”, bem como “toda a fundamentação utilizada no TVF para rejeitar a*

*amortização do ágio se ampara na indevida utilização de empresa veículo”*  
(fls. 36 do Acórdão n.º 109-021.418).

Todo o cenário apresentado revela a regularidade das operações, razões pela qual a amortização do ágio é plenamente autorizada.

Adicionalmente, passo a demonstrar outros fundamentos para justificar as razões pela qual a glosa foi indevida.

#### **DAS JUSTIFICATIVAS PARA A AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO**

Importa registrar que a matéria trata de ágio decorrente de operação entre partes independentes e não trata sobre o chamado “ágio interno”, onde o benefício tributário decorreria (no ágio interno) de operações societárias entre partes dependentes, com a contumaz pecha de artificialidade e os consectários legais decorrentes de alegadas simulações.

É importante fazer esse *distinguishing* para evitar controvérsias específicas relacionadas àqueles casos, que não contaminam a presente análise, uma vez que os autos de infração em apreço tratam de glosa da amortização de ágio decorrente de incorporação reversa havida entre partes independentes, mediante a interposição de empresa veículo.

O caso em análise trata de ágio decorrente de constituição empresa nacional para adquirir negócios operacionais no Brasil, com ativos e o fundo de comércio objeto da transação. Nesse aspecto, nenhuma irregularidade, seja de natureza societária ou fiscal.

Verifica-se a existência de substrato econômico para a existência da companhia em questão, que não representava uma empresa de passagem (*empresa veículo*) para instrumentalizar nenhum tipo de aproveitamento indevido de benefício fiscal, no caso, a amortização do ágio, que foi regularmente contabilizado e apurado.

Não bastasse o fato da operação ser regular, com substrato econômico válido, importa anotar elementos adicionais para desconstituir o lançamento tributário relacionados à alegada amortização ilegal do ágio em questão.

O direito brasileiro admite a participação de companhias no quadro social de outras criadas para viabilizar operações lícitas com terceiros, como se vê do caso em análise, onde não houve qualquer tipo de operação fraudulenta. O ágio decorrente dessas transações regulares em nada modifica o contexto fático e jurídico relacionado ao aproveitamento fiscal do ágio decorrente das operações realizadas.

Sobre essa questão, a matéria já foi apreciada pela Turma de Julgamento 1201 do CARF no acórdão 1201-001.267, razão pela qual, tratando de assunto idêntico e bem condensar o que fora debatido atualmente pelo atual Colegiado na sessão de julgamento, adoto a fundamentação do acórdão e a adoto como razões de decidir na presente análise, ao final complementada por esta Relatoria:

Pois bem, desde logo deve-se deixar claro que a fiscalização em momento algum alega que o ágio nasceu de uma operação realizada entre empresas que fazem parte do mesmo grupo econômico. Ao contrário, pelo que se vê no TVF o ágio decorreu de uma transação entre partes independentes e em pé de igualdade (*arm's length transaction*). Resumindo, não se trata aqui de “ágio interno”.

São, como visto acima, duas as razões pelas quais o auditor se convenceu da ilegalidade do aproveitamento do ágio pela fiscalizada: (i) falta de propósito negocial, e; (ii) emprego de empresa veículo.

Quanto à falta de propósito negocial, há que se distinguir dentre as operações levadas a efeito pelos interessados, aquelas que tiveram por objetivo ocultar o ganho de capital auferido pelos alienantes, daquelas cujo objeto foi a transferência do ágio para a autuada.

As primeiras não interessam ao presente processo, e são objeto do PA nº 10380.726.493/201018, que trata do ganho de capital.

As últimas foram realizadas com o propósito do aproveitamento do ágio na aquisição da participação societária, e estão amparadas na interpretação que esta Turma vem emprestando aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, qual seja, a de que a finalidade daquelas normas é incentivar a absorção do patrimônio de empresas nacionais por outras, sejam nacionais, sejam estrangeiras. Em outras palavras, o propósito negocial foi exatamente o aproveitamento do ágio, propósito esse amparado pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Repare que a abusividade do planejamento tributário pode ter como característica (desde que não seja a única) justamente a ausência de propósito negocial.

Entretanto, quando exista uma norma jurídica incentivando, sob o ponto de vista fiscal, a realização de um negócio jurídico, seria absurdo imaginar-se que além do propósito de economia fiscal deveria haver também algum outro propósito. Esse é exatamente o caso dos presentes autos.

Em relação ao emprego da chamada "empresa veículo" cumpre destacar que tal expressão tem sido utilizada pela fiscalização de uma maneira pejorativa, no sentido de um "mal em si mesmo".

No entanto, como é cediço, não é possível sustentar-se uma autuação fiscal lastreada na simples acusação de emprego de "empresa veículo", até porque o simples emprego de "empresa veículo" não é tipificado como infração à legislação tributária.

Caberia então à fiscalização apontar a relação entre o emprego da "empresa veículo" e a prática de alguma infração à legislação tributária. E, no caso dos autos, como o autor da ação fiscal não se desincumbiu de seu ônus, isso já seria razão suficiente para afastar-se, de pronto, a autuação.

Todavia, tendo em vista que existem algumas decisões do CARF mantendo a glosa da amortização do ágio justamente pelo emprego de "empresa veículo" (vide, por exemplo, o Acórdão 1101001.113), entendo cabível o exame da matéria.

Em breve síntese, aqueles que defendem a impossibilidade do aproveitamento do ágio nestas condições sustentam que o emprego de empresa veículo, que ao fim incorpora ou é incorporada pela investida, "oculta" o verdadeiro investidor, qual seja, aquele que fornece os recursos para que a empresa veículo faça o investimento.

Desse modo, dizem eles, não há incorporação entre o "verdadeiro investidor" e a investida, sendo portanto inaplicável os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Pois bem, quanto a este argumento deve-se ter em conta que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram originalmente criados com a finalidade de incentivo à aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares, no âmbito do chamado Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491/97).

E uma vez que pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras têm direito a adquirir até 100% das ações ou quotas da empresa nacional objeto de desestatização (vide art. 12 da referida Lei nº 9.491/97), é de se perguntar: como poderia um investidor estrangeiro se beneficiar dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 senão por meio da constituição e capitalização de uma pessoa jurídica nacional que fizesse o investimento na empresa objeto da desestatização? Esse foi, de fato, o caminho adotado pelos investidores estrangeiros (vide também caso Celpe, Acórdão nº 1201-00.689).

Ocorre que, de acordo com a teoria da "empresa veículo", ora sob exame, nem assim os investidores estrangeiros poderiam se beneficiar dos disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois a pessoa jurídica nacional por eles constituída e capitalizada não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Na mesma situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estaria, por exemplo, um grupo de pessoas físicas nacionais que desejasse adquirir as ações ou quotas de uma empresa objeto de desestatização. Se fizessem o investimento diretamente, as pessoas físicas não poderiam se beneficiar das referidas normas (por óbvio, pessoa física não incorpora nem é incorporada por pessoa jurídica).

