



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

Processo n° 19515.721836/2011-31
Recurso n° Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão n° 9101-002.960 – 1ª Turma
Sessão de 4 de julho de 2017
Matéria AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
AES TIETE S/A

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. SITUAÇÃO FÁTICA DIVERSA. INADMISSIBILIDADE.

Não há que se falar em divergência de interpretação da legislação tributária entre os acórdãos recorrido e paradigma quando envolvem situações fáticas distintas.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

ÁGIO TRANSFERIDO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

Deve ser mantida a glosa de dedução das despesas de amortização do ágio prevista no art. 386 do RIR/1999 se a pessoa jurídica que pagou o ágio (investidora original) transferir o ágio para terceira pessoa jurídica, participando esta terceira da incorporação.

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

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

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a uma "empresa-veículo" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o

surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

LANÇAMENTOS REFLEXOS OU DECORRENTES.

Pela íntima relação de causa e efeito, aplica-se o decidido ao lançamento principal ou matriz de IRPJ também ao lançamento reflexo ou decorrente de CSLL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por voto de qualidade, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e José Eduardo Dornelas Souza, que lhe deram provimento. Acordam, ainda, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional, vencidos os conselheiros André Mendes de Moura, Rafael Vidal de Araújo e Marcos Aurélio Pereira Valadão, que conheceram do recurso. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Cristiane Silva Costa. Ultrapassado o prazo regimental, a conselheira não apresentou declaração de voto.

(assinado digitalmente)

Marcos Aurélio Pereira Valadão - Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Relatora

Participaram do presente julgamento os conselheiros Adriana Gomes Rêgo, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Rafael Vidal de Araújo, Gerson Macedo Guerra, José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado em substituição ao conselheiro Luís Flávio Neto) e Marcos Aurélio Pereira Valadão. Ausentes, justificadamente, os conselheiros Carlos Alberto Freitas Barreto e Luís Flávio Neto.

Relatório

FAZENDA NACIONAL e AES TIETE S/A recorrem a este Colegiado, por meio dos Recursos Especiais de e-fls. 3.437 e ss. e 3.704 e ss., respectivamente, contra o acórdão nº 1402-002.183, de 04 de maio de 2016 (e-fls. 3.409 e ss.), que, no mérito e por unanimidade de votos, deu parcial provimento ao recurso de ofício, para restabelecer a exigência com redução da multa de ofício ao percentual de 75%. Transcreve-se a ementa do acórdão recorrido:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

DECADÊNCIA. FORMAÇÃO DE ÁGIO EM PERÍODOS ANTERIORES AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. INOCORRÊNCIA.

Somente pode se falar em contagem do prazo decadencial após a data de ocorrência dos fatos geradores, não importando a data contabilização de fatos passados que possam ter repercussão futura.

O art. 113, § 1º, do CTN aduz que “A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador” e o papel de Fisco de efetuar o lançamento, nos termos do art. 142 do Estatuto Processual, nada mais é do que o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente.

Não é papel do Fisco auditar as demonstrações contábeis dos contribuintes a fim de averiguar sua correição à luz dos princípios e normas que norteiam as ciências contábeis. A preocupação do Fisco deve ser sempre o reflexo tributário de determinados fatos, os quais, em inúmeras ocasiões, advêm dos registros contábeis.

Ressalte-se o § 4º do art. 9º do Decreto nº 70.235, de 1972, prevê que seja efetuado o lançamento “também nas hipóteses em que, constatada infração à legislação tributária, dela não resulte exigência de crédito tributário.”

O prazo decadencial somente tem início após a ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), ou após o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado nas hipóteses do art. 173, I, do CTN.

IRPJ CSLL. INEXISTÊNCIA DE EXTINÇÃO DO INVESTIMENTO. REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA. ÁGIO TRANSFERIDO. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO INDEVIDA.

O direito à contabilização do ágio não pode ser confundido com o direito à sua amortização.

Em regra, o ágio efetivamente pago em operação entre empresas não ligadas e calcadas em laudo que comprove a expectativa de rentabilidade futura deve compor o custo do investimento, sendo dedutível somente no momento da alienação de tal investimento (inteligência do art. 426 do RIR/99).

A exceção trazida pelo caput do art. 386, e seu inciso III, pressupõe uma efetiva reestruturação societária na qual a investidora absorve parcela do patrimônio da investida, ou vice-versa (§6º, II).

MULTA DE OFÍCIO. CONDUTA ACATADA PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA À ÉPOCA DOS FATOS GERADORES. IMPOSSIBILIDADE.

Constatado que o procedimento adotado pelo contribuinte, à época dos fatos geradores, era referendado pelas decisões do CARF, não se pode falar em dolo, e, conseqüentemente, em fraude, sonegação ou conluio (arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64), elementos necessários à qualificação da multa de

ofício, conforme determina o parágrafo 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

TRIBUTOS DECORRENTES. CSLL.

A solução dada ao litígio principal, relativo ao Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas, estende-se, no que couber, ao lançamento da CSLL, quando tiver por fundamento o mesmo suporte fático.

A contribuinte opôs Embargos de Declaração em face do acórdão em questão, os quais foram rejeitados (Despacho de e-fls. 3.694 e ss.).

Ambos os recursos foram admitidos por meio, respectivamente, do Despacho de e-fls. 3.487 ess. e do Despacho de e-fls. 3.946 e ss.

Recurso da Fazenda Nacional:

A Fazenda aponta divergência jurisprudencial em relação ao acórdão a seguir, cuja ementa está assim redigida na parte de interesse:

Acórdão nº 1301-001.220

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Exercício: 2008, 2009, 2010

(...)

MULTA. QUALIFICAÇÃO. PROCEDÊNCIA.

Se os fatos retratados nos autos deixam foram de dúvida a intenção do contribuinte de, por meio de atos societários diversos, desprovidos de substância econômica e propósito negocial, reduzir a base de incidência de tributos, descabe afastar a qualificação da penalidade promovida pela autoridade autuante.

REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. SUBSTÂNCIA ECONÔMICA E PROPÓSITO NEGOCIAL. AUSÊNCIA.

Se os elementos colacionados aos autos indicam que a despesa de ágio apropriada no resultado fiscal derivou de operações que, desprovidas de substância econômica e propósito negocial, objetivaram, tão-somente, a redução das bases de incidência das exações devidas, há de se restabelecê-las, promovendo-se a glosa dos referidos dispêndios.

As alegações de mérito da Fazenda são a seguir resumidas:

a) afirma a Fazenda que o Código Civil de 2002, inovando em relação ao Código de 1916, por influência do direito alemão (§117 do BGB), previu a simulação como vício social do negócio jurídico, passível de nulidade, disciplinado sinteticamente no artigo 167;

b) citando doutrinadores refere que a simulação pressupõe a ciência e concordância das partes para sua ocorrência, o que afasta a ideia de que a simulação é situação meramente acidental, decorrendo seus efeitos de "erro" do contribuinte. E aduz que o conceito

de simulação pressupõe o *dolo* de locupletamento, aproveitando-se da ignorância alheia sobre a avença dissimulada, tratando-se de hipótese de *fraude* nos termos da legislação tributária;

c) traz a lição de Marco Aurélio Greco acerca do disposto no inciso II, do art. 44 da Lei nº 9.430/96 (atual art. 44, inciso I, § 1º), concluindo que no caso, se não havia nenhum propósito negocial na operação, isso evidentemente era de conhecimento do contribuinte, havendo, assim, intenção na conduta e consciência do resultado, dado que o único propósito era economia de tributos;

d) traz a doutrina de Luiz Regis Prado acerca do tipo de injusto de ação dolosa, asseverando que "*para o elemento subjetivo do injusto, há exigência de outros elementos, destacando-se, para o caso, o especial fim de agir, onde o agente busca um resultado compreendido no tipo, mas que não precisa necessariamente alcançar*";

