



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Lam-4.

Processo Nº. : 10980.006561/97-68
Recurso nº. : 120.696
Matéria : IRPJ E OUTROS - Ex: 1995
Recorrente : KVAERNER PULPING LTDA.
Recorrida : DRJ em CURITIBA-PR
Sessão de : 22 de fevereiro de 2000
Acórdão nº. : 107-05.875

IRPJ/CS – INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE – AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO – DEDUTIBILIDADE – Na incorporação de sociedade, com acervo líquido da sociedade incorporanda avaliado a valor de mercado, o ágio anteriormente registrado pela controladora e baixado em razão da liquidação do investimento é dedutível na apuração do lucro real e na determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso voluntário interposto por KVAERNER PULPING LTDA.

ACORDAM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Paulo Roberto Cortez (Relator) e Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Natanael Martins.

FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ
PRESIDENTE

NATANAEL MARTINS
RELATOR-DESIGNADO

FORMALIZADO EM: 22 MAI 2000

5

Processo nº. : 10980.006561/97-68
Acórdão nº. : 107-05.875

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiro EDWAL GONÇALVES DOS SANTOS, FRANCISCO DE ASSIS VAZ GUIMARÃES, MARIA DO CARMO S.R. DE CARVALHO e CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES. Ausente, justificadamente, a Conselheira MARIA ILCA CASTRO LEMOS DINIZ.

[Handwritten signatures]

Processo nº. : 10980.006561/97-68
Acórdão nº. : 107-05.875

Recurso nº. : 120.696
Recorrente : KVAERNER PULPING LTDA.

RELATÓRIO

KVAERNER PULPING LTDA., já qualificada nestes autos, recorre a este Colegiado, através da petição de fls. 231/262, da decisão prolatada às fls. 189/202, da lavra do Sr. Delegado substituto da Receita Federal de Julgamento em Curitiba - PR, que julgou procedentes os autos de infração de IRPJ, fls. 102 e Contribuição Social sobre o Lucro, fls. 106.

Os lançamentos referem-se ao exercício financeiro de 1995, tendo motivação na seguinte irregularidade:

**"RESULTADOS NÃO OPERACIONAIS
GANHOS E PERDAS DE CAPITAL
PARTICIPAÇÃO EXTINTA EM FUSÃO,
INCORPORAÇÃO OU CISÃO**

Não adição ao lucro real da perda relativa a participação extinta em fusão, extinção ou incorporação por inobservância dos requisitos legais, conforme descrito no anexo 1, fls. 96 a 99, que faz parte integrante do presente auto de infração.

ENQUADRAMENTO LEGAL: Artigos 197, parágrafo único, 325 e §§, 387 e incisos, 380 e §§ e 195, incisos I e II do RIR/94."

Inaugurando a fase litigiosa do procedimento, o que ocorreu com protocolização da peça impugnativa de fls. 110/124, seguiu-se a decisão da autoridade de primeira instância, cuja ementa tem a seguinte redação:

"IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA –

X Y

Processo nº. : 10980.006561/97-68
Acórdão nº. : 107-05.875

Ano-calendário de 1994, mês de dezembro.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – NULIDADE – Além de não constituir causa de nulidade do processo prevista no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, é descabida a arguição de nulidade por cerceamento do direito de defesa quando o lançamento obedeceu rigorosamente a legislação aplicável.

ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS – O pagamento de ágio somente se justifica quando o investidor, ao adquirir participações societárias junto a terceiros, tem a expectativa de obter um ganho ainda não refletido no patrimônio líquido contabilizado.

JUSTIFICAÇÃO DA INCORPORAÇÃO – Estando a sociedade adquirida, em 15/12/94, desativada há mais de dois anos, sem ativo imobilizado algum, sem nenhum quadro de pessoal contratado, além de vultoso passivo a descoberto, é inverídica a justificação, em atendimento ao artigo 225 da Lei nº 6.404/76, de que a operação de incorporação em 21/12/94, objetivou uma maior racionalização administrativa e melhores condições para traçar objetivos globais.

TEORIA DA INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA – Segundo a teoria da interpretação econômica, o fato de o sujeito passivo revestir o acontecimento de outra feição jurídica, imprópria para o caso, não o desonera das consequências tributárias que visa elidir, se o resultado obtido for exatamente o mesmo do previsto como fato de tributação.

PERDA DE CAPITAL DECORRENTE DA BAIXA DE INVESTIMENTO RELEVANTE – É indedutível a perda de capital decorrente da baixa de investimento relevante, mediante a substituição de participação extinta em incorporação por acervo líquido recebido de empresa sucedida, com vultoso passivo a descoberto (patrimônio líquido negativo), porquanto tal perda resulta de artifícios para reduzir indevidamente o lucro tributável por meio de aproveitamento indireto de prejuízo fiscal preexistente à aquisição dessa empresa.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO –
Ano-calendário de 1994 – mês de dezembro.

Processo nº. : 10980.006561/97-68
Acórdão nº. : 107-05.875

Confirmado o lançamento do IRPJ de que decorre, igual sorte deve ser dada à exigência do lançamento reflexo, quando a irregularidade que lhes deu causa for a mesma.

AÇÕES FISCAIS PROCEDENTES"

Tendo tomado ciência da decisão em 07/04/98, como faz prova o A.R. de fls. 206, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 13/01/99, cujo sustentáculo fundamenta-se em determinação judicial conforme liminar deferida em Mandado de Segurança, onde sustenta as seguintes alegações:

- a) que o auto de infração é nulo por equívoco na capitulação legal;
- b) que a operação levada a efeito pela recorrente trata-se de um caso clássico de elisão fiscal lícita, que se recusa a autoridade de 1º grau a aceitar;
- c) que o contribuinte possui a liberdade de estruturar seu comportamento de maneira a economizar impostos, que, em princípio, deve prevalecer a forma do direito escolhida pelo mesmo;
- d) que é de se rejeitar o falacioso argumento constante na decisão monocrática de que a perda de capital resulta de artifícios para reduzir indevidamente o lucro tributável por envio de aproveitamento indireto de prejuízo fiscal preexistente à aquisição dessa empresa;
- e) que a recorrente reduziu o lucro tributável através de perda de capital por incorporação de sociedade subsidiária decorrente de acervo líquido inferior ao respectivo valor da participação societária, e não através de prejuízos fiscais da incorporada, já que tal procedimento não encontra amparo na legislação fiscal;
- f) que a perda de capital contabilizada pela recorrente tem a sua dedutibilidade amparada pelo disposto no artigo 380, I, do RIR/94;
- g) que a jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuintes é uníssona com relação à rejeição da aplicação da teoria da interpretação econômica;
- h) que não existe óbice legal a que uma pessoa jurídica venha a adquirir participações societárias em uma empresa que

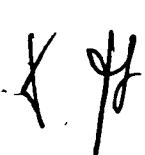
Processo nº. : 10980.006561/97-68
Acórdão nº. : 107-05.875

contenha patrimônio líquido negativo, estando ou não com suas atividades paralisadas;

- i) que nada impede que qualquer pessoa jurídica possa adquirir participações societárias por valor superior ao valor patrimonial, ou qualquer outro parâmetro de avaliação;
- j) que, se posteriormente à aquisição, a sociedade adquirida foi incorporada e daí resultar perda de capital na incorporação, a restrição única existente é que o valor do acervo absorvido o seja a preços de mercado, e este fato ocorreu na espécie dos autos;
- k) que, tentar caracterizar a operação de incorporação praticada como simulação, com base na teoria da interpretação econômica, calcada em suposições de abuso de forma, como se viu, não encontra amparo no Direito, na doutrina e na jurisprudência.

O recurso subiu para julgamento neste Colegiado por força da segurança concedida pelo M. Juiz da Justiça Federal da Seção Judiciária do Paraná, nos autos do MS nº 98.0029946-7, sendo certo que o Ministério Público Federal, segundo relatado pelo Eminentíssimo Juiz, opinou pela concessão da segurança.

É o Relatório.



Processo nº. : 10980.006561/97-68
Acórdão nº. : 107-05.875

VOTO VENCIDO

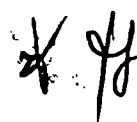
Conselheiro PAULO ROBERTO CORTEZ, Relator

O recurso é tempestivo. Dele tomo conhecimento.

As nulidades, no âmbito do processo administrativo fiscal, são aquelas previstas no artigo 59, incisos I e II, do Decreto nº 70.235/72, com a ressalva do artigo 60, relativamente às não previstas no artigo anterior, e suas conseqüências.

Relativamente ao auto de infração e às peças que o compõem, inexistem as alegadas nulidades, posto que sequer se subsumem à precitada norma, tampouco ensejam cerceamento do direito de defesa. Os fatos estão corretamente delineados, a capitulação legal é pertinente aos mesmos e o crédito tributário foi apurado com base em dados concretos, de sorte a se afirmar, com segurança, que o procedimento fiscal está de pleno acordo com as disposições do artigo 142 do CTN e do artigo 10 do precitado decreto. Aliás, observa-se certa incoerência por parte da recorrente, que, não obstante os pontos de discórdia exibidos em sua preliminar, demonstra, em suas razões de mérito, ter integral conhecimento da imputação que lhe fora feita pela fiscalização.

Ainda que tenha existido uma falha na elaboração do auto de infração, quando foi considerada a capitulação legal nos artigos 325, incisos I e II e §§ 1º e 2º e 387, incisos I e II como sendo do RIR/94, quando na realidade se referem ao RIR/80 e correspondem aos artigos 380 e 195 do RIR/94, igualmente consignados no enquadramento legal, não vislumbro qualquer prejuízo no direito de defesa da recorrente, pois a base legal de ambos os Regulamentos do Imposto de Renda, tanto o de 1980 quanto o de 1994, é a mesma.



Processo nº. : 10980.006561/97-68
Acórdão nº. : 107-05.875

Quanto ao mérito, para o perfeito entendimento da autuação, necessário se faz o relato detalhado dos fatos que fundamentaram a exigência, conforme abaixo:

- Em 15/12/94, as empresas alemãs PEHAGE GmbH e DODUCO EDELMETALL GmbH, sócias detentoras de 100% do capital social da empresa DODUCO Indústria e Comércio de Contatos Elétricos Ltda., CGC 52.047.917/0001-45, venderam suas quotas do capital social dessa sociedade à fiscalizada (então com razão social KVAERNER PULPING Tecnologia para Celulose Ltda.) e André Rydygier de Ruediger, CPF 318.916.919-53, conforme consta na 19ª Alteração Contratual da empresa adquirida, registrada na Junta Comercial do Estado de São Paulo sob o nº 4.763/95-6 (fls. 04/11), de onde destaca-se:
 - a interessada, nova responsável pela administração da sociedade, passou a deter 300 (trezentas) quotas de R\$ 0,01 cada uma, no valor total de R\$ 3,00, e André Rydygier Ruediger uma quota de R\$ 0,01;
 - a denominação da sociedade foi alterada para KVAERNER Administração Ltda.;
- a aquisição dessas participações societárias foi paga em 15/12/94, com uma ordem de pagamento do Banco Bamerindus S/A, no valor de R\$ 806.344,00, a ser remetida para Montevidéu/Uruguai (fls. 12);
- nessa mesma data, em 15/12/94, foi firmado contrato em que a PEHAGE GmbH cede os créditos que tem junto à DODUCO Indústria e Comércio de Contatos Elétricos Ltda., no valor em moeda brasileira equivalente a 10.479.299,00 UFIR, para a empresa BRAZIL TRADING AB, mediante o pagamento de R\$ 1,00 (fls. 59/61);
- em 20/12/94, por meio da 20ª Alteração Contratual da KVAERNER Administração Ltda., o capital social foi aumentado de R\$ 3,01 para R\$ 12.500.000,00, passando a autuada a deter 12.499.999 quotas no valor total de R\$ 12.499.999,00 e André Rydygier Ruediger uma quota no valor de R\$ 1,00 (fls. 13/15); os recursos

Processo nº. : 10980.006561/97-68
Acórdão nº. : 107-05.875

utilizados nessa integralização do capital social foram tomados por empréstimo junto ao Excel Banco S/A (fls. 92/93);

- considerando que a investida apresentava passivo a descoberto (patrimônio líquido negativo) de R\$ 12.473.442,99, com o aumento do capital social o valor do patrimônio líquido passou para R\$ 26.554,00 (fls. 30/32):

• Capital Social	R\$	12.500.000,00
• Reservas de Capital	R\$	10.303.611,00
• Prejuízos Acumulados	<u>R\$</u>	<u>- 22.777.057,00</u>
• Patrimônio Líquido	R\$	26.554,00

- em 20/12/94 a fiscalizada registrou a aquisição da participação societária da DODUCO Indústria e Comércio de Contatos Elétricos Ltda., (KVAERNER Administração Ltda.) e posterior aumento de capital, com os seguinte lançamentos (fls. 16/17):

- conta 1.3.1.01.04 – Investimentos/ KVAERNER Administração Ltda.:

• 20/12/94 – aquisição de investimentos	R\$	26.554,00
---	-----	-----------

- conta 1.3.1.04.01 – Ágio/ KVAERNER Administração Ltda.:

• 15/12/94 – aquisição de investimentos	R\$	806.344,00
---	-----	------------

• 20/12/94 – ágio na aquisição de investimentos	<u>R\$</u>	<u>12.473.442,99</u>
---	------------	----------------------

- Total do investimento R\$ 13.306.340,99

- em 20/12/94 foi celebrado Protocolo de Justificação da Incorporação do acervo líquido total da KVAERNER Administração Ltda., no valor estimado em R\$ 26.554,00, pela KVAERNER PULPING Tecnologia para Celulose Ltda. (fls. 19/22), registrado na Junta Comercial do Paraná sob o nº 95/108298-1, formulado a partir das seguintes premissas:

- as sociedades pertencem direta ou indiretamente ao mesmo grupo econômico;
- a efetivação da operação pretendida gerará uma maior racionalização administrativa;

Processo nº. : 10980.006561/97-68
Acórdão nº. : 107-05.875

- a implementação da operação propiciará maiores condições para traçar objetivos globais de ambas as sociedades.
- no protocolo de justificação de incorporação foi definido que a operação terá por base o balanço da incorporanda levantado em 20/12/94; que a avaliação do patrimônio líquido será efetuada pela Arthur Andersen Consultoria Fiscal Financeira S/C Ltda.; que serão extintas e canceladas as 12.499.999 quotas do capital social pertencentes à incorporadora, assim como a quota a lhe ser cedida por André Rydygier de Ruediger; em decorrência, não ocorrerá aumento de capital da interessada, que por força da sucessão incorporará ao seu patrimônio todo o ativo e passivo da incorporanda, sucedendo-lhe em todos os bens, direitos e obrigações; que, na data da incorporação, o pessoal da incorporanda, inclusive seu quadro técnico, será transferido para a incorporadora, sem quebra de continuidade de seus direitos;
- em 21/12/94 foi realizada reunião de quotistas da KVAERNER Administração Ltda. (fls. 23/25), conforme ata registrada na Junta Comercial do Estado do Paraná sob o nº 95/108298-1, na qual os sócios-quotistas aprovam o Protocolo de Justificação da Incorporação firmado em 20/12/94 (fls. 19/22), assim como o Laudo de Avaliação do Patrimônio Líquido da Sociedade apresentado pela empresa Arthur Andersen Consultoria Fiscal Financeira S/C Ltda. (fls. 26/37);
- em 21/12/94, a fiscalizada transferiu R\$ 12.468.747,00 da conta-corrente nº 157-7 Excel Banco S/A, em nome da KVAERNER Administração Ltda., correspondente aos recursos recebidos por ocasião do aumento de capital em 20/12/94, para a conta-corrente nº 158-5 por ela mantida no mesmo estabelecimento bancário, para quitar o empréstimo de R\$ 12.500.000,00, tomado em 20/12/94 (fls. 92/94);
- em 26/05/97, a interessada, em atendimento à intimação lavrada em 20/05/97, para informar o fundamento econômico do ágio pago na aquisição da empresa DODUCO Indústria e Comércio de Contatos Elétricos Ltda. (fls. 03), declarou que em 11/11/94, recebeu instruções de seus acionistas controladores na Suécia para adquirir essa empresa no Brasil, subsidiária de PEHAGE GmbH (com sede na



Processo nº. : 10980.006561/97-68
Acórdão nº. : 107-05.875

Alemanha), em função de interesses econômicos, diversificação e aumento das atividades do grupo a nível mundial; que o ágio pago teve como fundamento econômico o constante na letra "c" do § 2º do artigo 329 do RIR/94, qual seja, "fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas", que em face da empresa adquirida possuir patrimônio líquido negativo, os valores pagos na aquisição de investimento foram contabilizados como ágio (fls. 18).

Dúvidas não persistem que o encargo da prova no procedimento administrativo de lançamento é incumbência da atividade fiscal, de modo que em caso de subsistir a incerteza por falta de prova, esta deve abster-se de praticar o lançamento.

Exceção à regra são as normas excepcionais estabelecidas pelo legislador que invertem o ônus da prova e que são as presunções legais relativas. A lei fiscal não raro estabelece presunções deste tipo em benefício do fisco, liberando-o do encargo probatório e transferindo ao contribuinte a demonstração em contrário.

O § 3º do artigo 9º do Decreto-lei nº 1.598/77 afirma que cabe à autoridade administrativa a prova da inveracidade dos fatos registrados na contabilidade regular, não se aplicando esse dispositivo aos casos em que a lei, por disposição especial, atribua ao contribuinte o ônus da prova dos fatos registrados na sua escrituração.

Do relato dos fatos, verifica-se que o caso ora debatido não se limita unicamente ao de incorporação às avessas com a finalidade de compensação de prejuízo fiscal através de planejamento tributário, senão vejamos:

1. Ao proceder o aumento do capital social da controlada em 20-12-94, a recorrente contabilizou a aquisição do investimento no valor de R\$ 26.554,00 e de ágio no valor de R\$ 12.473.442,99, como consta na ficha razão (doc. 4, fls. 1/1 e doc. 5, fls. 1/1), totalizando, dessa forma, a importância de R\$ 12.499.996,99.

Processo nº. : 10980.006561/97-68
Acórdão nº. : 107-05.875

2. Ao ser intimada a informar os motivos que deram origem ao pagamento do ágio na aquisição do investimento declarou que o referido ágio ocorreu em razão de "fundo de comércio e outras razões econômicas" (doc. 6, fls.1/1).
3. A empresa adquirida e posteriormente incorporada KVAERNER Administração Ltda., teve origem na alteração da razão social da DODUCO Indústria e Comércio de Contatos Elétricos Ltda., que, à época da aquisição encontrava-se com as operações paralisadas desde maio/92, quando teve seu parque industrial e comercial transferido, através de conferência de bens, para a empresa CONTEL Indústria e Comércio Ltda.)doc. 8, fls. 1 a 10).
4. Os balanços de 31-12-93 e 20-12-94 da DODUCO (doc. 9, fls. 1 a 3 e doc. 10, fls. 1 a 5), não apresentam qualquer espécie de receita de atividade comercial ou industrial, ou seja, estava com suas atividades completamente paralisadas.
5. Somente com a integralização do capital ocorrida em 20-12-94, é que o patrimônio líquido da KVAERNER Administração Ltda., passou da condição de negativo para positivo, ainda assim em valor insignificante (R\$ 26.554,00) se comparado com a integralização de capital ocorrida nesta mesma data no montante de R\$ 12.499.996,99.
6. Para dar suporte a referida integralização de capital ocorrida em 20-12-94, a empresa contratou um empréstimo junto ao Excel Banco S.A., nesta data, no valor de R\$ 12.500.000,00, com encargo de R\$ 23.756,25, tendo liquidado no dia seguinte, 21-12-94, com o próprio recurso que retornou com o registro dos atos da incorporação da KVAERNER Administração Ltda. (doc. 14, fls. 1 a 4 e doc. 15, fls. 1/1).
7. Ao registrar os efeitos da incorporação no dia 21-12-94, a KVAERNER Pulping Tecnologia para Celulose e Papel Ltda., deu baixa no investimento efetuado na véspera (20-12-94), registrando com isso uma perda de capital no valor de R\$ 13.279.786,49, baixando, dessa forma, o Lucro Real do exercício indevidamente.

Consta no Protocolo de Justificação da Incorporação, item nº 5 que
"Pelos levantamentos preliminares o valor do patrimônio líquido da sociedade INCORPORANDA é estimado em R\$ 26.554,00. (grifei)

Processo nº. : 10980.006561/97-68
Acórdão nº. : 107-05.875

O item nº 7 do mesmo documento estabelece que "A **INCORPORADORA** é titular de 12.499.999 quotas do capital social da **INCORPORANDA**, as quais serão extintas e canceladas quando da incorporação. Por ocasião da incorporação, o quotista André Rydygier de Ruediger, possuidor de uma quota, cederá a mesma à quotista Kvaerner Pulping Tecnologia para Celulose Ltda., que passará a deter 12.500.000 quotas. Em decorrência, não ocorrerá aumento de capital da Kvaerner Pulping Tecnologia para Celulose Ltda. A referida cessão será efetuada pelo valor patrimonial da quota apurado com base no laudo de avaliação do patrimônio líquido a ser elaborado pela Arthur Andersen Consultoria Fiscal Financeira S/C Ltda." (grifei)

Na realidade a questão, apesar de revestir-se de incorporação de empresa inativa por mais de dois anos, trata-se de uma operação maquiada para a redução do lucro tributável da autuada, já no protocolo de justificação de incorporação foi estabelecido que a transação teria por base o balanço da empresa incorporada levantado em 20/12/94, e ainda, que seria extintas e canceladas as 12.499.999 quotas do capital social de propriedade da autuada, bem como a quota a lhe ser doada pelo sócio André. É de uma clareza incontestável que o aumento do capital social da incorporada foi uma simulação pois, em virtude da sucessão, absorve todo o ativo e passivo da incorporada, porém, ao invés de manter o patrimônio líquido da incorporanda, acrescentando ao seu próprio, resolveu extinguir na sua totalidade.

Entendo que não existe ilicitude quando o administrador se empenha na busca de uma direção menos onerosa em matéria de tributos, mesmo que a procura de uma economia tributária seja a razão principal dessa via. Se isso não fosse verdadeiro, teríamos que concluir que o contribuinte estaria sempre obrigado a pagar o imposto pela forma mais elevada.

Aliás, na atividade empresarial, a procura da redução da carga tributária trata-se de uma necessidade do administrador, ao qual se incumbe tomar conta do patrimônio social com o maior cuidado e interesse.



Processo nº. : 10980.006561/97-68
Acórdão nº. : 107-05.875

Porém, a questão maior localiza-se exatamente em se conhecer se as condições para tanto utilizadas são lícitas ou não sob o ponto de vista da lei fiscal.

Luciano Amaro, em sua obra "Direito Tributário Brasileiro", expõe que a simulação seria reconhecida pela **falta de correspondência entre o negócio que as partes realmente estão praticando e aquele que elas formalizam**. As partes querem, por exemplo, realizar uma compra e venda, mas formalizam (simulam) uma doação, ocultando o pagamento do preço. Ou, ao contrário, querem este contrato, e formalizam o de compra e venda, devolvendo-se (de modo oculto) o preço formalmente pago.

Define também aquele autor o chamado abuso de direito. Se o direito é utilizado para atingir fins civis ou comerciais que normalmente a ele estão associados, seu exercício não é questionado. O mesmo não se daria quando o direito fosse exercido com o **objetivo de obter vantagem fiscal que, de outro modo, não se teria**; nessa perspectiva, estaríamos diante do *abuso do direito*, e o Fisco não estaria obrigado a aceitar os efeitos fiscais que decorreriam da questionada conduta.

Marco Aurélio Greco alinha-se entre aqueles que censuram o abuso de direito, sustentando que, se a *"finalidade exclusiva"* de um determinado ato é pagar menos imposto, estaríamos diante de um abuso do direito, não oponível ao Fisco.

A elisão e a evasão se diferenciam por uma tênue linha divisória e muitas vezes pouco perceptível entre o planejamento tributário lícito e a sonegação criminosa. O propósito de estudo desses conceitos depende de uma avaliação de conduta que tem o contribuinte para organizar seus negócios de modo a reduzir a incidência tributária. Porém, esse espaço mais ou menos bem delimitado não é infinito, como também o conjunto de ações ou movimentos para alcançar o fim desejado não são ilimitados.

Processo nº. : 10980.006561/97-68
Acórdão nº. : 107-05.875

O limite fundamental que se impõe ao contribuinte quando planeja a sua economia tributária é o da validade e da consistência dos atos jurídicos que pretenda praticar.

Assim, se, de um lado, há que se reconhecer o direito do agente em planejar seu negócio de modo economicamente mais vantajoso, utilizando-se de formas jurídicas alternativas e legais para atingir o mesmo fim, não é aceitável o abuso de direito para lograr o mesmo fim. Aquele que pratica determinado ato jurídico com a finalidade única e exclusiva de fugir ao tributo, está abusando das formas jurídicas.

Hermes Marcelo Huck, em seu artigo Evasão e Elisão no Direito Tributário Internacional, afirma que:

"Muito embora não haja no Brasil, a exemplo de outros países, uma espécie de norma geral tributária permitindo a desconsideração do ato jurídico julgado abusivo e a tributação do resultado econômico alcançado pelo agente, não se pode negar que o planejamento tributário, quando estruturado por uma construção elisiva, mas sem qualquer finalidade comercial senão a da economia fiscal, pode ser taxado como forma de abuso de direito, sujeitando-se à desconsideração para efeitos fiscais. (grifei)"

O autor estabelece que é necessária a existência de uma finalidade comercial para o ato praticado, não podendo subsumir-se no mero exercício de imaginação destinado a reduzir ou eliminar impostos que, de outra forma, seriam devidos.

Discordo da recorrente quando afirma que *"de uma forma geral, prevalece no Direito Tributário de todos os Estados modernos o princípio de sua*

Processo nº. : 10980.006561/97-68
Acórdão nº. : 107-05.875

vinculação às formas e estruturas permitidas pelo direito civil ou societário, sem levar em consideração o motivo da respectiva estruturação".

Com a devida vênia, também discordo da contribuinte quando alega que *"É tão flagrante a dedutibilidade da perda de capital obtida que o legislador, através da Lei nº 9.718, de 27/11/98, veio a restringir a dedutibilidade de perda de capital, decorrente de amortização de ágio contabilizado com base no valor da rentabilidade futura da coligada ou controlada, com base em previsão de resultados futuros. Inobstante, somente foi inibida o registro de uma só vez da perda de capital resultante da amortização de ágio, agora em 60 (sessenta) meses, art. 10 da nova Lei 9.718. A dedutibilidade persiste.*

Não concordo ainda com a defendente quando afirma que a redução do lucro tributável ocorreu através de perda de capital por incorporação de sociedade subsidiária decorrente de acervo líquido inferior ao respectivo valor da participação societária, e não através de prejuízos fiscais da incorporada, sendo, portanto, dedutível. Trata-se, na realidade, de uma operação camuflada, com o único objetivo de produzir prejuízo para a indevida redução da base de cálculo dos tributos.

A empresa investida encontrava-se com as operações totalmente paralisadas desde 05/05/92, quando teve transferidos, por meio de conferência de bens, seus estabelecimentos industrial e comercial, não há, portanto, que se falar em ágio com base em fundo de comércio, cujo valor econômico dependeria de o negócio levado a efeito encontrar-se instalado e em pleno funcionamento.

Por oportuno, cabe ressaltar que não é admissível a justificativa de conquista de novos mercados, pois a empresa investida não possuía mais nenhum mercado, nem sequer qualquer bem no seu imobilizado.

Não merece crédito a citação do artigo 225 da Lei nº 6.404/76 para justificar a operação, pois estabelece o mesmo que *"As operações de incorporação, fusão e cisão serão submetidas à deliberação da assembléia geral das companhias*



Processo nº. : 10980.006561/97-68
Acórdão nº. : 107-05.875

interessadas mediante justificação, na qual serão expostos: I - os motivos ou fins da operação, e o interesse da companhia na sua realização; II - omissis." O único interesse da investidora foi a criação de prejuízo, pois não havia nada para administrar, nem mesmo funcionários, quer na área comercial, industrial ou mesmo administrativa, deixando claro a simulação forjada, como pode se verificar no Protocolo de Justificação da Incorporação (fls.19/22), item 8 – *"Na data da incorporação, o pessoa da INCORPORANDA, inclusive seu quadro técnico, será transferido para a INCORPORADORA, sem quebra de continuidade de seus direitos"*.

A prova fatal do simulacro, perfeitamente caracterizada e comprovada nos autos, refere-se ao patrimônio líquido da empresa investida que, no dizer da autuada, foi aumentado o seu capital social em 20/12/94, com o objetivo de torná-lo positivo e gerar caixa para o atendimento de seus compromissos. Ocorre que, na realidade a recorrente tomou um empréstimo de R\$ 12.500.000,00, junto ao Excel Banco S/A para o aumento de capital. Os recursos foram depositados na mesma data na conta corrente da investida, porém sequer um centavo foi utilizado para fazer frente aos compromissos da mesma, pois no dia seguinte, ou seja, 21/12/94, logo após a efetivação da incorporação, a interessada transferiu novamente para a sua própria conta corrente, para quitar o empréstimo obtido no dia anterior, acrescido do encargo financeiro correspondente a um dia.

Não se pode aceitar o argumento da recorrente que as autoridades autuante e julgadora de primeira instância apegam-se à teoria econômica para exigir o tributo e que a mesma não teria acolhida no direito tributário brasileiro. Cabe citar, a propósito, o sumo hermeneuta Carlos Maximiliano, em sua renomada obra *HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO DO DIREITO* – Ed. Freitas Bastos, 4ª Edição, p. 205 – *"... o direito deve ser interpretado inteligentemente, não de modo que a ordem legal envolva em absurdo, prescreva inconveniência, vá ter conclusões inconsistentes"*.

O Sr. Delegado Substituto da DRJ de Curitiba, muito bem abordou a questão ao ressaltar que *"... se a lei prevê determinado acontecimento como fato*

Processo nº. : 10980.006561/97-68
Acórdão nº. : 107-05.875

gerador e determinado indivíduo como sujeito passivo de obrigação tributária, o fato desse sujeito passivo revestir o acontecimento de outra feição jurídica, imprópria para o caso, não o desonera das consequências tributárias que visa elidir. Desde que o resultado obtido seja exatamente o mesmo que foi previsto como fato de tributação, o acontecimento permanecerá tributável".

O fato ora em discussão não se trata de espaços vazios do direito tributário, mas sim de uma montagem ou transfiguração de uma operação mercantil, mascarada para forjar uma situação normal, visto que a recorrente engendrou uma situação para criar uma perda de capital forjada através da incorporação de uma sociedade – por que não dizer inexistente? – onde o acervo líquido incorporado correspondia a um valor inferior àquele registrado a título de participação societária, logo no dia anterior.

Na realidade, o procedimento foi articulado a partir de um planejamento tributário construído com base na geração de ágio em uma empresa inativa sob a ressalva do subitem 5.3 do mencionado parecer normativo, mas do qual a empresa desviou-se.

O arremedo de incorporação está patente considerando tratar-se de empresa mercantil, onde são inaceitáveis operações irregulares, não necessárias às atividades da empresa, realizadas unicamente com o *intentio litis* de encobrir a natureza jurídica e distorcer a finalidade da lei, senão vejamos:

- quando da aquisição da participação societária, ocorrida em 15/12/94, a DODUCO se encontrava com um patrimônio líquido negativo (passivo a descoberto), no valor de R\$ 12.473.442,99 (ou US\$ 14,700,581.00);
- encontrava-se também com as suas atividades completamente paralisadas, desde 05/05/92, quando seus estabelecimentos industrial e comercial foram transferidos para a empresa CONTEL – Indústria e Comércio Ltda.;

Processo nº. : 10980.006561/97-68
Acórdão nº. : 107-05.875

- os balanços patrimoniais da empresa levantados em 31/12/93 e 31/12/94 não apresentam sequer qualquer receita operacional de venda de bens ou serviços;

Como visto, seria uma paródia falar em pagamento de ágio com base em fundo de comércio, pois o mesmo refere-se a valor econômico que depende de negócio devidamente instalado em plena atividade, nunca no caso de uma empresa completamente desativada há mais de dois anos.

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 22 de fevereiro de 2000.



PAULO ROBERTO CORTEZ

Processo nº. : 10980.006561/97-68
Acórdão nº. : 107-05.875

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Natanael Martins – Relator Designado.

Em que pese todo o labor desenvolvido pelo eminente Relator, nos termos em que o auto de infração foi lavrado e em que a decisão monocrática foi proferida, não vejo como manter o lançamento.

Com efeito, a autoridade de fiscalização, na descrição que fez dos fatos que motivaram o lançamento, glosou o ágio amortizado porque, a rigor, a recorrente não o teria fundamentado adequadamente. Ou seja, apesar de ter admitido que a operação efetivamente se realizara, que não se tratara, portanto, de ato simulado, tanto que a multa proposta no lançamento que fez foi a normal, glosou o custo do ágio porque não concordou com os esclarecimentos prestados pelo contribuinte.

A autoridade julgadora, a seu turno, manteve o lançamento ao argumento de que:

"...,a perda de capital decorrente da substituição da participação extinta em incorporação por acervo líquido recebido da empresa controlada resultou de uma série de artifícios para reduzir indevidamente o lucro tributável mediante o aproveitamento indireto de prejuízos fiscais pré-existentes à aquisição da empresa sucedida, o que é vedado pelo artigo 509 do RIR/94" (fls. 201).

Em outra passagem, a mesma autoridade julgadora aventara a possibilidade de a operação ter sido realizada por outras razões, como por exemplo para possibilitar a remessa de divisas ao exterior.

O eminente Conselheiro Relator, em seu alentado voto, asseverando que o caso em debate não seria apenas o de uma incorporação às avessas, conclui tratar-se de operação maquinada para a redução do lucro tributável

Processo nº. : 10980.006561/97-68
Acórdão nº. : 107-05.875

da autuada, afirmando ser de clareza incontestável que o aumento de capital social da incorporada teria sido uma simulação pois, ao invés de manter o patrimônio líquido da incorporanda, acrescentando ao seu próprio, resolveu extinguir na sua totalidade.

Mais adiante, referindo-se às alegações da recorrente que registrava que somente com o advento da lei 9532/97 o legislador veio a efetivamente regular a amortização de ágio em operações de incorporação e cisão de sociedades, o eminente Conselheiro Relator negou a sua aplicação ao caso em questão por entender que se tratou de operação simulada, bem como porque, sendo a incorporanda sociedade desativada não seria cabível a figura do ágio, muito menos em razão da forma em que este (o ágio) se formara (em primeiro lugar quando da aquisição do controle da sociedade e, em segundo lugar, quando do aumento de capital realizado antes da efetivação da operação de incorporação).

Ora, a autoridade de fiscalização, na motivação do lançamento, em nenhum momento negou a efetividade das operações realizadas, muito menos fez qualquer referencia a que estas teriam sido simuladas. Glosou o ágio porque não concordou com a motivação a ele dada pela recorrente

Nesse contexto, as alegações da autoridade julgadora monocrática e do eminente Conselheiro Relator de que se tratara de "uma série de artifícios para reduzir indevidamente o lucro tributável" (no dizer do julgador "a quo"), ou, noutras palavras, "de uma operação maquinada para a redução do lucro tributável" (no dizer do eminente Relator) não encontram respaldo nas razões que presidiram o lançamento não sendo admissível, pois, a sua manutenção, salvo se se pudesse admitir a possibilidade da inovação do feito.

Assim, se a razão que motivou o lançamento foi a de que a fundamentação do ágio não fora suficiente para justificar a sua dedutibilidade, instaurado o litígio cabia e cabe às autoridades julgadoras resolver o feito nos termos em que posto pela autoridade administrativa que presidiu o feito.

Processo nº. : 10980.006561/97-68
Acórdão nº. : 107-05.875

Se, portanto, não viu a autoridade administrativa nenhum ato simulado, antes porem admitiu a realização de todas as operações que relatou nos termos que seguiram o auto de infração, é dentro dessa perspectiva que o processo deve ser julgado.

Alias, se duvidas no passado existiram quanto à possibilidade de incorporação de sociedade com patrimônio negativo, estas hoje não mais tem razão ser.

Deveras, indagado a propósito da referida operação, em alentado parecer cuja ementa abaixo transcrevo, respondeu o Consultor Jurídico do Ministério de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo no Parecer CONJUR n. 129, de 26.12.96 (D.O.U. de 09.01.97), pela absoluta possibilidade de sua realização:

“Ementa: Registro do Comércio. Sociedade Anônima. Incorporação de sociedade em liquidação, com patrimônio líquido negativo. Possibilidade jurídica. Ressalvados os direitos de acionistas e terceiros, é possível a incorporação de sociedade com patrimônio líquido negativo. Não obsta à incorporação o fato de estar em liquidação a sociedade incorporanda”

Assim, dado ser a operação possível, as consequências contábeis são as que naturalmente resultam do ato, e as fiscais aquelas previstas na legislação de regência, vigente ao tempo em que esta se realizou.

Pois bem, no plano contábil, tendo havido a absorção da sociedade incorporanda, o ágio então registrado foi baixado e, em face de laudo que avaliara o patrimônio da sociedade a valor de mercado, este foi tratado como despesa dedutível na apuração do lucro real, em conformidade com o disposto no artigo 380 do RIR/94.



Processo nº. : 10980.006561/97-68
Acórdão nº. : 107-05.875

O laudo elaborado pela empresa de consultoria independente que presidiu a operação de incorporação, registre-se, em nenhum momento foi contraditado pela autoridade fiscalizadora.

Obviamente que não se pode olvidar que as operações praticadas pela recorrente redundaram na absorção do ágio que anteriormente se formara, reduzindo o seu lucro tributável. Mas, ao tempo em que tais operações se realizaram, além das regras insertas no citado art. 380 do RIR/94, não havia nenhuma outra vigente, o que em negócios do gênero (aquisições de sociedades seguidas de sua absorção) abria espaços para a estruturação de operações que, desde logo, permitiam a dedutibilidade do ágio pago.

O legislador, ciente de que a reboque de tais negócios realizavam-se operações de planejamento tributário, por intermédio da Lei 9552/97 veio a disciplinar a figura do ágio, estabelecendo o tratamento tributário de conformidade com a sua natureza.

Portanto, considerando que a dedução do ágio que motivou o presente lançamento se verificou em momento anterior ao de vigência da referida lei, tendo as operações estruturadas se pautado pelas regras impostas na legislação societária e em conformidade com os princípios de contabilidade geralmente aceitos, não havendo, por parte da autoridade que presidiu o ato de lançamento, nenhuma acusação quanto a eventual ilicitude ou simulação dos atos praticados, realmente não vejo como se manter o lançamento.

Alias, não obstante o brilho com que o eminente Relator conduziu o seu voto, trazendo à baila a lição de vários doutrinadores, com a devida vênua entendo que suas lições são inaplicáveis à espécie, visto que, em verdade, o que se via no momento da realização das operações em questão era um absoluto vazio legislativo, que propiciava em operações da espécie a dedutibilidade imediata e integral do ágio, tanto que o legislador, talvez até tardiamente, tratou de adequadamente regula-las.



Processo nº. : 10980.006561/97-68
Acórdão nº. : 107-05.875

Ainda dentro desse contexto, não vejo como querer aqui aplicar as referidas lições doutrinárias dado que, repita-se, não tendo havido por parte da autoridade administrativa que presidiu o lançamento nenhuma acusação quanto a eventual simulação das operações, estas se verificaram tal como espelhadas nos atos societários acostados aos autos do processo.

O argumento da autoridade julgadora de que estaria havendo aproveitamento indireto de prejuízos fiscais pré-existente à aquisição da empresa sucedida, além de não ter sido a causa motivadora do lançamento, o que desde logo reclamaria o seu afastamento, não se encontra em debate nos autos do processo, muito menos aqui se trata da hipótese versada no artigo 509 do RIR/94, que diz respeito, especificamente, a prejuízos fiscais de empresas extintas em face de operações de incorporação, fusão e cisão.

Por derradeiro, a propósito da possibilidade da dedução do ágio em situações da espécie, vejam-se a seguir decisões deste Conselho:

"Acórdão 101-89.158

Participação Extinta (Incorporação) – A diferença entre o acervo líquido a preço de mercado e o valor de investimento em incorporada pode ser dedutível na apuração do lucro tributável tributável, consoante dispõe o artigo 325 do RIR/80".

"Acórdão 101-88.018 -

Ganhos e Perdas de Capital – Participação Extinta em Incorporação – Para fins de determinar o lucro real, a dedutibilidade da perda de participação extinta em decorrência de incorporação, está condicionada a apuração do acervo líquido com base em avaliação a preço de mercado, respaldada em laudo adequado".

"Acórdão 107-04.213 –

IRPJ – Amortização de Ágio Versus Ajuste pelo MEP – Nos termos do disposto nos artigos 323 e 325 do RIR/80, ao contribuinte não é defeso o cômputo do ágio referente à liquidação de investimentos em coligadas ou controladas, em virtude de fusão, incorporação ou cisão, ainda que

Processo nº. : 10980.006561/97-68
Acórdão nº. : 107-05.875

contabilmente amortizado, inavendo previsão legal para se considerar a compensação do ajuste pela equivalência patrimonial".

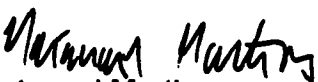
Do voto do Relator, que alias apreciava recurso de ofício da autoridade julgadora que dera provimento ao recurso do contribuinte já na primeira instância, por pertinente, destaca-se:

"Conforme bem fundamentou a Autoridade recorrente, a lei fiscal expressa nos artigos 323 e 325 do RIR/80, permitiu, por assim dizer, que o contribuinte optasse pelo procedimento que mais lhe favorecesse econômica e fiscalmente, de modo a que pudesse beneficiar-se duplamente conforme explicitado pela referida autoridade".

Por tudo isso, dou provimento ao recurso.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, 22 de fevereiro de 2000.


Natanael Martins