



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

Processo nº 10469.721945/2010-03
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1101-000.841 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 06 de dezembro de 2012
Matéria CSLL - Amortização de ágio
Recorrente COMPANHIA ENERGÉTICA DO RIO GRANDE DO NORTE - COSERN
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

PROCESSOS DISTINTOS. ÓRGÃOS JULGADORES COMPETENTES. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA. DECISÕES ADMINISTRATIVAS DIVERGENTES. POSSIBILIDADE.

Não se vinculam as decisões administrativas proferidas por órgãos julgadores distintos, exaradas no exercício de suas respectivas competências

ÁGIO. REQUISITOS DO ÁGIO.

O art. 385 do RIR/1999, estabelece a definição de ágio e os requisitos do ágio, para fins fiscais. O ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Os requisitos são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do valor de aquisição. Fundamento econômico do ágio é a razão de ser da mais valia sobre o valor patrimonial. A legislação fiscal prevê as formas como este fundamento econômico pode ser expresso (valor de mercado, rentabilidade futura, e outras razões) e registrado.

ÁGIO INTERNO.

A circunstância da operação ser praticada por empresas do mesmo grupo econômico não descaracteriza o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação fiscal. A distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de *ágio interno*) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo, não é relevante para fins fiscais.

ÁGIO INTERNO. INCORPORAÇÃO REVERSA. AMORTIZAÇÃO.

A amortização do ágio está prevista no art. 386 do RIR/1999. Para fins fiscais, o ágio decorrente de operações com empresas do mesmo grupo (dito *ágio interno*), não difere em nada do ágio que surge em operações entre empresas sem vínculo. Ocorrendo a incorporação reversa, o ágio poderá ser amortizado nos termos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA E COMERCIAL.

As regras contábeis aceitas pelo direito tributário são apenas aquelas previstas na legislação comercial referendada pelas regras tributárias e desde que não conflitem com regra fiscal específica.

LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA E COMERCIAL. CONTABILIDADE. ÁGIO.

Os institutos, conceitos e formas contábeis aceitos pelo direito tributário são apenas aqueles definidos na legislação comercial referendada pelas regras tributárias e desde que não conflitem com definição específica posta em regra fiscal. Caso a legislação tributária defina de modo diferente um instituto, conceito, ou forma, vale a definição fiscal para fins tributários. Regra tributária específica define o que é ágio, como deve ser calculado, seus pressupostos (aquisição da participação e fundamento econômico), e como sua amortização pode ser considerada para fins fiscais. Por isso, nesses aspectos, os institutos, conceitos e formas contábeis e as regras de direito comercial são irrelevantes.

ÁGIO. ART. 109 CTN.

A legislação tributária define o que é ágio para fins fiscais e determina os efeitos.

TRANSFERÊNCIA DE AÇÕES. ÁGIO. NASCIMENTO. EXTINÇÃO.

O ágio nasce com uma aquisição e se transfere por uma incorporação reversa, cisão ou fusão. A transferência das ações não implica em transferência de ágio, mas em extinção do ágio que havia na alienante e surgimento de novo ágio na adquirente. A disciplina legal a que se submete o novo ágio é decorrente de suas características, e não das características do ágio que existia na alienante.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. ELISÃO. EVASÃO.

Em direito tributário não existe o menor problema em a pessoa agir para reduzir sua carga tributária, desde que atue por meios lícitos (elisão). A grande infração em tributação é agir intencionalmente para esconder do credor os fatos tributáveis (sonegação).

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. NEGÓCIOS JURÍDICOS. ATOS JURÍDICOS. LICITUDE.

O fato dos atos praticados visarem economia tributária não os torna ilícitos ou inválidos. O fato dos negócios praticados visarem economia tributária não os torna ilícitos ou inválidos.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. MOTIVO DO NEGÓCIO. CAUSA DO NEGÓCIO. LICITUDE.

Motivo do negócio é a razão subjetiva pela qual o contribuinte faz o negócio jurídico. Causa do negócio ou sua função econômica é o efeito que o negócio produz nas esferas jurídicas dos partícipes. O motivo ilícito implica em



nulidade, quando declarada por um Juiz. Se a motivação do negócio é economia tributária, não se pode falar em motivo ilícito.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. MOTIVO DO NEGÓCIO. CONTEÚDO ECONÔMICO. PROPÓSITO NEGOCIAL. LICITUDE.

Não existe regra federal ou nacional que considere negócio jurídico inexistente ou sem efeito se o motivo de sua prática foi apenas economia tributária. Não tem amparo no sistema jurídico a tese de que negócios motivados por economia fiscal não teriam “conteúdo econômico” ou “propósito negocial” e poderiam ser desconsiderados pela fiscalização. O lançamento deve ser feito nos termos da lei.

SIMULAÇÃO. ABUSO DE DIREITO. FRAUDE A LEI.

A fiscalização não precisa (e nem pode) recorrer às figuras de direito civil, utilizadas por juizes imparciais para soluções de litígios entre as pessoas. O Fisco não precisa (e nem pode) recorrer às figuras da simulação, abuso de direito, fraude a lei ou demais previstas no Código Civil, que são utilizadas pela Justiça para resolver litígios. A fiscalização tem poderes específicos e disciplinados na legislação tributária.

PODERES DO FISCO. LANÇAMENTO.

A fiscalização pode apontar os fatos que entende ocorridos, pode afastar os que entende não ocorridos ou falseados, pode aplicar o direito que entende aplicável aos fatos verificados, e pode cobrar o tributo conforme sua convicção, sem ter de recorrer a qualquer figura do Código Civil. A única exigência da lei é que o Fisco comprove os fatos que confirmam o direito que aplica.

LANÇAMENTO.

O lançamento é atividade vinculada à lei.

SEGURANÇA JURÍDICA. TRIBUTAÇÃO.

A segurança jurídica, ao lado da justiça, é um dos pilares do sistema jurídico. A previsibilidade da tributação é um dos seus aspectos fundamentais.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

AUDITORIA FISCAL. PERÍODO DE APURAÇÃO ATINGIDO PELA DECADÊNCIA PARA CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. VERIFICAÇÃO DE FATOS, OPERAÇÕES, REGISTROS E ELEMENTOS PATRIMONIAIS COM REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA FUTURA. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÕES.

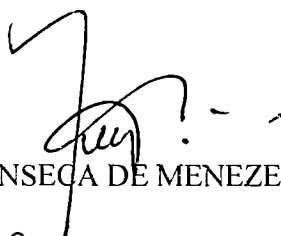
O fisco pode verificar fatos, operações e documentos, passíveis de registros contábeis e fiscais, devidamente escriturados ou não, em períodos de apuração atingidos pela decadência, em face de comprovada repercussão no futuro, qual seja: na apuração de lucro líquido ou real de períodos não atingidos pela decadência. Essa possibilidade delimita-se pelos seus próprios fins, pois, os ajustes decorrentes desse procedimento não podem implicar em alterações nos resultados tributáveis daqueles períodos decaídos, mas sim nos posteriores. Em relação a situações jurídicas, definitivamente constituídas, o



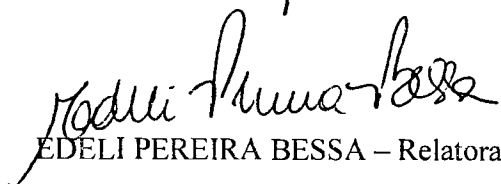
Código Tributário Nacional estabelece que a contagem do prazo decadencial para constituição das obrigações tributárias, porventura delas inerentes, somente se inicia após 5 anos, contados do período seguinte ao que o lançamento do correspondente crédito tributário poderia ter sido efetuado (art. 173 do CTN).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: 1) relativamente à conexão, por maioria de votos, em REJEITAR a preliminar suscitada pela Relatora Conselheira Edeli Pereira Bessa, que restou vencida, votando o Conselheiro Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro pelas conclusões da divergência e designando-se o Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior para redigir o voto vencedor; 2) por maioria de votos, em REJEITAR a preliminar de preclusão, divergindo o Conselheiro José Ricardo da Silva; e, 3) por maioria de votos, em DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, vencida a Relatora Conselheira Edeli Pereira Bessa, votando pelas conclusões da divergência a Conselheira Nara Cristina Takeda Taga e designando-se para redigir o voto vencedor o Conselheiro Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro.



VALMAR FONSECA DE MENEZES - Presidente.



EDELI PEREIRA BESSA – Relatora



BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR - Redator designado.



CARLOS EDUARDO DE ALMEIDA GUERREIRO - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Valmar Fonseca de Menezes (presidente da turma), José Ricardo da Silva (vice-presidente), Edeli Pereira Bessa, Benedicto Celso Benício Júnior, Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro e Nara Cristina Takeda Taga.



Relatório

COMPANHIA ENERGÉTICA DO RIO GRANDE DO NORTE - COSERN, já qualificada nos autos, recorre de decisão proferida pela 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Recife/PE que, por unanimidade de votos, julgou IMPROCEDENTE a impugnação interposta contra lançamento formalizado em 17/11/2010, exigindo crédito tributário no valor total de R\$ 25.054.963,07.

A presente exigência decorre da acusação de *falta de adição de despesas indedutíveis*, correspondentes a amortização de ágio deduzidas na apuração do lucro líquido dos anos-calendário 2005 a 2008, base de cálculo da CSLL. A reconstituição das bases tributáveis ensejou, também, insuficiência de base de cálculo negativa para compensação no ano-calendário 2006 e falta de recolhimento de estimativas nos vários meses de janeiro/2005 a dezembro/2008.

Na mesma data, a autoridade lançadora também formalizou exigência de IRPJ sobre idênticas glosas de amortização de ágio, embora apurando diferentes decorrências no que tange à insuficiência de prejuízos fiscais para compensação e falta de recolhimento de estimativas. Tais lançamentos foram formalizados nos autos do processo administrativo nº 10469.721944/2010-51, no qual também foi interposto recurso voluntário, submetido à 2ª Turma da 4ª Câmara desta 1ª Seção de Julgamento, que lhe deu provimento em sessão de julgamento de 11 de abril de 2012, consoante Acórdão nº 1402-00.993.

A autoridade lançadora lavrou um único Termo de Encerramento de Ação Fiscal (fls. 23/43), no qual assim sintetiza os fatos que ensejaram as duas exigências:

11. A fiscalizada tenta justificar a dedutibilidade das despesas de amortização de ágio contabilizadas, como surgidas a partir do registro da conta do Ativo Diferido – Ágio Incorp. Sociedade Controlada (código: 1320631000), submetida à amortização a partir de 12/2000.

12. Tais despesas têm origem na amortização de “ágio de si mesma”, mediante a incorporação, efetuada em 28/12/2000, de sua (recente) controladora, a empresa IBIDEM S/A, de CNPJ 02.573.267/0001-01 (qualificada como “Sociedade de Propósito Específico – SPE”).

13. a IBIDEM adquirira o investimento na COSERN, em 30/11/2000 (menos de um mês antes), através da subscrição de capital feita pelas empresas: GUARANIANA S/A, de CNPJ 01.083.200/0001-18 (“GUARANIANA”), atualmente com razão social: NEOENERGIA S/A; Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia COELBA, de CNPJ 15.139.629/0001-94 (“COELBA”) e UPTICK Participações S/A, de CNPJ 02.162.616/0001-94 (“UPTICK”), integralizada através de transferência das ações de emissão da COSERN, de suas propriedades.

14. Essas empresas, por sua vez, haviam adquirido as ações da COSERN através de leilão público levado a efeito em 12/12/97¹⁴, quando passaram a constituir o grupo de “NOVOS ACIONISTAS CONTROLADORES DA COSERN” e também através de subscrição de ações em Ofertas Públicas de Ações (OPA) da COSERN ocorridas. Tudo, com expressivo sobrepreço (ágio) em relação ao valor patrimonial das ações, explicado como sendo baseado na perspectiva de rentabilidade futura da empresa investida.



15. Assim, incorporando a IBIDEM, a COSERN passou a registrar no seu ativo diferido, conta que poderia se chamar de "ágio de si mesma", submetida à amortização, que entendeu ser possível considerar como despesa dedutível do IRPJ e da CSLL, com base no que preceitua o artigo 386 do RIR/99.

Observou a autoridade lançadora que, sendo a COSERN uma empresa rentável, quis o GRUPO que, ao incorporar a empresa veículo IBIDEM, aproveitar os benefícios fiscais da dedutibilidade da despesa de amortização do ágio previsto no artigo 386 do RIR/99, reduzindo (indevidamente) a sua carga fiscal do IRPJ e CSLL dos exercícios futuros. E concluiu:

18. Do exposto, demonstra-se que a sequência de "reestruturações societárias" procedida simplesmente deságua na transferência para a COSERN do ágio com que as empresas investidoras: GUARANIANA, COELBA e UPTICK adquiriram os seus investimentos nela, sem que, com isso, desaparecessem essas empresas ou sequer os seus investimentos na COSERN; ou seja, ao final do enredo, tudo está como era antes, apenas que a COSERN "restou" na história com o seu Ativo e Patrimônio Líquido majorados do exato valor do ágio que as suas investidoras pagaram para adquirirem os investimentos; passando (então) a registrar uma despesa de amortização de ágio, reduzindo assim consideravelmente os seus resultados tributáveis de IRPJ e CSLL.

A autoridade lançadora transcreveu as notas explicativas às Demonstrações Financeiras da COSERN e da GUARANIANA em 31/12/2000, para evidenciar que a sequência de atos praticados objetivou unicamente reduzir tributação através do benefício da dedutibilidade da amortização do ágio do IRPJ e da CSLL. Acrescentou que a própria finalidade do instituto da incorporação como forma de agregação de empresas não se verifica no caso; eis que, o GRUPO (GUARANIANA, COELBA e UPTICK), que no início do processo de "reestruturações" detinha 152.967.605 ações de emissão da COSERN; ao término das operações, permanece com a mesma quantidade de ações e na mesma condição de controlador da COSERN; ou seja, nada mudou. Arrematou, ainda, que não houve efetiva aquisição de investimento do ágio na operação de subscrição de ações na IBIDEM pelas empresas GUARANIANA, COELBA e UPTICK, pois tal pressupõe efetivo pagamento a maior na aquisição de bens ou direitos o que não se satisfaz com ágio meramente escritural.

Frisa que o art. 386 do RIR/99 impõe a absorção do patrimônio da incorporada, fusionada ou cindida, de modo a promover a "confusão patrimonial do investimento", ou seja, o ágio pago na aquisição das ações de A em B resta desacompanhado de sua origem (conta de investimento). E observa:

33. Assim, procedendo a uma série de "reestruturações societárias" que, de fato, não passou de atos formais desprovidos de racionalidade econômica, o GRUPO conseguiu: i) permanecer com os seus investimentos na COSERN intocados, apenas, agora, não mais apresentado contabilmente desdobrado em "investimento + ágio", e ii) construir, na contabilidade da COSERN, uma conta de ativo diferido em valor igual ao ágio com que adquiriram o seu controle societário, de forma a poder amortizar esse ativo, no prazo de sua concessão para distribuição de energia elétrica, fabricando assim uma extraordinária despesa a deduzir do lucro tributável.

O relatório da decisão recorrida, presente nestes autos, somente diverge daquele transcrito no corpo do Acórdão nº 1402-00.993 no que tange às peculiaridades da apuração da CSLL:



Trata-se de auto de infração da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (fls. 03 a 09), lavrado para formalização e exigência de crédito tributário no montante de R\$ 25.054.963,07 (valores principais, multas e juros).

2. De acordo com o Termo de Encerramento Parcial de Ação Fiscal (fls. 23 a 43), o lançamento decorreu de: a) compensação indevida de base de cálculo negativa de períodos anteriores; b) falta de adição ao lucro líquido, para efeito de cálculo da CSLL, de despesa não dedutível (Despesa de amortização de ágio); e c) falta de recolhimento de estimativas mensais (o que deu ensejo ao lançamento de multa isolada).

3. Apresentou-se impugnação, às fls. 1.011 a 1.067, contrapondo-se, em síntese, que:

3.1 – teria havido preclusão da “possibilidade” de o fisco questionar a “legalidade dos atos societários que deram origem ao ágio”, de modo que o lançamento não poderia ter sido efetuado;

3.2 – as operações societárias, que “possibilitaram” a dedução da amortização do ágio, teriam sido praticadas de forma legal e, sobretudo, “com o aval dos órgãos reguladores”, de modo que não poderiam ser consideradas como mero estratagema para conseguir-se ganho tributário, em prejuízo do fisco federal. Além disso, em todas elas encontrar-se-iam presentes “o motivo, a finalidade e congruência dos atos”, de maneira que não haveria falar em “falta de propósito negocial” ou “ausência de pressuposto econômico”. Tampouco seria possível dizer que houvera “abuso de direito”, “simulação” ou “fraude à lei”;

3.3 – ante a impossibilidade de dedução da amortização do ágio de forma direta – não seria “razoável” a incorporação das controladoras (Guaraniana, Coelba e UPTICK) –, teria sido “necessário criar legalmente uma estrutura societária que permitisse a segregação desse investimento em uma sociedade que não tivesse outros ativos/atividades sociais que tornasse incompatível, economicamente, a incorporação da controladora pela controlada e, com isso, se transferisse o ágio para a controlada”;

3.4 – não seria possível a aplicação de multa isolada por falta de pagamento de estimativas mensais após o encerramento do “ano-base”, tampouco quando o somatório destas supera o valor do tributo apurado ao final do ano, o que teria ocorrido no caso em questão;

3.5 – a multa isolada por falta de pagamento de estimativa não poderia ter sido aplicada, de forma cumulativa, com a multa prevista no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996;

3.6 – seria ilegal a cobrança de juros sobre multa, bem assim a utilização da taxa Selic na cobrança de juros.

A Turma julgadora rejeitou estes argumentos aduzindo que:

- Não há que se falar em “preclusão da possibilidade” de questionar-se a “legalidade dos atos societários que deram origem ao ágio”, pois que, ao revés do que se tentou incutir, a limitação temporal para a revisão desse tipo de ato extingue-se apenas quando não mais há direito de constituir o crédito em relação ao qual se operou a influência (amortização), consoante se extrai do art. 37 da Lei nº 9.430/96.
- Ante as alegações da impugnante, inclusive de que não existiria outra “forma jurídica possível” para aproveitamento do ágio gerado na aquisição das participações societárias, observou que em regra, as contrapartidas da amortização de ágio não são dedutíveis na apuração do IRPJ e da CSLL. A

 7

dedução é possível entretanto – à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração – quando há absorção de patrimônio, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, em que haja participação societária adquirida com ágio fundamentado em rentabilidade de exercícios futuros; benefício que também pode ser usufruído quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida é a detentora da participação societária.

- Na medida em a participação societária que o Grupo investidor (Guaraniana, Coelba e UPTICK) possuía na Cosern no início das operações, continuou existindo ao final do processo de reestruturação, concluiu que não houve qualquer liquidação/extinção de investimento adquirido com ágio, por meio de fusão, cisão ou incorporação – efetivamente, não houve unificação patrimonial.
- Acrescentou, ainda, não se pode dizer que tenha havido “custo de aquisição” (art.385 do RIR, de 1999) na integralização do capital da IBIDEM, pelo referido grupo; com efeito, “criou-se” um ágio meramente escritural, que, depois da incorporação da IBIDEM pela Cosern, passou a ser amortizado e deduzido (contrapartida), de forma indevida, na apuração do IRPJ e da CSLL.
- Declarou válida a aplicação de multa isolada por falta de pagamento de estimativas mensais após o encerramento do “ano-base”, bem como sua cumulação com a multa aplicada por falta de recolhimento do ajuste anual. Rejeitou, por fim, a arguição de inconstitucionalidade da utilização da taxa SELIC para cálculo de juros de mora.

