



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

**Processo n°** 10480.723383/2010-76  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1301-000.999 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 07 de agosto de 2012  
**Matéria** IRPJ-CSLL  
**Recorrente** Companhia Energética de Pernambuco  
**Recorrida** Fazenda Nacional

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2007 e 2008

**DECADÊNCIA** - Na hipótese de fato que produza efeito em períodos diversos daquele em que ocorreu, a decadência não tem por referência a data do evento registrado na contabilidade, mas sim, a data de ocorrência dos fatos geradores em que esse evento produziu o efeito de reduzir o tributo devido.

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

Ano-calendário: 2007 e 2008

**INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO – ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. INOCORRÊNCIA DE SIMULAÇÃO, ABUSO DE DIREITO OU ABUSO DE FORMA** - No contexto do programa de privatização, a efetivação da reorganização de que tratam os 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.

**TRIBUTAÇÃO REFLEXA – CSLL** - A decisão prolatada no lançamento matriz estende-se ao lançamento decorrente, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Primeira Seção de Julgamento, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso voluntário, nos termos

do relatório e voto proferidos pelo Relator. Vencido o conselheiro Wilson Fernandes Guimarães.

(documento assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior

Presidente

(documento assinado digitalmente)

Valmir Sandri

Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros: Alberto Pinto Souza Junior, Wilson Fernandes Guimarães, Paulo Jakson da Silva Lucas, Valmir Sandri, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

## Relatório

Cuida-se de autos de infração lavrados para formalização e exigência de créditos tributários, referentes ao Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido dos anos calendário de 2007 e 2008. O procedimento fiscal deu-se em continuidade ao que resultou autos de infração discutidos no Processo nº 19647.010151/2007-83, alcançando os períodos de 2001 a 2006.

As infrações apontadas no Termo de Encerramento Parcial de Ação Fiscal (fls. 28 a 47) foram: (a) falta de adição, na apuração do lucro real, de despesas não dedutíveis (amortização de ágio); (b) compensação indevida de prejuízo e de base de cálculo negativa da CSLL; e (c) falta de recolhimento de estimativas mensais.

A compensação indevida de prejuízos e de bases negativas da CSLL resultou dos ajustes procedidos nos saldos de prejuízos fiscais e bases negativas, nos autos do processo nº 19647.010151/2007-83.

No procedimento fiscal precedente (anos-calendário de 2001 a 2006), a fiscalização acusou a empresa de ter deduzido indevidamente, na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, amortização de ágio, dedução que se manteve nos anos-calendário de 2007 e 2008.

Os fatos que resultaram nessa amortização de ágio foram os seguintes:

a) Em 17/02/2000, o grupo formado pelas empresas ADL Energy S.A., Caixa de Previdência dos funcionários do Banco do Brasil–PREVI e BB – Banco de Investimento S.A., através de processo licitatório de leilão de privatização, adquire 56.749.987.181 (cinquenta e seis bilhões, setecentos e noventa e quatro milhões, novecentos e oitenta e sete mil, cento e oitenta e uma) ações ordinárias da Celpe, representativas de 89,60% do capital votante e 79,62 do capital total, tendo sido a aquisição efetuada com expressivo ágio;

b) Conjuntamente com a empresa 521 Participações S.A., representante dos empregados da Celpe, à qual, nesse processo licitatório de privatização, ficou reservada a aquisição de parte das ações, essas empresas constituem novo grupo de controle da Celpe, detentoras de 94,94% do capital votante e 84,38% do seu capital total;

c) Os adquirentes das ações da Celpe participavam indiretamente de outras empresas de energia elétrica, através da holding operacional Guaraniana (antiga Neoenergia), sociedade de que eram sócios.

d) Em 27/12/2000, em reunião do Conselho de Administração da empresa Guaraniana: (i) registra-se o interesse do “novo grupo de controle” em deduzir na Celpe a amortização do ágio pago na aquisição de suas ações, para o que seria necessária a junção das empresas, por incorporação (direta ou “às avessas”); (ii) aprova-se a estratégia a ser utilizada para esse fim sem extinguir as controladoras, o que era impraticável, em razão do seu objeto social e de serem detentoras de outros ativos<sup>1</sup>; (iii) aprova-se aumento de capital na

<sup>1</sup> A estratégia aprovada compreendia a transferência das ações da Celpe (com o ágio) para a Guaraniana, a posterior transferência dessas ações para a Liecester, cujo patrimônio seria constituído apenas dessas ações, e a incorporação da Liecester pela Celpe, possibilitando o aproveitamento do ágio.