A solução seria, novamente, a constituição e capitalização de uma pessoa jurídica justamente para que esta fizesse o investimento. Entretanto, de acordo com a aludida teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo grupo de pessoas físicas poderia se beneficiar do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Também em idêntica situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estariam as pessoas jurídicas nacionais que em razão de vedação contida em norma legal ou infralegal estejam impedidas de exercer atividades econômicas diversas daquelas previstas naquelas normas. Seria o caso, por exemplo, de um banco comercial adquirir as ações ou quotas de uma concessionária de energia elétrica. Tal aquisição é possível, desde que autorizada pelo Banco Central. O que não é juridicamente possível é a absorção do patrimônio da concessionária pelo banco comercial (ou vice-versa) uma vez que o Banco Central proíbe que os bancos comerciais exerçam atividades distintas daquelas previstas em Regulamento.

A solução, mais uma vez, seria o banco comercial constituir e capitalizar uma pessoa jurídica a fim de que esta adquira as ações ou quotas da empresa objeto de desestatização. Ocorre que, segundo a mencionada teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo banco comercial poderia se beneficiar do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor".

Os exemplos acima, que a outros poderiam se somar, demonstram que a propalada teoria da "empresa veículo" aplicada aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ensejaria uma interpretação restritiva dessas normas no tocante à ideia de "verdadeiro investidor".

Todavia, a interpretação restritiva, tal como as demais espécies interpretativas, não é fruto da vontade do intérprete. Ao contrário, deve ser juridicamente fundamentada. No caso dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 tal interpretação restritiva reduziria significativamente as hipóteses de aproveitamento fiscal da amortização do ágio ali prevista, algo que vai de encontro (e não ao encontro) à finalidade do Programa Nacional de Desestatização, o qual, como dito antes, incentiva a aquisição de empresas

públicas ou sociedades de economia mista por particulares. Em outras palavras, a teoria da "empresa veículo" defendida por alguns é frontalmente contrária à finalidade para a qual foram criados os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, daí porque não pode ser acolhida.

Registre-se que os casos que envolvem amortização do ágio por incorporações societárias não decorrem de uma invencionice do contribuinte para obter benefício tributário. Com efeito, é uma opção legislativa surgida em virtude da promulgação da Lei 9.532/97 – a qual permanece vigente – para assegurar a promoção do Programa Nacional de Desestatização do Governo Federal.

Naquela ocasião – e já se vão longínquos 25 anos –, as privatizações das empresas estatais demandava investimentos estrangeiros no país, mediante aportes em companhias cujo valor contábil estava muito aquém dos possíveis investimentos em leilões de telecomunicações e que geraria imenso ágio entre o valor investido e o valor contábil das mesmas.

Como forma de estimular tais investimentos, o Poder Executivo da época publicou a MP nº 1.602, de 1997, posteriormente convertida da citada Lei 9.532/97, admitindo objetivamente que:

- a) Fossem criadas “empresas veículo” para receber o aporte internacional e participar efetivamente dos leilões, podendo essas, ao final do processo em que saíssem vencedoras, serem incorporadas pelas companhias estatais investidas (conforme regra do art. 8º, b, da citada lei);
- b) Em decorrência dessas operações, o ágio de tais investimentos pudesse ser amortizado do lucro real, à razão de 1/60 por mês em cada período de apuração, o que levava a um benefício tributário estimulado por decisão governamental (conforme art. 7º, III, da lei).

Importa transcrever os termos da Lei 9.532/97, para uma melhor visualização dos termos aqui tratados:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

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

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

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à

apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Anote-se que a opção legislativa para a utilização desse modelo de negócios sempre foi reconhecida pelo ordenamento brasileiro, inexistindo razões para demonizar sua utilização. É dizer: a opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio.

Entendo que não há elementos para vedar a amortização do ágio por considerar elusiva a instrumentalização de mecanismos previstos, autorizados e estimulados pela legislação consubstanciaria revogação tácita da Lei 9.532/97. Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intensão, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado.

Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si, não havendo nos autos

elementos que comportem tal providência, porquanto a parte haver demonstrado a intenção em promover mudanças no mercado brasileiro mediante investimentos em terceiros.

Nesse sentido, colhe-se da doutrina de Carlos Augusto Daniel Neto, ex Conselheiro do CARF, importantes luzes à análise do aproveitamento do ágio, porquanto *“Compreende e, sobretudo, respeitar os efeitos tributários legítimos de uma LBO é, afinal, uma segurança e um estímulo aos crescentes investimentos em empresas brasileiras e ao próprio desenvolvimento econômico nacional, e demonstra a compreensão da relevância desse negócio para viabilizar a aquisição de participações societárias, o que, em muito, transborda as vantagens tributárias que lhe são acessórias”*<sup>1</sup>.

Calha à fiveleta trazer a análise doutrinária de Marcos Vinicius Neder e Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira<sup>2</sup>, acerca da interposição de empresas para assegurar o aproveitamento do ágio, sob o enfoque das holdings como as empresas veículo, chegando-se às mesmas conclusões até aqui demonstradas neste voto, a saber:

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

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

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

*A Lei não restringiu a apuração ou a dedução fiscal de ágio quando a empresa incorporada, adquirente do investimento, fosse empresa pura de holding, ou quando a empresa tivesse recebido recursos de seu sócio ou acionista em aumento de capital, ou ainda quando tivesse recebido a participação acionária em subscrição de ações de sua*

<sup>1</sup> DANIEL NETO, Carlos Augusto. A amortização do ágio gerado em operações de compra alavancada de participações societárias. \_\_\_\_\_. In: ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de (Coord.). Série Controvérsias Tributárias e os Precedentes do CARF: Tributação sobre a Renda (IPRJ/CSLL). Vol. I. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2022, p. 78.

<sup>2</sup> NEDER, Marcos Vinicius; JUNQUEIRA, Lavínia Moraes de Almeida Nogueira. Análise do tratamento contábil e fiscal do ágio em estrutura de aquisição ou titularidade de sociedades quanto há a interposição de holding. In: Controvérsias Jurídico Contábeis, 4ª Volume. São Paulo: Dialética, 2013, fls. 161, 162 e 179.

*emissão. Logo, o tratamento de todas essas hipóteses, quando da incorporação reversa da holding Y, é alcançado, de forma equivalente, pela Lei".*

O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito.

Apontar ilegalidade inexistente é tão deletério quanto a praticar!

Não obstante, as conclusões apriorísticas do fisco sobre as escolhas que levam companhias a buscarem estruturas societárias e instalação de operações lícitas em diversos países reflete muito mais o desconhecimento dos agentes administrativos quanto às demandas econômicas internacionais do que verdadeira relevância argumentativa. Com efeito, em excelente estudo doutrinário sobre *"O planejamento Tributário Abusivo das Transnacionais e a Erosão das Bases Tributárias: entre a Legalidade e a Moralidade"*, vê-se as seguintes e lúcidas conclusões:

Embora a tributação seja um influenciados na atração de empresas, não é ele o que prepondera. Quando o assunto é investimento estrangeiro direto (IED) genuíno, os tributos ocupam a quarta ou quinta posição na ordem do que é considerado pelos investidores. Antes, são apontados outros fatores tidos como mais importantes, a exemplo de: estabilidade política e instituições fortes, infraestrutura, acesso a mercados e matérias-primas e mão de obra qualificada.

