



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

Processo nº 19515.720386/2012-40
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1302-001.978 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de setembro de 2016
Matéria Ágio - IRPJ e CSLL
Recorrente COMPANHIA LUZ E FORÇA SANTA CRUZ
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

ÁGIO. FUNDAMENTO LEGAL. REQUISITOS. AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. AMORTIZAÇÃO.

O ágio fiscal encontra suas premissas legais nos dispositivos do art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977, arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 e arts. 385 e 386 do RIR/1999. Nestes termos, resumidamente, em-se que os requisitos - legais - para a amortização do ágio podem ser assim delineados: (i) uma regra que determina que o registro e mensuração do ágio, deve ocorrer quando houver aquisição de participação societária em coligada ou controlada (via cisão, fusão ou incorporação), donde seu custo de aquisição deverá ser desdobrado em valor do patrimônio líquido e ágio, sendo este (ágio) relacionado à rentabilidade futura (neste caso, oriundo de projeções do fluxo de caixa), e, por fim, (ii) a regra de amortização do ágio que, observando o disposto na norma de registro e mensuração, permitirá a amortização do ágio nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados após a incorporação (reversa), cisão ou fusão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração. Estes os requisitos prescritos na legislação de regência do ágio fiscal.

ÁGIO (INTERNO). PARTES RELACIONADAS (OU NÃO). INCORPORAÇÃO REVERSA. POSSIBILIDADE.

No caso em tela não há que se falar em ágio interno, ou seja, o ágio oriundo de operações societárias ocorrida entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico. Porém, ainda que de partes relacionadas se tratasse, a circunstância de a operação haver sido praticada por empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico, em nada descaracteriza o direito da contribuinte em amortizar o ágio fiscal. A distinção entre ágio oriundo de operação entre empresas relacionadas, ou não, é irrelevante para fins de aplicação da legislação fiscal.

Ocorrendo a incorporação reversa, o ágio fiscal poderá ser amortizado, nos moldes do disposto nos artigos citados anteriormente.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. EMPRESA VEÍCULO.

Os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio. Bem como, nota-se que tal regra não esta presente em nenhum outro dispositivo legal de nosso sistema jurídico, seja nacional ou federal. Neste tom, registra-se, nenhuma norma pátria veda que a realização de negócios tenha por finalidade a redução da carga tributária - de forma lícita. É o que se observa no §3º, art. 2º da Lei das SA, o qual dispõe que a companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades (empresa veículo), também, como forma de beneficiar-se de incentivos fiscais.

Some-se a tal assertiva o fato de que a contribuinte possuía motivação comercial, clara, posto que encontrava-se impedida, por regras da ANEEL, de realizar a incorporação diretamente. Motivo pelo qual se valeu de uma empresa veículo.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SOLIDARIEDADE. DIRETORES DA COMPANHIA. ATOS PRATICADOS COM INFRAÇÃO À LEI. ART. 135, III, DO CTN.

Ainda que não houve sido afastada a glosa de amortização do ágio fiscal, insubsistente seria a manutenção dos diretores da companhia no polo passivo da lide, uma vez que a fiscalização não comprovou a pratica de qualquer ato doloso por parte das pessoas físicas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em DAR provimento ao Recurso Voluntário, nos termos do voto da relatora. Votaram pelas conclusões os Conselheiros Alberto Pinto Souza Junior, Ana de Barros Fernandes Wipprich e Luiz Tadeu Matosinho Machado.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente.

(assinado digitalmente)

Talita Pimenta Félix - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto Souza Júnior, Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Marcelo Calheiros Soriano, Rogério Aparecido Gil, Ana de Barros Fernandes Wipprich, Talita Pimenta Félix e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, COMPANHIA LUZ E FORÇA SANTA CRUZ e pelos responsáveis tributários, WILSON PINTO FERREIRA JÚNIOR e JOSÉ ANTÔNIO DE ALMEIDA FILIPPO, em 10/02/2014 (fls. 1280/1335), em face do Acórdão n. 16-51.520 proferido pela 7ª Turma da DRJ/SP1 (fls. 1219/1268), que retrata infração relativa à ausência de pagamento de IRPJ e CSLL, em razão da redução indevida do Lucro Real, motivada pela *dedução de ágio resultante de aquisição societária e posterior incorporação*, cujo crédito total corresponde ao montante de R\$ 35.390.713,45, relativo aos anos-calendários de 2007 a 2009, com aplicação de multa de ofício qualificada.

1. Da Descrição Fático-Jurídica: sob a perspectiva da fiscalização

A DRF em São Paulo relata que a Nova 4 Participações Ltda (N4P), em 02/10/2006, ao comprar ações da Cia Brasileira de Alumínio (CBA), adquiriu o controle acionário da Cia Luz e Força Santa Cruz (Recorrente), uma vez que aquela detinha 99,9923% do capital social desta, registrando ágio resultante da aquisição deste investimento no montante de R\$ 111.366.701,35. Aproximadamente um ano após tal operação, em 17/11/2007, a Nova 4 Participações Ltda foi incorporada pela Cia Luz e Força Sta. Cruz (Sta. Cruz), passando a deduzir o ágio constituído naquela operação.

Antes dessas operações, a única quota da N4P (em nome de Wilson Pinto Ferreira Júnior) foi transferida para a CPFL Energia S.A. (CPFL), empresa que passou a ser titular da totalidade das quotas do capital social da N4P. Assim, com a incorporação desta, a Recorrente passou a ser controlada diretamente pela CPFL. Tais fatos demonstram o controle exercido, pela CPFL, nas duas empresas em foco (N4P e Sta. Cruz).