Guaraniana no montante de R\$ 1.926.499.796,00, mediante a emissão de 1.926.499.796 ações ordinárias ao preço unitário de emissão de R\$1,00, subscrito pelas empresas controladoras, e integralizadas, à vista, com as ações de emissão da Celpe, adquiridas com ágio;

f) Em 28/06/2001, o Conselho de Administração da Guaraniana autoriza a aquisição das ações representativas de 99,99% do capital da Leicester e a subsequente subscrição de capital desta, com integralização (pela Guaraniana) das ações de emissão da Celpe, de sua propriedade;

g) em 29/06/2001, a empresa ACAL Consultoria e Auditoria S/C apresenta Laudo de Avaliação de Ações da Celpe (então) de propriedade da Guaraniana, para serem utilizadas na integralização de aumento de capital na Leicester, que conclui ser o valor patrimonial (valor líquido contábil) das 63.604.631.279 (sessenta e três bilhões, seiscentos e quatro milhões, seiscentos e trinta e um mil, duzentas e setenta e nove) ações nominativas (ordinárias e preferenciais), sem valor nominal, de emissão da Celpe, na data base de 31/05/2001, de R\$ 2.042.399.043,76 (dois bilhões, quarenta e dois milhões, trezentos e noventa e nove mil, quarenta e três reais e setenta e seis centavos), conforme quadro abaixo:

Descrição	Valor em 31/05/2001- R\$
Investimento por equivalência patrimonial	547.944.825,78
Ágio sobre investimento a amortizar	1.494.454.217,98
	2.042.399.043,76

h) em 30/06/2001, as ações de emissão da Celpe de titularidade da Guaraniana são transferidas para a Leicester, cujo patrimônio fica integrado apenas por essas ações;

i) em 31/07/2001, Assembléia Geral da Leicester aprova os seguintes atos: (i) protocolo de sua incorporação pela Celpe, firmado em 09/07/2001; (ii) justificação da operação e (iii) aprovação da incorporação com base nas condições constantes do protocolo;

j) realizada a incorporação da Leicester, as ações de sua emissão que eram detidas pela sua controladora (única acionista, a Guaraniana) são substituídas por igual quantidade de ações de emissão de sua incorporadora (a Celpe) a serem recebidas pela Guaraniana;

k) em decorrência, o capital da Celpe foi aumentado e posteriormente reduzido em valores idênticos de R\$ 1.019.601.299,47; com a emissão de 63.604.631.279 novas ações de titularidade da Guaraniana e cancelamento de 63.604.631.279 ações que integravam o patrimônio da sociedade incorporada (a Leicester);

l) essa operação de incorporação resultou, na Celpe, a constituição de um ativo diferido amortizável no valor de R\$ 1.494.454.217,98, equivalente ao valor do ágio pago na aquisição de suas ações, em contrapartida de um passivo (ou conta redutora do ativo) titulado como Provisão para Manutenção da Integridade do Patrimônio Líquido (no valor de R\$ 999.311.198,14) e de um patrimônio líquido, na conta de reserva especial de ágio (correspondente a diferença entre o ágio e a provisão constituída, igual a R\$ 495.143.019,84).

A fiscalização entendeu que essas reorganizações societárias foram artificiosas, com o único objetivo de obter o benefício fiscal da amortização do ágio na Celpe. Entendeu ter havido prática de atos com excesso de forma jurídica e abuso de direito,

simulação de reorganizações societárias para se produzir uma despesa dedutível, a reboque de uma norma legal que não contempla tal benefício na forma como foi executada, caracterizando-se a prática de atos ilícitos por abuso do direito.

Identificou, na série de ações realizadas, as seguintes situações apontadas por Marco Aurélio Greco como “operações preocupantes”: (a) operações estruturadas em seqüência em curto intervalo de tempo”; (b) “deslocamento da base tributável”; (c) “operações invertidas”; (d) “uso de sociedade”; (e) “aquisição de ágio em si mesmo”; (f) “operações entre partes relacionadas”.

Tratando o caso como planejamento inoponível ao fisco, a fiscalização glosou a dedução das despesas com a amortização do ágio nos anos calendário de 2001 a 2006 (nos autos do processo nº 19647.010151/2007-83), 2007 e 2008 (neste processo).

Em sua impugnação, a interessada suscitou a decadência. Sobre a amortização do ágio, alegou que as operações foram realizadas com o objetivo a fruição do “benefício fiscal da despesa com a amortização do ágio gerado na aquisição das participações societárias”, previsto no art. 386 do RIR, de 1999, porquanto não existiria outra “forma jurídica possível” para seu aproveitamento. Disse que o aporte de ações com ágio na Leicester foi realizado em conformidade com a legislação, sem qualquer tipo de ilegalidade, tendo sido devidamente registrada e documentada, e com prévia autorização da agência reguladora do setor de energia elétrica (ANEEL).

Aduziu que o caso não se enquadra nas hipóteses de planejamento inoponível ao fisco, segundo a doutrina de Marco Aurélio Greco, pois nas reestruturações realizadas estão presentes as particularidades reclamadas pelo doutrinador, de correspondência ao motivo, à finalidade e à congruência do negócio jurídico, não havendo que se falar em falta de propósito negocial ou ausência de pressuposto econômico.