Idênticas se mostram as ementas das decisões proferidas em face das impugnações ofertadas contra ambos os lançamentos:

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. INCOMPETÊNCIA PARA APRECIACÃO. As autoridades administrativas são incompetentes para apreciar arguições de inconstitucionalidade de lei, tarefa privativa do Poder Judiciário.

INVESTIMENTO. ÁGIO. DEDUÇÃO. POSSIBILIDADE. Em regra, as contrapartidas da amortização do ágio de que trata o art. 385 do RIR, de 1999, não são dedutíveis na apuração do IRPJ e da CSLL. A fruição do benefício previsto no inciso III do art. 386 do RIR, de 1999, só é possível quando há extinção de investimento adquirido com ágio, com fundamento econômico nos termos do inciso II do § 2º desse mesmo artigo, por meio de incorporação, fusão ou cisão.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DA CSLL SOBRE A BASE DE CÁLCULO ESTIMADA. Uma vez efetuada a opção pela forma de tributação com base no lucro real anual, a pessoa jurídica fica sujeita a antecipações mensais da CSLL, calculadas com base em estimativa. O não recolhimento ou o recolhimento a menor do tributo dá ensejo à aplicação de multa isolada (inciso IV do §1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996).

MULTA ISOLADA. MULTA PROPORCIONAL. CONCOMITÂNCIA. É cabível a aplicação da multa exigida em face do não recolhimento das estimativas mensais concomitantemente com a multa proporcional referente à CSLL devida e não paga ao final do período, haja vista as respectivas hipóteses de incidência cuidarem de situações distintas.



DECADÊNCIA. O crédito tributário pode ser constituído em até cinco anos após a ocorrência do fato gerador, independentemente de o fato que lhe deu origem ter ocorrido em data anterior.

Cientificada da decisão de primeira instância em 12/08/2011 (fl. 1153/1154), a contribuinte interpôs recurso voluntário, tempestivamente, em 06/09/2011 (fls. 1155/1228), no qual reprisa os argumentos apresentados na impugnação, quais sejam: 1) “preclusão” da possibilidade do Fisco questionar a legalidade dos atos societários que deram origem ao ágio; 2) aproveitamento do ágio pago na aquisição da COSERN, fazendo breves considerações acerca da operação em tela, abordando a natureza do ágio e seu tratamento tributário, bem como motivo, finalidade e congruência do negócio jurídico, a legitimidade da operação como planejamento tributário, a inexistência de abuso de direito, a inexistência de simulação e de fraude à lei, a ocorrência de incorporação de ações da COSERN na subscrição de ações da IBIDEM em contrapartida à assunção de dívidas por esta em face dos titulares das ações incorporadas, e a isonomia com tratamento fiscal do deságio; 3) impossibilidade da cobrança da multa isolada em razão da falta de recolhimento da CSLL por estimativa, em razão do encerramento do ano-calendário quando da lavratura do auto de infração, e também da impossibilidade de cumulação com a multa de ofício; e 4) ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa.

Em contrarrazões, a Procuradoria da Fazenda Nacional defende: 1) a inexistência de preclusão ou decadência, defendendo a possibilidade de se rever fatos ocorridos no passado que geraram efeitos tributários no presente; 2) a indedutibilidade do ágio no caso em análise, destacando que a IBIDEM, claramente, foi utilizada como empresa veículo, sendo indispensável, para a dedução pretendida, transação econômica que materialize o valor de aquisição ao mesmo tempo pago pelo adquirente e recebido pelo alienante, bem como a incorporação do investimento, não tendo a Fiscalização questionado o ágio antes pago, mas sim as manobras posteriormente realizadas pelas empresa, no intuito de torná-lo dedutível, evidenciando segunda operação sem propósito negocial e amortização de ágio de si mesmo, dissociado da exigida confusão patrimonial entre a participação societária adquirida e o ágio por ela pago, além de inexistir laudo anterior à aquisição que qualifique o ágio como decorrente de rentabilidade futura; 3) o cabimento das multas isoladas aplicadas; 4) a validade da incidência de juros sobre a multa de ofício.

A exigência veiculada no processo administrativo nº 10469.721944/2010-51, como já dito, foi desconstituída por meio do Acórdão nº 1402-00.993, exarado na sessão de julgamento de 11 de abril de 2012, sob relatoria do Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira. A 2ª Turma da 4ª Câmara desta 1ª Seção acordou: *por maioria de votos, rejeitar a decadência do direito de a Fazenda Nacional analisar a formação do ágio. Vencidos os Conselheiros Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Carlos Pelá. Designado o Conselheiro Antonio José Praga de Souza para redigir o voto vencedor quanto a essa matéria. No mérito, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.*

Transcreve-se, a seguir, a ementa daquele julgado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

AUDITORIA FISCAL. PERÍODO DE APURAÇÃO ATINGIDO PELA DECADÊNCIA PARA CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. VERIFICAÇÃO DE FATOS, OPERAÇÕES, REGISTROS E ELEMENTOS



PATRIMONIAIS COM REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA FUTURA. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÕES. O fisco pode verificar fatos, operações e documentos, passíveis de registros contábeis e fiscais, devidamente escriturados ou não, em períodos de apuração atingidos pela decadência, em face de comprovada repercussão no futuro, qual seja: na apuração de lucro líquido ou real de períodos não atingidos pela decadência. Essa possibilidade delimita-se pelos seus próprios fins, pois, os ajustes decorrentes desse procedimento não podem implicar em alterações nos resultados tributáveis daqueles períodos decaídos, mas sim nos posteriores. Em relação a situações jurídicas, definitivamente constituídas, o Código Tributário Nacional estabelece que a contagem do prazo decadencial para constituição das obrigações tributárias, porventura delas inerentes, somente se inicia após 5 anos, contados do período seguinte ao que o lançamento do correspondente crédito tributário poderia ter sido efetuado (art. 173 do CTN).

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO EFETIVAMENTE PAGO NA AQUISIÇÃO SOCIETÁRIA. PREMISSAS. As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7º, inciso III, e 8º, da Lei 9.532 de 1997, são: i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas; iii) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura. Nesse contexto não há espaço para a dedutibilidade do chamado "ágio de si mesmo", cuja amortização é vedada para fins fiscais, sendo que no caso em questão essa prática não ocorreu.

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO INOCORRÊNCIA. A reorganização empresarial, sob amparo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.

Preliminar Rejeitada. Recurso Voluntário Provido.

O voto vencedor do I. Conselheiro Antonio José Praga de Souza, ao rejeitar a arguição de decadência, frisa: *o que é homologado pelo Fisco é a apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL realizada pelo contribuinte, não o ágio registrado, ou qualquer outro elemento patrimonial, ainda que definitivamente constituído. O prazo decadencial corre em face do fato gerador da obrigação tributária, e não sobre qualquer operação contabilizada. Apenas quando se verifica a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária é que surge contra o Fisco o prazo para a homologação dos elementos que dão origem aos créditos passíveis de constituição.*

No mais, o voto do I. Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira expõe as razões de mérito para cancelamento da exigência, destacando que *o litígio é similar em premissas e conclusões ao manifestado por este colegiado quando do julgamento que resultou no Acórdão nº 1402-00.802, estando aqui presentes as três premissas básicas lá firmadas como forma de comprovação da realização do propósito negocial da operação, quais sejam: 1) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; 2) a realização das operações originais entre partes não ligadas; 3) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura.*

Provado que GUARANIANA S.A, COELBA S.A e UPTICK PARTICIPAÇÕES S.A, adquiriram o controle da COSERN em leilões de privatização e em Oferta Pública de Ações (OPA) da COSERN, inexistiria dúvida quanto ao efetivo pagamento do custo total da

aquisição, verificado entre partes não relacionadas ou ligadas. Inexistiria, também, questionamento quanto à validade do laudo de avaliação da empresa adquirida, bem como da expectativa de rentabilidade futura, além de não se verificar a hipótese de “ágio de si mesma”, dependente da conjunção de dois fatores: 1. a inexistência de efetivo desembolso de recursos, neutralidade nesses desembolsos, ou até pagamentos fictícios (não comprovados). Não haver materialidade nos pagamentos; 2. a inexistência de efetiva mudança no controle acionário. Nos casos de “Ágio de si mesmo” a participação acionária é adquirida por outra empresa do mesmo grupo ou por interposta pessoa.

Rejeitando a afirmação de ter-se ia criado um ágio meramente escritural, ante o efetivo pagamento do custo total da aquisição, o I. Conselheiro Relator observou, por fim, que se trata de propósito negocial legítimo a economia de IRPJ e CSLL sobre lucro gerado a partir da aquisição societária realizada com ágio sobre a expectativa de rentabilidade futura, que efetivamente ocorreu no presente caso, e reconheceu esclarecido o motivo do transcurso de três anos, havidos entre a data de aquisição do controle da COSERN e a efetiva incorporação da IBIDEM pela COSERN: foi o prazo necessário ao tramite do processo pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, cuja aprovação final se deu em 30 de novembro de 2000, através da citada Resolução n.º 474, que expressamente tratou e impôs as condições efetivamente cumpridas para a aquisição da empresa.

Em 05/06/2012 os autos do processo administrativo nº 10469.721944/2010-51 foram encaminhados para intimação de um dos Procuradores da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho, da decisão consubstanciada no acórdão supra, nos termos do art. 81, §3º, do anexo II, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009.

Voto Vencido

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Acusa a Fiscalização que o grupo de sociedades antes descrito realizou uma série de “reestruturações societárias” que, de fato, não passou de atos formais desprovidos de racionalidade econômica, e assim construiu na contabilidade da COSERN, uma conta de ativo diferido em valor igual ao ágio com que adquiriram o seu controle societário, de forma a poder amortizar esse ativo, no prazo de sua concessão para distribuição de energia elétrica, fabricando assim uma extraordinária despesa a deduzir do lucro tributável. Se tal despesa foi fabricada, a exigência aqui veiculada, portanto, prende-se à inexistência do ágio amortizado, na medida em que as adquirentes da COSERN não promoveram efetivamente a incorporação



do investimento adquirido com ágio, para justificar o surgimento deste ativo amortizável no patrimônio da autuada.

De fato, a se concluir que a reestruturação societária promovida pelo grupo empresarial foi indevida, necessariamente o ágio pago na aquisição da COSERN teria permanecido no patrimônio das investidoras, e jamais poderia ter sido objeto de amortização pela fiscalizada.

Por esta razão, embora a presente exigência refira-se à CSLL, cuja base de cálculo observa parâmetros próprios de apuração, nem sempre idênticos ao IRPJ, o fundamento fático da autuação afeta não só a determinação do lucro real, como também o lucro contábil, e assim repercute tanto na apuração do IRPJ, como da CSLL. A solução do litígio somente seria distinta para estes tributos caso a existência do ágio fosse reconhecida, mas sua amortização não fosse possível no âmbito da CSLL, em razão de regras específicas neste sentido.

E, quanto a este aspecto, a Lei nº 7.689/88, ao instituir a CSLL, não cogitou especificamente da adição, à sua base de cálculo, de amortizações de ágio que tivessem reduzido o lucro contábil, ou da exclusão de acréscimos decorrentes da amortização de deságio:

Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;

b) no caso de incorporação, fusão, cisão ou encerramento de atividades, a base de cálculo é o resultado apurado no respectivo balanço;

c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela: (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

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

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

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

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

5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita; (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990)

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

§ 2º No caso de pessoa jurídica desobrigada de escrituração contábil, a base de cálculo da contribuição corresponderá a dez por cento da receita bruta auferida no período de 1º janeiro a 31 de dezembro de cada ano, ressalvado o disposto na alínea b do parágrafo anterior.



Já no âmbito da apuração do lucro real, o Decreto-lei nº 1.598/77 assim disciplinou os efeitos das amortizações de ágio e deságio:

Art. 23. [...]

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

[...]

Art 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

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

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

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

Dessa forma, as amortizações de ágio e deságio deveriam ser adicionadas ou excluídas na apuração do lucro real, e controladas na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR, para posteriormente compor a apuração do ganho de capital na alienação ou liquidação do investimento. Mas, segundo a Lei nº 6.404/76:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

Nestes termos, talvez por vislumbrar distinção entre a hipótese do inciso II do art. 219 da Lei nº 6.404/76 e de encerramento prevista no inciso I do mesmo dispositivo, esta hábil a ensejar a aplicação do disposto no art. 33 do Decreto-lei nº 1.598/77, o legislador assim fixou na sequência deste dispositivo:

Participação Extinta em Fusão, Incorporação ou Cisão

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



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

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

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

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

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

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

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

De outro lado, caso atendido este requisito, qualquer ágio apurado na aquisição de investimentos, quando esta fosse seguida de incorporação da investida, ensejaria perda dedutível. A exposição de motivos da Lei nº 9.532/97 expressa preocupação com circunstâncias semelhantes a esta, como a seguir transcrito:

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

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

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



Neste contexto, as disposições da Lei nº 9.532/97 podem ser interpretados como um instrumento para evitar a dedução do ágio apurado sem fundamento econômico, o qual deveria ser mantido em conta do ativo permanente, não sujeita a amortização:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

Realizada a incorporação, na escrituração comercial, o acervo líquido recebido pelo valor contábil anula o investimento correspondente, avaliado pela equivalência patrimonial, e remanesce no patrimônio da sociedade resultante apenas o ágio/deságio, classificado em Ativo Diferido, quando fundamentado em rentabilidade futura, para amortização no período pelo qual ela foi projetada. Com a edição da Lei nº 9.532/97 a amortização do ágio com este fundamento passa a ser dedutível no mesmo momento em que registrada contabilmente, desde que observado o prazo mínimo de 5 (cinco) anos para amortização.

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

Assim, embora à primeira vista a Lei nº 9.532/97 aparente surtir efeitos apenas ***nos balanços correspondentes à apuração de lucro real***, na medida em que esta aproximou-se, no caso de ágio pago por expectativa de rentabilidade futura, da apuração do lucro contábil como antes mencionado, é possível interpretar que a lei, ao valer-se daqueles termos, e não meramente firmar a dedutibilidade da amortização na apuração do lucro real, repercutiria, também, na apuração da base de cálculo da CSLL, inclusive como expresso na Instrução Normativa SRF nº 390/2004:

Subseção III

Do Investimento em Sociedades Coligadas ou Controladas Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido

Da incorporação, fusão ou cisão

Art. 75. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento econômico seja:

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



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

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

§ 1º Alternativamente, a pessoa jurídica poderá registrar o ágio ou deságio a que se referem os incisos II e III do caput em conta do patrimônio líquido.

§ 2º A opção a que se refere o § 1º aplica-se, também, à pessoa jurídica que tiver absorvido patrimônio de empresa cindida, na qual tinha participação societária adquirida com ágio ou deságio, com o fundamento de que trata o inciso I do caput, quando não tiver adquirido o bem a que corresponder o referido ágio ou deságio.

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

I - o inciso I do caput integrará o custo do respectivo bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e para determinação das quotas de depreciação, amortização ou exaustão;

II - o inciso II do caput:

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

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

III - o inciso III do caput não será amortizado, devendo, no entanto, ser:

a) computado na determinação do custo de aquisição na apuração de ganho ou perda de capital, no caso de alienação do direito que lhe deu causa ou de sua transferência para sócio ou acionista na hipótese de devolução de capital;

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

c) computado como receita, se deságio, no encerramento das atividades da empresa.

§ 4º As quotas de depreciação, amortização ou exaustão de que trata o inciso I do § 3º serão determinadas em função do prazo restante de vida útil do bem ou de utilização do direito, ou do saldo da possança, na data em que o bem ou direito tiver sido incorporado ao patrimônio da empresa sucessora.

§ 5º A amortização a que se refere a alínea "a" do inciso II do § 3º, observado o máximo de 1/60 (um sessenta avos) por mês, poderá ser efetuada em período maior do que sessenta meses, inclusive pelo prazo de duração da empresa, se determinado, ou da permissão ou concessão, no caso de empresa permissionária ou concessionária de serviço público.

§ 6º Na hipótese da alínea "b" do inciso III do § 3º, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa jurídica usuária ao pagamento da CSLL que deixou de ser recolhida, acrescida de juros de mora e multa, de mora ou de ofício, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 7º O valor que servir de base de cálculo da CSLL a que se refere o § 6º poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

§ 8º O disposto neste artigo aplica-se, também, quando:

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

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

§ 9º O controle e as baixas, por qualquer motivo, dos valores de ágio ou deságio, na hipótese deste artigo, serão efetuados exclusivamente na escrituração contábil da pessoa jurídica. (negrejou-se)

Assim, quer em razão do disposto na Instrução Normativa SRF nº 390/2004, quer por interpretação dos termos da Lei nº 9.532/97, e mesmo em consequência da apuração contábil, a base de cálculo da CSLL necessariamente restaria afetada pela amortização do ágio aqui em comento, caso reconhecida sua existência no patrimônio da autuada após a reorganização societária debatida nestes autos, bem como sua fundamentação em rentabilidade futura. Eventualmente poderiam existir descompassos entre a sistemática de amortização contábil e aquela fixada pela Lei nº 9.532/97, mas o fato é que a autoridade fiscal não fez qualquer ressalva acerca de irregularidades na apuração da base de cálculo da CSLL em decorrência da amortização do ágio.

Não se vislumbra, dessa forma, qualquer especificidade que possa ensejar um resultado diferenciado para a exigência de CSLL decorrente da glosa de amortização do ágio que passou a integrar o patrimônio da autuada após a reorganização societária em comento.

E, como relatado, o presente lançamento foi formalizado conjuntamente com aquele tratado nos autos do processo administrativo nº 10469.721944/2010-51, no qual foram expressos os efeitos, na apuração do lucro real, das amortizações do ágio constituído na IBIDEM S/A, quando do aumento de seu capital social pelas empresas GUARANIANA, COELBA e UPTICK, mediante a conferência de ações representativas do capital social da COSERN. Nestes autos restaram formalizadas as exigências correspondentes à CSLL devida em razão destes mesmos fatos, nos mesmos períodos de apuração.

Dispõe a Portaria SRF nº 666/2008 que tais lançamentos deveriam ter sido formalizados em um único processo administrativo:

Art. 1º Serão objeto de um único processo administrativo:

I - as exigências de crédito tributário do mesmo sujeito passivo, formalizadas com base nos mesmos elementos de prova, referentes:

a) ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e aos lançamentos dele decorrentes relativos à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), ao Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), à Contribuição para o PIS/Pasep ou à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins);

[...]

d) ao IRPJ e à CSLL; ou

[...]

§ 1º O disposto no inciso I aplica-se inclusive na hipótese de inexistência de crédito tributário relativo a um ou mais tributos.

§ 2º Também deverão constar do processo administrativo a que se referem os incisos I, II e III as exigências relativas à aplicação de penalidade isolada em decorrência de mesma ação fiscal.

[...]

Todavia, assim não se procedeu, e o processo administrativo nº 10469.721944/2010-51 foi distribuído e submetido a julgamento, no CARF, antes que o presente processo fosse sorteado para esta Relatora, em abril de 2012.

Diante deste contexto, preliminarmente se faz necessário traçar os limites de atuação desta Turma de Julgamento para apreciação do litígio presente nestes autos.

Dispõe o Regimento Interno do CARF, em seu Anexo II, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, com a redação dada pela Portaria MF nº 586/2010, o que segue:

*Art. 47. Os processos serão distribuídos aleatoriamente às Câmaras para sorteio, **juntamente com os processos conexos** e, preferencialmente, organizados em lotes por matéria ou concentração temática, observando-se a competência e a tramitação prevista no art. 46.*

[...]

Art. 49. Os processos recebidos pelas Câmaras serão sorteados aos conselheiros.

[...]

*§ 7º Os processos que retornarem de diligência, os com embargos de declaração opostos e os **conexos**, decorrentes ou reflexos **serão distribuídos ao mesmo relator, independentemente de sorteio**, ressalvados os embargos de declaração opostos, em que o relator não mais pertença ao colegiado, que serão apreciados pela turma de origem, com designação de relator ad hoc.*

[...] (negrejou-se)

A distribuição do presente processo a esta Relatora somente ocorreu em 17/04/2012, depois de concluído o julgamento do processo administrativo nº 10469.721944/2010-51, momento no qual a distribuição por conexão ao Conselheiro Relator daquele processo, prevista nas disposições regimentais antes referidas, não era mais possível. De toda sorte, a determinação regimental presta-se a atender objetivos maiores, que devem ser observados ainda que a distribuição não seja feita ao mesmo Conselheiro Relator do processo original.

O Decreto nº 70.235/72 apenas cogita da reunião dos lançamentos no momento de sua formalização, quando lastreados nos mesmos elementos de prova. Esta permissão assim constava de sua redação alterada pelas Leis nº 8.748/93 e 11.196/2005:

Art. 9º A exigência de crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizadas em autos de infração ou notificação de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.

§ 1º Os autos de infração e as notificações de lançamento de que trata o caput deste artigo, formalizados em relação ao mesmo sujeito passivo, podem ser objeto de um único processo, quando a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de prova.

§ 2º Os procedimentos de que tratam este artigo e o art. 7º, serão válidos, mesmo que formalizados por servidor competente de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo.



§ 3º A formalização da exigência, nos termos do parágrafo anterior, previne a jurisdição e prorroga a competência da autoridade que dela primeiro conhecer. (negrejou-se)

A redação atual do art. 9º do Decreto nº 70.235/72 não foi alterada, substancialmente, neste ponto:

Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º Os autos de infração e as notificações de lançamento de que trata o caput deste artigo, formalizados em relação ao mesmo sujeito passivo, podem ser objeto de um único processo, quando a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de prova. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 2º Os procedimentos de que tratam este artigo e o art. 7º, serão válidos, mesmo que formalizados por servidor competente de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 4º O disposto no caput deste artigo aplica-se também nas hipóteses em que, constatada infração à legislação tributária, dela não resulte exigência de crédito tributário. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º Os autos de infração e as notificações de lançamento de que trata o caput deste artigo, formalizados em decorrência de fiscalização relacionada a regime especial unificado de arrecadação de tributos, poderão conter lançamento único para todos os tributos por eles abrangidos. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica às contribuições de que trata o art. 3º da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

No mais, o Decreto nº 70.235/72 nada diz, além de destacar que *na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias* (art. 29, Seção VI – Do Julgamento em Primeira Instância), e dispor que *o julgamento no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais far-se-á conforme dispuser o regimento interno* (art. 37, Seção VII – Do Julgamento em Segunda Instância).

Necessário, portanto, o exame da Lei nº 9.784/99, que por força de seu art. 69 aplica-se subsidiariamente aos *processos administrativos específicos* regidos por lei própria, como é o caso do processo administrativo fiscal federal. E de seu texto destaca-se:

*Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, **segurança jurídica**, interesse público e eficiência.*

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

[...]

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

[...] (negrejou-se)

Isto porque são os princípios da segurança jurídica e da economia processual, refletido administrativamente no princípio da eficiência, que informam a conexão, a continência e a litispendência do processo civil. Este tema é abordado nos seguintes artigos do Código de Processo Civil - CPC (Lei nº 5.869/73):

Art.103.Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.

Art.104.Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.

Art.105.Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.

[...]

Art. 253. Distribuir-se-ão por dependência as causas de qualquer natureza: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 2001)

I - quando se relacionarem, por conexão ou continência, com outra já ajuizada; (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 2001)

[...]

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

[...]

V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;

[...]

§1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

§2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

§3º Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

§4º Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

[...]

Art.300.Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

Art.301.Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

[...]

V - litispendência; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

VI - coisa julgada; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

VII - conexão; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

[...]

Nestes termos, havendo identidade de objeto ou causa de pedir entre duas ou mais ações, apenas uma delas pode subsistir. Tais causas devem ser distribuídas ao mesmo juiz, que pode ordenar a reunião das ações para sua decisão simultânea, de ofício ou a requerimento das partes, ou mesmo determinar a extinção, sem julgamento do mérito, do processo que reproduz ação anteriormente ajuizada. Observe-se que, embora atribuído ao réu o dever de alegar a existência de conexão ou litispendência, o art. 267, §4º do CPC autoriza o conhecimento de ofício, pelo juiz, de tais circunstâncias, como bem destaca Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil*, 4ª ed. rev. atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 148-151):

Como se trata de matéria de ordem pública, referente ao exercício de uma função estatal, que é a jurisdição, nega-se o próprio Estado, independentemente da vontade dos litigantes, a exercê-la duas ou várias vezes com o mesmo objetivo. A proibição de duplicar ou multiplicar o exercício da jurisdição em casos assim constitui legítima e racional ressalva à promessa constitucional de tutela jurisdicional (Const., art. 5º, inc. XXXV). [...] O controle oficial deve ser feito durante toda a pendência do segundo processo, a saber, desde o momento em que o juiz despacha a petição inicial e enquanto não se exaurirem as instâncias ordinárias. Tal é o significado da locução em qualquer tempo e grau de jurisdição, contida na lei. Mesmo nada alegando o réu em apelação, ou mesmo que a demanda haja sido julgada improcedente ou inadmissível por outro fundamento e o autor venha a apelar, é dever do tribunal fazer a verificação. Só se exclui que, sem ter o tema da litispendência sido objeto de pronunciamento explícito pelo tribunal encarregado de julgar a apelação (Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça), ele venha a ser examinado em sede de recurso especial (a exigência de prequestionamento: Súmula 282 e 356 STF). Dadas estreitíssimas limitações desse recurso, também não poderia o Superior Tribunal de Justiça apreciar a litispendência sem que isso lhe houvesse sido pedido pelo recorrente.

A litispendência é classificada pela doutrina como um dos pressupostos processuais negativos, pois sua ocorrência impede a eficácia e a validade da relação jurídica processual formada em segundo lugar. Seu fundamento está no repúdio da ordem jurídico-processual ao *bis in idem*, evitando-se que a mesma demanda seja julgada mais de uma vez, com o risco de decisões contraditórias e prejuízo à segurança jurídica.

Neste sentido são as lições de Teresa Arruda Alvim Wambier (*Litispendência em ações coletivas*. In: *Processo Civil Coletivo*. Coordenação de Rodrigo Nolasco Mazzei e Rita Dias Nolasco, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 280), classificando de preventivas as preocupações com a litispendência, pois *por trás de todas as discussões que envolvem a litispendência, sempre se percebe que o principal cuidado existente se liga a evitar que, futuramente, haja decisões conflitantes, não no plano lógico, mas no plano empírico sobre o mesmo objeto*. De forma semelhante manifesta-se Luiz Rodrigues Wambier (*Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 1: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 203), para quem *o fundamento para esse pressuposto processual negativo está no princípio da economia processual e no perigo de julgamentos conflitantes*.

A reunião dos processos em razão da conexão objetiva, portanto, evitar decisões contraditórias e incompatibilidades lógicas, ou até operacionais, do ponto de vista da

execução do julgado, nos casos em que o cumprimento de uma das decisões poderia implicar o descumprimento de outra decisão judicial. Daí o poder conferido ao juiz de reunir processos com elementos semelhantes, evitando consequências danosas aos cidadãos e ao Poder Judiciário, premissas estas que permitem a Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil*, 4ª ed. rev. atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 148-151) definir conexão nos seguintes termos:

A conexão é uma categoria jurídico-processual de tanta amplitude, que conceitualmente é capaz de abranger em si todas as demais modalidades de relações entre demandas. [...] a coincidência entre os elementos objetivos das demandas, para determinar a conexão juridicamente relevante, deve ser coincidência quanto aos elementos concretos da causa de pedir ou quanto aos elementos concretos do pedido. A coincidência de elementos abstratos conduz à mera afinidade entre as demandas, que não chega a ser conexão e não tem os mesmos efeitos desta.

[...]

O que importa, nos institutos regidos pela conexão, é a utilidade desta como critério suficiente para impor certas consequências (prorrogação da competência, reunião de processos) ou autorizar outras (litisconsórcio). Essa utilidade está presente sempre que as providências a tomar sejam aptas a proporcionar a harmonia de julgados ou a convicção única do julgador em relação a duas ou mais demandas.

Daniel Amorim Assumpção Neves (*Manual de Direito Processual Civil*, v. único, 4ª edição, São Paulo: Editora Método, 2012, p. 168-169) observa que a economia processual é um aspecto secundário na conexão, a ponto de no Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil ter se cogitado de restringir a conexão às hipóteses em que existisse risco de decisões contraditórias se os processos fossem julgados separadamente. Mas destaca a importância desta causa modificadora de competência nos seguintes termos:

Fixados os limites da identidade exigida para que se verifique a conexão entre duas demandas com a interpretação possível da redação constante no art. 103 do CPC, é importante analisar as razões de ser da conexão e, mais especialmente, da sua consequência: a reunião dos processos perante um mesmo juízo. São duas as principais razões: economia processual e harmonização dos julgados.

A primeira e inegável vantagem aferida com o fenômeno da conexão é evitar que decisões conflitantes sejam proferidas por dois juízos diferentes. A existência de decisões conflitantes proferidas em demandas que tratem de situações similares é, naturalmente, motivo de descrédito ao Poder Judiciário, podendo inclusive gerar problemas práticos de difícil solução.

Por outro lado, é inegável que a reunião de duas ou mais demandas perante somente um juiz favoreça no mais das vezes a verificação do princípio da economia processual, já que os atos processuais serão praticados somente uma vez [...]. Com a prática de atos processuais que sirvam a mais de um processo, é evidente que haverá otimização de tempo e em razão disso respeito ao princípio da economia processual.

[...]

Os dois fundamentos que ensejam a reunião dos processos em decorrência de conexão – embora em diferentes graus de importância – estão intimamente ligados a razões de ordem pública, posto interessar ao próprio Estado que os julgados do Poder Judiciário sejam harmoniosos e que se gastem o menor tempo e recursos



para obtê-los. Justamente em virtude dos interesse que procura preservar (ordem pública), essa causa modificadora de competência é dotada de maior força que todas as demais. (destaques do original)

Abordando a obrigatoriedade da reunião de processos em razão da conexão, o mesmo autor (*Op. cit*, p. 169-170) defende que *uma reunião que não possa alcançar nenhum dos dois objetivos traçados para o instituto está totalmente fora de questão*. E, nesta linha, acrescenta:

[...] E parece concordar com tal posição a jurisprudência, sumulado o Superior Tribunal Justiça o entendimento de que não existe reunião de processos conexos quando um deles já estiver no tribunal, circunstância esta em que obviamente a reunião dos processos não geraria qualquer economia processual ou harmonia dos julgados, visto que em um deles a prova já foi produzida e a decisão já foi prolatada.

De fato, firmou o Superior Tribunal de Justiça na Súmula 235 que *a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado*. Ocorre que a necessidade de se produzir outra decisão, no âmbito administrativo, não implica a produção de provas, mas apenas a apreciação de fatos já constituídos pela autoridade competente. Em consequência, negar efeitos à conexão, em tais condições, significa permitir a reapreciação de fato já julgado e eventual decisão em sentido diverso da anterior, desconsiderando o objetivo da norma.

No caso presente, o fato jurídico que origina a presente demanda já foi apreciado em 1ª e 2ª instâncias de julgamento, em razão de impugnação e recurso voluntário interpostos nos autos do processo administrativo nº 10469.721944/2010-51. Logo, não sendo mais possível a reunião dos processos, na prática, para julgamento conjunto, os princípios da economia processual, eficiência e segurança jurídica impõem que a apreciação do fato resultante do recurso voluntário interposto naqueles autos seja reproduzida na resposta ao recurso voluntário interposto nestes autos.

Relevante anotar, ainda, que a atribuição conferida à Câmara Superior de Recursos Fiscais de solucionar divergências interpretativas entre Câmaras dos antigos Conselhos ou Turmas do CARF, tem por objeto conflitos na interpretação da **lei tributária**, e não conflitos interpretativos acerca de um mesmo **fato jurídico-tributário**. A possibilidade, em tese, de os interessados buscarem a uniformização de decisões conflitantes produzidas em relação a um mesmo fato jurídico-tributário não pode justificar a sua reapreciação em outros autos, pois não há qualquer garantia de que os fundamentos da segunda decisão caracterizarão interpretação de lei tributária divergente daquela dada por outra Câmara ou Turma desta instância de julgamento, ou mesmo de que o recurso especial seja manejado adequadamente para permitir esta equalização.

Veja-se, também, que o julgado proferido nos autos do processo administrativo nº 10469.721944/2010-51 ainda não se tornou definitivo. E, em tais circunstâncias, poder-se-ia cogitar do sobrestamento deste julgamento até o julgamento definitivo do fato jurídico-tributário que enseja a conexão dos processos referidos.

Porém, tal entendimento apenas retardaria o andamento deste processo, na medida em que o recurso voluntário presente nestes autos deve ser, de qualquer forma, apreciado. Ainda, esta interpretação, na prática, poderia privilegiar os interessados com um novo recurso especial para questionamento de eventual decisão da Câmara Superior de Recursos Fiscais que, definitiva, fosse reproduzida no julgamento destes autos. Além disso, ao



final, a Câmara Superior de Recursos Fiscais poderia concluir pela incompatibilidade do entendimento antes firmado com outras interpretações adotadas nas Turmas ou nas antigas Câmaras deste Conselho, proferindo decisão divergente daquela firmada no primeiro processo, e remetendo a questão, inexoravelmente, ao Poder Judiciário.

Diante desta análise jurídica e pragmática, a solução mais adequada aos princípios que regem o processo civil e administrativo, é a reprodução, no julgamento do recurso voluntário presente nestes autos, do entendimento firmado pela 2ª Turma da Quarta Câmara desta 1ª Seção na apreciação de recurso voluntário que teve por objeto a exigência de IRPJ decorrente do fato jurídico-tributário aqui em debate.

Assim, o presente voto é no sentido de reconhecer a conexão da presente exigência com aquela veiculada nos autos do processo administrativo nº 10469.721944/2010-51, e reproduzir aqui o mesmo entendimento lá firmado acerca do fato jurídico tributário que ensejou a presente exigência, no sentido de que a autoridade fiscal não logrou provar a ilegalidade da operação que gerou o ágio amortizado, e, assim, cancelar a exigência fiscal.

Desnecessário, portanto, apreciar os demais questionamentos veiculados em recurso voluntário quanto às exigências decorrentes do principal lançado em razão da glosa das amortizações do ágio.

Por estas razões, o presente voto é no sentido de RECONHECER a conexão com o processo administrativo nº 10469.721944/2010-51, e aplicar o que ali decidido para REJEITAR a arguição de preclusão e, no mérito, DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

Restando vencida esta Relatora em sua proposta de aplicar os efeitos materiais da conexão ao presente julgamento, cabe, inicialmente, apreciar a arguição de “preclusão” da possibilidade do Fisco questionar a legalidade dos atos societários que deram origem ao ágio, a qual também foi um dos tópicos da defesa apresentada nos autos do processo administrativo nº 10469.721944/2010-51. Do acórdão nº 1402-00.993 colhe-se as razões para rejeitá-la, extraídas do voto vencedor do I. Conselheiro Antonio José Praga de Souza:

DECADÊNCIA (PRECLUSÃO) DA POSSIBILIDADE DE AUDITORIA DOS
ELEMENTOS CONTÁBEIS E FISCAIS DO ANO-CALENDÁRIO DE 2001 COM
REPERCUSSÃO FUTURA

A recorrente alega, em síntese, que no ano de 2010 o Fisco não mais poderia verificar a regularidade dos atos que originaram o direito ao aproveitamento do ágio, haja vista o transcurso do prazo decadencial de cinco anos entre os fatos que propiciaram o surgimento desse ágio, ocorridos no ano 2001 [na verdade, 2000], e a lavratura dos autos de infração.

É certo que a decadência opera no sentido do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas. Em consequência, em 2010 o Fisco não mais poderia formalizar lançamento para exigência de crédito tributário e impor penalidades quanto a infrações incorridas no ano-calendário 2004 [na verdade, 2005 a 2008], ou seja, constituir exigências tributária. Isso por disposição expressa dos artigos 150 e 173 do CTN conforme acima grifado.

O “prazo de preclusão” alegado pelo contribuinte que seria de cinco anos, corresponderia ao mesmo prazo decadencial para o lançamento (constituição da obrigação tributária), previsto no CTN.

A preclusão temporal, em princípio, corresponde à perda da possibilidade do exercício de um direito em decorrência do decurso de um determinado prazo.

Portanto, para que seja possível falar nesse instituto no caso em concreto, caberia ao contribuinte identificar um dever atribuído por lei à Fazenda Pública, o qual seria passível de extinção pelo decurso de prazo. Logo, “para se falar em preclusão, a lei deveria atribuir à Administração Pública o dever de glosar o ágio amortizável registrado pelo [...], ou mesmo o registrado pelo [...] após a incorporação, a partir da data dos registros contábeis”, como bem observado pela ilustre Procurador da Fazenda Nacional Paulo Roberto Riscado Junior na sustentação oral realizada durante o julgamento do presente processo.

Efetivamente, não existe essa previsão legal. Tanto o art. 142 do CTN quanto o art. 9º do Decreto n. 70.235/72 prevêm apenas o lançamento como forma de exigência do crédito tributário, retificação de prejuízo fiscal e aplicação de penalidade isolada. Não há, em lei, previsão para a glosa de ágio registrado na contabilidade em decorrência de subscrição de ações ou de incorporação nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97.

Com efeito, o registro do ágio na contabilidade não implica em redução de crédito tributário, em majoração de prejuízo fiscal ou em causa para lançamento de multa isolada. Repita-se: o simples registro do ágio na contabilidade não implica em fato gerador de obrigação tributária ou em alteração, de qualquer ordem, na base de cálculo do IRPJ e da CSSL daquele período.

Ao adquirir uma participação societária com ágio, a lei autoriza a pessoa jurídica a amortizar esse valor, na apuração dos tributos por ela devidos sobre os lucros em períodos futuros, sob determinadas condições, isso porque foi exatamente a expectativa desse lucro que justificou o ágio. Apenas nessa hipótese, o ágio pago, que nunca foi e nunca será fato gerador de nenhuma obrigação tributária, passa a influenciar na apuração da base de cálculo dos tributos devidos pela empresa que o pagou.

Frise-se: o que é homologado pelo Fisco é a apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL realizada pelo contribuinte, não o ágio registrado, ou qualquer outro elemento patrimonial, ainda que definitivamente constituído. O prazo decadencial corre em face do fato gerador da obrigação tributária, e não sobre qualquer operação contabilizada. Apenas quando se verifica a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária é que surge contra o Fisco o prazo para a homologação dos elementos que dão origem aos créditos passíveis de constituição.

O prazo para controle dos registros patrimoniais com possibilidade de repercussão tributária no futuro é definido em função do prazo para gozar do crédito decorrente. Neste contexto, pode a autoridade fiscal, no prazo de que dispõe para rever o período de apuração no qual foi aproveitado, exigir prova de sua efetividade e formação e, na ausência desta, negar sua utilização.

É o que o art. 37 da Lei nº 9.430/96 expressamente dispõe: “Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.”

Esclareça-se que esse dispositivo não altera o prazo decadencial para constituir o crédito tributário estabelecido no CTN, tampouco cria outro prazo decadencial qualquer, apenas viabiliza a autoria fiscal dos fatos com repercussão futura. Frisese, mais uma vez, que o prazo decadencial é sempre norteador pelo nascimento da obrigação tributária, ou seja, que se dá com a ocorrência do fato gerador..

Recentemente, o professor Marco Aurélio Greco manifestou o entendimento de que “não existe direito adquirido da empresa de usar o ágio mesmo depois de passados cinco anos do fato gerador.” A afirmação foi feita na V Jornada de Debates sobre

Questões Polêmicas de Direito Tributário, promovida pela FISCOsoft em junho de 2011.

Para o Dr. Greco, a tese bate de frente com entendimento do Supremo Tribunal Federal. "Não se tem direito adquirido ao prejuízo, conforme disse o Supremo ao julgar a trava de 30% para redução do lucro tributável", diz. Em 2009, o STF entendeu que a Lei 8.981/1995, que permitiu o aproveitamento, concedeu um benefício fiscal e que, por isso, não havia nada de errado com a trava de 30% por período de apuração.

Assevera ele que, enquanto o ágio não é amortizado totalmente, não existe fato consumado, apenas expectativa de direito. "A empresa espera que futuramente estará sujeita ao IR e ao regime de apuração do lucro real. Mas não existe direito adquirido a regime Ela vai se submeter àquele a que se enquadrar na data da ocorrência do fato gerador."

Por isso, em relação aos autos de infração lavrados depois de passados cinco anos da informação do ágio ao fisco, Greco afirma que a prática é legal. "O auto não existe sozinho, mas decorre da contabilização irregular", defendeu. "Embora a segunda conduta aconteça cinco anos depois, é causal, não bastante em si." Segundo ele, não há prazo para o fisco reconhecer a irregularidade, mas somente para impedir o aproveitamento. "As amortizações feitas no passado ficam consolidadas. Apenas as posteriores podem ser desconsideradas."

Tais considerações primam pela coerência e vem ao encontro da tese defendida neste voto.

Vejamos, na prática, algumas situações abusivas que podem decorrer do entendimento defendido pelo nobre recorrente (contribuintes optantes pelo lucro real anual):

i) No ano de 1998, determinado contribuinte adquire um bem não depreciable, composto por várias partes e peças, pelo valor total de \$100, mas contabiliza no ativo por \$200; nos anos seguintes permanece pelo mesmo valor em seus livros contábeis e balanços. No ano 2007, vende esse bem por \$180 e não apura ganho de capital. Sofre auditoria em 2010 e o Fisco solicita a comprovação do custo contabilizado, ele não apresenta notas fiscais de aquisição sequer das peças efetivamente compradas, alegando que o ano de 2001 já estava decaído, logo, ocorreu a preclusão do Fisco de verificar tais custos. É isso mesmo? O tempo pode homologar o que nunca existiu, e permitir que produza efeitos futuros, impedindo a constituição do crédito tributário devido? Estou certo de que a resposta é não.

ii) No ano de 1999 o contribuinte realiza a construção de uma planta industrial com vida útil de 20 anos e contabiliza regularmente os custos. No ano de 2001 inicia a depreciação a 5% ao ano. É fiscalizado em 2008 e apresenta apenas parte dos custos da construção realizada. Então? o Fisco não poderia glosar o excesso os encargos de depreciação de 2003 a 2007? Evidente que sim, pois esses encargos submetem-se ao regime de competência e o contribuinte deve fazer prova da efetividade dos mesmos o que só é possível mantendo em boa guarda os comprovantes dos custos e despesas incorridos.

iii) No ano de 2000 o contribuinte adquire um imóvel por \$1000. Contabiliza a aquisição por \$12.000, utilizando para tanto um documento fraudado. Realiza uma incorporação em 2001, acrescentando diversos custos inexistentes. Vende esse imóvel, já fracionado, nos anos de 2001 e 2002, apurando um pequeno ganho em 2002 que é declarado e o tributo recolhido. É fiscalizado em 2008 (ano-calendário 2002). De plano alega que o ano 2002 já está decaído, afinal passaram-se mais de 5 anos da ocorrência dos fatos geradores. Todavia, com receio de o Fisco apurar a verdade dos fatos, apresenta o aludido documento de aquisição.



O Fisco efetua diligências e apura todas as fraudes tributárias.

Em relação à 3ª. situação hipotética acima ("iii"), cabe questionar: qual o amparo legal para o Fisco realizar em 2008 uma auditoria do ano de 2002, se o contribuinte estava em tese regular perante a Administração Tributária, inclusive tendo efetuado os recolhimentos? há vedação expressa em lei para a auditoria fiscal alcançar os anos de 2000 e 2001, nos quais apurou a verdade dos fatos?

Respondo: a única vedação expressa nessa hipótese "iii" é para constituição do crédito tributário relativo ao ano de 2001, em face da decadência.

Este Conselho já se manifestou sobre alegações dessa natureza em diversos acordãos. Em um deles, inclusive, o contribuinte alegou a preclusão para rever o ágio devidamente registrado na contabilidade. Trata-se do acórdão 10709.545, cuja ementa é a seguinte:

EMENTA DECADÊNCIA— OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL GLOSA DE ÁGIO. O fisco pode questionar fatos ocorridos no passado cujos efeitos fiscais se dão no futuro, pois o tempo não pode transformar em verdadeiro o que não era real, nem tampouco desfazer o que consolidou, desde que a readequação dos fatos situados em períodos já decaídos não decorra de juízo de valor. **É o caso da formação de ágio maior por erro de cálculo, cujos efeitos fiscais somente se verifiquem no futuro, na sua amortização ou na utilização como custo na baixa".** (Grifei)

No aludido processo o contribuinte registrou o ágio de forma equivocada em 1995, mas apenas amortizou o valor em 2000. O contribuinte alegou que a fiscalização estaria proibida, face o prazo decadencial, de glosar esse ágio. Tal argumentação foi refutada pela Câmara.

Noutro acórdão, de nº 104-19.219, de 27/02/2003, que tratou da retificação de prejuízo fiscal da atividade rural de período anterior, com reflexo em outro período de apuração do tributo ainda não atingido pelo decurso da decadência, a decisão também foi favorável à tese defendida por este relator. Vejamos transcrições da ementa, dispositivo e voto condutor:

Acórdão 104-19.219 de 27/02/2003

EMENTA

IRPF ANOS-CALENDÁRIO DE 1996 E 1999 – ATIVIDADE RURAL COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS – DECADÊNCIA – ABRANGÊNCIA

O prazo decadencial vincula-se direta e exclusivamente aos fatos geradores objeto do lançamento tributário, não se aplicando a elementos advindos de ano-calendário anterior, ainda que este já tenha sido atingido pela decadência. Assim, constatando-se que o ano-calendário fiscalizado encontra-se passível de revisão, é perfeitamente cabível o lançamento resultante da retificação do valor apropriado, a título de prejuízo da atividade rural a compensar, mesmo que este tenha origem em ano-calendário abarcado pela decadência.

DISPOSITIVO

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, **REJEITAR a preliminar de decadência e, no mérito DAR provimento ao recurso**, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

VOTO CONDUTOR

"(...) De fato, a revisão de valores apurados em anos calendários anteriores já abrangidos pelo decurso do prazo decadencial é absolutamente inquestionável. O que não implica reconhecer que o conceito de decadência abranja também a

revisão de valores que, advindos de período já tomados pela decadência, venham a influir na apuração do resultado de ano calendário ainda não decadente.

Evidentemente que o conceito decadencial não abrange tal influência. Exatamente por esta integrar as apropriações de ano calendário não decadente. Restrita a revisão à essa específica influência, respeitadas as apropriações efetuadas, ainda que incorretamente, em períodos já decadentes. Pela simples motivação de que o conceito decadencial, quer do artigo 150, § 4º, quer do artigo 173, ambos do CTN, vincula-se direta e exclusivamente ao lançamento tributário a que se referencia.

(...)

A simples leitura do dispositivo em questão evidencia de sua absoluta ressonância com o princípio da decadência, a que se reporta tanto o artigo 149, § único, como os artigos 150, § 4º, e 173, todos do CTN., como antes mencionado. Isto é, se determinada apropriação influi no resultado na apuração do crédito tributário, é passível de revisão essa circunscrita influência. Ainda que, na origem, seja legalmente carregada de período já decadente.

(Grifei)

*Veja-se que na situação versada no Acórdão 104-19.219, o contribuinte foi intimado a comprovar o saldo de prejuízos da atividade rural do ano de 1989 que foi aproveitado no ano-calendário de 1996. Diante do fato de o contribuinte ter efetuado correções a maior do aludido valor no ano de 1990, a fiscalização glosou o excesso de compensações utilizado para reduzir o tributo devido em 1996. O contribuinte alegou decadência nessa revisão, que foi rejeitada pelo Colegiado, haja vista que tais valores “**influem na apuração do resultado de ano calendário não decadente**”.*

Analisemos o Acórdão nº CSRF/04-00.054, de 21/06/2005. Vejamos sua ementa e dispositivo:

Acórdão CSRF 04-00.054 de 21/06/2005

EMENTA

IRPF RESULTADO DA ATIVIDADE AGRÍCOLA REVISÃO DE PREJUÍZO COMPENSÁVEL — DECADÊNCIA — ABRANGÊNCIA O conceito decadencial, quer do artigo 150, § 4º, quer do artigo 173, ambos do CTN, vincula-se direta e exclusivamente ao lançamento tributário a que se referencia; **não abrange a revisão de valores advindos de período anterior, já abrangido pela decadência, que influem na apuração do resultado de ano calendário não decadente, restrita a revisão a essa circunscrita e específica influência, respeitadas as apropriações efetuadas, ainda que incorretamente, em períodos já decadentes.**

DISPOSITIVO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso especial interposto pela FAZENDA NACIONAL. ACORDAM os Membros da Quarta Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso e determinar o retorno dos autos à Câmara recorrida para o exame do mérito do recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente relatório. Vencidos os Conselheiros Romeu Bueno de Camargo, José Ribamar Barros Penha e Wilfrido Augusto Marques que negaram provimento ao recurso.

VOTO CONDUTOR



No caso, a fiscalização verificou inicialmente que o prejuízo da atividade rural fora incorretamente apurado na declaração do exercício de 1995, com indevida utilização nas declarações dos exercícios posteriores (1996 a 2000). A origem da incorreção seria o fato de a contribuinte haver procedido à atualização monetária indevida dos saldos de prejuízos e de incentivos fiscais nos anos-calendário de 1989 e 1990 (fls. 12 a 18).

No acórdão recorrido, foi acolhida a arguição de decadência, sob o seguinte argumento (fls. 276) (...)

De plano, verifica-se que tal entendimento carece de base legal. No caso em apreço, o lançamento, cientificado a contribuinte em 28/09/2000, abarcou os anos-calendário de 1996 e 1999, que ainda não se encontravam atingidos pela decadência, seja qual for o ângulo pelo qual se analise.

Destarte, uma vez que os anos-calendário fiscalizados não haviam sido atingidos pela decadência, não há óbice à exigência de comprovação acerca dos elementos que de alguma forma influenciaram os respectivos lançamentos, ainda que vinculados a exercícios anteriores. Ressalte-se que os anos-calendário anteriores aos autuados, em que teria ocorrido o alegado lapso na correção dos saldos de prejuízo a compensar estes sim alcançados pela decadência não foram revistos. O que houve foi tão-somente a retificação do valor do prejuízo a compensar, apropriado nos exercícios fiscalizados.

Nesse sentido é o Acórdão nº 104-19.219, de 27/02/2003, cujo voto vencedor foi acatado por unanimidade de votos, assim ementado: (...)

(Grifei)

Apesar de ambos os acórdãos acima terem tratado de atividade rural na pessoa física, cumpre esclarecer que a Legislação sempre estabeleceu a obrigatoriedade de escrituração para os contribuintes que desejam aproveitar prejuízos de períodos anteriores.

Aliás, na redação original da Lei 8.023, acima de determinado valor de receitas era obrigatória a escrituração comercial.

Outrossim, cumpre registrar que em situações análogas, nas quais a verificação de fatos, documentos e registros contábeis, de períodos atingidos pela decadência, com repercussão futura favorável ao contribuinte, ou seja, erros que lhe prejudicam, as decisões deste Conselho são sempre favoráveis à retificação dos lançamentos nos ainda não atingidos pela decadência, inclusive para reconhecimento de direito creditório. Cite-se como exemplo as seguintes situações em que se admite retificação favorável ao contribuinte:

- Lucro Inflacionário Inexistente. Fiscalização autua em 2000 a falta de realização do Lucro Inflacionário Diferido (parcelas realizáveis em 1996 a 1999. Somente em sede recurso, o Contribuinte verifica e alega que errou na apuração/declaração do LI de 1991, estando patente que seu Patrimônio Líquido era maior que o ativo imobilizado. Conselho exclui da base de cálculo o lucro inflacionário de 1991, e determina ainda, que as realizações mínimas de 1992 a 1995, porventura não efetuadas, sejam diminuídas do Saldo (existe inclusive súmula neste sentido). Ao fim e ao cabo, mantém-se apenas a tributação do saldo do inflacionário efetivamente existe nos anos de 1996 a 1999.

- Custo de aquisição de imóvel declarado a menor. Pessoa Física e Jurídica.

Contribuinte declara/contabiliza a menor o custo de aquisição de imóvel no ano de 1996 e seguintes. Em 2004 aliena o imóvel e não recolhe ganho de capital. Fiscalização autua em 2006 e toma como custo o valor declarado/contabilizado. Contribuinte faz prova do custo de aquisição real do imóvel. Conselho acolhe o



custo efetivo, e reduz a exigência ainda que isso implique no reconhecimento de erros de escrituração e/ou declaração de períodos atingidos pela decadência.

Nesse sentido vide acórdãos deste Conselho:

Acórdão 103-21611 processo 13925000136200129

LUCRO INFLACIONÁRIO REALIZADO. DIFERENÇA DE CORREÇÃO MONETÁRIA IPC/BTNF – Havendo a pessoa jurídica, no período-base de 1990, apurado saldo devedor de correção monetária e não possuindo lucro inflacionário diferido de exercícios anteriores, não há que se falar em adição ao lucro real, a partir do período-base de 1993, do valor que corresponder à diferença entre a variação do IPC e do BTNF, de acordo com as normas de realização do lucro inflacionário.

Acórdão 105-14773 processo 10166016076200115

LUCRO INFLACIONÁRIO REALIZAÇÃO A MENOR DECADÊNCIA O início da contagem do prazo decadencial para o Fisco dá-se a partir do momento em que é possível efetuar o lançamento, no exercício financeiro em que deve ser tributada a sua realização, e não imediatamente após o termo do ano-calendário em que foi gerado o lucro inflacionário.

LUCRO INFLACIONÁRIO ACUMULADO REALIZAÇÃO A MENOR DECADÊNCIA RECOMPOSIÇÃO DE SALDO A recomposição do saldo de lucro inflacionário acumulado deve levar em consideração, para fins de decadência, as parcelas de realização do ativo da pessoa jurídica.

JUROS DE MORA SELIC Nos termos dos arts. 13 e 18 da Lei nº 9.065/95, a partir de 1º/04/95 os juros de mora serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC.

Por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, rejeitando a preliminar de decadência e, no mérito, acatar o pleito no sentido de se excluir as parcelas do lucro inflacionário que deveriam ser realizadas nos anos calendários de 1993 e 1994.

Acórdão 101-94663 processo 10410.001504/2001-68

LUCRO INFLACIONÁRIO. SALDO DA CORREÇÃO IPC/BTNF. ERRO DE FATO. Não procede a exigência de crédito tributário decorrente de erro cometido pela pessoa jurídica no preenchimento da declaração de rendimentos, tendo informado a maior o saldo credor da diferença de correção IPC/BTNF.

Acórdão 101-3740 processo 10880.008657/98-05

ERRO DE FATO. PREJUÍZOS FISCAIS. COMPENSAÇÃO: Constatado erro de fato no preenchimento da Declaração de Rendimentos, e tendo a contribuinte direito à compensação de prejuízos, procede-se a tal compensação, exonerando-se o crédito tributário lançado.

PREJUÍZO FISCAL INSUFICIENTE. DECADÊNCIA: Apesar de não haver prejuízo fiscal suficiente para compensar o lucro real apurado em determinado período de apuração, deixa-se de propor a formalização da exigência em virtude de já ter transcorrido, nesta data, o prazo decadencial para constituição do crédito tributário respectivo.

ERRO DE FATO. BASE NEGATIVA. COMPENSAÇÃO: Constatado erro de fato no preenchimento da Declaração de Rendimentos, e tendo a contribuinte direito à compensação da base negativa da contribuição social, procede-se a tal compensação, exonerando-se o crédito tributário lançado.

NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DE OFÍCIO



Acórdão 104-16265, processo 10920.000343/96-99

IRPF GANHOS DE CAPITAL CUSTO DE AQUISIÇÃO ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA Deve prevalecer para efeitos fiscais o custo de aquisição constante da Escritura Pública de Compra e Venda devidamente registrado no Registro de Imóveis, quando este for mais favorável ao contribuinte que o custo avaliado pelo valor de mercado, em 31/12/91, constante da declaração de bens relativa ao exercício de 1992. O fato gerador do imposto de renda é a situação objetivamente definida na lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. Erros ou equívocos por si só, não são causa de nascimento da obrigação tributária.

Enfim, ao contribuinte incumbe a prova da regularidade dos valores utilizados para redução da base de cálculo nos períodos fiscalizados, e a autoridade tem a prerrogativa de deles discordar, enquanto não transcorrido o prazo previsto na legislação para constituição do crédito tributário correspondente; podendo, para tanto, efetuar verificações em períodos anteriores, já atingidos por esse mesmo prazo decadencial; vedada, obviamente, a possibilidade de apuração e constituição de créditos tributários desses últimos.

Por todo o exposto, rejeito a preliminar de impossibilidade do Fisco efetuar em 2010 a auditoria dos elementos contábeis e fiscais do ano-calendário de 1997, para glosar valores com repercussão tributária em períodos posteriores (ágio passível de amortização).

Estas as razões para, também aqui, AFASTAR a arguição de preclusão do direito de o Fisco formalizar lançamento em 2010 para exigência de créditos tributários devidos nos anos-calendário 2005 a 2008.

Superada a arguição de decadência, passa-se à apreciação do mérito.

Consoante relatado, a acusação fiscal centra-se na falta de adição das despesas de amortização de ágio, *surgidas a partir do registro da conta do Ativo Diferido – Ágio Incorp. Sociedade Controlada*, qual seja, a empresa IBIDEM S/A, constituída pelas empresas Guaraniana S/A, Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia COELBA e Uptick Participações S/A, mediante integralização das ações que possuíam na COSERN, adquiridas com ágio em leilão público e oferta pública de ações.

Os principais argumentos da Fiscalização para concluir pela ilegitimidade de tais despesas podem ser assim sintetizados:

- O planejamento fiscal buscou apenas reduzir a carga tributária da COSERN, empresa rentável do grupo;
- A reestruturação societária promovida viabilizou a amortização de ágio de si mesma, sem que o patrimônio das investidoras fosse alterado, não se verificando a *finalidade do instituto da incorporação como forma de agregação de empresas*;
- Não houve aquisição de investimento na operação de subscrição de ações na IBIDEM, na medida em que não houve efetivo pagamento a maior na aquisição de bens ou direitos, sendo o ágio meramente escritural;



- É indispensável a *confusão patrimonial do investimento* para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável.

Consta da acusação fiscal que o grupo de empresas envolvido nas operações buscou "*construir*" uma situação contábil que lhe permitisse o aproveitamento (indevido) do benefício fiscal de amortização do ágio, realizando atos formais desprovidos de racionalidade econômica, engendrando artifício jurídico dissonante da vontade dos detentores do controle acionário da autuada, fabricando na COSERN o que deveria ser o "ágio de si mesma", e assim executando um *estratagema para se tentar conseguir ganho tributário em prejuízo do fisco federal*. Porém, na medida em que não houve acusação de fraude, e conseqüente imputação de multa de ofício qualificada, a análise dos fatos fica limitada ao entendimento da Fiscalização de que a contribuinte deixou de recolher tributo em razão de interpretação equivocada da legislação, a qual resultou na dedução indevida de amortizações de ágio na apuração do lucro líquido contábil.

Da argumentação fiscal destaca-se, inicialmente, as referências à finalidade da Lei nº 9.532/97, e a interpretação de nela existir a imposição de que a incorporação resulte na extinção do investimento adquirido com ágio, para que sua amortização gere efeitos imediatos na apuração do lucro tributável. A recorrente, de seu lado, também aborda os objetivos da Lei nº 9.532/97 apontando que ela veicularia *benefício fiscal de dedutibilidade do ágio pago na aquisição de sociedades*, de modo a *incentivar a prática de fusões e aquisições, especialmente quando se tratasse de estatais em processos de privatização*.

Relevante observar que a abordagem inicial do tema neste voto não autoriza a conclusão de que a Lei nº 9.532/97 tenha instituído um benefício fiscal. A regra expressa em seus artigos 7º e 8º, nos termos de sua exposição de motivos, prestou-se, em verdade, a evitar planejamentos tributários que viabilizassem a dedução de ágios, como perda de capital, qualquer que fosse seu fundamento.

Na sistemática vigente, a amortização do ágio realizada pela investidora permanece indedutível na apuração do lucro real, e somente gera efeitos na alienação ou liquidação do investimento. Já a amortização do ágio realizada após a extinção do investimento não precisa ser adicionada ao lucro real, desde que o ágio esteja fundamentado em rentabilidade futura e a amortização observe o limite temporal mínimo estabelecido pela legislação.

Diante deste contexto, defende a Fiscalização que deve ser observada a *finalidade do instituto da incorporação como forma de agregação de empresas*, com conseqüente *confusão patrimonial do investimento* para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável. Vislumbrando que, ao término das operações, *tudo está como era antes*, pois o GRUPO (GUARANIANA, COELBA E UPTICK) manteve seus investimentos na COSERN, destaca a Fiscalização que:

33. Assim, procedendo a uma série de "reestruturações societárias" que, de fato, não passou de atos formais desprovidos de racionalidade econômica, o GRUPO conseguiu: i) permanecer com os seus investimentos na COSERN intocados, apenas, agora, não mais apresentado contabilmente desdobrado em "investimento + ágio", e ii) constituir, na contabilidade da COSERN, uma conta de ativo diferido em valor igual ao ágio com que adquiriram o seu controle acionário, de forma a poder amortizar esse ativo, no prazo de sua concessão para distribuição de energia elétrica, fabricando assim uma extraordinária despesa a deduzir no lucro contábil.



De fato, a própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ao analisar a incorporação feita através de uma sociedade veículo, reconhece a distorção acima mencionada, consoante expresso no trecho inicial da Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349/2001, que alterou a redação da Instrução CVM nº 319/99 e dispõe sobre as operações de incorporação, fusão e cisão envolvendo companhia aberta:

Nota explicativa à Instrução CVM nº 349, de 6 de março de 2001

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

Significa dizer que embora transferido o ágio para a empresa veículo, e na sequência para a incorporadora desta, os efeitos econômicos do ágio originalmente contabilizado na controladora subsistem. Ou, nas palavras da Fiscalização, as investidoras originais permanecem *com os seus investimentos na COSERN intocados, apenas, agora, não mais apresentado contabilmente desdobrado em “investimento + ágio”*.

Assim, a definição acerca do atendimento à finalidade dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 passa, primeiramente, pelo exame da validade da transferência do ágio originalmente contabilizado pelas investidoras para a empresa IBIDEM S/A, mediante subscrição de seu capital com o investimento por elas detidos na COSERN.

Manifestando-se precisamente sob este aspecto da legislação, assim concluiu o I. Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães, no voto condutor o Acórdão nº 1302-00.834:

Apreciando, contudo, os fatos e a legislação a eles aplicada, inclino-me a acolher a tese expendida pela autoridade fiscal no sentido de que não encontram presentes circunstâncias capazes de autorizar a amortização do ágio em questão.

Com efeito, considerado o disposto no caput do art. 385 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (RIR/99), abaixo transcrito, descabe falar em apropriação de ágio por parte da CAMARGO CORRÊA CIMENTOS, a fiscalizada, quando resta indiscutível que quem incorreu no suposto sobrepreço foi a pessoa jurídica CAMARGO CORRÊA S/A e que a transferência das participações, dela para a fiscalizada, se deu em razão de aumento de capital e quitação de dívida.

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):

...

Alinho-me, aqui, ao entendimento esposado na peça de autuação no sentido de que o disposto no inciso III do art. 386 do RIR/99 (abaixo reproduzido) não pode ser interpretado de forma dissociada da norma estampada no caput do art. 385 do referido ato regulamentar, ou seja, o dever de segregar o custo de aquisição, no caso de avaliação de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, obviamente é de quem incorreu em tal custo, e a faculdade de



amortizar o ágio antes segregado não é deferida a outro senão àquele que adquiriu a participação societária com sobrepreço.

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):

...

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;

...

Registro que a única transferência de ágio albergada pela legislação vigor, condenada, diga-se de passagem, por robusta doutrina, é a prevista no inciso II do parágrafo 6º do art. 386 do RIR/99, que em nada se assemelha à situação sob exame.

Considerado o relato feito pela autoridade autuante, parece que a própria empresa CAMARGO CORRÊA S/A tinha conhecimento da impossibilidade, face a ausência de previsão legal, da transferência do ágio em questão, eis que, ao aportar as ações das empresas GABY 1, GABY 2 e GABY 3 na subscrição de capital feita na fiscalizada, o fez pelo valor "cheio", ou seja, pela soma não segregada de valor de patrimônio líquido e ágio.

Apesar de concordar com a decisão de primeiro grau no sentido de que não restam configurados nos autos circunstâncias que indiquem a constituição de "empresa-veículo" no âmbito de um planejamento tributário, rejeito o argumento ali esposado de que a legislação fiscal não proíbe que a controladora repasse o controle de empresas adquirida com ágio efetivamente pago, à sua controlada, pelo valor total pago.

Não se trata, como parece crer a Turma Julgadora de primeiro grau, de vedação ao repasse de controle de empresas, mas, sim, de ausência de lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital e de quitação de dívida.

[...]

Aqui diverge-se apenas em um aspecto do que exposto pelo I. Conselheiro: não se vislumbra a necessidade de uma *lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital*. Se não há vedação legal e os atos societários são realizados com observância dos requisitos formais, e têm por objeto ágio efetivo e pago, seria necessário disposição legal específica para se negar validade aos atos societários no âmbito tributário.

Interpreta-se que o repúdio presente na doutrina acerca de incorporações reversas reporta-se à existência de ágio gerado internamente, sem substância econômica, na medida em que originado de operações entre partes vinculadas, a impedir a caracterização de uma efetiva aquisição.

E, nesse ponto, é necessário abrir um parêntesis para esclarecer que embora a Fiscalização tenha identificado o ágio remanescente no patrimônio da COSERN como "ágio de si mesma", tal caracterização decorre, tão só, do fato de o ágio ter sido originalmente constituído na aquisição desta empresa, inexistindo qualquer acusação específica de que ele tenha se formado internamente, entre partes vinculadas. Ao contrário, a Fiscalização reconhece

a vinculação do ágio amortizado à aquisição da COSERN, em leilão público e oferta pública de ações, de forma que somente se pode afirmar que a amortização teve em conta “ágio de si mesma” em razão da incorporação ter ocorrido na forma cogitada no art. 8º da Lei nº 9.532/97:

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

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

Admitiu o legislador que a amortização do ágio ocorresse ainda que o investimento original fosse extinto mediante incorporação da adquirente pela investida. Em tais circunstâncias, a empresa investida subsiste e em seu patrimônio remanesce o ágio em conta de Ativo Diferido, depois do encontro do investimento com o patrimônio líquido da investida. Daí a existência de um ágio pago em razão da própria aquisição, mas distinto do ágio interno gerado entre partes vinculadas e dissociado de efetiva aquisição de investimento.

Por estas razões, importa reconhecer, à semelhança do que expresseo no voto condutor do Acórdão nº 1402-00.993, que não se está, aqui, frente a uma hipótese de “ágio de si mesmo”, mas sim de ágio originalmente formado em efetiva aquisição entre partes não vinculadas:

Conforme relatado, o Fisco glosou a amortização do ágio por entender tratar-se de “ágio de si mesmo”, que foi confirmado pela DRJ.

O litigo é similar em premissas e conclusões ao manifestado por este colegiado quando do julgamento que resultou no Acórdão n.º 1402-00.802.

Nos termos do voto condutor do aludido acórdão, aprovado à unanimidade por esta colenda Turma, prevaleceu o entendimento de que a amortização do ágio, pago com fundamento em previsão de rentabilidade futura, com fulcro no artigo 7.º, inciso III, da Lei n.º 9.532 de 1997, deve atender, inicialmente a três premissas básicas, como forma de comprovação da realização do propósito negocial da operação, quais sejam:

- 1) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio;*
- 2) a realização das operações originais entre partes não ligadas;*
- 3) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura.*

A meu ver, no presente caso essas três premissas básicas também foram cumpridas, razão pela qual resta demonstrado o propósito negocial da operação.

A recorrente assevera que não se trata de uma mera operação de geração espontânea e carecedora de propósitos negociais e fundamentos econômicos, fato expressamente reconhecido no Termo de Encerramento de Ação Fiscal. Isso porque restou comprovado o fato de que GUARANIANA S.A., COELBA S.A e UPTICK PARTICIPAÇÕES S.A., adquiriram o controle da COSERN em leilões de privatização realizados respectivamente em 18/12/1997; tendo ocorrido outras aquisições pelo grupo em 20/02/98 e em Oferta Pública de Ações (OPA) da COSERN realizadas em 2000, tendo referidas aquisições sido feitas sempre com o pagamento de expressivo ágio, verbis:

“a) em 18/12/1997, o grupo das empresas: GUARANIANA, COELBA e UPDICK, através do processo licitatório de leilão de privatização adquiriu, com expressivo ágio, 83.768.248 ações ordinárias e 4.648.146 ações preferenciais classe “A”,

representativas de 79,60% do capital votante e 3,91% do capital social da COSERN, respectivamente pelo preço de R\$ 645.057.192,00: e se tornaram os NOVOS ACIONISTAS CONTROLADORES da COSERN (GRUPO);

b) Outras aquisições de ações de emissão da COSERN foram feitas por essas empresas (GRUPO) através de leilão especial realizado em 20/02/1998 e de Ofertas Públicas de Ações (OPA) da COSERN realizadas em 2000; tendo sido apurado ágio em todas essas operações.” (Fls. 7 do TEAF)

Portanto, não restam dúvidas acerca do efetivo pagamento do custo total da aquisição, incluindo-se o valor do ágio cuja amortização, ressalte-se, foi especificamente analisada pelo órgão regulatório ANNEL nos termos da Resolução n.º 474/2000 (Doc. 03 juntado à impugnação).

De igual forma foi cumprida a segunda premissa firmada por esta Turma de Julgamento, na medida em que verifica-se que as operações originárias, que geraram o ágio, foram realizadas entre o Estado do Rio Grande do Norte e as empresas GUARANIANA S.A, COELBA S.A e UPTICK PARTICIPAÇÕES S.A, portanto partes não relacionadas ou ligadas.

Importante observar que as razões de decidir da 4ª Turma da 2ª Câmara estão expostas com maior detalhamento no voto condutor do Acórdão nº 1402-00.802, de lavra do I. Conselheiro Antonio José Praga de Souza. Em que pese o caso ali analisado apresente determinadas diferenças relevantes em comparação com o litígio presente nestes autos, bem como adote certas premissas aqui afastadas, destacam-se alguns pontos do referido voto que esclarecem o posicionamento adotado no Acórdão nº 1402-00.993:

Do ágio de si mesma.

O fundamento do Agente Fiscal no sentido de que o ágio amortizado pelo Banespa decorreu da aquisição, com ágio, das suas próprias ações, ou seja, “ágio de si mesma”, também está equivocado. Isso porque duas são as características básicas em uma operação que redundam em “ágio de si mesma”, a saber

- Inexistência de efetivo desembolsos de recursos, neutralidade nesses desembolsos, ou até pagamentos fictícios (não comprovados). Não há materialidade nos pagamentos.

- Inexistência de efetiva mudança de controle acionário. Nos casos de “ágio de si mesmo” a participação acionária é adquirida por outra empresa do mesmo grupo ou por interpostas pessoas.

Na situação versada nos autos, a efetividade dos desembolsos de recursos por parte do Banco Santander Hispano é inconteste. De igual forma, se visto o filme todo, verifica-se que antes das operações o Banespa era controlado pela União e possuía centenas de acionistas minoritários. No momento da incorporação do Banespa por seu controlador Santander Holding, o controle acionário de ambos era do Banco Santander Hispano.

Portanto, a amortização não se deu do “ágio de si mesma”, gerado artificialmente, seja no próprio Banespa, seja no Grupo Santander, e sim do ágio efetivamente pago pelo Banco Santander Hispano na aquisição do Banespa junto a União e demais acionistas minoritários.

Fechando o parêntesis no qual foi demonstrado não se tratar, aqui, de “ágio de si mesmo” ou “ágio interno”, tem-se, como antes dito, que inexistente, na legislação, impedimento à transferência de ágio efetivo e pago em aquisição de investimentos, de modo que se faz necessário, na sequência, verificar se a incorporação entre a investida e esta empresa



para a qual foi transferido o ágio atende aos requisitos legais para que a amortização deste afete o lucro tributável.

Recorde-se o que diz a Lei nº 9.532/97:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

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

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

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

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

[...]

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

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

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

Claro está que as empresas envolvidas na incorporação devem ser, necessariamente, a adquirente da participação societária com ágio e a investida adquirida. Embora a lei não vede a transferência consoante antes demonstrado, este procedimento não extingue, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio das investidoras originais - Guaraniana S/A, COELBA e Uptick S/A –, diversamente do que cogita a lei.

Em tais condições, a amortização do ágio que passou a existir no patrimônio da investida, COSERN, somente poderia surtir efeitos na apuração do lucro real da própria COSERN caso se verificasse a extinção das investidoras originais (Guaraniana S/A, COELBA e Uptick S/A), mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, ou na proporção da extinção de cada uma delas, por meio da qual o ágio subsistisse evidenciado apenas no patrimônio resultante desta operação, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Na medida em que tal não ocorreu, a dedutibilidade do ágio submete-se à regra geral exposta no Decreto-lei nº 1.598/77:

Art. 23. [...]

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

[...]

Art 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

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

[...]

Pertinente citar, novamente, abordagem contida na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, antes referida. Nela, o autor Luís Eduardo Schoueri preliminarmente expõe o entendimento de que o ágio, para o investidor, é custo que deve ser considerado em caso de alienação do investimento. Os resultados auferidos com este investimento são reconhecidos, no patrimônio do investidor, como resultados da equivalência patrimonial, não sujeitos a tributação nesta ótica. Seguindo a mesma lógica, a amortização contábil do ágio por rentabilidade futura, por parte do investidor, também não deve afetar o lucro tributável.

Diante deste contexto, o autor reputa *incabível afirmar que o ágio, ainda que fundamentado na rentabilidade futura, pode ser considerado realizado antes da incorporação de uma das pessoas jurídicas envolvidas (exceto se antes disso tiver ocorrido baixa da participação societária adquirida, quando, em regra o ágio será realizado)* (Op. cit. p. 73). E complementa mais à frente: *com a incorporação, alerte-se, já não há mais que falar em investimento nem em ágio. Ambas as figuras desaparecem* (Op. cit. p. 74).

Entende o referido autor que a partir da incorporação, *os lucros passam a ser tributados na investidora, pois antes disso no máximo haverá receita de equivalência patrimonial, não tributável* (Op. cit. p. 79). Aqui, porém, os lucros permanecem tributados na investida, que os reduz mediante amortização de ágio decorrente de investimento que subsiste no patrimônio da investidora original. Deste modo, não fosse a provisão determinada pela Instrução Normativa CVM nº 349/2001, a equivalência patrimonial faria refletir no patrimônio da investidora o valor líquido dos resultados, produzindo o mesmo efeito que teria o reconhecimento bruto dos resultados da investida, associado à amortização do ágio pela investidora. A diferença está na redução da carga tributária da investida que esta manobra permite, em desrespeito ao que permite o art. 7º da Lei nº 9.532/97.



Evidenciado, portanto, que não houve a extinção do investimento, inadmissível a amortização fiscal do ágio. Significa dizer que a amortização contábil do ágio transferido para o patrimônio da COSERN deve ser adicionada ao lucro real, e seu reflexo no patrimônio das investidoras Guaraniana S/A, COELBA e Uptick S/A, mediante equivalência patrimonial, deve ser controlado na parte B do LALUR para integrar o valor contábil do investimento na apuração de ganho ou perda de capital em caso de alienação ou liquidação do investimento.

Importante destacar que o entendimento aqui firmado não pode ser comparado ao posicionamento desta Relatora expresso em declaração de voto no julgamento consubstanciado no Acórdão nº 1101-00.354, divergindo dos fundamentos do voto condutor de lavra do I. Conselheiro José Ricardo da Silva (caso Vivo):

Com a devida vênia, registro as razões de minha divergência quanto ao posicionamento do I. Relator, que acolheu os fundamentos adotados pela 5ª Turma da DRJ/Porto Alegre para exoneração parcial da exigência, bem como deu provimento ao recurso voluntário interposto pela contribuinte.

Como relatado, a Turma Julgadora restringiu as hipóteses de transferência de ágio aos casos de fusão, cisão ou incorporação envolvendo a investida e a investidora, e afastou tal hipótese no contexto presente nestes autos, no qual vislumbrou aquisição de investimento por realização de capital, em razão da qual surgiria novo ágio na nova investidora, ao passo que a antiga investidora deve baixar seu investimento (e respectivo ágio), apurando eventual ganho de capital.

Admitiu aquela Turma Julgadora que a entrega, à “Investidora”, de ações (ou quotas de capital) de emissão da “Nova Investida” representaria um “pagamento” desta em favor daquela, e sendo ele maior que o valor patrimonial da participação societária adquirida (referente à antiga “Investida”), seria possível o registro de ágio na aquisição de ações.

E transportando estes conceitos para o caso concreto, assim concluiu o I. Relator da DRJ/Porto Alegre:

Ora, foi esta a situação que ocorreu com a criação da empresa TULA Part. Ltda.. Com efeito, a empresa “Nova Investida” (TULA Part. Ltda.): (1) recebe ações da antiga “Investida” (Celular CRT Part.) e (2) entrega à “Investidora” (TBS Celular Part. S/A) quotas de capital de sua própria emissão. No caso o valor “pago” pela “Nova Investida” – TULA Part. Ltda. (representado pelo valor de seu capital, entregue à “Investidora” – TBS Celular Part. S/A – na forma de quotas de capital de sua emissão) foi maior do que o valor patrimonial da participação societária adquirida (referente à antiga “Investida” – Celular CRT Part., entregue pela “Investidora” à empresa “Nova Investida” – TULA Part. Ltda.).

Assim, nos termos do art. 385 do Decreto 3.000, de 1999, cabe o registro de ágio na aquisição de ações, no patrimônio de TULA Part. Ltda. Por outro lado, há que ser baixado o investimento anteriormente mantido pela Investidora – TBS Celular Part. S/A – na Antiga Investida – Celular CRT Part. – podendo gerar um ganho de capital para a Investidora.

Dessa forma, depreende-se claramente que o ágio eventualmente existente na “Investidora” não é transferido para a “Nova Investida”, mas somente é baixado do ativo da “Investidora”, reduzindo o eventual ganho de capital a ser por ela auferido.

Isso denota que os vícios dos ágios anteriormente existentes em empresas do grupo não têm o condão de serem transferidos para o ágio surgido no patrimônio da TULA Part. S/A. Com efeito, esses vícios logriam a existência de ganho de capital nas

empresas que deram baixa de seus investimentos (e dos respectivos ágios). Entretanto, não foi esse o lançamento efetuado.

Todavia, como bem consignou o autuante nos demonstrativos anexos ao Relatório Fiscal, não houve ali ágio pago, ao qual pudesse ser associado o motivo expresso no laudo de rentabilidade futura apresentado pela empresa fiscalizada. E isto porque não houve terceiros envolvidos nesta operação, mas sim transferência da titularidade das ações entre empresas do mesmo grupo, sob controle comum.

O próprio procedimento adotado para esta transferência, e para aquelas que a antecederam, evidenciam que o ágio em questão, na verdade, formou-se quando da privatização dos serviços de telefonia, e foi sendo atribuído às empresas sucessoras/adquirentes pelo valor remanescente após as amortizações apropriadas nas empresas sucedidas/alienantes, enquanto estas eram titulares do investimento.

Ressalto que o Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações da FIECAFI (Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras, FEA/USP) elaborado por Sérgio de Iudicibus, Eliseu Martins e Ernesto Rubens Gelbcke (7ª Edição) é claro quanto à inexistência de ágio formado em operações de transferência como estas:

[...]

Logo, é necessária uma aquisição onerosa de terceiros para formação do ágio, exigência também expressa na legislação tributária:

Decreto-lei nº 1.598, de 30 de dezembro de 1977

[...]

Lei 9.532, de 10 de dezembro de 1997

[...]

É, portanto, o ágio pago na aquisição de investimentos que pode ser amortizado. Refere-se o art. 7º da Lei nº 9.532/97 ao ágio apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e este, por sua vez, trata do ágio formado entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição.

Assim, se houver uma efetiva aquisição, e o patrimônio líquido da adquirida se mostrar menor que o custo de aquisição do investimento surgirá o ágio passível de amortização com efeitos na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, desde que a pessoa jurídica detentora da participação societária adquirida com ágio incorpore a investida, ou vice-versa (art. 8º, alínea “b” da Lei nº 9.532/97).

Tal tema, inclusive, já foi apreciado por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, mas em situações mais gravosas, nas quais o ágio surge internamente, mediante reorganização societária envolvendo apenas empresas sob controle comum. Neste contexto, foram as seguintes as conclusões do I. Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães, expressas no Acórdão nº 1301-00.058 e acolhidas por unanimidade pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara desta 1ª Seção de Julgamento, em sessão de 13 de maio de 2009:

[...]

Aqui, porém, a autoridade lançadora entendeu que houve formação de ágio na criação da TBH S/A, cujo capital foi integralizado mediante conferência das ações (mantidas pelos antigos acionistas) da CRT, o qual não estava devidamente fundamentado em rentabilidade futura, a inviabilizar a dedução parcial dos valores contabilizados pela atuada.

68

No entanto, há evidências de formação de ágio na aquisição original da CRT por aqueles acionistas, aquisição esta que se deu em razão da privatização daquela empresa, cujo Edital estipularia preço inicial fundamentado em rentabilidade futura.

Assim, no suposto de que sejam verdadeiras estas alegações contidas em recurso voluntário – até porque sua confirmação não se justifica ante o resultado do julgamento favorável à autuada, pelas razões expostas pelo I. Relator José Ricardo da Silva – o ágio transferido até o momento em que se verificou o evento previsto no art. 7º da Lei nº 9.532/97 teria fundamento, sim, em rentabilidade futura, não havendo motivo para acolher o recurso de ofício decorrente da exoneração desta exigência.

Naquele caso, a acusação fiscal centrava-se na falta de comprovação do fundamento do ágio amortizado e, admitindo-se a transferência do ágio, vislumbrou-se a possibilidade de seu fundamento em rentabilidade futura estar evidenciado no momento da aquisição em processo de privatização, o que desconstituiria a acusação fiscal, vez que não opostas outras condições para dedutibilidade do ágio amortizado. Já no presente caso, a autoridade fiscal não precisou questionar o fundamento do ágio contabilizado, pois observou que requisitos preliminares impediram a repercussão de sua amortização na apuração do lucro real.

De toda sorte, convém observar que não se adotaria, aqui, a mesma orientação firmada no Acórdão nº 1402-00.993 quanto à *lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura.*

Disse o I. Conselheiro Relator Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira:

Por fim, resta analisar a existência de algum questionamento acerca da avaliação da empresa adquirida e da expectativa de rentabilidade futura.

Nos exatos termos ocorrido quando do julgamento que culminou na lavratura do Acórdão n.º 1402-00.802, verifica-se que não houve qualquer questionamento por parte da Fiscalização acerca do laudo de avaliação da empresa adquirida bem como da expectativa de rentabilidade futura elaborado pela Ernest & Young, não cabendo, portanto, ao julgador fazê-lo no presente momento.

Afirma a recorrente que o fundamento econômico para o pagamento do ágio foi o valor de rentabilidade futura da Recorrente, o qual está devidamente comprovado pelo laudo de avaliação elaborado pela empresa Ernst & Young ora anexado aos autos (Doc. 4 anexado à impugnação). Acrescenta que todo procedimento é de conhecimento público por se tratar de processo licitatório de privatização e novamente reporta-se à Lei nº 9.532/97 como instrumento destinado a tornar mais atraente a realização de vultosos investimentos necessários para as privatizações, citando justificativas apresentadas por deputado federal em projeto de lei que defendia a revogação do inciso III do art. 7º da referida Lei e concluindo:

Dessa forma, o ganho econômico da Recorrente, decorrente do aproveitamento do ágio, reflete um benefício fiscal já considerado no momento do pagamento do preço no processo licitatório de privatização (benefício este considerado por todos os participantes do leilão público). Não poderia agora o próprio Fisco pretender cercear a fruição desse benefício fiscal sob a alegação de que a Recorrente o teria prejudicado.



Não se ignora, aqui, que nesta mesma linha orientaram-se o posicionamento da 4ª Turma da 2ª Câmara e da 1ª Turma da 3ª Câmara desta 1ª Seção. Do voto do I. Conselheiro Antonio José Praga de Souza, no Acórdão 1402-00.802 consta expressamente que:

É certo que se trata de um benefício fiscal, pois, a regra geral, seja para as pessoas físicas, seja para as empresas, é agregar ao custo a mais valia paga na aquisição de participações societárias, independentemente de sua natureza, para ser deduzido na apuração do ganho tributável em futuras alienações, dentre outros tratamentos previsto na legislação.

Ocorre que, ao contrário de outros benefícios fiscais que são objeto de normas complementares minuciosas, especialmente infralegais, determinadas pela própria lei de regência (a exemplo do Simples), a matéria em comento está adstrita às normas legais já referenciadas neste voto. Em que pese o disposto no art. 111, inciso I, do CTN, evidencia-se que o objetivo da norma é propiciar maior amplitude a esse favor fiscal.

[...]

Por mais óbvio que possa parecer, tal qual já fundamentei na exclusão da multa qualificada, o Banco Santander Hispano desde o início foi transparente e coerente em seus objetivos: adquirir o Banco Banespa para alavancar suas operações no Brasil, aproveitando-se do benefício fiscal de amortização do ágio que certamente teria que ser pago, haja vista que possuía expertise suficiente para gerar lucros com a nova empresa.

Não se olvide que todo o ágio pago à União pela compra do Banespa ingressou nos cofres públicos. Se aquisição tivesse sido realizada junto a uma empresa privada, esse ágio seria passível de tributação pelos mesmos 34%.

E no referido voto adota-se ainda, na íntegra, os fundamentos do voto do I. Conselheiro Valmir Sandri no Acórdão nº 1301-00.711, do qual se extrai:

“(...) a reorganização societária das empresas participantes do leilão de privatização também foi amplamente utilizada e incentivada, em primeiro lugar pela própria União, como previsto no decreto que criou as holdings operacionais, mas também em razão da Lei nº 9.532/97, que estabelecia o direito à dedutibilidade do ágio e o termo “a quo” do exercício desse direito que seria o momento de uma reorganização societária (incorporação, fusão ou cisão).

Aliás, o Poder Legiferante não apenas reconhece a ligação ontológica entre o ágio pago e as regras de dedutibilidade previstas na Lei nº 9.532/97, mas reconhece também que esta norma legal foi um incentivo à reestruturação societária de empresas tão necessárias à economia nacional.

Com efeito, foi apresentado pelo então Deputado Waldemar da Costa Neto o Projeto de Lei nº 2.922A, de 2000, que propunha, em seu artigo 1º, a revogação do inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532/97, ao argumento de que ser “absurdo o benefício fiscal que ela concedeu às empresas vencedoras dos leilões de privatização de empresas estatais.”

Posteriormente, foi apresentada a este Projeto de Lei emenda propondo a sua supressão, ou seja, a manutenção integral do artigo 7º da Lei nº 9.532/97 no ordenamento jurídico, com a seguinte justificativa:

“Propomos a supressão do dispositivo, tendo em vista afetar negativamente o tratamento contábil relativo às operações de reorganização societária e, conseqüentemente, o desenvolvimento da economia nacional.



Como se sabe, os processos de privatização de empresas estatais e concessão dos serviços públicos têm justamente o objetivo de fortalecer a economia, transferindo aos particulares o controle e a administração de companhias estatais.

Desta forma, andou bem o Estado ao promover a privatização de suas empresas, visando justamente incrementar a situação financeira-econômica do país.

Inclusive, a forma de contabilização atualmente prevista no inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, representou um incentivo para que as empresas privadas participassem dos programas de desestatização.

Neste sentido, podemos até dizer que um dos principais incentivos apresentados pelos processos de privatização está inserido na seara fiscal, eis a razão pela qual o benefício fiscal do inciso III do Art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, se faz necessário.

A amortização do ágio efetivamente pago, com o fundamento na rentabilidade futura da empresa adquirida, é perfeitamente justa. O ágio consiste num “plus” no valor da empresa negociada, podendo ser bastante subjetivo, devendo, portanto, ser amortizado ao longo do tempo. O ágio, muitas vezes, representa um substancial valor no preço total de negociação de uma empresa. A amortização a longo prazo permite que a empresa adquirente consiga “digerir” o investimento efetuado de uma forma equilibrada, o que incentiva as reorganizações societárias. As demonstrações financeiras da empresa adquirida, por meio de privatização ou não, registram apenas o valor contábil da própria empresa. O eventual ágio a ser pago, que pode ser bastante relevante, não integra o patrimônio líquido da empresa adquirida; na verdade, podemos dizer que representa uma despesa necessária (do ponto de vista da empresa adquirente) para a aquisição ou reorganização. Na categoria de despesa, deve ter o tratamento apropriado para tanto.

Importantíssimo ressaltar que a amortização do ágio não traz qualquer lesão ao patrimônio público, até porque o assunto faz parte das normas contábeis e dos princípios geralmente aceitos. Ora, não se pode dizer que a aplicação de um princípio contábil, qual seja, amortização do ágio, traz lesão ao poder público, pois muitos desses princípios são legalmente previstos.

Além disso, não há que se falar em prejuízo, porque prejuízo pressupõe a necessária apuração de perda, o que não é o caso.

A amortização de ágio é uma tradição contábil e fiscal e representa a verdadeira harmonização entre as normas contábeis e o tratamento tributário. A supressão do referido inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, representará um desastroso descasamento com relação a esses aspectos e terá consequências negativas, porque a proposta representa um desincentivo às reorganizações societárias (inclusive às privatizações), o que culminará com o enfraquecimento da economia nacional e, aí sim, o patrimônio público será lesado.

Também é importante lembrar que a aprovação do dispositivo prejudica enormemente todas as reorganizações societárias praticadas por empresas privadas, e não só as vencedoras dos leilões de privatização. A aprovação do dispositivo seria um retrocesso na tentativa de reerguer o país, já que representa a imposição de mais um ônus injusto e desnecessário às empresas, e por consequência, à população em geral.

O Brasil precisa de medidas construtivas, bem estudadas, para que finalmente consiga atingir o desejado equilíbrio econômico.

Ante a todo o exposto, o mais correto é suprimir o referido art. 1º do Projeto de Lei nº 2.922, de 2000, que revoga o inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, fazendo justiça ao próprio projeto de desenvolvimento econômico do país.



Sala das Comissões, 22 de agosto de 2003.”

Posteriormente, o Relator da questão junto à Comissão de Finanças e Tributação, em seu voto, acolheu integralmente as ponderações apresentadas quando da apresentação da emenda supressiva, asseverando, quanto ao mérito, em seu voto que:

“No tocante ao mérito, julgamos conveniente e oportuna a atual sistemática de amortização do valor do ágio, a qual guarda perfeita harmonia com as normas contábeis e com o tratamento tributário. Como o ágio, decorrente da expectativa de rentabilidade positiva do investimento, pode representar um significativo acréscimo no preço total de negociação da empresa, a sua amortização permite que investimento feito nessa empresa seja diluído em determinado período. Estimulase, assim, o investimento em outras empresas e a reorganização societária, tão importantes num contexto de baixo crescimento econômico do país. O investimento em outras empresas e a reorganização societária contribuem para o fortalecimento das bases da economia nacional.

Acrescente-se ainda que o número de privatizações das empresas estatais a que se referem os autores dos projetos de lei em epígrafe diminuiu significativamente nos últimos anos. Não se deve alterar a legislação tributária vigente com base em argumentos tidos como válidos em outra realidade.”

Aqui, aliás, com a devida vênia, cabe uma crítica à decisão recorrida, que menciona o Projeto de Lei nº 2.922, mas apenas na parte que lhe interessa, que foi a motivação que levou o Deputado Waldemar da Costa Neto a apresentar o projeto. Nada diz que esta justificativa foi inteiramente rechaçada pela unanimidade dos membros da Comissão de Finanças e Tributação, tendo sido, posteriormente arquivada. Isso demonstra a paixão que o debate acerca do tema pode trazer, mas que deve ser rechaçado pelo aplicador do direito.

Na verdade, o Programa Nacional de Desestatização, juntamente com as regras atinentes à dedutibilidade do ágio fizeram parte de todo um contexto para a formulação dos preços ofertados nos leilões de privatização e para as sucessivas reorganizações societárias realizadas pelas empresas objeto da desestatização, servindo como atrativo e motivo para o aumento substancial dos valores auferidos pelo Governo com a privatização.

Noutro giro, a dedutibilidade do ágio e a possibilidade de a empresa realizar a reorganização societária para o seu aproveitamento fez parte do pacote de condições ofertadas às empresas que participaram das privatizações, tendo, todas elas, conforme pesquisa na internet, adotado a política incentivada acima

Contudo, como já justificado, não se vislumbra, no art. 7º da Lei nº 9.532/97, qualquer benefício fiscal. Esta não foi a finalidade de sua edição, como expresso na Exposição de Motivos da Lei.

E, com esta premissa, somente se pode interpretar que, na verdade, os contribuintes visualizaram uma vantagem fiscal ao fixar o preço a ser oferecido no processo licitatório, não se podendo olvidar, porém, que tal vantagem subsistia vinculada aos requisitos legais, quais sejam: a incorporação da investida pela investidora, ou vice-versa, e a existência de ágio pago com fundamento em rentabilidade futura, na forma do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, que exige a guarda de demonstração neste sentido.

No presente caso, porém, somente se verifica, nos autos, às fls. 78/82, *Lauda de Avaliação do Patrimônio Líquido* da IBIDEM S/A (incorporada) em 30/11/2000, no valor de R\$ 429.660.668,91, representativo dos ativos entregues para integralização de seu capital,



mas sem qualquer esclarecimento específico quanto à origem do ágio. Ainda, às fls. 93/118, consta ata de aumento de capital na IBIDEM S/A apontando a existência de laudo de avaliação dos bens conferidos em integralização do aumento de capital no valor de R\$ 850.751.728,82, mas sem qualquer justificativa para a determinação deste valor.

Por sua vez, o alegado “Doc. 04” juntado à impugnação (fls. 1116/1121) corresponde ao mesmo laudo de fls. 78/82, que a partir do balanço patrimonial elaborado pela IBIDEM S/A em 30/11/2000, reconheceu *sua preparação com base nos registros contábeis e atos societários, escriturados e revestidos de acordo com as formalidades legais e fiscais*, atestando, relativamente aos investimentos na COSERN, apenas que eles foram avaliados pelo método da equivalência patrimonial e que representam investimento de R\$ 212.733.456,23, acrescido de ágio a amortizar de R\$ 638.018.272,59 e reduzido por provisão para manutenção da integridade do patrimônio líquido de R\$ 421.092.059,91.

Alegou a recorrente, em sustentação oral, a exigência presente na Lei nº 8.666/93:

Art.53. O leilão pode ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela Administração, procedendo-se na forma da legislação pertinente.

§1º. Todo bem a ser leiloado será previamente avaliado pela Administração para fixação do preço mínimo de arrematação.

[...]