No mesmo sentido, a OCDE estende que a política fiscal e seus incentivos ocupam um espaço limitado na tomada de decisão do local onde será alocado o IED. Assim, é errado analisar a questão a partir de uma lógica essencialmente do país, mas, numa perspectiva nacional, não é estatisticamente tão relevante, uma vez que isso não torna o país desinteressante a investimentos externos por si, o que parece ser verificado no mundo real.

(OLIVEIRA, José André Wanderley Dantas de; HOLMES, João Marcelo. *O planejamento Tributário Abusivo das Transnacionais e a Erosão das Bases Tributárias: entre a Legalidade e a Moralidade*. In RDTA Revista Direito Tributário Atual. vol. 48. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, p. 658).

Conhecer os senões que estão além da fria relação tributária demanda interesse pela investigação da realidade que cerca o intérprete e o aplicador do direito, que deve estar atento ao conteúdo interdisciplinar com áreas afins ao Direito Tributário, historicamente encaixotado no conforto de repetições apriorísticas. Seja porque, no mundo real, o direito mais se cumpre do que se descumpre, o propósito negocial mais existe do que se simula, mas conceber isso como uma realidade demanda escolha interpretativa que exige do ourives jurídico lapidar os porquês e os "praquês" da fenomenologia jurídica ao par da realidade econômica, nem sempre transparente às lentes de quem a investiga. Cotejar a interdisciplinaridade destes senões, conforme notável lição do Professor – e também i. Conselheiro deste Colegiado – Jeferson Teodorovicz, *"Trata-se, portanto, de uma atitude de abertura epistemológica ou 'abertura de pensamento'. O diálogo (recíproco) entre disciplinas é essencial para a efetivação da interdisciplinaridade. O cientista avança sobre o campo de interesse comum de outros ramos do conhecimento, permitindo-se receber contribuições de outras áreas."* (TEODOROVICZ, Jeferson. *O Direito Tributário Brasileiro e a Interdisciplinaridade: Perspectivas, Possibilidades e Desafios*. In

RDTA Revista Direito Tributário Atual. vol. 48. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, p. 578).

Ressalte-se, ainda, que as conclusões a que chegou a administração tributária para concluir por uma pretensa – e ao meu ver inexistente – artificialidade na conduta do contribuinte em manter a estrutura societária proposta para, supostamente, reduzir artificialmente a carga tributária como no caso em apreço, não encontra guarida na realidade indicada nos autos processuais, nem se justifica pelas teorias de escol que pretendem desconstituir negócios sob o prisma do dever de solidariedade que subjaz ao denominado *Dever Fundamental de Pagar Tributos*, conforme ensino do professor português José Casalta Nabais<sup>3</sup>.

É bem verdade que tal teoria, utilizada inadequadamente, pode levar o intérprete apressado a pressupor que, sendo fundamental o dever do contribuinte de pagar tributo, deve o mesmo organizar seus negócios de forma a sujeitar-se à opção tributária mais onerosa. Ora, se pagar é um dever, tudo aquilo que fosse contrário ao pagamento seria ilegal (reitere-se que é um argumento hipotético e equivocado).

Trata-se de equívoco interpretativo, até porque não é isso que a teoria prega. *Não se pode conceber um livro pela capa ou uma teoria pelo título!*

No Brasil, há grandes professores que defendem o dever de pagar tributos como algo ínsito às sociedades modernas, a exemplo do professores Ricardo Lobo Torres<sup>4</sup>, Marcus Abraham<sup>5</sup>, Marco Aurélio Greco<sup>6</sup>, Marciano Seabra de Godoi<sup>7</sup>, Sérgio André Rocha<sup>8</sup>, Carlos Alexandre de Azevedo Campos<sup>9</sup>, Klaus Tipke<sup>10</sup>, Douglas Yamashita<sup>11</sup>, dentre outros. Citam o dever de solidariedade social e as exigências ínsitas coexistência da vida comum como elemento que torna admissível um dever coletivo fundamental de pagar tributos.

Mas a doutrina nunca pretendeu justificar – e isso fica evidente em todas as obras citadas – pela opção da ilegalidade, do excesso, da desproporção ou da injustiça na cobrança de

<sup>3</sup> NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Almedina: Coimbra, 1998.

<sup>4</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Solidariedade e justiça fiscal*, In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). *Estudos de Direito Tributário: Homenagem à memória de Gilberto de Ulhôa Canto*, Rio: Forense, 1998; TORRES, Ricardo Lobo. *Sistemas constitucionais tributários*. In: BALEEIRO, Aliomar (Org.). *Tratado de direito tributário brasileiro*. t. II. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

<sup>5</sup> ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

<sup>6</sup> GRECO, Marco Aurélio. *Do Poder à Função Tributária*. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). *Princípios e Limites da Tributação* 2. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

<sup>7</sup> GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sergio André (Organizadores). *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. GODOI, Marciano Seabra de. *Tributo e solidariedade social*. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coordenadores). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p.158).

<sup>8</sup> ROCHA, Sérgio André. *Fundamentos do Direito Tributário Brasileiro*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

<sup>9</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Interpretação e Elusão Legislativa da Constituição do Crédito Tributário*. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; MACEDO, Marco Antonio Ferreira (Coordenadores). *Direitos Fundamentais e Estado Fiscal: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Salvador: Jus Podivm, 2019.

<sup>10</sup> TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

<sup>11</sup> Idem.

tributos, assim como não serve de parâmetro nem justifica qualquer tentativa de maximização de arrecadação, nem impõe ao contribuinte o exercício de escolha à tributação mais onerosa.

Note-se que os defensores da teoria do dever fundamental de pagar tributos *não afastam*, em nenhuma hipótese, todos os limites e travas do ordenamento jurídico ao exercício do poder de tributar<sup>12</sup>. O próprio Prof. José Casalta Nabais dedica grande parte de sua obra para advertir que as limitações constitucionais e legais protetivas do contribuinte não são afetadas pelo reconhecimento desse dever coletivo.

É dizer: Não há dever fundamental de pagar *ilegalmente* tributo, tanto quanto inexistente dever fundamental do contribuinte de sujeitar-se a excessos ou a qualquer exigência que não esteja objetivamente parametrizada pela licitude.

Exatamente por isso, propõe-se aqui um novo olhar hermenêutico que afaste as amarras interpretativas sobre a teoria, passando a concebê-la não apenas sob a égide do dever fundamental de pagar tributos, mas sob a compreensão do dever fundamental de pagar *(legalmente)* tributos<sup>13</sup>.

Essa proposta autoriza admitir que todos estão conectados às demandas sociais exigidas pela solidariedade comunitária ínsita ao Estado Fiscal, exigindo de pessoas físicas e jurídicas o cumprimento do dever colaborativo tributário, porém, reforça que o dever fundamental de pagar tributo nunca nascerá da ilegalidade, em quaisquer de suas modalidades.