e) cita Fernando Capez, Sacha Calmon Navarro Coelho e Paula de Abreu Machado Derzi Botelho, aduzindo que "*é de se associar a conduta simulatória analisada nos autos com o intuito doloso de fraude*", tendo a Fiscalização demonstrado que o propósito das operações societárias em análise, em última conta, era apenas a evasão da incidência tributária pela dedução de ágio artificialmente criado;

f) diz que as condições de validade aos negócios realizados não foram observadas pelo contribuinte e seu grupo econômico, não havendo "*qualquer filtro de sinceridade com a realidade*";

g) assevera que a sonegação está caracterizada nos autos uma vez que o contribuinte, por meio da reorganização societária, retardou parcialmente o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, sendo "*inegável que o contribuinte utilizou-se de uma série de instrumentos com o intuito de criar uma roupagem legal capaz de dar uma aparência legítima às operações de reorganização societária cujo único fundamento era o aproveitamento do ágio como despesa dedutível*";

h) refere que o fato de as operações terem seguido formalmente os trâmites legais não retira de seu conjunto o intuito de tão somente criar artificialmente uma despesa que seria dedutível, destacando que a obediência aos requisitos formais é imprescindível para as pretensões do autuado, sem o que todo o conjunto de operações societárias seria inválido e, portanto, incapaz de criar a situação desejada;

i) conclui que (1) o autuado praticou atividade ilícita comprovada, detalhadamente descrita no termo de verificação fiscal, observada a partir da realização de diversos atos simulados, tudo visando a criação artificial de ágio, motivo pelo qual foi aplicada e devidamente justificada a multa de 150%; (2) como resultado da conduta dolosa, houve a diminuição do efetivo valor da obrigação tributária, com o conseqüente pagamento a menor do tributo devido, em evidente prejuízo ao erário; (3) a conduta foi sempre resultado de sua vontade, livre e consciente, já que realizada de forma simulada e artificial, mediante a reorganização societária sem nenhum propósito negocial, objetivando impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade;

Ao final pede a Fazenda que o presente recurso seja conhecido e provido no sentido de se reformar o acórdão recorrido, na parte objeto de irresignação, para restabelecer a multa de 150%, por se ter configurado a ação fraudulenta.

A Contribuinte apresentou contrarrazões (e-fls. 3.607 e ss.), aduzindo, em essência, o que segue:

a) no item "b" de sua peça, argumenta pelo não cabimento do recurso da Fazenda em razão da ausência de divergência entre os acórdão recorrido e paradigma;

b) aduz que a Fazenda não indica os pontos divergentes entre os julgados e não faz comparação analítica e específica que pudesse indicar a divergência, bem como que a situação fática do paradigma é muito distinta da tratada no presente processo, assim argumentando:

5. Ali, em síntese, o que se discutiu foi o seguinte: grupo Estre constituiu sociedade *holding* para receber, via aumento de capital, participação societária detida pelo próprio grupo Estre (mesmos sócios) em uma sociedade operacional, avaliada a valor de mercado. Imediatamente após essa reavaliação de ativo detido pelo mesmo grupo, sociedade *holding* é incorporada e a própria empresa operacional do grupo passa a deduzir as despesas de amortização de ágio. Trata-se de um ágio gerado internamente, sem desembolso de caixa e sem razões empresariais verdadeiras. Uma efetiva reavaliação espontânea, em que as figuras inicial e final são idênticas.

6. Isso fica claro não só a partir do relatório do caso (fls. 1.517/1.519) e da ementa da decisão proferida em primeira instância administrativa, como também do seguinte trecho do Voto vencedor:

(...)

7. No presente processo administrativo, por outro lado, discute-se ágio (i) formado em processo de privatização, entre partes absolutamente independentes e não-relacionadas; (ii) baseado em custo de aquisição efetivamente dispendido pelo grupo AES; e (iii) suportado por razões empresariais verdadeiras. A Recorrente, inclusive, sequer atentou para o fato de que o r. acórdão recorrido deixa expressamente consignado que o caso ora em exame **não** trata de ágio formado no mesmo grupo econômico, sem custo de aquisição e razões empresariais verdadeiras, como justamente acontece no paradigma apontado em seu Recurso Especial. Confira-se:

c) assinala ser pacífica a jurisprudência da CSRF quanto à necessidade de indicação clara e precisa das divergências e de identidade fática entre os acórdãos, citando diversos julgados, destacando os casos "Geoplan" e "DASA";

Após discorrer sobre os "*fatos antecedentes, processo de privatização, razões empresariais e a formação do ágio*" e sobre o julgamento da Turma do CARF ora recorrida, a Contribuinte, aduz, no item III de sua peça, resumidamente, o que segue:

a) que a ocorrência de sonegação, fraude ou conluio "*não pode ser simplesmente presumida ou alegada de forma genérica pela D. Fiscalização ou pela União Federal (Fazenda Nacional); deve ser provada por meios hábeis e idôneos, de forma clara e inequívoca, o que tampouco ocorreu nestes autos*". Refere que a jurisprudência do CARF e da

CSRF se encontra consolidada nesse sentido, citando julgados, bem como a Súmula nº 14 do antigo Conselho de Contribuintes e a Súmula nº 25 do CARF;

b) que além de a requalificação da multa de ofício ser contrária aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não foram apresentadas quaisquer provas quanto à suposta ocorrência de simulação, fraude ou conluio;

c) acrescenta que é empresa sujeita ao Acompanhamento Econômico-Tributário Diferenciado e a constantes procedimentos de fiscalização, não sendo razoável supor que teria qualquer possibilidade de iludir as autoridades fiscais mediante fraude ou conluio para ocultar lançamentos contábeis relativos às deduções de ágio discutidas neste caso. Refere também que todas as operações foram realizadas no mercado de ações, em ambiente público, sujeitas à supervisão da CVM e da ANEEL;

d) que ainda que as despesas de amortização do ágio fossem indedutíveis por terem sido originadas a partir de uma "sociedade veículo", a multa qualificada ainda assim seria inaplicável. Cita diversos casos em que o CARF decidiu pela impossibilidade de qualificação da multa em autuações decorrentes de amortização fiscal de ágio, e refere ser necessário considerar, como pontuou o acórdão recorrido, que o presente caso diz respeito a uma mera questão de interpretação da legislação, e não de simulação, de fraude ou de abuso. Acrescenta que, *"quando muito, somente se poderia falar na possível ocorrência de 'erro de proibição', pois, se é que havia qualquer ilicitude nas operações examinadas, não havia ao menos conhecimento por parte da Recorrente acerca dessa suposta ilicitude do negócio no período em que ele foi praticado"*. Cita julgados nesse sentido

e) refere que o art. 76, inciso II, alínea "a" da Lei nº 4.502/64 veda a aplicação de penalidades enquanto houver interpretação jurisprudencial administrativa dando determinada interpretação a uma situação jurídica, mesmo que o interessado não tenha sido parte no caso. E argumenta que o art. 112 do CTN dispõe que a norma tributária deve ser interpretada e aplicada de maneira mais favorável ao contribuinte em casos de dúvida a respeito da capitulação legal do fato e da natureza das circunstâncias materiais do fato. Diz que os precedentes destacados em sua peça vêm justamente confirmar a aplicabilidade desses dois dispositivos para o afastamento da multa qualificada.

Ao final de suas contrarrazões, a Contribuinte assim peticiona que o recurso da Fazenda não seja sequer admitido e, se por ventura admitido, que lhe seja negado provimento.

Recurso da Contribuinte:

A Contribuinte principia apontando divergência jurisprudencial relativa ao "ágio AES Gás" do presente processo. Indica como paradigmas os acórdão a seguir, cujas ementas estão assim redigidas na parte de interesse:

Acórdão nº 1301-002.047 (caso "CTEEP")

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA
JURÍDICA - IRPJ*

Exercício: 2010

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

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

Acórdão nº 1102-000.982 (caso "Electra Vidro")

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO.

Em regra, é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago.