A N4P (tendo seu contrato social alterado para holding de instituição não-financeira, em 21/09/2006) comprou as ações da CBA com financiamento obtido junto ao Banco do Brasil, e segundo a fiscalização, tal fato somente foi possível com aval da CPFL Energia, pois a N4P não teria capacidade operacional e financeira para obtê-lo.

Intimada a fazer esclarecimentos e apresentar documentos, a Recorrente declara que o ágio (oriundo da operação de aquisição de ações da Cia Brasileira de Alumínio) fundamenta-se na expectativa de geração de resultado futuro, realizado com base nas projeções de fluxo de caixa da empresa. E ao elucidar o *não* registro do ágio nas DIPJ relata que, como não haveria reflexo contábil da amortização do ágio na empresa CPFL Santa Cruz, em razão de, inicialmente, a Nova 4 Participações Ltda ser controladora daquela (CPFL), não caberia tal informação.

2. Do Julgamento Realizado Pela 7ª Turma da DRJ/SP1

Em julgamento realizado em 10/10/2013, a Turma, por unanimidade de votos, assim se pronunciou:

ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. LUCRO REAL. REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA AUTORIZAR A DEDUTIBILIDADE FISCAL DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO.

De acordo com os termos da legislação de regência, a dedutibilidade da amortização de ágio decorrente da aquisição de investimentos permanentes demandam a plena

observância dos seguintes requisitos essenciais: (i) a realização das operações originais entre partes não relacionadas; (ii) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; (iii) a comprovação do fundamento econômico do pagamento do ágio, como sendo a rentabilidade futura do investimento.

REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. ÁGIO INTERNO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. INCORPORAÇÃO REVERSA. FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. INTERMEDIÇÃO DO NEGÓCIO ATRAVÉS DE EMPRESA VEÍCULO NTEGRANTE DO MESMO GRUPO SOCIETÁRIO.

A outorga da dedutibilidade da amortização do ágio demanda que a reorganização societária esteja regularmente amparada em atos societários que não se manifestem evidados de simulação decorrentes de vício social desenvolvido através medidas seqüências e coordenadas entre entidades participantes do mesmo grupo societário. Demonstrada a falta de lisura na execução da reorganização societária defronte a ausência de propósito comercial e da artificialidade das operações societárias promovidas intragrupo, torna imperativo a manutenção dos efeitos da glosa efetuada no procedimento de fiscalização em decorrência da caracterização de ágio interno proveniente da realização de incorporação reversa.

MULTA QUALIFICADA. ADMISSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE CONDUTAS DISSIMULATÓRIAS E FRAUDULENTAS PROMOVIDAS EM CONLUÍO. DOLO. INEXISTÊNCIA DE DUBIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENALIDADE.

Caracterizada prática de condutas dolosas executadas em conluio entre as entidades participantes da transação societária, incluindo-se o próprio contribuinte, todas elas tendentes a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a cognição por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias essenciais e materiais, denotase cabível a aplicação da multa qualificada de 150%. Outrossim, descabe cogitar a existência de indícios de dúvida quanto a cominação da penalidade tributária quando demonstrado que a autoridade lançadora acautelou-se quanto à descrição das condutas praticadas em conluio entre as com as demais entidades participantes do transação societária para efeito de determinação da qualificação da multa de ofício.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ADMISSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DA SUJEIÇÃO PASSIVA AOS DIRETORES DA COMPANHIA. ATOS PRATICADOS COM INFRAÇÃO À LEI.

De acordo com a legislação de regência, os diretores respondem solidariamente pelos créditos tributários autuados em face do sujeito passivo da obrigação tributária principal nas circunstâncias em que revelado o exercício de atos societários em nome da companhia com violação ao ordenamento jurídico, com a prática de atos simulados.

Em razão desta decisão, a Recorrente e os coobrigado foram cientificados (fls. 1.275-76), em 10/01/2014, e interpuseram Recurso Voluntário (fls. 1280/1335), em peça única, em 10/02/2014, cujas alegações pautaram-se nos seguintes argumentos:

a) Dedutibilidade do ágio:

a.1) Partes relacionadas. A comprovação de relação entre as partes é quase impossível, pois no setor de energia elétrica é comum a existência de conglomerados, que nem sempre possuem interesses convergentes com suas controladas. Lado outro, o simples fato do ágio ser interno não valida a autuação fiscal, pois não existe legislação no Brasil que restrinja o aproveitamento do ágio interno.

Alega que a DRJ concluiu precipitadamente que as partes da operação possuem relação, o que teria ensejado o nascimento de ágio interno. Bem como, que a CPFL Energia seria controlada em última instância pelo Grupo Votorantim, ao qual pertencia a CBA. Defende que os organogramas (elaborados pela DRJ/SP1) teriam sido organizados de forma a amparar a tese

fiscal, excluindo várias acionárias das empresas lá indicadas, o que transparece relação mais direta entre as empresas do que, na verdade, o são. Aduz que, “seguindo-se o raciocínio no v. acórdão, todas as empresas que atuam no setor de energia elétrica no País seriam partes relacionadas!” (e-fl. 1289). Conforme o organograma apresentado (e-fl. 1290), há – pelo menos – 10 outras empresas entre CPFL Energia e a CBA.

Em relação aos casos em que alguém também integra o conselho de outra empresa, revela que não se trata de conluio, pois há que se verificar se tal pessoa de fato compareceu a reuniões e participou das deliberações do Conselho.

Outrossim, destaca que o conceito de “partes relacionadas” não vem da legislação, mas de norma da CVM, que já foi rejeitada pelo CARF (Acórdão n. 1302-001.184). Deste modo, ainda que fosse possível comprovar a relação entre as partes da operação e o enquadramento do caso concreto neste conceito, isto, por si só, não validaria a autuação. Inclusive, este pensamento foi desenvolvido pelo acórdão recorrido e não pela fiscalização, extrapolando-o.

Afirma que a circunstância do ágio surgir entre empresas de um mesmo conglomerado não embasa a autuação, visto que à época não havia qualquer restrição. Dado afeível pela jurisprudência do CARF (Acórdão n. 1101-000.841), ou seja, não se rejeita o aproveitamento do ágio simplesmente por ele ser interno.

a.2) Efetivo pagamento. Aponta que a fiscalização não foi direcionada para este ponto, mas sim para a amortização do ágio – ou seja, não investigou sobre o efetivo pagamento. Tal ponto apenas foi trazido pelo acórdão recorrido, que teria julgado de forma extra-petita.

Afirma que “a autuação é muito explícita no sentido de que as razões que impediriam a regular amortização do ágio são (i) a suposta ausência de propósito negocial da operação e (ii) a indevida utilização da Nova 4 como empresa veículo” (e-fl. 1297).

Com efeito, “a Fiscalização examinou detalhadamente a forma como foi quitado o valor pago pela Nova 4 à CBA quando da aquisição da Recorrente Santa Cruz com ágio. E constatou, a partir dessa análise, que o pagamento se deu (...)” (e-fl. 1297). Portanto, tal fato não teria sido apontado pela fiscalização.

Não obstante, juntou extrato bancário que demonstra a transação realizada, quitando a obrigação, no valor de R\$ 203.000.000,00.

a.3) Utilização de empresa-veículo. Aduz que a Nova 4 foi constituída 05 anos antes da operação aqui observada, ou seja, não foi criada com o propósito de viabilizar a operação.

Lado outro, ainda que se tratasse de empresa-veículo, trouxe acórdãos do CARF demonstrando a possibilidade de utilização deste tipo de empresa (Acórdãos n. 1402-00.802 e 1402-001.409).

Acerca da simulação, afirma que ainda que a CPFL Energia houvesse incorporado diretamente a Recorrente, ainda existiria o referido ágio. Todavia, em razão de vedações específicas do setor de energia elétrica, tal operação não poderia se concretizar.

b) Ausência de previsão legal do “propósito negocial”. Lado outro, alega a existência deste, pois existia legítimo interesse para que a Recorrente integrasse o grupo da CPFL

Energia. Destarte, esta seria a finalidade da operação, não podendo a empresa deixar de aproveitar o benefício legal relativo ao ágio. Todavia, ela estava impedida – por regras do setor – de incorporar diretamente a Recorrente. Portanto, o ágio seria mera consequência deste objetivo e não o motivo determinante para a realização da operação. Veja:

Repita-se que o real propósito da operação era incorporar o Ativo da Recorrente Santa Cruz, e não apenas permitir um posterior aproveitamento do ágio decorrente desta aquisição, mediante a incorporação reversa. Entretanto, uma vez autorizado pela legislação o aproveitamento desse benefício fiscal, não havia motivo para que este não fosse utilizado.

*Veja-se que a Lei n. 9.074/95, que estabelece as normas para outorga e permissões de serviços públicos e trata da desverticalização do setor elétrico brasileiro, em seu art. 4º parágrafo 5º, IV e V, **expressamente proíbe que as concessionárias do serviço de distribuição de energia elétrica** – tais como a Recorrente Santa Cruz – exerçam, cumulativamente a atividade objeto da concessão, a geração e transmissão de energia elétrica, assim como a **participação direta ou indireta em outras sociedades** ou o desempenho de atividades estranhas ao seu ramo de atuação, dentre outras vedações:*

(...)

*Ocorre que, como dito acima, **a CPFL Energia é uma holding pura, dedicando-se justamente à participação em outras sociedades**, de forma direta ou indireta, que possuam o mesmo ramo de atuação, dentre elas sociedades que se destinam à distribuição, geração e transmissão de energia elétrica.*

Isso significa que, caso a Santa Cruz não incorporasse a sua controladora Nova 4, teria de ser pleiteada a transferência de outorga da concessão do serviço de distribuição de energia elétrica para a Nova 4 junto à ANEEL, e isso seria muito mais custoso do ponto de vista regulatório, do que o simples pedido de transferência de controle societário junto à ANEEL (o que foi feito e aprovado pela referida agência).

Por outro lado, argumenta ter cumprido todos os requisitos legais para o aproveitamento do ágio. Inclusive, aponta que “o fundamento do ágio pago pela Nova 4 na aquisição da Recorrente Santa Cruz foi a expectativa de geração de resultado futuro, com base nas projeções de fluxo de caixa, demonstradas no anexo II do Protocolo de Justificação da Incorporação” (e-fl. 1312).

Argumenta ainda sobre as vantagens econômicas auferidas pela CPFL Energia a partir da incorporação, que superaram o crédito tributário lavrado.

c) Ilegitimidade passiva dos diretores. Alega que a fiscalização teria simplesmente incluído os solidários na autuação, sem comprovar sua conduta dolosa ou ilícita, com fundamento no art. 135, III do CTN. Outrossim, aduz que “uma vez que a CPFL Energia não foi a empresa autuada – e nem poderia ser – sequer faz sentido atribuir-se responsabilidade aos referidos diretores pelas decisões tomadas em nome da CPFL Energia e de sua controladora Nova 4.”

d) Descabimento da multa qualificada. O dolo não teria sido comprovado, ou seja, a aplicação da qualificadora se deu por presunção.

É o relatório.

Voto

Conselheira Talita Pimenta Félix

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade estabelecidos pelo do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, comportando a suspensão da exigibilidade das importâncias autuadas, razão pela qual tomo conhecimento.