Dito de outro modo, nas circunstâncias em que, lícitamente, o contribuinte realizar ato jurídico que importe em economia tributária válida, sem mácula ou vício previsto no ordenamento jurídico, ou seja, sem patologia de forma, de vontade, de intenção ou ocultação, ter-se-á como inválida a exigência da exação que dele decorra, inexistindo dever fundamental de pagar *ilicitamente* tributos. Trata-se da realização do *princípio da tributação conforme a lei*<sup>14</sup>, em última instância, o princípio da legalidade, como elemento basilar do ordenamento jurídico, cuja aplicação conjunta torna possível o reconhecimento do dever jurídico em apreço.

Assim, ainda que se admita que a existência do princípio da solidariedade social que justifica a existência do dever fundamental de pagar (legalmente) tributo, tal fato não tem a aptidão de afastar, limitar ou inviabilizar outros princípios e regras que integram a ordem constitucional e validam juridicamente o fenômeno da tributação, sobretudo, as limitações constitucionais ao poder de tributar e os direitos fundamentais do contribuinte. Em circunstâncias

<sup>12</sup> Cite-se o Professor Marciano Seabra de Godoi, também, um dos grandes defensores da teoria, para quem “a afirmação das íntimas relações entre solidariedade e tributo e o reconhecimento da existência de um dever fundamental de pagar impostos poderão causar espécie e ser mal compreendidos. Poder-se-ia pensar que o reconhecimento de um dever fundamental de pagar impostos credenciaria o Estado a exigir dos contribuintes qualquer tipo de prestações tributárias, enfraquecendo os limites formais e materiais do poder de tributar. De outra parte, poder-se-ia concluir que a vinculação do tributo com a solidariedade constitui uma ‘desculpa’ ou um ‘pretexto’ para justificar a cobrança de exações com graves violações das limitações constitucionais do poder de tributar” (GODOI, Marciano Seabra de. *Tributo e solidariedade social*. In: \_\_\_\_\_ (Coords.) GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p.158).

<sup>13</sup> Tais reflexões levaram este Relator a produzir texto acadêmico tratando do assunto, cf. ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de. O Dever Fundamental de Pagar (legalmente) Tributos: Significado, Alcance e Análise de Precedentes do Carf. *Revista Direito Tributário Atual* nº 51. ano 40. p. 197-224. São Paulo: IBDT, 2º quadrimestre 2022.

<sup>14</sup> PONTES, Helenilson Cunha. *Revisitando o tema da obrigação tributária*. In: \_\_\_\_\_ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário – Homenagem a Alcides Jorge Costa*, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

que desafiem o intérprete à derrotabilidade (*defeasibility*)<sup>15</sup> de algum deles, o dever fundamental de pagar (legalmente) tributos não terá ascendência sobre os demais, sugerindo-se a solução a partir do sobreprincípio da proporcionalidade e da técnica do balanceamento (*balancing*), a fim de alcançar solução verdadeiramente justa, servindo de freios e contrapesos do próprio ordenamento jurídico.<sup>16</sup>

Penso ser essa a hipótese em análise, onde não é possível vislumbrar, a meu sentir, qualquer pecha de ilegalidade que justifique a desconsideração da realidade fática que levou a administração tributária de atribuir artificialidade à conduta do sujeito passivo. Não houve simulação, dolo, fraude, conluio, não se comprovou ausência de propósito negocial na composição societária em apreço, não houve omissão de registros contábeis nos balanços das companhias envolvidas, razão pela qual não é possível validar a pretensão fazendária de alcançar os fatos econômicos indicados nos autos de infração.

Consigne-se que a administração tributária presume a artificialidade da estrutura sociedade da contribuinte a partir de um critério de abusividade e, ainda que não deixe claro, pretende justificar a autuação na norma geral antielisiva prevista no parágrafo único do art. 116 do CTN, segundo o qual a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, *observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária*.

Impende ressaltar que este julgamento não desconsidera o julgamento da ADI 2.446 pelo STF, que julgou constitucional o art. 1º da LC 104/2001, o qual acrescentou o parágrafo único do art. 116 do CTN. Em nenhum momento esta Relatoria entende ser inconstitucional tal texto normativo, apenas reconhece o fato de que a desconstituição de negócios jurídicos há de ser pautado mediante critérios jurídicos complementares, a serem definidos em lei ordinária (conforme textualmente prevê a norma).

Penso que inexistência atual de norma específica que discipline a pretensa desconstituição de negócios jurídicos válidos não autoriza a administração tributária a se valer de critérios gerais, claramente subjetivos, para atribuir a pecha de planejamento tributário “abusivo” ao exercício regular de direitos de cunho empresarial e societário. Cabe ao legislador – e somente a ele – indicar normas ordinárias de reação ou proibição a planejamentos tributários específicos (assim entendidos as “SAAR – *Special Anti Avoidance Rules*”) ou normas gerais de idêntica natureza (“GAAR – *General Anti Avoidance Rules*”), sob pena de se admitir que a generalidade da norma geral antielisiva, que possui mero comando autorizador do exercício secundário de competência legislativa ordinária, autorize o fisco a indicar limites à regular prática de planejamento tributário lícito, que não representa qualquer prática de ato ilegal, não enseja presunção de abuso, não demanda ser combatido (até porque é lícito) ou justifica autuações subjetivas. Com efeito, conforme leciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “a liberdade pode ser

<sup>15</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. The ascription of responsibility and rights: *Proceedings of the Aristotelian Society*. Londres, XLIX, p. 171-194, 1948.

<sup>16</sup> ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de. *A proporcionalidade e os limites ao poder sancionador tributário*. In: \_\_\_\_\_ (Coords.) VIANA FILHO, Jefferson de Paula; CELESTINO JUNIOR, José Osmar; FILGUEIRAS, Ingrid Baltazar Ribeiro; GOMES, Priscilla Régia de Oliveira. *Novos tempos do direito tributário*. Curitiba: Editora Íthala, 2020, p.71;73.

*disciplinada, mas não pode ser eliminada”<sup>17</sup>*, cabendo ao legislador, portanto, discipliná-la e a administração cumprir a disciplina. Fora daí repousará o excesso!

Cito a doutrina de Marco Aurélio Greco em torno do tema do planejamento tributário, cuja obra é fruto de muita incompreensão, mas que busca compreender os limites a essa prática, mesmo que parametrizada por atos lícitos (sem patologias), porém, com a intenção exclusiva de obter economia tributária. O ilustre Professor *afasta a possibilidade de desconsideração primária dos negócios jurídicos*, sob o entendimento de que o CTN impõe a necessidade de promulgação de lei ordinária que fixe os limites ao agir estatal, nos seguintes termos:

Ou seja, na medida em que o CTN, neste parágrafo único do artigo 116, prevê a necessidade de uma lei ordinária para disciplinar os procedimentos de aplicação do dispositivo, está determinando que *a competência em questão não pode ser exercida de modo e sob forma livremente escolhidos pela Administração Tributária. A desconsideração só poderá ocorrer nos termos que vierem a ser previstos em lei, como corolário da garantia individual do devido processo legal.*

Em suma, o CTN deferiu à lei ordinária a *disciplina indispensável*, de caráter procedimental (e não de direito material), para que a norma possa ser aplicada. Com isto, *não veiculou uma norma de eficácia plena, mas uma norma de eficácia limitada*, na medida em que a plenitude da eficácia somente será obtida após a edição da lei ordinária dispondo sobre tais procedimentos. Vale dizer, antes da mencionada lei ordinária, o conteúdo preceptivo do dispositivo não comporta aplicação.