A circunstância de a reorganização societária de que tratam os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ter sido realizada por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei.

Aponta também divergência jurisprudencial relativa ao "ágio AES Participações" do presente processo. Indica como paradigmas os acórdão a seguir, cujas ementas estão assim redigidas na parte de interesse:

Acórdão nº 1201-00.1.507 (caso "Serasa")

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

REQUISITOS PARA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO. EXISTÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

Ausente conduta tida como simulada, fraudulenta ou dolosa, a busca de eficiência fiscal em si não configura hipótese de perda do direito de dedução do ágio, ainda que tenha sido a única razão aparente da operação.

A existência de outras razões de negócio que vão além do benefício fiscal, apenas ratifica a validade e eficácia da operação.

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

A utilização de empresa-veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude.

LAUDO DE AVALIAÇÃO. AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

A legislação fiscal não traz previsão de obrigatoriedade de apresentação de laudo de avaliação anterior à operação que originou o ágio para fins de dedutibilidade.

A apresentação de demonstrativo de rentabilidade futura, ainda que por meio de estudo técnico interno, preenche os requisitos previstos em lei, senão que o laudo elaborado em período posterior pode servir apenas para ratificar o estudo anterior.

INCORPORAÇÃO REVERSA. POSSIBILIDADE LEGAL.

A incorporação reversa para fins de possibilitar a dedução do ágio pela empresa incorporadora é hipótese prevista de forma expressa na legislação tributária.

Acórdão nº 1301-001.950 (caso "Holcim")

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2008, 2009, 2010

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. USO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGITIMIDADE.

Não é ilícita a conduta do investidor estrangeiro que prefere, primeiro, constituir uma subsidiária no Brasil para que essa, depois, adquira os investimentos que a matriz no exterior deseja. O mesmo ocorre se o investidor estrangeiro adquirir diretamente o investimento no Brasil e, a seguir, promover aumento de capital na subsidiária no Brasil, integralizando-o com os investimentos previamente adquiridos. Em qualquer caso, se houve o pagamento de ágio na aquisição dos investimentos, esse ágio estará registrado na subsidiária no Brasil. Não se pode qualificar como ilícito ou fraude a opção por um caminho facultado pela legislação, ainda que a adoção de tal caminho tenha por objetivo a economia tributária. Nas condições aqui descritas, o mero uso de "empresa veículo" é insuficiente para a caracterização de fraude.

As alegações de mérito da Contribuinte, são, em síntese, as seguintes:

a) que a primeira parcela de ágio ("ágio AES GÁS") decorreu de aquisição realizada diretamente pela AES Empreendimentos junto ao Governo do Estado de São Paulo. 29. Após adquirir esse investimento com efetivo pagamento de preço em um leilão público conduzido na BOVESPA, no contexto da privatização da Tietê, a AES Empreendimentos "contribuiu as ações" adquiridas pelo mesmo custo na AES Gás, que, por sua vez, foi legalmente obrigada **(i)** a avaliar o investimento adquirido na Tietê pelo método da equivalência patrimonial; e **(ii)** desdobrar o custo de aquisição - o mesmo incorrido pela AES Empreendimentos - em subcontas de patrimônio líquido da Tietê e ágio. Essa necessidade de alocar o investimento adquirido na Tietê para outra sociedade que não a própria AES Empreendimentos se justificava por questões regulatórias - caso contrário a operação não seria

aprovada pela ANEEL - e também para proteger acionistas minoritários da Tietê, já que assim não se trazia para a Tietê o endividamento incorrido pela AES Empreendimentos para adquirir essa participação. Sem dúvida, são razões empresariais extra tributárias e legítimas, como expressamente reconheceu o CARF no caso "CTEEP";

b) que, como o ágio estava devidamente fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da Tietê - questão essa incontroversa neste caso - com a posterior incorporação da AES Gás pela Tietê (ora Recorrente), esse ágio passou a ser considerado amortizável e dedutível. Todos os requisitos legais para que o grupo AES pudesse se beneficiar da dedutibilidade das contrapartidas de amortização do ágio gerado na aquisição da Tietê, portanto, foram devidamente cumpridos. Apresenta o quadro analítico a seguir:

Requisito	Cumprido no presente caso?
1. Aquisição de investimento com pagamento de ágio	Sim. Em 27.10.1999, a AES Empreendimentos adquiriu 61,62% das ações ordinárias e 13,99% das ações preferenciais da Tietê (38,66% de seu capital) no processo de privatização conduzido pelo Governo do Estado de São Paulo em Bolsa de Valores, tendo pago aproximadamente R\$ 938 milhões nessa operação. A AES Gás, com a contribuição em aumento de capital, passa a adquirir esse investimento nas mesmas condições originalmente incorridas pela AES Empreendimentos.
2. Investimento adquirido deve ser avaliado conforme o Método da Equivalência Patrimonial , nos termos do	Sim. Por ter se tratado de investimento relevante tanto para a AES Empreendimentos quanto subsequentemente para a AES Gás, a participação adquirida na Tietê foi avaliada segundo o Método da Equivalência Patrimonial.

Requisito	Cumprido no presente caso?
artigo 248 da Lei das S.A. e 384 do RIR/99	
3. Ágio deve estar fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida	Sim. Esse, inclusive, é um <u>fato incontroverso</u> no presente caso.
4. Deve haver evento de incorporação, fusão ou cisão entre sociedade adquirente e sociedade adquirida (ou vice-versa)	Sim. Em 30.3.2000 houve a incorporação da AES Gás pela Tietê (<i>docs. nºs 6 e 7 da Impugnação</i>).
5. As partes eram independentes , houve efetivo pagamento de preço e razões empresariais verdadeiras?	Sim. Inclusive, essa aquisição societária e subsequente reorganização foi objeto análise prévia pela ANEEL e expressa concordância com seus termos, como demonstra a Resolução nº 544, de 14.12.2000 (" <u>Resolução ANEEL</u> ") (<i>doc. nº 9 da Impugnação</i>).

c) que a mais recente jurisprudência de outras turmas do CARF vem confirmando expressamente a validade e a legitimidade de valores apurados a título de ágio em operações semelhantes às discutidas no caso em tela. Cita, além dos paradigmas, as seguintes decisões: (i) "Ipiranga" (Ac. 1302-002.003, de 5.10.2016); (ii) "Tilibra" (Ac. 1301-002.155, de 5.10.2016); (iii) "Bradesco Financiamentos" (Ac. 1301-002.111, de 10.8.2016); (iv) "Credit Suisse" (Ac. 1201-001.438, de 7.6.2016); (v) "Metalúrgica Nakayone" (Ac. 1301-002.009, de

4.5.2016); (vi) "Itaucard" (Ac. 1201- 001.364, de 1.3.2016); (vii) "Três Corações" (Ac. 1201-001.267, de 19.1.2016); (viii) "Banco Cacique" (Ac. 1201-001.242, de 10.12.2015); (ix) "Delmar" (Ac. 1302-001.508, de 23.9.2014); (x) "CPQ Brasil" (Ac. 1301- 001.516, de 7.5.2014); (xi) "Usina Moema" (Ac. 130:2-001.184, de 8.10.2013); (xii) "Dufry" (Ac. 1302-001.182, de 8.10.2013); (xiii) "Multiplan" (Ac. 1302-001.150, de 7.8.2013); (xiv) "Energisa Borborema" (Ac. 1402-001.409, de 10.7.2013) e (xv) "Geoplan" (Ac. 1402-001.264, de 4.12.2012);

d) que o simples fato de a participação ter sido posteriormente contribuída pela AES Empreendimentos em aumento de capital da AES GÁS foi eminentemente motivada por aspectos societários e regulatórios, com o propósito de proteger acionistas minoritários da Tietê, e não pode levar à indedutibilidade do ágio correspondente, já que foi legitimamente apurado e essa contribuição também se baseava em questões regulatórias ligadas à ANEEL. E acrescenta que a transferência de dívida assumida pela AES Empreendimentos para a Tietê poderia pôr em risco a capacidade da concessionária em preservar a qualidade e continuidade da utilização de bem público para a geração de energia elétrica, fato esse que certamente resultaria na não autorização, pela ANEEL, da incorporação da AES Empreendimentos pela Tietê, conforme a seguir:

35. Conforme mencionado, a aquisição do controle da Tietê pela AES Empreendimentos foi realizada por meio da obtenção de financiamento (BNDES). Dessa forma, a incorporação da AES Empreendimentos diretamente pela Tietê resultaria na transferência da dívida assumida pelo grupo AES para a própria sociedade objeto do processo de desestatização, fato esse que representaria exercício abusivo do poder de controle em desrespeito aos acionistas minoritários da companhia, vedação prevista na legislação societária e no artigo 15, II, da Instrução CVM 319/99.

36. Ademais, a transferência de dívida assumida pela AES Empreendimentos para a Tietê poderia pôr em risco a capacidade da concessionária em preservar a qualidade e continuidade da utilização de bem público para a geração de energia elétrica, fato esse que certamente resultaria na não autorização, pela ANEEL, da incorporação da AES Empreendimentos pela Tietê. Confirma-se, nesse sentido, trecho da Resolução ANEEL sobre o assunto:

(...)

37. Como expressamente divulgado ao público por meio do Fato Relevante à época dessa operação, "[a] transferência das ações para a AES GÁS, conforme acima descrito, tem o propósito de evitar que as obrigações do grupo de controle sejam, ao final, assumidas pela Cia Tietê como resultado da reestruturação societária. Consequentemente, a incorporação da AES GÁS pela Cia. Tietê não acarretará a transferência de qualquer endividamento para a Cia. Tietê, em obediência ao artigo 15, inciso II, da Instrução CVM nº 319/99".

e) que, como expressamente divulgado ao público por meio do Fato Relevante à época dessa operação, "[a] transferência das ações para a AES GÁS, conforme acima descrito, tem o propósito de evitar que as obrigações do grupo de controle sejam, ao final, assumidas pela Cia Tietê como resultado da reestruturação societária.

Consequentemente, a incorporação da AES GÁS pela Cia. Tietê não acarretará a transferência de qualquer endividamento para a Cia. Tietê, em obediência ao artigo 15, inciso li, da Instrução CVM nº 319/99";

f) que ainda que assim não se entendesse, não se pode deixar de considerar que, por mais que a AES GÁS fosse de fato considerada como uma sociedade veículo, tal fato, por si só, como já reiteradamente decidido pelo CARF, não poderia justificar a indedutibilidade das despesas de amortização desse ágio;

g) que, sob o ponto de vista técnico, as expressões "empresa veículo", "sociedade veículo" ou "empresa de passagem" querem dizer, em última análise, que uma determinada sociedade não tem nenhuma outra função ou substância econômica, senão a de servir como um efêmero canal de transmissão de direitos para o exclusivo fim de gerar benefícios fiscais que de outra maneira seriam indevidos. No caso, teria ficado evidente que a AES GÁS tinha um propósito específico no contexto da reorganização societária realizada pelo grupo AES após a aquisição da Tietê. Acrescenta que a legislação comercial brasileira expressamente admite a existência de uma companhia cujo objeto social seja a mera detenção de outra sociedade, citando o artigo 20, § 3o, da Lei das S.A., o artigo 31 da Lei no 11.727, de 23.6.2008, além de Instruções Normativas da Comissão de Valores Mobiliários ("CVM"). E traz doutrina sobre o tema;

h) relativamente à segunda parcela do ágio ("ágio AES Participações"), em que a AES Participações adquiriu diretamente 4,98% do capital da Tietê junto ao CESPINVEST e, depois de mais de seis anos, acabou sendo cindida parcialmente e incorporada pela Tietê (ora Recorrente), houve igualmente o cumprimento de todos os requisitos legais autorizativos à amortização e dedução do ágio registrado na operação. Apresenta o quadro analítico a seguir:

Requisito	Cumprido no presente caso?
1. Aquisição de investimento com pagamento de ágio	Sim. Em 21.5.2001, a AES Participações adquiriu ações ordinárias representativas de 4,98% do capital social da Tietê junto ao CESPINVEST, tendo pago aproximadamente R\$ 96 milhões nessa operação.
2. Investimento adquirido deve ser avaliado conforme o Método da Equivalência Patrimonial , nos termos do artigo 248 da Lei das S.A. e 384 do RIR/99	Sim. Esse investimento já vinha sendo avaliado por esse método desde a primeira aquisição. E mesmo que assim não o fosse, o que se admite apenas para argumentar, o artigo 8º, alínea "a" da Lei 9.532/97 confere expressamente o mesmo tratamento fiscal para investimentos que não sejam obrigatoriamente avaliados pelo valor de patrimônio líquido.
3. Ágio deve estar fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida	Sim. Mais uma vez, trata-se de <u>fato incontroverso</u> no presente caso.
4. Deve haver evento de incorporação, fusão ou cisão entre sociedade adquirente e sociedade adquirida (ou vice-versa)	Sim. Em 28.9.2007 (mais de seis anos depois da aquisição) houve a cisão parcial ad AES Participações, seguida de sua incorporação pela Tietê (docs. nºs 11 a 15 da Impugnação).
5. As partes eram independentes , houve efetivo pagamento de preço e razões empresariais verdadeiras?	Sim. De forma específica, essa reorganização societária foi necessária em razão de dívidas contraídas junto ao BNDES, possibilitando ao grupo AES fortalecer sua estrutura financeira, como amplamente divulgado pela imprensa à época.

i) que as alegações quanto ao suposto fato de a AES Participações não figurar como "real adquirente" do investimento na Tietê, com a devida vênia, não prosperam. Como apontado pela Recorrente nos Embargos de Declaração de fls., o acórdão recorrido se mostrou omisso ao deixar de considerar o disposto no artigo 481 do Código Civil, que define a compra e venda como o contrato pelo qual *"um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro"*. Embora o Despacho de fls. 3.689/3.693 não tenha tampouco se manifestado sobre esse dispositivo, ele é claro ao definir o "adquirente" como aquele que "paga", pouco importando a origem dos recursos. Não poderia a decisão embargada, portanto, fazer uma analogia para elevar outras sociedades do grupo AES à condição de "adquirentes" para manter uma glosa improcedente, sob pena de violação ao disposto nos artigos 97, 108, § 1 e 110 do CTN;

j) acrescenta que nesse caso como um todo, tanto na primeira parcela do ágio (ágio AES GÁS), quanto na segunda parte (ágio AES Participações), não houve qualquer tipo de prejuízo ao Erário ou benefício indevido. Tratando-se de duas aquisições realizadas entre partes independentes e não-relacionadas, com efetivo pagamento de preço e desembolso de caixa, em um contexto revestido de propósitos negociais independentes de quaisquer efeitos fiscais, resta evidente o direito da Recorrente a esse benefício.

Ao final pede a Contribuinte que o presente recurso seja *"integralmente acolhido e provido o presente Recurso Especial, com a consequente reforma do r. Acórdão 1402-002.183, de 4.5.2016 (conforme complementado pelo Despacho de fls. 3.689/3.693), com o integral cancelamento da autuação da qual se originou este processo administrativo"*.

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões (e-fls. 3.958 e ss.), reproduzindo argumentos já vertidos nas razões ao recurso de ofício antes por ela apresentada (e-fls. 3.370 e ss.).

