



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

Processo nº 10980.017339/2008-78
Recurso nº 511.527 Voluntário
Acórdão nº 1101-00.404 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de janeiro de 2011
Matéria IRPJ - Amortização de ágio
Recorrente BARIGUI VEÍCULOS LTDA
Recorrida 1ª Turma da DRJ/Curitiba

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006

DECISÃO. FALTA DE EXAME INDIVIDUALIZADO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. VALIDADE. É válida a decisão que adotou fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos de defesa. ALEGAÇÃO DE PRÉ-JULGAMENTO. O convencimento do julgador em sentido contrário ao entendimento da autuada, consubstanciado em doutrina e jurisprudência, não se enquadra dentre as hipóteses que, previstas na legislação, comprometem a validade da decisão por interesses subjacentes.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO GERADO INTERNAMENTE. INDEDUTIBILIDADE. Somente em aquisição onerosa de investimentos por terceiros forma-se ágio passível de amortização. Não se caracteriza como tal a valorização reconhecida internamente, ainda que fundada em laudo de rentabilidade futura e associada ao reconhecimento de ganho de capital por parte dos sócios. ALEGAÇÃO DE ERRO DE IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. EFEITOS DO DIFERIMENTO DA TRIBUTAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL AUFERIDO PELOS SÓCIOS. A reavaliação do investimento pelos sócios não gera ágio passível de amortização redutora das bases de cálculo do IRPJ e da CSL, de forma que a possibilidade de tributação futura daquele ganho esperado não se presta a dispensar os tributos que deixaram de ser recolhidos em razão do registro de despesa indedutível.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A obrigação tributária principal comprehende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa SELIC.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR a argüição de nulidade da decisão recorrida e, por maioria de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, divergindo os Conselheiros Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro e José Ricardo da Silva, que farão declarações de voto.


ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO – Vice- Presidente no exercício da Presidência.


EDELI PEREIRA BESSA - Relatora

EDITADO EM: 08/05/2012

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho (Vice-Presidente), Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro, Edeli Pereira Bessa, José Ricardo da Silva, Marcos Vinícius Barros Ottoni (suplente convocado) e Plínio Rodrigues Lima (suplente convocado). Ausente, por afastamento legal, o Conselheiro Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz (Presidente).

Relatório

BARIGUI VEICULOS LTDA, já qualificada nos autos, recorre de decisão proferida pela 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Curitiba/PR, que por unanimidade de votos, julgou PROCEDENTE lançamento formalizado em 03/12/2008, exigindo crédito tributário no valor total de R\$ 16.464.416,14.

Durante o procedimento fiscal, constatou-se que a empresa contabilizou no Ativo Permanente Diferido o montante de R\$ 57.043.000,00, *tendo como origem o ágio na aquisição do investimento por cisão total da empresa Marumbi Investimentos e Participações Ltda, ocorrida em 15/12/2004*. Antes da referida cisão, a empresa Marumbi Investimentos e Participações detinha 100% do capital social da autuada e, depois do evento, seus sócios passaram a ser Bordin Administração e Incorporação Ltda (60%), Pine Participações Ltda (35%) e Gralha Azul Participações. Ltda (5%).

Analizando o histórico *dos últimos acontecimentos que culminaram com a incorporação do patrimônio cedido da Marumbi pelas empresas que detinham o controle societário*, constatou a Fiscalização que os sócios controladores da Barigui Veículos Ltda já eram, até 30/11/2004, Bordin Administração e Incorporação Ltda (60%), Pine Participações Ltda (35%) e Gralha Azul Participações. Ltda (5%). Contudo, suas quotas foram cedidas à empresa Marumbi Investimentos e Participações Ltda, passando eles a sócios controladores da Marumbi Investimentos e Participações Ltda, a qual se extinguiu em 27/12/2004, mediante cisão total que verteu patrimônio em favor da Barigui Veículos Ltda, na mesma data em que esta readmite seus antigos sócios.



Registrhou a fiscalização que o valor atribuído às quotas da Barigui Veículos Ltda (R\$ 71.043.000,00) na sua conferência à Marumbi Investimentos e Participações Ltda estava suportado por laudo da consultoria Deloitte Touche Tohmatsu. Descreveu, então, os lançamentos contábeis realizados na Marumbi Investimentos e Participações Ltda, bem como na Barigui Veículos Ltda, destacando especificamente para esta que a conta de Ágio em Investimentos no valor de R\$ 57.043.000,00 foi acompanhada de redutor no valor de R\$ 37.648.380,00, correspondente à Provisão para Manutenção da Integridade do Patrimônio Líquido, resultando na diferença de R\$ 20.149.108,00 registrada a título de capital, em razão do patrimônio vertido com a cisão.

O ágio em Investimentos assim contabilizado passou a ser amortizado a partir de 31/12/2004, ao passo que a receita contabilizada em razão da realização da Provisão para Manutenção da Integridade do Patrimônio Líquido foi excluída do lucro real.

Diante deste contexto, a fiscalização glosou as despesas decorrentes da amortização do ágio, argumentando que: 1) as alterações contratuais citadas ocorreram em seqüência, a partir da Avaliação Econômico-Financeira apresentada pela consultoria citada; 2) o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 trata de reavaliação de participações societárias e, inclusive, já se encontrava revogado desde 2005; 3) o ágio foi *criado artificialmente por intermédio da constituição de sociedades que surgem ou são extintas em curto lapso temporal, ou pela utilização de sociedades de participação*; 4) houve incorporação às avessas da controladora pela controlada; 5) a situação verificada se coaduna com o descrito no Acórdão DRJ/RJOI nº 10.007/2006 (*ÁGIO DE SI PRÓPRIO NA INCORPOERAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE. ABUSO DE DIREITO*) e no Acórdão DRJ/RJOI nº 9.283/2005 (*AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. FALTA DE EFETIVO PAGAMENTO. DEDUÇÃO INDEVIDA*); 6) inexiste fator econômico na configuração do ágio na aquisição de investimento; 7) a dedução do ágio a custo zero não é possível, haja vista que não se extinguiu o investimento anteriormente realizado; e 8) as despesas seriam desnecessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora.

Para maior clareza, transcreve-se excertos do capítulo *Da admissibilidade da dedução do ágio*, contido no Termo de Verificação Fiscal de fls. 29/36:

Conforme demonstramos e dissertamos anteriormente a Marumbi Investimentos e Participações Ltda era uma empresa constituída pouco tempo antes de sua incorporação, ou seja em 04/11/2002. Já na edição da 4ª Alteração Contratual, em 30/09/2004, a Marumbi passou a totalidade do controle societário para três pessoas jurídicas, também pertencentes ao grupo. Ingressaram na sociedade as empresas Pine Participações Ltda e Gralha Azul Participações Ltda. Essas duas empresas ingressantes foram também constituídas na iminência da incorporação da Marumbi, ambas em 20/09/2004 (fls. 261 a 282 do Mexo I), cuja integralização do capital ocorreu, basicamente, com quotas de capital que os sócios, pessoas físicas, possuíam em outras empresas pertencentes ao grupo, entre as quais a Barigui Veículos Ltda.

Por sua vez a Barigui Veículos Ltda, empresa ora em procedimento fiscal, e que tendo como únicos sócios as empresas Bordin Administração e Incorporação Ltda, Gralha Azul Participações Ltda e Pine Participações Ltda, teve a totalidade de suas quotas transferidas, sem ônus, com a edição da 38ª Alteração Contratual, de 30/11/2004 (fls. 03 a 09 do Anexo I), para a Marumbi Investimentos e Participações Ltda. Verificamos na seqüência, com a edição da 39ª Alteração Contratual, de 27/12/2004 (fls. 10 a 17 do Anexo I), aprova-se a absorção do patrimônio cindido por cisão total da Marumbi e também admissão como novas sócias da Barigui as

ex-sócias, até 30/11/2004, empresas Pine, Gralha Azul e Bordin. Observe-se que todas as alterações contratuais acima citadas ocorreram na sequência da Avaliação Econômico-Financeira da Barigui Veículos Ltda, apresentada pela empresa de consultoria Deloitte Touche Tohmatsu, em 29/09/2004 (fls. 46 a 110 do Anexo I).

Ao se compulsar a legislação tributária, verificamos a Lei nº 10.637/02, sancionada em 30/12/2002, que em seu art. 36 admite, para fins tributários, a reavaliação de participações societárias, quando da integralização de subscrição, com o diferimento da tributação do IRPJ e da CSLL. De verdade, dito dispositivo legal foi revogado pela Lei nº 11.196/05, art. 133, inciso III.

Reproduzimos, a seguir, referido dispositivo legal:

[...]

Em verdade, o que se observa é uma sucessão de negócios com empresas do mesmo grupo que originou ágio, criado artificialmente por intermédio da constituição de sociedades que surgem e são extintas em curto lapso temporal, ou pela utilização de sociedades de participação.

De fato, o que efetivamente ocorreu com a incorporação da Marumbi pela Barigui, foi a incorporação às avessas, a primeira que era controladora foi incorporada pela segunda que era controlada.

Com efeito, podemos buscar jurisprudência no Acórdão DRJ/RJOI nº 10.007, de 30 de março de 2006:

"Ementa: INCORPORAÇÃO ÀS AVESSAS. EMPRESA CONTROLADA INCORPORANDO A EMPRESA CONTROLADORA. ÁGIO DE SI PRÓPRIO NA INCORPORAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE. ABUSO DE DIREITO.

O ágio se origina de uma contraposição de receita (para o vendedor) e custo (para o comprador). Os pressupostos do ágio são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico.

Na operação de incorporação às avessas, na qual o controlado incorpora a sua controladora, cujo controle acionário havia se originado de uma subscrição anterior de capital (subscrição com quotas do capital), não se justifica a contabilização, por parte do incorporador de ágio de si próprio, por faltar os pressupostos do ágio. A contabilização pelo incorporador deste valor chamado de ágio em conta de ativo diferido, em contrapartida de uma conta de reserva (patrimônio líquido), configura uma duplicação do ágio já contabilizado pelo investidor original.

No ativo diferido são contabilizadas despesas incorridas que contribuirão para a formação de resultados de exercícios futuros. Despesas, pela legislação tributária, são dispêndios necessários as atividades e à manutenção da empresa São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa Estas despesas devem ser usuais ou normais nos tipos de transações, operações ou atividades da empresa

A posterior transferência desse valor denominado de ágio para conta de resultado configura uma despesa indedutível, por faltar-lhe os pressupostos de ágio e despesa, bem como caracterizar um abuso de direito, por distorcer a aplicação da lei."

Ainda com relação à absorção do patrimônio cindido por cisão total da Marumbi Investimentos e Participações Ltda, percebe-se que a Barigui Veículos Ltda antes mesmo de receber parcela do patrimônio cindido, tinha como únicas sócias as empresas Bordin Administração e Incorporação Ltda, Gralha Azul Participações Ltda e Pine Participações Ltda (38ª Alteração Contratual), sendo que essas empresas transferiram a totalidade de suas quotas, sem ônus, para a Marumbi Investimentos e Participações Ltda (39ª Alteração Contratual, de 27/12/2004).

60

Nesse contexto, citamos o entendimento exarado no Acórdão DRJ/RJOI nº 9283, de 28 de dezembro de 2005:

"Ementa: LUCRO REAL TRIMESTRAL. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE, AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. FALTA DE EFETIVO PAGAMENTO. DEDUÇÃO INDEVIDA.

A legislação fiscal somente admite a dedutibilidade da amortização do ágio proveniente de incorporação de sociedade controladora por sua controlada, se efetivamente ocorre o desembolso do valor pago a este título, do mesmo modo que se exige o efetivo pagamento para toda e qualquer dedução pleiteada no âmbito fiscal, ainda que a incorporação realizada tenha observado os ditames da legislação societária."

O que evidencia-se, de verdade, é a inexistência do fator econômico na configuração do ágio na aquisição de investimento.

Isto posto, examinando a escrituração contábil da empresa Barigui Veículos Ltda encontramos, nos anos-calendário examinados e contabilizados em contas de resultados "Outras Despesas - conta razão 361002000015 como amortização de ágio em investimentos, os seguintes valores (razão fls. 03 a 220 do Anexo II):

[...]

Os valores de R\$ 950.716,67 contabilizados mensalmente em despesas como amortização de ágio em investimentos, tem como contrapartida a dedução de um sessenta avos mensais, de um total de R\$ 57.043.000,00 contabilizado no Ativo Permanente - Diferido na conta "Ágio em Investimentos - Cisão Marumbi".

Finalizando, a aquisição de participação societária de uma determinada empresa, com ágio, por outra que venha a ser incorporada não comporta a dedução de ágio, a custo zero, como perda, pela incorporadora, haja vista que não se extinguiu o investimento anteriormente realizado. A mera amortização do ágio não pode gerar efeitos fiscais, devendo o mesmo ser controlado à parte, para fins de cálculo do ganho de capital em eventual alienação do investimento.

Assim, constatada a contabilização do valor de R\$ 950.716,67 mensais em conta de resultados, a partir do mês de dezembro/2004 até dezembro/2006, como amortização de ágio em investimentos, sem que ficasse demonstrado o ajuste (adição) desses mesmos valores na Demonstração do Lucro Real e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (DIPJ 2005, 2006 e 2007- Anexo III), necessário se faz a glosa desses valores mediante ajuste do lucro líquido, por se considerar despesas não necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte pagadora, conforme previsto nos arts. 249, inciso I, 251 e parágrafo único, 299 e 300, do RIR/99.

[...]

Exigiu, assim, Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, ambos com acréscimo de multa de ofício no percentual de 75%, e juros de mora.

Da decisão recorrida consta o seguinte relato acerca das razões de impugnação apresentadas pela autuada:

- relata que no ano de 2004 promoveu uma reorganização societária rigorosamente dentro dos limites estabelecidos pela legislação comercial e fiscal vigentes, cujos passos foram formalizados em instrumentos legais e adequados, devidamente registrados na Junta Comercial do Estado do Paraná;

- enfatiza que o aumento de capital na empresa Marumbi Investimentos e Participações Lida foi efetivado pelas empresas Bordin Administração e Incorporações Lida, Pine Participações Lida e Gralha Azul Participações Ltda, e não pela própria autuada, e que seu procedimento tem amparo no art. 36 da Lei nº 10.637/2002, regra que abrange o ágio resultante desse aumento de capital, correspondente à diferença entre o valor atribuído na integralização e o valor que se encontrava registrado na escrituração de cada uma dessas pessoas jurídicas;

- observa que a operação de transmissão ou versão da participação societária por ocasião da cisão da Marumbi Investimentos e Participações, por força do § 2º do aludido artigo, é forma excludente de realização da participação societária. Enfatiza, portanto, que a tributação do ganho de capital apurado pelas empresas somente deverá ocorrer por ocasião da efetiva realização de suas participações;

- relata a extinção da empresa Marumbi Investimentos e Participações Lida, reporta-se ao patrimônio que foi vertido em seu favor e afirma que "agiu ao abrigo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, que prevê a possibilidade de amortização do ágio formado nas circunstâncias sob apreciação. ";

- em amplo arrazoado, enumera as razões pelas quais entende que seu procedimento se coaduna às normas legais.

Finaliza requerendo o cancelamento integral dos autos de infração.

É o relatório.

A Turma Julgadora recorrida afastou tais alegações acolhendo o voto do I. Relator Wanaldo Aparecido Maia, do qual, após a abordagem dos motivos da autuação, constam as denominadas *considerações iniciais para facilitar a compreensão*:

De sua parte, a contribuinte aduz que seu procedimento encontra respaldo nos art. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Instaurado o dissenso, passemos ao atento exame dos fatos, enfatizando que seus efeitos não repercutem apenas nesta impugnante, e sim, de modo uniforme em três empresas distintas: 1) BARIGÜI VEÍCULOS LTDA (CNPJ nº 79.638.884/0001-96), 2) CENTER AUTOMÓVEIS LTDA (CNPJ Nº 03.402.181/0001-70) e 3) ESPAÇO AUTOMÓVEIS LTDA (CNPJ nº 05.796.221/0001-31). Para facilitar a compreensão, a partir de agora, em regra, essas três empresas serão referidas como "EMPRESA BARIGÜI", "EMPRESA CENTER" e "EMPRESA ESPAÇO".

Até determinado momento anterior à deflagração do conjunto de fatos que a impugnante denomina de 'reorganização societária', essas três empresas pertenciam a: 1) Sr. Antônio Bordin Neto (CPF nº 780.956.709-87); 2) Sr. Ivo Luiz Roveda (CPF nº 355.086.559-72); e 3) à pessoa jurídica Bordin Administração e Incorporações Ltda, na seguinte proporção:

| SÓCIO | EMPRESA BARIGUI | EMPRESA CENTER | EMPRESA ESPAÇO |
|------------------|-----------------|----------------|----------------|
| ANTONIO BORDIN | 5% | 20% | 20% |
| IVO LUIZ ROVEDA | 35% | 40% | 40% |
| BORDIM ADM. INC. | 60% | 40% | 40% |
| TOTAL | 100% | 100% | 100% |

Na sequência, cada uma das duas pessoas físicas constituiu uma empresa. Antonio Bordin Neto constituiu a empresa GRALHA AZUL PARTICIPAÇÕES LTDA (CNPJ nº 07.047.051/0001-18, contrato às fls. 269-276 do Anexo I), de cujo capital detém 99,99% das quotas. Ivo Luiz Roveda constituiu a empresa PINE PARTICIPAÇÕES

LTDA (CNPJ nº 07.047.014/0001-00, contrato social às fls. 261-268 do Anexo I), de cujo capital detém 99,99% das quotas. Não sendo viável a existência por tempo indeterminado de sociedade unipessoal, cada um deles detém o percentual de 0,1% do capital da empresa do outro, ou seja, Antonio Bordin Neto detém 0,01% na empresa PINE PARTICIPAÇÕES LTDA e, reciprocamente, Ivo Luiz Roveda detém 0,01% na empresa Gralha Azul Participações Ltda.

Abro um parêntese para enfatizar a inequívoca identificação de cada empresa com o proprietário de 99,99% de seu capital. Por tal razão - e para melhor compreensão dos fatos-, a partir deste momento passarão a ser referidas juntamente com seu proprietário, da seguinte forma "GRALHA AZUL/Antonio Bordin Neto e PINE PARTICIPAÇÕES/Ivo Luiz Roveda".

Fechando o parêntese, esclareço que, já na constituição, transferiram para essas novas pessoas jurídicas suas participações societárias aludidas. Assim, o quadro de sócios das três, empresas - que na essência nada mudou - passou a ser o seguinte:

| SÓCIO | EMPRESA BARIGUI | EMPRESA CENTER | EMPRESA ESPAÇO |
|---------------------------------|-----------------|----------------|----------------|
| GRALHA AZUL/Antonio Bordin Neto | 5% | 20% | 20% |
| PINE PART/Ivo Luiz Roveda | 35% | 40% | 40% |
| BORDIM ADM. INC. | 60% | 40% | 40% |
| TOTAL | 100% | 100% | 100% |

Registre-se, portanto que, ao tempo da primeira das ocorrências que realmente interessam para os fins perseguidos nestes autos, as sociedades "EMPRESA BARIGÜI": "EMPRESA CENTER" e "EMPRESA ESPAÇO" pertenciam apenas a essas três pessoas/jurídicas: "GRALHA AZUL/Antonio Bordin Neto", "PINE PARTICIPAÇÕES/Ivo Luiz Roveda" e "BORDIN ADMINISTRAÇÃO E INCORPORAÇÕES LTDA". Não existiam outros sócios.

Naquele mesmo momento, as três pessoas referidas em primeiro lugar, a saber: 1) Antonio Bordin Neto (pessoa física); 2) Ivo Luiz Roveda (pessoa física) e 3) Bordin Administração e Incorporações Ltda, eram também os únicos sócios de uma outra pessoa jurídica: MARUMBI INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA (CNPJ nº 05.369.093/0001-40), a partir de agora eventualmente referida como "empresa veículo".

Pois bem, por meio da quarta alteração do contrato social da empresa veículo, MARUMBI INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, de 30/09/2004 (fls. 32-38) as mencionadas pessoas jurídicas "GRALHA AZUL/Antonio Bordin Neto" e "PINE PARTICIPAÇÕES/Ivo Luiz Roveda" ingressaram na empresa veículo, onde já se encontrava a empresa Bordin Administração e Incorporações Ltda, e as pessoas físicas de Antonio Bordin Neto e Ivo Luiz Roveda. Por força desse instrumento contratual, as proprietárias das empresas "BARIGÜI", "CENTER" e "ESPAÇO", transferiram suas participações societárias nestas empresas para a empresa veículo.

Por consequência, a partir desse momento, cada uma das empresas "BARIGÜI", "CENTER" e "ESPAÇO", passou a ter como sócia exclusiva a empresa veículo, MARUMBI INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. No caso específico destes autos, que diz respeito à "EMPRESA BARIGÜI", esse evento ficou registrado na 38ª Alteração Contratual (fls. 03-09), cabendo chamar a atenção para a cláusula 8ª assim vertida:

"8) A sociedade recomporá a pluralidade de sócios no prazo legal de 180 dias (artigo 1033,IV, Lei 10.406/2002)."

Para a formação do melhor juízo a respeito da controvérsia, mesmo incorrendo no risco de me tomar repetitivo, insisto ser imperioso o minucioso exame desse 'negócio jurídico', que corresponde ao núcleo do planejamento tributário implementado.

O primeiro ponto a ser enfatizado é que se tratou de um 'negócio' que as partes fizeram exclusivamente entre si. Repito: em nenhum momento contou com a participação de alguém estranho. Visualizem-se às fls. 32 as pessoas que participaram desse 'negócio', comparando as pessoas que 'alienaram' as quotas das empresas "BARIGÜI", "CENTER" e "ESPAÇO", com a composição da empresa veículo, que as 'adquiriu':

| | |
|--|---|
| ALIENANTES DAS QUOTAS (EMPRESA COM O RESPECTIVO PROPRIETÁRIO) | COMPOSIÇÃO DA EMPRESA VEÍCULO, MARUMBI, ADQUIRENTE DAS COTAS |
| GRALHA AZUL/Antonio Bordin Neto | ANTONIO BORDIN NETO (pessoa física) e GRALHA AZUL/Antonio Bordin Neto |
| PINE PARTICIPAÇÕES/Ivo Luiz Roveda | IVO LUIZ ROVEDA (pessoa física e PINE PARTICIPAÇÕES/Ivo Luiz Roveda |
| BORDIN ADM. INCORPORAÇÕES LTDA | BORDIN ADM. INCORPORAÇÕES LTDA |

Está evidente, portanto, que se tratou de mera movimentação intestina nos patrimônios dos titulares. As quotas que o senhor Antonio Bordin Neto possuía nas empresas "BARIGÜI", "CENTER" e "ESPAÇO", que já haviam sido transferidas para a sua empresa "GRALHA AZUL/Antonio Bordin Neto", agora foram transferidas para a empresa veículo, MARUMBI, da qual já era sócio direto como pessoa física e passou a ser sócio indireto, pelo seu alter ego, a empresa "GRALHA AZUL/Antonio Bordin Neto". Da mesma forma, as quotas que o senhor Ivo Luiz Roveda possuía nas empresas "BARIGÜI", "CENTER e ESPAÇO", que já haviam sido transferidas para a sua empresa "PINE PARTICIPAÇÕES/Ivo Luiz Roveda", agora foram transferidas para a empresa veículo, da qual também já era sócio direto como pessoa física e passou a ser sócio indireto, pelo seu alter ego, a empresa "PINE PARTICIPAÇÕES/Ivo Luiz Roveda". O mesmo ocorre com a empresa Bordin Administração e Incorporações Ltda. As quotas que possuía diretamente nas empresas "BARIGÜI", "CENTER e "ESPAÇO" também foram transferidas para a empresa veículo, da qual já participava.

Nenhuma alteração ocorreu, portanto, com relação à efetiva titularidade patrimonial das cotas.

O aspecto mais relevante desse 'negócio jurídico', sobre o qual se assenta todo o planejamento, é que as quotas das empresas "BARIGÜI", "CENTER" e "ESPAÇO" foram transferidas por valor muito superior - em média 450,89% - àquele que constava nas contabilidades das 'alienantes', conforme se vê no quadro a seguir, que compara os valores:

| INVESTIDA | NA ALIENANTE | | NA ADQUIRENTE |
|-----------|-----------------------------------|--------------|---------------|
| NOME | NOME | VALOR | VALOR |
| BARIGÜI | BORDIN ADM. E INCORP. LTDA | 8.400.000,00 | 42.625.800,00 |
| BARIGÜI | "GRALHA AZUL/Antonio Bordin Neto" | 700.000,00 | 3.552.150,00 |
| BARIGÜI | "PINE PARTICIP/Ivo Luiz Roveda" | 4.900.000,00 | 24.865.050,00 |
| CENTER | BORDIN ADM. E INCORP. LTDA | 1.400.000,00 | 8.561.600,00 |
| CENTER | "GRALHA AZUL/Antonio Bordin Neto" | 700.000,00 | 4.280.800,00 |
| CENTER | "PINE PARTICIP/Ivo Luiz Roveda" | 1.400.000,00 | 8.561.600,00 |
| ESPAÇO | BORDIN ADM. E INCORP. LTDA | 880.000,00 | 7.576.800,00 |
| ESPAÇO | "GRALHA AZUL/Antonio Bordin Neto" | 440.000,00 | 3.788.400,00 |
| ESPAÇO | "PINE PARTICIP/Ivo Luiz Roveda" | 1.400.000,00 | 7.576.800,00 |

| | | | |
|--------|---------------|----------------|---------|
| TOTAIS | 20.220.000,00 | 111.389.000,00 | 450,89% |
|--------|---------------|----------------|---------|

Cabe informar que os valores originais constantes da escrituração da empresa Bordin Administração e Incorporações Ltda foram colhidos de seu Livro Diário nº 13, espelhado às fls. 222 do Anexo I. Os valores pelos quais as empresas "GRALHA AZUL/Antonio Bordin Neto" e "PINE PARTICIPAÇÕES/Ivo Luiz Roveda" adquiriram as quotas são aqueles pelos quais seus capitais foram integralizados, conforme contratos sociais (fls. 261-28) do Anexo I.

Para justificar essa assombrosa 'valorização' que as quotas sofreram no átimo de sua transferência para a sociedade veículo (MARUMBI INVESTIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA), foram apresentados "Relatórios de Avaliação Econômico e Financeira", elaborados por uma das maiores empresas do mundo na área de consultoria, Delloitte Touche Tohmatsu. Referindo-se à totalidade das quotas desta impugnante, o relatório respectivo (fls. 46-110), estima que seu **valor justo de mercado** é de R\$ 71.043.000,00 (fls. 49).

É essa, portanto, a gênese do 'ágio' que deu azo ao lançamento.

Reitero que esse ágio não decorreu de uma operação que implicasse a alienação das quotas a terceiros, e tampouco envolveu algum pagamento. Pelo contrário, o que aconteceu foi que as empresas "GRALHA AZUL/Antonio Bordin Neto" e "PINE PARTICIPAÇÕES/Ivo Luiz Roveda" ingressaram na sociedade veículo (Marumbi Investimentos e Participações Ltda), levando as quotas que possuíam, enquanto a empresa Bordin Administração e Incorporações Ltda - que já participava da sociedade veículo - também trouxe suas quotas, com a particularidade de que, nesse momento, se atribuiu às quotas uma nova e mais significativa expressão monetária.

Que fique claro, portanto, que **ninguém pagou — ou recebeu — mais de cento e onze milhões de reais** pela totalidade das quotas das empresas "BARIGÜI", "CENTER" e "ESPAÇO". Não é essa a origem do ágio. A origem do ágio é que as mesmas três pessoas, Bordin Administração e Incorporação Ltda, "GRALHA AZUL/Antonio Bordin Neto" e "PINE PARTICIPAÇÕES/Ivo Luiz Roveda", na dupla e simultânea condição de alienantes e adquirentes, negociando consigo mesmos, resolveram que as quotas das empresas deveriam ser aceitas na sociedade veículo por valor médio 450% superior àquele que apresentavam no momento anterior. Assim, no dia 30 de setembro de 2004, em um passe de mágica, por força exclusiva de seus próprios desígnios, **sem despender ou receber um centavo sequer de fonte alheia**, esses felizes negociantes viram sua riqueza comum crescer de R\$ 20.220.000,00 para R\$ 111.389.000,00.

Impende reconhecer sua modéstia, contentando-se com enriquecimento de, apenas 450%, porquanto nada os impedia de estabelecer percentual infinitamente superior, talvez de bilhões de reais, já que dependiam apenas deles próprios para dimensionar a expressão numérica de sua riqueza.

A operação seguinte, também fundamental à implementação do planejamento fiscal, ocorreu no dia 27 de dezembro de 2004 e se encontra documentada, com relação às três empresas, na Sexta Alteração Contratual e Extinção por Cisão Total da empresa veículo, Marumbi Investimentos e Participações Ltda (fls. 43-45 do Anexo I); e com relação exclusiva à impugnante, na sua 39ª Alteração Contratual (fls. 10-23 do Anexo I).

Nesse novo 'negócio jurídico', ocorreu a extinção, por cisão total, da empresa veículo (Marumbi Investimentos e Participações). Seu patrimônio verteü seletivamente para cada uma das três empresas: "BARIGÜI", "CENTER" e "ESPAÇO", conforme descrito no Protocolo e Justificativa de Cisão Total, estampado às fls. 18-23 do Anexo I.

O ponto relevante a ser destacado é que, com exceção da "EMPRESA BARIGÜI", que também recebeu imóveis que se encontravam em nome da sociedade veículo, cada uma dessas três empresas recebeu da sociedade veículo apenas o patrimônio representado por ela própria, devidamente acrescido do 'ágio' surgido na operação anterior.

Por essa razão, a "EMPRESA BARIGÜI", por exemplo, contabilizou em seu ativo a existência de um ágio de R\$ 57.043.000,00 (fls. 03 do anexo II).

Conforme se vê às fls. 04 do Anexo II, o capital desta impugnante era de R\$ 14.000.000,00. Contudo, no dia 27/12/2004, sem que alguém tivesse adicionado um centavo sequer ao seu capital, este passou para R\$ 34.149.108,00, tudo por obra e graça da mesma alquimia que possibilitou o surgimento do ágio.

Para encerrar, registro que essas operações não surtiram qualquer efeito, nem mesmo entre as partes, uma vez que a distribuição do capital de cada uma das três empresas "BARIGÜI", "CENTER e ESPAÇO" voltou a ter a mesma distribuição percentual anterior:

[...]

Na seqüência, a autoridade julgadora expressa considerações sobre o significado contábil de ágio, o qual considera um conceito de conteúdo puramente econômico. Não sendo, portanto, *um conceito espiritual ou metafísico, suscetível de ser livremente utilizado em qualquer acepção que lhe queira atribuir cada interessado*. Reproduz as lições do Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações da FIPECAFI destacando que *o surgimento de ágio pressupõe aquisição onerosa de terceiros, de sorte que, no caso sob exame, o 'ágio' criado artificialmente nas três empresas, por carecer de substância econômica, não comporta tal qualificação*.

E, diante deste contexto, conclui:

O MÉRITO DO LANÇAMENTO .

Pelo que até aqui se viu, resta inequívoco que estamos diante de uma estratégia de planejamento tributário da modalidade conhecida como "ágio de si mesmo". Isso porque, na essência, o ágio que a impugnante excluiu de sua base imponível do IRPJ e da CSLL não diz respeito a eventual participação dela em outra sociedade, mas é um ágio sobre ela própria, sobre sua própria rentabilidade. Daí a expressão ágio de si mesmo.

Acrescenta, ainda, hipóteses tratadas na doutrina, para destacar que no caso concreto a situação é mais preocupante na medida em que *o ágio foi simplesmente estipulado pelos proprietários do empreendimento, com a pretensão de se pagar menos tributos em razão de estar amortizando ágio sobre si mesmas*, valendo-se do que disposto no art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Cita palestra do Dr. Mário Junqueira Franco Junior proferida em 06/04/2006, que destaca a nova visão do Conselho de Contribuintes em busca da *essência dos negócios jurídicos*, admitindo-se apenas planejamentos tributários que respeitem a *finalidade dos institutos de Direito Privado*. Reproduz ementas do Acórdão nº 103-23.290 quanto à *necessidade de propósito negocial*, e do Acórdão nº 105-17.219, quanto à *necessidade de efetiva existência do ágio (seu pagamento pelo adquirente e recebimento pelo alienante)*.

Por fim, cita o Ofício Circular CVM/SNC/SEP n º 01/2007, acerca do "ágio" gerado em operações internas, no qual se firmou que *essas transações não se revestem de*

substância econômica e da indispensável independência entre as partes para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade.

Por todo o exposto, o voto condutor da decisão recorrida expressa as seguintes conclusões acerca do lançamento em debate:

O fato, portanto, é que, nos termos postos pela CVM, as reorganizações societárias das três empresas "BARIGÜI", "CENTER e ESPAÇO" não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, requisitos indispensáveis para que fossem passíveis de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade. Entretanto, tais desatinos foram contabilizados e as amortizações desse ágio esdrúxulo foram abatidas do lucro tributável.

Evidente, portanto, que a solução deve ser a glosa dos valores debitados a título de despesa com ágio, uma vez que tais valores carecem de, substância econômica.

É de se reconhecer que a legislação autorizava a amortização do ágio. Contudo, evidentemente a legislação se referiu à ágio constituído com substância econômica, em decorrência de transações efetivas entre partes negociantes autônomas. A toda evidência, essa grandeza criada artificialmente nas contabilidades das empresas "BARIGÜI", "CENTER" e "ESPAÇO" é simplesmente um absurdo, um abuso que não pode ser considerada como ágio para os fins do inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, ou para outro fim qualquer.

Por outro lado, ainda que se considerasse esse ágio aloprado como uma despesa, não seria dedutível em face de ser absolutamente desnecessário à atividade da empresa, à manutenção de suas atividades e geração de suas receitas

Em face de todo o exposto, entendo que o lançamento deve ser mantido integralmente.

É como voto.

Cientificada da decisão de primeira instância (fl. 116), a contribuinte interpôs recurso voluntário em 19/05/2009 (fls. 117/163).

Nele esclarece que a reorganização societária promovida em 2004 ocorreu num contexto em que a empresa *decidiu se ajustar às exigências comerciais ditadas pelo processo de globalização da economia e preparar-se para responder a duas possibilidades de venda da empresa que se apresentavam potencialmente realizáveis*, buscando seus proprietários *condições de otimização de seu patrimônio com vistas a essa venda.*

Defende a regularidade formal da reorganização assim procedida, consoante as exigências da Lei de Registros Públicos de Empresas Mercantis e Atividades Afins, o que lhe confere *plena vigência e oferece a garantia dos seus efeitos jurídicos.*

Ressalta que a Fiscalização teve em conta apenas parte da operação realizada, sem observar as *alterações jurídicas e societárias também nas três empresas que ao final restaram participando da autuada na qualidade de sócios*, além de não se ter apontando qualquer descumprimento à lei nestes procedimentos. Em suas palavras:

Cumpre lembrar que a autuada prestou todos os esclarecimentos acerca dos efeitos contábeis e fiscais em todas as empresas participantes da reorganização societária, inclusive quanto à receita de ganhos de capital nelas apurada, colaborando de forma integral com a fiscalização. Essa atitude de colaboração da empresa possibilitou à fiscalização desenvolver seu trabalho sem qualquer dificuldade e

com a máxima transparência e conhecimento pleno de todos os detalhes econômicos e financeiros, não só da empresa, mas também de todo o grupo.

Descreve a composição de seu capital em 30/07/2004 (R\$ 5.000.000,00), a avaliação procedida pela empresa Deloitte Touche Tohmatsu em 30/09/2004 (R\$ 71.043.000,00 com base no "justo valor de mercado", pela metodologia do "Fluxo de Caixa Descontado", considerando o valor de rentabilidade com base em previsão dos resultados de exercícios futuros), a composição societária em 27/09/2004 (R\$ 14.000.000,00), o registro do ágio pelas empresas participantes do capital social da autuada, entendendo que tal, como demonstrado à Fiscalização, evidencia o acerto legal da reorganização da apuração dos seus resultados e seu registro adequado no Livro de Apuração do Lucro Real das empresas participantes da reorganização.

Reporta-se à alteração contratual da empresa Marumbi Investimentos e Participações em 30/09/2004, cujo capital foi aumentado mediante alienação das quotas da autuada detidas por suas sócias, representando esta participação a parcela de R\$ 71.043.000,00 do referido aumento de capital.

Ressalta que o aumento de capital na empresa Marumbi Investimentos e Participações Ltda foi efetivado pelas empresas Bordin Administração e Incorporações Ltda, Pine Participações Ltda e Gralha Azul Participações Ltda e não pela autuada e seu procedimento tem amparo no artigo 36 da Lei nº 10.637/2002.

Entende que a referida regra alcança as empresas que participaram do capital da autuada, e representa apenas a possibilidade de deferimento da tributação perante o IRPJ e a CSLL uma vez que o parágrafo 1º determina que tal diferença deve ser controlada na parte B do Lalur e será obrigatoriamente computada na determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social quando ocorrer a realização da participação societária especialmente à luz da Lei nº 9.532/97 e Lei nº 10.637/2002.

Por sua vez, a norma citada excepciona, como hipótese de realização, a transferência da participação societária em razão de fusão, cisão ou incorporação, de forma que no presente caso mantiveram-se beneficiadas pelo deferimento as empresas Bordin Administração e Incorporações Ltda, Pine Participações Ltda e Gralha Azul Participações Ltda. Junta à sua defesa documentos que evidenciam, por parte de tais empresas, o procedimento de manterem na parte B do Lalur os valores mencionados no parágrafo 1º do artigo 36, mas antecipadamente requer a conversão do julgamento em diligência caso pare dúvidas quanto à sua idoneidade.

Retomando as operações realizadas, descreve a cisão total da empresa Marumbi Investimentos em 27/11/2004, com a versão de patrimônio nos seguintes termos: a parcela cindida que se compõe de ativo circulante, ativo imobilizado, investimento com ágio na Barigüi e passivo circulante, no valor total de R\$ 34.685.009,70 (.), será reduzida pelo valor do investimento e a importância líquida de R\$ 20.149.108,26 (.), será incorporada pela, própria Barigüi, com equivalente aumento de capital que aproveitará aos novos sócios da Barigüi na proporção ajustada na respectiva alteração contratual. Nesta versão estavam incluídas disponibilidades da Marumbi no valor de R\$ 5.554,87 e imóveis no valor líquido de R\$ 4.460.072,82.

Sob a ótica da Barigüi Veículos Ltda, invoca a aplicação do art. 7º da Lei nº 9.532/97, dado estar ali expresso possibilidade de a empresa absorver patrimônio de outra em

virtude de incorporação de bens vertidos em decorrência de cisão de outra empresa, sendo o elemento patrimonial representado por participação societária que contenha o registro de ágio apurado em uma das formas definidas no artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77. Mais precisamente defende a aplicação de seu inciso III, por se tratar ali de ágio com fundamento em rentabilidade futura ou, como no caso presente, com base na previsão de resultados dos exercícios futuros.

Opõe-se à afirmação fiscal de que a amortização do ágio somente seria possível pela pessoa jurídica que *absorve o patrimônio de outra na qual detivesse participação societária*, na medida em que o art. 8º da Lei nº 9.532/97, em sua alínea b, também autoriza a amortização quando *a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária*, permitindo às empresas *o exercício de seu direito de livre associação e de liberdade de contratar*. Acrescenta, mais à frente, que a Fiscalização busca criar uma limitação inexistente no referido dispositivo, ao afirmar que ele só se aplica se *a cindida fosse aquela que detinha a propriedade da participação societária; mas não poderia ser da própria empresa que a incorpora*.

Reporta-se aos conceitos de incorporação e cisão presentes na Lei nº 6.404/76 e à sucessão nos direitos e obrigações da incorporada/cindida, presente na medida em que confirmada *a emissão das quotas da autuada em favor de suas sócias*, o que lhe permite se *valer de toda a sistemática do artigo 7º, em sua plenitude*.

Esclarece que a constituição de *PMIPL – Provisão p/ Manutenção da Integridade do Patrimônio Líquido* decorreu da observância à Instrução CVM nº 319/99, alterada pela Instrução CVM nº 349/2001, dado o alcance expresso em seu art. 1º, parágrafo único, que no seu entender abarca todas as empresas que realizaram operações de incorporação, fusão ou cisão. E acrescenta:

Como consta do processo e está de passagem mencionado no termo de verificação, essa provisão foi adicionada na determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro na empresa Marumbi Investimentos e Participações Ltda (incorporada), controlada na parte B do Lalur, também da Marumbi Investimentos e Participações Ltda, como definido nas regras de apuração do IRPJ e da Instrução mencionada.

Advindo, mais tarde a Cisão com versão de elementos patrimoniais para as empresas Bordin Administração e Incorporações Ltda, Pine Participações Ltda e Gralha Azul Participações Ltda, essa provisão foi incorporada aos controles fiscais dessas empresas, mediante os registros contábeis e fiscais que reproduziam os encargos e direitos auferidos na incorporação de tais elementos patrimoniais vertidos, e, como consequência disso passou a constar do registro na sua parte B do Lalur, onde passou a ser baixado mensalmente na determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social, na proporção da reversão contábil efetuada mensalmente.

Apesar de a Instrução CVM nº 247, em ser artigo 14, par. 3º, definir que o prazo máximo de amortização do ágio era de dez anos, a autuada promoveu sua amortização no prazo definido no artigo 7º, inc. III, da Lei nº 9.532/97, ou seja, de cinco anos ou sessenta meses.

Apesar de não constar no termo de verificação, a autuada cumpriu também o disposto na alínea a do par. 1º da Instrução CVM nº 319/99 com a redação dada pela Instrução nº 349/2001 da CVM.

60

E esse valor corresponde ao valor dos tributos (IRPJ e CSLL) a ser recolhido pelas empresas sócias Bordin Administração e Incorporações Ltda, Pine Participações Ltda e Gralha Azul Participações Ltda, que incidirá sobre o ganho de capital registrado em suas contabilidades quando da realização dos investimentos em participações societárias no capital da autuada.

Conclui que o procedimento de reorganização societária se desenvolveu regularmente, ponderando, ainda, que a presente exigência *provoca tributação em dobro relativamente ao IRPJ e à CSLL porquanto o ganho de capital está sendo controlado na parte B do Lalur das empresas Bordin Administração e Incorporações Ltda, Pine Participações Ltda e Gralha Azul Participações Ltda e, tão logo ocorram os eventos que caracterizarem a realização das participações societárias estarão elas recolhendo o IRPJ e a CSLL devida.*

Destaca que o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 foi revogado pela Lei nº 11.196/2005, mas isto somente alcança procedimentos de reorganização societária realizados a partir de 01/01/2006.

Aborda o contexto econômico no qual foi editada a Lei nº 10.637/2002, bem como a alvancagem de negócios decorrente do inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532/97. Discorre, ainda, sobre o conceito de ágio e das causas de sua amortização, e destaca sua necessidade *para a aquisição ou reorganização, inexistindo qualquer lesão ao patrimônio público, na medida em que previsto nas normas contábeis e nos princípios contábeis geralmente aceitos.*

Reitera que na vigência do art. 36 da Lei nº 10.637/2002 não pode ser imputada qualquer *irregularidade legal* à operação realizada. Mais à frente, consigna que a revogação deste dispositivo *não se deu de forma interpretativa, mas por visível efeito modificativo marcados pela revogação do texto.*

Classifica de conservador o *laudo aprovado e adotado na reorganização societária, porquanto, a projeção dos lucros que embasaram a apuração do ágio revelou-se inferior aos resultados efetivamente apurados de 2004 a 2006, já que a amortização do ágio em nenhum período eliminou o pagamento do IRPJ e da CSLL.*

Registra que o único benefício que o grupo empresarial usufrui é eventual postergação no recolhimento do IRPJ e CSLL. Na medida em que o ganho auferido pelas empresas detentoras do capital está controlado na parte B do LALUR, é certo que haverá, sem qualquer sombra de dúvida a tributação dos ganhos na operação de reorganização societária. Isto pode se dar em breve prazo como em longo prazo, sem que possa a recorrente prever quando isso acontecerá.

Conclui, daí, que o verdadeiro beneficiário da operação em questão são seus sócios. E a presente exigência representará dupla tributação em relação à incidência que se verificará quando realizados os investimentos por seus sócios. No seu entender:

Até o presente momento a única vantagem mensurável são os eventuais juros apropriáveis entre as amortizações do ágio e o tempo em que ocorrerá a realização dos investimentos.

Invoca, assim, o art. 112 do CTN, se presente dúvida quanto ao legítimo direito da empresa, destacando a aplicação de seu inciso II.

68

Reproduz trechos da decisão recorrida para afirmar que as expressões ali usadas *não indicam um exame equilibrado do processo, mas um verdadeiro pré-julgamento, pré-concebido para a tentativa desaconselhável de manutenção da exigência.*

Discorda da afirmação de que o ágio foi estipulado pelos proprietários do empreendimento, porque há laudo técnico que o suporta, e não lhe foi imputado qualquer erro ou impropriedade técnica. Acrescenta que a apuração de lucros superiores aos resultados projetados no laudo já havia sido consignada na impugnação, como transcreve, e pede a análise do *acerto de sua expressão econômica.*

Entende que as referências a palestra de ex-Conselheiro caracteriza inovação, menciona que ali não foi tratado o caso concreto em tela, e que neste não foi *demonstrado que a legislação foi contrariada.*

Registra que a autoridade julgadora de 1^a instância omitiu-se quanto aos efeitos da operação em relação aos seus reais beneficiários, bem como em relação à possibilidade de dupla tributação. Entende que o tratamento dado à operação na decisão recorrida induz à criação de uma *riqueza artificial sem a incidência de tributo*, o que não é o caso, ante o registro dos valores correspondentes na parte B do LALUR para tributação futura.

Por estas razões, e também porque *os argumentos sobre a legitimidade da operação não foram atacados, nem mesmo os dispositivos legais apontados pela recorrente foram comentados*, entende nula a decisão recorrida, por evidente cerceamento ao seu direito de defesa.

E, quanto ao exame de mérito, entende que a autoridade julgadora não abordou os aspectos citados pois isto demonstraria a nulidade do lançamento, na medida em que restaria *caracterizado o erro de eleição do sujeito passivo, que ao invés da recorrente, são os beneficiários: BORDIN ADMINISTRADORA/Félix Bordim; GRALHA AZUL/Antonio Bordin Neto e PINE PARTICIPAÇÕES/Ivo Luiz Roveda.*

A autoridade julgadora, sem dúvida se deparou com séria dúvida, pois só tinha dois caminhos a trilhar.

Ou reconhecia a integral validade dá reorganização societária e teria que cancelar a exigência ou, como fez, entendeu que se tratou de simulação e teria que cancelar o lançamento, da mesma forma, por erro de eleição do sujeito passivo.

Apresenta argumentos para concluir que *a decisão recorrida, como o ato do lançamento, refletem verdadeira desconsideração de ato jurídico, simulação ou negócio jurídico indireto.* Contudo, antes de se opor às conclusões da autoridade julgadora, classifica de superficiais suas considerações, que não definiram qual dos três tipos citados viciaria a reorganização societária.

Assevera que a desconsideração do ato jurídico teria ocorrido por se considerar *efeitos diametralmente opostos àqueles buscados na reorganização societária, a imputação de simulação se verificaria por atribuir aos fatos jurídicos uma inadequada intenção em confronto com a sua expressão literária e econômica.* E seguramente admitiu-se haver negócio jurídico indireto por ter a recorrente *se utilizado de forma jurídica diferente daquela que conduzia a conclusão do negócio à forma pretendida pela empresa.*

61

Do exame fiscal, porém, não exsurgiu qualquer *incoerência, irregularidade ou vício formal, tanto que a Junta Comercial do Paraná acolheu todos como legais e adequados*. A concretização dos resultados esperados se mostra pela regular contabilização nas empresas sócias que participaram da reorganização societária, os quais sequer foram questionados pela fiscalização ou pela autoridade julgadora.

Não bastaria a *simples suspeita de fraude* para a desconsideração do negócio jurídico. Ao se *apoiar em circunstância que inexistiu nos autos*, a autoridade julgadora desrespeitou a tipicidade cerrada, criando *figura tributária inexistente* e tentando *introduzir a interpretação econômica* que não está prevista no sistema jurídico pátrio.

Argui, ainda, a nulidade por *erro de eleição do sujeito passivo*, pois, se as conclusões do julgamento são no sentido de que *os sócios da recorrente manipularam ilegalmente as alterações societárias de forma a convolarem os efeitos jurídicos em ganhos patrimoniais que produziram a omissão no recolhimento de tributos*, tal benefício somente pode ser atribuído àqueles sócios, já que foram eles que absorveram e registraram contabilmente os ganhos com a operação. Somente a estes pode ser imputada a responsabilidade pela evasão ou elisão de tributos.

Em seu entendimento, a tributação somente poderia recair sobre o valor dos resultados apurados nas empresas sócias da recorrente, que apuraram e contabilizaram os ganhos correspondentes. Ou seja, se houve irregularidade, bastaria à fiscalização exigir o pagamento do IRPJ e da CSLL sobre o ganho apurado e contabilizado pelos sócios da recorrente que com isso eliminaria a possibilidade de dupla exigência dos tributos.

Ataca, ainda, os juros aplicados sobre a multa lançada de ofício, cuja cobrança somente surgiu no momento da ciência da decisão recorrida. Reproduz acórdãos dos Conselhos de Contribuinte contra tal aplicação, e conclui que *deve ser o processo saneado, mediante a determinação de que as parcelas de juros moratórios incidentes sobre a multa de ofício não podem ser exigidos da recorrente*.

Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

A prova da ciência da decisão recorrida, constante de fl. 116, está danificada e não é possível identificar a data na qual a correspondência foi entregue à destinatária.

Considerando que os DARFs que a acompanharam tiveram seus valores consolidados até 30/04/2009, supõe-se, a partir da parte legível do carimbo constante do aviso de recebimento de fl. 116, na qual se lê o dia da postagem como sendo “06”, que a correspondência foi, minimamente, postada em 06/04/2009.

Desta forma, a teor do art. 23, §2º, inciso II do Decreto nº 70.235/72, considera-se a contribuinte científica quinze dias após a data da expedição da intimação. E, nestas condições, o recurso voluntário apresentado em 19/05/2009 é tempestivo.

Preliminarmente deve-se analisar a argüição de nulidade da decisão recorrida.

Entende a recorrente que a autoridade julgadora de 1^a instância não abordou todos os efeitos da operação em relação aos seus reais beneficiários, bem como em relação à possibilidade de dupla tributação, concluindo incorretamente pela criação de uma *riqueza artificial sem a incidência de tributo*. Deixou, assim, de apreciar *os argumentos sobre a legitimidade da operação*, ensejando cerceamento ao seu direito de defesa.

Complementa que, se todos os seus argumentos de mérito fossem apreciados, a autoridade julgadora não teria outra opção senão reconhecer *a integral validade da reorganização societária*, ou, então, declarar a nulidade do lançamento porque restaria *caracterizado o erro de eleição do sujeito passivo*.

Contudo, constata-se do exame da referida decisão uma abordagem aprofundada das operações que ensejaram as despesas glosadas, concluindo-se, validamente, pela sua não conformação ao conceito de ágio, aspecto tido como suficiente para a manutenção da glosa, por afastá-las do âmbito de aplicação das normas que admitem os efeitos de sua amortização na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

A parte final da decisão recorrida deixa claro que a autoridade julgadora admitiu a possibilidade legal de amortização do ágio, para fins fiscais. Negou, porém, validade ao ágio constituído na forma aqui apresentada por não vê-lo contemplado no *inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, ou para outro fim qualquer*, o que já se presta a afastar, também, as mencionadas disposições do art. 36 da Lei nº 10.637/2002.

Demais disto, acrescentou a autoridade julgadora que, na hipótese de se admitir a contabilização desta operação como origem de ágio, e consequentemente de sua amortização como despesa, sua indedutibilidade ainda assim se justificaria, por ser ele *absolutamente desnecessário à atividade da empresa, à manutenção de suas atividades e geração de suas receitas*. Ou seja, a glosa seria cabível ainda que se admitisse a possibilidade e a regularidade da reorganização societária promovida.

Relevante destacar que esta conclusão não se afasta daquela à qual chegou a autoridade lançadora, consoante expresso na parte final do Termo de Verificação Fiscal, à fl. 35:

Assim, constatada a contabilização do valor de R\$ 950.716,67 mensais em conta de resultados, a partir do mês de dezembro/2004 até dezembro/2006, como amortização de ágio em investimentos, sem que ficasse demonstrado o ajuste (adição) desses mesmos valores na Demonstração do Lucro Real e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (DIPJ 2005, 2006 e 2007- Anexo III), necessário se faz a glosa desses valores mediante ajuste do lucro líquido, por se considerar despesas não necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte pagadora, conforme previsto nos arts. 249, inciso I, 251 e parágrafo único, 299 e 300, do RIR/99.

Para maior clareza, os dispositivos legais citados são, a seguir, transcritos:

Art. 249. Na determinação do lucro real, serão adicionados ao lucro líquido do período de apuração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º, § 2º):

I - os custos, despesas, encargos, perdas, provisões, participações e quaisquer outros valores deduzidos na apuração do lucro líquido que, de acordo com este Decreto, não sejam dedutíveis na determinação do lucro real;

[...]

68

Art. 251. A pessoa jurídica sujeita à tributação com base no lucro real deve manter escrituração com observância das leis comerciais e fiscais (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 7º).

Parágrafo único. A escrituração deverá abranger todas as operações do contribuinte, os resultados apurados em suas atividades no território nacional, bem como os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior (Lei nº 2.354, de 29 de novembro de 1954, art. 2º, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 25).

[...]

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, 2º).

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.

Art 300. Aplicam-se aos custos e despesas operacionais as disposições sobre dedutibilidade de rendimentos pagos a terceiros (Lei nº 4.506, de 1964, art. 45, § 2º).

Destaque-se que é pacífico, na jurisprudência, o entendimento acerca da desnecessidade de a decisão conter referência expressa a cada um dos argumentos tecidos pela interessada, desde que adotada fundamentação suficiente para decidir a controvérsia. Veja-se, a respeito, manifestação do Superior Tribunal de Justiça:

Não viola os artigos 165, 458, II, e 535, II, do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. (Recurso Especial nº 687.417-RS, Relator: Ministro Teori Albino Zavascki).

Na mesma linha, é o voto da Ministra Eliana Calmon:

O Tribunal não está obrigado a responder questionários formulados pelas partes, tendo por finalidade os declaratórios dirimir dúvidas, obscuridades contradições ou omissões realmente existentes, pois existindo fundamentação suficiente para a composição do litígio, dispensa-se a análise de todas as razões adstritas ao mesmo fim, uma vez que o objetivo da jurisdição é compor a lide e não discutir as teses jurídicas nos moldes expostos pelas partes. (EDcl na Ação Rescisória nº 770 – DF)

A recorrente também infere que na decisão recorrida se cogitou de *desconsideração de ato jurídico, simulação ou negócio jurídico indireto*, e assim aponta imprecisão no seu conteúdo, na medida em que não se definiu, ali, qual dos três tipos citados viciaria a reorganização societária.

Porém, como já se pôde ver do relatório, e será exposto com mais detalhes adiante, na análise do mérito, tanto no lançamento, como no julgamento de 1ª instância, nada mais se fez além de afirmar que as despesas contabilizadas pela empresa não correspondiam a

amortização de ágio, e assim não cumpriam os requisitos para sua dedutibilidade na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Não se tratou, em qualquer momento, de *desconsideração de ato jurídico, simulação ou negócio jurídico indireto*, de modo que não se configura a alegada superficialidade no julgamento administrativo de 1^a instância.

Registre-se, também, que não prejudicam a validade da decisão as expressões que, nela contidas, denotariam, no entender da recorrente, *um verdadeiro pré-julgamento, pré-concebido para a tentativa desaconselhável de manutenção da exigência*.

O voto expressa o entendimento do julgador a respeito do que veiculado nos autos sob julgamento, mas esta concepção forma-se no confronto dos fatos concretos com outros conhecimentos adquiridos em doutrina, bem como no estudo de circunstâncias semelhantes, ou mesmo na análise indireta de outros casos concretos expressos na jurisprudência. Logo, sempre há um *pré-julgamento* ou uma pré-concepção a respeito do que, ao final, é expresso no voto.

A legislação prevê os casos nos quais a validade da decisão é comprometida por interesses subjacentes e, certamente, o convencimento do julgador em sentido contrário ao entendimento da autuada, consubstanciado em doutrina e jurisprudência, não se enquadra nestas hipóteses, a seguir transcritas:

Portaria MF nº 58, de 17 de março de 2006

Disciplina a constituição das turmas e o funcionamento das Delegacias da Receita Federal de Julgamento – DRJ

Art. 19. Os julgadores estão impedidos de participar do julgamento de processos em que tenham:

I - participado da ação fiscal;

II - cônjuge ou parentes, consangüíneos ou afins, até o terceiro grau, inclusive, interessados no litígio.

Art. 20. Pode ser argüida a suspeição de julgador nos termos do art. 20 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Lei nº 9.784, de 19 de janeiro de 1999

Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar.

Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.

62

Art. 20. Pode ser argüida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

Por tais razões, rejeita-se a argüição de nulidade da decisão recorrida.

No mérito, a recorrente constrói sua defesa, basicamente, em duas linhas: defende a regularidade da operação que ensejou a formação do ágio amortizado, e subsidiariamente aduz que, se algum crédito tributário há para ser exigido, este deveria ser constituído contra os reais beneficiários da operação: seus sócios.

Na primeira vertente, apresenta as justificativas econômicas para a operação realizada, defende a regularidade formal das alterações contratuais devidamente registradas e suportadas por laudo de empresa de auditoria independente, ressalta a transparência na prestação das informações solicitadas pela autoridade lançadora, inclusive quanto aos registros contábeis da operação nas demais empresas do grupo envolvidas, e assim entende que seu procedimento se conforma àquele previsto no art. 36 da Lei nº 10.637/2002. Por sua vez, a autorização legal para amortização do ágio aí gerado estaria expressa no art. 7º, inciso III, da Lei nº 9.532/97, senda certa a extensão de seus efeitos também nos casos em que a controladora é extinta por incorporação pela controlada, a teor de seu art. 8º.

A decisão recorrida expressa com clareza o conceito de ágio na legislação comercial e na doutrina:

O Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações da FIPECAFI (Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras, FEA/USP), elaborado por Sérgio de Iudicibus, Eliseu Martins e Ernesto Rubens Gelbcke, 7ª Edição, dedica à matéria o item "11.7 ÁGIOS OU DESÁGIOS E AMORTIZAÇÃO", com ênfase para os subitens seguintes, verbis:

11.7.1 — Introdução e Conceito

Os investimentos, como já vimos, são registrados pelo valor da equivalência patrimonial e, nos casos em que os investimentos foram feitos por meio de subscrições em empresas coligadas ou controladas, formadas pela própria investidora, não surge normalmente qualquer ágio ou deságio. Veja-se, todavia, caso especial no item 11.7.6.

Todavia, no caso de uma companhia adquirir ações de uma empresa já existente, pode surgir esse problema.

O conceito de ágio ou deságio, aqui, não é o da diferença entre o valor pago pelas ações e seu valor nominal, mas a diferença entre o valor pago e o valor patrimonial das ações, e ocorre quando adotado o método da equivalência patrimonial.

Dessa forma, há ágio quando o preço de custo das ações for maior que seu valor patrimonial, e deságio, quando for menor, como exemplificado a seguir.

11.7.2 Segregação Contábil do Ágio ou Deságio

Ao **comprar** ações de uma empresa que serão avaliadas pelo método da equivalência patrimonial, deve-se, já na ocasião da **compra**, segregar na Contabilidade o preço total de custo em duas subcontas distintas, ou seja, o valor da equivalência patrimonial numa subconta e, o valor do ágio (ou deságio) em outra subconta(..)

11.7.3 Determinação do Valor do Ágio ou Deságio

a) GERAL

Para permitir a determinação do valor do ágio ou deságio, é necessário que, na data-base da **aquisição das ações**, se determine o valor da equivalência patrimonial do investimento, para o que é necessária a elaboração de um Balanço da empresa da qual se **compraram as ações**, preferencialmente na mesma data-base da **compra** das ações ou até dois meses antes dessa data. Todavia, se a **aquisição** for feita com base num Balanço de negociação, poderá ser utilizado esse Balanço, mesmo que com defasagem superior aos dois meses mencionados. Ver exemplos a seguir.

b) DATA-BASE

Na prática, esse tipo de negociação é usualmente um processo prolongado, levando, às vezes, a meses de debates até a conclusão das **negociações**. A data-base da contabilização da compra é a da efetiva **transmissão dos direitos de tais ações aos novos acionistas** a partir dela, passam a usufruir dos lucros gerados e das demais vantagens • patrimoniais.(..)

11.7.4 Natureza e Origem do Ágio ou Deságio

(...) c) ÁGIO POR VALOR DE RENTABILIDADE FUTURA

Esse ágio (ou deságio) ocorre quando se paga pelas ações um valor maior (menor) que o patrimonial, em função de expectativa de rentabilidade futura da coligada ou controlada adquirida.

Esse tipo de ágio ocorre com maior frequência por envolver inúmeras situações e abranger diversas possibilidades.

No exemplo anterior da Empresa B, os \$ 100.000.000 pagos a mais na compra das ações representam esse tipo de ágio e devem ser registrados nessa subconta específica.

Sumariando, no exemplo anterior, a contabilização da compra das ações pela Empresa A, por \$ 504.883.200, seria (...).

11.7.5 Amortização do Ágio ou Deságio

a) CONTABILIZAÇÃO

V —Amortização do ágio (deságio) por valor de rentabilidade futura

O ágio pago por expectativa de lucros futuros da coligada ou controlada deve ser amortizado dentro do período pelo qual se pagou por tais futuros lucros, ou seja, contra os resultados dos exercícios considerados na projeção dos lucros estimados que justifiquem o ágio. O fundamento aqui é o de que, na verdade, as receitas equivalentes aos lucros da coligada ou controlada não representam um lucro efetivo, já que a investidora pagou por eles antecipadamente devendo, portanto, baixar o ágio contra essas receitas. Suponha que uma empresa tenha pago pelas ações adquiridas um valor adicional ao do patrimônio líquido de \$ 200.000, correspondente a sua participação nos lucros dos 10 anos seguintes da empresa adquirida. Nesse caso, tal ágio deverá ser amortizado na base de 10% ao ano. (Todavia, se os lucros previstos pelos quais se pagou o ágio não forem projetados em uma base uniforme de ano para ano, a amortização deverá acompanhar essa evolução proporcionalmente).(...)

Nesse sentido, a CVM determina que 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 deverá ser amortizada da seguinte forma (...).

11.7.6 Ágio na Subscrição

(...)

60

b) por outro lado, vimos nos itens anteriores ao 11.7 que surge o ágio ou deságio somente quando uma empresa adquire ações ou quotas de uma empresa já existente, pela diferença entre o valor pago a terceiros e o valor patrimonial de tais ações ou quotas adquiridas dos antigos acionistas ou quotistas.

Poderíamos concluir, então, que não caberia registrar um ágio ou deságio na subscrição de ações. Entendemos, todavia, que quando da subscrição de novas ações, em que há diferença entre o valor de custo do investimento e o valor patrimonial contábil, o ágio deve ser registrado pela investidora.

Essa situação pode ocorrer quando os acionistas atuais (Empresa A) de uma empresa B resolvem admitir novo acionista (Empresa X) não, pela venda de ações já existentes, mas pela emissão de novas ações a serem subscritas, pelo novo acionista. Ou quando um acionista subscreva aumento de capital no lugar de outro.

O preço de emissão das novas ações, digamos \$ 100 cada, representa a negociação pela qual o acionista subscritor está pagando o valor, patrimonial contábil da Empresa B, digamos \$ 60, acrescido de uma mais-valia de \$ 40, correspondente, por exemplo, ao fato de o valor de mercado dos ativos da Empresa B ser superior a seu valor contabilizado. Tal diferença representa, na verdade, uma reavaliação de ativos, mas não registrada pela Empresa B, por não ser obrigatória.

Notemos que, nesse caso, não faz sentido lógico que o novo acionista ou mesmo o antigo, ao fazer a integralização do capital, registre seu investimento pelo valor patrimonial das suas ações e reconheça a diferença como perda não operacional. Na verdade, nesse caso, o valor pago a mais tem substância econômica bem fundamentada e deveria ser registrado como um ágio, baseado no maior valor de mercado dos ativos da Empresa B."(Grifei e sublinhei).

Da lição dos mestres fica claro que, para efeitos contábeis e societários, o surgimento de ágio pressupõe aquisição onerosa de terceiros, de sorte que, no caso sob exame, o 'ágio' criado artificialmente nas três empresas, por carecer de substância econômica, não comporta tal qualificação.

Da mesma forma, na legislação tributária, o ágio está concebido, apenas, para as operações de aquisição de investimentos, como se vê nos dispositivos a seguir transcritos:

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

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.

§ 4º - As normas deste Decreto-lei sobre investimentos em coligada ou controlada avaliados pelo valor de patrimônio líquido aplicam-se às sociedades que, de acordo com a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, tenham o dever legal de adotar esse critério de avaliação, inclusive as sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimento relevante, cuja avaliação segundo o mesmo critério seja necessária para determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada.

[...]

Art. 23.

[...]

§ 5º - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da **amortização de ágio ou deságio na aquisição**, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País.

Lei 9.532, de 10 de dezembro de 1997

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 posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei 9.718, de 27/11/98)

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-calendário 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." (negrejou-se)

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

Assim, se houver uma efetiva aquisição, e o patrimônio líquido da adquirida se mostrar menor que o custo de aquisição do investimento surgirá o ágio passível de amortização com efeitos na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, desde que a pessoa jurídica detentora da participação societária adquirida com ágio incorpore a investida.

Acrescente-se que, de fato, o art. 8º, alínea "b" da Lei nº 9.532/97, acima citado, estende estes mesmos efeitos em favor da investida que incorpora a investidora, esta titular da participação societária adquirida naquela com ágio. Todavia, é relevante observar que a assertiva fiscal questionada pela recorrente se fez em acréscimo às demais evidências de anormalidade da operação realizada, de forma que a admissibilidade deste tipo de operação pela lei não é suficiente para desqualificar as demais conclusões expressas no lançamento.

Interessante reproduzir, a este respeito, as ponderações trazidas na decisão recorrida:

Calha o magistério de Marco . Aurélio Greco, cuja obra "Planejamento Tributário" (Editora Dialética), cujo "Capítulo XVI — Operações Preocupantes" enumera algumas modalidades de planejamentos tributários com escassas chances de oposição contra o Fisco, dentre as quais a figura do ágio sobre si mesmo. Eis a síntese dos pontos mais relevantes:

"Capítulo XVI— Operações Preocupantes

XVI.1. Razão desta Denominação

A experiência no campo do Direito Tributário mostra que, muitas vezes, surgem casos em que são desenhadas determinadas operações, que exigem uma particular atenção do intérprete antes de emitir um pronunciamento quanto à sua oponibilidade ou não contra o Fisco.

Como reiteradamente exposto, uma conclusão só pode ser emitida à vista de cada caso concreto e diante das múltiplas circunstâncias que o cerca, não apenas no plano da formulação abstrata da operação, mas, também, à vista da história que cerca aquele determinado contribuinte (seu perfil e relevância, o empreendimento concreto, condutas anteriores que tenha realizado etc).

Não obstante as conclusões dependam do caso concreto, existem algumas situações que, por si só, recomendam especial atenção, pois geram preocupação aos que diante delas se encontram.

Por isso, será feita uma singela enumeração destas situações, sem que isto esgote o conjunto de hipóteses que podem gerar preocupação aos que atuam nessa área. (...)

XV1.2. Operações Estruturadas em Seqüência

Sob esta denominação estão as *step transactions*, vale dizer, aquelas sequências de etapas em que cada um corresponde a um tipo de ato ou deliberação societária ou negocial encadeado com o subsequente para obter determinado efeito fiscal mais vantajoso. Neste caso, cada etapa só tem sentido se existir a que lhe antecede e se for deflagrada a que lhe sucede.

Uma operação estruturada indica a existência de um objetivo único, predeterminado à realização de todo o conjunto. E mais, indica a existência de uma causa jurídica única que informa todo o conjunto.

Nestes casos, cumpre examinar se há motivos autônomos, ou não, pois se estes inexistirem, o fato a ser enquadrado é o conjunto e não cada uma das etapas.

Dai uma questão de caráter metodológico. Qual o objeto a ser analisado e enquadrado na legislação tributária?

Diante de reorganizações societárias que tenham o efeito de reduzir o impacto da carga tributária incidente sobre as atividades ou os resultados de determinada pessoa jurídica, é frequente encontrarmos estudos que procuram examinar separadamente cada um dos aspectos envolvidos ou — quando se trata de uma reorganização que envolva um conjunto de etapas sucessivas — cada um dos passos adotados no âmbito de uma operação mais ampla.

Esta não me parece ser a postura mais adequada.

Diante de uma situação complexa, é essencial considerar a figura como um todo, examinando ao mesmo tempo os vários aspectos que a cercam, pois o conhecimento e o enquadramento de determinada realidade será a resultante das diversas circunstâncias reunidas no caso concreto.

Assim, a postura metodológica mais adequada é aquela que — sem perder de vista as peculiaridades de cada etapa ou dos segmentos de que a operação se compõe — visualiza o conjunto assim formado e busca determinar o enquadramento que este, globalmente considerado, deve ter perante o ordenamento tributário brasileiro.

Vale dizer, ao invés de analisar cada fotografia (etapa) é importante analisar o filme (conjunto delas). Mais do que um evento (etapa) é importante interpretar a estória (conjunto). (...).

XV1.10. Ágio de si Mesmo

Por vezes, quando **uma pessoa adquire determinada participação societária** o faz com ágio, pois o valor da aquisição é superior ao respectivo valor de patrimônio líquido.

Ocorre que, num momento posterior à aquisição, por vezes sucede de ser feita uma incorporação às avessas que gera uma situação curiosa em relação ao ágio na aquisição da participação societária. Com efeito, o ágio tem por objeto uma participação societária de titularidade da controladora, que representa fração do capital da pessoa jurídica controlada à qual ele se reporta. Na medida em que a controlada incorpora a controladora, desaparece o sujeito jurídico titular da participação societária. Assim, caso preservado, o montante do ágio passaria a estar dentro da incorporadora (antiga controlada), possuindo como origem um elemento que agora integra a própria incorporadora. Seria um 'ágio de si mesmo', o que sugere uma preocupação quando se analisa caso concreto que apresente este feitio." (Grifei e sublinhei).

Nenhuma dúvida, portanto, de que se trata de estratégia de planejamento tributário, com a agravante de que, no exemplo de Marco Aurélio Greco, existe de fato o ágio, pago por alguém que adquiriu de outrem determinada participação societária, o que não acontece neste caso concreto, onde o ágio foi simplesmente estipulado pelos proprietários do empreendimento. A própria impugnação, ao apegar-se apenas aos aspectos formais da operação, deixa inequívoco, que se trata apenas de planejamento fiscal. Ocorre, entretanto, que o aspecto formal não é o ponto relevante para o deslinde da questão.

A decisão recorrida também se reporta às manifestações da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, a respeito de operações desta espécie:

Dada a sua absoluta pertinência com o caso sob exame, clama por ser referido o OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP nº 01/2007 de 14/02/2007, da Comissão de Valores Mobiliários.

"20.1.7 "Ágio" gerado em operações internas

A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de "ágio".

Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.

Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo econômico.

Em nosso entendimento ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial supera o valor patrimonial desse investimento. E mais preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim não há do ponto de vista econômico geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.

Não é concebível, econômica e contabilmente o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda

que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conchedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como "arm's length".

Portanto é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade." (*Sublinhei. Os grifos constam do original*).

É relevante destacar o teor da introdução do aludido OFICIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, verbis:

"A CVM vem, ao longo dos anos da sua atuação, buscando aperfeiçoar e manter atualizado o seu arcabouço normativo contábil, sempre com a participação de segmentos interessados do mercado ou da profissão contábil. Cumpre destacar a importante colaboração recebida da Comissão Consultiva de Normas Contábeis da CVM, que conta com representantes da ABRASCA, APIMEC, CFC, IBRACOIV, FIPECAFI/USP e colaboradores especialmente nomeados pela CVM, além dos professores Ariovaldo dos Santos (USP), José Augusto Marques (UFRJ) e Natan Szuster (UFRJ) e, agora, do Comitê de Pronunciamentos Contábeis - CPC, recentemente instalado". (*Grifei*).

Como se vê, ao emitir tal juízo de valor, a Comissão de Valores Mobiliários contou com o respaldo da ABRASCA, APIMEC, CFC, IBRACON e FIPECAF/USP, ou seja, de todas as entidades representativas da classe contábil.

Também é de se acrescentar que a circunstância de o Ofício-Circular ter sido emitido somente no ano de 2007— posteriormente, portanto, às reorganizações societárias aqui apreciadas — não significa que os fatos ocorridos antes de sua edição sejam legais ou que possuam substância econômica. O procedimento não passou a ser mais escandaloso e/ou antiético do que era antes da edição do Ofício-circular. A única alteração foi que a CVM, respaldada pelas entidades encarregadas de 'pensar' as normas contábeis, proferiu uma condenação pública acerca do abuso que antes já era digno de reproche.

De fato, como demonstrado na autuação, e detalhado na decisão recorrida, não houve efetiva aquisição de participação societária. Não há terceiros envolvidos e a titularidade da participação societária apenas transitou entre os próprios sócios, de forma a ter seu valor alterado nestas operações, e assim gerar, internamente, um ágio cuja amortização reduziu o lucro real e a base de cálculo da CSLL de dezembro/2004 a dezembro/2006.

Não se deve dar valor, portanto, ao discurso da recorrente acerca da necessidade econômica de configuração do ágio *para a aquisição ou reorganização*, na medida em que, por tudo acima exposto, existe sim *lesão ao patrimônio público*, bem como ofensa ao que previsto nas *normas contábeis e nos princípios contábeis geralmente aceitos*.

No mesmo sentido são as conclusões do I. Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães ao analisar caso semelhante, expressas no Acórdão nº 1301-00.058 e acolhidas por unanimidade pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara desta 1ª Seção de Julgamento, em sessão de 13 de maio de 2009:

O que se observa é que os administradores da Recorrente e de outras empresas a ela ligadas, em um prazo de cinco dias, tomando por base uma avaliação discutível

do seu patrimônio, aproveitaram-se de uma reorganização societária para fazer surgir uma despesa vultosa, classificada como ÁGIO, e, a partir daí, reduzir o lucro tributável.

O planejamento tributário engendrado pela Recorrente, que ao menos no que tange aos seus efeitos fiscais revela o lado perverso das práticas adotadas sob esse manto, representou, em síntese, a criação de uma despesa que tem por base a própria mais valia do seu patrimônio, isto é, a contribuinte, a partir de uma avaliação encomendada por ela própria, fez refletir no seu ativo os resultados de uma suposta rentabilidade futura e, por meio de uma reorganização societária, sem despender um único centavo, transformou essa mais valia em uma despesa.

Como salientado pela autoridade fiscal, o ágio objeto de amortização por parte da Recorrente, na forma como foi criado, representa a sua própria expectativa de lucro, nascida em decorrência da avaliação solicitada à empresa ERNST & YOUNG.

O que salta aos olhos é que, como bem ressaltou a autoridade fiscal, a intenção da Recorrente foi, paralelamente aos interesses estritamente societários, forjar a existência de um ágio para, a partir da consequente redução da incidência tributária, propiciar ganhos para os seus acionistas.

Note-se que a autoridade fiscal, ainda que tenha tratado o ágio apropriado como fruto de artificialismo, não questionou os motivos alegados pela Recorrente para promover as operações aqui tratadas, ou seja, diferentemente do arguido por ela, não se imiscuiu em seus negócios, declarando-os ilegais ou ilegítimos. Apenas e tão-somente demonstrou que os efeitos fiscais buscados pela empresa, a luz da legislação do imposto de renda, não poderiam ser admitidos.

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

Em consequência, se não há ágio resultante de aquisição de participação societária, nenhum efeito opera sobre a exigência o fato de sua contrapartida, no patrimônio dos sócios da autuada, ser o reconhecimento de um ganho de capital, segundo as disposições da Lei nº 10.637/2002, a seguir transcritas:

Art. 36. Não será computada, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da pessoa jurídica, a parcela correspondente à diferença entre o valor de integralização de capital, resultante da incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica que efetuar a subscrição e integralização, e o valor dessa participação societária registrado na escrituração contábil desta mesma pessoa jurídica. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º O valor da diferença apurada será controlado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e somente deverá ser computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido: (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - na alienação, liquidação ou baixa, a qualquer título, da participação subscrita, proporcionalmente ao montante realizado; (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - proporcionalmente ao valor realizado, no período de apuração em que a pessoa jurídica para a qual a participação societária tenha sido transferida realizar o valor dessa participação, por alienação, liquidação, conferência de capital em outra pessoa jurídica, ou baixa a qualquer título. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 2º Não será considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação, observadas as condições do § 1º. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

Cogita-se, neste dispositivo, de uma mais valia entre o valor patrimonial da participação societária detida por uma pessoa jurídica e o valor patrimonial do bem que a substitui, qual seja, a participação em outra sociedade, cujo capital foi integralizado com a transferência da participação societária inicialmente detida. A tributação deste ganho foi deferida para o momento de realização da participação subscrita ou da realização da antiga participação societária pela nova titular, excetuada como hipótese de realização a transferência da participação em razão de fusão, cisão ou incorporação.

É certo que, no caso presente, para promover internamente a valorização do investimento, verificou-se a hipótese citada no *caput* do art. 36: as empresas *Bordin Administração e Incorporações Ltda*, *Pine Participações Ltda* e *Gralha Azul Participações Ltda* aumentaram o capital de Marumbi Investimentos e Participações Ltda, no valor de R\$ 71.043.000,00, mediante a entrega de participação societária detida na Barigui Veículos, cujo valor patrimonial representava R\$ 14.000.000,00. Ou seja, no patrimônio de *Bordin Administração e Incorporações Ltda*, *Pine Participações Ltda* e *Gralha Azul Participações Ltda* houve um acréscimo patrimonial total de R\$ 57.043.000,00 na troca da participação societária detida na Barigui Veículos pela participação societária em Marumbi Investimentos e Participações Ltda.

Porém, em contrapartida, aquela participação societária integrou o ativo da Marumbi Investimentos e Participações Ltda por um valor superior ao patrimônio líquido da Barigui Veículos, classificando-se a diferença de R\$ 57.043.000,00 como ágio, muito embora os titulares destas ações continuassem sendo os mesmos proprietários iniciais, mas agora de forma indireta.

Ao final, com a cisão da Marumbi Investimentos e Participações Ltda e versão do *ativo circulante, ativo imobilizado, investimento com ágio na Barigüi e passivo circulante, no valor total de R\$ 34.685.009,70*, reduzidos pelo valor do investimento e a importância líquida de R\$ 20.149.108,26, em favor da Barigui Veículos, o aumento de capital correspondente aproveita aos sócios iniciais desta empresa, sem que os percentuais de participação societária deles sejam alterados, em relação àqueles anteriores às operações mencionadas.

No entanto, o denominado *ágio na Barigui* passou a compor o patrimônio desta empresa, e ensejar as amortizações aqui glosadas. De outro lado, verifica-se o deferimento da tributação da valorização registrada no patrimônio de *Bordin Administração e Incorporações Ltda*, *Pine Participações Ltda* e *Gralha Azul Participações Ltda*, na medida em que a transferência da participação societária, em razão da versão de patrimônio decorrente da cisão promovida na Marumbi Investimentos e Participações Ltda, não caracteriza hipótese de realização na forma do art. 36, §2º da Lei nº 10.637/2002.

Tal acréscimo patrimonial não guarda qualquer semelhança com o ágio previsto no art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77. Como dito, a valorização não restou caracterizada em uma efetiva operação de aquisição de investimentos e, ainda que fundamentado em rentabilidade futura, o diferencial assim apurado não é passível

amortização dedutível, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97, mesmo depois da cisão da investidora, e versão do patrimônio em favor da investida.

Irrelevante, assim, a defesa em favor da avaliação procedida pela empresa Deloitte Touche Tohmatsu em 30/09/2004 (R\$ 71.043.000,00 com base no "justo valor de mercado", pela metodologia do "Fluxo de Caixa Descontado", considerando o valor de rentabilidade com base em previsão dos resultados de exercícios futuros), com vistas a evidenciar o acerto legal da reorganização da apuração dos seus resultados e seu registro adequado no Livro de Apuração do Lucro Real das empresas participantes da reorganização. Ainda que se possa admitir como conservador o laudo aprovado e adotado na reorganização societária, o fato é que a projeção dos lucros nele contida não se prestou à apuração de ágio, mas sim de mera reavaliação interna do investimento.

Do disposto no art. 36 da Lei nº 10.637/2002 infere-se que o legislador instituiu ali um benefício na tributação do ganho auferido na transferência de participação societária por valor superior ao patrimonial, na medida em que, verificando-se esta transferência em sede de integralização de capital de outra sociedade, aquela participação pertenceria ao mesmo titular que inicialmente a detinha, mas agora de forma indireta. Diferiu, assim, sua tributação para momento futuro, no qual esta participação indireta deixasse de existir.

E, se esta transferência se dá sem a participação de terceiros, ou seja, de forma que a titularidade da participação societária, ao final, permaneça com as mesmas pessoas que inicialmente as detinham, há, tão só, reavaliação do investimento, e não ágio por expectativa de rentabilidade futura.

Neste sentido, inclusive, são as lições de Hiromi Higuchi *et alli*, em sua obra *Imposto de Renda das Empresas – Interpretação e prática* (Editora IR Publicações, 29ª edição, p. 360) ao tratar da reavaliação de participações societárias:

O art. 438 do RIR/99 dispõe que será computado na determinação do lucro real o aumento de valor resultante de reavaliação de participação societária que o contribuinte avaliar pelo valor de patrimônio líquido, ainda que a contra partida do aumento do valor do investimento constitua reserva de reavaliação.

Se a pessoa jurídica reavaliar investimento avaliado pela equivalência patrimonial não poderá diferir a tributação da contrapartida. O diferimento da tributação só é possível na reavaliação de participação societária avaliado pelo custo de aquisição. Neste caso, após a reavaliação se o investimento passar a ser avaliado pela equivalência patrimonial, o diferimento cessará.

A Receita Federal teve a infelicidade de incluir o art. 39 da MP nº 66, de 29-08-2002, convertido no art. 36 da Lei nº 10.637, de 30-12-2002, dispondo:

[...]

A aplicação daquele artigo dá ensejo a planejamento tributário para aumentar o patrimônio líquido nas duas empresas, para cálculo de juros sobre o capital próprio. A empresa A que tem investimento na empresa B transfere o investimento como integralização de capital na empresa C, por valor bem superior ao contábil. A empresa A escritura a contrapartida da mais valia no resultado mas faz exclusão na determinação do lucro real e base de cálculo da CSLL, aumentando o patrimônio líquido com diferimento da tributação. A empresa C também aumentou o seu patrimônio líquido sem tributação.

A única forma de a Receita Federal corrigir a infelicidade é, por ato normativo, dizer que o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 é aplicável somente para os investimentos avaliados pelo custo de aquisição. Isso porque, para os investimentos avaliados pela equivalência patrimonial existe a vedação do art. 438 do RIR/99, que por ser lei específica não foi revogado.

Correto, portanto, o entendimento da autoridade lançadora que se reportou ao art. 36 da Lei nº 10.637/2002 como hipótese de reavaliação de participações societárias e não de ganho em razão da alienação destas participações.

Claro está, no cenário exposto, que a mencionada *alienação* das quotas da autuada mediante integralização de capital na Marumbi Investimentos e Participações teve seus efeitos anulados pela posterior cisão desta, com versão de patrimônio em favor da autuada. Logo, a invocada aplicação dos conceitos de incorporação e cisão presentes na Lei nº 6.404/76, bem como das regras de sucessão nos direitos e obrigações da incorporada/cindida, em razão da alegada *a emissão das quotas da autuada em favor de suas sócias*, somente tem lugar se as operações forem analisadas isoladamente, desconsiderando-se o efeito final com elas obtidos, após os eventos subsequentes.

Imprópria, assim, a pretensão da recorrente de se *valer de toda a sistemática do artigo 7º, em sua plenitude*, bem como inócuas são as referências à observância, pela autuada, do limite máximo de amortização do ágio previsto na Instrução CVM nº 247. E, pelas mesmas razões, é desnecessário discutir os efeitos ou os motivos da revogação, em 2005, do art. 36 da Lei nº 10.637/2002, se ele em nada altera a inexistência de ágio formado nas operações societárias realizadas.

Veja-se que a própria recorrente afirma que o objetivo da operação era a *otimização de seu patrimônio com vistas a duas possibilidades de venda da empresa que se apresentavam potencialmente realizáveis*. Ou seja, decidiram os sócios adequar o valor do patrimônio líquido da empresa e assim antecipar os efeitos que a sua posterior alienação a terceiros traria a estes: a contabilização de ágio na aquisição de investimentos, cuja amortização seria dedutível do lucro real e da base de cálculo da CSLL, em caso de futura extinção da investidora por incorporação, fusão ou cisão.

Ao reavaliar o investimento por meio destas operações, e considerando o deferimento estabelecido pelo art. 36 da Lei nº 10.637/2002, as investidoras sujeitaram-se ao mesmo encargo tributário que experimentariam em caso de alienação a terceiros – dado que a valorização registrada nestas operações somente será oferecida à tributação em caso de transferência da participação societária a terceiros –, mas já anteciparam a dedução de amortizações previstas apenas em favor do adquirente, e, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, somente quando verificada a hipótese do art. 7º, inciso III da Lei nº 9.532/97.

Embora semelhantes, porque fundamentadas em rentabilidade futura do investimento, o efeito da sua valorização em ambas as hipóteses é tratado de forma distinta no âmbito tributário: a mais-valia verificada na aquisição, por terceiro, do investimento, é conceitualmente determinada ágio e passível de amortização se cumpridas as demais determinações legais; a mais-valia internamente apropriada, por decisão dos próprios investidores, é mera reavaliação de investimento, cuja contrapartida em resultado não se justifica se o investimento continua a existir depois de transitar por empresas do mesmo grupo e retornar aos sócios iniciais.

Por estas razões, são irrelevantes os argumentos apresentados pela recorrente no sentido da validade do laudo que reflete a expectativa de rentabilidade futura, bem como mostra-se desnecessária a análise do *acerto de sua expressão econômica*. Como bem concluiu a decisão recorrida, ainda que lastreada em laudo técnico, a reavaliação foi estipulada pelos proprietários do empreendimento, na medida em que não há terceiros envolvidos.

Da mesma forma, a aceitação do registro das operações societárias apenas revela a regularidade formal para sua transcrição nos assentamentos do Registro do Comércio, e somente se presta a confirmar que as pessoas jurídicas e naturais envolvidas eram as mesmas que, desde o início, detinham a participação societária valorizada.

A diferenciação assim estabelecida também demonstra que correta estava a Fiscalização ao desconsiderar os resultados registrados pelas demais pessoas jurídicas envolvidas na operação. Os ganhos de capital ali registrados não decorreram da aquisição de investimento com ágio, mas sim da reavaliação interna do investimento inicialmente detido, e, demais disto, sequer foram oferecidos à tributação, justamente em razão do diferimento estabelecido pelo art. 36 da Lei nº 10.637/2002, expressamente reconhecido pela recorrente em sua defesa.

Desnecessária, assim, a diligência cogitada pela recorrente, com vistas a confirmar o procedimento das empresas *Bordin Administração e Incorporações Ltda, Pine Participações Ltda e Gralha Azul Participações Ltda*, no sentido de *manterem na parte B do Lalur os valores mencionados no parágrafo 1º do artigo 36*.

Acrescente-se, apenas, que este fato está ligado à alegação de *tributação em dobro relativamente ao IRPJ e à CSLL porquanto o ganho de capital está sendo controlado na parte B do Lalur das empresas Bordin Administração e Incorporações Ltda, Pine Participações Ltda e Gralha Azul Participações Ltda e, tão logo ocorram os eventos que caracterizarem a realização das participações societárias estarão elas recolhendo o IRPJ e a CSLL devida*. Contudo, laborou em equívoco a recorrente ao construir esta argumentação de forma simplista.

O presente lançamento nada mais fez do que recompor a riqueza tributável nos períodos autuados, desconsiderando os efeitos de uma operação interna que se prestou, justamente, a anular parte da rentabilidade futura que integraria o patrimônio líquido da contribuinte, constituindo-a como ágio amortizável. De outro lado aquele grupo patrimonial foi resguardado do antecipado acréscimo correspondente à rentabilidade futura, em razão da PMIPL – Provisão p/ Manutenção da Integridade do Patrimônio Líquido, cuja constituição foi assim concebida no art. 6º da Instrução CVM nº 319/99, com a nova redação dada pelo art. 1º da Instrução CVM nº 349/2001:

DO TRATAMENTO CONTÁBIL DO ÁGIO E DO DESÁGIO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Em consequência deste procedimento, ao final da amortização contábil do alegado ágio, o acréscimo no patrimônio líquido seria representado pelos lucros efetivamente auferidos e, também, pela economia tributária pretendida com a operação. Assim, não se tratando de ágio, como antes exposto, ao provisionar os tributos aqui lançados, a contribuinte anularia aquele efeito residual impropriamente presente em seu patrimônio líquido.

De outro lado, em caso de efetiva alienação das quotas da empresa autuada, ausente alteração na distribuição da participação societária entre os sócios, o investimento se apresentaria no patrimônio destes em valor majorado pela reavaliação, reduzindo o ganho de capital efetivamente auferido, a ser recomposto pela realização dos valores diferidos na operação realizada.

Logo, a exigência em debate constitui os tributos incidentes sobre a renda efetivamente auferida pela Barigui Veículos Ltda, e distorcida pela amortização do alegado ágio, e por si só não inibe a tributação do ganho de capital que possa vir a ser auferido pelos sócios em alienação do investimento a terceiros. Eventualmente outras ocorrências societárias poderiam ter este efeito, mas este não é o espaço para discuti-las em tese e, assim, avaliar se haveria mera *postergação no recolhimento do IRPJ e CSLL* caso a tributação do ganho de capital viesse a se efetivar em momento futuro, cuja ocorrência a própria reconhece não poder prever.

O lucro real e a base de cálculo da CSLL foram indevidamente reduzidos nos períodos autuados, e até o momento da autuação nenhuma outra incidência se materializou de forma a reduzir o prejuízo do Fisco com a operação em debate. Impróprio, assim, afirmar que *até o presente momento a única vantagem mensurável são os eventuais juros apropriáveis entre as amortizações do ágio e o tempo em que ocorrerá a realização dos investimentos*, se este evento futuro era e é incerto.

Logo, não há dupla tributação, ou erro na identificação do sujeito passivo, mostrando-se correta a exigência, como formalizada, além de inaplicáveis as disposições do art. 112, inciso II do CTN.

Acrescente-se, com referência à *PMIPL – Provisão p/ Manutenção da Integridade do Patrimônio Líquido*, que o procedimento fiscal demonstrou sua neutralidade em relação à apuração do lucro real, evidenciando, assim, a desnecessidade de qualquer ajuste em razão da citada observância à Instrução CVM nº 319/99, alterada pela Instrução CVM nº 349/2001.

Por fim, ante todo o exposto, resta evidente que não se discute, aqui, *desconsideração de ato jurídico, simulação ou negócio jurídico indireto*. Apenas divergiu o Fisco da conceituação contábil adotada pela autuada para registrar a valorização patrimonial atribuída por suas investidoras, no que foi corroborado pela autoridade julgadora.

Ao assim proceder, não se está a *introduzir a interpretação econômica*, mas sim a respeitar conceitos expressos na lei para definição do lucro líquido contábil, ponto de partida para apuração da riqueza tributável pelo IRPJ e pela CSLL. Por consequência, atendido está o princípio da tipicidade cerrada.

Relevante destacar que operações desta espécie decorreram, em regra, da edição do art. 36 da Lei nº 10.637/2002, que induziu as empresas a entenderem que seria ágio o reverso da reavaliação da participação societária procedida dentro de um mesmo grupo de empresa. Todavia, as expressões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema direcionaram-se em sentido contrário, culminando, em 2007, na citada manifestação da CVM, que acolheu as considerações do *mercado e da profissão contábil* no sentido de definir que não se tratava de ágio o diferencial formado na entrega da participação societária para integralização em capital de empresa do mesmo grupo.

Ressalte-se, inclusive, que a própria CVM reconheceu, no referido Ofício, que embora *essas operações atendam integralmente os requisitos societários do ponto de vista econômico-contábil*, a interpretação de que ali se forma um ágio não pode ser admitida econômica e contabilmente, o que impede o seu *registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade*.

Assim, quando a autoridade fiscal se vê frente a operações societárias formalizadas neste contexto, e inclusive sem qualquer vício em sua formalização, é admissível que não vislumbre, ali, uma simulação, mas sim uma interpretação equivocada acerca da formação do ágio, e mediante lançamento imponha, desta forma, o seu entendimento de que outra é a natureza daquele valor, a impedir a sua amortização contábil com efeitos na apuração do lucro real e da base de cálculo negativa da CSLL.

Registre-se, por oportuno, que inexistindo dispositivo legal vedando expressamente deduções desta espécie, o enquadramento legal da exigência é exatamente

aquele adotado no lançamento, qual seja, o art. 249, inciso I do RIR/99 que determina a adição, ao lucro líquido, das despesas cuja dedutibilidade não é admitida no Regulamento; combinado com o art. 251 do RIR/99 que determina a observância das leis comerciais e fiscais na escrituração base do lucro real, e assim implicitamente já veda a classificação, como ágio, do valor contabilizado pela empresa fiscalizada; e com o art. 299 do RIR/99 que especifica as despesas consideradas operacionais, excluindo aquelas que não forem *pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa*, ou que não forem *usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa*.

Pode-se até vislumbrar que a autoridade julgadora de 1^a instância acrescentou algumas referências quanto à necessidade de se observar a essência dos negócios jurídicos, especialmente ao mencionar *palestra de ex-Conselheiro*. Todavia, nenhuma irregularidade há neste arrazoado, na medida em que a essência do lançamento foi regularmente debatida naquela instância, mostrando-se suficiente para a manutenção da exigência aqui formalizada.

Veja-se também que os tributos foram exigidos com o acréscimo de multa de ofício no percentual de 75%, o que afasta a cogitação de *suspeita de fraude*. Eventualmente a autoridade julgadora de 1^a instância pode ter vislumbrado a possibilidade de se imputar à autuada a ocorrência de simulação ou de planejamento tributário abusivo, o que autorizaria a exigência dos tributos com multa de ofício qualificada em 150%, mas como assim não entendeu a autoridade lançadora, estes aspectos estão fora do escopo deste julgamento.

Da mesma forma, não cogitou a autoridade lançadora que *os sócios da recorrente manipularam ilegalmente as alterações societárias de forma a convolarem os efeitos jurídicos em ganhos patrimoniais que produziram a omissão no recolhimento de tributos*. Firmou-se, apenas, que o lucro real e a base de cálculo da CSLL foram reduzidos por despesas indedutíveis, e neste caso é a pessoa jurídica que auferiu a riqueza não tributada que se sujeita à autuação, inexistindo motivo para *ser imputada a responsabilidade* pela evasão ou elisão de tributos às sócias da autuada.

Acrescente-se que tributar o *ganho apurado e contabilizado pelos sócios da recorrente*, como pretendido em seu recurso, não legitimaria como ágio o efeito decorrente da reavaliação do investimento por aqueles sócios, e assim não tornaria dedutíveis as amortizações aqui glosadas. Assim, também por este ângulo de visão, não há que se falar, aqui, de nulidade do lançamento por erro de identificação do sujeito passivo.

Por fim, quanto aos juros de mora incidentes sobre a multa de ofício, adotam-se as razões de decidir da I. Conselheira Viviane Vidal Wagner, expressas em voto vencedor em julgamento proferido em 11/03/2010 na Câmara Superior de Recursos Fiscais, formalizado no Acórdão nº 9101-00.539:

Com a devida vénia, uso discordar do ilustre relator no tocante à questão da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

De fato, como bem destacado pelo relator, - o crédito tributário, nos termos do art. 139 do CTN, comporta tanto o tributo quanto a penalidade pecuniária.

Em razão dessa constatação, ao meu ver, outra deve ser a conclusão sobre a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

Uma interpretação literal e restritiva do caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96, que regula os acréscimos moratórios sobre débitos decorrentes de tributos e

contribuições, pode levar à equivocada conclusão de que estaria excluída desses débitos a multa de ofício.

Contudo, uma norma não deve ser interpretada isoladamente, especialmente dentro do sistema tributário nacional.

No dizer do jurista Juarez Freitas (2002, p.70), "interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do direito."

Merece transcrição a continuidade do seu raciocínio:

"Não se deve considerar a interpretação sistemática como simples instrumento de interpretação jurídica. É a interpretação sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que ou se compreendem os enunciados prescritivos nos plexos dos demais enunciados ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta medida, mister afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação." (*A interpretação sistemática do direito*, 3.ed. São Paulo:Malheiros, 2002, p. 74).

Dai, por certo, decorrerá uma conclusão lógica, já que interpretar sistematicamente implica excluir qualquer solução interpretativa que resulte logicamente contraditória com alguma norma do sistema.

O art. 161 do CTN não distingue a natureza do crédito tributário sobre o qual deve incidir os juros de mora, ao dispor que o crédito tributário não pago integralmente no seu - vencimento é acrescido de juros de mora, independentemente dos motivos do inadimplemento.

Nesse sentido, no sistema tributário nacional, a definição de crédito tributário há de ser uniforme.

De acordo com a definição de Hugo de Brito Machado (2009, p.172), o crédito tributário "é o vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir do particular, o contribuinte ou responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional)."

Converte-se em crédito tributário a obrigação principal referente à multa de ofício a partir do lançamento, consoante previsão do art. 113, §1º, do CTN:

"Art. 113 A obrigação tributária é principal ou acessória

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito tributário dela decorrente.

A obrigação tributária principal surge, assim, com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, o que inclui a multa de ofício proporcional.

A multa de ofício é prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, e é exigida "juntamente com o imposto, quando não houver sido anteriormente pago" (§1º).

Assim, no momento do lançamento, ao tributo agraga-se a multa de ofício, tornando-se ambos obrigação de natureza pecuniária, ou seja, principal.

A penalidade pecuniária, representada no presente caso pela multa de ofício, tem natureza punitiva, incidindo sobre o montante não pago do tributo devido, constatado após ação fiscalizatória do Estado.

Os juros moratórios, por sua vez, não se tratam de penalidade e têm natureza indenizatória, ao compensarem o atraso na entrada dos recursos que seriam de direito da União.

A própria lei em comento traz expressa regra sobre a incidência de juros sobre a multa isolada.

Eventual alegação de incompatibilidade entre os institutos é de ser afastada pela previsão contida na própria Lei nº 9.430/96 quanto à incidência de juros de mora sobre a multa exigida isoladamente. O parágrafo único do art. 43 da Lei nº 9.430/96 estabeleceu expressamente que sobre o crédito tributário constituído na forma do caput incidem juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

O art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, ao se referir a débitos decorrentes de - tributos e contribuições, alcança os débitos em geral relacionados com esses tributos e contribuições e não apenas os relativos ao principal, entendimento, dizia então, reforçado pelo fato de o art. 43 da mesma lei prescrever expressamente a incidência de juros sobre a multa exigida isoladamente.

Nesse sentido, o disposto no §3º do art. 950 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/99) exclui a equivocada interpretação de que a multa de mora prevista no caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96 poderia ser aplicada concomitantemente com a multa de ofício.

Art. 950. Os débitos não pagos nos prazos previstos na legislação específica serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento por dia de atraso (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61).

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo 13 - previsto para o pagamento do imposto até o dia em que ocorrer o seu pagamento (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, § 1º).

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, § 2º).

§ 3º A multa de mora prevista neste artigo não será aplicada quando o valor do imposto já tenha servido de base para a aplicação da multa decorrente de lançamento de ofício.

A partir do trigésimo primeiro dia do lançamento, caso não pago, o montante do crédito tributário constituído pelo tributo mais a multa de ofício passa a ser acrescido dos juros de mora devidos em razão do atraso da entrada dos recursos nos cofres da União.

No mesmo sentido já se manifestou este E. colegiado quando do julgamento do Acórdão nº CSRF/04-00.651, julgado em 18/09/2007, com a seguinte ementa:

JUROS DE MORA — MULTA DE OFÍCIO — OBRIGAÇÃO PRINCIPAL — A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

Nesse sentido, ainda, a Súmula Carf nº 5: "São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral."

Diante da previsão contida no parágrafo único do art. 161 do CTN, busca-se na legislação ordinária a norma complementar que preveja a correção dos débitos para com a União.

Para esse fim, a partir de abril de 1995, tem-se a taxa Selic, instituída pela Lei nº 9.065, de 1995.

A jurisprudência é forte no sentido da aplicação da taxa de juros Selic na cobrança do crédito tributário, como se vê no exemplo abaixo:

REsp 1098052 / SP RECURSO ESPECIAL 2008/0239572-8

Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125)

Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento 04/12/2008

Data da Publicação/Fonte DJe 19/12/2008

Ementa PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. LANÇAMENTO. DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

1. É infundada a alegação de nulidade por maltrato ao art. 535 do Código de Processo Civil, quanto o recorrente busca tão-somente rediscutir as razões do julgado.

2. Em se tratando de tributos lançados por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte e na falta de pagamento da exação no vencimento, a inscrição em dívida ativa independe de procedimento administrativo.

3. É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos créditos tributários (Precedentes: AgRg nos EREsp 579.565/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 11.09.06 e AgRg nos EREsp 831.564/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 12.02.07). (g.n)

No âmbito administrativo, a incidência da taxa de juros Selic sobre os débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal foi pacificada com a edição da Súmula CARF nº 4, nos seguintes termos:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Diante do exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso do contribuinte e DAR PROVIMENTO ao recurso da Fazenda Nacional para considerar aplicável a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, devidos à taxa Selic.

Diante do exposto, o presente voto é no sentido de REJEITAR a arguição de nulidade da decisão recorrida e NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.


EDELEI PEREIRA BESSA – Relatora

Declaração de Voto

Conselheiro CARLOS EDUARDO DE ALMEIDA GUERREIRO.

Existe na presente lide uma característica bastante significativa que é a circunstância de que o Fisco e o contribuinte concordarem integralmente quanto aos eventos ocorridos. No entanto, como fica patente no relatório apresentado pela I. Conselheira e nos autos, embora as partes concordem quanto aos eventos, discordam dos efeitos tributários desses eventos ou, dito de outro modo, das consequências jurídicas desses eventos.

De um lado o contribuinte entende que os atos praticados resultam em um ágio passível de amortização e que atuou licitamente para reduzir a carga tributária. De outro lado, o Fisco entende que não existe este ágio e que, portanto, sua amortização deve ser considerada uma despesa desnecessária.

Abstraindo-se da contradição interna da tese sustentada pelo Fisco (afirmar que o ágio não existe, para considerá-lo uma despesa desnecessária), o que por si só implica na nulidade da autuação, até por cerceamento de defesa, fica evidente que o litígio decorre de desacordo quanto ao direito aplicável ao caso. Assim, para o deslinde da questão, é preciso determinar as regras jurídicas às quais os eventos ocorridos se submetem.

Porém, imbricado com esta questão, existe um outro aspecto que deve ser analisado, pois é relevante para aquilatar a validade da autuação, no que tange a clareza ou obscuridade com que a acusação foi feita e na decorrente a possibilidade ou impossibilidade de defesa. Trata-se de analisar, além da contradição interna da tese do Fisco, a forma pela qual o fiscal autuante, partindo dos fatos constatados, explica e fundamenta sua conclusão de que o ágio inexiste e/ou que sua amortização é desnecessária.

Por essas razões, cabe iniciar a análise pelo auto de infração.

Observando-se a descrição dos fatos constante do auto de infração, os eventos constatados pela fiscalização são os seguintes: 1º) as empresas que possuem as quotas da Barigui criam uma outra empresa chamada Marumbi; 2º) a Deloitte Touche Tohmatsu faz uma avaliação econômico-financeira da Barigui, entendendo que o justo valor de mercado das quotas da Barigui é de R\$ 71.043.000,00; 3º) as empresas quotistas da Barigui integralizam aumento de capital na Marumbi com suas quotas da Barigui e, em consequência, o ativo permanente da Marumbi passa a registrar na conta “*investimento Barigui Ltda*” o montante de R\$ 14.000.000,00 e na conta “*ágio investimento Barigui Ltda*” o montante de R\$ 57.043.000,00; 4º) é feita cisão total da Marumbi e incorporação de parte dela pela Barigui, implicando na transferência do ágio para o ativo da Barigui; 5º) é feita a amortização do ágio (considerando a redução decorrente da provisão do PL) a razão de 1/60, levada a resultado na Barigui.

Os fatos constatados são estes e é a partir deles que a fiscalização conclui que o ágio é inexistente e que sua amortização deve ser tratada como uma despesa desnecessária. No entanto, é preciso considerar que não há regra jurídica que determine a inexistência de ágio surgido em tais circunstâncias, muito menos que determine a não necessidade de sua

amortização. Assim, é preciso que o fiscal explique como que, a partir dos fatos descritos, chegou a conclusão da inexistência do ágio e/ou da não necessidade de sua amortização.

Ou seja, como não existe presunção legal que sustente a inferência feita pelo fiscal, é preciso que ele demonstre e explique com clareza porque o ágio inexiste e/ou porque sua amortização deve ser considerada não necessária. Sem isso, não é possível ao Fisco simplesmente dizer que aos fatos se aplicam os arts. 249, inciso I, 251, parágrafo único, 299 e 300 do RIR/1999 e pretender estarem presentes no auto de infração a descrição dos fatos e a base legal.

Mas, de fato, o fiscal tenta explicar suas conclusões.

Conforme os autos, o fiscal procura justificar e fundamentar sua conclusão dizendo que o ágio foi criado artificialmente e que foi feita uma incorporação às avessas (controlada incorporar a controladora).

No entanto, cabe notar que a primeira afirmação (ágio ser criado artificialmente) precisa ter seu significado esclarecido e precisa ser demonstrada, sem o que se torna vazia de conteúdo e mera alegação que não conduz a conclusão da inexistência do ágio. Também, é preciso destacar que a segunda afirmação (ter sido feita uma incorporação às avessas) é mera constatação dos fatos e, ao contrário de ter o condão de tornar o ágio inexistente ou sua amortização desnecessária, é situação prevista em lei, inclusive, para fins de transferência e amortização de ágio.

Dessarte, por cautela, cabe examinar a forma pela qual a autoridade fiscal fundamenta suas conclusões, na sua literalidade. Essas afirmações (de que o ágio foi criado artificialmente e de que foi feita uma incorporação às avessas) constam do termo de verificação fiscal do seguinte modo:

"Em verdade, o que se observa é uma sucessão de negócios com empresas do mesmo grupo que originou ágio, criado artificialmente por intermédio da constituição de sociedades que surgem e são extintas em curto lapso temporal, ou pela utilização de sociedades de participação."

De fato, o que efetivamente ocorreu com a incorporação da Marumbi pela Barigui, foi a incorporação às avessas, a primeira que era controladora foi incorporada pela segunda que era controlada."

O texto transscrito mostra que o fiscal, a par de não fundamentar suas conclusões, manifestou-se de modo confuso, tornando quase impossível compreender qual é o fundamento da acusação que dá margem a autuação. Com isso o auto de infração deixa de atender aos requisitos estabelecidos no art. 10 do Decreto 70.325, de 1972, e causa irreparável prejuízo à defesa.

Observe-se que dizer que o "*ágio é criado artificialmente por meio de sociedades que surgem e são extintas em curto espaço temporal*" não diz absolutamente nada sobre o modo como o ágio surgiu, nem sobre o que o viciaria, e nem porque deveria ser considerado inexistente ou mesmo artificial. Tal afirmação apenas sugere que no entender do fiscal o "*surgimento e extinção de sociedades em um curto espaço temporal*" poderia de algum modo afetar o reconhecimento da existência do ágio.

Do mesmo modo, dizer que “*o que se observa é uma sucessão de negócios com empresas do mesmo grupo que originou ágio, criado artificialmente*”, além de sugerir erroneamente que o ágio surge em razão de diversos negócios, apenas faz supor que o vício vislumbrado pelo fiscal decorre das operações terem sido feitas entre empresas do mesmo grupo.

Também, não há qualquer informação útil na simples declaração de que “*o que efetivamente ocorreu foi a incorporação às avessas*”. Isso não diz absolutamente nada, e muito menos implica em tornar o ágio inexistente ou sua amortização desnecessária.

Ao contrário, a incorporação às avessas é permitida pela legislação fiscal, inclusive para fins de transferência, absorção e amortização de ágio, tal como determina os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, *in verbis* (grifos não são do original):

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;

...

§ 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.

...

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.

Portanto, neste ponto do relatório de verificação fiscal, que deveria ser nevrálgico e esclarecedor, não é explicado o que levou o fiscal a considerar o ágio inexistente e nem o que o motivou a considerar sua amortização desnecessária. Quando muito, pode-se imaginar que o fato do ágio surgir de operações de empresas do mesmo grupo, criadas e extintas em um curto lapso temporal, e/ou que o fato de ter havido uma incorporação reversa, seja(m) o(s) fundamento(s) do fiscal.

Deste modo, só por isso, a autuação precisa ser considerada nula, por cerceamento de defesa, já que não é informado ao contribuinte, sequer vagamente, qual é a razão para não admitir o ágio e sua amortização. Inclusive, se percebe na impugnação apresentada pelo contribuinte que o mesmo não comprehendeu (e nem poderia) qual era a razão de ser da acusação feita, pois ele se defende relatando exatamente os fatos descritos pelo fiscal.

É necessário notar que seria plenamente possível que fiscal fundamentasse suas conclusões de modo claro, a despeito de puderem ou não serem refutadas ou de estarem ou não corretas. Ou seja, era possível que a imputação fosse clara e objetiva, atendendo aos requisitos do art. 10 do Decreto 70.235, de 1972, sobrando apenas a discussão do mérito.

O fiscal poderia dizer com clareza, se de fato era assim que pensava, que não admitia a existência do ágio ou que considerava desnecessária sua amortização: 1º) porque o ágio surgiu na Marumbi em razão de uma integralização com quotas da Barigui, ao invés de surgir em razão de compra de compra das quotas desta por aquela; 2º) e/ou porque eram as mesmas pessoas que controlavam a Morumbi e a Barigui; 3º) e/ou porque o ágio foi transferido para a Barigui por meio de uma incorporação às avessas da Marumbi.

Inclusive, para a autuação ser clara, deveria constar se essas situações afetam a existência do ágio ou se afetam a necessidade da amortização. Também seria necessário indicar se essas situações afetam isoladamente ou em conjunto, quer a existência, quer a necessidade.

Mas, na forma como se apresenta o termo de verificação, nada disso fica claro e não é possível saber como se interligam as possíveis causas com as consequências apontadas. Sem isso, e considerando não haver determinação legal que permitam inferir dos fatos descritos a conclusão tomada pelo Fisco, a acusação não está clara e, portanto, não permite a defesa.

Continuando a análise do termo de verificação fiscal, constata-se que na seqüência o fiscal transcreve as ementas de dois acórdãos da DRJ/RJ, pelas quais, aparentemente, pretenderia lastrear suas conclusões. Vale a transcrição

"Ementa: INCORPORAÇÃO ÀS AVESSAS. EMPRESA CONTROLADA INCORPORANDO A EMPRESA CONTROLADORA. ÁGIO DE SI PRÓPRIO NA INCORPORAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE. ABUSO DE DIREITO.

O ágio se origina de uma contraposição de receita (para o vendedor) e custo (para o comprador). Os pressupostos do ágio são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico. Na operação de incorporação às avessas, na qual o controlado incorpora a sua controladora, cujo controle acionário havia se originado de uma subscrição anterior de capital (subscrição com quotas do capital), não se justifica a contabilização, por parte do incorporador de ágio de si próprio, por faltar os pressupostos do ágio. A contabilização pelo incorporador deste valor chamado de ágio em conta de ativo diferido, em contrapartida de uma conta de reserva (patrimônio líquido), configura uma duplicação do ágio já contabilizado pelo investidor original. No ativo diferido são contabilizadas despesas incorridas que contribuirão para a formação de resultados de exercícios futuros. Despesas, pela legislação tributária, são dispêndios necessários as atividades e à manutenção da empresa. São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa. Estas despesas devem ser usuais ou normais nos tipos de transações, operações ou

atividades da empresa. A posterior transferência desse valor denominado de ágio para conta de resultado configura uma despesa indevidável, por faltar-lhe os pressupostos de ágio e despesa, bem como caracterizar um abuso de direito, por distorcer a aplicação da lei."

"Ementa: LUCRO REAL TRIMESTRAL. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. FALTA DE EFETIVO PAGAMENTO. DEDUÇÃO INDEVIDA.

A legislação fiscal somente admite a dedutibilidade da amortização do ágio proveniente de incorporação de sociedade controladora por sua controlada, se efetivamente ocorre o desembolso do valor pago a este título, do mesmo modo que se exige o efetivo pagamento para toda e qualquer dedução pleiteada no âmbito fiscal, ainda que a incorporação realizada tenha observado os ditames da legislação societária."

É interessante notar que no final da primeira ementa se consigna que a amortização do ágio na controlada que faz uma incorporação às avessas seria um abuso de direito, por distorcer a lei. Deste modo se pretende justificar o afastamento a lei, com base conceito de abuso de direito. Já a segunda ementa, também ao final, registra que não deve ser admitida a amortização do ágio, mesmo que a incorporação às avessas tenha observado a legislação societária. Dessa forma, também pretende estabelecer efeitos diferentes dos estabelecidos em lei.

Conforme adiante se demonstra, as ementas estão em pleno desalinho com a lei e nenhuma das alegações nelas presente é apta a demonstrar o contrário. Talvez por isso, o derradeiro esforço delas seja no sentido de afastar as próprias normas legais que regem a matéria. Mas, essa oposição das ementas ao determinado em lei é equivocada e por isso é improcedente o que elas declaram.

Além disto, como se percebe, as ementas padecem da mesma falta de clareza constatada no termo de verificação. De fato, elas não esclarecem se a razão do que propõem é: 1º) pelo ágio surgir em decorrência de integralização de capital de uma empresa com quotas de outra empresa (e não pela compra das quotas); 2º) ou porque o ágio é transferido para a controlada por meio de uma incorporação da controladora, a chamada incorporação às avessas; 3º) ou ainda pelas duas razões cumuladas. Também, não dizem como tais situações violam os pressupostos do ágio e, assim, a alegação de inexistência e/ou de não necessidade da amortização continua sem fundamentação.

Ademais, as ementas confundem os pressupostos do nascimento do ágio com os pressupostos de transferência do ágio. Também confunde o fundamento econômico do ágio com a contrapartida de uma das formas de aquisição de investimento.

Por isso, essas ementas não se prestam a esclarecer as razões do Fisco. Ao contrário, reforçam a idéia de cerceamento de defesa e de que o auto de infração não atendeu aos requisitos do art. 10 do Decreto 70.235, de 1972, por tornar mais confusa a acusação. No entanto, para bem demonstrar a inadequação destas ementas, cabe apreciá-las individualmente e em detalhe.

A primeira ementa sustenta que a incorporação às avessas não permite a transferência do ágio existente na controladora, surgido em razão de subscrição, porque faltariam os pressupostos do ágio (aquisição de participação societária e fundamento econômico) e porque haveria uma duplicação do ágio. Refere-se ao ágio transferido em razão da incorporação às avessas, cuja origem foi a integralização de capital da controladora/incorporada com ações/quotas da controlada/incorporadora, como ágio de si mesmo. Conclui não ser cabível a amortização do ágio na incorporadora porque essa amortização seria uma despesa indevidável (não necessária) por faltar os pressupostos de ágio (não ser ágio) e por caracterizar um abuso de direito, por distorcer a aplicação da lei.

A segunda ementa afirma que, nos casos de incorporação às avessas, só é admissível a amortização de ágio que tenha surgido em razão de compra (com o decorrente pagamento) das quotas da controlada. Ou seja, a ementa não admite a amortização de ágio que tenha surgido em razão de integralização de capital com quotas de empresa. Para sustentar tal posição, diz que qualquer dedução do resultado depende de ter havido o pagamento daquilo que se pretende deduzir.

Os equívocos nas duas ementas são evidentes.

Na primeira ementa, salta aos olhos, o equívoco de se alegar que haveria uma duplicação do ágio na incorporação às avessas, pois é evidente que o que ocorre é a transferência do ágio e não sua duplicação. Assim, não existe o óbice levantado na ementa e, portanto, não está aí a razão para não haver transferência de ágio. Inclusive, como já consignado, esta transferência é expressamente prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Também é flagrante o equívoco da ementa em sustentar que na incorporação às avessas não cabe a transferência do ágio (surgido por integralização com quotas), por faltar os pressupostos do ágio (aquisição de participação societária e fundamento econômico). Mas, para bem demonstrar este equívoco da ementa, é preciso antes esclarecer a situação, pois o texto da ementa se presta a confundir questões diferentes.

Em primeiro lugar, é preciso distinguir o nascimento do ágio da transferência do ágio. O ágio nasce em decorrência de uma aquisição de investimento por valor maior que o patrimonial. A transferência de ágio ocorre em razão de uma incorporação (às avessas ou não).

A legislação fiscal é bastante clara a respeito do nascimento do ágio, inclusive definindo seus pressupostos (aquisição da participação e fundamento econômico), como se percebe no art. 385 do RIR/1999, *in verbis* (grifos não são do original):

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).

Já transferência do ágio decorre de uma incorporação (às avessas ou não), nos casos previstos em lei. Na transferência, obviamente, não cabe falar em pressupostos do ágio, mas sim em pressupostos da transferência. As condições da transferência estão descritas nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, já transcritos anteriormente.

Portanto, não é pertinente exigir presentes os pressupostos do nascimento do ágio na transferência deste, por conta de uma incorporação (às avessas ou não).

Para nascer o ágio, devem estar presentes os seus pressuposto (art. 385 do RIR/1999). Para haver a transferencia de ágio, devem estar presentes os seus pressupostos (art. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997). Diga-se desde já que no caso concreto estão presentes os pressupostos do nascimento do ágio, quando da integralização, e da transferência dele, quando da incorporação às avessas.

Feito estes esclarecimentos, cabe voltar ao texto da ementa.

Ora a alegação constante na ementa, de que na incorporação às avessas não existem os pressupostos do ágio, é totalmente equivocada. Como visto, na incorporação (às avessas ou não) não nasce ágio. O que ocorre na incorporação é a transferência do ágio. Esta transferência, independe dos pressupostos do ágio. Esta transferência é regrada nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997. A leitura dos dispositivos legais mostra que no caso concreto é permitida a transferência do ágio, que poderá ser amortizado na incorporadora.

De outra banda, se a ementa se refere ao nascimento do ágio na empresa controladora, que foi incorporada, e se ela afirma que não nasce o ágio porque não há os pressupostos do ágio, obra em forte engano. É que o ágio surge na aquisição de quotas/ações por valor maior que o patrimonial. O art. 385 do RIR/1999, acima transscrito, regra o registro do ágio e é dele que se infere os pressupostos do ágio.

No que tange ao pressuposto aquisição, tanto faz que esta aquisição decorra de uma compra, como se ela decorre da aceitação que uma a subscrição seja feita por entrega de quotas/ações, recebidas pelo valor de mercado. A aquisição é gênero, do qual a compra ou a

troca são espécies. Por isso, se a integralização na empresa B é feita, por terceiros, pela entrega de quotas da empresa A, por valor superior ao valor patrimonial das quotas da empresa A, a empresa B adquire essas quotas do mesmo modo que as adquiriria se as estivesse comprando.

Dessarte, este pressuposto do ágio (aquisição de participação societária) está plenamente atendido no caso em concreto. Pretender dizer que só ocorre aquisição se houver a compra da participação é um grave equívoco, baseado em uma alteração arbitrária e sem fundamento do conceito de aquisição.

No que tange ao pressuposto do fundamento econômico, ele decorre das situações previstas no art. 20, § 2º , Decreto-Lei nº 1.598, de 1977. É um grave equívoco confundir fundamento econômico com pagamento. Pagamento é a contrapartida da compra e venda, uma das formas de aquisição da participação. Fundamento econômico do ágio é a razão de ser da mais valia sobre o valor patrimonial.

A legislação prevê as formas como este fundamento econômico pode ser expresso (valor de mercado, rentabilidade futura, e outras razões). No caso presente o fundamento econômico foi o valor de mercado avaliado por laudo da Deloitte Touche Tohmatsu. Portanto, no caso concreto existe o fundamento econômico do ágio.

Inclusive, é preciso destacar que a avaliação da Deloitte Touche Tohmatsu não foi questionada em nenhum momento pela fiscalização. De fato, apesar da ementa alegar a inexistência de fundamento econômico, ela o faz se referindo ausência de pagamento, já que a aquisição foi por meio de aceitação das quotas da investida como integralização de capital.

De qualquer modo, fica evidenciado o grande equívoco teórico constante na ementa (confundir pagamento da aquisição com fundamento econômico do ágio). Mas, também, fica consignado mais uma confusão presente na acusação que é prejudicial à defesa. Afinal, se o Fisco consigna na autuação que suas razões para não admitir o ágio seja a ausência de fundamento econômico, além de se esperar que a avaliação da Deloitte Touche Tohmatsu fosse atacada no relatório fiscal (o que não foi), é de se esperar que o contribuinte se defende alegando a licitude da avaliação e apenas isso.

Cabe notar que a segunda ementa também está na contramão da legislação, ao sustentar não ser admitido a transferência e amortização de ágio que tenha surgido em razão de integralização de capital com quotas de empresa. De fato, como já visto, o art. 385 do RIR/1999, não faz esta restrição para o nascimento do ágio e os arts 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, não faz esta restrição para a transferência do ágio.

Mas, ainda falta outro ponto que é trazido na primeira ementa que precisa ser esclarecido e afastado. Trata-se da alegação de que na operação em tela existe abuso de direito e que isso poderia afastar a legalidade da operação.

Ora, não existe na legislação tributária nacional a previsão de lançamento de ofício com base no afastamento de lei por entender que houve abuso de direito. Ao contrário, o lançamento se rege pelo princípio da estrita legalidade e é atividade vinculada à lei. Ademais, não tem o executivo o poder de afastar a lei, mas sim de executá-la. Portanto, não há base no sistema jurídico brasileiro para o Fisco afastar a incidência legal, sob a alegação de entender estar havendo abuso de direito.

Além disso o parágrafo único do art. 116 do CTN, que talvez pudesse ser alegado em favor da autuação, ainda não foi regulado por lei. Portanto, não estaria aí o fundamento para o Fisco pretender afastar a Lei alegando que houve abuso de direito.

Enfim, o conceito de abuso de direito é louvável e aplicado pela justiça para solução de alguns litígios. No entanto, não existe previsão do Fisco utilizar tal conceito para efetuar lançamentos de ofício, ao menos até os dias atuais. Ao contrário, o lançamento é vinculado a lei, que não pode ser afastada sob alegações subjetivas de abuso de direito.

Retornando ao texto constante no termo de verificação fiscal, nota-se que após a transcrição das ementas acima analisadas, é afirmado que:

"O que evidencia-se, de verdade, é a inexistência do fator econômico na configuração do ágio na aquisição de investimento."

Assim, mais uma afirmação é lançada no auto sem que tenha com clareza os seus fundamentos, nem a quais consequências se liga. Quando muito, pode-se supor que, alinhado ao conteúdo das ementas, o fiscal esteja a afirmar que, em razão da aquisição ser feita em decorrência de integralização, não existiria o fator econômico na configuração do ágio.

Mas, isto é apenas uma suposição sobre qual seria o teor da frase, já que o texto não é claro e nem objetivo. No entanto, se foi este o raciocínio do fiscal, vê-se que ele está enganado e que deve estar confundindo as formas de aquisição com fundamento econômico, tal como as ementas confundiram.

Como já esclarecido, o nascimento do ágio está regrado no art. 385 do RIR/1999. Este dispositivo legal prevê o registro de ágio nas aquisições por preço acima do valor patrimonial e indica os diferentes fundamentos econômicos (valor de mercado, rentabilidade futura, e outras razões) que ele deve ser classificado.

Um desses fundamentos é o valor de mercado e, no caso concreto, o próprio Fisco indicou que havia um laudo informando o valor de mercado, que foi considerado no registro do ágio. Este laudo não foi posto sob suspeita em nenhum momento e, assim, não se pode questionar o fundamento econômico do ágio registrado na Marumbi.

De outra banda, se a alegação de ausência de fator econômico decorre de que a aquisição se deu em razão da Marumbi receber quotas como integralização, ela está equivocada por pretender restringir o conceito de aquisição (gênero) a uma das formas pela qual a aquisição pode ocorrer (compra do investimento).

Assim, fica claro que a decisão das autoridades autuantes está errada quanto ao mérito da questão. Mas, também fica flagrante o prejuízo que a defesa sofreu, pois não se pode nem afirmar ao certo qual é a acusação e quais são seus fundamentos.

Porém, a seqüência do termo de verificação torna os fundamentos da acusação mais confusos ainda e, por isso, precisa ser transcrita (grifos não são do original):

Finalizando, a aquisição de participação societária de uma determinada empresa, com ágio, por outra que venha a ser incorporada não comporta a dedução de ágio, a custo zero, como perda, pela incorporadora, haja vista que não se



extinguiu o investimento anteriormente realizado. A mera amortização do ágio não pode gerar efeitos fiscais, devendo o mesmo ser controlado à parte, para fins de cálculo do ganho de capital em eventual alienação do investimento.

Ora, após as imprecisões na formulação dos fundamentos, já mencionadas, a frase acima destacada em negrito, pretendendo se apresentar como um esclarecimento final, torna a acusação absolutamente incompreensível.

Neste ponto do termo de verificação fiscal, termina a fundamentação/explicação da conclusão do fiscal autuante. Ou seja, é com as afirmações acima transcritas que a autoridade fiscal explica porque considerou o ágio inexistente e a amortização desnecessária.

Mas, conforme análise acima, ficou evidente que nem as conclusões (inexistência do ágio e não necessidade da amortização) foram fundamentadas ou explicadas. Também, fica claro que a legislação de regência permite o nascimento, transferência e amortização do ágio, tal como fez o contribuinte. Ainda fica demonstrado os equívocos da acusação e que nenhum dos argumentos apresentados pelo Fisco tem o condão de afastar o ágio e/ou a amortização. Por isso o lançamento já seria improcedente.

Ao contrário, além dos argumentos do Fisco serem improcedentes, são apresentados de modo tão confuso que não permitem compreender a acusação, mas apenas fazer um juízo de probabilidade do que se esteja a falar. Por isso, o lançamento já seria nulo.

O próximo passo do auto de infração é: 1º) consignar que a Barigui considerou no seu resultado a amortização; 2º) registrar que não houve adição deste valor no LALUR; 3º) glosar o valor da amortização por considerá-la despesa desnecessária a atividade da empresa.

Agora, cabe analisar a contradição interna da acusação constante na afirmação de que não existe o ágio e de que a amortização é uma despesa desnecessária.

Ora, se o ágio não existe, não cabe falar em necessidade ou não de sua amortização. Ou seja, se a acusação é de que o ágio não existe, as amortizações deveriam ser desconsideradas do resultado. Jamais se poderia tratar a amortização como uma despesa e muito menos aventure da sua necessidade ou não. Bastaria declarar a inexistência da amortização, em razão da inexistência do ágio. É incompreensível porque as autoridades fiscais, após afirmar a inexistência, preferiram discutir a necessidade, ao invés de desconsiderar as amortizações.

Em termos de lógica, só se poderia falar em necessidade ou não da amortização do ágio, se este fosse admitido como existente. Dessarte, caso se pretendesse dizer que a “despesa”, referente a amortização do ágio é desnecessária, seria preciso antes admiti-lo como existente.

Assim, fica patente a contradição que existe na acusação fiscal. Porém, além do erro de lógica, há também mais um erro de direito.

É que dizer que uma amortização pode ser tratada como despesa é algo incompatível com a própria natureza da amortização e com a legislação fiscal. A legislação diz

o que pode ou não ser amortizado e define os percentuais desta amortização. Assim, a contabilização da amortização na apuração da base de cálculo é um direito do contribuinte e não está sujeito a juízo de necessidade ou não.

As amortizações não são tratadas como despesas e por isso não se submetem ao juízo de necessidade. Este juízo já está feito pelo legislador ao autorizar a amortização de determinados bens.

Ou seja, novamente aqui a autuação se coloca acima da lei e, apesar da permissão legal para que o contribuinte considere na base de cálculo a amortização do ágio, propõe a glosa da amortização, alegando que não é necessária.

Talvez, o pecado lógico-jurídico da autuação (afirmar a inexistência do ágio e a não necessidade de sua amortização), seja uma tentativa de evitar explicar como afastar uma amortização, cujo exercício decorre de lei, usando o artifício de dizer que seria uma despesa desnecessária. Mas, fica evidenciado o fracasso da tentativa.

Além dos problemas de consistência jurídica e lógica da autuação, cabe analisar como ela afeta o direito de defesa do contribuinte. Isso porque, facilmente se percebe que mais do que uma simples contradição interna, o auto de infração apresenta duas acusações, que apesar de serem incompatíveis entre si, obrigam que o contribuinte refute as duas.

De fato, esta forma de acusação obriga a defesa apresentar duas defesas distintas para uma só acusação. De um lado o contribuinte deveria se defender de uma acusação de inexistência de ágio que, além de confusa, é equivocada e em desacordo com a lei (art. 385 do RIR/1999 e arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997). De outro lado o contribuinte deveria se defender da afirmação, absolutamente incompatível com a primeira afirmação e em desacordo com a lei, que seria a não necessidade da amortização do ágio, em razão da inexistência deste.

Ainda vale notar que, como no auto de infração a afirmação da não necessidade decorre da afirmação da inexistência e como as duas afirmações, ao invés de estarem ligadas como causa e efeito, são absolutamente incompatíveis, a afirmação da não necessidade restaria posta sem um fundamento. Assim, temos uma conclusão (da não necessidade) que é feita sem se alicerçar nos fatos constatados e baseada em uma série de conclusões não justificadas, equivocadas e em desacordo com a lei.

Ou seja, a bem da verdade, a acusação de que a amortização não é necessária é simplesmente feita e não é explicada.

Assim, o que existe no auto de infração é uma sucessão de afirmações soltas, sem fundamentação, e contrárias à lei e à lógica. Frente a este lançamento, o contribuinte se defendeu reafirmando os fatos descritos no termo de verificação, mencionando a base legal para a transferência do ágio, e afirmando que tudo foi feito legalmente.

No julgamento de 1ª instância, a DRJ repete os mesmos equívocos da autuação, confundindo forma de aquisição de investimento com fundamento econômico e insistindo nas mesmas razões apresentadas no auto. A DRJ ainda destaca o fato das operações envolverem pessoas ligadas e sintetiza sua posição afirmando que se trata de uma operação de ágio de si mesmo, como se isso fosse o suficiente para sustentar o lançamento. Suas palavras foram as seguintes:

Pelo que até aqui se viu, resta inequívoco que estamos diante de uma estratégia de planejamento tributário da modalidade conhecida como "ágio de si mesmo". Isso porque, na essência, o ágio que a impugnante excluiu de sua base imponível do IRPJ e da CSLL não diz respeito a eventual participação dela em outra sociedade, mas é um ágio sobre ela própria, sobre sua própria rentabilidade. Daí a expressão ágio de si mesmo.

Com base neste ponto de vista, cita algumas manifestações contrárias a operação efetuada pelo contribuinte e mantém o lançamento.

A I. Relatora, Conselheira Edeli Bessa, resume a posição da DRJ com a seguinte transcrição:

O fato, portanto, é que, nos termos postos pela CVM, as reorganizações societárias das três empresas "BARIGÜI", "CENTER e ESPAÇO" não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, requisitos indispensáveis para que fossem passíveis de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade. Entretanto, tais desatinos foram contabilizados e as amortizações desse ágio esdrúxulo foram abatidas do lucro tributável.

Evidente, portanto, que a solução deve ser a glosa dos valores debitados a título de despesa com ágio, uma vez que tais valores carecem de, substância econômica.

É de se reconhecer que a legislação autorizava a amortização do ágio. Contudo, evidentemente a legislação se referiu a ágio constituído com substância econômica, em decorrência de transações efetivas entre partes negociantes autônomas. A toda evidência, essa grandeza criada artificialmente nas contabilidades das empresas "BARIGÜI", "CENTER" e "ESPAÇO" é simplesmente um absurdo, um abuso que não pode ser considerada como ágio para os fins do inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, ou para outro fim qualquer.

Por outro lado, ainda que se considerasse esse ágio aloprado como uma despesa, não seria dedutível em face de ser absolutamente desnecessário à atividade da empresa, à manutenção de suas atividades e geração de suas receitas

Em face de todo o exposto, entendo que o lançamento deve ser mantido integralmente.

É como voto.

Como se observa, a DRJ sustenta a pertinência do auto de infração cometendo exatamente os mesmos erros de lógica e de direito flagrados na autuação. Além disso, a DRJ traz manifestações da CVM (órgão com preocupação bastante distinta daquela existente na legislação fiscal), muito posteriores aos eventos. Com isso, há uma verdadeira inovação na acusação.

Além disso, no correr do processo, é posta a idéia de que tudo o que ocorreu seria uma reavaliação e que a tributação deveria ser como tal. No entanto, se essa idéia surge após a autuação, é uma inovação da base legal, já que não foi mencionada pela autoridade autuante.

Se o Fisco quisesse considerar as operações como uma reavaliação feita dissimuladamente, deveria ter feito esta acusação, para permitir a defesa adequada. Mas, isso não foi feito e não pode ser feito no julgamento do litígio pelos órgãos julgadores.



O rito do Decreto 70.235, de 1972, define a discussão administrativa como um processo de julgamento, que visa o controle da legalidade do ato administrativo e que se coloca como um método alternativo de solução de litígios. Deste modo, não cabe a revisão do lançamento, entendido como aperfeiçoamento, mas apenas seu julgamento. Assim, a autoridade julgadora não pode inovar na acusação, não podendo trazer fatos novos e nem alterar a fundamentação jurídica.

O regimento interno dos órgãos de julgamento, também impede que eles inovem, já que isso equivale a revisar (=refazer) o lançamento.

Porém, abstraindo-se das regras processuais, a acusação de que teria ocorrido uma reavaliação dissimulada é totalmente improcedente. É que a circunstância de haverem efeitos semelhantes não equipara a situação em tela a uma reavaliação.

Ressalte-se que em ambas as situações (caso presente e uma reavaliação) existe um efeito final de atualizar o valor do ativo. Mas, também existe, em ambas, situações a tributação equivalente ao que a amortização/depreciação/baixa deste novo valor pode reduzir na tributação. Na operação em tela existe a tributação do ganho de capital daqueles que integralizam com quotas pelo valor de mercado e na reavaliação ocorre a tributação na medida da realização do novo valor.

A circunstância da legislação fiscal temporariamente ter permitido a não tributação do ganho de capital na operação em tela (art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002), não permite descaracterizá-la e tratá-la como uma reavaliação.

A Administração não deve questionar a Lei, mas, sim, cumpri-la.

Por estas razões, a atuação é nula, como também seria a decisão da DRJ. Mas, em razão do disposto no art. 59, do Decreto 70.235, de 1972, o recurso voluntário é procedente, devendo ser cancelada toda a exigência.



CARLOS EDUARDO DE ALMEIDA GUERREIRO