Isso significa que, *enquanto não for devidamente editada a lei ordinária dispondo a respeito, falta um elemento essencial à aplicabilidade do parágrafo examinado, sendo ilegal o ato administrativo fiscal que, nesse interregno, pretender nele apoiar-se.* Enquanto não vier a ser editada a lei ordinária prevista no dispositivo, falta ao dispositivo a plenitude da produção dos seus efeitos e, por consequência, a autoridade administrativa não pode praticar ato de desconsideração nele fundamentado (o que não impede, porém, as reações já examinadas, nos casos de abuso ou fraude à lei)<sup>18</sup>. (Grifou-se)

Luís Eduardo Schoueri confirma tal entendimento, ao estatuir que *“não há lei que obrigue alguém a incorrer em fato jurídico tributário. Ao contrário, sob pena de caracterização de confisco, a hipótese tributária não pode ser conduta obrigatória. Ora, se ao particular é assegurado o direito de incorrer, ou não, naquela hipótese, então não se pode considerar fraudulenta a decisão do planejamento tributário”<sup>19</sup>*.

Não obstante, admite-se, sim, o combate ao abuso, à fraude, à simulação, ao dolo e ao conluio, não sob o prisma da norma geral antielisiva, mas pela prática de ato antijurídico a que o ordenamento jurídico preveja conduta específica. Nesses casos, o contribuinte transmuta artificialmente a realidade de forma simulada, como forma de obter proveito ilícito, cabendo nesses casos – *diferentes do que ora se julga* – a aplicação firme da lei para impedir a perpetuação

<sup>17</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007, p. 196.

<sup>18</sup> GRECO, Op. Cit. p. 568.

<sup>19</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento Tributário: Limites à Norma Antiabuso. São Paulo: Revista Direito Tributário Atual, n. 24, 2010, p. 355.

da ilegalidade praticada. Neste sentido, cite-se decisão deste Colegiado, relatada pelo voto do i. Conselheiro Efigênio Freitas Junior (Relator do presente processo), neste sentido, a saber:

**SIMULAÇÃO. MULTA QUALIFICADA**

No cenário em que há cumprimento formal da lei - emissão de nota fiscal e respectiva contabilização - se analisados os fatos sob a lente restritiva do Direito Privado não há falar-se em simulação, afinal seguiu-se a letra da lei, a despeito da *artificialidade*. Analisar o conceito de simulação sob essa lente restritiva significa, por via indireta, restringir a atuação do fisco; permitir que o sujeito passivo, a despeito do exercício de atividade empresarial, cubra-se com o manto da isenção. O que, além de ilegal, vai de encontro ao princípio da livre concorrência e ao cumprimento do *dever fundamental de pagar tributos*.

*Arranjo tributário simulado, artificioso, com vistas a transparecer para o fisco inoccorrência de ilegalidade ou descumprimento dos requisitos previstos no artigo 14 do CTN, e artigo 12 e parágrafos da Lei nº 9.532, de 1997. Agir com consciência e vontade, e modificar características essenciais da ocorrência do fato gerador, as quais impactam na redução do montante devido de tributo, é conduta que atrai a incidência da multa qualificada, prevista no art. 44, § 1º, da Lei 9.430, de 1996 c/c art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. (Grifou-se)*

A necessidade de se combater *atos ilícitos*, mediante elementos de controle ou de fiscalização que demandem do ente tributante afastar do mundo jurídico atos jurídicos eivados da pecha do dolo, fraude, simulação ou abuso, tem como fundamento da desconstituição do ato uma contrariedade objetiva à norma vigente e se justificam no dever geral de combate à evasão (ilícita). Existe um defeito do ato ou negócio jurídico por patologia invencível, seja por defeito forma, seja por vício da manifestação da vontade.

E quando o ato praticado leva a uma economia tributária? Nesse caso, entendo ter razão Sérgio André Rocha, em obra que versa sobre Planejamento Tributário e Liberdade Não Simulada, ao estatuir que *“O querer pagar menos tributo é ubíquo tanto na evasão quanto na elisão fiscal, não sendo, assim, critério relevante para separar uma situação da outra. Logo, é no campo da divergência objetiva entre o ato praticado e a realidade que deve ser identificada a simulação, não no campo das intenções subjetivas do contribuinte”*<sup>20</sup>.

É no âmbito da simulação que se revolvem os problemas de planejamento tributário. Fora dele, não cabe ao intérprete desejar que o contribuinte pense como o Fisco, pois o parâmetro não é o Fisco, é a lei!

Todas as razões de mérito apontadas trazem a esta Relatoria conclusões contrárias a que chegou a administração tributária e a douta instância de piso, a ensejarem a desconstituição dos autos de infração, devendo-se dar provimento ao apelo administrativo do sujeito passivo.

Outrossim, consigne-se que há de se promover, em maior escala possível, o princípio constitucional da segurança jurídica, sob a égide da cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade das normas jurídicas postas, *in casu*, nos reflexos jurídicos possíveis decorrente da aplicação da Lei 9.532/97, que continua vigente. Não se trata de princípio abstrato, pelo contrário, cabe ao intérprete conferir à norma, na análise do caso concreto, a maior realização possível da segurança jurídica, pautado nos critérios acima apontados, considerando-se a acessibilidade do conteúdo normativo, sua anterioridade, inteligibilidade, continuidade e estabilidade.

<sup>20</sup> ROCHA, Sérgio André. Planejamento tributário e liberdade não simulada. 2ª ed. Belo Horizonte-MG: Letramento; Casa do Direito, 2022, p. 137.

Levando-se em consideração tais premissas, penso que a interpretação que melhor assegura a realização da segurança jurídica para os casos de amortização de ágio deve considerar como regra geral a licitude das operações, salvo as exceções onde a simulação (em sentido lato) seja comprovada. Com isso:

- a) Assegura-se ao destinatário da norma a *cognoscibilidade* do conteúdo da expressa previsão normativa da Lei 9.532/97;
- b) Modela-se a *confiabilidade* no texto normativo, que assegura ao contribuinte a escolha societária ora controvertida;
- c) Viabiliza-se *calcular* os efeitos jurídicos das opções lícitas realizadas através de atos jurídicos autorizados pela norma.

Sobre o assunto, cite-se a notória contribuição acadêmica de Humberto Ávila, para quem *“Só se pode planejar e agir quando há segurança para planejar e para agir. Segurança é, deste modo, um meio à realização das liberdades individuais, uma espécie de princípio funcional relativamente àquelas. Afinal, quem não pode confiar nas condições jurídicas para a realização de seus atos guardará distância das grandes realizações, já que a liberdade significa, justamente, a possibilidade plasmar a própria via de acordo com os próprios projeto”*<sup>21</sup>. O autor ainda que controverte a necessidade de realização da segurança com foco nos três problemas interpretativos centrais:

O primeiro problema refere-se à falta de inteligibilidade do ordenamento jurídico. O cidadão não sabe exatamente qual é a regra válida. Se aquele sabe qual é esta última, não conhece bem o que ela determina, proíbe ou permite. As regras não são acessíveis, abrangentes, compreensíveis ou inclusive suficientemente determinadas. Elas não são, enfim, orientadas para o usuário, já que deixam de prever as informações relevantes para o comportamento que aquele deve adotar. Com isso, o Direito perde a sua função orientadora. O direito, para usar aqui uma expressão enfática, deixa de ser sério. O cidadão torna-se dominado por leis que desconhece, relevando o princípio de que a ignorância das leis não escusa o seu cumprimento quase um sarcasmo.