Principia a Fazenda Nacional fazendo considerações sobre o ágio (ou deságio) na aquisição de participação societária e a sua dedutibilidade (ou tributação) na apuração do lucro real que podem ser sintetizadas conforme a seguir:

a) afirma que, de regra, a dedução da amortização no âmbito do IRPJ e da CSLL somente ocorrerá quando o investimento que lhe deu origem for alienado ou liquidado (arts. 391 e 426 do RIR/99), na apuração de eventual ganho ou perda de capital, quando então o ágio ou deságio é incluído (somado ou diminuído) no preço de aquisição do investimento que está sendo extinto. Assim, em contrapartida à amortização do ágio ou deságio, deverá haver, como regra, a adição ou exclusão no ajuste da base de cálculo. Assim sendo, o valor do ágio ou deságio amortizado e que afetar o resultado do período deverá ser adicionado ou excluído do valor do resultado do período para fins de determinação do lucro real. Esse mesmo valor será controlado na Parte B do LALUR para futura exclusão ou adição, que deverá acontecer no período em que ocorrer a alienação ou baixa do valor do investimento. A exclusão, correspondente ao valor do ágio amortizado, só não será automática se a alienação ou liquidação do investimento ocorrer em situação na qual o valor da eventual perda não pudesse ser considerado dedutível;

b) aduz que tal regra, todavia, não se aplica em certas hipóteses de incorporação, fusão ou cisão societária, quando a dedução da despesa com amortização do ágio na apuração do lucro real será admitida independentemente da alienação ou liquidação do investimento, esclarecendo que esse benefício fiscal é concedido expressamente pelo artigo 386 do RIR/99, o qual repete o conteúdo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997. Acrescenta que, de acordo com o artigo 386 do RIR/99, quando uma pessoa jurídica absorve patrimônio de outra em consequência de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, apurado segundo os artigos 384 e 385 do RIR/99, e o fundamento econômico desse ágio for a previsão dos resultados de exercícios futuros da sociedade adquirida, é possível desde já a dedução da despesa com amortização da correspondente “mais valia” na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL;

d) assevera que o benefício fiscal em questão é conferido por meio de uma “ficção fiscal”, tratando-se de uma presunção que o investimento antes adquirido foi perdido em face da “confusão patrimonial” entre investidora e investida (traz doutrina de Edmar Oliveira Andrade Filho acerca dessa “ficção fiscal”). Afirma aqui que tal dedução, na qualidade de benesse tributária, para ser autorizada, deverá envolver a situação LITERALMENTE prevista no artigo 386 do RIR/99, assim como observar ESTRITAMENTE as condições estipuladas, sob pena de ser considerada indevida, trazendo à baila o art. 111 do CTN;

f) conclui que não basta uma empresa ser adquirida por outra para que eventual ágio pago seja dedutível. A dedutibilidade do ágio deve ser avaliada de acordo com o cumprimento ou não do conteúdo da Lei nº 9.532/1997, devendo-se aferir se o ágio pago foi pautado na rentabilidade futura do investimento adquirido, e se houve a confusão patrimonial entre investidora e investida.

Logo após, apresenta breve histórico das operações societárias levadas a cabo no presente caso e passa a argumentar pelo não cumprimento do requisito legal contido nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, asseverando, em síntese, o que segue:

a) que *tal como fora constado pela Fiscalização, em face das operações societárias realizadas pelo Grupo AES, não houve a confusão patrimonial entre investida e investidora;*

b) que no ágio de R\$ 808 milhões (decorrente da aquisição das ações da COMPANHIA DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA TIETÊ pela AES EMPREENDIMENTOS durante a “privatização do setor elétrico”), a “mais valia” foi efetivamente paga pela AES EMPREENDIMENTOS. Mas, depois dessa aquisição, houve a transferência desse ágio para a AES GÁS, a qual foi incorporada pela AES TIETE S.A., permitindo, assim, a dedutibilidade da amortização desse ágio. Conclui, então, que, em face do fato incontroverso que o ágio de R\$ 808 milhões fora efetivamente pago pela AES EMPREENDIMENTOS, a investidora é essa empresa, e a investida é a AES TIETE S.A., tendo a AES GÁS apenas recebido o ágio por transferência. Diante dessa conclusão, assim questiona e responde:

Diante dessa conclusão, indaga-se: com base nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, qual a operação societária que permite a dedutibilidade dessa “mais valia”? Qual a operação que permite a presunção que o investimento adquirido foi perdido?

A resposta é óbvia, a confusão patrimonial entre a AES EMPREENDIMENTOS (investidora) e a AES TIETE S.A. (investida). No entanto, voltando aos fatos, vê-se que essa união patrimonial nunca ocorreu. A operação que, segundo o contribuinte, autorizou a dedutibilidade do ágio de R\$ 808 milhões foi a incorporação da AES GÁS pela AES TIETE S.A..

c) que no ágio de R\$ 82 milhões (decorrente da aquisição dos 4,98% das ações da COMPANHIA DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA TIETÊ pela AES PARTICIPAÇÕES), a dedutibilidade do ágio é consequência da incorporação da segunda pela primeira. Refere que aparentemente aqui o Grupo AES teria cumprido o conteúdo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 mas que a análise detida das provas feita pela Fiscalização demonstra que o requisito legal não fora cumprido, assim argumentando:

Haja vista a constatação que a AES PARTICIPAÇÕES foi constituída momentos antes da aquisição dos 4,98% das ações da COMPANHIA DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA TIETÊ, e que os recursos utilizados para a aquisição dessa participação acionária foram enviados pela empresa estrangeira AES IHB, que à época também era controlada pela AES EMPREENDIMENTOS, percebe-se que a AES PARTICIPAÇÕES não foi a real adquirente dessas ações, mas sim a AES IHB (em face da relação de controle, em última instância a própria AES EMPREENDIMENTOS).

Portanto, vê-se que, mais uma vez, o Grupo AES não cumpriu o requisito legal para a dedutibilidade do ágio. Como a AES PARTICIPAÇÕES não foi a real adquirente dos 4,98 das ações da AES TIETE S.A., a confusão patrimonial entre essas empresas não autoriza a dedutibilidade da correspondente “mais valia”.

d) conclui que, ante os fatos incontroversos ora levantados e o contexto normativo acima realizado, demonstra-se que o ágio absorvido pela AES TIETE S.A. com a incorporação da AES GÁS e AES PARTICIPAÇÕES não se encaixa no benefício fiscal previsto no artigo 386 do RIR/99, pois, em face dessas incorporações, não houve a confusão patrimonial entre investidora e investida, afirmando que as reais adquirentes das ações da AES TIETE S.A. foram as empresas AES EMPREENDIMENTOS e AES IHB e assinalando que a única possibilidade de o ágio decorrente da aquisição da participação societária da AES TIETE S.A. ser dedutível ocorreria caso essa empresa fosse unida com as reais adquirentes de suas ações (caso a AES TIETE S.A. tivesse incorporado a AES EMPREENDIMENTOS e a AES IHB, ou vice-versa);

e) assevera que o encontro patrimonial proporcionado pela incorporação da AES GÁS e da AES PARTICIPAÇÕES pela AES TIETE S.A. ocorreu apenas entre as ações da AES TIETE S.A. e o “reflexo contábil” do ágio pago sobre essa participação societária, asseverando que a participação societária que a AES GÁS e a AES PARTICIPAÇÕES possuíam em face do ágio (pago originalmente pela AES EMPREENDIMENTOS e pela AES IHB) decorrente da AES TIETE S.A. foi extinta com a incorporação realizada, contudo, lá no patrimônio das empresas que verdadeiramente pagaram por essas ações, esse mesmo ágio permaneceu intocável, travestido na participação societária da AES GÁS e da AES PARTICIPAÇÕES.

Ao final pede a Fazenda que "*seja negado provimento ao recurso especial interposto pelo contribuinte*".

É o relatório.

Voto

Conselheira Adriana Gomes Rêgo, Relatora.

Os recursos da Fazenda Nacional e da Contribuinte são tempestivos, assim como as respectivas contrarrazões. Conheço do recurso da Contribuinte e adiante enfrento a preliminar de inadmissão do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

Antes de apreciar cada um dos recursos, sintetizo as operações que deram azo aos ágios cujas deduções de amortizações aqui se discutem.