Em julgamento realizado pela 7ª Turma da DRJ/SP1, realizado em 10/10/2013, restou decidido que a Recorrente não cumpriu os requisitos essenciais à dedutibilidade do ágio, ou seja, (i) a operação societária foi realizada entre partes relacionadas, já que a Companhia Luz e Força Santa Cruz (SANTA CRUZ) e a Nova 4 Participações (N4P), pertenciam ao controle comum da CPFL, atuando a N4P como empresa-veículo, configurando o chamado *ágio interno*; (ii) que não ocorreu o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio (iii) comprovação do fundamento econômico do pagamento do ágio, como sendo a rentabilidade futura; (iv) que não existiu propósito negocial; (v) foi mantida a multa qualificada, por ocorrência de condutas dissimulatórias e fraudulentas, promovidas com conluio e dolo, e por fim, (vi) foi mantida a responsabilidade solidária dos diretores da companhia, por prática de atos praticados com infração à lei.

Inferre-se dos fatos e direitos alegados que a lide, cujo tema central retrata a *despesa de amortização fiscal de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura*, demanda o posicionamento desta Turma Cameral quanto às questões que seguem.

Das normas que regulamentam a matéria

A problemática envolvendo a amortização fiscal do ágio tem seu ponto de partida na amplitude dada pelo aplicador do direito ao interpretar o disposto nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 c/c o art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/77 e os arts. 385 e 391 do RIR/99. E neste caso, como a materialidade ocorreu em novembro de 2007, não há que se falar em aplicação da Lei n. 12.973/14, de modo distinto entendem os defensores da tese da lei interpretativa.

Adotando as regras-matrizes estabelecidas por ROBERTA BORDINI ao construir as duas normas jurídicas envolvidas nas despesas de amortização do ágio, cujas bases de raciocínio fundam-se na estrutura hipotético-condicional delineadas por PAULO DE BARROS CARVALHO, duas são as regras jurídicas envolvidas nesta operação: *primeira*, a norma jurídica de apuração do ágio, ou seja, as prescrições relacionadas ao seu registro e mensuração; *a segunda*, a norma de amortização do ágio.

Nota-se que as regras devem obedecer respectiva ordem cronológica, deste modo, no início, constitui-se o ágio mediante operação de aquisição de ações com base no valor do patrimônio líquido acrescido de valor com fundamento em expectativa de rentabilidade futura. Em etapa subsequente, ocorre nova operação comercial, em que a pessoa jurídica absorve o patrimônio de outra, e passa a deduzir a despesa com o ágio. O intervalo de tempo em que essas operações ocorre costuma gerar controvérsia entre fisco e contribuinte. Ponto que não será aqui abordado, uma vez que não foi questionado pela fiscalização.

Nesta tônica, a norma jurídica que rege a apuração (***registro e mensuração***) do ágio para fins fiscais prescreve em seu antecedente que, *se* (i) a pessoa jurídica adquirir participação societária em coligada ou controlada, e (ii) a obrigatoriedade da sociedade avaliar o investimento pelo valor do patrimônio líquido, no consequente, *deve ser* (iii) a obrigação do

adquirente desdobrar o custo de aquisição em valor do patrimônio líquido e do ágio, neste último caso, deverá mencionar o (iv) fundamento econômico que o motivou, devendo ser relacionado ao (iv.1) valor de mercado dos bens, (iv.2) rentabilidade futura e (iv.3) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Conforme se depreende do Termo de Verificação Fiscal, a subsunção do fato à norma de registro e mensuração do ágio foi realizada da seguinte maneira:

- Em 02/10/2006 a N4P adquiriu o controle acionário (99,9923%) da SANTA CRUZ, mediante operação de compra e venda de ações realizada com a CBA. A aquisição ocorreu via empréstimo junto ao Banco do Brasil, mediante aval ofertado pela CPFL Energia.
- A N4P desdobrou o custo da aquisição (R\$203.000.000,00) em valor do patrimônio líquido e do ágio fundamentado em expectativa de geração de resultado futuro com base nas projeções de fluxo de caixa da empresa (Anexo II do Instrumento Particular de Protocolo e Justificação de Incorporação). Este, o ágio, no valor de R\$ 111.793.621,55.

Somente após a constituição desta norma individual e concreta de dever instrumental (regra de apuração do ágio), aferível nos registros contábeis da empresa incorporada, poderá a contribuinte cogitar em proceder à amortização do ágio. E para fazê-lo, novamente deverá promover a subsunção do fato à norma (**regra de amortização do ágio**), que é retratada pela descrição no antecedente da circunstância em que, *se* (H) “uma pessoa jurídica absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio fundamentado no valor de rentabilidade da sociedade investida, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros da sociedade investida”; deve ser C – “a amortização do valor do ágio 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”.

A subsunção do fato à norma de amortização do ágio pode ser descrita da seguinte forma, seguindo a estrutura da regra matriz construída por ROBERTA BORDINI:

- Em 17/11/2007, por meio da incorporação às avessas, a N4P foi incorporada pela SANTA CRUZ.
- Momento a partir do qual lhe é permitido deduzir o ágio constituído na N4P.

Importante relembrar que essa construção pauta-se nas normas que regem o tema aplicável a todas as materialidades ocorridas no período compreendido entre os anos de 1998 e 2013, portanto, relativas a fatos anteriores à edição da MP 627, posteriormente convertida na Lei 12.973/2013.

Após breve menção legislativa, faz-se uma síntese fático-jurídica de acordo com as informações colacionadas aos autos e mencionadas pela *fiscalização* e pela 7ª Turma da DRJ/SP1, sendo possível concluir que:

-
- Em 26/11/2002: ocorre a constituição da N4P (empresa veículo), 05 (cinco) anos antes da ocorrência da operação que gerou o ágio. A existência da empresa, neste momento, é reconhecida pelo acórdão da DRJ/SP1.
 - Em 21/09/2006: pouco antes da aquisição da participação societária na SANTA CRUZ, a N4P altera seu “objeto social da sede para holding de instituições não-financeiras”.
 - Em 02/10/2006: a N4P adquire 99,9923% das ações da SANTA CRUZ, mediante transação de compra e venda realizada com a Cia Brasileira de Alumínio (CBA), pelo valor de R\$ 203.000.000,00. O custo de aquisição foi desdobrado em valor do Patrimônio Líquido e ágio, este, fundamentado em expectativa de geração de resultado futuro com base nas projeções de fluxo de caixa.
 - Por não demonstrar capacidade operacional e financeira para obter empréstimo, com fins à aquisição da participação societária, a N4P teve que se valer de aval da CPLF Energia para conseguir recursos junto ao Banco do Brasil, como garantia do pagamento do financiamento. Após tal fato, em maio de 2007, o débito foi assumido pela sua controladora CPFL ENERGIA, que em contrapartida realizou um AFAC (Adiantamento para Futuro Aumento de Capital) na N4P, “visando viabilizar o processo de incorporação” desta pela CPFL ENERGIA.
 - A CPFL ENERGIA exercia controle nas duas empresas envolvidas na transação, de acordo com o quadro societário informado nas DIPJ, bem como, pelo seu envolvimento no empréstimo e por assumir o financiamento em nome da N4P.
 - No ano-calendário de 2006 o valor de seu Patrimônio Líquido era de R\$ (-1.522.608,94). No demonstrativo do Balanço Patrimonial, data-base de 31 de outubro de 2007, cujas contas de Ativo, Passivo e Patrimônio Líquido totalizam R\$ 208.142.623,00, os valores que se destacam são o investimento (R\$ 108.409.547,00), o ágio apurado em aquisição societária (R\$ 111.366.701,35) e o Capital Social no valor de R\$ 205.643.981,00. Este valor corresponde à participação societária da CPFL ENERGIA (R\$ 205.643.980) e de WILSON P FERREIRA JÚNIOR (R\$ 1,00) na composição do Capital Social da N4P. Desta forma, conclui que a N4P somente existiu como empresa pela sua participação societária na SANTA CRUZ.
 - Quanto à atividade da holding N4P, aduz que esta não demonstrou ser empresa operacional. E respondendo a solicitação fiscal que requereu demonstração das despesas operacionais relacionadas à atividade de holding, a Recorrente apresenta provas de pagamentos de despesas relativas à registros na JUCESP no valor de R\$ 4.742,54.
 - O TVF fundamenta as irregularidades na constituição e dedutibilidade do ágio nos arts. 385, 386 e 391 do RIR/99.

- Imputa à contribuinte e aos responsáveis a multa qualificada por sonegação, entendendo que os atos foram artificiais, apenas formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal

Os argumentos trazidos pela Recorrente serão mencionados no curso argumentativo deste voto.

Ágio interno, pagamento e empresa-veículo (holding)

A premissa primeira que clama enfrentamento diz respeito à tomada de posição desta Turma sobre a *sujeição passiva* envolvida na formação do ágio, ou seja, há que se delimitar¹ se o mesmo se originou de operação societária realizada entre partes relacionadas, ou não.

Neste aspecto, vale mencionar que tanto a 7ª Turma da DRJ/SP1, quanto a fiscalização, imprimem grande relevância a este fato, debruçando-se longamente com a finalidade de demonstrar que tais operações ocorreram dentro do mesmo grupo econômico, configurando o denominado ágio interno.

Tal fato pode ser observado mediante a leitura de trecho do acórdão recorrido:

(...) REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA AUTORIZAR A DEDUTIBILIDADE FISCAL DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO.

*De acordo com os termos da legislação de regência, a dedutibilidade da amortização de ágio decorrente da aquisição de investimentos permanentes demandam a plena observância dos seguintes **requisitos essenciais**: (i) a realização das operações originais entre partes não relacionadas; (ii) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; (iii) a comprovação do fundamento econômico do pagamento do ágio, como sendo a rentabilidade futura do investimento. (Sem grifo no original).*

Pois bem, conforme se infere do trecho transcrito acima, a 7ª Turma da DRJ/SP1 aponta a obrigatoriedade de o ágio ter sido constituído por operação realizada entre partes não relacionadas, como sendo um requisito essencial instituído pela legislação de regência. Ocorre que em nenhum momento de seu voto nota-se qualquer menção legal às normas que regulamentam a dedutibilidade fiscal da amortização do ágio. Referida citação somente ocorre no TVF, donde registra os artigos 385, 386 e 391 do RIR/99.

E neste aspecto questiono: a qual lei refere-se a ementa do acórdão recorrido? Dentre as três possíveis hipóteses, estaria a Turma Julgadora a fundamentar tal interpretação na Lei n. 12.973/2014, compreendendo-a como lei meramente interpretativa, e neste sentido retroagindo com fins a ser aplicada ao caso concreto? Claro, já que somente assim poderia fazer retroagir sua vigência à situação fática descrita nestes autos. E se assim o for, os requisitos tidos por essenciais pela 7ª Turma da DRJ/SP1 adequar-se-iam perfeitamente à esta lei. No entanto, há um importantíssimo obstáculo a ser superado: a possibilidade de se compreender tal dispositivo legal como meramente interpretativo.

Ou, seria esse o ágio de natureza contábil, que possui objetiva restrição à dedutibilidade de sua amortização? Porque de ágio fiscal, fundado nos dispositivos prescritos nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 c/c o art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/77 e os arts. 385 e 391 do RIR/99, *não se trata*. Já que não foram esses os dispositivos legais citados e enfrentados pelas partes nestes autos, tanto fiscalização, quanto a 7ª Turma da DRJ/SP1.

A necessária e indispensável percepção quanto à distinção existente entre o *ágio de natureza fiscal e contábil* produz relevantes consequências na aplicação das regras que os regem o tema em debate: o *ágio fiscal*.

Por sua relevância, registro o comentário realizado pelo Conselheiro Alberto Pinto Souza Júnior em voto proferido na sessão de 14/09/2016, ao se manifestar sobre o Caso Alvorada Cartões, em que cita Luiz Alberto Warat (in *Derecho y su Lenguaje*), ao ensinar que: “Sem a rigorosidade da linguagem não há ciência. Fazer ciência é traduzir numa linguagem rigorosa os dados do mundo”. Ou seja, retrata este autor a essência da teoria do *construtivismo-lógico semântico*, capitaneada por Paulo de Barros Carvalho e difundida por Aurora Tomazini de Carvalho.

Ainda, e por último, seria possível entender a expressão nos *termos da legislação* como uma construção fundada no comportamento da fiscalização, posteriormente, respaldado por este Conselho, conforme tem se observado, especialmente após a vigência da Lei n. 12.973/2014? Enfim, o raciocínio jurídico que não parece ser simples construir é dizer que o Decreto-lei n. 1.598/77 c/c com a Lei n. 9.532/97, permitam compreender como requisitos emanados por seus comandos que as operações societárias devam ser realizadas entre partes *não* relacionadas. E, ainda que o fosse, no caso em tela a relação não se deu entre partes relacionadas.

A referência que ora se deseja fazer aponta para a parte do enunciado da ementa que diz que *de acordo com os termos da legislação de regência*, e conclui por dizer que a lei requer *plena observância de requisitos essenciais*. A pergunta que se faz é muito simples: a que lei se refere a DRJ/SP1? E neste caso, parece não haver tal resposta nos autos, seja no TVF, ou no acórdão recorrido.

Pois bem, ante o exposto, deixo assente meu posicionamento quanto à percepção de que o ordenamento jurídico positivo *inexigia (i) que o ágio fosse originado de operação societária realizada entre partes não relacionadas*, bem como, que o *(ii) efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio*, fosse tido como requisito à validação, seja de sua constituição, seja de sua amortização fiscal. O que dirá aduzi-los como requisitos essenciais.

No entanto, ainda que esta Conselheira interprete o sistema jurídico deste modo, também não se nega que a jurisprudência que vem sendo construída por este Conselho Administrativo, especialmente após a conversão da MP 627 na Lei n. 12.973/2014, tem fundamentado suas manifestações em diversos elementos² estranhos às normas que regulamentam o *ágio fiscal*. Para tanto, cito os seguintes argumentos abordados pelos julgadores: espécies de *ágio* (interno, intragrupo, *ágio de si mesmo*, *ágio indireto*), efetivo pagamento/fluxo financeiro, propósito negocial, empresa-veículo, reais investidoras, alteração de controle das sociedades envolvidas, atuação de agentes independentes, ‘despesa’ submetida ao conceito do art. 299 do RIR/99, padrões normais de mercado (princípio do *arm's lenght*) e ‘complemento’ das leis comerciais e fiscais.

Por *fundamentação das manifestações dos conselheiros do CARF* refiro-me tanto às discussões que se convertem em normas individuais e concretas (cujo produto é a decisão proferida pelos colegiados: os *acórdãos*), quanto aos debates travados durante os julgamentos (processo/procedimento com fins à formação do produto), que não

necessariamente são reproduzidos nos votos. E muitas vezes tais discussões apontam os reais motivos que atuam na formação da convicção do ato de julgar.

Retornando. O fato de reconhecer o peso que tais elementos tem adquirido, especialmente nos últimos tempos, para os julgamentos realizados nesta Corte, impõe que sejam enfrentados.

Neste sentido, o ágio interno (aquele oriundo de operação societária realizada entre partes relacionadas) tem sido considerado, cumulado com a ausência de fluxo financeiro, utilização de empresa-veículo e propósito negocial, como fatores determinantes à manutenção das autuações de glosa de ágio.

Pois bem, nestes autos a fiscalização e a 7ª Turma da DRJ/SP1 atribuem à contribuinte a realização de uma operação simulada com fins à formação de um ágio fictício, e para respaldar seu entendimento, parte do pressuposto da ideia de que o ágio se originou de uma operação realizada entre partes relacionadas. Nesta seara, salta aos olhos a importância do aplicador do direito não apenas para dizer ‘o direito’, mas também, e principalmente, para construir os fatos jurídicos relevantes à sua construção. E aqui, ao observar a quantidade de empresas envolvidas neste vínculo societário, seja mediante a representação por holdings e/ou consórcios empresariais, entendo que não há que se falar em controle acionário direto, ou mesmo relevante, da CPFL ENERGIA na N4P e na SANTA CRUZ no ano em que ocorreu a operação de formação do ágio (fls. 795 do TVF).

Quanto à formação de convicção sobre a situação fática, há que se registrar que os organogramas apresentados pela fiscalização e pela 7ª Turma da DRJ/SP1 representam de forma simplificada e muito resumida o grau de complexidade das empresas envolvidas nesta relação.

Seguindo essa trilha (quanto à densidade das empresas envolvidas), ainda que admitindo que a “inferência acerca do vínculo subsistente entre as entidades que compõem os grupos societários não se determina de forma tão intuitiva”, a DRJ conclui tratar-se de ‘ágio interno’.