Por sua vez, o *Edital de Alienação de Ações Ordinárias e Preferências de emissão da Companhia Energética do Rio Grande do Norte – COSERN*, publicado em 12/11/97, e juntado por cópia aos memoriais, aponta o preço mínimo de R\$ 389.616.226,16 para ações representativas de 77,92% de seu capital, o qual *foi aprovado pelo Exmo. Governador do Estado do Rio Grande do Norte, através do Decreto nº 13.628, de 07 de novembro de 1997*. No item 2.2 do edital está explicitado que o relatório de avaliação econômica apresentado pela consultoria contratada apresentou valor econômico mínimo de R\$ 475.000.000,00 e o preço mínimo antes referido. Por sua vez, no item 2.3.2.2 do edital consta que o preço mínimo *foi calculado de modo a compensar o deságio do preço fixado para as ações objeto de OFERTA AOS EMPREGADOS, com vistas a manter o VALOR ECONÔMICO MÍNIMO*, sendo que o item 2.3.1.1 acusa que o valor das ações objeto de oferta aos empregados foi quantificado em R\$ 18.580.432,44, representativo de 50% do valor econômico mínimo destas ações.

Em sustentação oral, a recorrente apresentou dois conjuntos de documentos:

- *Relatório dos Consultores*, elaborado em 05/11/97 pelas empresas contratadas pelo Governo do Estado do Rio Grande do Norte, no qual o *preço mínimo para 100% das ações da Cosern*, tomando por referência a situação patrimonial em junho/97 e considerando 10 anos de projeção, *considerando-se a perpetuidade com taxa de crescimento DE 2,5% a.a.*, resultou em valor presente acumulado da empresa em R\$ 579.128 milhões;
- *Relatório de Auditoria Especial*, elaborado por Ernst & Young em 06/11/97, no qual recomenda-se a *adoção do VALOR ECONÔMICO MÍNIMO para a COSERN de R\$ 452.469 mil e PREÇO MÍNIMO*



para o lote de ações pertencentes ao Estado do Rio Grande do Norte de R\$ 371.637 mil.

Aponta o referido relatório que o preço de R\$ 452.469 mil corresponde a 100% das ações da COSERN, sendo 82,135% detidos pelo Estado do Rio Grande do Norte, das quais 7,823% seriam reservadas aos empregados, e o restante, 74,312%, destinadas para o leilão, juntamente com 3,611% detidos pela Eletrobrás. O total de 77,923% das ações destinados ao leilão deveria ser vendida pelo valor mínimo de R\$ 4,003 por ação, ao passo que a oferta aos empregados seria feita pelo valor mínimo de R\$ 1,901, de modo a assegurar o valor médio por ação de R\$ 3,803, decorrente do valor total estimado das ações da COSERN em R\$ 452.469 mil.

Às fls. 86/92, o contrato de compra e venda das ações do Governo do Estado do Rio Grande do Norte acusa que a venda de 79,6% das ações da COSERN foi feita pelo preço total de R\$ 645.057.192,00, em 18/12/97.

Considerando que o único documento que pode ser representativo de rentabilidade futura é aquele antes denominado *Relatório dos Consultores*, que quantifica o valor presente acumulado da empresa em R\$ 579.128 milhões, a aquisição de 79,6% equivaleria à parcela de R\$ 460.985,9 milhões daquele valor. Assim, nem todo o valor pago de R\$ 645.057.192,00 seria justificado por tal avaliação. Ressalte-se, ainda, que o valor pago deveria ser confrontado com o patrimônio líquido da investida para quantificação do ágio, e não representa, por si só, valor amortizável.

Acrescente-se que não há qualquer informação acerca dos valores pagos nas aquisições em ofertas públicas de ações, apenas afirmando a Fiscalização que foi *apurado ágio em todas essas operações*. As Notas Explicativas às Demonstrações Contábeis elaboradas em 31/12/2001 e 2000 também mencionam que o ágio presente no patrimônio da COSERN em razão da incorporação *tem como fundamento econômico a perspectiva de resultados futuros*, mas não faz referência ao documento que dá lastro a esta afirmação (fls. 73/75). Este documento também foi juntado à impugnação, na sequência do *Lauda de Avaliação do Patrimônio Líquido* da IBIDEM S/A (fls. 1121/1123).

Também a Resolução nº 474/2000 da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, que autorizou a incorporação da IBIDEM S/A pela COSERN, dá a entender que o ágio teria fundamento em rentabilidade futura, ao permitir *a amortização do ágio na COSERN, segundo a curva baseada em resultados futuros e no prazo remanescente da concessão, passível de alteração em função dos resultados realizados comparativamente com os dados projetados e apresentados no estudo da concessionária* (fl. 83/84), mas não há, nos autos, qualquer demonstração que lhe dê suporte.

Diante deste contexto, inexistiria nos autos prova suficiente para admitir-se que o ágio amortizado estaria integralmente fundamentado em rentabilidade futura. Relevante observar que a Fiscalização não se ateve aos detalhes da apuração do ágio, mas isto porque entendeu inadmissível sua transferência, em razão da subsistência do investimento original nas adquirentes, e, por consequência a amortização redutora do lucro da autuada. Contudo, a Fiscalização não estava obrigada a construir argumentos subsidiários à sua acusação, se já havia reunido motivação suficiente para o lançamento.

Por esta razão, caso se entenda, ao contrário do que antes exposto, que a amortização do ágio transferido à autuada seria possível, necessário seria que o julgamento

fosse convertido em diligência, para que a autoridade fiscal que jurisdiciona a contribuinte intimasse-a a apresentar os elementos concernentes à determinação dos valores contabilizados como ágio no leilão público e na oferta pública de ações, e sua fundamentação em rentabilidade futura, demonstrando também sua evolução contábil até a sua transferência para IBIDEM S/A e sua incorporação à atuada.

Contudo, diante do direcionamento inicial, no sentido de que o ágio amortizado não reúne as condições expressas na Lei nº 9.532/97 para surtir efeitos na apuração do lucro real, necessário se faz prosseguir na análise para confirmar que tais amortizações também poderiam ser glosadas na base de cálculo da CSLL. A motivação fiscal, para tanto, é a mesma apresentada para a glosa no âmbito da apuração do IRPJ: o ágio foi transferido mediante utilização de empresa veículo, mediante sequência de operações ao final das quais *tudo está como era antes*, subsistindo o investimento inicial no patrimônio das adquirentes Guaraniana S/A, COELBA e Uptick.

Ora, como visto, ao cuidar da qualidade das demonstrações financeiras das companhias abertas, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) já havia identificado a distorção promovida por tais operações, ao final das quais *o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original*. E a solução encontrada para corrigir esta divergência foi, justamente, a constituição de uma provisão para manutenção da integridade do patrimônio líquido, a qual se presta a neutralizar os efeitos do ativo contabilizado em razão da transferência do ágio, exceto em relação ao *benefício fiscal decorrente da sua amortização*, consoante expresso no texto consolidado da Instrução Normativa CVM nº 319/99, alterada pela Instrução Normativa CVM nº 349/2001:

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

A escolha feita pela CVM confirma que o registro sem substância econômica corresponde ao ágio que surge no patrimônio da empresa veículo e, depois, no patrimônio da incorporadora, entendimento que se alinha à conclusão antes expressa acerca da repercussão desta operação no âmbito da apuração do IRPJ, a qual concentra na investidora os efeitos da amortização do ágio por ela originalmente pago.

Diante deste contexto, a neutralização dos efeitos contábeis da amortização do ágio na investida, mediante realização da provisão para manutenção da integridade do patrimônio líquido, justifica a incidência da CSLL sobre os valores amortizados. Em outras palavras, o lucro líquido, base de cálculo daquela contribuição, deve ser aquele apurado contabilmente, tendo em conta não só a dedução da amortização, como também a neutralização de seus efeitos pela realização de provisão criada em razão da ausência de substância econômica do ágio transferido.

Veja-se que a CVM admite o reconhecimento, no resultado, do benefício fiscal que decorreria da amortização do ágio transferido, mediante constituição de uma provisão inferior ao montante do ágio transferido. Mas, como dito, aquela instituição não tem competência para fixar critérios interpretativos de incidência tributária, de modo que evidenciada a indedutibilidade da amortização do ágio transferido, resta sem substância econômica a totalidade deste valor, o que justifica a exigência da CSLL sobre as mesmas bases de cálculo adotadas para o IRPJ.

Quanto aos demais argumentos da recorrente, cabe consignar que:

- A aprovação da ANEEL não se presta a justificar o procedimento desenvolvido para aproveitamento do ágio sem extinção do investimento, pois, como bem destacado, a análise daquela agência leva em conta *a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, bem como a qualidade e continuidade da prestação do serviço público de energia elétrica*, e em nada se correlaciona com a tributação dos resultados obtidos nestas atividades;
- A Instrução Normativa CVM nº 319/99, com as alterações da Instrução Normativa CVM nº 349/2001 não convalida o



procedimento de transferência do ágio, mas sim evidencia a duplicação do efeito econômico do ágio ante a não extinção do investimento;

- A impossibilidade de extinção da Guaraniana S/A e da COELBA não autoriza a adoção de fórmulas alternativas para que a amortização do ágio surta efeitos fiscais. A legislação fiscal, em tais circunstâncias, somente autoriza a dedução do ágio no momento da alienação/liquidação do investimento;
- O registro dos atos na Junta Comercial, a publicação de fato relevante, e a ciência da Comissão de Valores Mobiliários em nada afetam a conclusão exposta, na medida em que se admite a transferência do ágio, e somente rejeita-se os efeitos fiscais de sua amortização, aspecto sujeito à avaliação da fiscalização tributária;
- Não há porque se discutir eventual intenção de *encobrir, enganar ou impedir o conhecimento, pelo Fisco*, das operações em comento, pois não foi imputada, ao contribuinte, a prática de fraude;
- A comprovação de que houve incorporação de ações da COSERN pela IBIDEM S/A é irrelevante, pois o investimento original subsistiu na Guaraniana S/A, na COELBA e na Uptick S/A por seu valor integral, que reúne o ágio inicialmente contabilizado. Logo, aquela operação, associada à posterior incorporação da IBIDEM S/A pela COSERN, somente se prestou a duplicar o ágio no patrimônio desta última, o que não autoriza a sua amortização com efeitos fiscais, vez que subsistente o investimento no grupo formado por Guaraniana S/A, COELBA e Uptick S/A;
- A afirmação, em proposta de emenda a projeto de lei, de que o art. 7º da Lei nº 9.532/97 representou incentivo para que empresas privadas participassem dos programas de desestatização, é insuficiente para atribuir àquele dispositivo a natureza de benefício fiscal, especialmente em face da Exposição de Motivos da lei. É possível que aquela consequência tenha decorrido da lei, mas não que esta fosse a razão de sua edição;
- Na medida em que a amortização do ágio não é incentivo fiscal, são inoponíveis ao Fisco os meios adotados pelo grupo empresarial para superar os alegados obstáculos operacionais para sua fruição;
- Caso o grupo investidor tivesse inicialmente aportado capital em uma empresa veículo, para que esta fizesse a aquisição do investimento com ágio, não é possível afirmar que a incorporação da empresa veículo pela investida autorizaria a amortização do ágio com efeitos na apuração do lucro real, pois a empresa intermediária poderia ser desconsiderada, justamente por não apresentar justificativa outra para sua existência, que não servir como extensão do caixa das reais investidoras;

-
- Desnecessário discutir motivo, finalidade e congruência dos atos se, ao final, há duplicação do efeito do ágio na investidora original e na investida, a confirmar a necessidade de que a incorporação se verifique entre a pessoa jurídica que adquiriu a participação com ágio e a investida;
- Abordar o tema “incorporação de ações” para demonstrar que houve aquisição de participação societária pela IBIDEM S/A é irrelevante, pois o ágio contabilizado neste momento já havia sido formado quando o grupo investidor original contabilizou, em seu patrimônio, o investimento na COSERN. Trata-se de mera transposição temporária do valor daquele ativo para constituição da IBIDEM S/A, pois com a posterior extinção desta, incorporada pela investida COSERN, aquele mesmo ativo voltou a existir no patrimônio da investidora original;
- Casos concretos apreciados em julgamento administrativo não se prestam a afirmar que a Receita Federal determina a tributação do deságio gerado em qualquer operação interna, ainda que sem substância econômica;
- Se a situação concreta aqui em análise fosse de deságio, sua amortização deveria ser excluída da base tributável da COSERN, e o reflexo desta amortização, no patrimônio das investidoras, mediante equivalência patrimonial, deveria ser controlado no LALUR para integrar o custo do investimento em sua alienação ou liquidação.

Quanto à multa isolada, trata-se de penalidade imposta aos contribuintes que, optando pela apuração anual do lucro real, deixem de recolher estimativas ao longo do ano-calendário. Sua aplicação é cabível durante e depois de encerrado o ano-calendário, na medida em que não se confunde com o crédito tributário devido no ajuste anual, sendo irrelevante, inclusive, se o ajuste anual se mostra inferior à soma das estimativas devidas mensalmente. Constatado o descumprimento daquela obrigação acessória, é devida a penalidade aqui exigida, não se verificando cumulação com a multa de ofício, devida em razão da falta de recolhimento do tributo devido no ajuste anual.

Quanto aos juros de mora sobre a multa de ofício, são aqui adotadas as razões de decidir da I. Conselheira Viviane Vidal Wagner expressas em voto vencedor em julgamento proferido em 11/03/2010 na Câmara Superior de Recursos Fiscais, formalizado no Acórdão nº 9101-00.539, para concluir pela legalidade de sua aplicação.

E, quanto à utilização da taxa SELIC como juros de mora, diz a Súmula CARF nº 4: *A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de*



inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Por estas razões, o presente voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.



EDELI PEREIRA BESSA

Voto Vencedor

- **PRELIMINAR**

Conselheiro BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR

Em que pese a conveniência do simultâneo julgamento de matérias afins do mesmo contribuinte, evitando-se decisões divergentes versando sobre situações análogas, o fato de existir outro processo, cujo julgamento foi concluído, não é fator impeditivo de julgamento por este colegiado do presente processo, muito menos implica a replicação de julgado anterior.

Não se vinculam decisões proferidas por órgãos distintos, exaradas no exercício de suas respectivas competências. Juízes distintos podem interpretar os mesmos fatos e as mesmas normas jurídicas de formas diversas, de maneira que exigir que o julgamento de um processo tenha que obedecer a decisão de outro julgado anterior importa afronta à ampla defesa e o contraditório, na medida em que restaria impossibilitada uma parte de argumentar para provar seu alegado direito e as razões de discordar de decisão de outro julgador.

Busca-se, com replicação do julgamento, privilegiar o princípio da segurança jurídica, porquanto as decisões seriam conformes. Impor, porém, que as sentenças se reproduzam de acordo com o entendimento daquele primeiro julgador que decidiu a matéria ensejaria enorme prejuízo a outros caros princípios do Estado Democrático de Direito, como o da ampla defesa e do contraditório.

Se tanto não bastasse, o princípio do livre convencimento do juiz restaria seriamente comprometido, porque os julgadores que sobreviessem ao primeiro estariam condicionados à decisão daquele. Lembre-se que não raras vezes julgadores distintos fundamentam decisões atinentes a situações análogas das mais variadas formas.

Lembre-se que estão prevista no Regimento Interno as hipóteses em que ficam condicionadas as decisões dos julgadores administrativos, não figurando dentre elas, a hipótese de existência anterior decisão, nos autos de outro processo que verse sobre situações análogas para o mesmo contribuinte.

Este tribunal administrativo está vinculado às decisões do Supremo Tribunal Federal e do Supremo Tribunal de Justiça nas hipóteses prevista no artigo 62-A do RICARF, verbis:

“Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF”

Os diversos colegiados do CARF também estão vinculados às súmulas editadas por este Tribunal, conforme inteligência do artigo 72 do RICARF, verbis:

“Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF”.

Com todas as vênias, ainda que se verifique a identidade das razões de fato e de direito, é imperioso admitir que efetivamente não deve haver qualquer vinculação entre os julgados. Isso prejudicaria, por um lado, os já alegados direitos individuais da ampla defesa e do contraditório; e, por outro, engessaria a jurisprudência e negaria o princípio do livre convencimento do juiz.

Além disso, como é pacífico, tanto na esfera judicial como na administrativa, a coisa julgada não alcança os motivos e fundamentos da decisão, ou seja, a apreciação da situação fática não produz efeitos extra processo e, desta forma, não é suficiente para vincular outro órgão julgador, conforme se depreende do disposto no art. 469 do CPC, *verbis*:

“Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.” (destacamos)

Por todo exposto, afasto a preliminar de conexão.

É como voto.

Benedicto Celso Benício Júnior

Voto Vencedor

• **MÉRITO**

Conselheiro CARLOS EDUARDO DE ALMEIDA GUERREIRO.

Conforme o relatório fiscal, em 12/12/1997, a Guaraniana, a Coelba, e a Uptick adquiriram ações da Cosern em leilão público com ágio. Novas aquisições com ágio



ocorreram em ofertas públicas de ações (OPA). Em 30/11/2000, as três empresas integralizaram capital subscrito na Ibidem por meio da transferência das ações da Cosern que detinham. Assim, a Ibidem passou a ser a controladora da Cosern, registrando o investimento com ágio. Em 28/12/2000, a Cosern incorporou a Ibidem e passou a amortizar o ágio.

A fiscalização não admite a amortização do ágio, argumentando que tudo não passou de um *estratagema*, pelo qual *o ágio foi levado das três empresas para a Cosern*, apenas para reduzir a carga tributária da Cosern.

Afirma que o ágio “*pressupõe efetivo pagamento a maior na aquisição de bens ou direitos*” e que no caso concreto se trata de ágio “*meramente escritural*”, sem qualquer pagamento, “*distorcendo por completo a figura deste instituto*”. Desta forma, nega a incidência do art. 385 do RIR/1999, no que tange a integralização feita na Ibidem com as ações da Cosern e ao nascimento do ágio.

Também, argumenta que o art. 386 do RIR/1999 tem por fundamento a extinção do investimento em razão da incorporação, cisão ou fusão de investida e investidora. Diz que o dispositivo trata do *ágio de si mesmo*, que surge quando ocorre a confusão patrimonial. Alega que, no caso concreto, a incorporação reversa não teria uma *motivação econômica* e que, por isso, a unificação patrimonial não existiu. Assim, nega a incidência do art. 386 do RIR/1999 no que tange a incorporação da Ibidem pela Cosern e ao conseqüente direito de amortizar o ágio.

Em resumo, a fiscalização faz o lançamento afirmando que não existiram as condições de nascimento do ágio (art. 385 do RIR/1999) e que não existiram as condições de amortização (art. 386 do RIR/1999).

Por outro lado, a fiscalização não questiona o montante do ágio surgido na integralização, seu fundamento, ou seu laudo. Também, não aponta qualquer óbice específico para a dedução da amortização da base de cálculo da CSLL e nem para o prazo de amortização.

Este é o lançamento contra o qual o contribuinte se insurge e a solução depende da compreensão das regras de tributação e da percepção quanto à forma como elas se relacionam com o direito comercial e a contabilidade.

As regras de tributação utilizam-se de diversos institutos, conceitos e formas (na hipótese de incidência normalmente) e visam efeitos específicos referentes à tributação (na conseqüência). Muitas vezes, estes institutos conceitos e formas são tomados de empréstimo do direito privado ou de qualquer setor da vida e, nesses casos, as regras de tributação definem apenas os efeitos tributários. Outras vezes, não só os efeitos tributários são definidos nas regras de tributação, mas também os próprios institutos, conceitos e formas nelas utilizados.

Portanto, é comum que, além dos efeitos tributários, a legislação tributária determine os próprios institutos, conceitos e formas utilizados nas regras de tributação, definindo-os de modo específico e, portanto, diferente do modo eventualmente adotado por algum ramo do direito. Nesses casos, os institutos, conceitos e formas a serem considerados nas regras de tributação são os por ela definidos.

Este é um aspecto simples, mas fundamental, na compreensão da relação entre a contabilidade (determinada pela legislação comercial) e as regras de tributação.



Também, vale lembrar que a contabilidade é um modo de comunicação de eventos econômicos. Por isso, o mesmo evento econômico pode ser contabilizado de formas diferentes, conforme o interesse do emissário/destinatário da informação contábil. Muitas vezes, a forma de contabilização proposta tem por base um juízo de adequação da comunicação. Assim, mesmo com regras de direito comercial disciplinando a contabilidade, é de sua natureza que exista um espaço de liberdade na forma de contabilizar os fatos econômicos.

De outra banda, o direito tributário disciplina a cobrança de parcela da riqueza dos particulares demonstrada nesses eventos econômicos, devendo observar os princípios constitucionais de tributação e os objetivos específicos da tributação. Por isso a tributação não poderia se submeter à forma de comunicação dos eventos adotada pelo contador de plantão, ou a forma sugerida por autoridades ou órgãos contábeis, principalmente quando se tratar de formas alternativas de registro contábil que visam apenas uma suposta maior adequação da comunicação.

É (também) por isso que a legislação tributária aceita de modo genérico os institutos, conceitos e formas da legislação comercial, mas para garantir os efeitos tributários desejados, muitas vezes disciplina um instituto, conceito ou forma de modo específico.

Por exemplo: 1) as regras de tributação do lucro real adotam o conceito de lucro líquido apurado com observância da lei comercial (art. 248 do RIR/1999), mas diversas regras tributárias ajustam este lucro líquido para fins de tributação; ou 2) as regras de tributação do lucro real determinam a escrituração com observância das leis comerciais e fiscais (art. 251 do RIR/1999) e diversas regras de tributação alteram as definições contábeis das leis comerciais para questões fiscais ou criam adaptações para fins de tributação; ou etc...

Assim, os institutos, conceitos e formas contábeis aceitos pelo direito tributário são apenas aqueles definidos na legislação comercial referendada pelas regras tributárias e desde que não conflitem com definição específica posta em regra fiscal. Caso a legislação tributária defina de modo diferente um instituto, conceito, ou forma, vale a definição fiscal para fins tributários.

O caso do ágio é um dos exemplos em que existe regra tributária específica que define o que é ágio, como deve ser calculado, seus pressupostos (aquisição da participação e fundamento econômico), e como sua amortização pode ser considerada para fins fiscais. Por isso, nesses aspectos, os institutos, conceitos e formas contábeis e as regras de direito comercial são irrelevantes.

Deste modo, para analisar a procedência da autuação é preciso ignorar a lei comercial, bem como a contabilidade dela decorrente, e observar o que dispõem os arts. 385 e 386 do RIR/1999, abaixo transcritos:

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):

...

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;

...

§ 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.

...

Como se vê, o art. 385 do RIR/1999, define o que é ágio, estabelece quando ele surge, disciplina o seu registro e é dele que se extrai os pressupostos do ágio.



O ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Ele surge na aquisição de ações por valor maior que o patrimonial. Tanto faz que o negócio se dê entre pessoas ligadas ou pessoas desconhecidas. Não existe nenhuma restrição no dispositivo sobre a proximidade das partes. Tanto faz que a aquisição decorra de uma compra, ou decorra da aceitação de ações em integralização de capital subscrito. Não existe nenhuma restrição no dispositivo sobre a forma da aquisição e aquisição é gênero, do qual a compra ou a troca, por exemplo, são espécies.

Mas, a legislação tributária exige que o ágio tenha um fundamento econômico (razão de ser da mais valia sobre o valor patrimonial), e exige que este fundamento seja explicitado. A legislação fiscal prevê as formas como este fundamento econômico pode ser expresso (valor de mercado, rentabilidade futura, e outras razões) e como deve ser determinado e documentado.

No entanto, é um grave erro confundir fundamento econômico com pagamento, ou limitar a existência de fundamento econômico às operações com terceiros estranhos ao grupo econômico. Assim, desde que exista fundamento econômico, se as ações são recebidas por valor acima do valor patrimonial, a integralização com ações dá nascimento a ágio, mesmo que o negócio tenha ocorrido entre pessoas ligadas.

Para questionar o fundamento econômico, a fiscalização precisa demonstrar que o montante do ágio ou o fundamento econômico indicado pelo contribuinte não correspondem à realidade. Mas, no presente caso a fiscalização não questionou o montante do ágio, o seu fundamento econômico ou o laudo.

Já o art. 386 do RIR/1999 permite a amortização do ágio (por resultados futuros) se houver a confusão patrimonial entre a investida e investidora. No dispositivo não há qualquer exigência de motivação econômica ou de qualquer espécie para a incorporação. Inclusive, a fiscalização sequer indica que tipo de motivação consideraria necessária. O dispositivo só exige que o ágio seja em razão de resultados de exercícios futuros, nos termos em que dispõe.

Da análise dos arts 385 e 386 do RIR/1999, se percebe que não existem as vedações supostas pela fiscalização. A exigência de *pagamento* e a exigência de *motivação econômica*, feitas pela fiscalização, não existem na lei. Por isso, os fatos descritos pela fiscalização não impedem o nascimento do ágio (art. 385 do RIR/1999) e nem a sua transferência e o direito de amortizá-lo (art. 386 do RIR/1999).

Assim, a interpretação adotada pela fiscalização, que nega a incidência da lei aos fatos que descreve, não é procedente.

Também, é oportuno enfatizar que o Fisco mal fundamenta porque nega os efeitos dos arts. 385 e 386 do RIR/1999. Quanto ao primeiro dispositivo, apenas diz que não houve pagamento, o que faz supor que a autoridade autuante considere que o único modo de aquisição é por compra, o que seria um grave erro. Quanto ao segundo, somente diz não estar presente a motivação econômica da incorporação reversa, sem nem mesmo explicar o que entende por motivação econômica e quando a considera presente.

Há, ainda, um outro aspecto relativo à disciplina legal do ágio que precisa ser enfocado. Afinal, parece estar aí a origem de alguns enganos do Fisco.



De fato, constata-se que a autoridade lançadora afirma que *o ágio amortizado na Cosern é o ágio que existia nas três investidoras*. Mas, tal afirmação é equivocada.

Não é possível confundir o ágio que surgiu nas investidoras quando da aquisição das ações da Cosern com o ágio que surge na Ibidem quando da integralização do capital subscrito pela entrega de ações da Cosern. São ágios diferentes, mesmo que ambos decorram da diferença entre o valor de aquisição e o valor patrimonial das ações da Cosern.

Para bem compreender a regulamentação tributária do ágio, é preciso identificar e distinguir com clareza a situação que dá nascimento a ágio e a situação que implica na transferência de ágio pré-existente. O ágio nasce com uma aquisição e se transfere por uma incorporação reversa, cisão ou fusão.

Também, é preciso não confundir a transferência das ações, por meio de alienações, com a transferência do ágio. A transferência das ações não implica em transferência de ágio, mas em extinção do ágio que havia na alienante e surgimento de novo ágio na adquirente. Já a transferência do ágio ocorre por uma incorporação reversa, cisão ou fusão.

Supor que existe transferência de ágio, quando na verdade existe um novo ágio só pode conduzir a enganos.

Por exemplo, se o novo dono de investimento efetuar uma nova alienação, terá que dar baixa do seu investimento (extinguindo o ágio) e o novo adquirente registrará o seu investimento com ágio. As ações podem ser as mesmas, mas os ágios são diferentes. Quanto mais próximas forem as alienações consecutivas, mais parecidos devem ser os ágios.

Ou seja, quando as ações da investida são alienadas subsequenteemente, a cada alienação nascerá um ágio registrado na contabilidade da adquirente. Mas, são as ações que estão sendo transferidas e não o ágio. Nessas operações o ágio não se transfere. Ele se extingue (na alienante) e nasce (na adquirente), a cada operação. Só existirá transferência de ágio na fusão, cisão ou incorporação da investidora pela investida.

No caso em concreto, ao adquirirem as ações da Cosern, em 1997, as três investidoras registraram cada uma delas um ágio no seu ativo, nos termos do art. 385 do RIR/1999, em razão da aquisição que cada uma fez.

Ao fazerem a integralização na Ibidem, em 2000, alienando as ações da Cosern, as três investidoras dão baixa no antigo investimento (Cosern), apuram o ganho de capital (considerando o valor patrimonial da Cosern e o ágio que pagaram no leilão *versus* o valor das ações que receberam da Ibidem), e registram o novo investimento (Ibidem) sem qualquer ágio. O antigo ágio nascido em 1997, não mais existe.

De outra banda, no momento da aquisição das ações da Cosern, em razão da operação de integralização de capital, em 2000, a Ibidem registra no seu ativo as ações da Cosern pelo valor patrimonial e indica como ágio a diferença deste valor com o valor integralizado, nos termos do art. 385 do RIR/1999. Surge um novo ágio.

A operação feita em 2000 (integralização com ações) tem dois efeitos: extingue o ágio que existia nas investidoras, pois estas alienaram o investimento que tinham na Cosern; e faz surgir um novo ágio na Ibidem, que adquiriu as ações da Cosern.



É este novo ágio na Ibidem é que será **transferido** para a Cosern **em razão da incorporação reversa**. Lá na Cosern, com base no art. 386 do RIR/1999, pode ser amortizado.

Em resumo, do ponto de vista jurídico, o ágio registrado na Ibidem é um novo ágio que nasce apenas no momento em que ela adquiriu as ações da Cosern. Não existe uma transferência jurídica do ágio que havia nas três investidoras para a Ibidem. O que foi transferido foi a titularidade das ações. Sequer em termos econômicos se pode afirmar que exista uma transferência de ágio. Embora, seja possível dizer que quanto mais próximas forem as aquisições das investidoras e a integralização, mas semelhantes devem ser estes ágios.

Assim, **e é este o ponto central da questão**, a disciplina legal a que se submete o novo ágio é decorrente de suas características, e não das características do ágio que existia nas três investidoras. Este ponto é bastante importante na disciplina da matéria e precisa estar presente, para se evitar o erro conceitual cometido pelo Fisco (supor que o ágio amortizado na Cosern é o ágio que existia nas três investidoras), com os seus desdobramentos (pretender aplicar a disciplina legal de um ágio ao outro).

Ainda quanto à legislação tributária sobre ágio, embora não se trate de regra aplicável ao caso concreto, cabe algumas considerações sobre o art. 36 da Lei 10.637, de 2002 (conversão da Medida Provisória nº 66, de 2002). De fato, esta disposição legal é bastante esclarecedora sobre a licitude de operação de integralização com ações de outra empresa e sobre o nascimento de ágio. Vale a transcrição:

Art. 36. Não será computada, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da pessoa jurídica, a parcela correspondente à diferença entre o valor de integralização de capital, resultante da incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica que efetuar a subscrição e integralização, e o valor dessa participação societária registrado na escrituração contábil desta mesma pessoa jurídica.

§ 1º O valor da diferença apurada será controlado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e somente deverá ser computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido:

I - na alienação, liquidação ou baixa, a qualquer título, da participação subscrita, proporcionalmente ao montante realizado;

II - proporcionalmente ao valor realizado, no período de apuração em que a pessoa jurídica para a qual a participação societária tenha sido transferida realizar o valor dessa participação, por alienação, liquidação, conferência de capital em outra pessoa jurídica, ou baixa a qualquer título.

§ 2º Não será considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação, observadas as condições do § 1º.

Como se vê, este dispositivo, revogado pela Lei 11.196, de 2005, permite expressamente diferir o ganho de capital, decorrente alienação de investimento por



integralização com ações de outra empresa. Também, cabe notar que, se há ganho na empresa que faz a alienação, haverá nascimento de ágio na empresa que adquire as ações. Ainda, cabe perceber que não existe na lei qualquer restrição à que a integralização seja feita em empresa do grupo ou em empresa constituída apenas para receber o investimento.

Portanto, também o art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, consagra a legalidade da conduta do contribuinte.

No que tange a afirmação da fiscalização de que tudo não passou de um estratagema dos envolvidos para reduzir a tributação da Cosern, importante frisar que a circunstância das pessoas envolvidas agirem intencionalmente para registrar um ágio na Ibidem e depois transferir e amortizar este ágio na Cosern não opera em detrimento do contribuinte, porque todos os atos praticados estão de acordo e dentro da lei. Todos os atos foram lícitos e a fiscalização não conseguiu infirmar nenhum deles.

Além disso, considerando os fatos tal como descritos pelo próprio Fisco, se percebe que o contribuinte, para efetuar as operações que fez, não ocultou e nem falseou nenhum elemento. Por isso não há reparos a fazer na atuação do contribuinte, mesmo que esta tenha tido o fito específico de um resultado fiscal determinado.

O sistema jurídico permite que as pessoas possam dispor de seus bens, de sorte que as alienações das ações da Cosern, feitas pelas três investidoras, são válidas. O sistema jurídico permite que o capital subscrito na Ibidem seja integralizado com as ações da Cosern. É a lei que reconhece o nascimento do ágio pela integralização com ações de capital subscrito, se há diferença entre o valor patrimonial das ações entregues e o valor pelo qual são adquiridas. É a lei que permite a transferência do ágio e sua amortização, quando da confusão patrimonial da investida e investidora, se o ágio decorre de resultados futuros.

Enfim, o fato dos atos praticados visarem extinguir o ágio nas três investidoras, fazer nascer um novo ágio na Ibidem, e transferir este ágio para a Cosern, não vicia tais operações porque todas elas são admitidas pelo direito.

Diferente seria se algum ato do contribuinte estivesse travestido de outro ou que fatos fossem ocultados do Fisco, por qualquer meio. Mas, este não é o caso.

Se a fiscalização tinha alguma suspeita sobre o laudo, sobre o montante do ágio, ou sobre o fundamento econômico indicado, deveria ter demonstrado o erro ou farsa do contribuinte. Mas, o Fisco nada fez nesse sentido, o que obriga a considerar que estes aspectos da questão estão corretos.

Outra tese do Fisco que merece análise é a de que os atos praticados poderiam ser desconsiderados, porque não teriam conteúdo econômico (ou propósito negocial), já que teriam sido praticados com o único objetivo de economia tributária. Porém, tal afirmativa está em descompasso com o ordenamento jurídico.

Como se vê, em última análise, a afirmação do Fisco consiste em sustentar que o planejamento tributário é proibido e que a economia tributária só é admissível se for accidental. Apenas por isso, já se percebe a improcedência do argumento. Mas, a análise da tese do Fisco confirma o equívoco desta interpretação da fiscalização, pois nem esta motivação vicia o negócio e nem existe lei atribuindo tal efeito.



As razões de ordem subjetiva que levam a pessoa a concluir algum negócio jurídico denominam-se motivos. Já o efeito que o negócio produz nas esferas jurídicas dos partícipes chama-se causa ou função econômica do negócio. Assim, independente da causa do negócio jurídico, se ele é praticado visando redução da carga tributária, pode-se dizer que o motivo do negócio foi economia fiscal.

Conforme o Código Civil, apenas o motivo ilícito (se for determinante do negócio e comum às partes) implica em nulidade (inciso III, art. 166 do CC). Mesmo assim, tal nulidade precisa ser declarada por um Juiz.

No entanto, salvo disposição de lei em contrário, não há como supor que a intenção de economizar tributos é ilícita. Assim, o inciso III, art. 166 do Código Civil não poderia ser aplicada sequer por juízes aos negócios jurídicos pelos quais a pessoa executa seu planejamento tributário. E, muito menos, poderia ser aplicada pela fiscalização, para efetuar lançamento de ofício.

De outra banda, não existe regra federal ou nacional que considere negócio jurídico inexistente ou sem efeito se o motivo de sua prática foi apenas economia tributária. Somente se existisse uma lei com este conteúdo é que a fiscalização poderia desconsiderar os efeitos jurídicos dos negócios praticados por economia tributária.

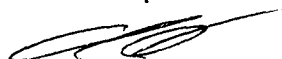
Por oportuno, vale destacar que, considerando que em diversos ramos de atividade econômica a carga tributária pode chegar a mais de 30% do faturamento, seria improvável existir regra afastando a possibilidade de planejamento, racionalização, ou organização de atividades, cujo objetivo fosse economia tributária. Isso sem falar na insegurança jurídica que tal regra traria, em razão da quase impossibilidade de se identificar objetivamente os efetivos motivos pelos quais as pessoas praticam os negócios jurídicos, já que estes são de ordem subjetiva.

Vê-se, portanto, que a pretensão da fiscalização de não reconhecer negócios jurídicos praticados para buscar efeitos fiscais, a par da insegurança jurídica que impõe, não tem qualquer amparo no sistema jurídico. O planejamento fiscal não é proibido e a previsibilidade da tributação é um dos seus aspectos fundamentais, que não pode ser afetado por uma atuação do Fisco sem amparo na legislação pátria.

Por fim, ainda falta tratar de outro aspecto que subjaz oculto na presente lide. Trata-se da possível argumentação de que na operação em tela existiria abuso de direito e que isso afastaria a legalidade da operação, permitindo o lançamento efetuado.

Ora, a figura do abuso de direito é louvável e pode ser aplicada pela Justiça para solução de alguns litígios. Mas, não existe na legislação tributária federal e nacional a previsão de lançamento de ofício decorrente de afastamento de lei, por o Fisco entender que houve abuso de direito. Não existe previsão legal para o Fisco utilizar a figura do abuso de direito para efetuar lançamentos de ofício. Também, não existe permissão para o Fisco desconsiderar situações jurídicas constituídas, ao argumento de ter havido abuso de direito. Ao contrário, o lançamento se rege pelo princípio da estrita legalidade e é atividade vinculada à lei; e a lei não pode ser afastada por alegações subjetivas de abuso de direito.

O Executivo não tem o poder de afastar a lei, mas sim de executá-la, sob pena de subversão do princípio da legalidade. Se os atos praticados são lícitos e permitidos por lei, se não são falseados ou ocultados do Fisco pelo contribuinte, a fiscalização deve reconhecer e



respeitar os seus efeitos tributários. A previsibilidade da tributação, garantida pelo princípio da legalidade, é um dos seus aspectos fundamentais e não pode ser violada por juízos subjetivos do agente fiscal de abuso de direito.

Para efetuar o lançamento, a fiscalização não precisa (e nem pode) recorrer às figuras de direito civil, utilizadas por juizes imparciais para soluções de litígios entre as pessoas. O Fisco não precisa (e nem pode) recorrer às figuras da simulação, abuso de direito, fraude a lei ou demais previstas no Código Civil, que são utilizadas pela justiça para resolver litígios.

A fiscalização tem poderes específicos e disciplinados na legislação tributária. Tais poderes, permitem façanhas semelhantes (mas não idênticas) às atribuídas aos juízes pelo Código Civil.

Para efetuar o lançamento, a fiscalização pode apontar os fatos que entende ocorridos, pode afastar os que entende não ocorridos ou falseados, pode aplicar o direito que entende aplicável aos fatos verificados, e pode cobrar o tributo conforme sua convicção, sem ter de recorrer a qualquer figura do Código Civil. A única exigência da lei é que o Fisco comprove os fatos que confirmam o direito que aplica. Mas, isso não ocorreu no caso concreto.

A segurança jurídica, ao lado da justiça, é um dos pilares do sistema jurídico.

Por todas estas razões, voto pelo provimento do recurso voluntário.



Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro