



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

Processo nº 10880.721767/2010-41
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1102-000.873 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de junho de 2013
Matéria IRPJ.
Recorrente TIM CELULAR S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005

DECADÊNCIA. FATOS COM REPERCUSSÃO EM PERÍODOS FUTUROS.

É legítimo o exame de fatos ocorridos há mais de cinco anos do procedimento fiscal, para deles extrair a repercussão tributária em períodos ainda não atingidos pela caducidade. A restrição decadencial, no caso, volta-se apenas à impossibilidade de lançamento de crédito tributário no período em que se deu o fato.

ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA. DECADÊNCIA.

A contagem do prazo decadencial, para constituição de crédito tributário relativo à multa aplicada isoladamente, em razão da falta de recolhimento das estimativas, deve ser feita na forma do art. 173, I, do CTN.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO APÓS INCORPORAÇÃO, FUSÃO OU CISÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO, POR MEIO EXTRA-CONTÁBIL, DE PARCELAS JÁ AMORTIZADAS CONTABILMENTE.

A partir da ocorrência do evento de fusão, incorporação ou cisão, a amortização do ágio ou deságio anteriormente pago deve ser registrada contabilmente, na escrituração comercial da pessoa jurídica, sem a necessidade de ajustes, por adição ou exclusão ao lucro líquido, para fins fiscais. A amortização contábil do ágio ou deságio, a partir da ocorrência do evento que determinou a extinção da participação societária, produz efeitos fiscais. Não é possível aproveitar, para fins exclusivamente fiscais, as parcelas do ágio ou deságio já amortizado contabilmente em períodos anteriores.

INCENTIVOS FISCAIS. SUDENE. RECONHECIMENTO DO DIREITO PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL.

Para os benefícios concedidos com base no art. 14 da Lei nº 4.239/63, e alterações posteriores, há expressa exigência legal de que seja formalizado pedido de reconhecimento do direito à redução perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, sendo este o órgão que tem a competência legal para sobre este pedido decidir. Para os benefícios concedidos com base no art. 13 da Lei nº 4.239/63, e alterações posteriores, a lei não contém esta exigência, provando-se o direito com a apresentação do laudo constitutivo emitido pelo órgão competente, ressalvada, em qualquer caso, a prerrogativa da RFB para fiscalizar o cumprimento dos requisitos e a correção do aproveitamento fiscal.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PRIVATIZAÇÃO. TELECOMUNICAÇÕES.

É legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio pago no âmbito de leilão de privatização de empresas de telecomunicações. A circunstância de a reorganização societária de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº. 9.532/97 ter sido realizada por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei. Precedentes dessa Corte Administrativa.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2005

TRIBUTAÇÃO REFLEXA OU DECORRENTE. CSLL.

Aplica-se aos lançamentos decorrentes ou reflexos o decidido no principal, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, nos termos do relatório e votos que passam a integrar o presente julgado, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para: (a) cancelar lançamento de IRPJ e reflexos relativo à falta de adição da amortização de ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL; (b) para cancelar o lançamento de IRPJ relativo à glosa da dedução relativa ao benefício fiscal de redução do imposto de renda concedido com base no art. 13 da Lei nº 4.239/63; (c) cancelar a exigência das multas isoladas. Vencidos os Conselheiros João Otávio Oppermann Thomé (Relator) e Ricardo Marozzi Gregório, que mantinham o lançamento de IRPJ e reflexo relativo à falta de adição da amortização de ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL; os Conselheiros Antonio Carlos Guidoni Filho, Marcos Vinicius Barros Ottoni e Francisco Alexandre dos Santos Linhares, que afastavam os lançamentos de IRPJ e reflexo na parte que se refere à exclusão tida como indevida de amortização de ágio na apuração do lucro real; os Conselheiros Antonio Carlos Guidoni Filho e Francisco Alexandre dos Santos Linhares, que afastavam a glosa da dedução relativa ao benefício fiscal de redução do imposto de renda concedido com base no art. 14 da Lei nº 4.239/63; o Conselheiro José Evande Carvalho

Araujo, que mantinha o lançamento de IRPJ relativo à glosa da dedução relativa ao benefício fiscal de redução do imposto de renda concedido com base no art. 13 da Lei nº 4.239/63; os Conselheiros João Otávio Oppermann Thomé (Relator) e José Evande Carvalho Araujo, que reduziam a multa isolada levando-se em consideração o referido cancelamento parcial da glosa de dedução do imposto. O Conselheiro Ricardo Marozzi Gregório acompanhou o Relator pelas conclusões em relação às matérias “falta de adição da amortização de ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL”, “exclusão indevida de amortização de ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL” e “glosa da dedução relativa ao benefício fiscal de redução de imposto de renda concedido com base no art. 13 da Lei nº 4.239/63”. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Antonio Carlos Guidoni Filho.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé – Presidente e Relator.

Documento assinado digitalmente.

Antonio Carlos Guidoni Filho - Redator designado.

Participaram do julgamento os Conselheiros: João Otávio Oppermann Thomé, José Evande Carvalho Araújo, Francisco Alexandre dos Santos Linhares, Ricardo Marozzi Gregório, Marcos Vinicius Barros Ottoni, e Antonio Carlos Guidoni Filho.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por TIM CELULAR S/A contra acórdão proferido pela 3ª Turma de Julgamento da DRJ/Recife-PE, que julgou improcedente a impugnação contra o lançamento de ofício efetuado.

De acordo com o Termo de Encerramento Parcial de Ação Fiscal (fls. 23 a 63), o lançamento decorreu das seguintes infrações, perpetradas pela **TIM Nordeste Telecomunicações S/A**, empresa sucedida pela ora recorrente:

- a) Falta de adição de amortização de ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL;
- b) Exclusão indevida de amortização de ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL;
- c) Dedução indevida de benefício de redução do IRPJ; e
- d) Falta de recolhimento de estimativas mensais do IRPJ e da CSLL.

Com relação às despesas de amortização de ágio, o relatório fiscal descreve pormenorizadamente os eventos que deram ensejo ao surgimento do ágio, bem como os detalhes acerca da sua contabilização, que a seguir resumo:

Em decorrência do processo de reestruturação e privatização do sistema de telefonia brasileiro, ocorrido em maio de 1998, a empresa de Telecomunicações Brasileiras S/A – Telebrás promoveu cisão parcial, da qual resultou a constituição de doze sociedades anônimas, entre elas a Tele Nordeste Celular Participações S/A – TNC, “holding” controladora das seguintes empresas (operadoras): Telepisa Celular S/A, Teleceará Celular S/A, Telpe Celular S/A, Telpa Celular S/A, Telasa Celular S/A e Telern Celular S/A.

Por meio de leilão de privatização realizado em julho de 1998, a **Bitel Participações S/A** e a **UGB participações S/A** adquiriram, com pagamento de ágio, o controle acionário da TNC. Em março de 1999, a **Bitel** adquiriu as ações pertencentes à **UGB**, tornando-se então a única controladora da TNC.

A seguir foi dado início ao processo de reorganização societária com a finalidade de transferência do referido ágio para as empresas operadoras.

Com o objetivo de evitar a transferência para a TNC do financiamento concedido à Bitel pela União para a aquisição do controle acionário da própria TNC, a **Bitel**, em março de 2000, adquiriu a empresa **1B2B** (constituída em 07 de janeiro de 2000, com capital social de R\$ 1.000,00) e nela aportou capital, subscrito e integralizado com as ações de emissão da TNC adquiridas com ágio. Assim, a **Bitel** passou a manter o controle indireto da TNC, por meio de sua participação de 100% no capital da **1B2B**. O ágio pago na aquisição do controle acionário da TNC passa a ser registrado contabilmente pela **1B2B**.

Em abril de 2000, a **TNC** incorporou a **1B2B**. Paralelamente à incorporação, a **Bitel** recebeu, em substituição às ações da **1B2B**, ações da **TNC** na mesma quantidade e espécie das ações originais, sem que tenha havido alteração no capital da TNC no momento da incorporação. Assim, a **Bitel** passou a novamente deter o controle direto da TNC, porém o seu investimento nesta já não registrava o destaque do ágio, ou seja, no valor do investimento já estava contido o valor do ágio pago.

Já na incorporadora (TNC) cria-se uma conta do ativo diferido (pelo valor do ágio ainda não amortizado contabilmente) em contrapartida de uma conta de passivo (provisão para manutenção da integridade do patrimônio líquido) em montante equivalente a 66% do ativo diferido, e de uma conta de patrimônio líquido (reserva especial de ágio na incorporação), em montante equivalente a 34% do ativo diferido, que representa o benefício fiscal a ser auferido pela incorporadora.

Em maio de 2000, a **TNC** realiza cisão, por meio da qual as suas operadoras controladas (Telepisa, Teleceará, Telpe, Telpa, Telasa e Telern) incorporam as respectivas participações no ágio, e passam a amortizá-lo.

Em janeiro de 2004, a **Telpe Celular S/A** incorpora todas as demais operadoras, ao mesmo tempo em que muda o seu nome empresarial para **TIM Nordeste Telecomunicações S/A**.

Em junho de 2006, a **TIM Nordeste Telecomunicações S/A** foi incorporada pela empresa **MAXITEL S/A**, que no mesmo instante alterou sua denominação para **TIM Nordeste S/A**. E em dezembro de 2009, a **TIM Nordeste S/A** foi incorporada pela empresa **TIM CELULAR S/A**.

A autuação aqui discutida, conforme dito, refere-se à amortização do ágio feita pela **TIM Nordeste Telecomunicações S/A** no ano de 2005, que o fisco considerou indedutível por não preencher os requisitos constantes do artigo 386 do RIR/99.

Além do ágio amortizado contabilmente pela **TIM Nordeste Telecomunicações S/A**, esta empresa também efetuou exclusões no LALUR, em 2005, referentes às parcelas do ágio que já havia sido anteriormente amortizado contabilmente pelas empresas **Bitel** e **1B2B** até a data da transferência do ágio da TNC para as operadoras (Telepisa, Telecará, Telpe, Telpa, Telasa e Telern), exclusões essas que também foram consideradas indevidas pela fiscalização. Para embasar a não aceitação dessas exclusões, além dos motivos indicados, relativos ao item anterior, também apontou a fiscalização contrariedade ao disposto no artigo 2º da Instrução Normativa SRF nº 011/99, que determina que os registros do controle e baixas do ágio sejam feitos exclusivamente na escrituração contábil, e não no LALUR.

Com relação ao benefício de redução do imposto de renda a pagar (incentivo fiscal – SUDENE), a autoridade fiscal considerou indevidas as deduções feitas em razão de não terem sido apresentados os pedidos de reconhecimento do direito ao titular da unidade da SRF da sua jurisdição, consoante determinam o art. 3º do Decreto nº. 4.213, de 26 de abril de 2002 e a Instrução Normativa SRF nº 267/2002.

E, por fim, em decorrência do recálculo do valor das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL que seriam devidas, em razão das infrações acima referidas, foi lançada a multa isolada, no percentual de 50%. As demais infrações, vale registrar, foram apenas com a multa de ofício de 75%.

A contribuinte impugnou o feito, e - fls 1065 a 1132, aduzindo, em apertada síntese, o exposto a seguir.

Com relação ao ágio:

Os fatos que levaram ao registro do ágio, uma vez que ocorridos no ano calendário de 2000, e já atingidos pela decadência, não poderiam ter sido revistos pelo fisco em lançamento efetuado somente em dezembro de 2010, para efeito de glosa das respectivas despesas de amortização.

A recorrente atendeu aos requisitos legais previstos nos artigos 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99. Não houve qualquer vantagem fiscal obtida com a reestruturação perpetrada que não adviria de uma operação de incorporação direta, a qual somente não foi feita por razões de caráter societário e regulatório.

Da parte societária, o artigo 117, § 1º, alínea "b", da Lei das S/A afirma peremptoriamente ser modalidade de exercício abusivo de poder de controle a incorporação *“com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, (...)”*, o que aconteceria se houvesse a incorporação direta: em primeiro lugar, porque a TNC ficaria responsável pelo passivo referente ao financiamento concedido à Bitel pela União, e, em segundo, porque a amortização do ágio por rentabilidade futura contra os lucros a serem obtidos reduziria os dividendos futuros. Em ambas as situações, haveria reflexo patrimonial negativo para os acionistas minoritários.

Da parte regulatória, a legislação do setor de telecomunicações vedava e veda operações que acarretassem a perda ou a transferência do controle acionário, prescrevendo a necessidade de existir uma “holding” brasileira, não aceitando, outrossim, a fusão ou a incorporação entre as empresas operadoras.

Portanto, os atos praticados pelas empresas sucedidas não teriam visado exclusivamente à economia fiscal. Ademais, não poderiam ser desconsiderados para fins fiscais antes da vigência e devida regulamentação do artigo 116, parágrafo único, do CTN.

Não há que se falar em suposto abuso de direito, ante a inexistência do seu elemento material, qual seja, o efetivo dano ao erário, e da existência de motivos outros, de natureza não tributária, para a prática dos atos.

Não é correta a afirmação da Fiscalização no sentido de que o ágio seria meramente escritural e que o “instituto” do ágio teria sido desfigurado, ou, ainda, que estaria configurada uma duplicação do ágio já contabilizado.

A norma legal não exige que a aquisição da participação societária seja feita com o pagamento do ágio em moeda, podendo ser feita por outras formas. Ademais, não se pode negar que houve o pagamento em moeda do ágio, quando da aquisição, pela Bitel, do Governo Federal, da participação na TNC no processo de privatização.

A observação fiscal de se tratar de “operação invertida” ou “às avessas” (incorporação reversa, em que a controlada incorpora a controladora) não tem qualquer relevância, posto que o próprio autuante reconhece que a legislação societária expressamente a prevê, bem como que, embora não tenha sido dito, a legislação fiscal também a prevê expressamente.

Parte do ágio relacionado ao investimento na empresa TNC foi amortizado, *para fins meramente contábeis*, pelas empresas investidoras. Este ágio amortizado era, então, controlado na parte B do LALUR, nos termos do que determina a legislação fiscal. Com a incorporação, pela TNC, da 1B2B Participações, que mantinha registro no LALUR do ágio amortizado, e posterior cisão parcial da TNC, com a incorporação pelas empresas operadoras, operou-se a sucessão fiscal, por incidência do artigo 132 do CTN e do artigo 207 do RIR/99.

A sucessão opera-se não somente em relação aos tributos devidos, como também em relação aos demais direitos e obrigações de cunho fiscal, inclusive aos itens registrados na parte B do LALUR, como o ágio amortizado contabilmente, mas sem efeitos fiscais até então.

Os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 (artigo 386 do RIR/99) não diferenciam o ágio amortizado contabilmente daquele ainda não amortizado, devendo ambos receber o mesmo tratamento, isto é, sofrer amortização fiscal ao longo do tempo.

Com relação ao incentivo da SUDENE:

O ato de reconhecimento do direito à fruição do benefício em tela pela Secretaria da Receita Federal tem natureza meramente declaratória, conforme reconhecido já há muito tempo pelo Conselho de Contribuintes.

Deste modo, os laudos constitutivos emitidos pela SUDENE, que foram apresentados ao fisco, não podem ser invalidados pela ausência de um ato meramente declaratório.

Toda a fundamentação exposta pela Fiscalização em relação à constatação desta suposta infração está calcada em dispositivos meramente regulamentares, inexistindo no caso qualquer dispositivo de lei, em sentido formal, capaz de criar restrições ao direito.

A exigência de reconhecimento pela Secretaria da Receita Federal somente alcança o benefício concedido nos termos dos artigos 13 e 14 da Lei nº 4.239/1963 e aqueles concedidos nos termos das leis que os revigoraram, a exemplo da Lei nº 9.532/1997. Contudo, a Medida Provisória nº 2.199-14/2001, através de seu artigo 2º, extinguiu os benefícios previstos no artigos 13 e 14 da Lei nº 4.239/1963, e conferiu nova e completa regulamentação à matéria.

Este novo benefício instituído pela Medida Provisória nº 2.199-14/2001 prescinde de reconhecimento pela Secretaria da Receita Federal, tendo o Decreto nº. 4.213, de 26 de abril de 2002 extrapolado os limites de sua atuação, ao exigir tal reconhecimento.

Em que pesem os argumentos de ordem constitucional, o desfecho da questão passa tão somente pela análise da Medida Provisória nº 2.199-14/2001 e do art. 176 do CTN. Ademais, o antigo Conselho de Contribuintes (atual CARF), sempre que necessário, apreciou questões relacionadas à ilegalidade de decretos e instruções normativas.

Com relação à multa isolada:

Tendo os Autos de Infração sido lavrados em dezembro de 2010, forçoso concluir que já havia decaído o direito de lançar multas a título de recolhimento a menor de estimativas dos períodos anteriores a dezembro de 2005.

Não é possível a aplicação concomitante de multa isolada com a multa de ofício, bem como a sua imposição após o encerramento do período de apuração.

Finaliza a peça requerendo sejam julgados improcedentes os Autos de Infração lavrados, e canceladas por completo as respectivas exigências.

A 3ª Turma de Julgamento da DRJ/Recife, por meio do Acórdão nº 11-035.609, de 30 de novembro de 2011, manteve integralmente o lançamento efetuado. Transcreve-se a seguir a sua ementa:

“Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2005

ARGUIÇÃO. ILEGALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. INCOMPETÊNCIA. APRECIACÃO.

As instâncias administrativas de julgamento não têm competência para apreciar arguição de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de ato legal.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 2005

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.

INCENTIVO FISCAL. REDUÇÃO DO IMPOSTO. RECONHECIMENTO DO BENEFÍCIO.

O direito à redução do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas e adicionais não-redituíveis incidentes sobre o lucro da exploração, na área de atuação da extinta SUDENE, não prescinde do seu reconhecimento pela unidade da Secretaria da Receita Federal a que estiver jurisdicionada a pessoa jurídica.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2005

DECADÊNCIA. TRIBUTOS. HOMOLOGAÇÃO DO LANÇAMENTO.

Nos tributos sujeitos à homologação do lançamento, em havendo pagamento antecipado, decai em cinco anos, a partir da data do fato gerador, o direito de a Fazenda constituir crédito tributário; em não havendo, deve-se observar a regra do inciso do inciso I do art. 173 do CTN.

DECADÊNCIA. MULTA ISOLADA.

Decai em cinco anos, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, o direito de constituir-se crédito tributário relativo à multa isolada.

MULTA ISOLADA. IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA.
FALTA DE RECOLHIMENTO.

A tributação com base no lucro real anual sujeita à 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.

TRIBUTACÃO 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.”

Cientificada desta decisão em 20.04.2012, conforme Termo de fls. 1280, e com ela inconformada, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 21.05.2012, e fls. 1305 a 1396, no qual repisa os argumentos expostos por ocasião da inicial.

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões ao recurso voluntário, aduzindo, em síntese, o seguinte: (i) com relação ao ágio, a inexistência de decadência e o descumprimento pela recorrente dos requisitos legais para a sua dedutibilidade, ante a ausência do encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem, a inexistência de laudo prévio que ateste o fundamento econômico do ágio pago com base na rentabilidade futura da TNC, a ausência de propósito negocial e de substrato econômico, e a caracterização do ágio registrado pela TNC com a incorporação da 1B2B como ágio interno; (ii) com relação ao incentivo Sudene, a legalidade e indispensabilidade da exigência de reconhecimento prévio do direito à fruição do incentivo pela autoridade fiscal; e (iii) com relação à multa isolada, a ausência de decadência e a possibilidade de sua aplicação concomitante com a multa de ofício. Pugna a PFN pela manutenção integral do lançamento efetuado e observa que, no caso das amortizações do ágio, ainda que este venha a ser considerado válido e dedutível para fins do IRPJ, não o será para fins de CSLL, por falta de previsão legal para tanto.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Passo à análise de cada item da autuação, separadamente.

Despesas com amortização de ágio

Sustenta a recorrente que o fisco não poderia ter revisto, em 2010, os fatos que levaram ao registro do ágio, uma vez que ocorridos no ano calendário de 2000, e já atingidos pela decadência.

Não lhe assiste razão. As despesas que foram consideradas indedutíveis pela fiscalização são aquelas que impactaram o resultado tributável da recorrente no ano calendário de 2005, no qual a apuração do imposto de renda se fez pelo regime do lucro real anual, logo o lançamento foi efetuado dentro do prazo quinquenal de que dispõe o fisco, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN.

Não há dúvidas de que o fisco possui a prerrogativa de examinar fatos passados, mesmo que muito distantes no tempo, desde que deles extraia e atribua repercussão tributária apenas aos exercícios ainda não atingidos pela decadência.

Neste sentido alinham-se tanto o art. 195 do CTN, quanto o art. 37 da Lei nº 9.430/96, ao expressamente determinarem a guarda, pelo contribuinte, de todos os documentos relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros *“até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios”*.

Em comentário ao § 3º do art. 264 do Regulamento do Imposto de Renda — RIR/99, que tem por base legal o art. 37 da Lei nº 9.430/96, seus autores ilustram com o seguinte exemplo a aplicabilidade do dispositivo em questão:

“1 – GUARDA DE COMPROVANTES - PRAZO – Esse dispositivo não representa uma “nova regra de decadência”, como a primeira vista aparenta. A compensação de prejuízo fiscal é um bom exemplo para ilustrar a sua aplicação. Deveras, a compensação de prejuízo fiscal, com a atual limitação de 30% do lucro real ajustado, pode levar, por exemplo, mais de 10 anos para esgotar o saldo do prejuízo apurado num exercício. Se essa compensação findar-se no décimo ano, a empresa deve fazer a comprovação da existência desse prejuízo no momento de sua compensação (décimo ano), apresentando a documentação de 10 anos atrás para comprovar a geração pretérita do prejuízo. Contando do décimo ano (ano em que se operou a compensação), o Fisco tem cinco anos para fiscalizar esse fato, agindo portanto no período ainda não atingido pela decadência. Se não for comprovada a existência do prejuízo compensado, haverá a glosa dessa compensação. Todavia, o resultado do período-base em que se originou o prejuízo (10 anos atrás) não pode ser atingido pela fiscalização, pois está protegido pela decadência.”¹

Neste mesmo sentido, a jurisprudência do CARF a seguir:

“DECADÊNCIA. FATOS COM REPERCUSSÃO EM PERÍODOS FUTUROS.

É legítimo o exame de fatos ocorridos há mais de cinco anos do procedimento fiscal, quando têm impacto tributário em exercícios não atingidos pela caducidade. No caso, a restrição decadencial volta-se à impossibilidade do lançamento de crédito tributário no período em que se deu o fato.” (Acórdão 1102-000.657, sessão de 31 de janeiro de 2012, relator Leonardo de Andrade Couto)

“PERDA DO DIREITO DO FISCO DE REVISAR ATOS PASSADOS. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. PREJUÍZOS FISCAIS. COMPROVAÇÃO.

O transcurso do prazo decadencial, que conduz à perda do direito do fisco de praticar o ato de lançamento, não dispensa o contribuinte da guarda dos documentos que lastreiam os registros contábeis, de modo a comprovar a efetiva existência de fatos, ocorridos em períodos passados, que repercutem em exercícios futuros. Se o tempo não pode desfazer o que se consolidou, também não pode transformar em verdadeiro o que não era real.” (Acórdão 1102-000.785, sessão de 8 de agosto de 2012, relator João Otávio Oppermann Thomé)

Claro está, portanto, que não ocorreu a decadência, no caso concreto.

No mérito, de início registro que o pagamento do ágio, no âmbito do leilão de privatização, é inconteste, ou seja, houve aquisição onerosa, por parte da Bitel Participações S/A, da participação societária na TNC, tanto da parte adquirida diretamente da União, quanto da parte adquirida da UGB Participações S/A, que anteriormente a adquirira da União.

Não havendo dúvidas quanto à legitimidade do referido ágio, tampouco há dúvida de que, se a Bitel incorporasse a TNC, ou vice-versa, implementar-se-ia a condição para

¹ Ferreira, Antonio Airton. Regulamento do imposto de renda 1999 anotado e comentado: atualizado até 30 de abril de 2009/Antonio Airton Ferreira, Luiz Martins Valero, Marcos Shigeo Takata, Juliana M. O. Ono, Victor Hugo Isoldi de Mello Castanho e Marcos Vinícius Neder de Lima. 12ª ed. São Paulo: FISCOsoft, 2009, pg. 264.

a dedutibilidade da amortização do ágio nos termos do artigo 386 do RIR/99, abaixo transcrito juntamente com o art. 385 para facilitar-lhe a compreensão:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 4º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº. 9.532, de 1997, art. 7º, § 4º).

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

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

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

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

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

Ocorre que, no caso, tendo a Bitel “transferido” o ágio para a empresa **1B2B**, (quando nela integralizou capital mediante conferência das ações da TNC que detinha), e, posteriormente, tendo a incorporação ocorrido entre a 1B2B e a TNC (esta incorporando aquela), entendeu a fiscalização que não se teriam cumprido as condições para a dedutibilidade do ágio anteriormente pago.

Destacou o fisco a existência de operações estruturadas em sequência, cujo objetivo único seria a economia fiscal, bem como a utilização de empresa “veículo” ou “de passagem” (no caso, a 1B2B), de existência meramente formal e efêmera, com finalidade exclusiva de transferência do ágio para a TNC.

Ressaltou ainda que as operações ocorreram entre partes relacionadas, que não houve efetivo pagamento do ágio na aquisição, pela 1B2B, das ações da TNC, tratando-se, portanto, de ágio meramente escritural e, em última análise, “ágio de si mesmo”. E que, ao final da sequência de operações estruturadas, a situação de fato retornou ao que era no estágio inicial, ou seja, com a Bitel controlando diretamente a TNC.

E, com relação à exclusão, no LALUR, do ágio anteriormente amortizado contabilmente pelas empresas Bitel e 1B2B, acrescentou ainda que o procedimento também contraria o disposto no artigo 2º da Instrução Normativa SRF nº 11/99, que determina que os registros do controle e baixas do ágio sejam feitos exclusivamente na escrituração contábil.

Em contraponto, afirmou a recorrente que as operações levadas a efeito não tiveram motivação exclusivamente fiscal, senão antes que visaram a atender a legislação societária e regulatória, que os efeitos tributários obtidos não foram diferentes daqueles que se obteria em uma incorporação direta (entre Bitel e TNC), inexistindo, portanto, qualquer abuso de direito. E que o ágio foi efetivamente pago, quando da privatização, sendo que a legislação fiscal expressamente admite a incorporação reversa como forma de consolidação das empresas, de modo a possibilitar a dedução daquele ágio, na forma de amortização parcelada em prazo mínimo de cinco anos.

E, com relação à exclusão feita no LALUR, destacou que os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 não diferenciam o ágio amortizado contabilmente daquele ainda não amortizado, de sorte que devem ambos receber o mesmo tratamento fiscal. Como a amortização feita pelas empresas Bitel e 1B2B teve efeito apenas contábil, e uma vez que, por sucessão, a recorrente incorporou ao seu patrimônio os valores registrados por aquelas empresas na parte B do LALUR, tem ela (recorrente) direito à amortização fiscal daquele ágio.

Para enfrentar essas questões, entendo necessário uma breve retrospectiva a respeito de como a legislação societária e fiscal tratam a questão do ágio na aquisição de participações societárias.

O art. 248 da Lei nº 6.404/76 foi a primeira norma da legislação societária que estabeleceu a obrigatoriedade de que “os investimentos relevantes em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou

mais do capital social, e em sociedades controladas” fossem avaliados pelo valor de patrimônio líquido, estabelecendo, em seus parágrafos, as normas para esta avaliação.

Contudo, não abordou expressamente a questão de como deveria ser feito o registro nos casos em que o valor de aquisição fosse superior ou inferior ao referido valor do patrimônio líquido, passando a atribuição para tal regulamentação, no caso de companhia aberta, para a CVM – Comissão de Valores Mobiliários. Confira-se:

“Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos relevantes (artigo 247, parágrafo único) em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, e em sociedades controladas, serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido, de acordo com as seguintes normas:

I - o valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta Lei, na mesma data, ou até 60 (sessenta) dias, no máximo, antes da data do balanço da companhia; no valor de patrimônio líquido não serão computados os resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas;

II - o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;

III - a diferença entre o valor do investimento, de acordo com o número II, e o custo de aquisição corrigido monetariamente; somente será registrada como resultado do exercício:

a) se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;

b) se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos;

c) no caso de companhia aberta, com observância das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

(...)”

Para regulamentar a letra ‘c’, do inciso III, do artigo 248, acima transcrito, da Lei nº. 6.404/76, editou a CVM a Instrução CVM nº 01, de 27 de abril de 1978, abaixo parcialmente transcrita, na qual estabeleceu a obrigatoriedade de indicação, por ocasião da aquisição do investimento, do fundamento econômico que determinou o registro do ágio ou deságio, bem como regulou a forma como se daria contabilmente a sua amortização:

“Critério para determinação de investimento relevante

(...)”

VII - Valor contábil do investimento corresponde ao montante corrigido monetariamente nos termos da Lei, abrangendo a

equivalência patrimonial mais o ágio não amortizado, deduzido do deságio não amortizado e da provisão para perdas, se houver.

(...)

Desdobramento do custo de aquisição de investimento

XX - Para efeito de contabilização, o custo de aquisição de investimento em coligada ou em controlada deverá ser desdobrado e os valores resultantes desse desdobramento contabilizados em sub-contas separadas:

a) equivalência patrimonial baseada em balanço patrimonial ou em balancete de verificação levantado até, no máximo, sessenta dias antes da data da aquisição pela investidora ou pela controladora, consoante o disposto no Inciso XI

b) ágio ou deságio na aquisição, representado pela diferença para mais ou para menos, respectivamente, entre o custo de aquisição do investimento e a equivalência patrimonial.

XXI - o ágio ou deságio computado na ocasião da aquisição do investimento deverá ser contabilizado com indicação do fundamento econômico que o determinou:

a) diferença para mais ou para menos entre o valor de mercado de bens do ativo e o valor contábil desses mesmos bens na coligada ou na controlada;

b) diferença para mais ou para menos na expectativa de rentabilidade baseada em projeção do resultado de exercícios, futuros;

c) fundo de comércio, intangíveis ou outras razões econômicas.

XXII - O ágio ou o deságio decorrente da diferença entre o valor de mercado de bens do ativo e o valor contábil na coligada ou na controlada desses mesmos bens deverá ser amortizado na proporção em que for sendo realizado na coligada ou na controlada por depreciação, por amortização ou por exaustão dos bens, ou por baixa em decorrência de alienação ou de perecimento desses mesmos bens.

XXIII - O ágio ou o deságio decorrente da expectativa de rentabilidade deverá ser amortizado no prazo e na extensão das projeções que o determinaram ou quando houver baixa em decorrência de alienação ou de perecimento do investimento antes de haver terminado o prazo estabelecido para amortização.

XXIV - O ágio decorrente de fundo de comércio, de intangíveis ou de outras razões econômicas, deverá ser amortizado no prazo estimado de utilização, de vigência ou de perda de substância ou quando houver baixa em decorrência de alienação ou de

perecimento do investimento antes de haver terminado o prazo estabelecido para amortização.

A referida normatização somente viria a sofrer alteração quando da edição da Instrução CVM nº. 247, de 27 de março de 1996, que criou novas regras de amortização do ágio ou deságio, conforme seu fundamento, bem como alterou a própria “lista” de fundamentos que poderiam justificar a sua existência. Confira-se:

“Art. 14 - O ágio ou deságio computado na ocasião da aquisição ou subscrição do investimento deverá ser contabilizado com indicação do fundamento econômico que o determinou.

§ 1º - O ágio ou deságio decorrente da diferença entre o valor de mercado de parte ou de todos os bens do ativo da coligada e controlada e o respectivo valor contábil, deverá ser amortizado na proporção em que o ativo for sendo realizado na coligada e controlada, por depreciação, amortização, exaustão ou baixa em decorrência de alienação ou perecimento desses bens ou do investimento.

*§ 2º - O ágio ou o deságio decorrente da diferença entre o valor pago na aquisição do investimento e o valor de mercado dos ativos e passivos da coligada ou controlada, referido no parágrafo anterior, deverá ser amortizado da seguinte forma.
(NR)**

a. o ágio ou o deságio decorrente de expectativa de resultado futuro no prazo, extensão e proporção dos resultados projetados, ou pela baixa por alienação ou perecimento do investimento, devendo os resultados projetados serem objeto de verificação anual, a fim de que sejam revisados os critérios utilizados para amortização ou registrada a baixa integral do ágio; e

b. o ágio decorrente da aquisição do direito de exploração, concessão ou permissão delegadas pelo Poder Público no prazo estimado ou contratado de utilização, de vigência ou de perda de substância econômica, ou pela baixa por alienação ou perecimento do investimento.

*§ 3º - O prazo máximo para amortização do ágio previsto na letra "a" do parágrafo anterior não poderá exceder a dez anos;
(NR)**

§ 4º - Quando houver deságio não justificado pelos fundamentos econômicos previstos nos parágrafos 1º e 2º, a sua amortização somente poderá ser contabilizada em caso de baixa por alienação ou perecimento do investimento.

§ 5º - O ágio não justificado pelos fundamentos econômicos, previstos nos parágrafos 1º e 2º, deve ser reconhecido imediatamente como perda, no resultado do exercício, esclarecendo-se em nota explicativa as razões da sua existência.”

** (NR) = redação dada pela Instrução CVM nº. 285, de 31 de julho de 1998*

Vê-se que, entre outras coisas:

- a) foi estabelecido um prazo máximo para a amortização do ágio baseado em rentabilidade futura (10 anos);
- b) não houve alteração substancial com relação ao ágio fundamentado na diferença entre o valor de mercado e o valor contábil de bens; e
- c) onde a normatização anterior abordava o “fundo de comércio, intangíveis ou outras razões econômicas”, foi dado novo e específico tratamento ao ágio decorrente da aquisição do direito de exploração, concessão ou permissão delegadas pelo Poder Público, e alterado o tratamento conferido ao ágio fundamentado em qualquer outra razão econômica (inclusive fundo de comércio e intangíveis, portanto), que passou a ser reconhecido imediatamente como perda.

As transcrições acima feitas, conquanto extensas, são importantes para demonstrar que o instituto do ágio foi exaustiva e minuciosamente detalhado pela legislação societária, a qual mais se aproxima da ciência contábil pura, já que, à toda evidência, não possui nenhuma conotação fiscal/tributária.

A vinculação da lei societária à ciência contábil está expressamente consignada no seu art. 177, que preconiza a observância, pela companhia, em sua escrituração mercantil, com base na qual deve elaborar suas demonstrações financeiras, aos princípios de contabilidade geralmente aceitos:

Art. 177. A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência.”

Vejamos agora como a legislação fiscal tratou da matéria.

Inicialmente, foi editado o Decreto-Lei nº 1.598/77, o qual, no seu art. 20, assim dispôs a respeito do desdobramento do custo de aquisição do investimento e da indicação dos fundamentos:

“Art 20 - 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:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; 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 número I.

§ 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

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

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

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

(...)”

Vê-se, assim, que os fundamentos indicados nas alíneas ‘a’ e ‘b’ do § 2º acima transcrito correspondem aos mesmos fundamentos apontados pela legislação societária/contábil. Já quaisquer outros fundamentos que a legislação societária/contábil possa vir a reconhecer e expressamente normatizar a respeito, encontram-se albergados pela alínea ‘c’ do § 2º acima transcrito (“outras razões econômicas”), a exemplo do ágio decorrente da aquisição do direito de exploração, concessão ou permissão delegadas pelo Poder Público.

E, quanto à amortização, inicialmente previa o art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598/77 uma regra específica para a amortização do ágio ou deságio fundamentado na diferença entre o valor de mercado e o valor contábil dos bens, que diferia daquela aplicada aos demais fundamentos. Contudo, o Decreto-lei nº. 1.730/79, ao dar nova redação ao art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598/77, desfez esta ressalva e determinou que, ao ágio com este fundamento (diferença entre o valor de mercado e o valor contábil dos bens), fosse aplicada a mesma regra que o diploma legal já previa para os demais fundamentos.

Assim, consolidou-se o tratamento dispensado à amortização do ágio, para fins fiscais, nos seguintes termos:

“Art. 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33. (Redação dada pelo Decreto-lei nº. 1.730, 1979)”

O art. 33 trata da apuração de ganho de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido.

Veja-se que a lei fiscal deixou, assim, de possuir qualquer comando relativo à forma como deveria ser feita a amortização do ágio ou deságio, deixando tal regulamentação inteiramente a cargo da legislação societária e contábil. Dito de outra forma, qualquer que fosse a forma ou critério utilizado contabilmente, o que importa é que, para fins fiscais, o valor desta amortização deveria ser “estornado” ou “revertido” na apuração do lucro real.

Contudo, a lei fiscal previu algumas hipóteses específicas, vinculadas à apuração de ganho de capital, em que a amortização do ágio ou deságio poderia ter reflexos fiscais.

Inicialmente, veja-se o que dispôs o art. 31 do Decreto-Lei nº 1.598/77 a respeito do ganho de capital:

“Art 31 - Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4º), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente.

§ 1º - Ressalvadas as disposições especiais, a determinação do ganho ou perda de capital terá por base o valor contábil do bem, assim entendido o que estiver registrado na escrituração do contribuinte, corrigido monetariamente e diminuído, se for o caso, da depreciação, amortização ou exaustão acumulada.

(...)”

O art. 33 contém justamente uma disposição especial a respeito do ganho ou perda de capital, nos seguintes termos:

“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)

III - (Revogado pelo Decreto-lei nº. 1.730, 1979)

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

(...)”

Portanto, no caso específico de **alienação ou liquidação do investimento**, determinou a lei fiscal que o ágio ou deságio anteriormente amortizado contabilmente fosse considerado, para fins fiscais, na apuração do ganho de capital, a par da consideração no cálculo deste ganho de capital, também, do ágio ou deságio ainda não amortizado. Por força desta disposição específica da lei fiscal é que o RIR/99, a exemplo dos Regulamentos anteriores, traz inserto, em parágrafo ao art. 391, a determinação para que seja mantido controle, no LALUR, da amortização contábil do ágio ou deságio, nos seguintes termos:

“Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação

do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).

Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no LALUR, para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento (art. 426)."

Outra ocorrência específica, à qual a lei fiscal também determina a apuração de ganho de capital, e em que a amortização do ágio ou deságio pode vir a ter reflexos fiscais, é tratada no art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77, nos seguintes termos:

"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) manter, 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."

Retornando ao art. 31 do Decreto-Lei nº 1.598/77, acima transcrito, veja-se que a lei fiscal determinou que fosse feita a apuração de ganho de capital nas seguintes hipóteses:

- a) Alienação;
- b) Liquidação;
- c) Baixa – por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão.

Conforme visto, o art. 33 determinou regras próprias para a apuração do ganho de capital na **alienação ou liquidação do investimento**, e previu o aproveitamento, nestes eventos, mesmo do ágio já amortizado contabilmente.

Já o art. 34, conforme visto, considera que, na fusão, incorporação ou cisão de sociedades, o que ocorre é a **extinção do investimento**. Neste caso, as regras próprias ali previstas para a apuração do ganho de capital são as seguintes:

- a) se o acervo líquido recebido exceder o *valor contábil* das ações ou quotas extintas, tem-se o ganho de capital, que pode ser diferido nos termos dos §§ 1º e 2º, caso contrário, deverá ser oferecido à tributação imediatamente;
- b) somente será admitida como perda de capital a diferença entre o *valor contábil* e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, sendo esta diferença deduzida imediatamente como perda, ou então, à opção do contribuinte, tratada como ativo diferido amortizável pelo prazo máximo de 10 anos.

Portanto, no caso de fusão, incorporação ou cisão de sociedades, com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a lei fiscal não previu a consideração do valor do ágio ou deságio já amortizado contabilmente no cálculo do ganho de capital, valor o qual, conforme referido, encontrava-se registrado na parte B do LALUR para ser utilizado na determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento, eventos os quais não mais poderão ocorrer, em face dos eventos de reorganização societária retrocitados.

Em síntese, da aplicação do quanto até aqui exposto (situação vigente antes da Lei nº 9.532/97) a um caso de ágio fundamentado em expectativa de resultados futuros, (como é o fundamento do caso concreto), tínhamos a seguinte configuração:

- 1) A lei fiscal não continha regra determinando a forma de amortização deste ágio no tempo, deixando à cargo da lei societária/contábil dispor acerca da sua amortização, apenas ressalvando que esta amortização não seria aceita para fins fiscais, ou seja, que deveria o seu valor ser adicionado para a apuração do lucro real.
- 2) A lei societária/contábil determinava que o ágio fosse amortizado no prazo e na extensão das projeções de resultados futuros que o determinaram, ou, excepcionalmente, por ocasião da baixa do investimento em decorrência de sua alienação ou perecimento. Trata-se, no caso, da aplicação do princípio contábil do confronto das despesas com as receitas (*"matching principle"*): à medida que os lucros vão sendo

gerados na investida (e vão sendo reconhecidos na investidora por equivalência patrimonial, na proporção que lhe pertencem), as despesas pagas para ter direito a esses lucros vão sendo amortizadas. No limite do acerto das projeções feitas, o resultado contábil é nulo, na medida em que os lucros auferidos correspondem ao quanto por eles foi pago antecipadamente pela investidora. E o resultado fiscal também é nulo, na medida em que tanto as receitas de equivalência patrimonial, quanto as despesas com a amortização do ágio, devem ser “estornadas” (excluídas e adicionadas, respectivamente), para fins de apuração do lucro real.

- 3) Em caso de alienação, liquidação ou baixa do investimento, antes do término do prazo previsto de amortização, determina a lei societária/contábil que o saldo ainda não amortizado pela investidora seja lançado integralmente contra conta de resultado. Vale dizer, apenas o ágio ainda não amortizado entra no cálculo do ganho de apital (resultado não operacional). A parte já amortizada não mais configura custo de aquisição para fins de apuração do resultado, na medida em que já foi “recuperada” pelos lucros até então gerados pela investida.
- 4) A legislação fiscal, contudo, deu tratamentos distintos a essas ocorrências: no caso de alienação ou liquidação do investimento, permitiu o aproveitamento do ágio já amortizado contabilmente no cálculo do ganho (ou perda) de capital; já no caso de extinção da participação societária por força de fusão, incorporação ou cisão, previu apenas o aproveitamento do ágio ainda não amortizado contabilmente, e, ainda, para fins de dedutibilidade fiscal de eventual perda de capital, exigiu que a avaliação do acervo líquido recebido fosse feita a preços de mercado.

Em 11.12.1997 foi editada a Lei nº 9.532/97, cujos artigos 7º e 8º trouxeram novas regras relativas à amortização do ágio ou deságio, específicas para os casos em que há a extinção da participação societária por força de fusão, incorporação ou cisão.

Neste sentido, os referidos artigos derogaram o disposto no art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77, no que diz respeito às participações societárias adquiridas com ágio ou deságio. Vale registrar que o citado art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77 (atual art. 430 do RIR/99) permanece vigente, contudo, aplicável tão somente às hipóteses de participações societárias adquiridas sem registro de ágio ou deságio.

Por outro lado, os referidos artigos em nada alteraram as disposições até aqui comentadas relativas ao aproveitamento do ágio ou deságio nas hipóteses de alienação ou liquidação do investimento, as quais continuam reguladas pelo art. 33 do Decreto-Lei nº 1.598/77 (art. 426 do RIR/99).

Transcrevem-se abaixo os artigos 7º e 8º da 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:

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 em até dez anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração;*~~

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

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

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

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

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

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

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

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

b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a

inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

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

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

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

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

Da leitura dos referidos dispositivos, deflui que, a partir da ocorrência do evento que determinou a extinção da participação societária, o ágio ou deságio deverá ser contabilizado pela pessoa jurídica de diversas formas, de acordo com o seu fundamento econômico.

Assim, em síntese, tem-se que:

- a) se o fundamento for a diferença entre o valor contábil e o valor de mercado de bens do ativo, o ágio ou deságio deve ser contabilizado na própria conta (ou em contrapartida à conta) que registra o bem ou direito que lhe deu causa, de sorte que o ágio ou deságio passa a integrar o valor contábil do bem, tanto para fins de depreciação, amortização, exaustão, quanto para apuração de eventual ganho ou perda de capital;
- b) caso o bem que tenha dado causa ao ágio ou deságio não tenha sido transferido para o patrimônio da sucessora, o ágio ou deságio deve ser contabilizado em conta de ativo diferido ou de receita diferida, respectivamente, para ser amortizado da mesma forma que deve ser feita a amortização no caso de a fundamentação ser a expectativa de resultados futuros;
- c) se o fundamento do ágio (ou deságio) for a expectativa de resultados futuros, a sua amortização deve ser feita em no mínimo (no máximo) cinco anos, respeitando-se a razão de um sessenta avos, no máximo (no mínimo) para cada mês do período de apuração;
- d) por fim, se o fundamento do ágio for o fundo de comércio, os intangíveis, ou quaisquer outras razões econômicas, ele deve ser contabilizado em conta de ativo permanente, não sujeita a amortização, podendo apenas ser baixado, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital, nas

hipóteses de alienação do direito que lhe deu causa, de devolução de capital a sócio ou acionista, ou de encerramento das atividades da empresa.

Conforme se observa, o regramento especifica a forma pela qual devem ser feitos os registros *contábeis* dos valores que antes eram ágio ou deságio, bem como determina que as amortizações registradas contabilmente passam a ter, a partir do evento que determinou a extinção da participação societária, efeitos fiscais (literalmente, diz a lei que o ágio ou deságio será amortizado “*nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão*”).

Não há nenhum comando na lei que autorize ou determine o aproveitamento do ágio ou deságio já amortizado contabilmente, nem que possa dar a entender que as amortizações registradas contabilmente a partir do evento devam ser “revertidas” (por adição ou exclusão ao lucro líquido) para fins fiscais. Os lançamentos referidos na lei dizem respeito tão somente à escrituração comercial da pessoa jurídica.

Assim, conquanto tenha a Lei nº 9.532/97 alterado profundamente a forma como deve ser feita a amortização do ágio ou deságio em caso de extinção de participação societária em decorrência de fusão, incorporação ou cisão, não modificou o aspecto de que, nesses casos, não deve ser levado em consideração o ágio ou deságio que já havia sido amortizado contabilmente, nos mesmos moldes em que já o fazia o art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77, parcialmente derogado.

A profunda alteração levada a efeito pela Lei nº 9.532/97 consiste no seguinte: antes dela (na vigência do art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77), era absolutamente irrelevante (nos casos de incorporação, fusão ou cisão) o fundamento no qual baseava-se o anterior registro do ágio ou deságio. Bastaria à pessoa jurídica avaliar o acervo líquido recebido a preços de mercado, e toda a diferença entre este acervo e o valor contabilmente registrado, relativo à participação societária extinta, era imediatamente deduzido como perda, para fins fiscais, qualquer que fosse o fundamento daquele ágio.

Após a Lei nº 9.532/97, nos casos de incorporação, fusão ou cisão, o ágio fundamentado em rentabilidade futura não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, senão de forma “parcelada” em, no mínimo, cinco anos; o ágio fundamentado na diferença entre o valor contábil e o valor de mercado de bens do ativo não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, senão de forma também “parcelada”, acompanhando a depreciação, amortização, ou exaustão normal do bem; e o ágio baseado em outros fundamentos econômicos não apenas não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, como ainda sequer pode ser amortizado ao longo do tempo.

A nova lei, portanto, possui caráter manifestamente anti-elisivo. Não somente pelo seu próprio conteúdo normativo, já que a partir de sua edição foram sensivelmente restringidas as possibilidades de dedução do ágio, conforme acima exposto, como também pela própria manifestação do legislador, contida na exposição de motivos ao art. 8º da MP 1.602/97, posteriormente convertido no art. 7º da Lei nº 9.532/97, *verbis*:

“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 vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.”

Este ponto merece ser melhor explicitado, visto que há muitos juristas e doutrinadores — quiçá a maioria, até — que tratam os referidos artigos 7º e 8º como um incentivo fiscal às privatizações. Contudo, o entendimento aqui exposto não é isolado, e, neste sentido, transcrevo excerto de manifestação de Luís Eduardo Schoueri em recente livro² a respeito do tema:

“Muitos acreditam que a referida lei constituiu incentivo fiscal às privatizações. Neste sentido é o entendimento de Roberto Quiroga Mosquera e Rodrigo de Freitas, quando estes assinalam que o tratamento fiscal conferido ao ágio pela Lei nº 9.532/1997 ‘foi estabelecido no contexto de incentivo às privatizações, em que o Estado brasileiro tinha interesse em oferecer condições vantajosas aos adquirentes e, com isso, conseguir melhores preços’.

O mesmo raciocínio pode ser visto em Marcel e Michel Gulin Melhem, segundo os quais uma (e talvez a principal) das razões para a criação das normas sobre dedutibilidade do ágio na incorporação teria sido o incentivo ao “então chamado Programa Nacional de Desestatização, tornando as empresas estatais mais atraentes aos investidores privados, uma vez que o ágio eventualmente pago nos leilões de privatização poderia ser deduzido fiscalmente”. É, ainda, o mesmo entendimento de João Dácio Rolim e de Frederico de Almeida Fonseca, para quem um dos motivos para o tratamento dado ao ágio pela Lei nº 9.532/1997 “foi o de fomentar o chamado ‘Programa Nacional de Desestatização do Governo Federal’”.

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 intuito de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso, o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que os justificassem.

Segundo as palavras utilizadas à época pelo Poder Executivo para justificar a introdução de disciplina diferenciada para o ágio conforme sua fundamentação, houve a necessidade de se coibir planejamentos tributários consistentes na aquisição com ágio de empresas deficitárias e posterior incorporação que fizesse com que o ágio fosse deduzido na empresa lucrativa.

Como antigamente não havia qualquer coerência e consistência para a dedução do ágio, a falta de regulamentação específica estava sendo utilizada para

² SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo: Dialética, 2012, p. 66-68.

distorcer a lógica do sistema, o que gerou motivação suficiente para que o legislador barrasse esses artifícios prejudiciais à completude do ordenamento jurídico.”

Ainda que possa não ser o entendimento dominante, também no CARF se encontram manifestações no mesmo sentido do quanto exposto no presente voto. Peço vênia para transcrever trecho do voto proferido pelo ilustre Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, no acórdão nº 101-95.786, de 18 de outubro de 2006, à época acompanhado por unanimidade pela antiga Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes:

“Antigamente, o Decreto 1.598/77, em seu artigo 34, atual artigo 430 do RIR/99 (...)

Não havia prazo mínimo para esta operação de registro da perda, certo que alguns contribuintes, fortes na avaliação apenas de bens tangíveis e ignorando a valorização de intangíveis, registravam perdas quase pela totalidade do ágio pago na aquisição. E isso em operações muitas das vezes instantâneas.

(...)

A motivação para a nova regra teve caráter antielisivo, conforme a exposição de motivos ao artigo 8º da MP 1.602/97, convertido no artigo 7º da Lei 9.532/97, *verbis*:

(...)

A única conclusão possível, portanto, é que a nova regulamentação, além de tomar despicienda qualquer avaliação de acervo líquido quando existente ágio ou deságio, criou prazo mínimo para a amortização, no caso 5 anos, como forma de evitar o ganho fiscal imediato que anteriormente se obtinha, pelo reconhecimento a um só tempo da diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido.

No entanto, não há na norma qualquer permissão para que tal efeito represente um ajuste ao lucro líquido, mediante exclusão no LALUR. O fato é contábil, representativo do controle na escrituração da amortização do ágio após a incorporação. Como bem observou a decisão recorrida, apenas se a amortização ultimar-se em período anterior a cinco anos, haverá necessidade de ajustes por adição e exclusão, para respeito ao prazo mínimo definido na norma.”

O entendimento, *data vênia* equivocado, de que o referido artigo veicularia incentivo fiscal foi tão veemente e reiteradamente alardeado, que na própria Câmara de Deputados foi debatido um projeto de lei visando à revogação do “benefício fiscal” previsto no inciso III do artigo 7º (que trata da amortização do ágio fundamentado em expectativa de resultados futuros).

De fato, o então Deputado Valdemar Costa Neto apresentou o Projeto de Lei nº 2.922-A, de 2000, por meio do qual propunha, em seu artigo 1º, a revogação do inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532/97, ao argumento de ser “*completamente absurdo o benefício fiscal que ela concedeu as empresas vencedoras dos leilões de privatização de empresas estatais*”.

Ainda, posteriormente, foi apresentada emenda, pelo Deputado Luiz Antonio Fleury, a este projeto de lei, propondo a supressão da revogação antes proposta, na qual, mais uma vez, deu-se ao referido artigo a conotação de incentivo fiscal, *verbis*:

“Inclusive, a forma de contabilização atualmente prevista no inciso III do art. 7º da Lei nº 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.”

O Relator da matéria na Comissão de Finanças e Tributação, Deputado Antonio Cambraia, em seu voto, acolheu integralmente as ponderações apresentadas pela emenda supressiva, ressaltando que, por meio do artigo da Lei nº 9.532/97 em questão, *“estimula-se o investimento em outras empresas e a reorganização societária, tão importantes num contexto de baixo crescimento econômico do país”*.

O Projeto de Lei nº 2.922-A foi rejeitado, no mérito, por unanimidade, tendo sido arquivado em 02/12/2004, consoante informações obtidas em www.camara.gov.br.

O entendimento de que se trata de um incentivo fiscal tem permeado as mais recentes decisões do CARF a respeito do tema. Neste contexto foram proferidos diversos dos acórdãos citados pela recorrente em sede de recurso e memoriais apresentados, bastando a tanto citar o Acórdão nº 1301-000.711 (Tele Norte Leste, de relatoria do ilustre Conselheiro Valmir Sandri) e o Acórdão nº 1402-000.802 (Banco Santander, de relatoria do ilustre Conselheiro Antônio José Praga de Souza).

Transcrevo abaixo breve excerto do Acórdão nº 1301-000.711:

“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.”

Não me sensibilizam, contudo, os argumentos expendidos neste sentido. Identifico nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 tão somente uma nova normatização atinente ao registro e amortização do ágio — a propósito, sem sombra de dúvidas, mais restritiva que a anterior.

Além disto, não há nenhum elemento na Lei nº 9.532/97 que expressamente a vincule ao Programa Nacional de Desestatização. Pelo contrário, suas regras são válidas para todo e qualquer evento de fusão, incorporação ou cisão que implique a extinção de participação societária anteriormente adquirida com ágio.

Resta enfrentar a questão envolvendo as sucessivas reorganizações societárias, a saber: a “transferência” do ágio originalmente pago, pela Bitel à 1B2B, a posterior incorporação desta pela TNC, a posterior cisão desta com incorporação do ágio pelas operadoras controladas, e a posterior incorporação de todas as demais operadoras por uma

delas. É dizer, importa saber se esses fatos trazem alguma implicação ao direito à amortização do ágio originalmente pago pela Bitel.

Inicialmente, registro que, tendo o ágio sido efetivamente pago, em uma operação ocorrida entre partes independentes, e estando devidamente fundamentado na rentabilidade futura — todas circunstâncias as quais estão presentes no caso concreto, ou ao menos não foram refutadas pela autoridade fiscal — não se encontra na lei qualquer impedimento expresso a que este ágio venha a ser amortizado por outra empresa, que não aquela que pagou por ele.

Ao contrário, a Lei nº 9.532/97, em seu artigo 8º, dispõe que a própria empresa que deu causa ao ágio pode, ao fim e ao cabo, amortizá-lo, basta que a incorporação seja do tipo “reversa”, ou “downstream”, i.e., com a controladora sendo incorporada pela controlada.

De igual modo, não identifico na lei, *a priori*, nenhuma restrição a que o ágio em questão venha a ser amortizado por outra empresa qualquer que, por força de evento de fusão, incorporação, ou cisão, passe a efetivamente deter a participação societária anteriormente adquirida com ágio, se deste evento não resultou qualquer surgimento de “novo ágio” ou “multiplicação” do ágio anteriormente pago.

Contudo, necessário se faz que as operações societárias ocorridas sejam orientadas por legítimos propósitos negociais.

De fato, cediço que a recorrente, como qualquer outra pessoa jurídica, tem o direito a organizar a sua vida da maneira que julgar melhor, sendo legítima a busca de configuração que lhe propicie o pagamento do menor imposto possível. Contudo, o direito à auto-organização não é ilimitado, e deve ser exercido na medida em que existam causas reais que justifiquem tal atitude.

Em obra que significou verdadeiro marco no estudo do chamado planejamento tributário³, Marco Aurélio Greco observa que a ótica da análise não deve ser feita apenas sob o ângulo da licitude ou ilicitude dos negócios jurídicos praticados, pois a licitude é requisito prévio, mas sim, da oponibilidade ou inoponibilidade dos seus efeitos ao fisco.

Ressalta o autor que não apenas a simulação, mas também outras patologias, como a fraude à lei e o abuso de direito, este último especialmente a partir do novo Código Civil de 2002, contaminam o planejamento feito e o tornam inoponível ao fisco.

Destacando que sua posição nada tem a ver com a chamada “interpretação econômica” na aplicação das leis fiscais, pondera o autor que, sempre que o exercício da auto-organização se apoiar em causas reais, e não unicamente fiscais, a atividade do contribuinte será irrepreensível, e contra ela o fisco nada poderá objetar. Contudo, ao discorrer sobre a figura do abuso de direito no campo do Direito Tributário, afirma:

“No entanto, os negócios jurídicos que não tiverem nenhuma causa real e predominante, a não ser conduzir a um menor imposto, terão sido realizados em desacordo com o perfil objetivo do negócio e, como tal, assumem um caráter abusivo; neste caso, o Fisco a eles pode se opor, desqualificando-os fiscalmente para requalificá-los segundo a descrição normativo-tributária pertinente à situação que foi

encoberta pelo desnaturamento da função objetiva do ato. Ou seja, se o objetivo predominante for a redução da carga tributária, ter-se-á um uso abusivo do direito.

(...)

Conforme diversas vezes afirmado acima, o contribuinte tem o direito de se auto-organizar; e dispor a sua vida como melhor lhe aprouver; não está obrigado a optar pela forma fiscalmente mais onerosa.

Porém, o que disse acima é que esta reorganização deve ter uma causa real, uma razão de ser, um motivo que não seja predominantemente fiscal. Sublinhei o termo “predominantemente”, pois este é o conceito chave. Se determinada operação ou negócio privado tiver por efeito reduzir carga tributária, mas se apoia num motivo empresarial, o direito de auto-organização terá sido adequadamente utilizado. Não haverá abuso! O Fisco nada poderá objetar!”

Ainda segundo o renomado autor, em vista de os negócios jurídicos praticados resultarem do exercício de um direito de auto-organização que se apoia no valor liberdade, e gozarem, portanto, da presunção de não abusividade, incumbe ao Fisco o ônus da prova da finalidade predominantemente fiscal.

Na análise das operações efetivamente praticadas e de sua oponibilidade ou não ao fisco, observa Greco que há determinadas circunstâncias ou situações que, embora isoladamente não constituam razão suficiente para inquirir de inoponível determinado ato, demandam especial atenção do intérprete, seja pela sua complexidade, atipicidade ou até mesmo “estranheza”. São as operações por ele conceituadas como “preocupantes”.

A acusação fiscal, pode-se perceber, adotou a classificação exposta por este doutrinador, elencando as situações “preocupantes” que entendeu presentes no caso, e que sucintamente destaco:

- a) Operações estruturadas em sequência (“*step transactions*”);
- b) Operações invertidas;
- c) Uso de sociedades;
- d) Empresas de passagem;
- e) Sociedades efêmeras;
- f) Ágio de si mesmo;
- g) Operações entre partes relacionadas.

No caso concreto, conforme destaquei, não vislumbro, a princípio, restrição a que o ágio em questão venha a ser amortizado por outra empresa qualquer, a qual, por porção de evento de fusão, incorporação, ou cisão, passe a efetivamente deter a participação societária anteriormente adquirida com ágio. Nem tampouco há restrições a que sejam feitas sucessivas operações societárias desta natureza.

Contudo, há de se perquirir, em todos esses eventos, se houve efetiva motivação empresarial, ou se se trata apenas de eventos encadeados com finalidade predominantemente fiscal.

Conforme já referido, não há dúvidas de que, acaso tivesse a Bitel incorporado a TNC, ou vice-versa, a empresa daí resultante teria adquirido o direito à amortização do ágio, nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, com efeitos fiscais.

Nas razões de defesa, argumenta a recorrente que a Bitel, contudo, não podia incorporar diretamente a TNC, nem ser por ela incorporada, em razão de diversos impedimentos societários e regulatórios, a saber, em síntese:

- a Bitel possuía um passivo vinculado à aquisição da TNC que não poderia ser transferido à TNC, por impedimento da legislação societária;
- a incorporação ou fusão das empresas envolvidas acarretaria a perda do poder de controle da Bitel, o que era vedado pela legislação regulatória do setor (Lei Geral de Telecomunicações – LGT);
- a Anatel somente autorizava a incorporação ou fusão das empresas operadoras em uma única empresa após transcorridos cinco anos da promulgação da LGT, ou seja, julho de 2002.

Ora, o fato de existirem impedimentos societários e regulatórios à incorporação direta, sejam eles quais forem, e os quais foram contornados (ou evitados) mediante os eventos societários praticados, não constitui prova da existência de motivo extratributário para a realização das operações. O que se verifica, no caso, e se irá demonstrar a seguir, é que a motivação para a realização das operações foi exclusivamente tributária, e que a série de eventos societários praticados foi apenas a forma encontrada pela recorrente para obter a desejada redução da carga tributária, a qual, no caso concreto, não podia ser concretizada pela via da incorporação direta.

De fato, a integralização de capital na 1B2B, pela Bitel, com as ações da TNC, não representou qualquer intenção de, efetivamente, constituir empresa que atuasse como *holding* da participação societária na TNC, tanto assim que a existência da 1B2B foi extremamente breve.

Destaco a seguir algumas características desta empresa.

A empresa 1B2B foi constituída em 07 de janeiro de 2000, pelos Srs. Robson Goulart Barreto e Kenneth Gerald Clark Júnior, ambos membros da banca de advogados da Sociedade Civil Veirano & Advogados Associados, empresa a qual emitiu pareceres em 07/04/2000 e 26/05/2000 a respeito da reorganização societária em questão. O capital social de R\$ 1.000,00 ficou dividido em 1.000 quotas de valor de R\$ 1,00, ficando o Sr. Robson Goulart Barreto com 999 quotas e Sr. Kenneth Gerald Clark Júnior com 1 quota.

Em 31 de março de 2000 (e registro na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro em 18/04/2000) foi promovida a primeira alteração contratual da 1B2B (fls. 343-351), por meio da qual o sócio quotista Robson Goulart Barreto cede e transfere a totalidade das suas 999 quotas para a Bitel pelo valor de R\$ 999,00. Neste mesmo instrumento os sócios quotistas Kenneth Gerald Clark Júnior e a empresa Bitel promovem o aumento do capital social de R\$ 1.000,00 para R\$ 673.262.640,00, com emissão de 673.261.640 novas quotas, que foram integralmente subscritas e integralizadas pela Bitel mediante a conferência das ações na TNC, tendo o Sr. Kenneth Gerald Clark Júnior deixado de exercer o seu direito de subscrição das

novas quotas, em favor da Bitel, e continuado a ser detentor de apenas uma quota. Ainda no mesmo instrumento, a 1B2B foi transformada em sociedade anônima.

Já em reunião realizada no dia 10 de abril de 2000 (fls. 352-354) foi debatida e aprovada a proposta de incorporação da 1B2B pela TNC, bem como foi analisado e aprovado o laudo de avaliação da 1B2B elaborado por empresa especializada (ACAL), com base no qual deu-se o registro do ágio, na 1B2B, no valor líquido de R\$ 605.064.441,00 (descontadas as amortizações do ágio acumuladas até 29/02/2000).

Na Assembléia Geral Extraordinária de 28 de abril de 2000 (fls. 355-357) foi aprovada a incorporação da 1B2B pela TNC, considerada como data-base o dia 3 de abril de 2000. Destacou o fisco o curioso “desaparecimento” da participação do Sr. Kenneth Gerald Clark Júnior, uma vez que, tanto no laudo de avaliação elaborado pela ACAL, quanto na própria ata da AGE de 28/04/2000, e ainda, na cláusula quinta do protocolo e justificação de incorporação da 1B2B pela TNC, e nos itens 2, 8 e 12 do fato relevante publicado em 11/04/2000 pelas empresas 1B2B e TNC, consta que a Bitel detém 100% do capital da 1B2B.

Transcreve-se a seguir trecho do Protocolo de Justificação da Incorporação da 1B2B pela TNC (fls. 377):

“... a incorporação em tela objetiva fortalecer a estrutura financeira da Incorporadora e/ou suas controladas, através do incremento da sua capacidade de geração de fluxo de caixa e de investimento, fortalecimento este que ocorrerá através do aproveitamento pela Incorporadora e/ou suas controladas em suas operações do benefício fiscal representado pela despesa de amortização do Ágio, nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/97.”

E, a seguir, trecho do fato relevante publicado em 13/04/2000 pelas empresas 1B2B e TNC (fls. 374):

“3. Motivos da Operação. A operação em tela visa ao fortalecimento da estrutura financeira do grupo econômico, ao qual pertence a TNC, através da criação, na TNC, de um ativo diferido (ágio) e, em contrapartida a este ativo, uma reserva especial de ágio no patrimônio líquido da TNC, tudo conforme o disposto no art. 6º da Instrução CVM 319/99.

4. Benefício da Operação. Em virtude da incorporação em tela, o grupo econômico da TNC terá a possibilidade de obter economias fiscais oriundas da amortização do ágio, surgido em função da incorporação, cujo valor é de R\$ 610.000.000,00 (seiscentos e dez milhões de reais), a ser amortizado em 10 anos. Estima-se que essas economias possam ser da ordem de R\$ 201.000.000,00 (duzentos e um milhões de reais).

Resta claro, assim, que não houve nenhuma outra motivação para esta operação, que não a tributária, mediante a “transferência” do ágio originalmente pago quando da aquisição no leilão de privatização, para fins de seu aproveitamento pelo “grupo econômico da TNC”, conforme acima destacado.

Já na ata da Assembléia Geral Extraordinária de 28 de abril de 2000 da TNC (fls. 415), que aprovou a incorporação da 1B2B, bem como o laudo de avaliação do patrimônio feito pela ACAL, constou o seguinte registro:

“5.3. Informado que a Companhia está estudando e avaliando a maneira mais eficiente possível de o benefício fiscal oriundo da amortização do ágio ser aproveitado no âmbito das sociedades operadoras controladas pela Companhia;”

Em nova Assembléia Geral Extraordinária realizada pela TNC em 30 de junho de 2000 (fls. 416-419), foi aprovado o Protocolo e Justificação de Cisão Parcial da TNC, e declarada efetivada a cisão parcial desta, com a incorporação da parcela cindida pelas operadoras, na proporção indicada em laudo elaborado pela ACAL.

Transcreve-se a seguir trecho do referido Protocolo e Justificação de Cisão Parcial da TNC (fls. 461-467):

“Considerando a cisão parcial da TNC com incorporação da parcela cindida pelas Incorporadoras justifica-se tendo em vista a impossibilidade de utilização total do ágio existente na sociedade 1B2B Participações S.A., por ausência de receitas tributáveis em montante suficiente na TNC; e

Considerando que as Incorporadoras são controladas pela TNC e se beneficiarão da transferência do benefício fiscal resultante da incorporação do ágio existente na sociedade 1B2B Participações S.A., uma vez que geram receitas tributáveis em decorrência de suas operações.

Vem as partes, por este, e na melhor forma de direito (...).”

E, a seguir, trecho do fato relevante divulgado em 13/06/2000 pelas empresas TNC e suas controladas operadoras (fls. 468-472):

“3. Motivos da Operação. A operação de que se trata visa ao fortalecimento da estrutura do grupo econômico ao qual pertence a TNC. A operação em tela representa a concretização dos objetivos traçados por ocasião da incorporação da sociedade 1B2B Participações S.A. pela TNC realizada em 28/04/2000. A presente cisão parcial foi a medida mais eficiente encontrada pelas empresas envolvidas para aproveitar o benefício fiscal gerado pela amortização do ágio no âmbito das Operadoras, conforme antecipado no item 15 do Aviso de Fato Relevante referente à aludida incorporação, o qual fora publicado em 13 de abril na Gazeta Mercantil.

4. Benefício da Operação. Em virtude da incorporação em tela, as Operadoras, e por conseguinte, o Grupo Econômico como um todo, terão a possibilidade de obter economias fiscais oriundas da amortização do ágio surgido nas Operadoras através da cisão parcial da TNC. O valor total estimado dessas economias, as quais serão percebidos no decorrer dos próximos 10 (dez) anos é de R\$ 203.155.440,00.”

Mais uma vez, resta claro que a única motivação para a realização desta operação de cisão parcial da TNC também foi a tributária, agora para possibilitar que as operadoras viessem a gozar da dedutibilidade fiscal da amortização do ágio, já que a TNC, controladora destas, não gerava “*receitas tributáveis em montante suficiente*” para aproveitá-lo.

Os demais passos da reestruturação societária efetivados a seguir não tiveram motivação exclusivamente (e nem preponderantemente) tributária. De fato, uma vez tendo a recorrente “transferido” o ágio para as operadoras, e nelas os tendo aproveitado para fins fiscais até janeiro de 2004, a posterior incorporação, pela Telve Celular S/A, de todas as

demais operadoras, representa apenas a concretização de um objetivo empresarial legítimo de consolidação das atividades em uma única empresa.

Da mesma forma, tampouco se vislumbra no evento societário posterior (incorporação da TIM Nordeste Telecomunicações S/A, nova denominação da Telp Celular S/A, em junho de 2006, pela MAXITEL S/A, no mesmo ato renominada TIM Nordeste S/A) motivação exclusiva ou preponderantemente tributária.

Contudo, nos atos anteriormente analisados em detalhe, identifica-se claramente a ocorrência das operações estruturadas em sequência (onde se destacam o exíguo tempo transcorrido entre as operações, e a ausência de alterações substanciais ocorridas entre o “antes” e o “depois”), o uso de sociedade de existência efêmera como empresa de passagem, e a motivação exclusivamente tributária que orientou os atos praticados.

Na peça de defesa, destaca a recorrente que, a partir da aquisição da TNC, passou a existir a necessidade de uma reorganização ampla, que idealmente “*viesses a agrupar ... todas as empresas envolvidas (Bitel, TNC e as seis operadoras) em uma só, daí resultando uma empresa operacional de maior porte, com valor patrimonial condizente com seu valor de mercado*”, e que “*entre as vantagens dessa operação estavam a obtenção de ganho de escala e a economia de custos*”.

Como exemplo desses ganhos de escala, cita a obtenção de empréstimos menos custosos (já que as instituições financeiras levam em consideração o porte da empresa para conceder empréstimos e fixar o percentual de juros), o maior poder de negociação com os fornecedores, e a redução de custos operacionais em geral.

Na verdade, nem mesmo após toda a reorganização levada a efeito, consta que tenha a empresa Bitel, ou mesmo a TNC, se agrupado ou incorporado às demais. De fato, e somente em janeiro de 2004, apenas as seis operadoras é que se consolidaram em uma só.

Portanto, se algum “prejuízo” ou dano comercial — decorrente da impossibilidade de se obter os ganhos de escala antes de janeiro de 2004 — ocorreu, este foi naturalmente absorvido pelas empresas em questão. Afinal, se há impedimentos societários ou regulatórios para que a consolidação das empresas em uma só se efetive, pouco ou nada há a fazer.

Contudo, na seara tributária, parece não concordar a recorrente que os impedimentos societários e regulatórios à prática dos eventos desejados possa constituir óbice a que alcance o seu “legítimo direito” à amortização do ágio pago para fins fiscais.

Ora, conforme exposto no presente voto, a legislação fiscal tornou-se, com a Lei nº 9.532/97, muito mais restritiva com relação à possibilidade de amortização do ágio para fins fiscais. Longe de fazer parte de um “pacote de benefícios” oferecido às empresas vencedoras dos leilões de privatização, trata a lei em questão apenas de regular os efeitos ocorrentes a partir de eventos de fusão, incorporação ou cisão ocorridos, e quando orientados estes por legítimos interesses empresariais.

Pode-se dizer que parte a recorrente do pressuposto de que haveria um “direito natural” à amortização do ágio para fins fiscais, e que este não poderia ser “suprimido” por conta de impedimentos societários ou regulatórios, quando na verdade se verifica que a lei fiscal é muito restritiva com relação à amortização do ágio, mesmo quando este tenha sido

efetivamente pago, como o foi, no presente caso. Tanto é assim que, conforme também exposto no presente voto, o aproveitamento fiscal do ágio efetivamente pago, mas já amortizado contabilmente, somente é previsto para os casos de alienação ou liquidação do investimento, mas não para os casos de extinção de participação societária por força de fusão, incorporação ou cisão. Não cabe aqui questionar a opção do legislador, mas apenas registrar que assim foi por ele disciplinada a matéria.

No caso, portanto, os impedimentos societários e regulatórios existentes fizeram com que a recorrente não pudesse naquele momento promover a incorporação nos moldes que alegadamente desejava realizar, e este fato traz, como de fato trouxe, implicações em todas as órbitas da vida empresarial, inclusive a tributária.

Com relação às alegações recursais de que não poderia o fisco desconsiderar as suas operações para fins fiscais antes da vigência e devida regulamentação do artigo 116, parágrafo único, do CTN, sirvo-me mais uma vez do magistério de Marco Aurélio Greco⁴ para refutá-las:

“Tratando-se de abuso de direito, o Código Civil assumiu postura clara e inequívoca no sentido de prever que configura ato ilícito. Isto significa que, na hipótese de abuso de direito no campo tributário, haverá uma ilicitude e, portanto, deixará de ser caso de elisão para configurar conduta ilícita (se evasão, sonegação ou outra figura, não é o momento de examinar). Portanto, ainda que o abuso implique uma dissimulação, a ilicitude originária contamina a operação e, portanto, não é o caso de desconsiderar, mas de identificar o ilícito cometido. O Fisco não fica jungido aos procedimentos do artigo 116, parágrafo único, pois aplica-se o artigo 149 do CTN.”

O CARF também tem adotado firme posição no sentido da necessidade da existência de propósito negocial para que sejam aceitas as consequências tributárias de determinados atos, bem como vem acolhendo a possibilidade do reconhecimento do abuso de direito.

Neste sentido, ainda que o caso concreto verse sobre situação diversa da tratada nos presentes autos, transcrevo a seguir ementa de recente julgado do CARF:

“CUSTOS E DESPESAS OPERACIONAIS. OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS. ENCARGO DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO GERADO COM UTILIZAÇÃO DE SOCIEDADE VEÍCULO. ÁGIO DE SI MESMO. ABUSO DE DIREITO.

O ágio gerado em operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos econômicos efetivamente existentes. A geração de ágio de forma interna, ou seja, dentro do mesmo grupo econômico, sem a alteração do controle das sociedades envolvidas, sem qualquer desembolso e com a utilização de empresa inativa ou de curta duração (sociedade veículo) constitui prova da artificialidade do ágio e torna inválida sua amortização. A utilização dos formalismos inerentes ao registro público de comércio engendrando afeição a legitimidade destes atos caracteriza abuso de direito.” (Acórdão nº 1103-000.501, de 30 de junho de 2011, relator Cons. José Sérgio Gomes)

Em conclusão deste tópico, corretos estão os lançamentos fiscais, tanto na parte que se refere à falta de adição da amortização de ágio na apuração do lucro real e da base

de cálculo da CSLL, quanto na parte que se refere à exclusão indevida de amortização de ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, sendo de se destacar apenas que, com relação à exclusão, conforme exposto no voto, há motivos adicionais (em relação à falta de adição) para considerá-la indevida.

De fato, conforme exposto, a partir da ocorrência do evento de fusão, incorporação ou cisão, a amortização do ágio passa a ser feita apenas contabilmente (embora com fins também fiscais), e o ágio já amortizado contabilmente não mais pode ser “recuperado” via exclusão, nem mesmo pela própria empresa que o tenha amortizado. Muito menos pode, como ocorreu no caso concreto, a TIM Nordeste Telecomunicações S/A (operadora resultante da incorporação de todas as seis operadoras em uma só) reduzir o seu lucro tributável com a exclusão, via Lalur, de parcelas do ágio que já haviam sido amortizadas pelas empresas Bitel e 1B2B.

Dedução relativa ao benefício de redução do IRPJ (Sudene)

Com relação a este item, a autoridade fiscal considerou indevidas as deduções feitas em razão de não terem sido apresentados os pedidos de reconhecimento do direito ao titular da unidade da Secretaria da Receita Federal – SRF da sua jurisdição.

Em contraponto, sustenta a recorrente que o ato de reconhecimento do direito à fruição do benefício tem natureza meramente declaratória, conforme reconhecido há muito tempo pelo Conselho de Contribuintes.

Afirma também que a exigência de reconhecimento do direito pela Secretaria da Receita Federal tem suporte em dispositivos meramente regulamentares, inexistindo qualquer dispositivo de lei, em sentido formal, neste sentido.

E que, além disto, esta exigência, quando prevista, somente alcança o benefício concedido nos termos dos artigos 13 e 14 da Lei nº 4.239/1963 ou das leis que os revigoraram, a exemplo da Lei nº 9.532/1997. Contudo, a Medida Provisória nº 2.199-14/2001, através de seu artigo 2º, extinguiu os benefícios previstos no artigos 13 e 14 da Lei nº 4.239/1963, conferindo nova e completa regulamentação à matéria, portanto inaplicável a exigência de reconhecimento pela SRF, novamente fundamentada tão somente em dispositivo regulamentar (Decreto nº 4.213, de 26 de abril de 2002), que assim extrapolou os limites de sua atuação.

Para enfrentar essas questões, entendo necessário fazer uma breve retrospectiva da legislação a respeito do tema.

Inicialmente, assim dispôs a Lei nº 4.239/1963 a respeito (grifos acrescidos):

“Art 13. Os empreendimentos industriais ou agrícolas que se instalarem, modernizarem, ampliarem ou diversificarem, nas áreas de atuação da SUDAM ou da SUDENE, até o exercício de 1982, inclusive, ficarão isentos do imposto de renda e adicionais não restituíveis incidentes sobre seus resultados operacionais, pelo prazo de 10 anos, a contar do exercício financeiro seguinte ao ano em que o empreendimento entrar em fase de operação ou, quando for o caso, ao ano em que o projeto de modernização,

ampliação ou diversificação entrar em operação, segundo laudo constitutivo expedido pela SUDAM ou SUDENE.

Art 14. *Até o exercício de 1973 inclusive, os empreendimentos industriais e agrícolas que estiverem operando na área de atuação da SUDENE à data da publicação desta lei, pagarão com a redução de 50% (cinquenta por cento) o imposto de renda e adicionais não restituíveis.*

Art 16. *A SUDENE, mediante as cautelas que instituir, fornecerá, as empresas interessadas, declaração de que satisfazem as condições exigidas para o benefício da isenção a que se refere o artigo 13, ou da redução prevista no artigo 14, documento que instruirá o processo de reconhecimento pelo Diretor da Divisão do Imposto de Renda, do direito das empresas ao favor tributário.”*

Portanto, a Lei nº 4.239/1963 previa inicialmente que tanto o benefício de isenção (art. 13) quanto o de redução (art. 14) deveriam ser objeto de um processo de reconhecimento do direito pelo então Diretor da Divisão do Imposto de Renda (art. 16). Note-se que somente com relação ao benefício de isenção (art. 13) havia menção a laudo constitutivo expedido pela Sudene.

Regulamentando o art. 16, determinou o Decreto nº 55.334, de 31 de dezembro de 1964, ora já revogado, que o Diretor da Divisão do Imposto de Renda decidiria sobre cada pedido de reconhecimento de direito à isenção ou redução dentro de 180 dias da respectiva apresentação à competente repartição fiscal, findos os quais, se não fosse a empresa notificada de decisão contrária ao pedido, e tendo o favor fiscal sido recomendado pela SUDENE, considerar-se-ia a interessada automaticamente em pleno gozo da isenção ou da redução pretendida.

Posteriormente, a Lei nº 5.508/1968 determinou o seguinte (grifos acrescidos):

“Art 37. Os benefícios previstos no art. 13 da Lei nº 4.239, de 27 de junho de 1963, modificado pelo art. 34 desta Lei, uma vez reconhecidos pela SUDENE, serão comunicados às Delegacias Regionais e Seccionais do Imposto de Renda para tomarem conhecimento da concessão.”

Esta mesma lei havia promovido alterações tanto ao art. 13 (isenção) quanto ao art. 14 (redução) da lei anterior. Contudo, somente com relação ao art. 13 (isenção) é que observou que as Delegacias Regionais e Seccionais do Imposto de Renda seriam apenas “comunicadas” da concessão do benefício pela Sudene. Portanto, com relação aos benefícios de isenção, a lei retirou da Receita Federal o poder de reconhecimento do direito.

A esta nova disposição legal teve de adaptar-se a regulamentação. Foi então editado o Decreto nº 64.214, de 18 de março de 1969, que, nos seus artigos 1º e 3º tratou do benefício de redução, no seu artigo 2º tratou do benefício de isenção, e no seu artigo 8º assim dispôs (grifos acrescidos):

“Art. 8º A Secretaria Executiva da SUDENE, analisando a documentação a que se refere o artigo anterior e procedendo às

*investigações que julgar necessárias, emitirá parecer fundamentado para apreciação do Conselho Deliberativo, propondo, quando fôr o caso, a expedição da declaração a que alude o artigo 7º, ou o **reconhecimento, pelo mesmo Conselho Deliberativo, do direito à isenção prevista no artigo 2º deste Decreto, nos termos do artigo 37, da Lei nº 5.508, de 11 de outubro de 1968.***

*§ 1º As pessoas jurídicas ou firmas individuais, em favor das quais a SUDENE expedir a declaração a que alude o artigo anterior, instruirão, com o referido documento, **o processo de reconhecimento, pelo órgão próprio da Secretaria da Receita Federal, do direito ao gozo do benefício previsto nos artigos 1º e 3º deste Decreto,** devendo o pedido formulado ser encaminhado àquela repartição, através da Delegacia da Receita Federal a que estiver jurisdicionado o requerente.*

*§ 2º **O órgão próprio da Secretaria da Receita Federal decidirá sobre cada pedido de reconhecimento do direito à redução prevista nos artigos 1º e 3º deste Decreto, dentro de 180 (cento e oitenta) dias da respectiva apresentação à competente repartição fiscal.***

Mais adiante, a Lei nº 9.532/97 trouxe novas alterações relativas a esses benefícios no seu artigo 3º, *verbis*:

“Art. 3º Os benefícios fiscais de isenção, de que tratam o art. 13 da Lei nº 4.239, de 27 de junho de 1963, o art. 23 do Decreto-Lei nº 756, de 11 de agosto de 1969, com a redação do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.564, de 29 de julho de 1977, e o inciso VIII do art. 1º da Lei nº 9.440, de 14 de março de 1997, para os projetos de instalação, modernização, ampliação ou diversificação, aprovados pelo órgão competente, a partir de 1º de janeiro de 1998, observadas as demais normas em vigor, aplicáveis à matéria, passam a ser de redução do imposto de renda e adicionais não restituíveis, observados os seguintes percentuais: (Vide Medida Provisória nº 2.199-14, de 2001)

I - 75% (setenta e cinco por cento), a partir de 1º de janeiro de 1998 até 31 de dezembro de 2003;

II - 50% (cinquenta por cento), a partir de 1º de janeiro de 2004 até 31 de dezembro de 2008;

III - 25% (vinte e cinco por cento), a partir de 1º de janeiro de 2009 até 31 de dezembro de 2013.

§ 1º O disposto no caput não se aplica a projetos aprovados ou protocolizados até 14 de novembro de 1997, no órgão competente, para os quais prevalece o benefício de isenção até o término do prazo de concessão do benefício.

§ 2º Os benefícios fiscais de redução do imposto de renda e adicionais não restituíveis, de que tratam o art. 14 da Lei nº 4.239, de 1963, e o art. 22 do Decreto-Lei nº 756, de 11 de agosto de 1969, observadas as demais normas em vigor,

aplicáveis à matéria, passam a ser calculados segundo os seguintes percentuais:

I - 37,5% (trinta e sete inteiros e cinco décimos por cento), a partir de 1º de janeiro de 1998 até 31 de dezembro de 2003;

II - 25% (vinte e cinco por cento), a partir de 1º de janeiro de 2004 até 31 de dezembro de 2008;

III - 12,5% (doze inteiros e cinco décimos por cento), a partir de 1º de janeiro de 2009 até 31 de dezembro de 2013.

§ 3º Ficam extintos, relativamente aos períodos de apuração encerrados a partir de 1º de janeiro de 2014, os benefícios fiscais de que trata este artigo.”

Em síntese, portanto, a Lei nº 9.532/97:

- transformou o benefício de isenção, previsto no art. 13 da Lei nº 4.239/63, em benefício de redução, com percentuais decrescentes ao longo do tempo, ressalvados apenas os projetos já aprovados ou protocolizados até 14 de novembro de 1997;

- alterou o benefício de redução, previsto no art. 14 da Lei nº 4.239/63, estabelecendo percentuais menores e decrescentes ao longo do tempo;

- determinou a extinção de ambos os benefícios a partir de 1º de janeiro de 2014.

Entretanto, esta lei em nada alterou a forma como se deveria dar o reconhecimento da concessão. Ao contrário, expressamente determinou que, para ambos os benefícios, fossem “*observadas as demais normas em vigor, aplicáveis à matéria*”.

Tanto é assim que o Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (atual Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99), continua a fazer a distinção entre as formas de reconhecimento do benefício de redução e do de isenção (vide, neste sentido, o art. 550, que trata da isenção – e da isenção transformada em redução – e faz referência ao art. 37 da Lei nº 5.508/68, e o art. 553, que trata da redução, e faz referência ao art. 16 da Lei nº 4.239/63).

Posteriormente, a Medida Provisória nº 2199-14, de 2001 (oriunda de sucessivas reedições desde a MP nº 2.058/2000, original) trouxe novas alterações relativas a esses benefícios em seus artigos 1º e 2º, *verbis*:

“Art. 1º Sem prejuízo das demais normas em vigor aplicáveis à matéria, a partir do ano-calendário de 2000, as pessoas jurídicas que tenham projeto protocolizado e aprovado até 31 de dezembro de 2018 para instalação, ampliação, modernização ou diversificação enquadrado em setores da economia considerados, em ato do Poder Executivo, prioritários para o desenvolvimento regional, nas áreas de atuação da Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE e da Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia - SUDAM, terão direito à redução de 75% (setenta e cinco por cento) do imposto sobre a renda e adicionais calculados com

base no lucro da exploração. (Redação dada pela Lei nº 12.715, de 2012)

§ 1º A fruição do benefício fiscal referido no caput deste artigo dar-se-á a partir do ano-calendário subsequente àquele em que o projeto de instalação, ampliação, modernização ou diversificação entrar em operação, segundo laudo expedido pelo Ministério da Integração Nacional até o último dia útil do mês de março do ano-calendário subsequente ao do início da operação. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º-A. As pessoas jurídicas fabricantes de máquinas, equipamentos, instrumentos e dispositivos, baseados em tecnologia digital, voltados para o programa de inclusão digital com projeto aprovado nos termos do caput terão direito à isenção do imposto sobre a renda e do adicional, calculados com base no lucro da exploração. (Incluído pela Lei nº 12.546, de 2011)

§ 2º Na hipótese de expedição de laudo constitutivo após a data referida no § 1º, a fruição do benefício dar-se-á a partir do ano-calendário da expedição do laudo.

§ 3º O prazo de fruição do benefício fiscal será de 10 (dez) anos, contado a partir do ano-calendário de início de sua fruição. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 3º-A. No caso de projeto de que trata o § 1º-A que já esteja sendo utilizado para o benefício fiscal nos termos do caput, o prazo de fruição passa a ser de 10 (dez) anos contado a partir da data de publicação da Medida Provisória nº 540, de 2 de agosto de 2011. (Incluído pela Lei nº 12.546, de 2011)

§ 4º Para os fins deste artigo, a diversificação e a modernização total de empreendimento existente serão consideradas implantação de nova unidade produtora, segundo critérios estabelecidos em regulamento.

§ 5º Nas hipóteses de ampliação e de modernização parcial do empreendimento, o benefício previsto neste artigo fica condicionado ao aumento da capacidade real instalada na linha de produção ampliada ou modernizada em, no mínimo:

I - vinte por cento, nos casos de empreendimentos de infraestrutura (Lei nº 9.808, de 20 de julho de 1999) ou estruturadores, nos termos e nas condições estabelecidos pelo Poder Executivo; e

II - cinquenta por cento, nos casos dos demais empreendimentos prioritários.

§ 6º O disposto no caput não se aplica aos pleitos aprovados ou protocolizados no órgão competente e na forma da legislação anterior, até 24 de agosto de 2000, para os quais continuará a prevalecer a disciplina introduzida pelo caput do art. 3º da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997.

§ 7º As pessoas jurídicas titulares de projetos de implantação, modernização, ampliação ou diversificação protocolizados no órgão competente e na forma da legislação anterior a 24 de agosto de 2000, que venham a ser aprovados com base na disciplina introduzida pelo caput do art. 3º da Lei nº 9.532, de 1997, e cuja atividade se enquadre em setor econômico considerado prioritário, em ato do Poder Executivo, poderão pleitear a redução prevista neste artigo pelo prazo que remanescer para completar o período de dez anos.

§ 8º O laudo a que se referem os §§ 1º e 2º será expedido em conformidade com normas estabelecidas pelo Ministério da Integração Nacional.

§ 9º O laudo de que trata o § 1º poderá, exclusivamente no ano de 2001, ser expedido até o último dia útil do mês de outubro.

Art. 2º Fica extinto, relativamente ao período de apuração iniciado a partir de 1º de janeiro de 2001, o benefício fiscal de redução do imposto sobre a renda e adicionais não restituíveis, de que trata o art. 14 da Lei nº 4.239, de 27 de junho de 1963, e o art. 22 do Decreto-Lei nº 756, de 11 de agosto de 1969, exceto para aqueles empreendimentos dos setores da economia que venham a ser considerados, pelo Poder Executivo, prioritários para o desenvolvimento regional, e para os que têm sede na área de jurisdição da Zona Franca de Manaus.”

O artigo 1º, portanto, trata dos projetos aos quais aplica-se a isenção do imposto (transformada em redução), e estabelece que os novos projetos que venham a ser aprovados fazem jus à redução de 75%, pelo prazo de 10 anos (sem a redução escalonada decrescente, portanto), contudo, desde que tais projetos se enquadrem em setores da economia que venham a ser considerados, pelo Poder Executivo, prioritários para o desenvolvimento regional. O § 7º deste artigo confere a possibilidade de os projetos, enquadrados em setores considerados prioritários, porém já protocolizados com base na legislação anterior, e que venham a ser aprovados com base na disciplina introduzida pelo *caput* do art. 3º da Lei nº 9.532, de 1997 (i.e, referente aos benefícios fiscais de isenção, convertida em redução escalonada, de que trata o art. 13 da Lei nº 4.239/63), pleitearem a redução prevista no *caput*, de 75%, pelo prazo que remanescer para completar o período de dez anos. Já os projetos não enquadrados em setores considerados prioritários, continuam a observar a disciplina introduzida pelo *caput* do art. 3º da Lei nº 9.532/97, ou seja, a redução escalonada decrescente.

Além de não ter havido qualquer revogação expressa do art. 13 da Lei nº 4.239/63, verifica-se, pelo exposto, a ligação ontológica do art. 1º da Medida Provisória nº 2199-14, de 2001, com o art. 13 da Lei nº 4.239/63. Ressalte-se ainda a expressa menção que faz o referido art. 1º ao *laudo constitutivo*, a ser expedido pelo Ministério da Integração Nacional, bem como a ressalva quanto às “*demais normas em vigor aplicáveis à matéria*”.

O artigo 2º da MP nº 2199-14/2001, por sua vez, trata dos empreendimentos que fazem jus ao benefício de redução do imposto, originalmente instituído pelo art. 14 da Lei nº 4.239/63, e estabelece que o referido benefício (com a redução escalonada decrescente estabelecida pela Lei nº 9.532/97) permanece mantido para os empreendimentos em setores considerados, pelo Poder Executivo, prioritários para o desenvolvimento regional (a redação do

dispositivo fala em *extinção* do benefício, porém ressalva, por exceção, os empreendimentos em setores considerados prioritários – o efeito é rigorosamente o mesmo).

Contrariamente ao arguido no recurso, portanto, é fácil perceber que tampouco houve revogação, quer expressa, quer tácita, do art. 14 da Lei nº 4.239/63.

Em síntese, tem-se que os benefícios instituídos pelos artigos 13 e 14 da Lei nº 4.239/63 não foram revogados pela Medida Provisória nº 2199-14, de 2001, mas tão somente foram por ela substancialmente alterados.

Por outro lado, a forma de reconhecimento desses benefícios não foi alterada, exceto pelo fato de que, por força de outra Medida Provisória (MP nº 2156-5/2001, oriunda de sucessivas reedições da MP nº 2145, de 2 de maio de 2001, e que determinou a extinção da Sudene), o laudo constitutivo, a ser expedido no caso do benefício de que trata o art. 13 da Lei nº 4.239/63 (isenção transformada em redução) passou a ser emitido pela ADENE – Agência de Desenvolvimento do Nordeste, vinculada ao Ministério da Integração Nacional.

Este fato é confirmado pela alteração na redação do § 1º do art. 1º da Medida Provisória nº 2199-14, de 2001: na redação original, da MP nº 2.058/2000, constava que o laudo constitutivo seria emitido pela Sudene; posteriormente, a redação passou a determinar que o laudo seria emitido pelo Ministério da Integração Nacional.

A propósito, no caso dos autos, todos os laudos apresentados pela recorrente foram emitidos pela ADENE (Ministério da Integração Nacional), e expressamente referem qual específico artigo da Lei nº 4.239/63 rege o benefício em questão (13 ou 14).

Ocorre que, para regulamentar as alterações promovidas pela Medida Provisória nº 2199-14/2001, no tocante aos benefícios afetos à Sudene, foi editado o Decreto nº 4.213/2002, abaixo parcialmente transcrito (grifos acrescidos):

*“Art. 1º Este Decreto define os empreendimentos prioritários para o desenvolvimento regional, nas áreas de atuação da extinta Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE, para fins dos **benefícios de redução do imposto de renda, inclusive de reinvestimento, de que tratam os arts. 1º, 2º e 3º da Medida Provisória nº 2.199-14, de 24 de agosto de 2001.***

(...)

Art. 3º O direito à redução do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas e adicionais não-restituíveis incidentes sobre o lucro da exploração, na área de atuação da extinta SUDENE será reconhecido pela unidade da Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda a que estiver jurisdicionada a pessoa jurídica, instruído com o laudo expedido pelo Ministério da Integração Nacional.

§ 1º O chefe da unidade da Secretaria da Receita Federal decidirá sobre o pedido em cento e vinte dias contados da respectiva apresentação do requerimento à repartição fiscal competente.

§ 2º Expirado o prazo indicado no § 1º, sem que a requerente tenha sido notificada da decisão contrária ao pedido e enquanto

não sobrevier decisão irrecorrível, considerar-se-á a interessada automaticamente no pleno gozo da redução pretendida.

§ 3º Do despacho que denegar, parcial ou totalmente, o pedido da requerente, caberá impugnação para a Delegacia da Receita Federal de Julgamento, dentro do prazo de trinta dias, a contar da ciência do despacho denegatório.

§ 4º Torna-se irrecorrível, na esfera administrativa, a decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento que denegar o pedido.

§ 5º Na hipótese do § 4º, a repartição competente procederá ao lançamento das importâncias que, até então, tenham sido reduzidas do imposto devido, efetuando-se a cobrança do débito.

§ 6º A cobrança prevista no § 5º não alcançará as parcelas correspondentes às reduções feitas durante o período em que a pessoa jurídica interessada esteja em pleno gozo da redução de que trata o § 2º."

Este novo decreto, portanto, intentou submeter ambos os incentivos, originariamente instituídos pelos artigos 13 e 14 da Lei nº 4.239/63, ao crivo da Secretaria da Receita Federal, para fins de reconhecimento do direito à redução do imposto. A Instrução Normativa SRF nº 267, de 2002, trilha o mesmo caminho. Estes, aliás, foram os dois normativos citados pela autoridade fiscal para considerar indevidas as deduções do imposto feitas pela recorrente, uma vez que não haviam sido apresentados os pedidos de reconhecimento do direito ao titular da unidade da SRF da sua jurisdição.

Para concluir, conforme restou exposto na breve digressão histórica acima feita, o argumento recursal, de que a exigência de reconhecimento do direito pela Secretaria da Receita Federal teria suporte em dispositivos meramente regulamentares, é apenas parcialmente verdadeiro. De fato, no caso do benefício originalmente instituído pelo art. 13 da Lei nº 4.239/63 (isenção, posteriormente convertida em redução) isto tornou-se verdade a partir da alteração introduzida pelo art. 37 da Lei nº 5.508/68, dispositivo este em nenhum momento revogado. Contudo, no caso do benefício de redução, originalmente instituído pelo art. 14 da Lei nº 4.239/63, a exigência de reconhecimento pela Secretaria da Receita Federal sempre esteve assente em lei.

Isto posto, elaboramos o quadro abaixo, com base nos dados contidos nos laudos constitutivos emitidos pela ADENE em favor de TIM Nordeste Telecomunicações S/A, e que foram apresentados pela recorrente (trata-se, em verdade, de documentos de transferência, à TIM Nordeste, dos benefícios anteriormente concedidos às seis empresas operadoras, conforme laudos constitutivos originais abaixo discriminados):

Nº do Laudo TIM Nordeste	Nº do Laudo Original	Favorecido Original	Art. da Lei 4.239 que embasou o incentivo	e-fls.
167/2005	174/2003	Telepisa	art. 14	647-650
168/2005	200/2003	Telepisa	art. 13	651-655
169/2005	202/2003	Telern	art. 13	656-660
170/2005	203/2003	Telern	art. 14	661-665
171/2005	055/2003	Telasa	art. 14	666-670
172/2005	056/2003	Telasa	art. 13	671-675

173/2005	129/2003	Telpa	art. 13	676-680
174/2005	191/2003	Telpa	art. 14	681-685
175/2005	144/2003	Telpe	art. 13	686-690
176/2005	232/2003	Telpe	art. 14	691-695
177/2005	172/2003	Teleceará	art. 14	696-700
178/2005	173/2003	Teleceará	art. 13	701-705

Contrariamente à tese recursal, portanto, de que a Medida Provisória nº 2199-14/2001 teria dado nova e completa regulamentação à matéria, e extinguido os benefícios previstos pelos artigos 13 e 14 da Lei nº 4.239/63, os laudos emitidos pela ADENE expressamente mencionam esses dispositivos como fundamento legal para o reconhecimento do direito, em cada caso.

No caso dos benefícios concedidos com base no art. 13 da Lei nº 4.239/63, acima listados, incumbiria, portanto, nos termos da lei, ao órgão emissor do laudo constitutivo do direito comunicar à Secretaria da Receita Federal a concessão do benefício. Se tal comunicação foi ou não feita não consta nos autos, contudo, não se pode admitir que a recorrente venha a ser prejudicada, acaso tal comunicação porventura não tenha sido feita.

Registro, por oportuno, que o fato de não haver exigência legal de solicitação prévia de reconhecimento deste benefício à Secretaria da Receita Federal em nada retira deste órgão a sua competência legal para fiscalizar o correto aproveitamento do benefício em cada caso concreto, efetuando o lançamento de ofício acaso constatado o descumprimento de requisito ou condição legalmente exigida.

Contudo, se o único fundamento apontado pela autoridade fiscal para a não aceitação das deduções feitas na DIPJ foi a falta de apresentação dos pedidos de reconhecimento do direito ao titular da unidade da SRF, tal lançamento não pode prosperar, se a recorrente apresenta, como de fato apresentou no caso concreto, os laudos constitutivos emitidos pela Adene, relativos aos benefícios concedidos com base no art. 13 da Lei nº 4.239/63.

Por outro lado, no caso dos benefícios concedidos com base no art. 14 da Lei nº 4.239/63, listados no quadro acima, há expressa exigência legal de que seja formalizado pedido de reconhecimento do direito à redução perante a Secretaria da Receita Federal, sendo este o órgão que tem a competência legal para sobre ele decidir. Esta exigência legal vem reproduzida tanto no Decreto nº 4.213/2002, quanto na Instrução Normativa SRF nº 267, de 2002, e não pode ser afastada, sob qualquer pretexto, pela autoridade julgadora administrativa.

Assim, se a recorrente não apresentou os pedidos de reconhecimento do direito à redução previsto pelo art. 14 da Lei nº 4.239/63, não há como aceitar a dedução por ela feita, estando correto, neste ponto, o lançamento efetuado.

Faço ainda o seguinte registro, em vista das novas alegações feitas da tribuna, na sessão de julgamento de março de 2013, e dos documentos trazidos pela recorrente na ocasião, e que acabaram por motivar a interrupção do julgamento para possibilitar a sua análise por este relator, uma vez que poderiam afetar o entendimento acima manifestado, com relação aos seis Laudos relativos ao benefício previsto no art. 14 da Lei nº 4.239/63.

Em síntese, foi mencionada a existência de quatro processos administrativos que se refeririam a pedidos de reconhecimento feitos à Secretaria da Receita Federal, os quais

estariam relacionados ao benefício previsto no art. 14 da Lei nº 4.239/63, e foram apresentados documentos adicionais que embasariam tal alegação.

Contudo, analisando os novos documentos que foram apresentados, vejo tratar-se de novos laudos constitutivos emitidos pela ADENE, agora em favor de TIM Nordeste S/A, os quais na verdade dizem respeito à transferência de benefícios anteriormente concedidos à TIM Nordeste Telecomunicações S/A, em decorrência da absorção dessa por aquela. Além disto, foram apresentadas cópias do que seriam pedidos de reconhecimento à Receita Federal dos benefícios (formulários preenchidos do anexo único da Instrução Normativa SRF nº 267/2002), de fichas de protocolo de processos, e de informações colhidas no sistema Comprot (consulta pública disponível em <http://comprot.fazenda.gov.br>) relativas a processos.

Nas alegações feitas em sede de memoriais, a TIM Nordeste S/A teria protocolizado junto à Receita Federal, em 09/04/2007, nove processos de reconhecimento de benefício, dos quais quatro destes diriam respeito ao benefício de redução previsto pelo art. 14 da Lei nº 4.239/63 para as operadoras Telpe, Teleceará, Telern e Telasa.

Contudo, os documentos apresentados não possibilitam a confirmação dessas alegações. Os pedidos de reconhecimento à Receita Federal dos benefícios, embora estejam assinados e contenham a identificação do Laudo Constitutivo de transferência de benefícios à TIM Nordeste S/A, não contém nenhum elemento que ateste terem os mesmos sido apresentados à Receita Federal. As fichas de protocolo de processos não fazem nenhuma conexão aos pedidos, de sorte que não é possível determinar qual processo se refere a qual benefício ou a qual Laudo. Além disto, as consultas ao Comprot apenas indicam ser o interessado, em todos eles, a TIM Nordeste S/A, também não permitindo a vinculação do processo quer à operadora, quer ao benefício pleiteado (se art. 13 ou 14). E, para finalizar, ainda que se vislumbre a possibilidade de se tratar, em tese, de uma deficiência no cadastramento dos processos no Comprot, o fato é que o “assunto” informado em todos esses processos é “Redução 75% IRPJ”, inclusive nos quatro processos citados pela recorrente, que seriam relativos ao benefício do art. 14 da Lei nº 4.239/63, o qual, como se sabe, prevê a redução em percentuais bastante inferiores.

Por todo o exposto, conclui-se que não fez a recorrente prova de suas alegações.

Multa isolada:

Com relação à multa isolada por falta de recolhimento das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL devidas, e recalculadas em razão das infrações antes analisadas, sustenta a recorrente, em síntese, a decadência do direito de lançar as referidas multas, no tocante aos períodos anteriores a dezembro de 2005, e a impossibilidade de aplicação concomitante de multa isolada com a multa de ofício, bem como a sua imposição após o encerramento do período de apuração.

Não assiste razão à recorrente.

A multa isolada aplicada tem o seu fundamento legal no artigo 44 da Lei nº 9.430/96, que possui a seguinte redação:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 24/10/2013 por ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO, Assinado digitalmente em 21

/11/2013 por JOAO OTAVIO OPPERMAN THOME, Assinado digitalmente em 24/10/2013 por ANTONIO CARLOS GUI

DONI FILHO

Impresso em 21/11/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

(...)”

Cediço que a regra de apuração do IRPJ e da CSLL com base no lucro real, consoante o art. 1º da Lei nº 9.430, de 1996, é de períodos de apuração trimestrais.

A apuração anual é uma alternativa oferecida pela Lei nº 9.430, de 1996, a qual, para o seu exercício, requer pagamentos mensais calculados sobre base de cálculo estimada, isto é, determinados mediante a aplicação de diferentes percentuais sobre a receita bruta auferida mensalmente, conforme a atividade econômica praticada.

Exercida a opção por esta forma de apuração, com o pagamento do imposto correspondente ao mês de janeiro ou do início de atividade, a pessoa jurídica somente poderá suspender ou reduzir os recolhimentos devidos em cada mês se demonstrar, através de balanços e balancetes mensais, que o valor acumulado já recolhido excede o valor do imposto, inclusive adicional, calculado com base no lucro real do período em curso.

De se observar que a opção por esta forma de apuração, uma vez exercida, é de caráter irretratável para aquele ano calendário.

Da leitura do dispositivo acima transcrito, sobressai que a exigência da multa isolada decorre exatamente da falta de recolhimento das estimativas a que se obriga a pessoa jurídica que, por vontade própria, opta pela apuração anual do imposto, e, ainda, que tal exigência não guarda nenhuma consonância com o *quantum* apurado ao final do ano calendário, caso contrário não faria sentido a parte final da alínea b do inciso II do *caput* (“...ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica”).

É preciso ficar claro que o que se está a cobrar do sujeito passivo é a penalidade pelo cometimento de uma infração, e não qualquer imposto ou contribuição que possa, posteriormente, se demonstrar passível de restituição. A circunstância de as estimativas não recolhidas se revelarem, ao final do período de apuração, indevidas, é completamente irrelevante, e não pode servir de fundamento ao afastamento da incidência da norma legal no caso concreto. Aliás, pela própria natureza da sistemática, o normal é que os recolhimentos mensais se materializem a menor ou a maior que o devido, dando azo, respectivamente, ao saldo de imposto a pagar ou ao saldo de imposto a ser restituído ou compensado.

A conclusão que se impõe, portanto, é que as estimativas mensais devidas constituem obrigação autônoma, pois surgem antes mesmo da ocorrência do fato gerador do tributo, que se dá apenas em 31 de dezembro.

Deste modo, a multa isolada imposta legalmente por falta de pagamento das estimativas, por ser independente da apuração de tributo devido na apuração de ajuste, não pode seguir o disposto no § 4º do art. 150 do CTN, uma vez que não caracteriza constituição de ofício de tributo em substituição ao lançamento por homologação que não teria sido realizado pela recorrente.

A contagem do prazo decadencial, portanto, deve ser feita de acordo com a regra do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, uma vez que a referida exação somente pode aflorar por meio de lançamento de ofício.

Neste sentido, a jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

DECADÊNCIA – ESTIMATIVAS – MULTA ISOLADA - Se a Fazenda Pública denegar a homologação ao pagamento realizado pelo contribuinte, o limite temporal para a realização do lançamento de ofício para cobrar o tributo é estabelecido pelo prazo de cinco anos previsto no art. 150. § 4º, do CTN, já que, findo esse prazo, é considerado extinto o crédito tributário. Contudo, não há falar em lançamento por homologação no caso de falta de recolhimento de estimativas. O valor pago a esse título não tem a natureza de tributo, eis que, juridicamente, o fato gerador do Imposto sobre a Renda e da CSLL só será tido por ocorrido ao final do período anual (31/12). A regra geral para contagem do prazo decadencial para constituição do crédito tributário, inclusive no caso de penalidades, está prevista no artigo 173 do CTN. Recurso especial provido. **(Acórdão CSRF/01-05.653, Sessão de 27 de março de 2007, Relatora Ivete Malaquias Pessoa Monteiro)**

No caso concreto, tendo os Autos de Infração sido lavrados em dezembro de 2010, conclui-se não ter ocorrido a decadência com relação a nenhum dos períodos abrangidos pelo lançamento fiscal.

Prosseguindo na análise do mérito, tampouco se constata existir, no dispositivo legal que prevê a discutida penalidade, limitação temporal para o seu lançamento, no sentido de que sua aplicação só poderia ser feita no decorrer do ano em curso. Pelo contrário, a expressa previsão legal de que o lançamento seja feito mesmo quando apurado resultado fiscal negativo ao final do período de apuração claramente sinaliza para o fato de que a multa isolada pode ser lançada *após* o encerramento do respectivo ano calendário.

Com relação à alegação de que estaria a recorrente sendo duplamente penalizada por uma única suposta infração, e que, portanto, não poderia haver concomitância da multa isolada com a multa de ofício, cumpre observar que, conforme restou acima exposto, as motivações que dão azo à aplicação de uma e de outra penalidade são completamente distintas, sendo também distintos os seus fundamentos legais (a multa isolada tem por base legal o art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, e a multa de ofício tem por base legal o art. 44, inciso I, e §§ 1º e 2º da Lei nº 9.430/96).

Além disto, observo serem também distintas as suas bases de cálculo, pois, enquanto a base de cálculo da multa isolada é o valor das estimativas mensalmente devidas, e não recolhidas a tempo próprio, a base de cálculo da multa de ofício é o valor do tributo devido ao final do ano calendário e porventura não recolhido.

As estimativas, ordinariamente, são calculadas com base na aplicação de percentuais sobre a receita bruta da pessoa jurídica. Já o IRPJ e a CSLL devidos ao final do ano são calculados com base no lucro líquido contábil ajustado pelas adições, exclusões e compensações prescritas na legislação.

Um exemplo prático, conquanto não seja o caso ora em julgamento, permite melhor demonstrar a completa dissonância entre as bases de cálculo dessas penalidades.

Considere-se uma pessoa jurídica tributada pelo lucro real e sujeita ao percentual de presunção de 8% sobre a receita de sua atividade, que tenha omitido uma receita de R\$ 1.000,00 no mês de maio. Se neste mês não foi levantado balanço ou balancete de suspensão ou redução, a base de cálculo estimada, calculada sobre esta omissão, será de R\$ 80,00 (8% de R\$ 1.000,00). O IRPJ devido por estimativa será de R\$ 12,00 (15% sobre R\$ 80,00). O valor da multa isolada a ser cobrado será de R\$ 6,00 (50% de R\$ 12,00).

Ainda em decorrência desta mesma omissão, teríamos ao final do ano as seguintes situações:

a) se a pessoa jurídica havia apurado lucro real antes da omissão, então o valor do IRPJ devido sobre esta omissão variaria entre R\$ 150,00 e R\$ 250,00 (15% a 25% de R\$ 1.000,00, a depender de estar ou não a pessoa jurídica sujeita ao adicional do imposto naquele ano), e a multa de ofício aplicada sobre este imposto devido variaria entre R\$ 112,50 a R\$ 187,50 (se aplicada a multa simples de 75%) ou entre R\$ 225,00 e R\$ 375,00 (se aplicada a multa qualificada de 150%);

b) se a pessoa jurídica havia apurado prejuízo fiscal, antes da omissão, superior a R\$ 1.000,00, não haveria nenhum tributo devido ao final do ano, logo, nenhuma multa de ofício seria aplicada;

c) se a pessoa jurídica havia apurado prejuízo fiscal, antes da omissão, inferior a R\$ 1.000,00, o IRPJ devido e a multa de ofício aplicada se situariam em algum ponto intermediário entre as alternativas 'a' e 'b' acima.

Concluindo o exemplo dado, enquanto a multa isolada foi de R\$ 6,00, apurada sobre uma base de cálculo de R\$ 12,00, a multa de ofício variou entre zero e R\$ 375,00, apurada sobre uma base de cálculo que oscilou entre zero e R\$ 250,00, evidenciando a completa dissonância entre as bases de cálculo das penalidades.

De fato, apenas em circunstâncias muito específicas haveria coincidência de valores entre a base de cálculo da multa isolada e a base de cálculo da multa de ofício. Isto ocorreria, por exemplo, no caso de uma omissão de receita ocorrida em determinado mês no qual a empresa houvesse levantado balancete de suspensão ou redução do imposto que revelasse lucro real positivo, e desde que ao final do ano também tivesse apurado lucro real positivo.

Entretanto, o fato de circunstancialmente haver coincidência de valores entre as bases de cálculo, de qualquer sorte, não autoriza a conclusão de que estaria havendo dupla apenação por uma mesma infração, posto que a motivação e o fundamento legal que amparam cada uma das penalidades impostas permanecem sendo distintos.

Portanto, não há que se falar em *bis in idem* ou concomitância de multas aplicadas supostamente sobre uma mesma infração.

Rejeitados os argumentos de defesa, deve ser mantida a imposição da multa isolada sobre a falta de recolhimento das estimativas, ajustando-se apenas os seus valores em razão das infrações às quais foi dado provimento parcial (no caso, e apenas com efeitos relativos à multa isolada referente às estimativas de IRPJ, o cancelamento parcial da infração de glosa da dedução relativa ao benefício fiscal de redução do imposto de renda).

Conclusão:

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, para cancelar o lançamento relativo à glosa da dedução relativa ao benefício fiscal de redução do imposto de renda concedido com base no art. 13 da Lei nº 4.239/63, conforme demonstrado no quadro acima elaborado, e para reduzir o valor das multas isoladas aplicadas por falta de recolhimento das estimativas de IRPJ devidas, as quais devem ser recalculadas levando em consideração o referido cancelamento parcial da glosa de dedução do imposto.

É como voto.

João Otávio Oppermann Thomé - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Antonio Carlos Guidoni Filho

Nada obstante a robusta fundamentação do voto do ilustre Relator, pede-se vênua para divergir de suas conclusões quanto às matérias relacionadas à **(a)** amortização do ágio, **(b)** ao benefício fiscal da Sudene de que trata o art. 14 da Lei n. 4.239, de 1963 e, caso mantidos os lançamentos principais em relação a esses itens, **(c)** à multa isolada por não recolhimento de estimativas.

Com relação à amortização do ágio, o ilustre Relator afirma em seu voto que “o pagamento do ágio, no âmbito do leilão de privatização, é inconteste, ou seja, houve aquisição onerosa, por parte da Bitel Participações S/A, da participação societária na TNC, tanto da parte adquirida diretamente da União, quanto da parte adquirida da UGB Participações S/A, que anteriormente a adquirira da União” e, mais adiante, afirma que:

“não identifico na lei, a priori, nenhuma restrição a que o ágio em questão venha a ser amortizado por outra empresa qualquer, a qual, por força de evento de fusão, incorporação, ou cisão, passe a efetivamente deter a participação societária anteriormente adquirida com ágio. Nem tampouco há restrições a que sejam feitas sucessivas operações societárias desta natureza.”

Baseando-se na doutrina de Marco Aurélio Grego, entretanto, o ilustre Relator ressalta que, para serem oponíveis ao Fisco, as operações societárias ocorridas, que possibilitam o aproveitamento do ágio, deveriam ser “orientadas por legítimos propósitos negociais” (fls. 27 do voto).

A despeito de reconhecer **(a)** que o ágio pago é legítimo e **(b)** que, a priori, a lei não faz restrição a que o ágio venha a ser amortizado por outra empresa em razão de reorganizações societárias, o ilustre Relator mantém o lançamento por não vislumbrar, em parte da operação societária, repito, por relevante, em parte da operação, propósito comercial para justificá-la.

Por abstração, o ilustre Relator faz um “corte” nas operações relacionadas à Contribuinte e empresa por ela sucedida, dividindo-as em duas partes: (a) a primeira, relativa ao leilão, ao pagamento do ágio pela Bitel e a sua transferência para outra empresa (1B2B), se tornando essa (iB2B) holding das operadoras de telefonia (Telepisa, Telecará, Telpe, Telpa, Telasa, Telern); e (b) a segunda, inquinada como tendo sido feita por motivos exclusivamente tributários, envolvendo a incorporação da 1B2B pela TNC, que possibilitaria a dedução do ágio, e a cisão parcial desta (TNC) de modo a transferir àquelas operadoras o ativo diferido correspondente ao ágio.

Com a devida vênua, essa não é a melhor forma de observar a questão posta nos autos, isto é, observá-la de forma estática, isolando-se as operações, contrariando o próprio

modelo proposto por Marco Aurélio Greco adotado pelo lançamento e pelo ilustre Relator. Em seu festejado livro sobre Planejamento Tributário, Greco assevera que:

“Compreender a realidade (e entender um fenômeno tributário como o da elisão) implica ver e iniciar a interpretação a partir do conjunto e não de cada situação individual ou isolada. Em tema de elisão e planejamento, a interpretação da lei tributária deve levar em conta o “filme”, muito mais do que os fotogramas isoladamente considerados, o que está na base da teoria da step transaction. Compreender esta mudança no ponto de partida da interpretação é entender igualmente a “alegoria do elefante” que relata as incongruências que surgem quando ele é descrito por quatro pessoas que não conhecem tal animal e o encontram no escuro, cada qual entrando em contato com uma parte do objeto. Cada um terá interpretado o objeto e afirmado sua natureza (e construído sua própria “verdade”); ele será uma mangueira d’água (tromba), um leque (orelha), um pilar vivo (perna) ou um trono (dorso), conforme a parte que for captada pelo observador. A interpretação da lei tributária também pode ser de um “elefante no escuro” se o intérprete pretender se fixar apenas num aspecto ou elemento. Compreender integralmente o objeto supõe concebê-lo como um complexo e não isoladamente como partes reunidas. É muito diferente afirmar que um objeto é “azul mais amarelo” ou então que ele é “verde”.

Aliás, exatamente isso, a doutrina tem frequentemente chamado a atenção e, até mesmo, definido a elisão tributária como o “conjunto de operações” com o objetivo comum de redução da carga tributária. Por isso, as análises que segmentam o conjunto de operações para examinar, isoladamente, a legalidade de cada etapa, muitas vezes conduzem a um resultado distorcido, pois o resultado da interpretação de cada uma das partes pode não coincidir com o resultado da interpretação do conjunto”.

Aqui a questão central sobre o tema e o ponto fundamental da divergência: a matéria só pode ser observada considerando o conjunto das operações, o “filme” (segundo doutrina acima citada), que se inicia muito antes daquelas operações societárias inquinadas pelo ilustre Relator como tendo sido realizadas com propósitos exclusivamente tributários. Assim, é fundamental fazer retrospecto dos fatos, ou melhor, dos capítulos, de forma cronológica, que fazem parte do “filme”.

O “filme” a ser analisado inicia-se antes do leilão do qual as empresas participaram e em que pagaram o referido ágio. O filme inicia-se em 1995 com a promulgação da EC n. 8/95, que quebrou o monopólio da União no sistema de telefonia. Em 1996, foi editada a Lei n. 9.295/96, que permitiu a licitação de concessões de telefonia celular da banda B, não envolvendo aquisição de empresa estatal. Em maio de 1997, foi promulgada a Lei n. 9.947/97, que alterou a Lei n. 6.404/76 e afastou um dos grandes entraves à realização das privatizações, conforme explicita Modesto Carvalhosa:

“A Lei n. 9.457, de 5 de maio de 1997, resulta do Projeto de Lei n. 1.564, de 28 de fevereiro de 1996, ou “Projeto Kandir”, cujo objetivo era o de suprimir o direito de recesso no caso de cisão, com vistas a reduzir os custos do governo nos processos de privatização.

Ao contrário do que ocorre em outros países, como Estados Unidos e Inglaterra, em que a lei societária é de natureza contratual, e, como tal, objetiva compor interesses privados dos acionistas e da companhia, no Brasil, predomina o modelo institucional, voltado aos interesses do Estado.

Atendendo a essa política que visualiza a lei societária como instrumento de interesses macroeconômicos, a Lei n. 9.457 suprimiu, pela conjugação dos arts. 136 e 137, o direito de recesso não só nos casos de cisão, mas também nas hipóteses de dissolução da companhia ou cessação do estado de liquidação (art. 206 e segs.)”

No mesmo sentido, assevera Marcelo Otavio de Lorenzo Fernandez, em monografia sobre “Premio de Controle no Brasil”:

“A primeira reforma da legislação societária de 1997, Lei 9.457, em seu artigo 6º, revogou expressamente o artigo 254 e os parágrafos 1º e 2º do artigo 255, eliminando a Oferta Pública obrigatória de aquisição de ações dos minoritários ao mesmo preço pago ao controlador.

Conforme a justificação do “Projeto Kandir” (CARVALHOSA, M.; EIZIRIK, 2002) que resultou na reforma da Lei das S.A., a iniciativa “visava a reduzir os custos para o adquirente do controle acionário que, ao invés de estarem sendo utilizados na capitalização da companhia, estariam sendo despendidos na aquisição de ações dos minoritários”.

Contudo, como é sabido, o fator que, de fato, motivou essa reforma da Lei, foi a necessidade de, em 1997, “deslanchar” o processo de privatização (véspera da privatização do sistema de telefonia TELEBRAS, que ocorreria em meados de 1998).”

Em setembro de 1997 foi editada a Lei n. 9.491/97, que alterou os procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização - PND, revogando-se a Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990. Esta Lei traçou os seguintes objetivos para o novo PND:

“Art.1. O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais:

I-reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II-contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;

III-permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV-contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e

reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;

V-permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI-contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.”

Destaque merece ser feito ao último inciso, pois, além de transferir à iniciativa privada atividades anteriormente exploradas pelo setor público, o PND tinha como objetivo o fortalecimento do mercado de capitais através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa⁵.

A fiscalização desses objetivos coube à Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”), que baixou diversas normas com essa finalidade. Essa preocupação com o mercado de capitais esteve presente principalmente na escolha do modelo de privatização, pois o Governo Federal detinha o controle mas não a totalidade das ações das empresas estatais, estando parte nas mãos de acionistas minoritários.

Ainda em 1997 foi editada a Lei Geral das Telecomunicações, Lei nº 9.472, de julho de 1997, base regulatória para o setor de telecomunicações e que definiu as diretrizes para a privatização do Sistema Telebrás. De acordo com o art. 195 da LGT:

“O modelo de reestruturação e desestatização das empresas enumeradas no art. 187, após submetido a consulta pública, será aprovado pelo Presidente da República, ficando a coordenação e o acompanhamento dos atos e procedimentos decorrentes a cargo de Comissão Especial de Supervisão, a ser instituída pelo Ministro de Estado das Comunicações.”

A complexidade e os desafios para a escolha do modelo é sintetizada com clareza por Ana Novaes, em trabalho sobre “Privatização do Setor de Telecomunicações no Brasil”, disponível no sítio eletrônico do BNDES, verbis:

“A privatização da Telebrás não só foi uma das maiores do mundo, como também uma das mais complexas: havia não só o desafio regulatório de evitar passar um monopólio estatal para as mãos do setor privado, mas também assegurar os direitos dos acionistas minoritários e garantir ao governo (e apenas ao governo) o recebimento de um prêmio pelo controle no momento da privatização.”

⁵ Note-se que, ainda no contexto do PND, citada lei permitiu a utilização de várias formas societárias possíveis para a implementação da nova política, inclusive empresas veículos (subsidiárias integrais) para viabilizar a implementação da modalidade operacional que fosse escolhida (aprovada, posteriormente, pelo Decreto 2.546/97). (art. 4º, § 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*).

De julho de 1997 a abril de 1998 vários estudos e consultas públicas foram realizados. Neste interim, em novembro de 1997, foi editada a Medida Provisória n. 1.602, posteriormente convertida na Lei n. 9.532/97, regulando, dentre outras, a matéria relativa à dedutibilidade do ágio para fins fiscais.

Antes da Lei n. 9.532/97, o ágio somente produziria efeitos fiscais na hipótese de alienação, liquidação ou extinção do investimento por incorporação, fusão ou cisão, influenciando a determinação do ganho de capital. No caso de extinção por incorporação, fusão ou cisão, assim dispunha o art. 34 do Decreto n. 1.598/77, *verbis*:

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) manter, 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.

Especificamente no que tange à extinção do investimento por incorporação, fusão ou cisão, na vigência da legislação acima referida, seria considerado dedutível apenas a perda de capital correspondente à “*diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido*”

avaliado a preços de mercado” (sic art. 34 do DL 1.598), que poderia ser deduzido de uma vez só ou como ativo diferido em 10 anos.

Esquemmatizando, pode-se dizer que $VDP = VC - VALPM$, onde VDP é o valor a deduzir como perda, VC é o valor contábil registrado na investidora e VALPM é o valor do acervo líquido avaliado a preço de mercado.

Exemplificando: uma empresa que possui patrimônio líquido (acervo líquido) de 50 (PL) é adquirida por outra pelo preço de 120. Nesse caso, a investidora registrará investimento avaliado pelo PL de 50 e ágio sobre investimento de 70, e consequente valor contábil de investimento de 120 (VC). Se este investimento for ulteriormente incorporado, poder-se-á vislumbrar um dos seguintes resultados:

Hipótese 1º) VALPM igual ao valor do próprio investimento avaliado pelo PL, isto é, de $VALPM = 50$, no exemplo acima.

Assim ficará a equação: $VDP = 120 - 50$ ou $VDP = 70$. Portanto, a perda de capital dedutível será de 70, que, no exemplo, corresponde exatamente ao valor do ágio pago.

Hipótese 2º) VALPM superior ao valor do próprio investimento avaliado pelo PL e inferior ao VC, isto é, $VALPM > 50$ e < 120 , por exemplo, de 80.

Nesse caso o resultado é $VDP = 120 - 80$ ou $VDP = 40$. Ou seja, na hipótese o valor dedutível como perda é menor que o valor do ágio pago.

Hipótese 3º) VALPM igual ou superior ao valor de VC, isto é, $VALPM \geq 120$. Neste caso o resultado é $VDP = 120 - 120$, ou seja, $VDP = 0$.

Nesse caso não haverá valor a ser deduzido como perda.

Com a devida vênia, pois, é equívoco afirmar que sob a égide da legislação anterior o ágio pago era dedutível, pois somente poderia ser deduzida a perda de capital apurada segundo a fórmula acima mencionada que levava em consideração duas variáveis: o valor contábil registrado na investidora (VC) e o valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado (VALPM). O valor a deduzir poderia ser igual ou inferior ao ágio, ou até mesmo ser inexistente.

Apenas para contextualizar, imagine-se o ambiente de empresas listadas em bolsa, como a Telebrás e controladas. Numa realidade em que estas empresas estão obsoletas e sob o regime de monopólio estatal, o valor das ações em bolsa, que serve para determinar o VALPM, provavelmente refletirá o valor do patrimônio líquido (pode ser mais ou menos). O que aconteceria num ambiente em que o poder estatal anunciasse a privatização destas empresas?

Naturalmente, o valor das ações aumentaria, aumentando, por conseguinte, o VALPM, isto é, o valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado.

Dependendo do momento e da oscilação do mercado, todo o valor do ágio que fosse pago na aquisição desse investimento estatal poderia se tornar indedutível, da noite para o dia. **Ou seja, o modelo previsto no artigo 34 do Decreto n. 1.598/77 colidia frontalmente com os interesses do próprio Governo Federal de fomentar as privatizações e obter lances maiores para a venda das ações.**

A Lei n. 9.532/97 inova por dar tratamento específico e mais benéfico para quem pagou o ágio nos casos específicos de extinção da participação societária por incorporação, fusão ou cisão. Restou garantido ao investidor que a dedutibilidade seria do valor integral do ágio que foi pago, sem qualquer variável negativa como existia no modelo da legislação anterior.

Não há dúvida, pois, que a Lei n. 9.532/97 foi mais um elemento que serviu para incentivar os casos de privatização, garantindo-se aos investidores que o ágio pago, todo ele, fundando em rentabilidade futura, seria deduzido.

E isso foi decisivo para a definição do modelo de privatização, pois ao desvincular a possibilidade de dedutibilidade do ágio de qualquer outra variável, mantendo apenas a necessidade de se demonstrar a rentabilidade futura, o ágio poderia embutir um “prêmio de controle”, como de fato embutiu. Marcelo Otavio de Lorenzo Fernandez, em monografia acima citada sobre este tema, explica o que seja o “premio de controle”, *verbis*:

“Há uma percepção já consolidada na literatura de finanças de que nem todos os acionistas recebem um retorno financeiro proporcional aos seus direitos sobre o fluxo de caixa, auferidos estes por decorrência da propriedade de suas ações. Existiria então uma parte do valor da companhia que seria apropriado exclusivamente pelos controladores da empresa, para o que se dá o nome de “benefício privado de controle”.

Nessa linha, a diferença entre o preço de uma ação comum (que não faz parte do controle) e uma de controle é justamente o que os teóricos chamam de prêmio de controle (conceito que no Brasil deveria ser expandido por conta da existência das ações preferenciais) e está diretamente ligado ao nível de governança corporativa (entendida como a forma pela qual os fornecedores de recursos para as empresas asseguram para si próprios o retorno de seus investimentos). Assim, uma das medidas do nível de deficiência da governança corporativa pode ser entendida como a proporção do valor da companhia que não é apropriada para todos os acionistas em uma base individual por ação, mas ao invés disso, é capturada por insideshareholders que controlam a companhia ou a administram diretamente.

Essa definição de “benefícios privados do controle” reflete a realidade de que o controle efetivo de uma companhia confere oportunidades, não somente para gerir e incrementar a performance e potencializar o seu valor; mas também para apropriar-se da riqueza dos acionistas em geral, em favor do grupo de controle.”

Prêmio de controle, em síntese, é o valor pago “a mais” em relação ao valor de mercado para a aquisição do controle da empresa. E especificamente sobre o prêmio de controle no processo de privatização da Telebras, Lorenzo Fernandez explicita como este foi definido, *verbis*:

“A metodologia de cálculo do prêmio de controle foi discutida nos processos de privatização no Brasil, sendo que os resultados das avaliações das empresas privatizadas, apurados pelos consultores nos serviços “A” e “B”; representavam apenas uma referência para que o controlador (União, Estados ou Municípios) determinasse o preço de venda.

De fato, as avaliações referiam-se ao “preço mínimo” para a alienação do bem público, podendo o controlador determinar um “sobrepço” conforme entendesse conveniente (ênfatizando que um dos objetivos fundamentais estabelecidos no artigo 1º da Lei da Privatização nº 8.031 era: “a maximização do valor de alienação”).

O estabelecimento do sobrepço foi discutido em alguns processos de privatização, levando-se em consideração: (i) a situação do mercado de capitais à época de cada privatização, em especial do mercado bursátil (somatório do valor de todas as ações das companhias que são negociadas na bolsa de valores); (ii) a análise do interesse dos potenciais investidores; e, (iii) a estrutura de capitais, uma vez que, quanto menor o percentual do capital social necessário para adquirir-se o controle, maior a percepção de “espaço” para estabelecer-se o sobrepço no lote de ações a serem alienados.

O paradigma metodológico fica claro: porque estabelecer um sobrepço que possa inibir o interesse de investidores potenciais, se o mecanismo de leilão público – ao expor positivamente a alienação do bem público ao mecanismo de mercado – acaba por regular naturalmente eventuais desajustes na definição do preço mínimo de alienação, bem como alinhar o “preço do interesse”.

Nesse sentido, como os valores constantes das avaliações eram estabelecidos sob a ótica da transição da empresa pública para a iniciativa privada, mas sem definir um preço para um investidor específico, somente o mecanismo de leilão poderia assegurar o ajuste do preço, incorporando plenamente as eventuais sinergias ou interesses estratégicos dos potenciais compradores.

Sendo essa lógica o pano de fundo do processo de privatização, como então foi tratado tecnicamente pelos diversos especialistas o prêmio de controle potencial?

Simplesmente não foi tratado diretamente pelas equipes de avaliação, pois todas as diversas consultorias avaliavam o lote de ações a ser alienado como uma parcela proporcional do “fair market value” (valor justo de mercado, doravante tratado também como “valor econômico”) para a empresa como um todo.

Não obstante, poderia o Estado estabelecer, eventualmente, um ágio sobre o preço mínimo sugerido para o lote de ações a ser alienado, como de fato aconteceu no processo de venda do sistema Telebrás onde, por determinação do então Ministro das telecomunicações, Sérgio Motta, o lote de ações foi sobre-valorizado em 30%.

Veja-se que, com o leilão em referência, o ágio total obtido pela União foi de 63% pela venda de todas as empresas, tendo, em algumas situações particulares, o ágio ultrapassado a 300%. Notadamente, esse resultado somente foi obtido em razão de a Lei n. 9.532/97 ter desatrelado a dedutibilidade do ágio, que embutia o “prêmio de controle”, ao limite estabelecido anteriormente pelo art. 34 do Decreto-lei n. 1.598/77. Mas, repita-se, ainda, que o ágio somente era dedutível na parte comprovada por intermédio de estudos de rentabilidade futura.

Outra vantagem introduzida pela Lei n. 9.532/97, e que se aplicou a todas as hipóteses das empresas privatizadas, exatamente pelo modelo escolhido e a reestruturação realizada no sistema Telebras, foi a possibilidade de dedutibilidade do ágio na hipótese de incorporação reversa.

A Lei nº 9.532/97 serviu de instrumento para valorizar e incrementar a oferta de preços, em razão de garantir a futura dedutibilidade do ágio pago. Aliás, a conveniência dessa legislação de natureza fiscal foi bem apontada por Ricardo Mariz de Oliveira, *verbis*:

A norma legal contida nos art. 7º e 8º foi promulgada com vistas a facilitar as privatizações levadas a cabo pelo Governo Federal, pois passou a permitir a dedução fiscal de certos ágios antes indedutíveis.

(...)

Portanto, essa norma de concessão do direito à dedução fiscal da amortização é uma norma excepcional, baseada em motivações extra-tributárias de (1) conveniência da política fiscal no sentido de favorecer as privatizações, à época promulgação da Lei nº. 9.532, e também de (2) justiça econômica contida na amortização do ágio pago na aquisição do negócio, paulatinamente à geração dos lucros que tenham dado lastro a ele, eis que estes são sujeitos à tributação quando surgidos. Este último dado é que justifica a extensão da norma a quaisquer aquisições, mesmo às feitas fora do programa de privatizações que estava em andamento na data da Lei n. 9.532.

E essa “conveniência da política fiscal no sentido de favorecer as privatizações”, mencionada por Mariz de Oliveira, é refletida na própria exposição de motivos citada pelo ilustre Relator, que ora se reproduz parte, *verbis*:

“Atualmente, pela inexistência de regulação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos “planejamentos tributários”, vem 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 vista do desaparecimento de toda a vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.”

Pela citada exposição de motivos, a norma acaba com a vantagem fiscal para ágios decorrentes de “planejamento tributários”, pelo método indutivo, isto é, retirando o benefício naquelas hipóteses, mas por outro lado assegura a dedutibilidade fiscal especificamente “às hipóteses de casos reais”, ou seja, aos ágios realmente existentes, como foram todos os ágios pagos realizados no âmbito dos leilões de privatização. Assim, a Exposição de Motivos apenas corrobora o que acima se disse, no sentido de que a Lei em tela acaba por garantir às empresas a dedutibilidade futura do ágio efetivamente pago.

Em abril de 1998, já com o arcabouço jurídico preparado do ponto de vista regulatório (LGT - Lei n. 9.472), societário (com a alteração perpetrada pela Lei n. 9.947/97) e tributário (Lei n. 9.532/97), e após as várias consultas públicas e discussão com toda a sociedade, chegou-se ao modelo de desestatização do sistema Telebrás, mediante cisão da empresa com posterior privatização, com a edição do Decreto 2.546/98. Ana Novaes explicita esse modelo e que ressalta, ainda, a questão do prêmio e o problema dos entraves societários rechaçados com a Lei n. 9.947/97, a saber:

“Modelo C: cisão da Telebrás seguida de privatização

Este foi afinal o modelo adotado pelo governo a partir de discussões com participantes do mercado e com a ajuda dos consultores contratados pelo Ministério das Comunicações para modelar a venda da Telebrás. As principais vantagens desse modelo eram: a) garantir que apenas o governo recebesse o prêmio de controle na privatização; e b) assegurar o direito dos acionistas minoritários. Note-se que com a aprovação da nova Lei das Sociedades Anônimas em 1997, não havia mais dificuldades jurídicas para cindir uma empresa listada em bolsa. O Diagrama 2 mostra o modelo de privatização e o modelo de cisão da Telebrás. A Telebrás foi dividida em três grandes empresas de telefonia local fixa (Tele Norte-Leste, Telesp e Tele Centro-Sul), oito empresas de telefonia celular correspondendo às áreas de concessão deste serviço definida pela Lei Mínima do Serviço Celular, de julho de 1996, e a Embratel, empresa operadora de longa distância.

Em suma, o Modelo C permitia ao governo atingir os seus objetivos: a) criar as condições necessárias para o estabelecimento de um regime competitivo; b) assegurar ao governo (e apenas ao governo) o recebimento do prêmio de controle; e c) assegurar um modelo transparente que garantisse o direito dos acionistas minoritários da Telebrás.”

O Decreto n. 2.546, de abril de 1998, que regulou o Modelo de Reestruturação e Desestatização do sistema Telebrás, estabeleceu que: “a reestruturação

societária das empresas federais de telecomunicações dar-se-á mediante cisão parcial da Telecomunicações Brasileiras S. A - TELEBRÁS, que fica autorizada a constituir doze empresas que a sucederão como controladora” (art. 3º).

A desestatização dessas 12 holdings dar-se-ia “*mediante alienação onerosa, a uma empresa ou consórcio de empresas, nos termos do edital, das ações de propriedade da União que lhe asseguram, direta ou indiretamente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade.*” (art. 5º do Anexo ao decreto n. 2.546/97).

Ainda em 1998 surgiu o Edital MC/BNDES n. 1/98, que estipulou as regras a que estariam estabelecidas as empresas participantes do leilão. Dentre essas regras, merece destaque a seguinte:

“4.3 - OBRIGAÇÕES ESPECIAIS

Além das demais obrigações previstas neste EDITAL, os PARTICIPANTES vencedores do LEILÃO de cada uma das COMPANHIAS e seus eventuais sucessores, a qualquer título, inclusive em decorrência de posterior cessão e transferência de ações, nos termos da legislação em vigor, estará(ão) obrigado(s), solidariamente, de forma irrevogável e irretroatável, a cumprir rigorosamente as seguintes obrigações especiais, exercendo para tal, se necessário, seu direito de voto nas Assembléias Gerais, (...)”

Veja-se que o Edital, antes de proibir, permitia a cessão e a transferência das companhias adquiridas indistintamente. A única condição era seguir os termos da legislação, que exigia a prévia aprovação da operação pela ANATEL, nos termos do artigo 97 da LGT, *verbis*:

“Dependerão de prévia aprovação da Agência a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário.

Parágrafo único. A aprovação será concedida se a medida não for prejudicial à competição e não colocar em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7º desta Lei.”

Aliás, até mesmo a transferência da União para as empresas vencedoras do leilão precisaram passar pelo crivo da ANATEL, como no caso, tal qual se observa das fls. 267 e seguintes.

E foi nesse contexto que em julho de 1998 ocorreu o leilão das empresas estatais de telefonia, segundo relata o BNDES em seu sítio eletrônico, *verbis*:

“A privatização do Sistema Telebrás ocorreu no dia 29 de julho de 1998 através de 12 leilões consecutivos na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro – BVRJ, pela venda do controle das três holdings de telefonia fixa, uma de longa distância e oito de telefonia celular, configurando a maior operação de privatização de um bloco de controle já realizada no mundo. Com a venda, o governo arrecadou um total de R\$ 22 bilhões, um ágio de 63% sobre o preço mínimo estipulado”.

No caso, pela aquisição da TNC, holding criada e vendida pelo Governo Federal que detinha o controle das empresas operacionais envolvidas, **houve o pagamento de ágio superior a R\$ 600 Milhões.**

Em estudo nominado "*Privatização das telecomunicações: algumas lições*", Bernardo Estellita Lins atesta que:

"Os sobrepreços refletiram, provavelmente, três aspectos dessa privatização: primeiramente, a adequada definição do marco regulatório; em segundo lugar, o atendimento a interesses estratégicos dos adquirentes que, eventualmente, vêm conduzindo projetos empresariais de caráter internacional; finalmente, a possibilidade oferecida pela legislação de imposto de renda, de lançar o ágio como despesa da empresa adquirida para fins de redução de imposto devido nos dez anos subseqüentes." (grifamos)

A questão de criar todo o arcabouço regulatório e jurídico (societário e fiscal) em torno do ágio no processo de privatização fazia parte do próprio modelo proposto à época, como explica Licínio Velasco Jr., Chefe do Departamento de Serviços de Privatização do BNDES, em trabalho "Privatização: Mitos e Falsas Percepções", a saber:

*"(...) Como no caso do Brasil a questão do déficit público tem forte apelo, a privatização caracteriza-se como uma política capaz de contribuir para a redução dos problemas de ordem financeira do Estado. E, nesse sentido, modelos tidos em algum nível como maximizadores são importantes para os casos brasileiros. Daí decorre, em grande parte, o fato de os leilões terem sido adotados como o modelo básico de venda, apesar de a própria legislação do PND admitir a venda de ações a preço fixo, de forma a permitir a sua pulverização ao público. **Daí decorre, também, a importância atribuída aos ágios obtidos nas vendas em relação aos preços mínimos estipulados.***

Leilões e ágios têm sido importantes, antes de tudo, no Brasil porque geram apoio à implementação da política pública privatização. Independentemente da questão do tamanho do nosso mercado de capitais, não se poderia imaginar o governo brasileiro, no período analisado, vendendo suas empresas a preço fixo – e atrativo, enfatize-se – como no Reino Unido ou mesmo na França."

A rigor, todas as empresas poderiam imediatamente promover a incorporação das holdings criadas pelo Governo Federal, de modo a realizar a dedutibilidade do ágio. Estas empresas precisariam justificar o por quê desta incorporação? Absolutamente não. Aliás, o ilustre Relator afirma isso, *verbis*:

"Conforme já referido, não há dúvidas de que, acaso tivesse a Bitel incorporado a TNC, ou vice-versa, a empresa daí resultante teria adquirido o direito à amortização do ágio, nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, com efeitos fiscais."

E porque assim não o fizeram? A resposta é simples, porque o foram proibidas de fazer pela ANATEL e pela CVM. Com efeito, em novembro e dezembro de 1999, várias empresas de telefonia iniciaram o procedimento para a realização desse tipo de operação, ou seja, da incorporação direta daquelas holdings constituídas pelo Governo que possuía as operadoras e que havia adquirido com ágio no leilão.

Ocorre que a CVM, instada a se manifestar, editou, em 3 de dezembro de 1999, a Instrução CVM 319, vedando expressamente essa operação sob pena de configurar “*exercício abusivo do poder de controle*”, com as penalidades e punições daí decorrentes, nos termos do artigo 17 do referido normativo. A incorporação direta, no caso em comento, encontrava óbice ao menos em dois dispositivos da citada Instrução CVM, a saber:

“Art. 15. Sem prejuízo de outras disposições legais ou regulamentares, são hipóteses de exercício abusivo do poder de controle:

(...)

II - a assunção, pela companhia, como sucessora legal, de forma direta ou indireta, de endividamento associado à aquisição de seu próprio controle, ou de qualquer outra espécie de dívida contraída no interesse exclusivo do controlador;

Art. 16. Os dividendos atribuídos às ações detidas pelos acionistas não controladores não poderão ser diminuídos pelo montante do ágio amortizado em cada exercício.

Não era possível, diante da Instrução CVM acima referida, a realização da operação de incorporação da Bitel pela TNC ou vice-versa diretamente, em razão da existência de passivos vinculados à aquisição do controle da TNC. O artigo 15, II do citado normativo vedou essa operação porque a empresa resultante herdaria um passivo em prejuízo dos acionistas minoritários da TNC (lembre-se que a TNC pertencia apenas em parte à União).

Não bastasse isso, a incorporação da Bitel pela TNC não poderia ocorrer, ainda, pois haveria a redução de dividendos, já que os lucros seriam reduzidos em decorrência da própria amortização do ágio, o que também era vedado pelo artigo 16 da Instrução CVM 319 acima citada. Em razão da vedação imposta pela CVM, a ANATEL deixou de autorizar as operações, nos termos dos artigos 97 e parágrafo único c/c 38 c/c 43 da LGT.

Diante desse cenário é que as empresas promoveram a revisão de suas operações. É interessante notar que o “Fato Relevante da Telemar” reflete exatamente essa alteração decorrente da Instrução CVM nº 319, o qual ora se cita por ser contemporâneo e refletir o que ocorrera à época. Após ter publicado fato relevante em 03 de dezembro de 1999, mesma data da referida Instrução, a Telemar publicou novo Fato em 14 de dezembro de 1999 para ajustar toda a operação àquele novo regramento, *verbis*:

“Telemar Participações S.A. (“Telemar”) e Tele Norte Leste Participações S.A. (“TNL”), em cumprimento ao disposto no artigo 157 da Lei nº 6.404/76 e nas Instrução CVM nº 31/84 e as recentes Instruções CVM nº 319/99 e 320/99, vêm a público

divulgar o seguinte fato relevante que em sua integralidade rerratifica o Fato Relevante anterior e a respectiva Nota Explicativa publicadas em 03 de dezembro de 1999, passando a constituir a informação oficial da TNL com respeito à operação aqui descrita.”

Ainda, esse Fato Relevante da Telemar demonstra que uma nova estrutura de operações societárias iria ser realizada em razão da vedação perpetrada no artigo 15, II e art. 16 da Instrução CVM, que foram assim ressalvadas, *verbis*:

“5. Não Transferência de Passivos: O aproveitamento do Ágio na TNL ocorrerá após uma série de operações societárias que terão por objetivo impedir que sejam transferidos para a TNL, juntamente com o Ágio, quaisquer dívidas oriundas da aquisição das Ações ou outras obrigações da Telemar ou de qualquer outra companhia criada no curso da operação descrita neste fato relevante.

(...)

12. Dividendos: A amortização do Ágio não acarretará reflexos negativos sobre o pagamento de dividendos dos acionistas da TNL, comprometendo-se a Telemar a exercer seus direitos de acionista da TNL de modo a fazer com que os dividendos dos acionistas da TNL não sejam prejudicados em razão da despesa decorrente da amortização do Ágio.”

Do mesmo modo, a atender as regras da Instrução 319 da CVM, todas as empresas de telefonia, que seguiram o mesmo modelo estabelecido pelo Governo Federal, tiveram que realizar a transferência do investimento que detinham na holding criada pela União, e que fora adquirida com ágio, para uma nova holding criada especificamente para este fim, isto é, possibilitar a dedução ágio sem que isso afetasse os minoritários e reduzisse a distribuição de dividendos. E essas operações societárias de transferência, como não poderia deixar de ser, passaram pelo crivo da ANATEL, que as autorizou. É exatamente nessa “passagem” que o ilustre Relator enxerga um vício, que será comentado adiante.

Em abril de 2000, Elvira Lobato, da Folha de São Paulo, veiculou notícia cujo título era: **“União “devolve” ágio de R\$ 7,5 bilhões”**, na qual relata:

“Aos poucos, o Tesouro Nacional está devolvendo ao setor privado os ágios registrados nos leilões de privatização.

As seis empresas de energia elétrica e as teles privatizadas receberão de volta (em prazos que variam de 5 a 30 anos) pelo menos R\$ 7,5 bilhões em redução de impostos. O benefício, admitido pelas legislações tributária e das S/ As, fica com o controlador.

Sete das 12 companhias telefônicas privatizadas pela União no leilão da Telebrás, em julho de 1998, fizeram reestruturações societárias para receber de volta do Tesouro R\$ 3,9 bilhões - como amortização do ágio - e já estão pagando menos impostos.

As outras cinco teles resultantes do desmembramento e privatização da Telebrás vão seguir o mesmo caminho e já preparam a documentação para também aproveitar o benefício fiscal, no valor aproximado de R\$ 1,3 bilhão.

O ágio retorna para as empresas sob a forma de redução do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.”

Em suma, dos fatos narrados o *script* do filme é claro: as empresas financiaram à época o Governo Federal, em plena crise mundial, pagando ágios vultosos pela aquisição de participações nas empresas estatais e, em contrapartida, teriam a segurança jurídica de deduzir o ágio em 5 anos na apuração do lucro tributável. Por razões de natureza societária, reconhecidas expressamente pela CVM e pela ANATEL, essas empresas ficaram impossibilitadas de realizar operações de fusão/incorporação diretamente entre si, razão pela qual lançaram mão de veículo legítimo de investimento para viabilizar o aproveitamento do benefício fiscal prometido pelo Governo Federal na forma da lei. Citado procedimento não implicou geração de novo ágio, como também não resultou economia distinta de tributos daquela que seria obtida sem a utilização desse veículo de investimento (repita-se, cuja utilização tornou-se obrigatória apenas em virtude dos citados normativos societários e regulatórios).

A segurança jurídica acima referida foi severamente abalada pelas sucessivas autuações fiscais que glosaram ou impediram a amortização do ágio pago por forçadas privatizações, com intuitivo prejuízo à imagem do marco regulatório brasileiro de concessões.

Feito esse panorama e síntese do “filme” a que alude a doutrina de Marco Aurélio Greco, volta-se ao voto do ilustre Relator que não vislumbra propósito negocial em parte das operações realizadas pela empresa sucedida pela Contribuinte e, portanto, nega os efeitos fiscais da dedutibilidade do ágio no caso. *Verbis*:

“De fato, a integralização de capital na 1B2B, pela Bitel, com as ações da TNC, não representou qualquer intenção de, efetivamente, constituir empresa que atuasse como holding da participação societária na TNC, tanto assim que a existência da 1B2B foi extremamente breve.”

De plano, com a devida vênia, reitero que essa forma de observar o caso peca por olhar o problema de forma segmentada, parcial, a “foto”, e não o todo, o “filme”, conforme crítica do próprio renomado tributarista. Visto o filme desde sua origem, como acima sintetizado, não há dúvida de que todas as operações não foram apenas autorizadas, mas sim e principalmente induzidas pelo Governo Federal com um único objetivo: aumentar o valor do ágio no leilão de privatização em contrapartida ao direito de as empresas participantes deduzirem, com segurança, esse ágio posteriormente. Esse, e apenas esse, é o propósito negocial de todas as operações, sendo equivoco, por abstração, analisar apenas parte da “coisa” para conceitua-la. Reitere-se, por relevante, que essa parte não trouxe vantagem tributária “adicional” à contribuinte, mas apenas viabilizou o legítimo exercício de direito resguardado por lei e que não pode ser formalizado pela via exigida pela Fiscalização e pelo ilustre Relator por força de questões de natureza societária/regulatória.

O direito à dedutibilidade em referência independe da natureza da própria dedutibilidade engendrada pela Lei n. 9.532/97: ser ou não um benefício fiscal. A realidade é que essa norma, de natureza fiscal, como todo o conjunto de normas de cunho regulatório e societário, teve o propósito -primeiro, principal e fundamental - de influenciar diretamente e incrementar os preços com ágio ofertados em prol do Governo Federal, conforme amplamente demonstrado acima.

Veja-se que o Professor Luis Eduardo Schoueri, no livro citado pelo ilustre Relator, a despeito de não reconhecer a natureza de “benefício fiscal” da Lei n. 9.532/97, reconhece logo a seguir ao trecho citado no voto ora em comento que a partir desse normativo existiu maior segurança jurídica a respeito da dedutibilidade do ágio. *Verbis*:

“Como antigamente não havia qualquer coerência e consistência para a dedução do ágio, a falta de regulamentação específica estava sendo utilizada para distorcer a lógica do sistema, o que gerou motivação suficiente para que o legislador barrasse esses artifícios prejudiciais à completude do ordenamento jurídico.

Verificando esse panorama que adveio com a nova regulamentação fiscal em matéria de ágio, Ricardo Mariz de Oliveira e João Francisco Bianco observaram que “a nova lei não ignora a existência dos ágios e deságios e não obriga, pura e simplesmente, que eles sejam descartados, pois passa a preservá-los e a reconhecer-lhes efeitos no devido tempo, conforme as circunstâncias de cada caso”.

Sendo assim, a partir de 1998, ano em que entrou em vigor a Lei nº 9.532/1997, adveio um cenário diferente em matéria de dedução fiscal de ágio. Desde então, restringiram-se as hipóteses em que o ágio seria passível de ser deduzido no caso de incorporação entre pessoas jurídicas, com a imposição de limites máximos de dedução em determinadas situações.

Ou seja, nem sempre o ágio contabilizado pela pessoa jurídica poderia ser deduzido de seu lucro real quando da ocorrência do evento de incorporação. Pelo contrário. Com a regulamentação ora em vigor, poucas são as hipóteses em que o ágio registrado poderá ser deduzido, a depender da fundamentação econômica que lhe seja conferida.

Por outro lado, verificada a hipótese do art. 7º da Lei nº 9.532/1997 e atendidos os requisitos ali constantes, não há como se negar a dedutibilidade do ágio. Trata-se de regra específica e de exceção, cujos requisitos, uma vez atendidos pelo contribuinte, afastam a regra geral consistente na indedutibilidade do ágio.”

Enfim, é de senso comum a afirmativa de que todo o arcabouço jurídico perpetrado de 1995 a 1998 (regulatório, societário e fiscal) teve e gerou o resultado almejado pela União Federal de obter vultosos valores de ágio. Do ponto de vista fiscal, a contribuição para isso se deu com a garantia de dedutibilidade do ágio para aquelas empresas que o pagaram ao Governo Federal.

Com a devida vênia, não se pode, 15 (quinze) anos mais tarde e após todos esses acontecimentos, achar que são isolados (a) o pagamento do ágio e (b) a segurança dada pela Lei nº 9.532/97 às empresas de deduzirem o ágio para efeitos fiscais. Não parece ser adequado separar o “filme” em duas partes, em razão de fato novo gerado pela CVM, de proibir a incorporação direta em vista do endividamento de uma das empresas e da inevitável redução de dividendos aos acionistas minoritários. O fato é que todo esse arcabouço encontra-se enquadrado nas ditas “condutas desejadas (induzidas)”, as quais o professor Marco Aurélio Greco assevera estarem fora do rol das operações que ele entende que sejam tidas como planejamento tributário (inoponível ao Fisco), nada obstante possam levar ao recolhimento menor de tributos. Para Greco:

*“O segundo conjunto de hipóteses que deve ser apartado do planejamento tributário compõe-se das situações em que o ordenamento positivo deseja certo resultado e veicula preceitos no sentido de viabilizar ou induzir condutas dos destinatários da norma. **E estas condutas podem, em certos casos, até mesmo levar a um tributo menor.**”*

Este conjunto engloba duas principais categorias:

- a denominada extrafiscalidade pura; e, particularmente,*
- o engajamento do contribuinte em programas de incentivo.*

Menciono separadamente estas duas figuras, pois embora tenham base conceitual comum (utilizar o instrumento jurídico para induzir comportamentos humanos), a prática mostra que, por um lado, existem situações em que o objetivo visado pela norma é alcançado por outro lado, o atingimento do objetivo depende de um maior esforço do destinatário, muitas vezes consistente na realização de investimentos vultosos ou na formulação de compromissos de desempenho (exportar, incrementar produção, etc).”

O que importa para configurar a conduta desejada (induzida), como explicitado por Greco, é que o ordenamento positivo veicule determinadas condutas do destinatário visando alcançar determinado objetivo, estabelecendo **“o engajamento do contribuinte em programas de incentivo.”** Veja que Greco fala simplesmente em programas de incentivo, de forma genérica, sem condicionar a que esse implique em redução de tributo. O ordenamento jurídico, mais precisamente, a Lei Complementar nº 101/00, reconhece que há incentivo sem necessariamente existir renúncia de receita, ao estabelecer que:

“Art. 14.A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

(...)

§ 1º - A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que

implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.”

Enfim, a indução querida pela União Federal com todo o arcabouço jurídico montado para viabilizar e tornar um sucesso o leilão de privatização implica assegurar às empresas participantes a dedutibilidade do ágio pago. Reitere-se, esse é o único propósito negocial que justifica as operações realizadas pela Contribuinte.

Nesse passo cabe ainda uma ponderação. Será que a mera dúvida quanto a ser ou não um benefício fiscal já não seria suficiente para mostrar a boa-fé objetiva do contribuinte e, demonstrar, no caso que toda a operação teve uma razão de ser, que não a simples tributária, e teve origem no pagamento do ágio nas privatizações?

O próprio Relator assevera “*que há muitos juristas e doutrinadores – quiça a maioria – que tratam os referidos artigos 7º e 8º como incentivo fiscal à privatização*”, demonstrando que até mesmo o Poder Legislativo, nos debates sobre a possibilidade de revogação desses dispositivos, o tratavam como um incentivo dado pela legislação às privatizações. No ponto, por considerar que a manifestação do Poder Legislativo é relevante em qualquer interpretação jurídica por constituir parte do acervo histórico, da interpretação histórica, pede-se vênua para reproduzir parte do voto proferido no Acórdão 1301-000.711, em caso de interesse da Tele Norte Leste Participações S.A., acolhido à unanimidade de votos pela Primeira Turma, da 3ª Câmara da Primeira Seção dessa Corte, *verbis*:

“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 2.922-A, 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 nº 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 nº 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 nº 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. Estimula-se, 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.”

E mais, o próprio ilustre Relator demonstra, citando trechos, que em todos os atos praticados pela Contribuinte, esta trata toda esta situação como sendo própria de um benefício fiscal. O Protocolo de Justificação da Incorporação da 1B2B pela TNC é textual ao afirmar que, *verbis*:

“... a incorporação em tela objetiva fortalecer a estrutura financeira da incorporadora e/ou suas controladas, através do incremento da sua capacidade de geração de fluxo de caixa e de investimento, fortalecimento este que ocorrerá através do aproveitamento pela Incorporadora e/ou suas controladas em suas operações do benefício fiscal representado pela despesa de amortização do Ágio, nos termos do artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.”

Ou seja, tudo e todos - juristas, articulistas, imprensa, legislador e a Contribuinte - consideravam a situação apresentada à época como sendo um benefício fiscal. Assim, seria legítimo, por meio de uma interpretação ao método desenvolvido por Greco, desconsiderar tudo isso, e principalmente a boa fé, para simplesmente, após 15 anos, dizer que uma operação -, que do ponto de vista jurídico não possui vício de nulidade ou anulabilidade e que não trouxe qualquer vantagem tributária que não aquela já conferida pela legislação -, é “inoponível ao Fisco”?

Com a devida vênia, trata-se de posição extremada que o próprio Greco rechaçou na 3ª Edição de seu livro “Planejamento Tributário”, de 12/10/2011. Diz o ilustre tributarista, *verbis*:

“Lembrando as lições de Van de Kerchove e François Ost sobre a relação entre Direito e “jogo”, é importante acentuar que, no caso do planejamento tributário, não se pode passar do “jogo” do “tudo permitido” para o “jogo” do “tudo proibido”. É essencial existirem regras e critérios claros e previamente postos, que levem a soluções ponderadas e não extremadas. Um verdadeiro “jogo” saudável e não uma perseguição sem tréguas.”.

É inadequado o abandono a toda a boa fé da Contribuinte e de todos aqueles que sustentaram que o investimento era verdadeiramente um benefício fiscal para justificar a glosa da amortização respectiva.

A questão de a Lei n. 9.532/97 constituir ou não um benefício fiscalé despicienda na solução do litígio, pois, como salientado, a lei representou algo maior do que um simples benefício fiscal, mas verdadeiro incremento à própria privatização.

Contudo, sobre o tema, vale notar que a Lei Complementar nº 101/00 define as hipóteses consideradas como sendo concessão de incentivo ou benefício fiscal, abarcando, dentre outras hipóteses **“a modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.”**

Como demonstrado acima, a Lei n. 9.532/97 criou, concedeu, nova redução de base de cálculo de tributo de forma discriminada e sob condições específicas, e que até então era inexistente. Introduziu algo novo em matéria de dedutibilidade de ágio e de forma específica e discriminada. Aliás, é a própria Exposição de Motivos que assevera ter disposto sobre a “*regulação legal relativa a esse assunto*”.

A aparente restrição trazida pela nova regulação do ágio, na verdade, é uma discriminação introduzida pelo legislador, que se enquadra como uma **“modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições”**. O dispositivo acaba com a possibilidade da dedução geral, ampla, que, esta sim, não poderia ser considerada um benefício fiscal, por ser uma redução indiscriminada, e cria uma dedutibilidade específica, pontual, inclusive melhor e mais vantajosa para essas situações específicas do que as que tinham essas mesmas situações na legislação anterior. As vantagens foram acima explicitadas, mas cabe arrolá-las de forma sucinta:

Regime de dedutibilidade do ágio na extinção do investimento por incorporação, fusão ou cisão	Art. 34 da DI 1598	Arts. 7 e 8 da L 9.532
Limitação quantitativa	Limitado ao valor de mercado do acervo líquido	Não há limitação, deve apenas ser justificado por meio de laudo demonstrando a rentabilidade futura
Em hipótese de incorporação reversa	Inexiste	Expressamente autorizada

Portanto, a Lei n. 9.532/97 efetivamente concedeu um benefício fiscal mediante nova redução de base de cálculo de tributo de forma discriminada e sob condições específicas, e que até então eram inexistentes, enquadrando-se perfeitamente naquilo que Greco denominou de "condutas desejadas (induzidas)" e que não configurariam planejamento tributário inoponível ao fisco. Nesse mesmo sentido foi a decisão proferida no caso da Telemar Norte Leste Participações S/A, acórdão acima citado, cujo trecho do voto condutor ora se pede vênha para adotar como razão de decidir nessa oportunidade, *verbis*:

“Por sua vez, a Lei nº 9.532/97, deu um tratamento diverso ao ágio reconhecido nos termos do artigo 20 do Decreto-lei n. 1598/77, e o fez apenas para efeito fiscal. Regulou o aproveitamento do ágio condicionado ao evento absorção do patrimônio e montante ao longo de determinado prazo. Com efeito, a cabeça e o inciso III do artigo 7º da Lei 9532/97, prescrevem o seguinte:

“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:

...

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;"

Assim, este dispositivo previu a amortização do ágio com fundamento em rentabilidade futura apenas para efeitos fiscais, tanto que a norma fala em "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".

Em outras palavras, estabeleceu o dispositivo uma nova regra para a utilização do ágio, diferente daquela prevista anteriormente, possibilitando o contribuinte, sob determinada condição (absorver o patrimônio) e por prazo certo, forma de reduzir a base de cálculo do IRPJ mensalmente por, ao menos, 60 meses.

No presente caso, o auto de infração e a decisão recorrida suprimiram este benefício fiscal ao criarem condições inexistentes na própria legislação tributária, mais precisamente, no inciso II, do artigo 7º, da Lei nº 9.532/97. Esse dispositivo condicionou a amortização do ágio apenas e tão somente à absorção do patrimônio da investida pela investidora ou vice-versa (art. 8º da norma legal), absorção esta que só pode ocorrer mediante incorporação, cisão ou fusão.

Veja-se que o evento condicionante trazido pela norma não é, em si, a incorporação, fusão ou cisão, mas sim a absorção do patrimônio. E por que a absorção do patrimônio foi determinada como evento condicionante para o contribuinte usufruir o benefício condicional? Simples! Porque com a absorção do patrimônio este ágio simplesmente desaparece, na medida em que há uma confusão do patrimônio de uma empresa com a outra. O artigo 219 da Lei nº 6.404/76, é claro ao dizer que: "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."

Veja que o inciso III, do artigo 7º, da Lei nº 9.532/97 abarca apenas as extinções realizadas mediante incorporação, fusão ou cisão, e não abarca a regra do encerramento por liquidação, em que o ágio será considerado perda de capital.

No caso dos autos ocorreu este evento, conforme se denota de todos os documentos acostados; a TNL absorveu o patrimônio

da empresa 140 PARTICIPAÇÕES, que foi extinta, fazendo desaparecer, pela confusão patrimonial, o ágio existente.

Portanto, a condição da regra fiscal foi cumprida, fazendo jus, o contribuinte, a usufruir no prazo determinado (mínimo e máximo estipulado) o benefício fiscal estabelecido, que não pode ser revogado por uma nova norma legal, e muito menos por ato administrativo, como é o auto de infração.

Na verdade, há uma total inversão da questão no caso. Uma coisa é o contribuinte utilizar-se de negócios jurídicos para obter vantagens fiscais.

Como é sabido, este Conselho vem reiteradamente rechaçando operações, como a denominada “casa e separa”, ou mesmo o “ágio interno”, quando a causa da operação societária é tão somente a criação de uma vantagem fiscal.

Outra coisa completamente diversa é quando a legislação tributária cria regra fiscal para regular a utilização pelo contribuinte de determinadas “vantagens fiscais” (dedução de despesa, amortização, etc.), trazendo e regulando em seu bojo eventos, por exemplo, elementos e situações do direito societário, civil ou comercial.

Nas perdas no recebimento de créditos, por exemplo, a legislação fiscal – RIR/99 - criou uma série de regras para possibilitar a sua dedução, dispondo que:

Art. 340. As perdas no recebimento de créditos decorrentes das atividades da pessoa jurídica poderão ser deduzidas como despesas, para determinação do lucro real, observado o disposto neste artigo (Lei nº 9.430, de 1996, art. 9º).

§ 1º Poderão ser registrados como perda os créditos (Lei nº 9.430, de 1996, art. 9º, § 1º):

I - em relação aos quais tenha havido a declaração de insolvência do devedor, em sentença emanada do Poder Judiciário;

II - sem garantia, de valor:

a) até cinco mil reais, por operação, vencidos há mais de seis meses, independentemente de iniciados os procedimentos judiciais para o seu recebimento;

b) acima de cinco mil reais, até trinta mil reais, por operação, vencidos há mais de um ano, independentemente de iniciados os procedimentos judiciais para o seu recebimento, porém, mantida a cobrança administrativa;

c) superior a trinta mil reais, vencidos há mais de um ano, desde que iniciados e mantidos os procedimentos judiciais para o seu recebimento;

De fato, na maioria dos casos, por questões de mercado, os comerciantes só iniciam uma cobrança administrativa ou judicial da dívida em casos extremos. Tentam, em primeiro plano, todas as formas para cobrar a dívida amigavelmente, como, aliás, faz a própria Receita Federal do Brasil para cobrar seus créditos.

Porém, o comportamento de ingressar com medida judicial pode ser alterado em razão de aspectos estritamente fiscais, com o intuito de o contribuinte obter a dedutibilidade da perda com o crédito. Assim, por exemplo, se o contribuinte possui um crédito de R\$ 500.000,00, vencido há mais de um ano, pode iniciar o processo judicial por motivos exclusivamente fiscais, isto é, para obter a dedução da perda como despesa.

E neste caso, não cabe ao intérprete perquirir se este processo judicial é procedente ou improcedente, razoável ou não razoável, bom ou ruim. A lei fiscal não trouxe esses elementos qualificativos do evento que condiciona a dedutibilidade da perda.

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 o 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. 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. Aliás, a própria decisão recorrida cita casos em que o vício encontra-se na causa típica dos negócios jurídicos, como no acórdão 101-96.724, que tratou de “ágio fabricado internamente”. Neste caso, 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:

“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, que corroborou isso ao vetar o projeto de lei que pretendia revogar a norma isencional em tela, como acima demonstrado.”

Apenas para concluir sobre esse tema, assevera o ilustre Relator que as regras da Lei n. 9.532/97 “são válidas para todo e qualquer evento de fusão, incorporação ou cisão que implique a extinção de participação societária anteriormente adquirida com ágio”, razão pela qual, conclui ele, não haveria nenhum elemento na referida Lei que expressamente a vincule ao Programa Nacional de Desestatização.

O fato de não existir menção expressa na lei não quer dizer que essa vinculação não exista. Segundo os critérios de interpretação jurídica ordinariamente aceitos (lógico, sistemático e, principalmente, o histórico⁶), é possível colher o exato sentido do texto normativo e, no caso, sua clara vinculação aos processos de privatização.

Não é o fato de a norma ser genérica que impede ao intérprete atribuir a ela interpretação específica na aplicação a um determinado caso, pois, como ensina Eros Roberto Grau, “a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser)”. Complementando, o ilustre Professor Titular da Universidade do Largo de São Francisco preleciona que:

“Logo, o que incisivamente deve aqui ser afirmado, a partir da metáfora de Kelsen, é o fato de a “moldura da norma” ser, diversamente, moldura do texto, mas não apenas dele; ela é, concomitantemente, moldura do texto e moldura do caso. O intérprete interpreta também o caso, necessariamente, além dos textos, ao empreender a produção prática do direito.”

⁶A interpretação histórica é “aquela que indaga das condições de meio e momento da elaboração da norma legal, bem assim das causas pretéritas da solução dada pelo legislador”, como ensina Limongi França, e é fundamental, além das demais, para compreender a questão dos autos.

Ou seja, toda a interpretação ora engendrada serve para o caso, e, quanto muito, como jurisprudência, para casos semelhantes. Veja que é a necessidade de se analisar o texto à luz do contexto fático do problema é que possibilita a análise das questões envolvendo o ágio caso a caso.

Quando o ilustre Relator, nos autos desse processo, isola parte da operação societária e afirma que esta teria objetivos estritamente fiscais, sem propósito negocial, promove exatamente uma análise do texto da lei à luz de uma situação específica, a situação que entendeu por bem analisar, a segunda parte do filme. A discordância ora trazida nesse voto é -, a par de encontrar justificativa extrafiscal (regulatória/societária, reconhecida pela própria CVM) para a operação tida como sem propósito negocial pelo voto em comento, - defender que a análise seja realizada à luz de todo o contexto em exame, isto é, de todo o “filme” citado na doutrina de Greco.

Em conclusão, peço vênica para citar trecho da ementa do Acórdão n. 1301-000.711, proferido à unanimidade de votos dos Conselheiros da 1ª Turma da 3ª Câmara da 1ª Seção dessa Corte em caso similar ao presente, que sintetiza o quanto mencionado nos parágrafos anteriores. Verbis:

(...)

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO – ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO – INOCORRÊNCIA. No contexto do programa de privatização das empresas de telecomunicações, regido pelas Leis 9.472/97 e 9.494/97, e pelo Decreto nº 2.546/97, 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 resulta do 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.

ABUSO DE DIREITO. Afigura de “abuso de direito” pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio.

O quanto alegado acima aplica-se tanto à hipótese de falta de adição da amortização de ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, quanto na parte que se refere à exclusão tida como indevida de amortização de ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL. Tal assertiva decorre do fato de que não há vedação legal ao

procedimento adotado pela Contribuinte; muito ao contrário, a legislação autoriza o aproveitamento fiscal integral do ágio pago ao Governo Federal pela aquisição de ações de empresas de telecomunicações à época das respectivas privatizações, o que não ocorreria caso não fosse permitida a exclusão em referência.

Aplica-se, também, à CSLL cuja base de incidência é o resultado do exercício, antes da provisão do IRPJ, o qual é afetado pela amortização do ágio em questão. Em sentido contrário ao defendido pela PGFN, há precedentes dessa Corte no sentido de que o ágio não necessitaria sequer ser adicionado à base de cálculo do tributo, aí sim por ausência de previsão legal.

Quanto às matérias relativas ao **benefício fiscal da Sudene** de que trata o art. 14 da Lei n. 4.239, de 1963, e à **multa isolada** por não recolhimento de estimativas, peço vênha ao ilustre Relator para seguir orientação firmada pela Câmara Superior de Recursos Fiscais dessa Corte no sentido de que, respectivamente: **(a)** “*a não comunicação de benefício fiscal outorgado pela SUDENE à Secretaria da Receita Federal do Brasil implica mero descumprimento de obrigação acessória insuscetível de implicar perda do próprio benefício*” e **(b)** é ilegítima a exigência concomitante de citada multa isolada com a multa de ofício que acompanha o montante principal do tributo devido. Cite-se, a título ilustrativo, precedente de cada uma das matérias, cujos fundamentos passam a integrar esse voto. *Verbis*:

(a) Sobre o benefício fiscal da Sudene:

“SUDENE. INCENTIVO FISCAL DE REDUÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. FALTA DE COMUNICAÇÃO À RECEITA FEDERAL. Conforme precedente da CSRF, a não comunicação de benefício fiscal outorgado pela SUDENE à Secretaria da Receita Federal do Brasil implica mero descumprimento de obrigação acessória insuscetível de implicar perda do próprio benefício.

Por meio do Acórdão CSRF/01-04-876, entendeu esse Colegiado que a simples falta de comunicação à Receita Federal sobre a obtenção de benefício fiscal pelo Contribuinte não poderia ser penalizada com a perda do próprio benefício, pois: (i) no termos da Lei nº 4.239/1963 (art. 16), o sujeito passivo interessado deveria, de posse dos documentos expedidos pela SUDENE que lhe reconheçam o cumprimento de todos os requisitos para usufruir os benefícios previstos nos arts. 13 ou 14 da referida lei, com eles “instruir o processo de reconhecimento pelo Diretor da Divisão do Imposto de Renda, do direito das empresas ao favor tributário”; (ii) a lei não estabeleceu sanção para o descumprimento da obrigação de comunicar à Autoridade Fiscal a concessão do benefício. Somente os Regulamentos do Imposto de Renda cuidaram de apenar o não cumprimento da referida obrigação com a perda do benefício concedido; (iii) tendo em vista o interesse econômico e social que fundamenta a concessão do benefício, não seria crível imaginar que a mera falta de comunicação da concessão do benefício junto ao órgão legitimado implicasse na perda do benefício, mormente não tendo a lei respectiva imposto tal sanção; e (iv) não se nega à Receita Federal o poder de cassar o

benefício das empresas detentoras, conquanto o faça com suporte em provas e evidências suficientes dos fatos ensejadores da perda do benefício, e não somente com base na alegação da ausência de comunicação da concessão do benefício.

Pela correção de seus fundamentos, peço vênia para transcrever o voto condutor do acórdão acima citado, cujos fundamentos adoto como razões de decidir neste voto, verbis:

"O recurso tem o pressuposto de admissibilidade dado que a parte apelante produziu acórdão em sentido oposto ao guerreado. Assim dele conheço.

Sem embargo do brilho do voto do Conselheiro Relator, procedo a seguir à transcrição do lúcido "VOTO VISTA" prolatado pelo Conselheiro Natanael Martins:

"Pedi vistas ao processo para que pudesse investigar em detalhes o auto de infração dado que, como dito pelo ilustre Relator designado, a infração que o caracteriza fora tipificada nos artigos 562 a 564 do RIR/94, mais especificamente neste último, que dispõe: (...)"

Ou seja, a autoridade julgadora, embora não negando o fato de que a empresa obtivera a "isenção da SUDENE, entendeu que o lançamento fora procedente porque a empresa não requerera o reconhecimento do direito de isenção à autoridade tributária competente (DRF de sua jurisdição).

Data máxi ma vênia, entendo que o lançamento não merece prosperar.

Com efeito, não nego que também caiba à Receita Federal o poder de cassar a isenção de empresas detentoras de benefícios fiscais, desde que, obviamente, dando suporte ao lançamento, haja provas suficientes dos fatos ensejadores da perda do benefício.

Contudo, a simples falta de comunicação à Receita Federal de que a empresa obtivera o benefício de isenção não pode ser culminada com a perda do benefício, somente. passível de cassação de presentes irregularidades no projeto industrial aprovado ou se as demonstrações financeiras da empresa contiverem vícios insanáveis.

É verdade que a Lei 4239/63 tornou imperativo aos contribuintes o dever de instruir "o processo de reconhecimento pelo Diretor da Divisão do Imposto de

Renda, do direito das empresas ao favor tributário"; não dispôs, todavia, quanto à penalidade aplicável pela falta dessa comunicação.

A perda do benefício de isenção em face da falta dessa comunicação nasceu, portanto, quando da regulamentação da matéria nos regulamentos de imposto de renda, inclusive no atual.

Mas, se a diretiva do benefício de isenção se funda em razões de interesse econômico (projetos de industrialização ou de modernização de interesse para a região) e social (geração de novos empregos e a necessidade de sua manutenção), reconhecido pelo órgão gestor, no caso a extinta SUDENE, não é crível se imaginar que a simples falta de comunicação da isenção obtida junto ao órgão legitimado para a sua concessão implicasse na perda do benefício, mormente não tendo a lei respectiva, claramente, imposto tal sanção.

Pelo contrário, os princípios que norteiam o direito público, especialmente os princípios da legalidade, prescreve que a penalidade aplicável deve decorrer, expressamente, da lei, e da proporcionalidade, que reclama que a norma sobretudo a sancionatória, deva se adequar aos fins que se pretende.

Com efeito, na lição de Suzana de Toledo Barros:

"O princípio da proporcionalidade tem por conteúdo os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Entendido como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando esteja em causa limitações a direitos fundamentais, a adequação traduz a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; o pressuposto da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosas; pela proporcionalidade em sentido estrito, pondera-se a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus" (O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais, Brasília Jurídica. 1996, pg. 210).

Nesse contexto, não vejo como o lançamento em questão possa prevalecer. Na verdade, se penalidade

fosse aplicável, esta deveria ser a especificamente aplicável à falta de cumprimento de deveres instrumentais."

Estou de pleno acordo com as conclusões acima e fico no desate da lide com o acórdão guerreado.

Não neguei, ab initio, a divergência, tanto que conheci do apelo. Mas entendo que o pensamento da Câmara Superior de Recursos Fiscais não mais atende aos princípios da boa justiça fiscal e por isso deve ser reformado. Foi prolatado em um contexto já inteiramente superado e a modernidade da Corte exige sua alteração.

Apenas para lembrar, tal como aflorou das discussões no Plenário, o critério de revogação de benefícios fiscais hoje está totalmente reformulado pela Receita Federal, e porque não dizer revitalizado. Já não se cassam benefícios sem o regular processo contraditório prévio, de tudo devendo o sujeito passivo ser cientificado para o exercício do seu regular direito de defesa.

Manter uma cassação tal como a aqui feita, até sem embasamento na medida em que o órgão maior reconheceu o favor, a troco de meramente se satisfazer a Jurisprudência, que já não é predominante, significará cometer uma grave injustiça contra o contribuinte.

A infração foi leve e implicou em mero descumprimento de obrigação acessória, que, como salientado pelo Conselheiro com vista, não pode comprometer o direito isencional.

Nego provimento ao recurso."(CSRF, 1ª Turma, Processo n. 10880.001478/2003-01, Rel.: Antonio Carlos Guidoni Filho)

(b) Sobre a multa isolada

MULTA ISOLADA. ANO-CALENDÁRIO DE 2000. FALTA DE RECOLHIMENTO POR ESTIMATIVA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO EXIGIDA EM LANÇAMENTO LAVRADO PARA A COBRANÇA DO TRIBUTO. Incabível a aplicação concomitante da multa por falta de recolhimento de tributo sobre bases estimadas e da multa de ofício exigida no lançamento para cobrança de tributo, visto que ambas penalidades tiveram como base o valor da receita omitida apurado em procedimento fiscal. (CSRF, 1ª Turma, Processo n. 10930.003123/2001-44, Rel.: Antonio Carlos Guidoni Filho).

Processo nº 10880.721767/2010-41
Acórdão n.º **1102-000.873**

S1-C1T2
Fl. 83

Por tais fundamentos, oriento voto no sentido de conhecer do recurso voluntário interposto pela Contribuinte para, no mérito, dar-lhe provimento.

Documento assinado digitalmente.

Antonio Carlos Guidoni Filho