A segunda questão diz respeito à carência de confiabilidade do ordenamento jurídico. O cidadão não sabe se a regra, que era e é válida, ainda continuará válida. E, quando ele sabe disso, não está segundo se essa regra, embora válida, será efetivamente aplicada ao seu caso. Regras e decisões são, pois, inconstantes. O Direito não é sério – e também deixa de ser levado a sério.

O terceiro entrave diz com a falta de calculabilidade do ordenamento jurídico. Em outras palavras, o cidadão não sabe bem qual norma irá valer. As possibilidades de apreensão de informações sobre futuras decisões são muito pequenas. O Direito, por conseguinte, não é previsível nem calculável. O cidadão, assim, não sabe se o Direito, que já não é sério nem é levado a sério no presente, serão também levado a sério no futuro.

A ausência ou pouca intensidade dos ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito instalam a incerteza, a descrença, a indecisão no meio social,

<sup>21</sup> ÁVILA, Humbert. Teoria do Ordenamento Jurídico. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 80.

fazendo com que se coloquem dúvida até mesmo princípios tradicionais, como a segurança jurídica, a capacidade contributiva, a igualdade e a legalidade.

Penso que se faz necessário assegurar previsibilidade às relações jurídicas e, nesse contexto, não vejo problemas jurídicos em se admitir que a Lei 9.532/97 assegura ao contribuinte, como regra geral, a interposição de empresa veículo para estruturação de seus negócios que lhe assegure amortizar o ágio em decorrência de incorporação reversa para fins de apuração do lucro real. Portanto, as glosas demonstram-se indevidas, a ensejar a desconstituição das autuações.

Destaco, ainda, que o tema foi analisado pela Turma de Julgamento 1201, a qual teve a honra de compor e realizar tais análises, com entendimento favorável à amortização do ágio, conforme ementa abaixo transcrita, relacionada ao processo em que fui designado para produzir voto vencedor:

#### AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

A Lei 9.532/97 permite ao contribuinte adquirir participações societárias mediante a interposição de empresas veículo, assegurando-lhe a amortização fiscal do ágio, inexistindo razões para demonizar sua utilização. A opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio. Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intensão, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si.

O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito.

DEVER LEGAL DE PAGAR (LICITAMENTE) TRIBUTOS. DEVER DE SOLIDARIEDADE SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO LÍCITO. INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE DE DIREITO, ARTIFICIALIDADE DE FORMAS, FRAUDE, DOLO, CONLUIO OU QUALQUER PATOLOGIA DO ATO JURÍDICO PRATICADO.

Nas circunstâncias em que, licitamente, o contribuinte realizar ato jurídico que importe em economia tributária válida, sem mácula ou vício previsto no ordenamento jurídico, ou seja, sem patologia de forma, de vontade, de intenção ou ocultação, torna-se ilegítima a autuação que dele decorra, inexistindo dever fundamental de pagar ilicitamente tributos.

A inexistência norma jurídica específica que discipline a desconstituição de negócios jurídicos válidos não autoriza a administração tributária a se valer de critérios gerais, claramente subjetivos, para atribuir a pecha de planejamento tributário abusivo ao exercício regular de direitos de cunho empresarial e societário, de forma que a norma geral antielisiva do art. 116 do CTN possui mero comando autorizador do exercício secundário de competência legislativa ordinária.

Admite-se combate ao abuso, à fraude, à simulação, ao dolo e ao conluio, não sob o prisma da norma geral antielisiva, mas pela prática de ato antijurídico a que o ordenamento jurídico preveja tipo infracional específico.

Considerando que este voto desconstitui as autuações em seu mérito principal, todos os acessórios caem por consequência lógica, sobretudo a qualificação da multa, que também resta afastada em razão da inexistência de simulação que justifique a majoração dos valores.

No mesmo sentido, outros julgados daquela Turma de Julgamento, dos quais pude participar:

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO APÓS CONFUSÃO PATRIMONIAL. A amortização do ágio na apuração do imposto sobre a renda da pessoa jurídica, nos termos do art. 7º e art. 8º da Lei nº 9.532/97, somente é admissível quando se observa confusão patrimonial entre a investidora e investida. (Acórdão nº 1201-006.197 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 18 de outubro de 2023, Redator Designado Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, maioria)

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. FRAUDE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. A utilização de uma empresa veículo, com existência meramente formal, não é suficiente, tomada isoladamente, para configurar uma fraude tributária. Para tanto, é necessário que fique demonstrado que a empresa veículo foi o meio utilizado para o contribuinte obter uma vantagem antijurídica, seja por falta de previsão legal, seja por ser defesa em lei, seja por desviar a finalidade da lei.

ÁGIO. AQUISIÇÃO ALAVANCADA. EMPRESA DE PROPÓSITO ESPECÍFICO. CAPTAÇÃO DE RECURSOS. PROPÓSITO NEGOCIAL. OCORRÊNCIA. A empresa criada com o propósito específico de operacionalizar a aquisição de participação societária e que, para isso, capta recursos no mercado financeiro, realiza o seu objetivo econômico, demonstrando o propósito comercial da sua criação. (Acórdão nº 1201-006.257 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 21 de fevereiro de 2024, Redator Designado Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, maioria)

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO EFETIVAMENTE PAGO NA AQUISIÇÃO SOCIETÁRIA. PREMISSAS. As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7º, inciso III, e 8º. da Lei 9.532 de 1997, são: (i) aquisição de investimento relevante com contraprestação de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura; (ii) fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição; (iii) desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial da investida e ágio ou deságio incorrido; (iv) a amortização do ágio deve se processar com a união entre o acervo patrimonial investidor e o acervo patrimonial investido (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição); (v) absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou vice-versa).

Nesse contexto não há espaço para glosa de despesas de ágio cuja origem não é simulada, notadamente quando a autuação não imputa aos agentes a prática de ato simulado.

Não há qualquer previsão legal pela qual a incorporação da detentora original do ágio por empresa intermediária promoveria a extinção do ágio de pleno direito. A transferência do ágio é admitida no Direito Brasileiro e a conclusão fiscal contraria as consequências

basilares da sucessão empresarial decorrente do ato de incorporação (art. 227 da Lei nº 6.404/76), bem como enfrentaria a autorização contida no art. 2º, § 3º da Lei nº 6.404/76.

A adoção de empresas intermediárias alcunhadas pejorativamente de “veículo” como meio de viabilizar as operações societárias amparadas no direito de auto-organização empresarial que levem à transferência do ágio permitindo seu aproveitamento de maneira mais conveniente ao contribuinte não encontra vedação no Direito Brasileiro, ainda que a sua constituição no Brasil se dê por empresa estrangeira para centralizar (de maneira temporária ou perene) os investimentos adquiridos no Brasil.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, tampouco estabelecem qualquer limitação no sentido de que somente seriam aplicáveis às participações societárias em pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil e, contrariamente ao que se assevera, o termo “pessoa jurídica” não é restrito às entidades domiciliadas no Brasil, conforme se extrai do art. 52 do ADCT e de atos emanados pela própria RFB, como a IN nº 1.005/2010 (art. 9º, I). Os arts 146 e 147 do RIR/99, por sua vez, não restringem o conceito de pessoa jurídica às domiciliadas em solo pátrio, mas apenas criam restrição conceitual para definir os sujeitos passivos do IRPJ brasileiro.

(Acórdão nº 1201-006.251 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 20 de fevereiro de 2024, Relator Lucas Issa Halah, maioria)

Todas essas razões são suficientes para afastar os argumentos suscitados pela administração tributária no sentido de atribuir artificialidade à operação realizada.

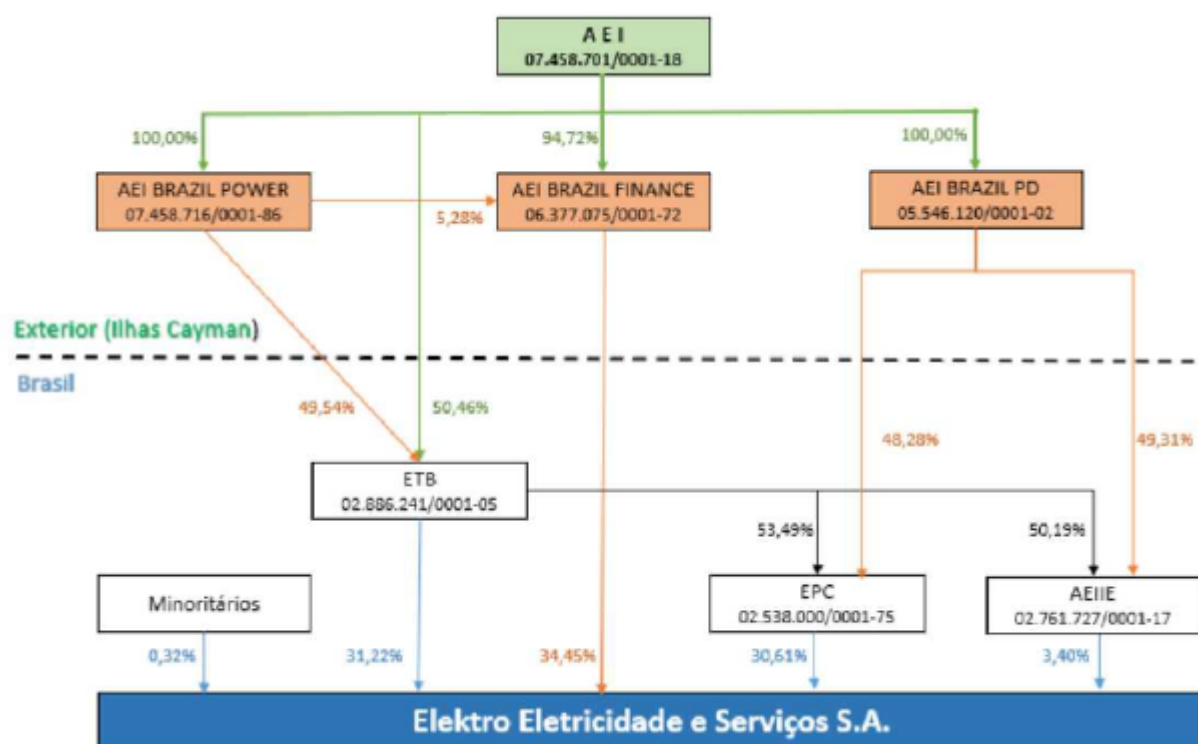
Assim, afastam-se as autuações no concernente à tese do real adquirente, afastando-se, em consequência, todos os fundamentos que atribuem a pecha da artificialidade e falta de propósito negocial à operação em referência.

#### **DO ÁGIO IBERDROLA**

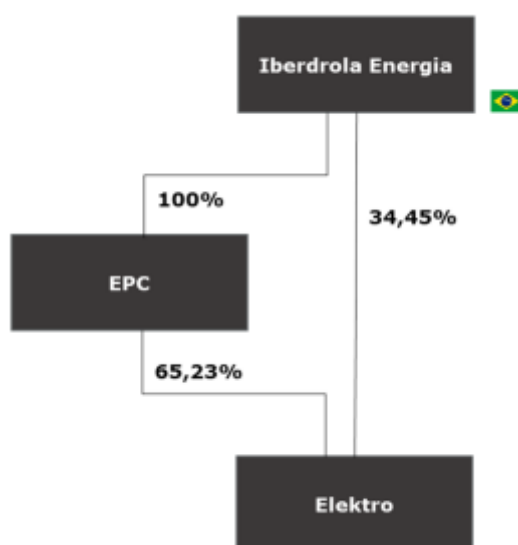
Em relação ao ÁGIO IBERDROLA, ele ocorreu no ano de 2011 em decorrência da venda do controle da ELEKTRO (muitos anos após a privatização tratada no item anterior, quando analisado o ÁGIO TERRAÇO).

À época, o controle acionário da companhia era então exercido pela holding AEI, que detinha outras companhias estrangeiras e que exerciam o controle direto e indireto no Brasil da empresa alvo do investimento (ELEKTRO, ora recorrente).

O TVF aponta o seguinte desenho societário – e, naquilo que importa à presente análise, deve-se atentar que AEI era o “grupo mãe” que detinha (no topo do desenho) o negócio ELEKTRO (na base do desenho) –, a saber:



O controle da ELEKTRO foi alienado à IBERDROLA ENERGIA (BRASIL), companhia nacional que passou a deter o negócio alvo (ELEKTRO) da seguinte forma (saindo da operação o grupo AEI e suas empresas acima indicadas):



O próprio TVF informa essas transações, aduzindo que “a alienação da ELEKTRO foi materializada em 19 de janeiro de 2011 conforme o Contrato de Compra e Venda de Ações juntado a este processo. No referido documento, constam como alienadas (I) a ELEKTRO e (II) a holding EPC, a alienante a holding AEI nas Ilhas Cayman, e a adquirente, a IBERDROLA ENERGIA (do Brasil), à época subsidiária integral da empresa espanhola IBERDROLA ENERGIA SA, que foi a garantidora da operação” (fls. 5415/5416 do TVF).

Essa alienação foi havida com ágio, porém, o Fisco entendeu que a existência da IBERDROLA ENERGIA (BRASIL) seria artificial, por fundamentos semelhantes ao que apresentou em relação ao ÁGIO TERRAÇO. No fundo, a administração tributária desconsiderou a autonomia da empresa, tratando-a como interposta (“empresa-veículo”) pelo grupo espanhol.

A defesa da contribuinte evidenciou em seu recurso que:

- **A Iberdrola Energia foi a parte compradora do Contrato de Compra e Venda, cujos efeitos jamais foram desconsiderados e, portanto, este negócio jurídico permanece integralmente válido.** Essa sociedade brasileira assumiu e suportou as obrigações acordadas com a AEI Brazil Holdings Cooperatief U.A. (“AEI Cooperatief”), parte vendedora não relacionada, incluindo a obrigação de pagar o preço de compra (que de fato desembolsou), 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);
- **O preço de compra foi efetivamente pago em dinheiro à AEI Cooperatief, sociedade vendedora, pela Iberdrola Energia, utilizando recursos de sua própria titularidade,** conforme evidenciado por contratos de câmbio anexos, formalizando a compra de moeda estrangeira pela Iberdrola Energia para a remessa de recursos ao exterior VR 08RF DEVAT Fl. 6399 Original TEXT-107840260v1 29 para tal pagamento. Portanto, é equivocada a alegação da DRJ de que a “Iberdrola Energia não fez qualquer dispêndio, não possuindo, portanto, o montante para pagar o ágio em análise” (fl. 6330);
- O montante pago pela Iberdrola Energia foi superior ao valor do patrimônio líquido da Recorrente e da EPC, tendo ocorrido o desdobramento desse custo incorrido, em observância ao disposto no regime da Lei nº 9.532/97 e do artigo 20 do Decretolei nº 1.598/77. **A contabilidade auditada da Iberdrola Energia, da Recorrente ou de qualquer outra pessoa jurídica não foi desconsiderada, tampouco tida como inidônea** e, por isso, os lançamentos contábeis da operação, incluindo o registro do ágio com fundamento econômico na rentabilidade futura, do acervo cindido da Iberdrola Energia, dentre outros, permanecem íntegros e válidos;
- **O pagamento do Ágio Iberdrola foi motivado pela expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido.** Essa motivação está documentada pelo estudo técnico elaborado pela Iberdrola Energia antes da aquisição do investimento, posteriormente atestado por outras avaliações econômicas de empresas

especializadas (KPMG e Planconsult), com a projeção de resultados futuros do investimento segundo a metodologia do fluxo de caixa descontado. É infundada a alegação da DRJ de que a “elaboração posterior de laudos” (fl. 6351), que apenas atestaram a avaliação econômica preparada previamente à aquisição, “enfraquece o caráter probatório e demonstraria insegurança”, ignorando o conteúdo desses documentos preparados por empresas especializadas e independentes;

- Não há dúvidas quanto à legitimidade desse estudo técnico, atestando a sua idoneidade como documento hábil a justificar a rentabilidade futura do ágio que motivou o seu pagamento pela Iberdrola Energia; assim como o fundamento econômico do Ágio Iberdrola como sendo decorrente da expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido;

- **A Iberdrola Energia, na condição de sociedade adquirente de direitos localizados no Brasil (participações na Recorrente e na EPC) junto a vendedor não residente (AEI Cooperatief), procedeu à retenção e ao recolhimento do IRRF incidente na operação,** em estrita observância ao disposto no artigo 26 da Lei nº 10.833/2003;

- Após a conclusão da operação, **a Iberdrola Energia passou a ser a proprietária do investimento direto na Recorrente e indireto por meio da participação detida na sociedade holding EPC,** titular de ações representativas de 65,23% do capital da Recorrente, participando de deliberações societárias, além de ter recebido dividendos e JCP que foram pagos pela Recorrente;

- As operações foram realizadas sob a fiscalização e rigoroso controle de órgãos do próprio Governo Federal, com destaque para a ANEEL. Esta agência reguladora inclusive examinou e aprovou a amortização do Ágio Iberdrola com fundamento na rentabilidade futura da Recorrente, no âmbito da Resolução Autorizativa nº 3500/2012. A operação também foi submetida à avaliação pelo CADE que aprovou, sem qualquer restrição, a compra pela Iberdrola Energia;

- As formas adotadas eram adequadas e lícitas aos negócios pretendidos, assim como a validade da documentação que formalizou toda a operação como, por exemplo, contratos, demonstrativos, alterações contratuais e e/ou estatutárias relativas às cisões e incorporações. Esses documentos são públicos e foram arquivados nas juntas comerciais e na CVM pois a Recorrente é uma companhia de capital aberto;

- **O Fisco não identificou quaisquer vícios, ilicitudes ou abusos nos atos praticados, seja em relação à vontade das partes, seja em relação à forma adotada para a aquisição do investimento na Recorrente, limitando-se ao seu mero inconformismo de que a aquisição poderia ter sido realizada diretamente do exterior pelo Grupo Iberdrola.** Não foi indicada qualquer violação aos dispositivos legais que autorizam a dedução fiscal do ágio pago na aquisição de investimentos em sociedades brasileiras por outra sociedade operacional localizada no Brasil;

- **A Recorrente suportou todos os efeitos das operações ocorrendo a chamada “confusão patrimonial”** mencionada por decisões da C. CSRF destacadas no tópico acima, cujo posicionamento adotado afasta a infundada pretensão fiscal corroborada pela DRJ;
- A legitimidade do Ágio Iberdrola já foi confirmada por esse E. CARF no acórdão nº 1301-006.065 (sessão de 22.09.2022), mencionado pela própria DRJ (fl. 6351) que reconheceu a validade de todos os atos implementados e o atendimento a todos os requisitos do regime da Lei nº 9.532/97 pelo Ágio Iberdrola, cancelando a cobrança objeto do Processo Administrativo nº 16561.720169/2017-11 (anos-calendário de 2012 e 2013).

As demais razões apresentadas no Recurso Voluntário e evidenciadas no voto da Conselheira Relatora demonstram a regularidade da operação. Não se faz necessário reiterar os fundamentos do item anterior (ÁGIO TERRAÇO) para demonstrar as razões pelas quais entendo que a reestruturação societária promovida pelas partes independentes não demonstram nenhum sinal de artificialidade ou falta de propósito negocial.

Nos processos de análise de ágio, tenho manifestado posicionamento de que não é possível “demonizar” as operações promovidas por grupos econômicos, salvo quando efetivamente ficar demonstrada a prática de atitude dolosa que evidencie fraude, simulação ou conluio que autorize a qualificação da multa de ofício. Nesses casos, sim, há de afastar os eventos societários para impedir redução indevida de tributos, porém, nos casos em que os envolvidos atuam dentro dos limites normativos, sem nenhum tipo de patologia que impeça a prática dos atos negociais promovidos, não vislumbro categoria jurídica capaz de impedir o resultados tributários deles decorrentes.

Assim, entendo que a dedução da despesa com a amortização do ágio em questão é plenamente possível.

#### **DO RECURSO DE OFÍCIO**

Acompanho a Conselheira Relatora integralmente no tocante ao Recurso de Ofício, pelas mesmas razões de decidir constantes de seu voto.

#### **DISPOSITIVO**

Ante o exposto, dou provimento ao Recurso Voluntário e nego provimento ao Recurso de Ofício.

É como declaro o voto.

*Assinado Digitalmente*

**Fredy José Gomes de Albuquerque**