Afirmou ter havido equívoco quanto à valoração de determinados fatos, quais sejam, “procedimentos num curto intervalo de tempo”; “deslocamento da base tributável”; “operações invertidas (incorporação às avessas); “uso de sociedades (uso de empresa veículo; uso de sociedade efêmera); “aquisição de ágio de si mesma”; “operações entre partes relacionadas”.

Imputou equivocada a interpretação dada ao art. 385, II, do RIR, de 1999, pois que não existe justificativa “para se exigir pagamento para que seja válido o custo de aquisição da participação societária”. Afirmou não estarem presentes os vícios de abuso de direito, fraude à lei e simulação.

Especificamente sobre a multa isolada pelo não pagamento das estimativas mensais, argumentou que sua aplicação não seria possível após o encerramento do ano-calendário, bem como ser impossível aplicá-la de forma cumulativa com a multa por falta ou insuficiência no recolhimento do imposto.

Contestou a utilização da taxa Selic para fins de quantificação dos juros de mora.

A Terceira Turma de Julgamento da DRJ em Recife julgou improcedente a impugnação, em decisão assim ementada:

*ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL*

*Ano-calendário: 2007, 2008*

*INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. INCOMPETÊNCIA PARA APRECIACÃO.*

*As autoridades administrativas são incompetentes para apreciar arguições de inconstitucionalidade de lei, tarefa privativa do Poder Judiciário.*

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

*Ano-calendário: 2007, 2008*

*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 do 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. IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA. FALTA DE RECOLHIMENTO.*

*A tributação com base no lucro real anual sujeita a pessoa jurídica a antecipações mensais do imposto, calculadas com base em estimativa. O não recolhimento, ou o recolhimento a menor, da antecipação enseja a aplicação de multa de ofício isolada.*

*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 ao IRPJ devido e não pago ao final do período, haja vista as respectivas hipóteses de incidência cuidarem de situações distintas.*

*ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO*

*Ano-calendário: 2007, 2008*

*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 tenha ocorrido em data anterior a este marco.*

*TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.*

*A decisão prolatada no lançamento matriz estende-se ao lançamento decorrente, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.*

*Impugnação Improcedente*

*Crédito Tributário Mantido*

Especificamente sobre a dedução da amortização do ágio, os argumentos contidos no voto condutor, em resumo, são os seguintes:

- as contrapartidas da amortização de ágio, em regra, não são dedutíveis na apuração do IRPJ e da CSLL, sendo, porém, possível, 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;

- o benefício não surge no momento da aquisição da participação societária com ágio;

- no caso em questão não houve qualquer liquidação/extinção de investimento adquirido com ágio, por meio de fusão, cisão ou incorporação, pois efetivamente, não houve unificação patrimonial;

- a participação societária que a Guaraniana possuía na Celpe no início das operações (63.604.631.279 ações), continuou existindo ao final do processo de reestruturação, apenas com a seguinte diferença: na Guaraniana, antes, o custo de aquisição do investimento estava desdobrado em valor de investimento (calculado por meio de equivalência patrimonial) e valor do ágio, que, ao final, ficou embutido no valor do investimento; enquanto na Celpe escriturou-se uma conta de ativo diferido (em contrapartida de uma conta de reserva, no Patrimônio líquido, para ser amortizada, reduzindo a base do IRPJ e da CSLL - com efeito, contabilizou-se o ágio na investidora e na investida;

- não se pode dizer que tenha havido “custo de aquisição” (art. 385 do RIR, de 1999) na integralização do capital da Leicester, pela Guaraniana: “criou-se” um ágio meramente escritural, que, depois da incorporação da Leicester pela Celpe, passou a ser amortizado e deduzido (contrapartida), de forma indevida, na apuração do IRPJ e da CSLL;

- nesse quadro, independentemente da existência de “propósito negocial” das operações, o certo é que não se perfizeram as condições estabelecidas nos referidos dispositivos para dedução da amortização do ágio;

- é indiscutível que as citadas operações tiveram como único objetivo o aproveitamento do ágio gerado na aquisição da Celpe - indedutível de antemão - o que resta evidente ante as afirmações, consignadas na Ata da Reunião nº 014/2000 do Conselho de Administração da Guaraniana S.A. (controladora da Celpe), realizada no dia 27/12/2000;

- esses tipos de operações, em que se utiliza “empresa veículo” - como a Leicester - com o objetivo de se obter ganhos tributários, já foi inclusive objeto de crítica pela Comissão de Valores Mobiliários, que reconhece, em sua implementação, distorção à legislação societária, no trecho inicial da nota explicativa à Instrução CVM nº 349, de 06 de março de 2001, que alterou a redação da Instrução CVM nº 319;

- é indiscutível que as operações realizadas não tiveram propósito negocial, tendo sido engendradas com o único objetivo de obter-se vantagem na esfera tributária.

Ciente da decisão em 09 de junho de 2011, a interessada ingressou com recurso em 08 de julho.

Em síntese, repete e enfatiza as alegações articuladas perante a instância *a quo*, inclusive no tocante à decadência/preclusão da possibilidade de o fisco questionar os atos societários que deram origem ao ágio. Especificamente sobre essa prejudicial, afirma que o ágio, como elemento contábil e societário surgiu em 17 de fevereiro de 2000, com o aumento de capital da Guaraniã, tendo sido posteriormente transferido à Leicester, e posteriormente à Celpe, em 09 de julho de 2001, com a incorporação daquela sociedade, passando a partir daí a produzir efeitos tributários.

Diz que o fisco não poderia efetuar lançamentos sobre fatos pretéritos, já consumados em razão do decurso do prazo decadencial, para alcançar efeitos decorrentes desses fatos em períodos subseqüentes. Invoca os Acórdãos 107-06.572, 108-09.501, 107-06.061 e 101-85.155/93, como a ampararem sua tese.

Contesta a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Valmir Sandri, Relator

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos para a sua admissibilidade. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Como se viu do relatório, o presente litígio tem por matéria de fundo a dedução de despesas com a amortização de ágio surgido na aquisição de ações da Celpe, em processo de licitação pública promovida pelo Estado de Pernambuco, efetivada em 17 de fevereiro de 2000.

Inicialmente, postula a Recorrente a impossibilidade de o fisco efetuar lançamentos sobre fatos pretéritos, já consumados em razão do decurso do prazo decadencial, uma vez que o ágio, como elemento contábil e societário, teria surgido em 17 de fevereiro de 2000. No seu entender, numa fiscalização levada a efeito em 2010, a Autoridade Fiscal não poderia questionar os atos societários que deram origem ao ágio, na medida em que esse direito já teria precluído.

Na análise da decadência envolvendo fatos pretéritos com repercussão futura, a primeira distinção a ser feita é quanto ao fato que está repercutindo, a fim de avaliar se o lançamento que está sendo efetuado (por repercussão do fato pretérito) implica alteração de resultado fiscal alcançado pela decadência.

Sendo mais claro, não pode a fiscalização glosar compensação de prejuízo fiscal (ou base de cálculo de CSLL negativa) de período anterior, já alcançado pela decadência, porque isso implicaria em revisão de lançamento daquele período pretérito<sup>2</sup>.

No presente caso, o fato pretérito que está repercutindo no lançamento não é o resultado fiscal de período anterior, mas reorganização societária que a fiscalização imputou artificiosa e simulada, para produzir uma despesa dedutível. E o que está sendo objeto de lançamento não são os atos societários, eis que a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por seus agentes, não valida ou invalida atos societários, mas analisa sua repercussão frente à legislação tributária e exige os tributos porventura deles decorrentes.

Em situação análoga, a ex-conselheira Sandra Faroni, no Acórdão 1101-00113 proferiu o seguinte voto:

*“Uma reflexão sobre a decadência argüida no presente recurso me levou à conclusão que a matéria exige a análise de uma questão prévia, qual seja: definir se os fatos registrados na contabilidade do contribuinte há mais de cinco anos convolvam-se em verdadeiros pelo decurso do prazo, independentemente de prova.*

*O art. 37 da Lei nº 9.430, de 1996 dispõe que os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros,*

<sup>2</sup> A apuração de prejuízo fiscal (ou de base negativa de CSLL) resulta da determinação da matéria tributável, compreendida no procedimento do lançamento, conforme art. 142 do CTN.

*serão conservados até que se opere a decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário. Tal dispositivo permite concluir que os fatos registrados não se convolam em verdadeiros pelo decurso do prazo, devendo ser provados.*

*Se a Fazenda alcança a prova da inveracidade dos fatos registrados, os efeitos desses fatos podem ser glosados, porém o lançamento fica limitado ao período não alcançado pela decadência.*

*Assim, a decadência não tem por referência a data do fato registrado na contabilidade, mas sim, a data de ocorrência dos fatos geradores em que esse fato produziu o efeito de reduzir o tributo devido.*

*Como a autoridade limitou-se a lançar os tributos relativos aos períodos não alcançados pela decadência, rejeito a preliminar suscitada”.*

Esse também tem sido meu entendimento, com base no qual rejeito a preliminar de decadência suscitada pela contribuinte.

Afastada a decadência, passo a analisar o ponto fundamental do litígio, que é a dedução da amortização do ágio.

Como visto do relatório, a questão gira em torno da dedução da amortização do ágio com base nos artigos 7º, inciso III, e 8º, da Lei nº 9.532, de 1997. A norma foi editada no bojo do Programa Nacional de Desestatização, implementado na década de 90, e teve por objetivo tornar mais atrativos os leilões para alienação das empresas estatais para obter um melhor preço, com inegável característica de benefício fiscal indutor de um comportamento.

Efetivamente, antes da edição da Lei nº 9.532/1997, o ágio na aquisição de investimento somente tinha efeitos fiscais na tributação do ganho ou perda de capital quando de sua alienação (DL nº 1.598/77, art. 33), sendo sua amortização fiscalmente neutra (era adicionada no LALUR).

Entretanto, essa situação foi alterada pela Lei nº 9.532, de 1997, que dispôs:

*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 n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977:*

(...)

*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<sup>3</sup>, 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)*

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

<sup>3</sup> Ágio com fundamento na rentabilidade futura 2 de 24/08/2001

*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.*

A motivação que levou o legislador a editar esta norma reguladora do agir no contexto do PND foi aumentar as ofertas dos participantes do leilão das empresas desestatizadas, mediante a garantia aos investidores da dedutibilidade do ágio pago na aquisição das empresas. Porém, especialmente na privatização das concessionárias de serviços públicos, a norma não alcançaria seu objetivo se não houvesse a permissão para a utilização de incorporação invertida e de empresas veículo.

A possibilidade de dedução da amortização é condicionada à junção dos patrimônios. Como os licitantes, na quase totalidade dos casos, são grupos de empresas dos mais diversos setores da economia (grandes construtoras, seguradoras, fundos de previdência, bancos de investimentos, etc.), a junção patrimonial direta, para utilização do benefício, seria impossível.

É curial que não era objetivo do PND extinguir as empresas concessionárias de serviços públicos. Por isso, a previsão expressa da possibilidade de operação invertida (a investida absorvendo a investidora).

Por seu turno, as investidoras também não têm interesse em serem extintas, e mais, podem ter limitações regulatórias específicas, que impeçam a junção patrimonial.

Assim, a única forma de viabilizar a utilização do benefício é concentrar a participação societária adquirida (com ágio) no leilão numa empresa veículo (sociedade com propósito específico), a qual seria incorporada pela investida.

Por isso, no contexto do PND, além de prever expressamente a possibilidade de operações invertidas (art. 8º da Lei nº 9.532/97), a Lei nº 9.491/97, que alterou os procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização - PND, em seu art. 4º, permitiu a utilização de várias estruturas societárias possíveis para a implementação da política, inclusive por meio de empresas veículos, como as subsidiárias integrais. A conferir:

Lei nº 9.491/97

*Art. 4º- As desestatizações serão executadas mediante as seguintes modalidades operacionais:*

*I-alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações;*

*II-abertura de capital;*

*III-aumento de capital, com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição;*

*IV-alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações;*

*V-dissolução de sociedades ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a conseqüente alienação de seus ativos;*

*VI-concessão, permissão ou autorização de serviços públicos.*

*VII - aforamento, remição de foro, permuta, cessão, concessão de direito real de uso resolúvel e alienação mediante venda de bens imóveis de domínio da União. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.161-35, de 2001)*

*§1º- A transformação, a incorporação, a fusão ou a cisão de sociedades e a criação de subsidiárias integrais poderão ser utilizadas a fim de viabilizar a implementação da modalidade operacional escolhida. (destaquei)*

Portanto, operações como as ora submetidas a julgamento nada têm de planejamento ilícito ou inoponível ao fisco, sendo, ao contrário atuações induzidas pelo Poder Público.

Além de a possibilidade de dedução do ágio permitido pelo artigo 7º da Lei nº 9.532/97 ter sido uma forma encontrada pelo Governo de incrementar os preços das ofertas nos leilões de privatização (conduta induzida), o normativo deixou ao inteiro talante dos contribuintes o momento de obter o aproveitamento fiscal do sobrepreço pago (opção fiscal), ao vincular a dedutibilidade do ágio a partir do evento incorporação, fusão ou cisão.

A criação de empresas veículos para se alcançar determinado efeito é bastante comum em direito societário. A operação societária objeto do presente estudo, envolvendo as empresas que fizeram parte da privatização, foi amplamente analisada e regulada pela CVM, por intermédio da Instrução CVM nº 349/01, que alterou a Instrução CVM 319/00, inclusive sob o aspecto do uso de uma empresa veículo.

A exposição de motivos da Instrução CVM nº 349/01, demonstra que a CVM regulou toda a operação em tela, de modo a ajustar eventuais distorções não pelo aspecto da incorporação em si, mas sim pela previsão legal quanto à dedutibilidade do ágio, a saber:

*"... a criação da empresa veículo e a transferência, para esta, do investimento original e, também, do ágio permitiram que, através desse modelo de incorporação, houvesse a possibilidade do seu aproveitamento fiscal, fazendo surgir, contabilmente, uma espécie de crédito tributário fundamentado na diminuição futura do imposto de renda e da contribuição social, em virtude da possibilidade da amortização desse ágio. Portanto, esse benefício fiscal é a única parcela do ágio que poderá ser aproveitada na controlada e que tem substância econômica. Essa é também a parcela do ágio que a CVM vem entendendo, conforme estabelecido na Instrução CVM nº 319, que pode ser capitalizada em proveito exclusivo do controlador. É, portanto, somente essa parcela com substância econômica que pode ser considerada um ativo e que poderia vir a ser capitalizada.*

(...)

*Em decorrência, o art. 1º da nova Instrução veio preencher essa lacuna ao determinar, em última análise, que o ágio na incorporação da controladora, cujo fundamento tenha sido perspectiva de rentabilidade futura ou mesmo direitos de concessão, seja reconhecido nas demonstrações contábeis da incorporadora apenas pelo montante do benefício fiscal esperado. O referido artigo permite também que, para fins de divulgação, esse benefício fiscal seja classificado, de acordo com*

*a sua natureza e prazo de realização, em conta específica do ativo circulante e do realizável a longo prazo.*

*Essa forma de classificação, como crédito tributário, visa registrar a essência econômica do direito realizável, qual seja, a possibilidade da sua transformação em fluxo positivo de caixa em decorrência da dedutibilidade fiscal. Deve ter, portanto, o tratamento de um Ativo Fiscal Diferido sujeito às regras de reconhecimento e divulgação previstas na Deliberação CVM nº 273/98.*

Esta norma da CVM vem apenas corroborar o fato de que, na situação concreta em análise, estamos diante da figura das condutas "desejadas ou induzidas" pelo ordenamento e de condutas "positivamente autorizadas" pelo ordenamento.

No voto condutor da decisão recorrida, afirma o Relator que esses tipos de operações, em que se utiliza "empresa veículo" com o objetivo de se obter ganhos tributários, já foi inclusive objeto de crítica pela Comissão de Valores Mobiliários, no trecho inicial da nota explicativa à Instrução CVM nº 349, de 06 de março de 2001, que alterou a redação da Instrução CVM nº 319, reconhecendo que, em sua implementação, houve distorção à legislação societária.

A Nota Explicativa à Instrução CVM 349/2001, à qual o Relator do voto recorrido faz referência, tem a seguinte redação:

*Nota Explicativa à Instrução CVM 349/2001*

*Ref.: Instrução CVM nº 349, de 6 de março de 2001, alterando a Instrução CVM nº 319 que dispõe sobre as operações de incorporação, fusão e cisão envolvendo companhia aberta.*

*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 caso 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.*

*Por outro lado, a criação da empresa veículo e a transferência, para esta, do investimento original e, também, do ágio permitiram que, através desse modelo de incorporação, houvesse a possibilidade do seu aproveitamento fiscal, fazendo surgir, contabilmente, uma espécie de crédito tributário fundamentado na diminuição futura do imposto de renda e da contribuição social, em virtude da possibilidade da amortização desse ágio. Portanto, esse benefício fiscal é a única parcela do ágio que*

*econômica. Essa é também a parcela do ágio que a CVM vem entendendo, conforme estabelecido na Instrução CVM nº 319, que pode ser capitalizada em proveito exclusivo do controlador. É, portanto, somente essa parcela com substância econômica que pode ser considerada um ativo e que poderia vir a ser capitalizada.*

*(...)*

*Em decorrência, o art. 1º da nova Instrução veio preencher essa lacuna ao determinar, em última análise, que o ágio na incorporação da controladora, cujo fundamento tenha sido perspectiva de rentabilidade futura ou mesmo direitos de concessão, seja reconhecido nas demonstrações contábeis da incorporadora apenas pelo montante do benefício fiscal esperado. O referido artigo permite também que, para fins de divulgação, esse benefício fiscal seja classificado, de acordo com a sua natureza e prazo de realização, em conta específica do ativo circulante e do realizável a longo prazo.*

*Essa forma de classificação, como crédito tributário, visa registrar a essência econômica do direito realizável, qual seja, a possibilidade da sua transformação em fluxo positivo de caixa em decorrência da dedutibilidade fiscal. Deve ter, portanto, o tratamento de um Ativo Fiscal Diferido sujeito às regras de reconhecimento e divulgação previstas na Deliberação CVM nº 273/98.*

*Deve ser ressaltado que a adoção obrigatória das disposições contidas no art. 1º somente alcança as incorporações ocorridas a partir da data da publicação da nova Instrução no Diário Oficial da União. Existem, no entanto, algumas companhias que adotaram procedimentos diferentes da presente norma respaldados na Instrução CVM nº 319 e até mesmo no vazio normativo existente antes da edição da referida Instrução. Nessas circunstâncias, é evidente que as disposições contidas no art. 1º não podem ter alcance obrigatório sobre essas companhias. No entanto, objetivando permitir um tratamento uniforme dessa matéria, facilitando a comparação entre as demonstrações contábeis das diversas companhias que adotaram esse modelo de incorporação, especialmente entre aquelas que atuam em um mesmo segmento econômico, o art. 2º veio permitir a essas companhias ajustarem as suas demonstrações contábeis, constituindo a referida provisão sem transitar diretamente pelo resultado do exercício, tendo como contrapartida o saldo da reserva especial de ágio. Essa possibilidade alcança, inclusive, as incorporações ocorridas no exercício findo em 31.12.2000. Neste caso, a Instrução prevê a possibilidade das companhias efetuarem esse ajuste a partir da data do início do exercício social, devendo, no entanto, refazer e apresentar à CVM e às Bolsas novas Informações Trimestrais (ITR) devidamente ajustadas.*

*Foi mencionado que, concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original. Dessa forma, torna-se necessário que, na avaliação do investimento na*

*controladora, sejam recompostos os montantes da equivalência patrimonial e do ágio remanescente.*

(...)"

Como se vê, a Nota Explicativa referida pelo Relator presta-se a reforçar a demonstração de que a intenção da lei foi de permitir a amortização do ágio para fins fiscais, e que a utilização de empresa veículo para concretizá-lo sem prejudicar os demais acionistas era autorizada pela CVM.

A Nota Explicativa deixa claro que o benefício é legítimo, e que a alteração à Instrução 319/99 pela Instrução 349/2001, cuidou de limitar a parcela do ágio que pode ser capitalizada em proveito exclusivo do acionista controlador ao valor do benefício fiscal, que seria registrável em conta de ativo circulante ou realizável a longo prazo.

A Nota esclarece que foi determinada a constituição de provisão na incorporada, no mínimo, no montante da diferença entre o valor do ágio e do benefício fiscal decorrente da sua amortização em contrapartida da conta de reserva e a reversão da provisão para o resultado do período, proporcionalmente à amortização do ágio.

Esclareceu que a contabilização prevista na Instrução 349, de março de 2001, só é obrigatória para as incorporações ocorridas a partir de sua publicação e que, para aquelas efetuadas anteriormente, a provisão deveria ser constituída sem transitar diretamente pelo resultado do exercício, tendo como contrapartida o saldo da reserva especial de ágio.

Menciona, ao fim, que, concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original, e determinou ajustes para recomposição dos montantes da equivalência patrimonial e do ágio remanescente.

Portanto, o fato de a CVM ter alterado a orientação quanto à contabilização integral do ágio como ativo diferido, restringiu-se a regular os efeitos da amortização do ágio em proveito do acionista controlador, em nada influenciando a legitimidade da contabilização do referido ágio na incorporadora e a dedução de sua amortização para fins fiscais, nem a contabilização do ágio na controladora original.

Essa matéria foi por mim cuidadosamente analisada no julgamento do litígio objeto do Processo nº 18471.000999/2005-29 – TNL -, em tudo análogo ao presente: reorganização societária para utilização do benefício de amortização de ágio na aquisição de participação societária no âmbito do programa de privatização, incorporação da controladora pela controlada, utilização de empresa veículo para esse fim.

Valho-me das considerações por mim feitas no voto condutor do Acórdão 1301-000.711, que se adequam com perfeição ao caso sub judice.

Como naquele, não vislumbro no presente caso qualquer simulação na operação praticada pela Recorrente, eis que: (i) as operações, todas elas, foram divulgadas por intermédio de fatos relevantes; (ii) tais operações foram amplamente reguladas pela CVM; (iii) todos os atos foram registrados e contaram com a participação dos órgãos competentes.

Na verdade, neste e noutros casos, a lei fiscal induz o comportamento, ou seja, interfere na própria vontade do contribuinte. A vontade, o impulso que leva a prática da ação é eminentemente fiscal.

Realmente, não há qualquer abusividade ou ilicitude no caso de o contribuinte realizar determinado negócio jurídico motivado por vantagens fiscais instituídas pela legislação. O que é ilícito, por ser abusivo, seria a causa de o negócio jurídico ser a vantagem fiscal. Não há ilícito no fato de a motivação ser fiscal. Este é o ponto fundamental, pois causa e motivo são coisas distintas.

A causa é de natureza objetiva, enquanto que o motivo é subjetivo. O motivo constitui a causa impulsiva, a causa, a causa final.<sup>4</sup> MOREIRA ALVES, resume bem a questão, quando ensina que:

*“a causa de um negócio jurídico difere dos motivos que levaram as partes a realizá-lo. Com efeito, a causa se determina objetivamente (é a função econômico-social que o direito objetivo atribui a determinado negócio jurídico); já o motivo se apura subjetivamente (diz respeito aos fatos que induzem as partes a realizar o negócio jurídico). No contrato de compra e venda, a causa é a permuta entre a coisa e preço (essa é a função econômico-social que lhe atribui o direito objetivo; essa é a finalidade prática a que visam, necessária e objetivamente, quaisquer que sejam os vendedores e quaisquer que sejam os compradores); os motivos podem ser infinitos (assim, por exemplo, alguém pode comprar uma coisa para presentear com ela um amigo). (...) A distinção entre causa e motivo é importante porque, em regra, a ordem jurídica não leva em consideração o último.”*

Assim, a título de síntese, enquanto a causa é a função típica de determinado negócio jurídico, o motivo é a razão metajurídica que levou a pessoa a realização do mesmo, que só influenciará na órbita jurídica se esta motivação for ilícita (art. 166 do CCv.).

O problema da reorganização societária “ilícita” do ponto de vista tributário está quando a causa, isto é, a função econômico-social que o direito objetivo atribui a determinado negócio jurídico, é distorcida para criar, instituir ou estabelecer uma vantagem fiscal. Seria o caso (não presente neste processo) de “ágio fabricado internamente”, quando a operação societária cria um ágio artificialmente, para assim obter a vantagem fiscal.

O vício está na formação do ágio e não no seu aproveitamento posterior, quando da incorporação. Entretanto, é óbvio que o vício do ágio macula o seu próprio aproveitamento.

Mas se o ágio é legítimo como no caso em tela, o seu aproveitamento deve seguir a causa típica estipulada no ordenamento para a incorporação de empresas. Se na compra e venda a causa é a permuta entre a coisa e preço, como asseverou Moreira Alves, na incorporação a causa típica é a absorção de uma ou mais sociedades por outra; esta é a função econômico-social que lhe atribui o direito objetivo, como deixa patente o art. 227 da Lei nº 6.404/76, *verbis*:

<sup>4</sup> cf. W. Barros Monteiro, p.29, in: *Forme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001*

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

A absorção do patrimônio de uma empresa por outra é a finalidade prática a que visam, necessária e objetivamente, quaisquer que sejam as empresas incorporadoras e incorporadas, constituindo, esta, por conseguinte, a sua causa típica.

E foi exatamente esta causa típica, a pessoa jurídica absorver o patrimônio de outra, estipulada pelo artigo 7º, III, da Lei nº 9.532/97, como condição para o contribuinte usufruir da regra do benefício fiscal oneroso.

Neste caso, a lei concede o benefício fiscal, e condiciona o seu aproveitamento, isto é, a vantagem fiscal estipulada em lei, à pessoa jurídica absorver o patrimônio de outra. Trata-se de indução da norma fiscal à realização de absorção de patrimônio de empresa por intermédio de incorporação, cisão ou fusão, o que não passou despercebido do Poder Legiferante, que corroborou isso ao vetar o projeto de lei que pretendia revogar a norma isencional em tela<sup>5</sup>.

Assim, por tudo que foi dito acima, entendo, sem nenhuma dúvida, não ter ocorrido, quer simulação, quer abuso de direito e/ou planejamento tributário em desacordo com a lei, mas tão somente a prática de conduta abarcada e induzida pelo ordenamento jurídico, por intermédio das regras estipuladas nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, sem qualquer prejuízo para Fazenda Pública que pudesse caracterizar economia ilícita de imposto, pois a escolha de outras soluções legais e diretas produziria idêntica consequência tributária com relação à amortização de ágio feita por intermédio da empresa veículo.

Assim, entendo que não prevalecem às exigências relativas às infrações identificadas como falta de adição, na apuração do lucro real, de despesas não dedutíveis (amortização do ágio) e falta de recolhimento das estimativas mensais, razão porque, dou provimento ao recurso quanto a essa suposta infração.

Quanto à infração apontada pela fiscalização a título de compensação indevida de prejuízos e de bases negativas da CSLL, a mesma resultou dos ajustes procedidos nos saldos de prejuízos fiscais e bases negativas, nos autos do processo nº 19647.010151/2007-83. Uma vez que em sessão de 11 de abril de 2012, a 1ª Turma Ordinária da Segunda Câmara da Primeira Seção de Julgamento deste CARF, pelo Acórdão 1201-00689, deu provimento ao recurso voluntário do contribuinte naquele processo, e restabeleceu os prejuízos e bases negativas de CSLL, não prevalece à acusação de compensação indevida.

Por todo o exposto, AFASTO a preliminar de decadência suscitada, para no mérito, DAR provimento ao recurso.

É como voto.

Sala das Sessões, em 07 de agosto de 2012.

(documento assinado digitalmente)

<sup>5</sup> Projeto de Lei nº 2.922, do Deputado Waldemar da Costa Neto inteiramente rejeitado pela unanimidade dos membros da Comissão de Finanças e Tributação, tendo sido, posteriormente arquivado.

Valmir Sandri

CÓPIA