



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

**Processo nº** 13161.720888/2012-41  
**Recurso nº** Voluntário  
**Resolução nº** **1101-000.146 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**  
**Data** 03 de fevereiro de 2015  
**Assunto** Diligência  
**Recorrente** USINA ELDORADO S/A  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em CONVERTER o julgamento em diligência, vencido o Relator Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior, acompanhado pelo Conselheiro Antônio Lisboa Cardoso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Edeli Pereira Bessa.

*(documento assinado digitalmente)*

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Presidente.

*(documento assinado digitalmente)*

BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR - Relator

*(documento assinado digitalmente)*

EDELI PEREIRA BESSA - Redatora designada

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadão (presidente da turma), Edeli Pereira Bessa, Benedicto Celso Benício Júnior, Paulo Mateus Ciccone, Paulo Reynaldo Becari e Antônio Lisboa Cardoso.

## RELATÓRIO

Cuida-se de Autos de Infração de IRPJ e de CSLL atinentes aos anos-calendários 2008, 2009 e 2010.

Os lançamentos fiscais em apreço gravitam em torno da aquisição das ações representativas do capital da ora Recorrente, sendo que os seguintes trechos do r. Recurso Voluntário expõem com clareza os fatos relevantes do feito vertente, *litteris*:

*A Recorrente (“Usina Eldorado”) é uma, dentre outras pessoas jurídicas, controladas pela ETH Participações S.A. (“ETH”), holding das empresas produtoras de etanol, energia elétrica e açúcar, controlada pela Odebrecht S.A..*

*Até o início de 2008, as ações representativas do capital da Recorrente eram de propriedade dos senhores Marcelo Mações Coutinho, Luis Ricardo Mações Coutinho e Bruno Coutinho Gonçalves Fernandes e da Companhia Eldorado de Agronegócios, por eles controlada (conjuntamente denominados “FAMÍLIA COUTINHO”). À época, ETH já havia constituído a sociedade empresária NOVA BOIPEBA, com o objetivo angariar os recursos necessários, centralizar as negociações e tomar todas as medidas necessárias com o propósito de adquirir a participação societária na Recorrente. A FAMÍLIA COUTINHO, de sua parte, concordava em transmitir as ações da Recorrente à NOVA BOIPEBA, desde que por meio da permuta dos seus papéis por participação em outra empresa, sem que houvesse torna de recursos.*

*Diante disso, a ETH, que, na mesma data de formação da NOVA BOIPEBA, havia constituído também outra sociedade – a Nova Mucuri Participações S.A. (“NOVA MUCURI”) –, capitalizou a NOVA BOIPEBA com parte dos recursos necessários para que esta, juntamente com os valores que captasse, aumentasse o capital de NOVA MUCURI no montante suficiente para viabilizar a permuta de ações. Nessa medida, os fatos que se sucederam até que houvesse a transferência da integralidade das ações da Recorrente detidas pela FAMÍLIA COUTINHO e ulterior incorporação de NOVA BOIPEBA podem ser assim resumidos:*

*27.02.08: Constituição de NOVA BOIPEBA e NOVA MUCURI, ambas de propriedade de ETH.*

*09.03.08: Subscrição de aumento de capital de NOVA BOIPEBA, pela ETH, com a previsão de aporte de R\$ 150.000.000,00.*

*10.03.08: Subscrição de capital de NOVA MUCURI, pela NOVA BOIPEBA, com a previsão de aporte de R\$ 234.539.000,00.*

*12.03.08: Transferência de recursos, no valor de R\$ 150.000.000,00, pela ETH à NOVA BOIPEBA, a título de integralização de capital.*

12.03.08: NOVA BOIPEBA contrai empréstimo, na modalidade de repasse de recursos captados no exterior, mediante a assinatura de Cédula de Crédito Bancário, com o Banco ABN Amro Real S.A..

12.03.08: Transferência de recursos, no valor de R\$ 234.539.000,00, pela NOVA BOIPEBA à NOVA MUCURI, a título de integralização de capital.

18.03.08: Subscrição de “Contrato de Permuta e Outras Avenças” entre, de um lado, ETH e NOVA BOIPEBA e, de outro, FAMÍLIA COUTINHO. Na mesma data, são formalizadas as transferências das ações de NOVA MUCURI à FAMÍLIA COUTINHO e das ações da Recorrente para ETH e NOVA BOIPEBA.

30.04.08: Uma vez concretizado o negócio para o qual havia sido constituída, NOVA BOIPEBA foi incorporada por sua controlada (ora Recorrente). Como o preço da permuta foi superior ao valor de patrimônio líquido contábil da Recorrente, NOVA BOIPEBA registrou a diferença a maior no seu custo de aquisição como ágio por expectativa de rentabilidade futura, na forma do artigo 385 do Decreto n. 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda – “RIR/99”), com fundamento em estudo econômico elaborado à época da transação.

Em decorrência da última operação societária acima apontada, a Recorrente, na condição de sucessora por incorporação, passou a amortizar o ativo diferido formado pelo montante até então registrado a título de ágio, à razão de 1/60 avos ao mês, com fundamento nos artigos 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 (art. 386 do RIR/99 e art. 75 da Instrução Normativa – IN n. 390/04), regulamentados pela IN n. 11/99. Pelo mesmo motivo, passou a apropriar no seu resultado as despesas com juros e variação cambial, oriundos do empréstimo originário do repasse de recursos captados no exterior, o que tem fundamento nos artigos 377 e 378 do RIR/99 e nos artigos 18, 73 e 74 da IN n. 390/04. (fls. 1278-1279)

A fiscalização entendeu que todas essas operações materializam abuso de direito, tendo em vista que, a seu sentir, todos os negócios jurídicos formalizados serviram unicamente ao fim de mascarar uma operação de compra e venda da participação societária na Recorrente por parte da ETH. De fato, a r. autoridade autuante houve por bem constituir os créditos tributários em litígio lastreando-se nos seguintes fundamentos, extraídos do Termo de Verificação Fiscal, *litteris*:

*A aquisição pela ETH das participações societárias na Usina Eldorado resultou na geração do ágio no montante de R\$ 159.151.115,17 (cento e cinquenta e nove milhões, cento e cinquenta e um mil, cento e quinze reais e dezessete centavos) fruto da aplicação de métodos e critérios legais e contábeis.*

*Como vimos, a fiscalização não questiona se houve ou não o pagamento pela aquisição das participações. O que não pode ser aceito é o ágio pertencente ao investidor ETH, que é o verdadeiro titular, ter sido transferido por intermédio de uma engenharia de fatos societários que só existiram no papel para a Usina, que é a investida. A Usina é uma empresa operacional e com potencial para aproveitá-lo, porém, este ágio não lhe pertence.*

*Outro fato, que do mesmo modo não pode ser aceito, são os custos financeiros decorrentes do empréstimo de US\$ 100.000.000,00 (cem milhões de dólares americanos) realizados inicialmente em nome da Nova Boipeba e, transferidos para a Usina quando da incorporação às avessas.*

*O empréstimo foi contraído com o objetivo de realizar o pagamento da aquisição da Usina – fato inquestionável. Ocorre que, os recursos necessários para a aquisição da investida (Usina) são de responsabilidade da investidora que é a ETH. Se a investidora ETH buscou capital junto a instituições financeiras para realizar a aquisição, cabe a ela arcar com os ônus decorrentes do empréstimo. Esses custos jamais poderiam ser artificialmente transferidos para a própria investida para serem por ela suportados, são despesas financeiras que não lhe pertencem.*

*Para rememorar, cabe aqui um breve resumo dos principais fatos que justificam a autuação fiscal:*

*Criação da Nova Mucuri e Nova Boipeva na mesma data, com diferença de 30 minutos, com sede no mesmo endereço, com os mesmos acionistas, com o mesmo capital social e estatuto, de duração efêmera e usadas como empresas veículos ou de passagem;*

*Nova Boipeba nunca captou recursos de outros grupos econômicos, não se comportou como holding, o empréstimo realizado em seu nome foi feito pela Odebrecht;*

*Os históricos contábeis dos lançamentos que registram a subscrição das ações da Nova Mucuri pela Nova Boipeba indicam “Aquisição Eldorado”, denunciam a verdadeira intenção da transferência;*

*O único patrimônio da Nova Mucuri são os R\$ 232.540.000,00 depositados no ABN Amro Real utilizados para realizar o pagamento pela aquisição;*

*A Celebração do contrato denominado de “Permuta e Outras Avenças” divorciado da verdadeira realidade dos fatos. As diversas justificativas traçadas no “Protocolo de Incorporação e Justificação” foram uma a uma desmontadas pela fiscalização;*

*O resultado final produzido pela sucessão de todos esses atos societários não alteram o resultado final. A ETH Participações sempre foi e continua sendo a verdadeira adquirente e proprietária da Usina;*

*As Atas da Assembléia Geral Extraordinária assinadas em 30/04/2008 em São Paulo/SP e ao mesmo tempo em Rio Brilhante/MS, ambas secretariadas pelo Sr. Luciano Dequech, demonstram sua artificialidade;*

*A criação da Nova Boipeba e Nova Mucuri e os atos societários praticados decorrentes de sua criação, não tiveram qualquer propósito negocial, não há qualquer substância econômica que possa ser extraída;*

*O “nexo causal” está perfeitamente caracterizado: a operação real de compra e venda de ações com ágio, transformada artificialmente em*

*operação de permuta com incorporação às avessas, com a finalidade de deduzir como despesa o ágio gerado pela aquisição de suas próprias ações e transferir os custos financeiros do empréstimo de US\$ 100.000.000,00 que deveriam ser suportados pelos verdadeiros investidores (Grupo ETH) e,*

*O princípio da verdade material que determina que a Autoridade Fiscal deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade.*

*Considerando os fatos relatados os trabalhos fiscais concluíram por:*

*não considerar como despesas dedutíveis o ágio aproveitado pela contribuinte nos anos-calendário de 2008, 2009 e 2010 e,*

*não considerar os custos financeiros contabilizados como despesas financeiras decorrentes do empréstimo de US\$ 100.000.000,00 (cem milhões de dólares americanos) contraídos junto ao ABN Amro Real S/A em nome da Nova Boipeba pela Odebrecht. (fls. 1137-1138)*

Acerca desse última questão, é importante trazer à balha o seguinte excerto do Termo de Verificação Fiscal, em que se declinam os parâmetros para a constituição do correlato crédito tributário, *verbis*:

*Em 12/03/2008 a Nova Boipeba Participações S/A, com garantias prestadas pela Odebrecht S.A., contraiu financiamento bancário junto ao Banco Real/ABN Amro Bank no valor de US\$ 100.000.000,00 (cem milhões de dólares americanos) equivalente a R\$ 169.080.000,00 (cento e sessenta e nove milhões e oitenta mil reais), conforme lançamento na conta 2.1.1.2.01.07. Em 30/04/2008, nesta mesma conta, em processo de incorporação, a obrigação foi transferida para a Usina Eldorado S.A..*

*Revelam-se como indedutíveis na base de cálculo do IRPJ e CSL os encargos financeiros decorrentes de parte do empréstimo contraído para adquirir a participação acionária na própria Usina Eldorado S.A. Foi usado na aquisição da Eldorado o valor de R\$ 82.539.000,00 (oitenta e dois milhões, quinhentos e trinta e nove mil reais) que corresponde a 48,53% do empréstimo e transferido o valor de R\$ 87.535.915,33 (oitenta e sete milhões, quinhentos e trinta e cinco mil, novecentos e quinze reais e trinta e três centavos) que corresponde a 51,47%. Devem ser glosados os valores dos juros deduzidos indevidamente (48,53%), bem como ajustada a variação cambial no Lalur (regime caixa), pelo percentual do valor efetivamente transferido (51,47%).*

*Assim, as despesas de juros e variação cambial (caixa) decorrentes do valor que foi utilizado na aquisição das ações da própria Usina Eldorado S.A., não cumprem os requisitos de dedutibilidade do Artigo 299 do RIR/99, sendo, portanto, consideradas despesas desnecessárias.*

*Os juros sobre o financiamento foram lançados nas contas: 302080201 – Juros s/Empréstimos e Financiamentos no ano-calendário 2008; 7550 – Juros sobre Empréstimos e Financiamentos no ano-calendário 2009 e 6.2.1.01.03 – Juros s/Financiamento no ano-calendário de 2010. Conforme planilhas anexas, fizemos o rateio efetuado a glosa*

*dos valores considerados como despesas desnecessárias que correspondem a 48,53%, valor utilizado na aquisição da própria Usina Eldorado S.A.. (fl. 1139)*

É importante consignar que os lançamentos em apreço não carregam qualquer exigência direcionada contra o sujeito passivo: deveras, a Recorrente apurou expressivos prejuízos fiscais e bases negativas nos períodos de apuração em testilha, resultados negativos esses que não foram revertidos com as glosas de que aqui se cuida, de modo que as autuações apenas engendraram a sua minoração.

Digno de nota salientar que, a despeito de a autuação não encerrar qualquer acusação de falta de pagamento de tributo, a r. autoridade fiscal entendeu que, se tal falta de pagamento tivesse tido lugar, os correlatos créditos tributários exigidos seriam acompanhados de multa de ofício qualificada, consideração essa que ensejou a formalização de Representação Fiscal para Fins Penais (Processo n. 13161.720889/2012-96).

Regularmente intimado dos lançamentos em 27 de setembro de 2012 (fl. 1143), o sujeito passivo apresentou tempestiva Impugnação, cujos argumentos foram sintetizados no Relatório da r. decisão recorrida nos seguintes termos, *verbis*:

*a) as operações foram todas realizadas em conformidade com os objetivos da Lei nº 9.532/97;*

*a.1) a concessão do benefício do art. 7º da Lei nº 9.532/97 às “holdings” puras, tornaria inócua a possibilidade de dedução do ágio, pois elas não teriam receitas tributáveis a contrapor as referidas despesas;*

*a.2) não cabe ao Fisco questionar os atos praticados em conformidade com as normas vigentes, como ocorreu no caso;*

*a.3) “tanto a forma jurídica proposta pela Fiscalização, quanto aquela adotada no caso concreto levariam ao mesmo desfecho, uma vez atendidos os pressupostos previstos na Lei 9.532/97: amortização do ágio pela impugnante”;*

*a.4) “a postura do Fisco assemelha-se à dos contribuintes que se apegam à forma do negócio, desprezando sua real substância econômica”;*

*b) “a transferência do ágio para a própria investida, mediante a incorporação da sua investidora, que efetuou o pagamento de dita importância, não revela anormalidade, caracterizadora do abuso, como imaginou a fiscalização, ao inverso”;*

*b.1) “a formação de ativo diferido mediante ingresso do valor equivalente ao ágio no patrimônio da Impugnante e a sucessão de NOVA BOIPEBA mediante incorporação da investidora pela investida (incorporação às avessas) não são transações desprovidas de conteúdo e contrárias às finalidades perseguidas pelas normas fiscais envolvidas, como equivocadamente afirmou a fiscalização. Ao inverso, são medidas que vão ao encontro do fim almejado pelos artigos 7º e 8º da Lei n. 9.532/97”;*

b.2) “a união do ágio ao investimento que lhe deu causa é um imperativo para a sua ulterior amortização”;

b.3) “a amortização do ágio após a incorporação da investidora pela investida (“incorporação às avessas”) também se explica no contexto das operações ora examinadas. O artigo 8º da Lei n. 9.532/97 é expresso em assegurar a aplicação de referido regime (previsto no artigo 7º do mesmo diploma) quando a controlada incorporar a controladora”;

b.4) “os institutos de direito privado foram legitimamente utilizados de modo a alcançar seus objetivos e igualmente manter o tratamento estabelecido pela legislação fiscal”;

c) a Lei Complementar nº 104/01 que introduziu o parágrafo único ao artigo 116 do CTN é norma de eficácia limitada, dependente de regulamentação por lei ordinária que ainda não existe;

c.1) o Decreto nº 70.235/72 não contém a regulamentação para que essa norma seja aplicada;

c.2) “a desconsideração dos atos praticados no caso concreto só seria admissível após a regulamentação do artigo 116, parágrafo único, do CTN, o que até hoje não ocorreu”;

d) “em relação às despesas com juros e variação cambial na obtenção de empréstimo originário de recursos em moeda estrangeira, as razões extra tributárias que motivaram a formação de NOVA BOIPEBA explicam porque os gastos com o levantamento do capital eram necessários e usuais a suas operações”;

d.1) “as apropriações dos juros e da variação cambial pela Impugnante, na condição de sucessora por incorporação da NOVA BOIPEBA, qualificam-se como despesas operacionais”;

d.2) “tais dispêndios qualificam-se, em regra, como necessários e usuais, na forma do artigo 299 do RIR/99, pois envolvem o custo incorrido para a obtenção de capital para o financiamento das operações da pessoa jurídica”;

d.3) “é incontroverso que o empréstimo foi tomado como meio a viabilizar a formação da integralidade dos recursos que, ao final, foram transferidos à FAMÍLIA COUTINHO em troca da integralidade das ações da Usina Eldorado... Em consequência, é indubitável que os juros e a variação cambial do crédito externo representam despesa operacional para a tomadora dos valores (NOVA BOIPEBA)”;

d.4) “a devedora original do empréstimo (NOVA BOIPEBA) ... foi incorporada pela Impugnante. Por decorrência, a Impugnante tornou-se sua sucessora universal em ativos e passivos, o que compreendeu a responsabilidade por responder pelo adimplemento do empréstimo em moeda estrangeira e respectivos juros e variação cambial”;

d.5) “por ter pago as despesas pela tomada do empréstimo, a Impugnante tinha o direito de apropriar referidos dispêndios como gastos operacionais, com fundamento nas normas do RIR 99 e da IN n.

390/04, antes citadas, da mesma forma que o eram para a tomadora original”;

e) é descabido o tratamento dos fatos como fraudulentos (semelhantes aos apenados com a multa de 150%), já que os atos foram todos praticados às claras e levados ao conhecimento das autoridades competentes. (fl. 1242-1243)

Em sessão havida em 2 de abril de 2013, a Colenda 2ª Turma da DRJ de Campo Grande/MS houve por bem negar provimento à Impugnação em *decisum* que restou assim ementado, *litteris*:

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

*Ano-calendário: 2008, 2009, 2010*

**ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. AMORTIZAÇÃO.**

*A amortização de ágio na aquisição de participações societárias não é cabível em casos de planejamento tributário com a utilização de mecanismos tendentes a evitar o conhecimento do fisco relativamente à natureza ou circunstâncias materiais e às reais características essenciais do fato gerador.*

**EMPRÉSTIMO EM MOEDA ESTRANGEIRA. JUROS E VARIAÇÃO CAMBIAL. DEDUTIBILIDADE.**

*As despesas com juros e variação cambial decorrentes de empréstimo em moeda estrangeira só são dedutíveis se este é necessário e usual às atividades da tomadora.*

**REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS.**

*As Delegacias da Receita Federal de Julgamento não são competentes para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.*

**CSLL. SIMILITUDE DOS MOTIVOS DE AUTUAÇÃO E DAS RAZÕES DE DEFESA.**

*Aplicam-se à CSLL os mesmos argumentos esposados para o IRPJ em face da similitude dos motivos de autuação e das razões de defesa. (fl. 1239)*

Tendo sido intimado desse acórdão em 23 de abril de 2013 (fl. 1252), o sujeito passivo apresentou o Recurso Voluntário *sub examen* em 8 de maio de 2013 (fl. 1276), oportunidade em que repisou os argumentos deduzidos em Impugnação.

É o relatório.

## VOTO VENCIDO

Conselheiro BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR:

O Recurso Voluntário é tempestivo – ciência da decisão recorrida em 23 de abril de 2013 (fl. 1252) e prática do ato processual em 8 de maio de 2013 (fl. 1276) –, de modo que, ante a presença de todos os requisitos legais ínsitos ao inconformismo em apreço, dele tomo conhecimento.

Conforme narrado acima, o feito em vergaste versa sobre dois aspectos relacionados à aquisição – por parte de sociedades do Grupo ETH – das ações representativas do capital da ora Recorrente.

Com efeito, a empresa ETH Participações S/A – controlada indireta da Odebrecht S/A, que detinha 66,66% da ETH Bioenergia S/A, que por sua vez detinha a íntegra do capital da ETH Participações – constituiu tanto a Nova Mucuri S/A quanto a Nova Boipeba S/A em 27 de fevereiro de 2008.

Posteriormente, a ETH Participações subscreveu aumento de capital da Nova Boipeba no valor de R\$ 150.000.000,00; em seguida, a Nova Boipeba contraiu empréstimo de US\$ 100.000.000,00, mútuo esse afiançado pela Odebrecht S/A.

Já na posse desses recursos, a Nova Boipeba subscreveu aumento de capital na Nova Mucuri de R\$ 232.539.000,00, de modo que o capital dessa passou a ser de R\$ 232.540.000,00, sendo que seu único ativo consistia nessa mesma importância depositada em conta mantida em instituição financeira.

E é assim que se fez a aquisição da participação societária da Recorrente: seus antigos controladores – a Família Coutinho – permutaram as ações representativas da Usina Eldorado pelas ações da Nova Mucuri detidas pela Nova Boipeba.

Tendo em vista que o Patrimônio Líquido da Recorrente era inferior aos R\$ 232.540.000,00 representativos do capital da Nova Mucuri, a diferença entre esse valor e o citado PL foi registrada, na Nova Boipeba, como ágio, na esteira das disposições legais que determinam a segregação do custo do investimento adquirido.

Ao final, a ora Recorrente incorporou a sua investidora, após o quê teve início a amortização do ágio controvertida nesses autos.

É preciso dizer que o valor do ágio aqui discutido – cujo fundamento é a rentabilidade futura da Usina Eldorado – tem esteio em Laudo confeccionado *experts* contemporâneo à aquisição do investimento em análise (fls. 225-240), laudo esse que jamais foi questionado pela r. autoridade autuante.

Outrossim, também é inquestionável a assertiva de que o ágio em comento efetivamente foi pago a parte não relacionada, outro fato não controvertido pela autoridade fiscal.

Com efeito, o que determinou os lançamentos em análise foi o entendimento de que as operações supracitadas foram todas elas tidas como abusivas, como se toda a *engenharia de fatos societários* existisse apenas no papel para maquiar uma verdadeira operação de compra e venda, engenharia essa que teria permitido (i) a confusão entre o investimento adquirido com ágio e a investida – engatilhando a amortização de ágio em apreço – e ainda (ii) o reconhecimento, pela Recorrente, de despesas financeiras atinentes a empréstimo contraído para a sua própria aquisição.

Em síntese, a r. autoridade fiscal afirma que, se a ETH Participações simplesmente tivesse adquirido as ações da ora Recorrente, a amortização do ágio em destaque jamais teria lugar, sendo que as despesas financeiras relacionadas ao mútuo contraído deveriam ser apropriadas pela própria ETH, que seria a verdadeira mutuária nesse negócio jurídico – o

que a seu sentir seria demonstrado pelo fato de a Odebrecht figurar como fiadora nesse empréstimo.

Os lançamentos em apreço são manifestamente improcedentes.

Início a demonstração da cogência dessa assertiva pelo exame da glosa empreendida pela fiscalização sobre as despesas atinentes à amortização do ágio que surgiu por ocasião da aquisição das ações representativas do capital da ora Recorrente.

Nesse mister, trago à balha os seguintes precisos argumentos constantes do Recurso Voluntário em análise, que de forma contundente espancam as ilações centrais da acusação dirigida ao sujeito passivo, *litteris*:

*Primeiro, porque tendo o legislador concedido um benefício fiscal condicionado à adoção de determinada forma jurídica pelo particular, não cabe ao Fisco questionar os atos praticados em conformidade com as normas pertinentes para usufruir a vantagem. Como a própria lei concessiva do benefício exigia que se fizesse um determinado tipo de operação societária para que ele fosse aproveitado, isso significa que estava pré-autorizada a prática de todos os atos necessários para que tal operação se concretizasse, pois somente através dela o resultado (amortização do ágio) seria alcançado. Assim, não pode o particular que agiu conforme a permissão legal ser posteriormente autuado, sob a alegação de que deveria ter ele adotado outro “caminho mais curto e usual”, mas que, nada obstante, não lhe permitiria atingir o resultado (utilização do benefício de amortização do ágio) que lhe é facultado por lei.*

*Em segundo lugar, mesmo que utilizado o “caminho” que a fiscalização e a DRJ entendem deveria ter sido adotado (compra da Usina Eldorado por ETH), o ágio poderia ter sido amortizado pela Recorrente, o que esvazia por completo a acusação fiscal. **Ora, bastava ETH ter adquirido as ações da Recorrente (em vez de NOVA BOIPEBA fazê-lo) e, em seguida, ser parcialmente cindida com incorporação do patrimônio vertido (composto pela participação societária) na Usina Eldorado, a fim de que a última passasse a amortização o ágio envolvido na transação. Caso a transação se desse nesses moldes, o regime fiscal aplicável seria exatamente o mesmo que se verificou com a permuta de ações praticada pela NOVA BOIPEBA e sua posterior incorporação.***

*Acrescente-se ser igualmente improcedente o argumento da DRJ de que a aquisição da Usina Eldorado por ETH, seguida da cisão parcial desta última, a empresa originada da operação de cisão não poderia amortizar o ágio não ser “a adquirente original” do investimento, na medida em que não teria “efetuado pagamento algum”. Isso porque simplesmente inexistente na legislação fiscal o pressuposto mencionado na decisão recorrida como condição à amortização fiscal do ágio. Trata-se de conjectura posta pelo acórdão de 1º grau, o qual, justamente por não estar previsto na legislação, não obsta o regular exercício do direito à apropriação da despesa.*

*Ao inverso. O que prevê a legislação é que a sociedade que absorve o patrimônio daquela que foi cindida “sucede a esta nos direitos e obrigações relacionadas no ato da cisão” (art. 229, § 1º, da Lei n. 6.404/76 – Lei das S/A). Por consequência, a empresa que fosse criada a partir da cisão parcial de ETH seria, nos termos da lei, a sucessora e teria direito à amortização do ágio. Até porque se as envolvidas tivessem sido fusionadas a pessoa jurídica que passaria a amortizar o ágio necessariamente seria nova e distinta daquelas que efetuaram a aquisição do investimento (Lei das S/A, art. 228), de modo que, como tal hipótese é admitida pela norma fiscal, verifica-se não ter nenhum sentido as assertivas declinadas pela decisão recorrida como pretexto para manter as autuações fiscais.*

*Assim é indubitável que, tanto a forma jurídica proposta pela Fiscalização e pela DRJ, quanto aquela adotada no caso concreto levariam ao mesmo desfecho, uma vez atendidos os pressupostos previstos na Lei 9.532/97: amortização do ágio pela Recorrente. Em outras palavras, para usufruir o benefício fiscal legalmente previsto, a ETH poderia tanto ter constituído a NOVA BOIPEBA para concentração de atividades necessárias à aquisição da Usina Eldorado, como ter adquirido diretamente a Usina Eldorado, promovendo em seguida a sua cisão parcial com incorporação na Recorrente. Ambas as operações levam ao mesmíssimo resultado do ponto de vista tributário. Até porque: “Considerando que o fundamento econômico do ágio não se altera em virtude da interposição de outras pessoas jurídicas, o ágio na Empresa A deverá ter o mesmo tratamento que deve ser conferido ao ágio registrado na Empresa H.*

*Do exposto, verifica-se que, no conjunto dos atos praticados, tanto pelo caminho adotado pela sucedida pela Recorrente, quanto por aquele que a fiscalização e a DRJ alegam ser o correto, a amortização do ágio era assegurada à Recorrente, na medida em que a própria legislação determina a junção dos patrimônios da investidora e investida de modo a subsistir uma só pessoa jurídica. Os lançamentos atêm-se exclusivamente à forma ao invés da substância dos atos diversamente do declinado como justificativa para a realização das autuações. Caso fosse considerada a verdade material, que a fiscalização alegou averiguar, a conclusão seguramente seria pela legitimidade da amortização do ágio.*

*O que se nota é que o Fisco objeta a operação simplesmente porque pretende arrecadar mais do que a lei permite. Não foi apresentada qualquer justificativa econômica que sustente sua pretensão de reverter a base negativa e o prejuízo fiscal da autuada / ora Recorrente – Usina Eldorado. Alega-se, apenas, que, formalmente, a NOVA BOIPEBA, por não ter realizado operações até a aquisição das ações da Recorrente, não teria condições de ter praticado a permuta com a FAMÍLIA COUTINHO, o que levaria a assumir que quem o teria feito seria a ETH. No limite, a postura do Fisco assemelha-se à dos contribuintes que se apegam à forma do negócio, desprezando sua real substância econômica. A diferença é que os contribuintes normalmente invocam a prevalência da forma*

*sobre a substância para pagar menos tributos, enquanto, neste caso,*

*o Fisco está utilizando a forma do negócio como justificativa para cobrar mais!*

*Todavia, a usualidade ou não da forma jurídica adotada é irrelevante para o deslinde da questão. Para este efeito importa examinar não apenas o que está escrito, mas o que efetivamente aconteceu no mundo real, vale dizer, se houve e quem adquiriu participação com ágio e se a investidora incorporou ou foi incorporada por sua investida. Como bem observa Marco Aurélio Greco, para avaliar a legitimidade de determinado comportamento praticado pelo contribuinte deve o aplicador da lei tributária ter presentes os fatos subjacentes à forma jurídica adotada e não o contrário: “o ser ‘diferente’ não implica estarmos diante de situação inaceitável. O diferente em si mesmo considerado, não é nem bom nem ruim, é apenas diferente. Cumpre ao Fisco ir além da demonstração da atipicidade da conduta do contribuinte. Cumpre provar tratar-se de operação com enquadramento diferente daquele sustentado pelo contribuinte e que leve à exigência do tributo”.*

*Não por outra razão, o CARF, ao examinar situações análogas à presente, em que se tem a realização de operações mais complexas (indiretas) que a compra e venda (direta), porém, sem resultar em regime fiscal distinto do que ocorreria caso esta fosse executada, tem reiteradamente concluído pela improcedência das autuações que glosaram as despesas de ágio amortizadas. Veja-se:*

*“o cerne da questão gira em torno de saber se haveria ou não ágio, caso a operação de aquisição de participações societárias fosse realizada diretamente, isto é, sem a presença de interpostas pessoas (...) se a empresa Tyssenkrupp Industries Participações Ltda. tivesse efetuado uma compra direta de ações da empresa Elevadores Sur S/A (Tyssen Sur S/A) e das quotas da Astel Ltda., pelo valor de R\$ 202.337.000,00, constata-se que o ágio permaneceria o mesmo. Portanto, (...) concluiu-se, do exposto, que independentemente da utilização ou não de interpostas pessoas para a transferência do controle acionário, o ágio persistiria” (fls.1286-1289; sem grifos no original)*

Chancelo integralmente tais considerações.

Com efeito, entendo que o fato de o Grupo ETH ter constituído a Nova Boipeba com vistas a centralizar os esforços atinentes à aquisição das ações da ora Recorrente não encontra qualquer óbice na legislação de regência, sendo inquestionável que tal entidade não agiu enquanto agente meramente passivo durante todo o processo de aquisição.

Deveras, é certo que foi a Nova Boipeba não foi capitalizada com cifras suficientes à aquisição da Recorrente, de modo que foi ela – a Nova Boipeba, e não a ETH Participações – que buscou no mercado financeiro empréstimo cujo montante extrapolava o investimento feito por sua controladora.

O fato de que a Odebrecht S/A tenha constado como fiadora nesse negócio jurídico apenas revela o absurdo de uma das considerações tecidas pela r. autoridade fiscal: **obviamente, a instituição financeira mutuante jamais permitiria que um determinado mutuário**

fosse *fiador de si mesmo*, de modo que é absolutamente despropositada a assertiva no sentido de que a Odebrecht, e não a Nova Boipeba – que figura como mutuária no contrato –, tenha entabulado a avença em análise.

Saliente-se que, consoante organograma que repousa ao fólio n. 1220, por mais que a Odebrecht seja controladora da ETH Participações, é certo que uma terceira sociedade detinha 1/3 das ações dessa última companhia – participação essa bastante expressiva –, o que revela o desacerto nas equiparações entre a ETH Participações e a Odebrecht, fiadora do contrato.

O pressuposto dos lançamentos em destaque consiste na afirmação da r. autoridade fiscal no sentido de que, se a ETH Participações tivesse adquirido as ações da Recorrente diretamente, o ágio em destaque não seria amortizável para fins fiscais.

No modelo proposto pela autoridade fiscal, a participação societária adquirida com ágio permaneceria indefinidamente no Ativo da ETH Participações, sem que ocorressem quaisquer das hipóteses de reorganização societária a que alude o art. 386 do RIR/99 e, conseqüentemente, sem que a mais valia pudesse ser amortizada para fins da apuração do lucro real da investidora.

A afirmação é hialinamente falaciosa.

Com efeito, é certo que, se a ETH Participações tivesse adquirido as ações da Recorrente diretamente, ainda assim o ágio de que aqui se cuida existiria, uma vez que o preço ajustado com os antigos controladores da Usina extrapolava o valor do Patrimônio Líquido dessa.

Nesse cenário – sendo certo que a mais valia em questão teve como fundamento a rentabilidade futura da Recorrente, o que jamais foi contestado pela r. autoridade fiscal –, é realmente jocosa a consideração da autoridade fiscal no sentido de que jamais ocorreria a confusão entre investimento e investida que ensejasse a amortização fiscal da mais valia.

De fato, parece-me insustentável qualquer consideração no sentido de que o administrador da ETH Participações, no quadro da compra direta das ações da Recorrente, devesse simplesmente manter o ativo diferido de que aqui se cuida inerte, sem que diligenciasse com vistas à sua amortização.

Realmente, o ágio de que aqui se cuida é da ordem de R\$ 159.151.115,17, valor que representava basicamente o DOBRO do Patrimônio Líquido da ora Recorrente ao tempo da aquisição da participação societária aqui discutida.

Assim sendo, penso que se o administrador da ETH Participações – no cenário imaginado pela r. autoridade fiscal, qual seja, compra direta das ações da Usina Eldorado – não procedesse a um rearranjo societário com sua investida com vistas à amortização fiscal do ágio em análise, estaria ele agindo em franco descumprimento dos deveres de diligência ínsitos à sua posição, na esteira dos arts. 153 e 154 da Lei das S/A, que rezam, *verbis*:

*Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.*

*Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.*

Frise-se que é a própria lei que estabelece que o ágio com lastro em rentabilidade futura pode ser amortizado fiscalmente SE, E SOMENTE SE, ocorrer uma das hipóteses a que se refere o art. 386 do RIR/99.

Destarte, é óbvio que a boa gestão da ETH Participações envolveria inequivocamente a prática dos atos societários a que alude o citado dispositivo com vistas ao aproveitamento das vultosas cifras pagas aos antigos controladores que sobejavam o patrimônio líquido da investida. Ainda que não se considere que a norma que emerge da conjugação dos arts. 385 e 386 do RIR/99 efetivamente *induz* os agentes econômicos a materializarem os atos que ativam a fruição do “benefício fiscal” em referência, revela-se desconectada de qualquer racionalidade econômica uma reconstrução de eventos que não encerre tais atos quando eles podem facilmente ser praticados e quando eles se constituem em condição ao gozo da benesse fiscal.

Ou seja, na reconstrução dos negócios jurídicos empreendida, observa-se claramente que a r. autoridade autuante parou um passo antes do que ordinariamente seria de se esperar, e, ao que tudo indica, essa *reconstrução parcial do que ocorreria normalmente* foi assim parcial apenas para que a autoridade fiscal *atingisse* o seu desiderato de *provar* que o ágio em destaque não seria amortizável.

Caso a ETH Participações tivesse adquirido as ações da Recorrente e, posteriormente, tivesse procedido à cisão seguida de incorporação a que se referiu o contribuinte no excerto de seu Recurso Voluntário supratranscrito, é inegável que a amortização da mais valia ocorreria basicamente nos mesmos moldes daquela que teve lugar após a incorporação da Nova Boipeba pela ora Recorrente, o que revela que a conclusão a que chegou a r. autoridade fiscal é inconsistente com as próprias premissas que adota.

Dessa forma, percebe-se que o ágio aqui controvertido existiria e seria amortizável ainda que a aquisição das ações da Recorrente não tivesse envolvido as sociedades Nova Mucuri e Nova Boipeba, de modo que a situação em apreço amolda-se feito luva àquela discutida no citado precedente transcrito pelo sujeito passivo, do qual extraio as seguintes passagens, *litteris*:

*De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (fls. 454/458) e auto de infração (fls. 459/465), constata-se que a fiscalização descreveu, minuciosamente, em ordem cronológica dos fatos, o processo de constituição de empresas, subscrição e integralização de capitais sociais, compra e venda de participações societárias, permuta de participações societárias, o que culminou, efetivamente, na transferência das ações da Thyssen Sur S/A (Elevadores Sur S/A) e das quotas da Astel Ltda. para a Thyssenkrupp Industries e Participações Ltda. que, posteriormente, em 31/12/1999, foi incorporada pelo interessado.*

**Ainda segundo o referido Termo, a fiscalização concluiu que, "caso esta operação fosse realizada diretamente, isto é sem a presença de interpostas pessoas, não haveria ágio". Ou seja, se as ações da Thyssen Sur S/A (Elevadores Sur S/A) e as quotas da Astel Ltda. fossem adquiridas diretamente pela Thyssenkrupp Industries Participações Ltda., incorporada posteriormente pelo interessado, sem que tivessem transitado, antes, pelas empresas constituídas (interpostas pessoas), não haveria ágio.**

Sendo assim, glosou as despesas de ágio que foram amortizadas pelo interessado nos anos-calendário de 2001 (R\$ 9.341.000,00), 2002 (R\$ 11.192.000,00), 2003 (R\$ 12.083.000,00) e 2004 (R\$ 13.420.000,00).

**Cabe registrar que o cerne da questão gira em torno de se saber se haveria ou não ágio, caso a operação de aquisição de participações societárias fosse realizada diretamente, isto é, sem a presença de interpostas pessoas. É o que será abordado a seguir.**

Segundo o Termo de Verificação Fiscal (fls. 454/458), as operações teriam ocorrido, em síntese, da seguinte forma:

Em 08/10/1998, foi constituída a empresa 5246 Participações S/A, cujo capital social era de R\$ 1.000,00, dividido em 1.000 ações. Os sócios eram Eduardo Duarte (99%) e Márcia Santos (1%).

Em 04/08/1999, realizou-se uma Assembléia Geral Extraordinária (AGE) da empresa 5246 Participações com as seguintes deliberações:

1º) Desdobramento das ações na proporção de 10.000 (dez mil) para 1 (um) fazendo com que os sócios passassem a possuir 10.000.000,00 de ações.

2) Emissão de 7.000.000 de ações, cujos subscritores destas foram os acionistas da empresa Elevadores Sur S/A (Thyssen Sur S/A) e quotistas da Astel Ltda., pertencente ao Grupo Aumonde.

3º) O Sr. Adroaldo Carlos Aumonde, do grupo Aumonde, assumiu o cargo de presidente da empresa 5246 Participações S/A.

Cabe registrar que, até esta data, a empresa só tinha as suas próprias ações emitidas, as quais, provavelmente, estavam em tesouraria.

Em 15/08/1999, houve um aumento do capital na empresa 5246 Participações S/A, sendo que o capital social passou a ser de 20.000.000 de ações. O aporte de 3.000.000 de ações foi feito com as ações da empresa Elevadores Sur S/A (Thyssen Sur S/A) e quotas da Astel Ltda. O valor do capital social desta empresa passou a ser de R\$ 36.655.040,00.

Então, nesta data, passou a deter a propriedade de:

a) 20.000.000 de ações de sua emissão, as quais, provavelmente, estavam em tesouraria.

b) Ações da empresa Elevadores Sur S/A (Thyssen Sur S/A) e quotas da Anel Ltda, cujo valor patrimonial eram, respectivamente, R\$ 35.918.201,04 e R\$ 757.530,44, conforme consta no documento de fls. 397/398.

Em 27/08/1999, foi constituída a empresa Thyssenkrupp Industries Participações Ltda., com capital social de R\$ 100,00, composto de 100 ações, sendo 99% delas pertencentes à espanhola Thyssen Industries S/A e 1% a Thyssen Eletec Ltda.

Em 08/09/1999, segundo consta na peça impugnatória (fl. 492), a empresa espanhola Thyssen Industries S/A comprou 10.000.000 de ações de emissão da empresa 5246 Participações S/A, as quais estavam em tesouraria, pelo valor de R\$ 202.337.000,00. Nesta mesma data, segundo o Termo de Verificação Fiscal (fls. 454/458), foi alterado o contrato social da empresa Thyssenkrupp Industries Participações Ltda., tendo sido aumentado o capital social de R\$ 100,00 para R\$ 226.920.901,00. As quotas foram subscritas pela sócia majoritária, a empresa espanhola Thyssen Industries S/A, e integralizadas da seguinte forma:

a) com 10.000.000 de ações da empresa 5246 Participações S/A, no montante de R\$ 202.337.000,00.

b) em dinheiro, no montante de R\$ 3.782.000,00.

c) o saldo restante, em 24 meses, em dinheiro ou bens.

Cabe registrar que, nesta data, a empresa Thyssenkrupp Industries Participações Ltda. passou a ser a proprietária das 10.000.000 de ações da empresa 5246 Participações S/A.

Registre-se que, em 06/09/1999, ou seja, dois dias antes, a empresa Thyssenkrupp Industries Participações Ltda, já tinha pactuado com a empresa 5246 Participações S/A a seguinte permuta: transferia a titularidade das 10.000.000 de ações de emissão da empresa 5246 Participações S/A para a própria empresa 5246 Participações S/A. Em troca, recebia a titularidade das ações da empresa Elevadores Sur S/A (Thyssen Sur S/A) e das quotas da Astel Ltda. Com isso, a empresa Thyssenkrupp Industries Participações Ltda. passou a deter o controle societário da Elevadores Sur S/A (Thyssen Sur S/A - 98,66%) e da Astel Ltda. (99,99%).

Em 31/12/1999 a empresa Thyssenkrupp Industries Participações Ltda. foi incorporada pelo interessado.

Feita a descrição das operações, cabe registrar que o ágio ocorreu, em razão do seguinte:

Os valores patrimoniais das ações da empresa Elevadores Sur S/A (Thyssen Sur S/A) e das quotas da Astel Ltda. eram, respectivamente, R\$ 35.918.201,04 e R\$ 751.530,44, conforme

consta no documento de fls. 397/398. Como já foi dito, estas pertenciam à empresa 5246 Participações S/A e foram permutadas pelas 10.000.000 de ações de emissão da própria empresa 5246 Participações S/A, cujo valor era de R\$ 202.337.000,00. Então, se o valor da aquisição da Elevadores Sur S/A (Thyssen Sur S/A) e da Astel Ltda. foi de R\$ 202.331.000,00 e os valores patrimoniais das referidas empresas eram R\$ 35.918.201,04 e R\$ 757.530,44, está configurado o ágio, que é, segundo dispõe o art. 385 do RIR/1999, a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o seu valor patrimonial.

Passa-se, agora, à análise da transferência do controle societário das empresas Elevadores Sur S/A (Thyssen Sur S/A) e Astel Ltda, caso a operação de compra fosse realizada diretamente, sem a presença de interpostas pessoas, conforme pretende a fiscalização.

Se a empresa 5246 Participações SM não existisse, as ações da empresa Elevadores Sur S/A (Thyssen Sur S/A) e as quotas da Astel Ltda, ainda pertenceriam ao grupo Aumonde. Todavia, ressalta-se que os valores patrimoniais das mesmas permaneceriam inalterados (Elevadores Sur S/A (Thyssen Sur S/A) - 35.918.201,04; Astel Ltda. - R\$ 757.530,44), uma vez que a integralização (na empresa 5246 Participações SM) não tem o condão de alterar o valor patrimonial. Portanto, se a empresa Thyssenkrupp Industries Participações Ltda. tivesse efetuado uma compra direta das ações da empresa Elevadores Sur S/A (Thyssen Sur S/A) e das quotas da Astel Ltda., pelo valor de R\$ 202.337.000,00, constata-se que o ágio permaneceria o mesmo. Ou seja, a diferença entre o custo do valor do investimento (R\$ 202.331000,00) e o valor patrimonial (Elevadores Sur S/A (Thyssen Sur S/A) - 35.918.201,04; Astel Ltda. - R\$ 751530,44), segundo o disposto no art. 385 do RIR/99, é o ágio.

Portanto, além de a fiscalização não comprovar a alegação de que "caso esta operação fosse realizada diretamente, isto é sem a presença de interpostas pessoas, não haveria ágio", e que por si só, já seria suficiente para julgar improcedente a autuação, por falta de provas que demonstrasse (sic) e fundamentasse (sic) a sua conclusão, uma vez que, quem alega, tem o ônus de provar, **concluiu-se, do exposto, que independentemente da utilização ou não de interpostas pessoas para a transferência do controle acionário, o ágio persistiria.**

Impende esclarecer, só para argumentar, que a utilização de interpostas pessoas na transferência do controle acionário beneficia, não o interessado que, no caso dos autos, adquiriu as participações societárias, mas sim, a parte vendedora. A empresa 5246 Participações S/A, parte vendedora, vendeu à empresa espanhola Thyssen Industries S/A 10.000.000 de ações de sua emissão, as quais estavam em tesouraria, pelo valor de R\$ 202.337.000, ações estas sem valor de mercado, ao invés de vender as ações da empresa Elevadores Sur S/A (Thyssen Sur S/A) e as quotas da Astel Ltda., estas sim, as que verdadeiramente interessavam a compradora, com o intuito de se beneficiar do **disposto no art. 442, inciso IV, do RIR/1999.**

*O art. 442, inciso IV, do RIR/1999 reza que "não serão computadas na determinação do lucro real as importâncias, creditadas a reservas de capital, que o contribuinte com a forma de companhia receber dos subscritores de valores mobiliários de sua emissão a título de lucro na venda de ações em tesouraria."*

*Então, ao invés do grupo Aumonde vender diretamente as ações da empresa Elevadores Sur S/A (Thyssen Sur S/A) e as quotas da Astel Ltda., o que ensejaria a tributação do ganho de capital apurado, optou por constituir uma empresa (empresa 5246 Participações S/A), interposta pessoa, e integralizar o capital com estas ações/quotas. Passo seguinte foi a venda das ações da empresa 5246 Participações S/A que estavam em tesouraria, sem tributar o lucro apurado na venda, a teor do disposto no art. 442, IV, do RIR/1999, e, posteriormente, permutá-las com as ações da empresa Elevadores Sur S/A (Thyssen Sur NA) e as quotas da Astel Ltda. Ou seja, é a parte vendedora quem se beneficia da utilização de interposta pessoa. Ai tem toda aquela discussão se teria havido simulação nesta operação, se poderia tributar valendo-se da interpretação econômica, mas que não se aplica ao presente processo e, por isso, não será enfrentada, já que, é sempre bom lembrar, o sujeito passivo (interessado) de que trata o presente processo é a parte compradora, adquirente das participações societárias, e não a parte vendedora.*

*Cabe ressaltar que, pelo fato de a fiscalização ter entendido indevidamente, como já exposto, que não haveria ágio, glosou as amortizações do referido ágio efetuadas pela incorporadora (interessado). É bom deixar claro, tendo em vista o disposto no Termo de Verificação Fiscal (fls. 454/458), que a fiscalização reconhece que, se houvesse ágio, a incorporadora poderia se beneficiar do mesmo, já que afirma, à fl. 457 do referido Termo, que "... a incorporadora pode se beneficiar da amortização do ágio no investimento, o que não é tributado." Donde se conclui que, para a fiscalização, se houvesse ágio, o mesmo poderia ser amortizado pela incorporadora, sem adentrar em maiores considerações a respeito do tema.*

*No caso em concreto, de acordo com o auto de infração (fls. 459/465), as amortizações de ágio glosadas nos anos-calendário de 2001, 2002, 2003 e 2004 se referem ao ágio apurado na aquisição societária da empresa Elevadores Sur S/A (Thyssen Sur S/A), conforme se depreende do demonstrativo de fl. 394. O montante de ágio constante no referido demonstrativo de fl. 394, no total de R\$ 1.64.071.689,76, está fundamentado, conforme laudo produzido por empresa especializada (fls. 556/605), no valor da rentabilidade da Thyssen Sur S/A, com base na previsão dos resultados dos exercícios futuros (art. 385, II, do RIR/1999).*

*Cabe reproduzir trecho da Conclusão do laudo (ff 560), que, diga-se, não foi questionado pela fiscalização. "... somos da opinião de que os procedimentos utilizados pela Diretoria da mesma [Thyssen Sur S/A] para definição e aplicação de premissas e cálculos no preparo das referidas demonstrações de resultado projetadas estão adequados e atendem ao propósito de fundamentação do ágio*

*apurado na aquisição do controle acionário da Thyssen Sur S/A, no montante de R\$ 164.071.689,76."*

*Cabe ressaltar que, se a fiscalização não busca produzir provas que questionem a validade do laudo, se limitando a afirmar, sem provas, que não havia ágio, quando ficou provado, pelo exposto, que, independentemente da existência ou não de interpostas pessoas, haveria ágio, descabe a autuação.*

*Portanto, pelo exposto, é improcedente a autuação. (Acórdão n. 105-16.395; Processo n. 19515.000496/2006-43; Rel. Cons. Irineu Bianchi; Votação Unânime; j. 25.4.2007; sem grifos no original)*

Importante salientar que, de acordo com informação trazida pelo sujeito passivo unicamente em seu Recurso Voluntário, a ETH Participações efetivamente foi extinta em 2009, através de cisão, sendo que essa fração do seu acervo foi incorporada na Recorrente. Essa alegação do contribuinte repousa à fl. 1290 dos autos, sendo que os documentos a comprovar o alegado constam das fls. 1311 e seguintes.

Mister apontar, ademais, a completa infelicidade da r. decisão recorrida – da qual não se extrai nada de aproveitável – ao fazer as seguintes assertivas, *litteris*:

*Além das dificuldades operacionais apontadas, o ponto crucial é que, na aquisição da Usina Eldorado por ETH e posterior cisão parcial desta, a nova empresa, originada da cisão, não poderia amortizar o ágio, uma vez o destaque de o patrimônio ser o da já empresa adquirida. Além disso, ela não seria a adquirente original e, dessa forma, não poderia cogitar de ágio, uma vez não ter efetuado pagamento algum. (fl. 1246)*

Penso despidendo tecer maiores considerações sobre a erronia das afirmações, sendo certo que o ágio deve acompanhar o investimento cuja aquisição determinou seu surgimento e que a assertiva de que o ágio não seria aproveitável pelo fato de a sociedade resultante não ter efetuado pagamento significaria, ao fim e ao cabo, a completa impossibilidade de amortização fiscal de ágio em se tratando de incorporação às avessas, o que obviamente fere de morte o texto de lei.

Por todo o exposto, mostra-se completamente descabida a glosa da amortização do ágio levada a efeito pela r. autoridade autuante, razão pela qual acolho o Recurso Voluntário para cancelar as exigências de que aqui se cuida.

A mesma sorte devem ter as glosas dos juros e da variação cambial passiva atinentes à parcela do mútuo de US\$ 100.000.000,00 que foi utilizada para a aquisição das ações da ora Recorrente.

A glosa aqui discutida é maculada em sua essência.

Com efeito, os valores objetos de glosa correspondem às despesas de juros e variação cambial passiva relacionados ao mútuo contraído pela Nova Boipeba de US\$ 100.000.000,00; mais especificamente, a glosa recaiu sobre os juros e variação passiva correspondentes à fração do empréstimo (48,53%) que efetivamente foi utilizada na aquisição das ações da ora Recorrente.

Já se disse nesse voto que o fato de a Odebrecht S/A – controladora indireta da ETH Participações – ter afiançado o empréstimo tomado pela Nova Boibepa não permite a ilação precipitada da r. autoridade fiscal no sentido de que a Odebrecht seria a verdadeira mutuária.

Ora, a instituição financeira, obviamente após uma análise de crédito, houve por bem emprestar valores à *entidade* Nova Boipeba, sendo que o fato de a sua controladora indireta constar como garante dessa avença não é suficiente para que a personalidade jurídica do tomador seja desconsiderada, não dando o necessário suporte à especulação de que fiador e afiançado correspondam a uma única sociedade.

Após a incorporação às avessas, a ora Recorrente naturalmente absorveu todo o patrimônio da Nova Boipeba, que foi extinta nesse mesmo ato societário, assumindo conseqüentemente todo o passivo da incorporada, que também era composto do mútuo em destaque.

Assim sendo, tendo em vista que a Recorrente não contraiu pessoalmente a obrigação a que se ligam os juros e a variação cambial em destaque, é certo que o exame acerca da dedutibilidade dessas despesas apenas deve gravitar em torno da origem dessa obrigação, é dizer, deve-se perquirir se a despesa era dedutível na *sucedida*.

De fato, observa-se que, *in casu*, a sucessora realmente teve que fazer face aos juros atinentes a mútuo que não contraiu, trata-se de passivo formado por negócio jurídico entabulado pela sucedida.

Se o negócio jurídico de que derivam os deveres de pagar juros foi firmado pela *sucedida*, pretender que sejam tais despesas necessárias, úteis ou usuais *para a sucessora* acaba por revelar critério absurdo e perverso, a sociedade resultante é assume o patrimônio da incorporada a título universal nos termos da lei.

Uma breve incursão pela situação inversa – qual seja, se a sucessora tivesse assumido um mútuo ativo gerador de receitas financeiras – presta-se a elucidar a questão.

Poderia, nessa hipótese, a sociedade resultante simplesmente deixar computar tais juros ativos em seu resultado pelo simples fato de que não foi ela que firmou o negócio jurídico do empréstimo? A resposta é obviamente negativa, sendo certo que o sujeito passivo imaginado não poderia lançar mão desse argumento para fulminar uma autuação por omissão de ditas receitas.

*In casu*, o empréstimo foi inquestionavelmente necessário para o fiel cumprimento dos propósitos da Nova Boipeba, e não há dúvidas de que a própria autoridade autuante jamais questionou a imprescindibilidade desse financiamento para a consecução da aquisição da participação societária da ora Recorrente.

Saliente-se que é completamente equivocada a afirmação de que *os recursos necessários para a aquisição da investida (Usina) são de responsabilidade da investidora que é a ETH*.

Realmente, a ETH Participações não é nem mutuária e nem fiadora do empréstimo de que aqui se cuida, posições essas assumidas respectivamente pela Nova Boibepa – sucedida pela Recorrente – e pela Odebrecht S/A.

Destarte, tendo em vista que indubitavelmente não participou dessa avença, não se consegue vislumbrar como poderia a ETH Participações responder, tributária ou civilmente, por tal negócio jurídico, o que apenas vem a corroborar o que restou dito nas linhas anteriores.

Por todo o exposto, DOU PROVIMENTO integral ao Recurso Voluntário, com o integral cancelamento das autuações de IRPJ e CSLL *sub examen*.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR - Relator

## VOTO VENCEDOR

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

A autoridade lançadora observa que o ativo representado pelo ágio amortizado pertence ao investidor ETH Participações S/A. Embora já sendo uma *holding*, esta pessoa jurídica participou da constituição de outras duas com a mesma atividade, sendo que Nova Boipeba Participações S/A existiu apenas no interregno de 27/02/2008 a 30/04/2008, e Nova Mucuri Participações S/A permaneceu sob seu controle de 27/02/2008 a 18/03/2008, até suas ações serem permutadas com as da autuada. No curto período de sua existência, Nova Boipeba Participações S/A e Nova Mucuri Participações S/A prestaram-se como caixa dos recursos que se destinaram à aquisição da autuada, sendo que Nova Boipeba Participações S/A contraiu em seu nome empréstimo de parte do valor destinado à compra da autuada, integrando ao seu patrimônio, para posterior incorporação pela autuada, o passivo que ensejou as despesas financeiras objeto da segunda infração aqui consignada.

A autoridade lançadora destaca que as duas pessoas jurídicas criadas em 27/02/2008, com meia hora de diferença entre os atos constitutivos, tinham por sede sala comercial na Av. das Nações Unidas, 4.777, 11º andar, em São Paulo/SP, e por diretores os sócios da ETH Bioenergia S/A (esta com participação de 0,01% no capital social de Nova Boipeba S/A, cabendo o restante a ETH Participações S/A). Observa, também, *que os dois únicos pagamentos realizados na contabilidade da Boipeba, não foram por ela efetuados, e sim pela ETH Participações, e isto porque a Boipeba existe somente no papel, e não tem capacidade financeira e administrativa para se auto gerir e liquidar suas próprias obrigações. Ademais, na referida pessoa jurídica não há qualquer captação de recursos de outro grupo econômico, nunca se comportou como holding e o único investimento que possuiu foram as ações da Usina.*

Outras inconsistências nos atos formalizados durante o processo de aquisição de autuada são mencionadas pela Fiscalização, que assim concluiu tratar-se de uma construção que *somente existiu no papel*, ao final da qual ETH Participações e ETH Bioenergia S/A se revelaram como as efetivas adquirentes das ações da autuada. De outro lado:

*Os objetivos da operação estão claramente traçados e definidos, o*

*“nexo causal” está perfeitamente caracterizado: a operação real de compra e venda de ações transformada artificialmente em operação de*

Documento assinado digitalmente em 18/03/2015 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO, Assinado digitalmente em 18/03/2015 por BENEDICTO CEL

SO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em 19/03/2015 por EDELI PEREIRA BESSA

Impresso em 23/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*permuta com incorporação às avessas, utilizando-se da empresa veículo NOVA BOIPEBA, de existência efêmera, com a finalidade específica de viabilizar a geração do ágio na aquisição do investimento e o seu aproveitamento para redução do resultado tributável nos anos seguintes. Situação que não ocorreria se o negócio fosse formalizado de acordo com sua substância – a aquisição do controle acionário da USINA ELDORADO S.A. diretamente pela ETH.*

A recorrente assevera que foram observados os pressupostos para amortização de ágio fixados pela legislação, com a preservação da estrutura organizacional do grupo e sem a obtenção de vantagem adicional à prevista legalmente. Isto porque a Lei nº 9.532/97 permite o aproveitamento do ágio quando a investidora incorpora ou seja incorporada pela investida, medida que favorece as *holdings puras*, que não aproveitariam a dedução do ágio por auferir basicamente receitas isentas (equivalência patrimonial e dividendos). Ademais, a junção dos patrimônios permite que a dedução do ágio seja confrontada com as *receitas que culminam na formação do resultado esperado nos anos seguintes*.

Defende que NOVA BOIPEBA, formada pelo grupo ETH como sociedade responsável por adotar todas as medidas relacionadas às negociações para a aquisição da Usina Eldorado, seguiu o script imposto pela Lei n. 9.532/97, e entende que o Fisco não pode questionar os atos praticados em conformidade com as normas pertinentes para usufruir a vantagem exposta na lei concessiva do benefício. Ademais, a amortização seria possível na hipótese de ETH ter adquirido as ações da Recorrente (em vez de NOVA BOIPEBA fazê-lo) e, em seguida, ser parcialmente cindida com incorporação do patrimônio vertido (composto pela participação societária) na Usina Eldorado, a fim de que a última passasse a amortizar o ágio envolvido na transação. A transação nestes moldes atrairia o mesmo regime fiscal aplicável às operações realizadas.

Acrescenta que seria equivocado o entendimento da autoridade julgadora no sentido de que, na segunda hipótese acima aventada, a empresa originada da cisão não poderia amortizar o ágio por não ser “a adquirente original”, reportando-se ao art. 229, §1º da Lei nº 6.404/76 acerca da sucessão decorrente da cisão.

Argumenta, assim, que *caso fosse considerada a verdade material, que a fiscalização alegou averiguar, a conclusão seguramente seria pela legitimidade da amortização do ágio*, e aduz que *não foi apresentada qualquer justificativa econômica que sustente sua pretensão de reverter a base negativa e o prejuízo fiscal da autuada*. Em consequência, *o Fisco está utilizando a forma do negócio como justificativa para cobrar mais*.

Reporta-se às razões de ordem negocial que justificavam a criação de novas empresas para possibilitar o aproveitamento do benefício de amortização do ágio, em vez da aquisição direta da participação por ETH, com sua posterior cisão e incorporação pela Recorrente, as quais seriam hábeis a afastar o alegado abuso de direito. E neste sentido diz que a formação de NOVA BOIPEBA buscou: (1) *concentrar os atos de aquisição da Usina Eldorado*; (2) *após a sua concretização, ser incorporada, a fim de amortizar o ágio resultante da transação*; e (3) *ao mesmo tempo manter o desenho da estrutura organização do grupo inalterada*, de modo que ETH se mantivesse como *holding* das demais pessoas jurídicas do grupo dedicadas ao mesmo segmento econômico, e não precisasse ser cindida, mediante os complexos procedimentos necessários para tanto.

Opõe-se à ocorrência de abuso de direito porque as transações praticadas não são *desprovidas de conteúdo e contrárias às finalidades perseguidas pelas normas fiscais envolvidas*, mas sim *vão ao encontro do fim almejado pelos artigos 7º e 8º da Lei n. 9.532/97*, mediante *união do ágio ao investimento que lhe deu causa*. Mais à frente acrescenta que a existência efêmera de NOVA BOIPEBA se explica porque encerrada a atividade para a qual foi criada, reportando-se a doutrina e jurisprudência administrativa em seu favor.

O litígio sob análise é semelhante ao verificado no Caso Santander-Banespa, e a recorrente inclusive cita excertos da primeira apreciação por este Conselho acerca da amortização do ágio formado naquela aquisição. Todavia, esta Conselheira manifestou-se em outro sentido ao apreciar o segundo lançamento no qual foram glosadas amortizações do mesmo ágio, nos termos do voto condutor do Acórdão nº 1101-000.961:

*As autoridades lançadoras, portanto, dentre outros aspectos, entendem que somente houve ágio pago na aquisição original do Banespa pelo Santander Hispano, de modo que o ágio deve integrar o patrimônio da sociedade espanhola. Destacam, inclusive, que o ágio lá permaneceu indiretamente, depois de todas as operações societárias realizadas. Asseveram, assim, que houve fraude para internalização do ágio aqui amortizado, justificando a glosa destas amortizações e a qualificação da penalidade.*

*Esta Relatora já se manifestou contrariamente a este tipo de operação, que busca superar os impedimentos práticos verificados no atendimento às condições legais para dedução, na apuração do IRPJ e da CSLL, da amortização do ágio antes da alienação do investimento.*

*Isto porque os efeitos das amortizações de ágio e deságio estão assim disciplinados no Decreto-lei nº 1.598/77:*

Art. 23. [...]

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

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

#### **Participação Extinta em Fusão, Incorporação ou Cisão**

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

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

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

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

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

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

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

*Nos casos em que a incorporação, fusão ou cisão ocorre em momento próximo à aquisição do investimento com ágio, o valor contábil do investimento é sempre superior ao acervo líquido contábil que substitui*

*as quotas/ações extintas em razão da incorporação, fusão ou cisão, ensejando perda de capital. Para que esta perda fosse dedutível, em interpretação literal do texto, necessário seria que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão fosse avaliado a preços de mercado.*

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

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

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

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

*Neste contexto, as disposições da Lei nº 9.532/97 podem ser interpretadas como um instrumento para evitar a dedução do ágio apurado sem fundamento econômico, o qual deveria ser mantido em conta do ativo permanente, não sujeita a amortização, bem como uma forma de parcelar os efeitos tributários do ágio pago sob outros fundamentos:*

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

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

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

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

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à

incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Quanto ao ágio fundamentado em ativos ou em outras razões econômicas, a doutrina contábil orienta em sentido semelhante ao da*

*lei, pois no primeiro caso vincula seus efeitos no resultado à realização do ativo incorporado, e no segundo caso determina sua baixa imediata, por não ser possível associar seu pagamento a algum critério que permita dimensionar sua amortização.*

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

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

*Contudo, é fundamental que a incorporação se verifique entre investida e investidora, com conseqüente confusão patrimonial e extinção do investimento, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável. Aqui, porém, ao término das operações, nada mudou, pois o Santander Hispano permaneceu com a mesma quantidade de ações e na mesma condição de controlador do Banespa.*

*Esta distorção, aliás, é reconhecida pela própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ao analisar a incorporação promovida por meio de uma sociedade veículo, assim expondo na Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349/2001, que alterou a redação da Instrução CVM nº 319/99:*

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

*Significa dizer que embora transferido o ágio para a empresa veículo, e na seqüência para a incorporadora desta, os efeitos econômicos do ágio originalmente contabilizado na controladora subsistem. Assim, a definição acerca do atendimento à finalidade dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 passa, primeiramente, pelo exame da validade da transferência do ágio originalmente contabilizado pela investidora para a Santander Holding, mediante subscrição de seu capital com o investimento por ela detido no Banespa.*

*Não se exige, aqui, uma lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital. Se não há vedação legal e os atos societários são realizados com observância dos requisitos formais, e têm por objeto ágio efetivo e pago, seria necessário disposição legal*

*específica para se negar validade aos atos societários no âmbito tributário. Contudo, é necessário verificar se a incorporação entre a investida e esta empresa para a qual foi transferido o ágio atende aos requisitos legais para que a amortização deste afete o lucro tributável.*

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

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

*Claro está que as empresas envolvidas na incorporação devem ser, necessariamente, a adquirente da participação societária com ágio e a investida adquirida. Em que pese a lei não vede a transferência consoante antes demonstrado, este procedimento não extingue, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da investidora, diversamente do que cogita a lei.*

*Em tais condições, a amortização do ágio que passou a existir no patrimônio da investida (Banespa) somente poderia surtir efeitos na apuração do seu lucro real caso se verificasse a sua extinção, ou da investidora (Santander Hispano), mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, por meio da qual o ágio subsistisse evidenciado apenas no patrimônio resultante desta operação, na forma*

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

Art. 23. [...]

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

[...]

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

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

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

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

[...]

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

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

*Entende o referido autor que a partir da incorporação, os lucros passam a ser tributados na investidora, pois antes disso no máximo haverá receita de equivalência patrimonial, não tributável (Op. cit. p. 79). Aqui, porém, os lucros permanecem tributados na investida, que os reduz mediante amortização de ágio decorrente de investimento que subsiste no patrimônio da investidora original.*

*Caso a investidora fosse empresa nacional, a provisão determinada pela Instrução Normativa CVM nº 349/2001 impediria que a equivalência patrimonial refletisse no seu patrimônio apenas o valor líquido dos resultados, restabelecendo o reconhecimento bruto dos*

*resultados da investida, sem os efeitos da amortização do ágio na investida, dado que a amortização do ágio se repetiria na investidora. A diferença está na redução da carga tributária da investida que esta manobra permite, em desrespeito ao previsto no art. 7º da Lei nº 9.532/97.*

*Evidenciado, portanto, que não houve a extinção do investimento, inadmissível a amortização fiscal do ágio.*

[...]

*A autoridade lançadora demonstra no Termo de Verificação Fiscal, às fls. 395/398, que o investimento inicial de R\$ 9,6 bilhões feito pelo Santander Hispano, para aquisição do Banespa, permaneceu sob sua titularidade indireta, ao final representado por investimento na controlada Banco Santander S/A, que posteriormente incorporou o Banespa. Portanto, o requisito legal de extinção do investimento não se verificou, subsistindo ativas a investidora e a investida, e por consequência os valores representativos do ágio no patrimônio da sociedade espanhola.*

*Em tais condições, as amortizações promovidas pelas empresas brasileiras são indedutíveis porque não representam despesas próprias, mas sim despesas da adquirente original do investimento, que subsiste ativa. As operações societárias realizadas, visando internalizar o valor equivalente ao ágio pago pela empresa espanhola, e criar uma incorporação para supostamente atender ao requisito do art. 7º da Lei nº 9.532/97, revelam que a contribuinte buscou, apenas, uma vantagem tributária, sem alterar o controle societário da investida no Brasil.*

*Assim, resta comprovada a conduta contrária à lei, intencionalmente praticada pelo contribuinte, mas que no entender da Fiscalização seria, inclusive, hábil a justificar a qualificação da penalidade. Ocorre que, se de um lado não apenas as omissões de dados e informações constituem o dolo necessário para caracterização da fraude, verificando-se esta também quando o sujeito passivo constrói um cenário falso para aparentar a presença dos requisitos legais que autorizariam a dedução por ele pretendida, não é possível afirmar que a conduta da autuada, no presente caso, tenha alcançado estes contornos. O grupo empresarial buscou usufruir do que entendia ser um benefício fiscal constituindo empresa veículo para, a partir dela, formalizar uma incorporação que não realizou o objetivo final da lei, qual seja, a união patrimonial entre investida e investidora. De outro lado, porém, o ágio efetivamente existiu e foi pago pela empresa espanhola ao Estado Brasileiro, em procedimento licitatório, apenas não se verificando a incorporação entre investidora e investida, permanecendo o ágio representado no patrimônio da investidora espanhola.*

*Na medida em que somente a empresa espanhola detinha as condições necessárias para a aquisição, a impossibilidade de aproveitamento do ágio era uma desvantagem a ser considerada na decisão empresarial, não podendo ser posteriormente brandida com fundamento na igualdade entre os licitantes. Mas, interpretando de forma diversa a legislação, a contribuinte praticou os atos que reputou válidos para amortizar o ágio pago na aquisição do Banespa, atos que devem ser reprovados com a conseqüente exigência do crédito tributário. Contudo, não se vislumbra dolo suficiente à caracterização da fraude*

*tributária, na medida em que o ágio existe e foi pago em procedimento licitatório, à semelhança de outros casos práticos que ensejaram o aproveitamento do disposto no art. 7º da Lei nº 9.532/97, a motivar a equivocada interpretação da contribuinte.*

*Por oportuno registre-se o destaque feito pelo Conselheiro José Sérgio Gomes durante esta sessão final de julgamento, reportando-se aos fundamentos do Conselheiro Antonio José Praga de Souza no Acórdão nº 1402-000.802 que, como já mencionado, tratou da mesma operação aqui em análise:*

Voltando a situação versada no presente processo, constata-se pela DIPJ/2003, regularmente apresentada dentro prazo e posteriormente retificada, que o Banespa auferiu receitas tributáveis da ordem de 7,100 Bilhões de Reais em 2002. Por seu turno, a base de cálculo do IRPJ e CSLL foi de aproximadamente 80 Milhões de Reais, ou seja, em pouco mais de 1% da receita total, sendo que a amortização do ágio reduziu em R\$ 1,492 Bilhão de Reais. Além disso, no ajuste anual a contribuinte apurou Saldos Negativos de Recolhimentos de 4 Milhões (IRPJ).

Ora, uma empresa com esses números certamente estava sujeita ao acompanhamento especial de que trata a Portaria SRF nº 448 de 2002. Definitivamente não é crível que a dedução pudesse ser ocultada do Fisco na contabilidade ou na DIPJ da recorrente, o que em verdade não ocorreu.

*Em suma, o Santander Hispano jamais abriu mão de seu controle sobre o Banespa, e manteve integralmente em seu patrimônio o investimento feito no Brasil para sua aquisição. Logo, o aporte de capital na Santander Holding, representado pelas ações detidas pelo Santander Hispano no Banespa, somente duplica o ágio que subsiste no patrimônio da investidora original. Em consequência, não há ágio a ser amortizado com efeitos fiscais pelas empresas nacionais, efeitos estes que somente se verificam na extinção do investimento, por alienação a terceiros ou por liquidação recíproca entre investidora e investida. Interpretando equivocadamente os dispositivos legais que tratam a matéria, a contribuinte acabou por reduzir indevidamente as bases tributáveis, de modo que regular é a exigência dos tributos não recolhidos. Todavia, não há justificativa para a qualificação da penalidade.*

No presente caso, ETH Participações S/A não figurou diretamente na aquisição da autuada, mas a Fiscalização não só demonstrou que Nova Boipeba Participações S/A operou por apenas 4 (quatro) meses, nos quais recebeu a integralização de seu capital pelo valor de R\$ 150.000.000,00 e contratou empréstimo no exterior no valor de de R\$ 169.080.000,00, com vistas a viabilizar a aquisição da autuada pelo grupo empresarial (48,53% do montante recebido foi destinado ao pagamento dos alienantes da participação societária na autuada), e na seqüência foi extinta por incorporação pela autuada, sequer dispondo de recursos financeiros para liquidar os dois únicos pagamentos escriturados no período de sua existência.

A inexistência de capacidade administrativa e financeira evidenciada pela Fiscalização nestes autos conduz à conclusão de que Nova Boipeba Participações S/A não era, propriamente, uma sociedade empresária, mas apenas uma extensão do caixa da real adquirente, ETH Participações S/A. Sua condição de pessoa jurídica recém criada, por sua vez, não lhe permitiria contratar o empréstimo antes mencionado, não fosse a responsabilidade assumida por Odebrechet S/A, como relatado pela Fiscalização.

De fato, a autoridade lançadora esclarece como esta pessoa jurídica poderia, sem qualquer patrimônio captar referido empréstimo: *A cédula de crédito bancário nr. 1005/08 tem a resposta: Os recursos foram de fato captados pela Odebrechet S/A, CNPJ 05.144.757/0001-72 é ela a devedora solidária na referida cédula, fl. 273. A recorrente entende que é injustificável assim concluir tão só em razão da sua indicação como solidária na contratação do empréstimo*, por ser prática usual tais medidas acautelatórias por parte das instituições financeiras. Ademais, a obrigação foi quitada pela recorrente, na condição de sucessora por incorporação de Nova Boipeba Participações S/A, e esta pessoa jurídica, por sua vez, também era uma *holding*, na mesma condição daquelas em favor das quais a autoridade julgadora de 1ª instância reconhece a normalidade na contratação de empréstimos para aquisição e participação em empresas.

Ocorre que não era interessante, do ponto de vista tributário, que ETH Participações S/A contratasse em seu nome referido empréstimo, pois as despesas financeiras daí decorrentes seriam confrontadas com as receitas isentas que, como reconhecido na defesa, são por ela auferidas na condição de *holding*.

Ressalte-se que, em tese, tem razão a recorrente ao defender que em caso de aquisição direta por parte de ETH Participações S/A, sua posterior cisão em favor da autuada permitiria a amortização do ágio. Mas isto porque a cisão resultaria na extinção do investimento escriturado em ETH Participações S/A, integrado pelo ágio pago na aquisição da autuada, em contrapartida à redução do capital social da investida (autuada), não mais subsistindo a hipótese de aproveitamento posterior daquele custo do ativo. Logo, a discordância em face do procedimento adotado pelo grupo empresarial não se prende à *forma do negócio*, mas sim aos efeitos materiais que dele decorrem.

Quanto às razões negociais alegadas pela recorrente, importa observar que a pretensão de *manter o desenho da estrutura organizacional do grupo inalterada* significa, apenas, que o Grupo ETH pretendia promover a aquisição sem extinguir o investimento, como exigido no art. 7º da Lei nº 9.532/97. Daí a necessidade de constituição de Nova Boipeba Participações S/A justamente para atendimento ao segundo objetivo, de cunho exclusivamente fiscal: após a aquisição da autuada, *ser incorporada, a fim de amortizar o ágio resultante da transação*. E, com referência à necessidade de *concentrar os atos de aquisição da Usina Eldorado*, considerando a ausência de autonomia de Nova Boipeba Participações S/A, demonstrada pela Fiscalização, somente se pode vislumbrar a vantagem tributária de alterar a contratante do empréstimo antes referido, e, por conseqüência, deslocar a dedução das despesas financeiras para a autuada depois da incorporação ao final realizada.

Por tais motivos, na medida em que a incorporação não se verificou entre a adquirente e a adquirida, a amortização do ágio com efeitos fiscais não encontra amparo nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, os quais, como antes exposto, não veiculam benefício fiscal, ao contrário do que defende a recorrente.

Frente a tais circunstâncias, são irrelevantes os argumentos deduzidos pela recorrente acerca da incorporação da investidora pela investida estar prevista no art. 8º da Lei nº 9.532/97, assim como é estranho ao litígio os eventuais efeitos decorrentes da *formação de NOVA MUCURI, sua capitalização e permuta com a FAMÍLIA COUTINHO*.

De outro lado, subsidiariamente a recorrente acrescenta que *ETH foi extinta em 2009, mediante cisão, por meio da qual parte do seu acervo foi incorporada na Recorrente (docs. J)*. Referido documento evidencia que o investimento detido por ETH Participações S/A

foi vertido para a atuada, apurando-se a diferença de R\$ 681,41 correspondente a ágio por rentabilidade futura, a ser registrado no ativo intangível da atuada, e isto porque a participação societária na investida estava registrada em ETH Participações S/A no valor de R\$ 106.135.964,10, justamente por desconsiderar a aquisição paga com parte do empréstimo que foi deslocado para contratação por Nova Boipeba Participações S/A, com os efeitos antes expostos (fls. 1332/1345).

Em tais condições, como antes dito, a extinção do investimento mantido pela adquirente na adquirida implementaria o requisito legal para dedução fiscal do ágio pago na sua aquisição. Por sua vez, como a atuada passaria a ser sucessora da cindida, a partir daquele momento figuraria como efetiva devedora da totalidade do empréstimo a ser pago.

Trata-se, portanto, de fato relevante para a solução do litígio, mas que demanda sua confirmação e complementação. Por tais razões, necessária se faz a CONVERSÃO do julgamento em diligência, para que a autoridade fiscal do domicílio do sujeito passivo:

- Confirme a cisão noticiada nos documentos juntados às fls. 1332/1345, juntando aos autos os atos correspondentes e a evolução contábil do investimento mantido por ETH Participações S/A na atuada nos períodos fiscalizados;
- Informe os registros contábeis promovidos por ETH Participações S/A e a atuada por ocasião da cisão; e
- Demonstre a evolução do empréstimo originalmente contraído por Nova Boipeba Participações S/A e posteriormente sucedido pela atuada, detalhando seus pagamentos e juros incorridos desde sua contratação até o último período atuado.

Ao final dos trabalhos a autoridade fiscal deve produzir relatório circunstanciado, descrevendo suas análises e conclusões daí resultantes, dele cientificando a interessada, com reabertura de prazo de 30 (trinta) dias para complementação de suas razões de defesa.

*(documento assinado digitalmente)*

EDELI PEREIRA BESSA – Conselheira