Divergindo da perspectiva desta perspectiva, entendo que razão possui a Recorrente ao alegar que “o raciocínio elaborado pela DRJ para concluir que as empresas envolvidas na operação são partes relacionadas fundamenta-se em laços muito tênues”. E tal fato pode ser notado quando se observa os organogramas colacionados pela fiscalização e pelo acórdão recorrido, em oposição ao apresentado pela contribuinte. Para os primeiros, as relações entre as partes envolvidas seriam diretas e simples, já, para o segundo, as relações englobam um número expressivo de conglomerados econômicos.

A ideia que se deseja com esta inferência aponta um terceiro termo à ideia do *tudo ou o nada*, em outro giro, cogita-se a possibilidade de ser aduzida a existência de operação societária realizada por partes vinculadas, sem que esta premissa conduza (necessariamente) ao juízo de que todos os envolvidos tenham se unido para praticar determinada conduta.

Neste momento, oportuna é a análise do chamado *controle direto* ou *indireto* exercido pelas controladoras sob suas controladas, ou seja, em relações envolvendo grandes grupos empresariais, nos quais há uma quantidade substancial de empresas envolvidas, é relevante que se determina a real relação de controle, para que se possa falar em ágio interno. Lembro que referido raciocínio somente foi realizado em respeito à diretriz que este Conselho vem perseguindo, porém, esta circunstância não confronta com meu posicionamento de que o

ágio interno era aceito até a edição da Lei n. 12.973/2014. Claro, ressalvas devem ser feitas e ágios fictícios glosados, o que não se entende ser o caso destes autos.

Quanto à intitulada empresa-veículo, no mesmo tom do raciocínio adotado para afastar a exigência de que as operações de ágio sejam realizadas entre partes relacionadas, entendo inexistir qualquer vedação legal que instaurava tal impedimento.

E não se diga, como pretende a fiscalização e a DRJ, que tal empresa não demonstrou ser operacional, uma vez que a natureza das empresas societárias denominadas holdings lhe permite tal comando. Ainda que, mais uma vez, discorde desta exigência que tem sido instituída pela jurisprudência, e não pela lei, tais comentários fazem-se prudentes.

Neste tom, a N4P, distintamente do afirmado pela DRJ, não foi criada para ser utilizada como empresa cuja finalidade era transportar o ágio oriundo da aquisição das ações da SANTA CRUZ, tendo em vista que esta foi criada em 02/10/2006, ou seja, 05 anos antes da operação que gerou o ágio por expectativa de resultado futuro.

Há que se deixar muito claro que em nenhum momento a fiscalização, ou mesmo o acórdão recorrido, fizeram qualquer menção à veracidade do fundamento econômico do ágio ora debatido, bem como, da validade das provas que o embasaram.

Forma de comprovação da aquisição: pagamento como gênero

No que pertine ao pagamento do custo de aquisição, a discussão é saber se ocorreu o *pagamento*, ou não, bem como, em qual abrangência pode ser compreendido o signo linguístico “aquisição”.

Em respeito às regras do direito (e do jogo)⁴, as premissas aqui adotadas como ponto de partida para a formação da construção de raciocínio jurídico, fundamentam-se no direito positivo brasileiro. De tal modo que, se o antecedente da norma jurídica que regulamenta a apuração do ágio (registro e mensuração) prescrever que este somente será formado por pessoa jurídica que adquirir participação societária, sem fazer qualquer restrição à forma que esta ocorrer, não cabe ao interprete e aplicador fazê-lo. Especialmente, se a atuação do interprete atuar de modo a limitar direitos, não respaldados pela legislação. Ressalva-se, claro, os casos em que há comprovação de irregularidades nesta situação, repito, o que entendo inexistir neste caso.

Neste aspecto, a 7ª Turma da DRJ/SP1 pontua, de modo objetivo, que o efetivo pagamento do custo de aquisição do ágio é um requisito necessário para que a lei de regência autorize a dedutibilidade fiscal da amortização do ágio. Conforme assinalado em linhas pretéritas.

Quanto ao pagamento, a Recorrente aduz haver ocorrido alteração de critério jurídico por entender que o acórdão recorrido inovou ao fundamentar parte de seu voto com fulcro neste elemento. Entretanto, entendo que razão não lhe assiste, uma vez que tais dados constavam no TVF, sendo, por este motivo, utilizados como fundamentação do acórdão, ora recorrido.

No caso em estudo, os fatos registram que a N4P efetuou empréstimo bancário junto ao Banco do Brasil, com aval da CPFL ENERGIA, para adquirir 99,99% das ações da SANTA CRUZ que estavam em poder da CBA. Nesta operação de aquisição societária foi gerado o ágio com fundamento em rentabilidade futura, aqui, tida como negociação original. Um ano após, aproximadamente, a CPFL ENERGIA assumiu a responsabilidade pela quitação do empréstimo bancário perante a instituição financeira. Ato contínuo, a CPFL ENERGIA realiza um AFAC na SANTA CRUZ, fato que ocorre após a operação de incorporação reversa.

A partir de tais elementos fáticos, é formulada a acusação fiscal de que a Nova 4 não teria demonstrado ser empresa operacional, sendo a aquisição da participação societária na Cia Luz e Força Santa Cruz, com pagamento de expressivo ágio, o único evento de relevância durante o período que existiu como empresa. Ademais, a própria aquisição somente teria ocorrido mediante empréstimo tomado junto ao Banco do Brasil, com aval da CPFL Energia. Contesta também o exercício da atividade de holding pela Nova 4 Participações, objeto social incluído em 21/09/2006, pouco antes da aquisição das participações societárias. Nas palavras da fiscalização, a holding seria basicamente uma empresa criada para participar de outras empresas como sócia ou acionista, com o objetivo de administrá-las. Assim, para que seja assim considerada, não bastaria a menção da atividade em seu contrato social, sendo necessário o exercício da atividade ali designada.

Consoante tal narração fático-jurídica, que sintetiza a operação de aquisição das ações da SANTA CRUZ pela N4P, por intermédio da CBA, conclui-se que houve pagamento. Deste modo, entendo haver a Recorrente cumprido o requisito exigido pela lei que valida o registro e amortização do ágio fiscal.

Do Propósito Negocial

Quais são os critérios hábeis prescrever qual, ou quais, os propósitos negociais em uma compra e venda entre empresas relacionadas ao setor elétrico nacional? Pois bem, penso ser esse o ponto central ao se discutir o “propósito negocial” nestes autos.

De tão relevante, tal setor é regulamentado por uma agência nacional que foi criada com o fim de “regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal”, art. 2 da Lei n. 9.427 de 1996.

O argumento de que a CPFL ENERGIA poderia ter adquirido diretamente a SANTA CRUZ desrespeita o arcabouço normativo pátrio. Registra-se, as vedações da legislação regulatória do setor elétrico brasileiro não permitia a incorporação da daquela sobre esta.

É válido mencionar, também, que o direito tributário é um direito de superposição, ou seja, a aplicação de suas normas deve respeitar os demais institutos.

Retornando ao passado, à data de ocorrência do acontecimento fático descrito na AGE, squal comportamento a ser adotado seria o mais prudente: (i) entender correta a realização das duas operações societárias, de tal modo que ao fim a incorporadora adquirisse o direito de amortizar o ágio gerado por expectativa de rentabilidade futura, nos exatos moldes das operações (não apenas incentivadas pelo Governo Federal), mas, por ele instituída, ou, (ii)

que realizasse a aquisição direta e sem direito a tal amortização, de modo contrário ao comportamento tido por “comum” à época, o que poderia, inclusive, ocasionar um ato de má gestão administrativa? O olhar para essa situação não pode, muito menos, deve ser o olhar de hoje.

Consoante todo o exposto, tem-se que naquele momento, econômico-político-legislativo, não havia qualquer impedimento à atuação societária estabelecida de modo a gerar o ágio pode ser reconhecida como o “propósito negocial” dessa operação. O que não significa, em nenhuma hipótese, que tais expressões, em termos genéricos, representem, em sua essência o que hoje é exigido pela fiscalização federal como exigibilidade de presença de critérios economicamente imprescindíveis a validar a formação de ágio. O olhar de hoje, para as operações societárias ocorridas após a edição da Lei 12.973/2014, permitem essa construção, o que não se passou em 2006, momento dessa ocorrência que ora se discute.

Ao se falar em propósito negocial, ou mesmo, em sua ausência, me questiono quais critérios foram utilizados para se chegar a tal conclusão. São critérios estabelecidos pela lei? Caso contrário, é possível se reconhecer capacidade/habilidade técnica, seja da fiscalização, ou mesmo, dos conselheiros/julgadores para apreciar a existência ou não de propósito negocial? Ainda, tal tema é observado sob qual perspectiva: da entidade/empresa/mercado econômico ou do Fisco?

A perspectiva de que apenas o usual, necessário e normal é o devido e legal, distorce as regras que regem as operações negociais. A incapacidade dos aplicadores do direito em reconhecer a complexidade e sofisticação do mundo dos negócios, não pode ser compreendida pelos mesmos (seja fiscalização e/ou julgadores administrativos e judiciais) como desnecessária, como exemplo, o fato de uma empresa possuir mais empréstimo do que capital, por esse motivo inclusive, foi criada a lei da subcapitalização, apontamentos estes feito por Roberto Quiroga Mosquera⁴.

As operações societárias possuem um repertório fático denso e, possivelmente, ainda não compreendidos (quicá, incompreensíveis) por muitos de nós, operadores do direito (tributário). Tal incompreensão pode ter o condão de desqualificar operações negociais? Penso que não.

Há um certo egocentrismo *do* direito tributário em crer que o foco de (quase) todas as reorganizações societárias tenham como (único) fim a economia fiscal daí advinda, afinal de contas, elas podem dar-se por uma enormidade de fatores.

Da multa qualificada e da responsabilidade solidária dos diretores da companhia, por pratica de atos praticados com infração à lei.

Em razão de meu posicionamento pelo afastamento da glosa promovida pela autoridade fiscal, deixo de analisar a multa qualificada, bem como, a responsabilização imputada aos diretores da companhia.

Por fim, vale menção ao trabalho realizado por Tathiane dos Santos Piscitelli em sua obra, "Argumentando pelas consequências no direito tributário ", em apertada síntese, esta obra se refere à argumentação jurídica construída do "fim para o início", ou seja, no caso dos autos, tal dado se traduz pelo alcance que obtiveram as operações que originaram ágios

fiscais. De tal modo, a fiscalização promoveu uma série de autuações milionárias, sem respaldo legal. Resta saber se este Conselho, e outras Cortes de Justiça, seguirão validando tal comportamento.

CONCLUSÃO

Em face o exposto, conheço o Recurso Voluntário e voto por dar provimento ao pleito da Recorrente.

É como voto.

Talita Pimenta Félix - Relatora

Processo nº 19515.720386/2012-40
Acórdão n.º **1302-001.978**

S1-C3T2
Fl. 1.386

[1](#) Sobre esta *obrigatoriedade*, mais será dito adiante.

[2](#) Citados elementos foram colhidos de casos julgados entre abril e agosto de 2016, aproximadamente, 42 acórdãos.

Processo nº 19515.720386/2012-40
Acórdão n.º **1302-001.978**

S1-C3T2
Fl. 1.387

[3](#) Vide Gregório Robles.

[4](#) Abradt Congressos. Publicado na rede mundial de computadores em 20/07/2012, em youtube.