Conforme Termo de Constatação de e-fls. 2.886 e ss. (dentro do documento denominado "Auto de Infração" do e-processo), a Recorrente (atualmente denominada AES TIETE S/A, antes denominada COMPANHIA DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA TIETÊ) é pessoa jurídica concessionária de serviço público de geração de energia elétrica, tendo passado pelo processo de privatização do setor elétrico do Estado de São Paulo, ocorrido a partir de 1999. Valho-me da bem apanhada síntese trazida nas razões ao recurso de ofício apresentadas pela Fazenda Nacional (e-fls. 3.370 e ss.) e reproduzidas, conforme antes relatado, nas contrarrazões fazendárias ao Recurso Especial da Contribuinte:

• *27/10/1999 - durante a “privatização do setor elétrico”, a empresa AES TIETE EMPREENDIMENTOS LTDA (AES EMPREENDIMENTOS), do grupo americano AES, adquire o controle acionário da empresa*

COMPANHIA DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA TIETÊ, que passa a se denominar AES TIETE S.A., pelo valor de R\$ 938 milhões. Em face dessa aquisição a AES EMPREENDIMENTOS registra um ágio de R\$ 808 milhões.

• **24/03/2000** - a AES EMPREENDIMENTOS aumenta e integraliza o capital da empresa AES GÁS EMPREENDIMENTOS LTDA (**AES GÁS**) com o controle acionário da empresa AES TIETE S.A.. Em decorrência dessa operação, a **AES GÁS** passa a registrar o ágio de R\$ 808 milhões.

• **30/03/2000** - a AES TIETE S.A. incorpora a AES GÁS, absorve o ágio pago pelas suas próprias ações no valor de R\$ 808 milhões, e **passa a amortizá-lo e deduzi-lo fiscalmente**. Tal operação recebeu a chancela da ANEEL somente em 19/12/2000.

• **ainda durante o ano de 2000** - ainda em decorrência da chamada privatização do setor elétrico”, o Grupo AES adquire, por meio de uma Oferta Pública para Aquisição de Ações (OPA), 4,98% das ações da COMPANHIA DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA TIETÊ do Clube de Investimento I E C C SP CESP C TIETE pelo valor de R\$ 96 milhões. Tal aquisição foi realizada por meio da empresa **AES TIETE PARTICIPAÇÕES LTDA (AES PARTICIPAÇÕES)**, a qual registrou um ágio no valor de R\$ 82 milhões, contudo, os recursos utilizados foram todos enviados pela empresa estrangeira **AES IHB CAYMAN LTD (AES IHB)**.

• **28/09/2007** - o patrimônio da AES PARTICIPAÇÕES é cindido e absorvido pelas empresas COMPANHIA BRASÍLIA DE ENERGIA (empresa que nesse mesmo ano havia incorporado a AES EMPREENDIMENTOS em face da renegociação da dívida das empresas do grupo no Brasil com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES) e AES TIETE S.A.. A **AES TIETE S.A. absorve os 4,98% de sua participação acionária, o correspondente ágio no valor de 82 milhões, e passa a amortizá-lo e deduzi-lo fiscalmente**.

Recurso Especial da Contribuinte

Conforme relatado, a Contribuinte alega em seu Recurso Especial, em apertadíssima síntese, que os ágios discutidos no presente processo (ágio AES GÁS e ágio AES Participações) foram originados de operações realizadas no âmbito do processo de privatização da Tietê e é indiscutível se tratem de operações entre partes não relacionadas, com efetivo pagamento de preço e propósitos negociais extra tributários, sendo incontroversa a fundamentação desses valores na expectativa de rentabilidade futura da COMPANHIA DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA TIETÊ (posteriormente AES TIETE, a ora Recorrente), restando cumpridos todos os requisitos para que ambos os ágios sejam considerados como amortizáveis e dedutíveis para fins fiscais. Aduz, também, que a AES GÁS (primeiro ágio) não pode ser equiparada a uma "sociedade veículo" na medida em que foi constituída justamente para atender às questões regulatórias e societárias relativas aos

minoritários da Tietê, havendo razões extra tributárias verdadeiras. Assevera, ainda, que as alegações de que a AES PARTICIPAÇÕES (segundo ágio) não figurar como real adquirente do investimento não prosperam, trazendo a baila o art. 481 do Código Civil para dizer que "adquirente" é aquele que paga o preço de compra, não sendo feito qualquer tipo de referência à origem dos recursos.

A Fazenda Nacional, por sua vez, alega, resumidamente, que nas incorporações AES GÁS e AES PARTICIPAÇÕES não houve a confusão patrimonial entre investidora e investida, sendo que as reais adquirentes das ações da AES TIETE foram as empresas AES EMPREENDIMENTOS e AES IHB.

Princípio o enfrentamento das razões da Recorrente e da Fazenda Nacional explicitando a posição que defendo acerca da necessidade de confusão patrimonial entre investida e investidora para a dedução da amortização do ágio pago, bem como a caracterização da investidora como aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

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

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

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

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

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

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

De anotar, aliás, a concepção de que a hipótese de aproveitamento do ágio via amortização em caso de incorporação, fusão ou cisão, é excepcional em face da regra geral de utilização do ágio somente se e quando o investimento for alienado.

Os antes referidos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, foram integralmente incorporados ao RIR/1999 por meio de seu art. 386. Esse dispositivo do RIR/1999 guarda forte relação com o artigo que lhe antecede, o qual, reproduzindo as disposições do art. 20 do já citado Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, estabelece as regras de contabilização do ágio. Transcrevem-se, pois, os arts. 385 e 386 do RIR/1999 (sublinhou-se):

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

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

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.

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

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

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

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

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

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

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do §2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do §2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do §2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

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

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

§2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §2º):

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

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

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

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

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

§4º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos

de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §4º).

§5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §5º).

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

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

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

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

Das disposições dos artigos transcritos tem-se que se dirigem à pessoa jurídica investidora que adquiriu participação societária com ágio ou deságio em pessoa jurídica que se torna sua investida e venha a absorver seu patrimônio (da investida) em virtude de incorporação, fusão ou cisão (hipótese do *caput* do art. 386). Ou, de forma reversa (ou "às avessas"), da investida que venha absorver o patrimônio da investidora que adquiriu participação societária nela com ágio ou deságio (hipótese do § 6º, inciso II do mesmo art. 386).

Tanto numa situação como na outra, o aspecto pessoal da norma se define na pessoa jurídica que fez a aquisição da participação societária com ágio (ou deságio). Assim, no momento em que o investimento é transferido a uma terceira empresa, não pode mais se materializar a hipótese da norma, uma vez que descaracterizado o seu aspecto pessoal.

Em processo que também envolvia ágio pago em aquisição ocorrida no bojo de processo de privatização no setor elétrico (processo nº 10480.723383/2010-76, em que a autuada era a Companhia Energética de Pernambuco - CELPE), esta 1ª Turma da CSRF subscreveu o entendimento do Conselheiro Rafael Vidal do Araújo, que, com muita clareza, explicitou a impossibilidade de se deduzir amortizações de ágio transferido. Vale transcrever excertos da ementa e do voto (acórdão nº 9101-002.187, de 20 de janeiro de 2016, grifos originais):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a

esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.

Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida.

Voto:

A norma em debate tem repercussão direta na base de cálculo do tributo, o que permite a sua análise sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina (Geraldo Ataliba, Hipótese de Incidência Tributária).

Esclarece o doutrinador que a hipótese de incidência se apresenta sob variados aspectos, cuja reunião lhe dá entidade.

*Ao se apreciar o aspecto **pessoal**, merecem relevo as palavras da doutrina, ao determinar que se trata da qualidade que determina os sujeitos da obrigação tributária.*

*E a norma em debate se dirige à **investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição, sendo ela, e apenas ela a destinatária da prerrogativa de amortização do sobrepreço. A partir do momento em que o ágio é transferido ou repassado para outras pessoas (de A para B, de B para C, de C para D e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora, a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato imponible (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto **pessoal**.***

(...)

*Analisando as situações possíveis, sob a ótica dos dois tipos de incorporações, a partir do momento em que o ágio é transferido ou repassado para outras pessoas (de A para B, de B para C, de C para D e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora **original** (para, ao fim, incorporar a investida ou ser incorporada pela investida), a subsunção ao **caput do art. 386 do RIR/99 ou ao §6º do mesmo artigo** torna-se impossível, vez que o fato imponible (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto pessoal (seja no caso de a investidora que tiver incorporado a investida seja outra investidora que não a original, seja no caso de a investida estar incorporando uma investidora que não a original).*

Outro requisito indispensável que exsurge das disposições dos artigos antes transcritos é a confusão patrimonial entre investidora e investida. A lógica que permeia esta condição reside no fato de que é a extinção do investimento que enseja o aproveitamento do

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

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

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

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

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.

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

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

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

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

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

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

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

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO

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

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

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente. Compartilhando do mesmo patrimônio a controladora e a controlada ou coligada, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio). Enfim, toma-se o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável.

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

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

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

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que

efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

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

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

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

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

ÁGIO. INVESTIDA. REAIS INVESTIDORAS. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. INDEDUTIBILIDADE. IRPJ. CSLL.

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

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

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

Destaque-se que a regra se aplica tanto à incorporação da investida pela investidora quanto, no sentido inverso, à hipótese em que a investidora é que é incorporada por sua investida. Em ambos os casos, a lei exige que a investidora envolvida na incorporação seja a "original" ou stricto sensu (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada à pessoa

jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco).

(...)

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

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

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

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

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

Para fins de acesso à dedutibilidade estabelecida pelo art. 386 do RIR/1999, a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento deve incorporar tal investimento (incorporação da investida pela investidora) ou ser incorporada pela empresa onde investiu (incorporação "às avessas").

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

O Conselheiro André Mendes Moura, por sua vez, no acórdão nº 9101-002.304, mostra que, independentemente da "genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada", o investidor originário é, de fato, aquele

de quem partem a decisão e os recursos para a aquisição do investimento com sobrepreço. Veja-se:

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

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

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

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

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

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

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

Feitas as digressões anteriores, verifica-se, no presente caso, que:

(1) no ágio AES GÁS (primeiro ágio, de R\$ 808 milhões) o ágio pago pela investidora AES EMPREENDIMENTOS na aquisição de participação societária na (investida)

AES TIETE foi transferido para a AES GÁS, não mais se verificando o aspecto pessoal da regra de dedutibilidade da amortização de ágio. De outra banda, uma vez transferido o ágio a terceira empresa (AES GÁS), não mais pode haver a indispensável confusão patrimonial entre a investidora original (AES EMPREENDIMENTOS) e a investida (AES TIETE);

(2) no ágio AES PARTICIPAÇÕES (segundo ágio, de R\$ 82 milhões) a confusão patrimonial é apenas aparente, na medida em que, embora a investidora (AES PARTICIPAÇÕES) tenha sido incorporada pela investida (AES TIETE), os recursos utilizados na aquisição desse investimento foram remetidos pela empresa estrangeira AES IHB, a qual era, da mesma forma que a AES PARTICIPAÇÕES, controlada pela AES EMPREENDIMENTOS (holding do Grupo AES no Brasil).

No primeiro ágio não há qualquer dúvida no sentido de se estar diante de caso de ágio transferido, o qual, como se viu, não dá direito à dedução da amortização.

Com feito, a AES EMPREENDIMENTOS adquiriu o controle acionário da COMPANHIA DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA TIETÊ (que passa a se denominar AES TIETE) durante o processo de privatização do setor elétrico, pagando ágio de R\$ 808 milhões. Meses depois, esse ágio foi transferido para a AES GÁS no momento em que a AES EMPREENDIMENTOS fez integralização em aumento capital na AES GÁS utilizando o investimento que detinha na AES TIETE. Dias depois a investida AES TIETE incorporou a investidora AES GÁS (incorporação "reversa" ou "as avessas") e passou a amortizar o ágio e a deduzir a despesa correspondente nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Confira-se o Termo de Constatação:

Da descrição da operação societária acima verifica-se claramente que, no início da operação, a empresa AES Tiete Empreendimentos Ltda era detentora de 38,69% do capital total do contribuinte e, ao final da operação, em razão do cancelamento das ações incorporadas e da emissão de novas ações pelo contribuinte em nome da AES Tiete Empreendimentos Ltda, esta empresa permaneceu como proprietária dos mesmos 38,69% do capital total do contribuinte.

Portanto, a única alteração real decorrente da complexa operação societária executada foi a transferência, do ágio na aquisição de ações, da empresa AES Tiete Empreendimentos Ltda para o contribuinte (AES Tiete SA), e a permissão legal, anteriormente proibida, de amortizar esse ágio, gerando um benefício fiscal ao contribuinte ao longo do tempo.

Com isso, conclui-se que a empresa AES Gas Empreendimentos Ltda, não tendo executado nenhuma operação relevante durante toda sua existência, foi claramente utilizada como "empresa veículo" para possibilitar a transferência do ágio conforme descrito no parágrafo anterior.

A condição da AES Gas Empreendimentos Ltda de "empresa veículo" é deixada clara nas próprias Notas Explicativas às Demonstrações Contábeis do contribuinte, conforme já transcrito, que abaixo se relembra para que não restem dúvidas:

Aporte de capital da AES Tietê [AES Tiete Empreendimentos Ltda] em uma ~~empresa~~ veículo, a AES Gás [AES Gas Empreendimentos Ltda], com a conferência de ativos no

montante de R\$ 956.256, representados pelo valor do investimento original acrescido do resultado da equivalência patrimonial (R\$ 147.953) e do ágio pago (R\$ 808.303) na aquisição dessa participação societária na Tietê [AES Tiete SA] quando da sua privatização.

Observe-se que a Fiscalização atribui a condição de "empresa veículo" à AES GÁS por ter concluído que ela teve a função única de transferir o ágio para que pudesse ser amortizado e deduzido. A decisão ora recorrida assinala, aliás, a efemeridade das operações,

registrando que "*a operação de transferência do ágio para AES GÁS, e sua incorporação por AES TIETE, durou exatos seis dias (entre 24/03/2000 e 30/03/2000)*".

A Recorrente alega que a participação AES EMPREENDIMENTOS na AES TIETE ter sido contribuída (utilizada) em aumento de capital da AES GÁS "*foi eminentemente motivada por aspectos societários e regulatórios, com o propósito de proteger acionistas minoritários da Tietê*" e que isto "*não pode levar à indedutibilidade do ágio correspondente, já que foi legitimamente apurado e essa contribuição também se baseava em questões regulatórias ligadas à ANEEL*".

Ocorre que, por mais relevantes que sejam as razões regulatórias e societárias a justificarem a utilização dessa terceira empresa, não se pode ignorar o fato de que quando o investimento foi transferido da AES EMPREENDIMENTOS para a AES GÁS, o investimento original foi extinto, não podendo ser "carregado" por terceira empresa que, assim, justifica a qualificação doutrinária de "empresa veículo". Ou seja: ainda que justificável a interposição de terceira empresa por razões extratributárias, os efeitos tributários de dedutibilidade da amortização do ágio não se verificam.

No que se refere ao segundo ágio, a Recorrente não contesta o fato de que a decisão e os recursos para que a AES PARTICIPAÇÕES adquirisse 4,98% do capital social da AES TIETE junto ao do clube de investimento I E C C SP CESP C TIETE tenham sido provenientes de empresa no exterior (AES IHB), controlada pela mesma controladora da AES PARTICIPAÇÕES (AES EMPREENDIMENTOS, *holding* do Grupo AES no Brasil), conforme consignado no Termo de Constatação:

Contudo, apesar do uso dessa empresa na aquisição da participação societária, cabe destacar que o contrato de opção de compra foi assinado por Andréa Cristina Rushmann, que, na época era sócia-administradora da TIETE Participacoes Ltda (posteriormente convertida em AES Tiete Participacoes SA) e também atuava como diretora do contribuinte (AES Tiete SA).

Os recursos utilizados para a compra dessa parcela de ações se originaram de empréstimos do exterior, totalizando R\$ 124.767.051,95, oriundos de outra empresa do Grupo AES, AES IHB Cayman Ltd, sediada também nas Ilhas Cayman. Esses recursos estão registrados em DIPJ da empresa Tiete Participacoes Ltda (AES Tiete Participacoes SA) desde 2000, como "Créditos de Pessoas Ligadas".

A empresa estrangeira fornecedora dos recursos financeiros (mutuante), AES IHB Cayman Ltd, era, na realidade, controlada pela AES Tiete Empreendimentos Ltda (controladora do contribuinte e holding do Grupo AES no Brasil na época), conforme demonstra quadro societário do Grupo AES em 2006. A partir da DIPJ do ano-calendário 2002 da AES Tiete Empreendimentos Ltda já consta a informação de que a empresa estrangeira AES IHB é sua subsidiária nas Ilhas Cayman, sendo a AES Tiete Empreendimentos Ltda detentora de 100% do capital da AES IHB. Antes disso, a informação de controladas no exterior não era obrigatória na DIPJ.

Assim, não há reparos à Turma recorrida quando assevera que "AES PARTICIPAÇÕES não foi a real adquirente dessas ações, mas sim AES IHB (em face da relação de controle, em última instância, a própria AES EMPREENDIMENTOS, à época, já controladora de AES TIETE)" e conclui restar comprovado que o Grupo AES não cumpriu o requisito legal para a dedutibilidade do ágio uma vez que "*AES PARTICIPAÇÕES não foi a real adquirente dos 4,98% das ações da AES TIETE S.A., e, como consequência, a confusão patrimonial entre essas empresas não autoriza a dedutibilidade da correspondente 'mais valia'*".

Também aqui se constata a efemeridade das operações, vez que, como destacou a decisão recorrida, "*AES PARTICIPAÇÕES foi constituída momentos antes da aquisição dos 4,98% das ações da COMPANHIA DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA TIETÉ*".

Em atenção à argumentação da Recorrente em torno do art. 481 do Código Civil, não se vislumbra como o dispositivo em questão que estabelece que "*pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro*" pode invalidar a conclusão antes vertida pela indedutibilidade da amortização do segundo ágio por falta de confusão patrimonial efetiva.

Embora no caso o adquirente formal do investimento na AES TIETE tenha sido a AES PARTICIPAÇÕES, a decisão e os recursos, como se viu, não partiram dela, o que coloca a confusão patrimonial, requisito indispensável pelas razões antes expostas à dedução das amortizações do ágio, como apenas aparente e não efetiva.

É de se negar, portanto, provimento ao recurso da Contribuinte, mantendo-se a exigência fiscal decorrente da glosa das deduções de despesas com a amortização de ambos os ágios aqui discutidos.

Recurso Especial da Fazenda Nacional

Embora tempestivo, o recurso da Fazenda Nacional não deve ser conhecido eis que, como alega a Contribuinte em suas contrarrazões, não há a necessária similitude fática entre as situações enfrentadas no acórdão recorrido e no paradigma.

A discussão trazida no recurso fazendário cinge-se à questão da qualificação da multa de ofício. Como se viu, a Turma do CARF recorrida, embora tenha restabelecido a exigência fiscal que fora cancelada pela DRJ, reduziu a multa de ofício ao percentual de 75%.

Compulsando-se o acórdão recorrido, vê-se que não foi mantida a qualificação da multa de ofício por considerar a Turma *a quo* "*não restar caracterizado o dolo a justificar a exasperação da penalidade*". Confiram-se os excertos do julgado (sublinhou-se):

Analizando o caso, entendo não restar caracterizado o dolo a justificar a exasperação da penalidade.

(...)

Saliento que não se trata da hipótese de ágio inexistente, como nos casos de "ágio interno", mas sim de ágio efetivamente pago e de uma interpretação da legislação, ainda que equivocada, aceita, inclusive, por boa parte da doutrina.

Nesse cenário, considero não restar caracterizada a ocorrência de fraude, sonegação ou conluio (arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64), elementos necessários à qualificação da multa de ofício, conforme determina o parágrafo 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Já no acórdão paradigma, a qualificação foi mantida por não "*restar dúvida de que a fiscalizada agiu, intencionalmente (dolosamente), no sentido de impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, das suas condições pessoais, afetando,*

assim, as obrigações tributárias principais". Transcrevem-se trechos do paradigma (sublinhou-se):

Com efeito, um processo de reestruturação societária, submetido a uma única vontade, eis que realizado entre empresas pertencentes ao mesmo Grupo econômico, realizado em um espaço curto de tempo, no qual não houve desembolso e totalmente desprovido de substância econômica, não encontra guarida nas disposições dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, de modo a tornar o ágio, nascido de si próprio, dedutível.

(...)

A meu ver, outra não poderia ser a conclusão a que chegou a Fiscalização, pois, no caso vertente, em que a despesa apropriada decorreu de mais valia do patrimônio daquela que almejou beneficiar-se de sua dedutibilidade, não há que se falar em ágio decorrente de aquisição investimento.

Relativamente à qualificação da multa, diversamente do esposado na decisão de primeiro grau, penso que ela deve ser mantida.

A autuação, no presente caso, fundou-se na constatação e comprovação de que a reestruturação elaborada pela fiscalizada visou, apenas, alcançar um benefício fiscal previsto em lei. Para tanto, em curtíssimo espaço de tempo, não obstante declinar formalmente razões de ordem societária ou econômica, constituiu uma HOLDING; transformou-se em subsidiária integral da HOLDING criada, vez que esta incorporou suas ações pelo valor de mercado; e, passo seguinte, fez desaparecer a HOLDING criada para, por meio de uma incorporação reversa, deduzir um suposto "ágio", derivado de uma alegada rentabilidade futura dos seus ativos.

Diante dos fatos retratados, não me parece restar dúvida de que a fiscalizada agiu, intencionalmente (dolosamente), no sentido de impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, das suas condições pessoais, afetando, assim, as obrigações tributárias principais.

Ou seja, a decisão de um colegiado foi em sentido oposto a do outro, em razão da identificação (ou não) de dolo relativo às práticas que ensejam a qualificação da multa no agir de cada um dos autuados. Em situação como essa, para que se reconheça divergência jurisprudencial a reclamar solução pela Câmara Superior de Recursos Fiscais é necessário que as situações fáticas enfrentadas sejam muito semelhantes. Caso contrário, o dissenso na decisão terá como origem não a legislação aplicável mas sim as situações fáticas envolvidas, cada qual a motivar uma conclusão distinta.

No caso presente, as situações fáticas de cada um dos julgados apresentam diferenças que são fundamentais na avaliação da ocorrência de dolo relativo às práticas que ensejam a qualificação da multa (fraude, sonegação ou conluio).

Deveras, no caso presente, como se viu na apreciação do Recurso Especial da Contribuinte, está-se diante de ágio efetivamente pago em aquisição envolvendo partes independentes, ao passo que no paradigma não houve desembolso para pagamento do ágio e as operações envolviam empresas de um mesmo grupo econômico (ágio sem dispêndio e interno), como revelam os trechos antes transcritos. Veja-se, inclusive, que no acórdão ora recorrido o Relator, ao fundamentar a decisão pela não qualificação da multa, ressalta não se estar diante de caso de ágio sem dispêndio (inexistente) e interno.

Acolho, portanto, a preliminar de não conhecimento do recurso fazendário.

Conclusão

Em face do exposto, conheço do recurso da Contribuinte e, no mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO**, e **NÃO CONHEÇO** do recurso da Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo