



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

**Processo n°** 15540.720556/2012-28  
**Recurso n°** De Ofício  
**Acórdão n°** 1102-000.982 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 04 de dezembro de 2013  
**Matéria** IRPJ. Glosa de amortizações de ágio.  
**Recorrente** FAZENDA NACIONAL  
**Interessado** ELCTRO VIDRO S/A

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2008

MULTA DE OFÍCIO. SUCESSÃO.

Cabível a imputação da multa de ofício à sucessora, por infração cometida pela sucedida, quando provado que aquela detinha o controle desta na data do evento.

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

Ano-calendário: 2008

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO.

Em regra, é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago.

A circunstância de a reorganização societária de que tratam os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ter sido realizada por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei.

LANÇAMENTO REFLEXO DE CSLL. MESMA MATÉRIA FÁTICA

Aplica-se ao lançamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL o decidido em relação ao lançamento do tributo principal, por decorrer da mesma matéria fática.

Recurso de Ofício Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso de ofício, vencidos os conselheiros Ricardo Marozzi Gregório (relator) e João Otávio Oppermann Thomé, que davam provimento ao recurso. O conselheiro João Otávio Oppermann Thomé acompanhou o relator pelas conclusões. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro José Evande Carvalho Araujo.

*Documento assinado digitalmente.*

João Otávio Oppermann Thomé - Presidente.

*Documento assinado digitalmente.*

Ricardo Marozzi Gregorio - Relator.

*Documento assinado digitalmente.*

José Evande Carvalho Araujo - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: João Otávio Oppermann Thomé, Antonio Carlos Guidoni Filho, José Evande Carvalho Araujo, Marcelo Baeta Ippolito, Ricardo Marozzi Gregorio e João Carlos de Figueiredo Neto.

## **Relatório**

Inicialmente, esclareço que todas as indicações de folhas inseridas neste relatório e no subsequente voto dizem respeito à numeração digital do sistema e-Processo.

Trata-se de recurso de ofício contra acórdão proferido pela 9ª Turma da DRJ/Rio de Janeiro I que concluiu pela improcedência dos lançamentos efetuados.

Os créditos tributários lançados, referentes ao IRPJ e à CSLL, devidos no período de apuração correspondente ao ano-calendário de 2008, totalizaram o valor de R\$ 13.538.782,04. Tal autuação foi fundamentada em glosa de amortizações de ágio e em multas isoladas pelo não recolhimento de estimativas.

### **Da autuação:**

No Termo de Constatação Fiscal (fls. 23 a 34), a autoridade fiscal assim descreveu os fatos que caracterizaram o lançamento:

**Período de apuração: 01 de janeiro de 2008 a 31 de dezembro de 2008.**

### **INTRODUÇÃO**

1. A presente ação fiscal foi iniciada, em 27/12/2011, junto ao contribuinte acima identificado, em cumprimento do Mandado de Procedimento fiscal nº 07.1.02.00-2011-00813-1, relativo ao IRPJ do período compreendido entre 01/01/2008 a 31/12/2008.
2. Conforme consta da Ata da Assembléia Geral Extraordinária, realizada em 05 de fevereiro de 2010, registrada, em 03/03/2010, sob o nº 00002004321, na junta Comercial do Rio de Janeiro (JUCERJA) a sociedade empresarial ISOLADORES SANTANA S/A, CNPJ 53.859.138/0001-07 foi incorporada pela ELECTRO VIDRO S/A, CNPJ 29.722.071/0001-80.
3. Como consequência, as ações fiscais desenvolvidas a partir de então, relacionadas com a sociedade empresária ISOLADORES SANTANA S.A, ora sucedida, que ensejarem de alguma forma, a responsabilidade tributária de algum fato a ela atribuída, será imputada a sua sucessora, ou seja, a ELECTRO VIDRO S.A.

### **DAS OPERAÇÕES DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA REALIZADAS**

4. Em 13/07/2007, a ELECTRO VIDRO S.A. adquiriu a totalidade das ações da ISOLADORES SANTANA S.A. (2.023.409.338 ), com ágio de R\$ 144.683.423,98 (cento e quarenta e quatro milhões, seiscentos e oitenta e três mil e quatrocentos e vinte e três Reais e noventa e oito centavos).
5. A ISOLADORES SANTANA S.A tem como atividade preponderante a industrialização e o comércio de isoladores de porcelana e polimérico, substancialmente destinados ao setor de energia elétrica. A Companhia está sediada na cidade de Pedreira no estado de São Paulo, onde também se localizam suas três unidades industriais.
6. Apurou o IRPJ e a CSLL com base no lucro real anual, no período compreendido entre 01/01/2008 a 31/12/2008, em acordo com o disposto na Lei nº 9.430/96.
7. Elaborou balanços de suspensão/redução mensais cumulativos e apurou na parte "A" do Lalur o Lucro Real acumulado.
8. Em 2008, optou pelo Regime Tributário de Tributação (RTT), instituído pela Lei nº 11.941/2009, o que acarreta, para fins tributários, a utilização dos métodos e critérios contábeis vigentes em 31/12/2007.
9. Em 03/12/2007, a ELECTRO VIDRO S.A. subscreveu e integralizou, por meio de transferência de 100% das ações da ISOLADORES SANTANA S.A., propiciando um aumento do capital social da A.L.T.T.E.S.P. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A., CNPJ 08.260.744/0001-57, que de R\$ 500,00 (quinhentos Reais) passou para R\$ 225.040.800,00 (duzentos e vinte e cinco milhões, quarenta mil e oitocentos Reais), mediante a emissão de 225.040.300 (duzentas e vinte e cinco milhões, quarenta mil e trezentas) novas ações ordinárias.
10. O investimento da ELECTRO VIDRO S.A. na ISOLADORES SANTANA S.A transferido por integralização da subscrição do capital na A.L.T.T.E.S.P. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A. tinha a seguinte composição:

DESCRIÇÃO DO ATIVO	Valor R\$
2.023.409.338 Ações Ordinárias Nominativas de emissão da Isoladores Santana S.A. avaliadas pela Equivalência Patrimonial	80.356.876,02
Valor do Agio pago referente a aquisição, em 13/07/2007, de 2.023.409.338 ações nominativas de emissão da Isoladores Santana	144.663.423,98
Total	225.040.300,00

11. Com esta operação a A.L.T.T.E.S.P. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A. passou a ser detentora de 100% do capital da ISOLADORES SANTANA S.A.

12. A A.L.T.T.E.S.P. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A., até então, era uma sociedade que constituída em 10/08/2006, tinha como objeto social a participação em outras sociedades, seja como sócia, acionista ou quotista, no país ou no exterior, com o capital social subscrito de R\$ 500,00 (quinhentos Reais), em moeda corrente, dividido em 500 (quinhentas) ações, sendo todas ordinárias nominativas e sem valor nominal.

13. Em 4/12/2007, um dia após o aumento do capital social da A.L.T.T.E.S.P. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A., em Assembléia Geral Extraordinária foi aprovado por unanimidade o protocolo de justificação de incorporação da empresa veículo A.L.T.T.E.S.P. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A. pela ISOLADORES SANTANA S.A.

14. Nesta mesma data, a ISOLADORES SANTANA S.A incorporou o acervo líquido da sua controladora, A.L.T.T.E.S.P. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A. (Empresa veículo), com conseqüente transferência do ágio e da provisão para manutenção da integridade do patrimônio líquido da incorporada (controladora) para a incorporada (controlada).

15. Como resultado dessa incorporação, a ELECTRO VIDRO S.A., detentora da totalidade das ações da A.L.T.T.E.S.P. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A., recebeu as ações ordinárias e sem valor nominal de emissão da ISOLADORES SANTANA S.A em substituição das ações extintas da A.L.T.T.E.S.P. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A.

16. Esta operação de incorporação resultou na ISOLADORES SANTANA S.A., a construção de: (i) um ativo imobilizado amortizável, denominada de ágio apurado na aquisição societária, no valor de R\$144.683.423,98 (cento e quarenta e quatro milhões, seiscentos e oitenta e três mil, quatrocentos e vinte e três reais e noventa e oito centavos) concernente ao ágio pago pela ELECTRO VIDRO S.A na aquisição das ações, (ii) uma conta redutora denominada provisão para desvalorização do ágio.

17. Assim, no ano-calendário de 2008, a ISOLADORES SANTANA S.A. registrou em sua contabilidade, na conta 4.120.100.012, Reversão de Provisão de Perdas, valores que reduziram os seus resultados tributáveis de IRPJ e CSLL nos seguintes valores, tendo como fundamento legal o artigo 386 do RIR/99.

ANO	CONTA	Valor Contabilizado R\$
2008	Código 4.120.100.012 - Reversão de Provisão de Perdas	28.936.684,80

18. Ressaltamos que nesta época, a controladora direta da ISOLADORES SANTANA S.A era a ELECTRO VIDRO S.A. e a controladora final é SEVES

S.p.A. As transações comerciais de compra e venda de produtos, matérias-primas e contratação de serviços, assim como as transações financeiras de empréstimos e captação de recursos entre as companhias do grupo são realizadas nas condições acordadas entre as partes.

19. A ELECTRO VIDRO S.A. é uma subsidiária indireta integral da SEVES S.p.A., cujas decisões estratégicas do grupo são tomadas pela controladora, que inclui todos negócios realizados pela referida Companhia.

### **O ÁGIO NA LEGISLAÇÃO SOCIETÁRIA E NA LEGISLAÇÃO FISCAL**

(...)

35. Essas operações de reorganização societária descritas neste relato propiciaram a geração de um ágio interno sem qualquer suporte econômico, cujos efeitos fiscais não podem prosperar, conforme demonstrado no item seguinte.

### **DA IMPOSSIBILIDADE DO SURGIMENTO DE ÁGIO INTERNO EM GRUPO SOCIETÁRIO**

(...)

41. Na geração do ágio amortizado pela fiscalizada não há partes independentes, mas somente pessoas jurídicas pertencentes ao mesmo grupo econômico, sob controle comum. A operação não redundou em ingresso de novos recursos, porque não teve origem em pagamento algum efetuado pela expectativa de resultado futuro.

42. No acervo líquido vertido da A.L.T.T.E.S.P. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A para a ISOLADORES SANTANA S.A., a parcela de R\$ 144.663.423,98 representa um ativo fiscal surgido da expectativa de amortização de um ágio pelo qual nada se pagou.

(...)

46. O ágio interno tem origem em uma construção contábil, que decorreu da interposição da A.L.T.T.E.S.P. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A. como intermediária entre a ISOLADORES SANTANA S.A. e sua controladora ELECTRO VIDRO S.A., sem que se alterasse de fato o verdadeiro controlador.

47. Não se pode extrair nem do art. 36 da Lei 10.637/02, nem do art. 7º da Lei 9.532/97, qualquer pressuposto de validação para o ágio artificialmente gerado. No mesmo sentido o art. 6º da Instrução CVM 319/99, que contempla a hipótese de incorporação reversa para aproveitamento do ágio. Essa orientação da CVM trata do autêntico ágio, que surgiu em muitas aquisições de participações nas concessionárias de serviços públicos, e cujo aproveitamento estava sendo otimizado através da replicação do ágio em sociedade criada para esse fim (veículo), e incorporada posteriormente pela sua controlada. Na origem dessas operações houve pagamento efetivo por esse ágio, hipótese, portanto, completamente distinta do caso da fiscalizada.

(...)

51. Não há qualquer suporte na teoria da contabilidade ou nas normas societárias e fiscais para o reconhecimento de ágio na sequência de operações praticadas pelo fiscalizado. Não se discute aqui, por ser irrelevante na fundamentação da autuação, o propósito negocial da operação como um todo.

**A irregularidade é a utilização de um artifício contábil sem suporte econômico (registro de ágio interno), na tentativa de aplicar o tratamento previsto na legislação para o verdadeiro ágio.**

52. Além disso, embora não se conteste a motivação final do processo de reestruturação, é evidente que a etapa intermediária de interposição da A.L.T.T.E.S.P. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A., sociedade empresária inoperante que, em toda a sua vida útil, só efetuou uma única operação econômica: a de seu aumento de capital, objetivou unicamente buscar o benefício fiscal previsto no art. 7º da Lei 9.532/97. Concluindo: não houve nenhum propósito negocial, societário ou econômico.

53. São insubsistentes, portanto, os efeitos fiscais na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL da ISOLADORES SANTANA S.A., no ano-calendário de 2008, decorrentes da amortização do suposto ágio herdado na incorporação da A.L.T.T.E.S.P. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A., cuja origem foi a subscrição de capital pela ELECTRO VIDRO S.A. na A.L.T.T.E.S.P. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A., através da transferência de investimento detido pela subscritora junto a ISOLADORES SANTANA S.A.

(...)

Cabe destacar que, conforme já relatado, consta da Ata da Assembléia Geral Extraordinária, realizada em 05 de fevereiro de 2010, registrada, em 03/03/2010, sob o nº 00002004321, na junta Comercial do Rio de Janeiro (JUCERJA), que a sociedade empresarial ISOLADORES SANTANA S/A, CNPJ 53.859.138/0001-07 foi incorporada pela ELECTRO VIDRO S/A, CNPJ 29.722.071/0001-80.

Desta forma a sociedade empresária ELECTRO VIDRO S.A sucessora da ISOLADORES SANTANA S.A. responde integralmente por todos os fatos relacionados a sua sucedida.

**Da impugnação:**

Conforme transcrito pelo relato do voto condutor da decisão recorrida, a empresa autuada apresentou em sua impugnação (fls. 366 a 391) os seguintes argumentos:

**IMPUGNAÇÃO**

(...)

**I - TEMPESTIVIDADE**

(...)

**II - OS FATOS E A EXIGÊNCIA FISCAL**

(...)

**III - FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO**

**III.1 - QUESTÃO PRELIMINAR**

## 1. A Multa de Ofício Não se Comunica à Sociedade Incorporadora

Preliminarmente, é imperioso ater-se ao fato de que, atribuindo a Fiscalização o cometimento dos pretensos ilícitos descritos nos autos de infração a ISOLADORES SANTANA S.A, tratando-se de pessoa jurídica extinta por incorporação, a sua sucessora, ELECTRO VIDRO S.A., ora IMPUGNANTE, apenas poderia ter sido intimada a cumprir as exigências fiscais sem que dos lançamentos constasse a imposição de multa de ofício, a teor do disposto no artigo 132 do CTN, que veda a transmissão da responsabilidade por penalidades ao sucessor, nos seguintes termos:

"Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas." (grifos nossos)

Portanto, decorrendo a obrigação do sucessor, nos exatos termos do artigo 121, parágrafo único, inciso II, do CTN, de disposição expressa de lei, e restringindo expressamente a lei (*in casu*, o art. 132 do próprio CTN) essa responsabilidade, apenas ao montante do tributo devido, sem aludir a penalidades, descabido se torna lançar mão de interpretação extensiva para gravar o patrimônio da sociedade incorporadora com aquele encargo punitivo, sob pena de violação do princípio da legalidade, insculpido no artigo 5º, inciso II, da Carta Magna, na seguinte redação:

"Art. 5º (...)

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;" (grifos nossos)

Diga-se, por oportuno, esse tem sido igualmente o entendimento dos Tribunais Administrativos, calcado em alentada jurisprudência do STF, como dão conta os acórdãos proferidos pelo Primeiro Conselho de Contribuintes e pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, sintetizados nas seguintes ementas:

(...)

## III.2. QUESTÕES DE MÉRITO

### 2. O Ágio em Questão decorreu de Efetivo Ingresso de Novos Recursos.

Primeiramente, cabe refutar as alegações do limo. Sr Fiscal Autuante, no sentido de que "a operação não redundou em ingresso de novos recursos, porque não teve origem em pagamento algum efetuado pela expectativa de resultado futuro".

Ora, conforme relatado no Termo de Constatação Fiscal que instrui a autuação ora impugnada (**doc. 2**), em 2007 a ELECTRO VIDRO SA, IMPUGNANTE, adquiriu a **totalidade das ações da ISOLADORES SANTANA S.A. (2.023.409.338), com ágio de R\$ 144.683.423,98** (cento e quarenta e quatro milhões, seiscentos e oitenta e três mil e quatrocentos e vinte e três Reais e noventa e oito centavos), conforme o Contrato de

Compra e Venda de Ações celebrado entre as partes, que foi firmado em 13/07/2007 (**doc. 3**).

Posteriormente, em 03/12/2007, a IMPUGNANTE subscreveu e integralizou capital na A.L.T.T.E.S.P. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A., por meio de transferência de 100% das ações da ISOLADORES SANTANA S.A.

Por fim, a ISOLADORES SANTANA S.A incorporou o acervo líquido da sua então controladora, A.L.T.T.E.S.P EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A, conforme se verifica nos documentos societários e laudo de Avaliação da incorporada emitido pela empresa KPMG Assurance Services (**doc. 4**), com conseqüente transferência do ágio e da provisão para manutenção da integridade do patrimônio líquido da incorporada (controladora) para a incorporada (controlada), sendo que o limo. Sr. Fiscal Autuante entendeu, de forma, *data vênia*, equivocada, que essa operação não possuiu fundamento econômico, por não ter redundado em ingresso de novos recursos, e dessa forma, glosou a amortização do referido ágio feita no ano-calendário de 2008 pela Isoladores Santana S.A, do qual a IMPUGNANTE é sucessora, devido a sua incorporação realizada no ano-calendário de 2010, conforme relatado na última folha do Termo de Constatação Fiscal.

Ocorre que, a afirmação de que tal ágio não decorreu do ingresso de novos recursos não corresponde à realidade dos fatos, uma vez que o referido ágio é decorrente da primeira operação narrada pelo limo. Fiscal Autuante, concernente na aquisição das ações da ISOLADORES SANTANA S.A. pela ELECTRO VIDRO S.A, tendo esta pago aos acionistas daquela, os valores das ações que estavam sendo adquiridas, inclusive do seu ágio, no valor de R\$ **144.683.423,98**.

Esses pagamentos são incontestes, e podem ser comprovados por meio do "Contrato de Compra e Venda de Ações", celebrado entre a ELECTRO VIDRO S.A. e a ISOLADORAS SANTANA S.A. (**doc. 3**), do "Contrato de Depósito" (**doc. 5**) efetuado entre a IMPUGNANTE e o Banco BNP Paribas Brasil S.A, em decorrência das cláusulas contratuais do mencionado contrato de compra e venda.

O referido Contrato de Compra e Venda possui as seguintes cláusulas quanto aos pagamentos dos valores decorrentes de tal operação:

"(...)

### 3.2 Preço de Compra.

Sujeito aos itens (b) e (c) desta Cláusula 3.2, **o preço de compra das Ações detidas pelos Vendedores (o "Preço de Compra") será R\$ 215.122.000,00 (duzentos e quinze milhões cento e vinte e dois mil Reais)**, acrescido do preço variável correspondente ao Earn-Out, se houver, nos termos da Cláusula 3.2.6 abaixo e sujeito a quaisquer ajustes ao Preço de Compra de acordo com a Cláusula 4 abaixo.

(a) **No ato da assinatura deste contrato, a Compradora transferirá para uma conta de investimento de sua titularidade junto ao Banco BNP Paribas S.A., especialmente aberta para esse fim, o valor de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de Reais) como sinal ("Sinal"), que**

ficará bloqueado até a Data de Fechamento e deverá ser empregado em investimentos de renda fixa. Na Data de Fechamento, o Sinal será pago aos Vendedores, juntamente com os juros auferidos no período, conforme estabelecido no item (b) abaixo.

(...)

(b) **Adicionalmente ao Sinal mencionado acima, na Data de Fechamento, a Compradora transferirá para os Vendedores o montante equivalente a R\$ 140.122.000,00 (cento e quarenta milhões cento e vinte e dois mil Reais), menos os honorários e os custos com o Assessor dos Vendedores (após dedução de quaisquer Tributos na fonte aplicáveis a tais honorários e custos, incluindo ISS), que serão eletronicamente transferidos (TED) para o assessor dos Vendedores, de acordo com as instruções constantes do anexo 3.2.A ("Preço do Fechamento"). O preço de Fechamento será pago em uma única parcela pela Compradora aos Vendedores através de depósito em favor de cada Vendedor, na proporção da participação societária detida por cada um deles de acordo com o Anexo 3.2.B, através de Transferência Eletrônica Disponível, para as contas bancárias de cada um dos Vendedores indicadas no Anexo 3.2.B deste Contrato;**

(c) **Na Data de Fechamento, a Compradora depositará R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de Reais) do Preço de Compra ("Depósito em Garantia") em contas bancárias em nome dos Vendedores no Banco BNP Paribas S.A. ("Conta de Depósito em Garantia") conforme especificado no Anexo 3.2.A deste Contrato. (grifos nossos).**

Sendo assim, em cumprimento às estas cláusulas contratuais, foi celebrado o mencionado **"Contrato de Depósito" (doc. 5)**, tendo como Depositante a "Electrovidro S.A. e Depositário o Banco BNP Paribas Brasil S.A., e como beneficiárias as pessoas físicas listadas em seu anexo I, então acionistas da ISOLADORES SANTANA S.A., estando as quantidades e percentuais das ações de cada um, descritas no ANEXO II da referida listagem do contrato, a seguir reproduzido, juntamente com as suas principais cláusulas, que corresponde à totalidade das ações da Sociedade:

" (...)

O Depositante e os Beneficiários (doravante denominadas conjuntamente como "PARTES") celebraram, nesta data, um Contrato de Compra e Venda de Ações (o "Contrato de Compra e Venda"), cujo objeto é a aquisição de 100% (cem por cento) das ações representativas do capital social da Isoladores Santana S.A., sociedade por ações brasileira com sede na Cidade de Pedreira, Estado de São Paulo, na Rua Antônio Pedro, n 645, inscrita perante o CNPJ sob o n. 53.859.138/000107 ("Isoladores Santana")

Em conformidade com a Cláusula 3.2 (a) do Contrato de Compra e Venda, as Partes estipularam que parte do Preço de Compra devido aos Beneficiários, no montante de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de Reais) será depositado, na data da assinatura do Contrato de Compra e Venda, junto ao Depositário, e movimentado exclusivamente de acordo as **cláusulas deste Contrato de Depósito; e**

**CLÁUSULA QUINTA - MOVIMENTAÇÃO DO MONTANTE DEPOSITADO**

No dia 30 de julho de 2007 ("Data de Fechamento"), confirmação de transferência de R\$ 140.122.000,00 do Depositante aos Beneficiários, na data de Liberação o Depositário irá liberar o montante depositado mais os rendimentos gerados para os beneficiários na proporção de suas devidas participações societárias descritas no Anexo II a este Contrato;

Abaixo segue a reprodução do Anexo II ao Contrato de Depósito, com a listagem dos acionistas da ISOLADORES SANTANA para os quais foram pagos os referidos valores:

**ANEXO 3.2.A****INSTRUÇÕES PARA TRANSFERÊNCIA ELETRÔNICA DISPONÍVEL**

Nome dos Acionistas	% de Ações Detidas	Quant. Ações	% a Transferir
Pedro dos Santos Gouveia	5,71429	115.623.392	5,71429
Alexandre Magno dos Santos Gouveia	0,95238	19.270.565	0,95238
Paulo dos Santos Gouveia	0,00000	0	1,66667
Ana do Carmo dos S. Gouveia Lenzi	2,22226	44.965.319	1,66667
Paulo Antonio Lenzi Júnior	0,00010	2.000	0,00000
Líliã dos Santos Gouveia Teixeira Pires	2,22216	44.963.319	1,66667
André dos Santos Gouveia	2,22216	44.963.318	1,66667
Antonio dos Santos Gouveia	0,00000	0	2,80000
Débora dos Santos Gouveia Sinelli	2,22222	44.964.652	1,28889
Eduardo dos Santos Gouveia	2,22222	44.964.652	1,28889
Daniela Gouveia Junqueira	2,22222	44.964.652	1,28889
João Carlos dos Santos Gouveia	6,66667	134.893.956	6,66667
Cleusa Maria Gouveia Nery	6,66667	134.893.955	6,66667
Horácio Lopes Júnior	0,00000	0	3,50000
Maria Onila Lopes Barela	2,08333	42.154.361	1,20833
José Ricardo Lopes	2,08333	42.154.361	1,20833
Ana Tereza Lopes Teixeira Neto	2,08333	42.154.361	1,20833
Luis Eduardo Lopes	2,08333	42.154.362	1,20833
Cláudio Lopes	8,33333	168.617.445	8,33333
Tânia Maria Lopes Ribeiro	8,33333	168.617.444	8,33333
José Rafael Lopes	8,33333	168.617.445	8,33333
José Eduardo Ruas Dias Maurício	2,08333	42.154.362	2,08333
Mauro Ruas dias Maurício	2,08333	42.154.361	2,08333
Carmen Ligya Ruas Dias M. Pizzolato	2,08333	42.154.361	2,08333
Sérgio Ruas Dias Maurício	2,08333	42.154.361	2,08333
Flamínio Maurício Neto	2,08333	42.154.361	2,08333
Marcos de Miranda Maurício	2,08333	42.154.361	2,08333
Denise Maurício Lopez	2,08333	42.154.361	2,08333
Mônica Miranda Maurício Paes Cruz	2,08333	42.154.362	2,08333
Marcelo José Maurício Brito	2,77778	56.205.815	2,77778
Lilian Maurício Brito	2,77778	56.205.815	2,77778
Rosana Maurício Brito	2,77778	56.205.815	2,77778
Espólio de Marlene Maurício R. Kresner	8,33325	168.615.842	8,33325
Antônio Carlos Ribas Kresner	0,00008	1.602	0,00008
<b>TOTAL DAS AÇÕES/COTAS</b>	<b>100,00000</b>	<b>2.023.409.338</b>	<b>100,00000</b>

Aliás, por essa listagem de acionistas da, então, ISOLADORES SANTANA S.A., conjugada com a Ata de Assembléia Geral Ordinária da IMPUGNANTE em 26.04.2007 (**doc. 6**), se verifica, de forma cristalina, que não havia qualquer vínculo entre as sociedades, quando da celebração do contrato de compra e venda das ações, uma vez que **as acionistas da Electro Vidro eram a Seves S.p.A e Sediver International**, que não possuíam qualquer participação ou vinculação, direta ou indireta, com a ISOLADORES SANTANA S.A., não podendo, de forma alguma, supor que as sociedades pertenciam ao mesmo grupo econômico. Veja-se:

" (...)

IV) Manutenção do Capital Social em R\$ 25.223.868,00 (vinte e cinco milhões, duzentos e vinte e três mil, oitocentos e sessenta e oito reais), divididos em 25.223.868 ações no valor de R\$ 1,00 cada, das quais 19.914.243 (dezenove milhões, novecentos e quatorze mil, duzentos e quarenta e três) ações ordinárias nominativas e 5.309.625 (cinco milhões, trezentos e nove mil, seiscentos e vinte e cinco) são ações preferenciais, cabendo a Seves S.p.A 19.914.242 ações ordinárias nominativas e 5.309.625 ações preferenciais do capital social e Sediver International 01 (uma) ação ordinária nominativa. (...)" (grifos nossos).

A IMPUGNANTE também junta a presente IMPUGNAÇÃO os dois documentos por ela elaborados, dirigidos ao Banco BNP Paribas, denominados "**Solicitação de Crédito em Favor de Terceiros**", requerendo àquela instituição que transfira os montantes de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) e R\$ 165.963.285,99 (cento e sessenta e cinco milhões, novecentos e sessenta e três mil duzentos e oitenta e cinco reais e noventa e nove centavos) da sua conta bancária, para crédito do próprio Banco BNP Paribas, para o serviço de pagamento **previsto no contrato de depósito celebrado entre as partes, bem como dos respectivos recibos emitidos pelo referido banco; da carta autorizando as transferências financeiras** para as contas dos então acionistas da Isoladores Santana e, por fim, o extrato da conta-corrente da Electrovidro no referido banco, demonstrando as transferências dos valores (**doc 7**) para os acionistas.

Portanto, é indiscutível, com base na documentação apresentada pela IMPUGNANTE, que os valores objeto do contrato de compra e venda de ações foram devidamente depositados no BANCO PNB PARIBAS BRASIL S. A. e pagos aos acionistas da ISOLADORES SANTANA S/A.

Dessa forma, **é irretocável afirmar que o ágio foi originado desta operação de compra e venda de ações, e que houve o efetivo pagamento para o ingresso de novos recursos, inclusive decorrentes do ágio, que, posteriormente, foram transferidos nas operações societárias posteriores**, finalizando na incorporação da A.L.T.T.E.S.P EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A. pela ISOLADORES SANTANA S.A, da qual a IMPUGNANTE, reitera-se, é sucessora por incorporação.

Logo, **revela-se completamente insubsistente a autuação ora combatida, merecendo ser cancelada.**

### **3. O Ágio Pode possuir Fundamento Econômico ainda que seja Gerado por meio de Operações entre Sociedades Pertencentes ao mesmo Grupo Econômico**

Ainda que o ágio amortizado (objeto do auto de infração) não fosse originado de pagamentos efetuados para terceiros, em decorrência da aquisição das ações da ISOLADORES SANTANA S.A., **o que se admite apenas para fins de argumento**, não se pode alegar que, para a sua caracterização é necessário que haja dispêndio para obter algo de terceiros, como alegado pelo limo. Fiscal de Rendas no item 37 do Termo de Constatação Fiscal que instrui o Auto de Infração ora guerreado.

Inclusive, nesse sentido já se pronunciou recentemente o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - Primeira Seção de Julgamento, no julgamento do Recurso Voluntário- Processo 10680.724392/2010-28, cujo inteiro teor a IMPUGNANTE junta a esta peça (**doc. 8**), e requer sejam consideradas como razões da presente IMPUGNAÇÃO, resumido na seguinte ementa:

(...)

#### **IV - O PEDIDO**

Por todo o exposto, a IMPUGNANTE requer que V.Sas, se dignem em acolher a presente Impugnação para julgar absolutamente improcedente os autos de infração de IRPJ e CSLL lavrados e determinar a extinção *in totum* do crédito tributário constituído (imposto, juros de mora, multa proporcional, multa isolada do art. 44, I da Lei 9.430), tendo em vista todas as razões preliminares e de mérito apresentadas nesta peça;

Por fim, requer seja deferida diligência específica, para liquidar quaisquer dúvidas que ainda persistirem.

#### **Da decisão recorrida:**

A já mencionada 9ª Turma da DRJ/Rio de Janeiro I, ao apreciar a impugnação interposta, proferiu o Acórdão nº 12-54.341, de 26 de março de 2013, por meio do qual decidiu pela improcedência dos lançamentos efetivados.

Assim figurou a ementa do referido julgado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008

LANÇAMENTO CUJA MOTIVAÇÃO NÃO TEM CORRELAÇÃO COM OS FATOS.

Cancela-se o lançamento cuja motivação não tem correlação com os fatos.

Impugnação Procedente

O voto condutor do referido acórdão, depois de reproduzir o entendimento contido no item 47 do Termo de Constatação Fiscal (acima transcrito), assim se pronunciou:

7. A meu ver, o Autuante equivocou-se.

8. A operação que deu origem ao ágio em foco foi a de aquisição, em 13/07/2007, da totalidade das ações da Isoladores Santana S.A pela Interessada.

9. Em nenhum momento o Autuante sequer analisou se antes da aquisição, em 13/07/2007, havia qualquer ligação entre a Interessada (Electro Vidro S.A.) e a Isoladores Santana S.A., ou seja, se a operação efetuada foi ou não realizada entre partes independentes. Do que consta nos autos, as partes eram independentes antes da aquisição.

10. A aquisição foi efetuada em 13/07/2007 por meio do Contrato de Compra e Venda de Ações (fls. 152 a 206) entre a Interessada (Compradora) e os proprietários das ações da Isoladores Santana S.A. (Vendedores), tendo como Parte Interveniente a Seves S.P.A. (controladora da Interessada), com preço de compra e forma de pagamento detalhados no Contrato. Em nenhum momento o Autuante analisou o referido Contrato, muito menos a sua implementação. Do que consta dos autos, a aquisição das ações foi efetuada mediante os pagamentos previstos no Contrato.

11. Além disso, em vários itens do Termo de Constatação Fiscal o Autuante afirma que em 13/07/2007 a Interessada adquiriu a totalidade das ações da Isoladores Santana S.A. (2.023.409.338 ações), com ágio de R\$ 144.683.423,98, sem qualquer análise ou contestação deste valor de ágio.

12. Assim sendo, é totalmente incompreensível que o Autuante conclua no item 47 do Termo de Constatação que o autêntico ágio surgiu em muitas aquisições de participações nas concessionárias de serviços públicos, porque na origem dessas operações houve pagamento efetivo por esse ágio, e cujo aproveitamento foi otimizado por meio da replicação do ágio em sociedade criada para esse fim (veículo), e incorporada posteriormente pela sua controlada, mas que o mesmo não teria ocorrido com a fiscalizada (a Interessada).

13. No presente caso ocorreu exatamente o que o Autuante descreveu para as aquisições de participações nas concessionárias de serviços públicos. Na origem, em 13/07/2007, a Interessada pagou efetivamente pela aquisição da totalidade das ações e pelo ágio em foco aos proprietários das ações da Isoladores Santana S.A. Em 03/12/2007, a Interessada subscreveu e integralizou, por meio de transferência de 100% das ações da Isoladores Santana S.A., um aumento do capital social da A.L.T.T.E.S.P. Empreendimentos e Participações S.A. de R\$ 500,00 para R\$ 225.040.800,00, mediante a emissão de 225.040.300 novas ações ordinárias (no Ativo da A.L.T.T.E.S.P. passou a ter 2.023.409.338 ações ordinárias nominativas de emissão da Isoladores Santana, avaliadas em R\$ 225.040.300,00, assim composto: R\$ 80.356.876,02 por Equivalência Patrimonial e R\$ 144.683.423,98 por ágio pago na aquisição de 13/07/2007). Com esta operação a A.L.T.T.E.S.P. passou a ser detentora de 100% do capital da Isoladores Santana. Em 04/12/2007, a Isoladores Santana incorporou a sua controladora, a A.L.T.T.E.S.P. com conseqüente transferência do ágio. Como resultado desta incorporação, a Interessada recebeu ações da Isoladores Santana em substituição das ações extintas da A.L.T.T.E.S.P. Esta operação de incorporação resultou na Isoladores Santana em (i) um ativo

Documentos assinados digitalmente conforme a Lei nº 11.367/2006, em 21/02/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Autenticado digitalmente em 30/12/2013 por JOSE EVANDE CARVALHO ARAUJO, Assinado digitalmente em 24/

01/2014 por RICARDO MAROZZI GREGORIO, Assinado digitalmente em 20/02/2014 por JOAO OTAVIO OPPERMANN

THOME, Assinado digitalmente em 30/12/2013 por JOSE EVANDE CARVALHO ARAUJO

Impresso em 21/02/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

pela Interessada na aquisição, em 13/07/2007, da totalidade das ações da Isoladores Santana, (ii) uma conta redutora denominada provisão para desvalorização do ágio.

14. Assim sendo, entendo que a motivação dos lançamentos, inexistência de ágio interno, não tem correlação com os fatos.

15. Devo consignar que em sede de julgamento não cabe invocar outras razões para o lançamento que não aquelas apontadas pela Autoridade Autuante. Por isto, não apresento aqui o meu ponto de vista a respeito das operações efetuadas e sobre a necessidade ou não do aprofundamento da auditoria.

16. Em face do exposto, voto pelo Provimento da Impugnação para que sejam cancelados integralmente os lançamentos efetuados por meio dos Autos de Infração deste processo.

17. É como voto.

É o relatório.

## Voto Vencido

Conselheiro Ricardo Marozzi Gregório, Relator

O valor do crédito tributário exonerado pela decisão de primeira instância supera aquele previsto no artigo 2º da Portaria MF nº 375/2001, com o valor alterado pela Portaria MF nº 03, de 03 de janeiro de 2008 (tributos e encargos de multa superior a R\$ 1.000.000,00), motivo pelo qual o recurso de ofício interposto deve ser conhecido.

Antes de enfrentar as questões de mérito propriamente ditas, considero importante fixar algumas premissas, mesmo que breves, para deixar claro como me situo nas discussões sobre o fenômeno dos planejamentos tributários e o aproveitamento de ágios decorrentes de reorganizações societárias.

### **Da 1ª premissa - Sobre os planejamentos tributários:**

É cediço que esta Casa, até praticamente a virada do século passado, manteve uma posição bastante firme no sentido de que se as operações engendradas pelos contribuintes fossem conformadas com os trâmites formais previstos no direito privado a autoridade fiscal não poderia desconsiderá-las para efeitos tributários. Somente em caso de simulação, o Fisco estaria autorizado a refutar os atos e negócios praticados com a finalidade de evitar ou reduzir a incidência tributária. Neste sentido, os seguintes julgados da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

IRPJ – "TRADING COMPANY" – SIMULAÇÃO INEXISTENTE. A criação de empresa comercial exportadora, dada como boa pelas autoridades competentes, à luz do Decreto-lei nº 21.248/72, não pode, depois, ser considerada produto de simulação

fraudenta, pelas autoridades tributárias, ao fundamento de que objetivava, simplesmente, evasão fiscal ilícita. (*Acórdão CSRF/01-01.101, de 27 de novembro de 1990*)

IRPJ - INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADES - COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS - Incomprovada a ocorrência de simulação na operação de incorporação de uma empresa superavitária por uma deficitária, podem os prejuízos desta serem compensados como os lucros daquela, no futuro, observado o prazo legal, posto não haver vedação legal. Recurso a que se nega provimento. (*Acórdão CSRF/01-01.756, de 17 de outubro de 1994*)

I.R.P.J. – SIMULAÇÃO NA INCORPORAÇÃO – Para que se possa materializar é indispensável que o ato praticado não pudesse ser realizado, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão. Se não existia impedimento para a realização da incorporação tal como realizada e o ato praticado não é de natureza diversa daquele que de fato aparenta, isto é, se de fato e de direito não ocorreu ato diverso da incorporação: não há como qualificar-se a operação de simulada. Os objetivos visados com a prática do ato não interferem na qualificação do ato praticado, portanto, se o ato praticado era lícito, as eventuais consequências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de evasão ilícita. (*Acórdão CSRF/01-01.874, de 15 de maio de 1995*)

Marco Aurélio Greco, em sua obra de referência sobre o tema, denominou aquele período como a primeira fase do debate (liberdade, salvo simulação)<sup>1</sup>. Haveria uma liberdade absoluta na qual o contribuinte, desde que antes da ocorrência do fato gerador, poderia agir como bem entendesse para dispor de seus negócios. A exceção ficaria por conta das situações em que se constatasse a prática de ilícitos maculados pela simulação.

Necessário anotar que o conceito de simulação que inspirou essa fase é aquele orientado pelo vício de vontade. Nesta visão, a simulação ocorre quando as partes em um negócio jurídico declaram algum aspecto que seja falso, portanto, uma vontade aparente ou simulada (simulação absoluta). Ou, em outra hipótese, quando as partes declaram algum aspecto que tem por objeto encobrir outro de natureza diversa, portanto, uma vontade aparente ou simulada que encobre uma vontade real ou dissimulada (simulação relativa ou dissimulação). A simulação teria a intenção de lesar o Fisco mediante o falseamento ou a manipulação de aspectos relevantes dos negócios jurídicos.

Esse modo de ver o fenômeno dos planejamentos tributários foi sustentado por uma doutrina ultraformalista que propugnava por ideias como a exigência da “tipicidade cerrada” nas regras formadoras das regras-matriz de incidência tributária e o direito constitucional de os contribuintes evitarem o pagamento dos tributos. Todo planejamento tributário seria lícito enquanto não fosse veiculada norma específica antielisiva para combatê-lo. Seria constituído de negócios jurídicos indiretos, nos quais ocorre uma mera incongruência

entre a função econômico-social típica do negócio e os objetivos concretos visados pelas partes<sup>2</sup>.

Nada obstante a influência que tais ideias exerciam sobre a aplicação do direito tributário brasileiro, a verdade é que o quadro era outro no plano internacional, tanto no âmbito do direito tributário quanto no do direito privado.

No contexto dos países da Europa Continental, para combater os planejamentos tributários tido como abusivos, criavam-se normas gerais antielisivas consubstanciadas por conceitos abertos e abstratos, tais como: abuso de formas (Alemanha e Espanha), abuso de direito (França), fraude à lei (Holanda e Espanha) e ausência de razões econômicas (Itália, Portugal e Bélgica). Nos países anglo-saxões, por sua vez, onde a ideia da preponderância da substância sobre a forma é inerente aos seus sistemas jurídicos, o efeito de economia tributária provocada pelo planejamento era suficiente para a requalificação jurídico-tributária das operações. Com isso, igualmente surgiam conceitos para fixar os contornos dos precedentes judiciais, tais como: *step transaction* (Reino Unido), *business purpose* (EUA) e *conduit companies* (EUA)<sup>3</sup>.

Com objetivos semelhantes, a própria organização supranacional europeia reforçava o trilho das cláusulas antiabusivas nas diretrizes tributárias emanadas pelo seu Conselho. Neste sentido, na diretiva sobre reorganizações societárias<sup>4</sup>, estipulou-se que os Estados-Membros podem se recusar a aplicar ou podem retirar, no todo, ou em parte, os benefícios contidos na diretiva se for evidente que a reorganização societária tiver como principal objetivo, ou como um dos principais objetivos, a evasão ou a elisão fiscais. Essa previsão de abuso pode ser presumida se a reorganização societária não for executada por razões comerciais válidas como a reestruturação ou a racionalização das atividades societárias. Outrossim, na diretiva matriz-filial sobre dividendos intersocietários<sup>5</sup>, estipulou-se que a diretiva não impede a aplicação das disposições nacionais ou convencionais necessárias para evitar a evasão ou a elisão. Nesse mesmo tom, o Tribunal de Justiça da União Europeia começava a consolidar sua jurisprudência contrária aos planejamentos tributários abusivos<sup>6</sup>.

Além disso, era também marcante a preocupação com os abusos praticados por reorganizações societárias internacionais, as quais criavam empresas veículos que visavam ao aproveitamento de benefícios conferidos por acordos celebrados para evitar a bitributação, prática que ficou conhecida como *treaty shopping*. Surgiam, então, as cláusulas de “limitação de benefícios” (ou *beneficial ownership*) para restringi-los às empresas que comprovassem ter seu capital preponderantemente detido por residentes dos países signatários do acordo. A ideia, inicialmente concebida na lei inglesa antitruste, ganhou tamanha aprovação que passou a contar com a expressa previsão de sua inclusão nos textos dos artigos 10, 11 e 12 dos acordos celebrados com base na Convenção-Modelo da OCDE<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Cf. Marciano Seabra de Godoi, "Dois Conceitos de Simulação e suas Conseqüências para os Limites da Elisão Fiscal". In: Valdir de Oliveira Rocha (Org.), *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2007, v. 11, pp. 272 a 298.

<sup>3</sup> Cf. Marco Aurélio Greco... , pp. 374 a 390.

<sup>4</sup> Cf. artigo 11º, 1, "a" da Diretiva nº 90/434/CEE.

<sup>5</sup> Cf. artigo 1º, 2, da Diretiva nº 90/435/CEE.

<sup>6</sup> Cf. Caso C-28/95 ("Leur Bloem") e Caso C-264/96 ("Imperial Chemical Industries - ICI").

<sup>7</sup> Cf. 1986 OECD Report: *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*.

Como se sabe, em 2001, sintonizada com a tendência internacional, a Lei Complementar nº 104 contemplou o nosso Ordenamento com a ideia das normas gerais antielisivas ao introduzir um § único no artigo 116 do CTN, *verbis*:

*Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.*

Para tal desiderato, elegeu o legislador a figura da “desconsideração” dos negócios jurídicos praticados com a finalidade da “dissimulação”. Ademais, condicionou tal providência à observância de “procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

A eleição dos negócios jurídicos praticados com a finalidade da dissimulação remetia ao conceito da simulação relativa e, como já ressaltado, à noção preconcebida de que esses negócios jurídicos só poderiam ser desconsiderados caso fosse detectada a intenção de lesar o Fisco mediante o falseamento ou a manipulação de seus aspectos relevantes. Isso aliado ao fato de que os artigos 13 a 19 da superveniente Medida Provisória nº 66/2002 não foram convertidos em lei, os quais tinham a intenção de especificar os procedimentos para a desconsideração, levou a já referida doutrina ultraformalista a propugnar pela dispensabilidade e pela eficácia limitada da norma geral. Ou seja, malgrado todo o esforço legislativo, para os defensores da primeira fase do debate continuava-se no mesmo patamar de antes.

Em outro prisma, no âmbito do direito privado, a teoria das causas exercia sua influência na configuração dos requisitos de validade dos negócios jurídicos em países como a França, a Itália e a Espanha<sup>8</sup>. A causa ou propósito de um negócio jurídico distingue-se das vontades das partes que o celebram. É que estas têm a ver com os motivos íntimos e pessoais que acionam cada sujeito de direito na realização do negócio, enquanto que a causa ou propósito é inerente à espécie do negócio jurídico tipificado no Ordenamento. Nesta linha de pensamento, Orlando Gomes, dentre os civilistas brasileiros o mais célebre defensor da inclusão da causa como requisito de validade dos negócios jurídicos, exemplificava que a prevenção de riscos é a causa inerente ao contrato de seguros<sup>9</sup>. Se numa situação específica ficar constatado que nunca houve risco a cobrir, a validade do contrato poderia ser questionada por lhe faltar o requisito da causa.

A causa é, desta forma, o propósito, a razão de ser, a finalidade prática que se persegue com um determinado negócio jurídico. Com essa perspectiva, surge a possibilidade de que as partes utilizem uma estrutura comercial para atingir um resultado que não corresponda à causa típica do negócio posto em prática<sup>10</sup>. É o que ocorre quando, por exemplo, mediante um contrato de compra e venda objetiva-se efetuar uma doação. Igualmente, quando por intermédio de um contrato social constitui-se uma sociedade empresária com objeto distinto da

<sup>8</sup> Cf. Marciano Seabra de Godoi ..., p. 287; e Luís Eduardo Schoueri, "Direito Tributário". São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 161 a 163.

<sup>9</sup> Cf. Orlando Gomes, "Introdução ao Direito Civil". Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 393.

<sup>10</sup> Cf. Marciano Seabra de Godoi ..., p. 284.

causa empresarial, qual seja, em conformidade com os artigos 966 e 982 do Código Civil, o exercício de uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços. Nesses casos, diz-se que há vício na causa do negócio jurídico. Aparece, então, o conceito de simulação orientado pelo vício da causa.

Para Orlando Gomes, na simulação com essa perspectiva, a divergência entre o que querem as partes e o que declaram é produzida deliberadamente<sup>11</sup>. Aqui a causa real (ou dissimulada) prepondera sobre a causa negocial (ou simulada), mas não há falseamento ou manipulação de aspectos relevantes do negócio jurídico. Ocorre uma preponderância da causa prática sobre a causa típica do negócio jurídico prescrito na lei. O saudoso autor sustentava que a causa como requisito de validade dos negócios jurídicos era o instrumento de controle da autonomia privada com vistas à conformá-la às novas exigências sociais dos tempo modernos<sup>12</sup>.

Marco Aurélio Greco chancela essa visão e argumenta que o conceito de simulação estampado no *caput* do artigo 167 do Código Civil (“É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou se válido for na substância e na forma”), ao contrário da noção imediata que diretamente lhe advém, segundo a qual seriam necessários dois negócios jurídicos (o simulado e o dissimulado) para a sua aplicação, pode comportar também a ideia de que bastaria para isso apenas um negócio jurídico único, real, mas simulado (com vício de causa). Como consequência, considerando que as nulidades podem ser alegadas por qualquer interessado (artigo 168) e que os negócios jurídicos nulos não são suscetíveis de confirmação, nem de convalidação pelo decurso do tempo (artigo 169), o Fisco pode, sem necessidade de prévia decretação de nulidade, invocá-la para reputar as operações assim qualificadas como inoponíveis contra si<sup>13</sup>.

Marciano Seabra de Godoi trata as duas visões da simulação de modo a existir um conceito restrito, em que os negócios jurídicos estão apenas maculados pelo vício da vontade (doutrina ultraformalista), e um conceito amplo, no qual adiciona-se o vício da causa. Ainda na época dos extintos Conselhos de Contribuintes, constatava este autor uma progressiva mudança na jurisprudência administrativa para dar guarida ao conceito amplo de simulação. Neste sentido, depois de reconfigurar o conceito amplo de simulação como “simulação-elusão” e o conceito restrito, como “simulação-evasão”, o citado autor concluía<sup>14</sup>:

Na prática, o CC-MF passou, portanto, a reconhecer *três* possibilidades (e não *duas* como insiste a visão tradicional da doutrina) de qualificação do planejamento tributário: *elisão lícita e eficaz* (Acórdão 107-07.596), *simulação-dissimulação-elusão* (passível de desconsideração mesmo antes da LC 104 mas não com punição de multa agravada - conclusão do Acórdão 103-21.046) e *simulação-evasão-sonesgação* (passível de desconsideração e de punição com multa agravada - conclusão do Acórdão 101-94.771).

<sup>11</sup> Cf. Orlando Gomes ..., p. 440.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 394 e 395.

<sup>13</sup> Cf. Marco Aurélio Greco ..., pp. 265 a 273.

<sup>14</sup> Cf. Marciano Seabra de Godoi ..., pp. 288 a 290.

Portanto, o que importa é perceber que a jurisprudência administrativa desta Casa mudou sua orientação no que diz respeito ao enfrentamento dos casos em que ocorrem os chamados planejamentos tributários. De uma postura permissiva unicamente focada na autonomia privada (liberdade, salvo simulação por vício de vontade), partiu para uma posição mais sintonizada com o plano internacional, na qual aquela autonomia é temperada pela análise objetiva do propósito preponderante dos negócios jurídicos engendrados (liberdade, salvo simulação por vício de vontade ou por vício de causa).

Essa mudança teve efeito mesmo sem a edição da lei ordinária reclamada pela norma geral positivada pela Lei Complementar nº 104/01. Tudo foi feito com base na adesão ao conceito amplo de simulação e na possível reinterpretação jurisprudencial do conceito aberto prescrito no Código Civil. Com a mudança do status de “defeito do negócio jurídico”, no Código de 1916, o qual ensejava mera anulação e maiores questionamentos sobre a ação do Fisco, para o status de “hipótese de invalidade do negócio jurídico”, no Código de 2002, o qual enseja a nulidade e sua indubitável inoponibilidade ao Fisco, maior razão emergiu para a consolidação dessa construção jurisprudencial.

Nada obstante a eficácia do reconfigurado conceito de simulação para o tratamento das situações concretas concernentes aos planejamentos tributários, a doutrina recorre a outros conceitos que poderiam também ser utilizados para o enfrentamento do tema. Neste sentido, fala-se na fraude à lei (*frau legis*) e no abuso de direito.

A fraude à lei, a meu ver, pode também ser um eficaz instrumento para confrontar o assunto<sup>15</sup>. Sobretudo, quando se percebe que ela desfruta do mesmo status de “hipótese de invalidade do negócio jurídico” no novo Código Civil (artigo 166, VI). Por outro lado, o abuso de direito parte de pressupostos que me parecem insuperáveis diante da concepção filosófica que adoto para a teorização dos conflitos normativos<sup>16</sup>. Entretanto, este não é o espaço adequado para tais digressões. A exposição supra já é suficiente para os propósitos do presente voto.

### **Da 2ª premissa - Sobre o aproveitamento de ágios decorrentes de reorganizações societárias:**

Delineado o fenômeno dos planejamentos tributários e minha adesão à tese de sua inoponibilidade ao Fisco quando formados por negócios jurídicos de propósito preponderantemente marcado pela economia tributária, afigura-me, agora, oportuno investigar a modalidade de planejamento atinente ao presente processo.

A noção de ágio (ou deságio) tem prováveis raízes no conjunto dos instrumentos financeiros que surgiram para dar suporte ao desenvolvimento das atividades comerciais no final da idade média<sup>17</sup>. Mas, no Brasil, sua qualificação jurídica surgiu com o artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77 (artigo 385 do RIR/99), confira-se:

<sup>15</sup> Cf. Marciano Seabra de Godoi, "A figura da fraude à lei tributária prevista no parágrafo único do art. 116 do CTN". Revista Dialética de Direito Tributário, nº 68, 2001, pp. 101 a 123; e "A figura da fraude à lei tributária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal". Revista Dialética de Direito Tributário, nº 79, 2002, pp. 75 a 85.

<sup>16</sup> Cf. Ricardo Marozzi Gregorio, "Preços de Transferência: Arm's Length e Praticabilidade". São Paulo: Quartier Latin, p. 225.

<sup>17</sup> Cf. Eliseu Martins e Sérgio Indicibus, "Ágio Interno - É um Mito?". In: Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos), 4º vol.: São Paulo: Dialética, 2013, pp. 83 e 84. 24/

*Art 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:*

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

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

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

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

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

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

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

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

Em suma, o dispositivo legal determinou que na aquisição de participações societárias que devam ser submetidas ao critério de avaliação denominado método da equivalência patrimonial (MEP) o valor despendido deve ser desdobrado em duas contas no ativo da empresa adquirente: (i) o percentual da participação societária adquirida no patrimônio líquido da investida e (ii) a diferença positiva (ágio) ou negativa (deságio<sup>18</sup>) entre o valor despendido e o valor do item anterior. O ágio assim quantificado deverá ter a indicação do seu fundamento econômico dentre aqueles listados nas alíneas do § 2º do mesmo dispositivo legal. Ademais, os dois primeiros fundamentos devem ser comprovados por demonstrativos, os quais, normalmente, são veiculados na forma de laudos.

Discute-se se existiria uma ordem de preferência ou uma vedação à cumulação na alocação dos fundamentos listados. Neste sentido, renomados autores da ciência contábil tecem severas críticas sobre a forma como o assunto foi disciplinado na lei societária<sup>19</sup>. Contudo, o texto legal foi bastante flexível ao não fazer qualquer restrição quanto

<sup>18</sup> Para não tornar a leitura enfadonha e por serem desnecessárias para a análise do presente caso, as futuras referências à figura do “deságio” serão a partir desse ponto desconsideradas.

<sup>19</sup> Cf. Alessandro Brodel Lopews e Eliseu Martins, "Do Ágio Baseado em Expectativa de Rentabilidade Futura". In: *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*, 3º vol. São Paulo: Dialética, 2012, pp. 51 a 61.

ao critério de alocação desses fundamentos. Neste sentido, Luís Eduardo Schoueri conclui que “por mais que se pudesse, utilizando-se lições da Contabilidade, demonstrar que um dos três fundamentos previstos na legislação é preferível, ou que outro é indesejável, nada disso importa diante da decisão do legislador” e que “nada há no texto legal a impedir que haja mais de um fundamento para a contabilização do ágio”<sup>20</sup>.

Até a entrada em vigor das alterações promovidas pela convergência às normas internacionais de contabilidade, o ágio ativado conforme acima determinado deveria ser amortizado em consonância com os critérios estabelecidos na Instrução CVM nº 247/96, os quais resumidamente<sup>21</sup> estabeleciam que:

- a) O ágio fundamentado no valor de mercado de bens do ativo da investida deveria ser amortizado na proporção em que o ativo fosse sendo realizado na investida;
- b) O ágio fundamentado na expectativa de resultados futuros da investida deveria ser amortizado no prazo, extensão e proporção dos resultados projetados (passíveis de verificação anual), no limite máximo de dez anos;
- c) O ágio não justificado pelos fundamentos anteriores deveria ser reconhecido imediatamente como perda.

Conquanto os critérios acima permitissem a amortização do ágio na apuração do lucro contábil, o artigo 25 do mesmo Decreto-Lei nº 1.598/77 (artigo 391 do RIR/99), elimina seus efeitos na apuração do lucro real, *verbis*:

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

Tal iniciativa, todavia, ressalva o disposto no artigo 33 daquele Decreto-Lei (artigo 426 do RIR/99). É que quando houver a alienação ou liquidação da participação societária o ágio ativado produzirá seus efeitos fiscais ao compor o custo de aquisição na apuração do ganho ou perda de capital. Veja-se:

<sup>20</sup> Cf. Luís Eduardo Schoueri, "Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários). São Paulo: Dialética, 2012, pp. 21 e 30.

<sup>21</sup> Esclareça-se que a referida Instrução, sintonizada com as críticas que os contabilistas faziam à disciplina instituída pela lei societária, tratava o ágio fundamentado na expectativa de resultados futuros como sendo o "goodwill", ou seja, a diferença entre o valor dispendido na aquisição do investimento e o seu valor patrimonial já acrescido da "mais-valia" correspondente ao valor de mercado dos bens do ativo. Além disso, especificava um critério distinto para a amortização do ágio decorrente da aquisição de concessões públicas.

*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)*

O valor do ágio que comporá o custo de aquisição é aquele que foi originalmente ativado. Porém, para evitar que surjam quaisquer dúvidas sobre a necessária segregação dos montantes contabilmente amortizados, a regulamentação administrativa exige seu controle no LALUR. Neste sentido, o § único do artigo 391 do RIR/99 determina que:

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

Uma outra hipótese de o ágio ativado produzir efeitos fiscais ocorre quando há a extinção da participação societária adquirida em eventos de reorganização societária envolvendo as empresas investidora e investida.

Inicialmente, foi o artigo 34 do mesmo Decreto-Lei (artigo 430 do RIR/99) quem disciplinou a questão. Resumidamente, determinou que na fusão, incorporação ou cisão de sociedades em que houver a extinção de participação societária de uma possuída por outra:

- a) se o valor contábil da participação societária extinta excedesse o acervo líquido vertido, avaliado a preços de mercado, haveria perda de capital, podendo ser imediatamente deduzida na apuração do lucro real ou, se o contribuinte preferisse, num prazo máximo de dez anos;
- b) se o acervo líquido vertido, avaliado a preços de mercado, excedesse o valor contábil da participação societária extinta, haveria ganho de capital, devendo ser imediatamente reconhecido na apuração do lucro real ou, se o contribuinte preferisse, diferido conforme os critérios estabelecidos nos §§ 1º e 2º daquele mesmo dispositivo legal.

O valor contábil da participação societária expresso na norma inclui somente a parcela do ágio ainda não amortizado contabilmente pela investidora até o evento que culminou com a extinção daquela participação. Explica-se. É que, diferentemente do que foi previsto pela mesma lei para a hipótese anterior (a do artigo 33), não houve qualquer autorização para que o ágio amortizado na escrituração comercial pudesse ser incluído no conceito de “valor contábil”.

Posteriormente, no âmbito do Programa Nacional de Desestatização - PND - empreendido na década de 90, surgiram os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 (artigo 386 do RIR/99). Esses dispositivos derrogaram parcialmente<sup>22</sup> as normas anteriores que tratavam dos efeitos fiscais do ágio na reorganização societária envolvendo as empresas investidora e investida. Confira-se:

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

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

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

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

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

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

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

- a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;
- b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

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

- a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;
- b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

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

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

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

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

Destarte, o tratamento fiscal do ágio nos eventos de fusão, incorporação ou cisão de sociedades em que uma absorver o patrimônio da outra passou a ser disciplinado de acordo com o fundamento econômico escolhido na sua geração. Sucintamente:

- a) O ágio fundamentado no valor de mercado de bens do ativo da investida deverá integrar o valor contábil dos respectivos bens para fins de futura depreciação, amortização, exaustão ou composição do custo na apuração de eventual ganho ou perda de capital;
- b) O ágio fundamentado na expectativa de resultados futuros da investida poderá ser amortizado no prazo mínimo de cinco anos, respeitada a razão máxima de 1/60 por mês;

- c) O ágio não justificado pelos fundamentos anteriores deverá permanecer em conta do ativo permanente, não sujeita à amortização, para aproveitamento futuro na composição do custo na apuração de eventual ganho ou perda de capital.

É de se notar que a norma não faz referência expressa quanto ao fato de estar tratando da parcela ainda não amortizada. Por outro lado, também não o faz quanto à integralidade do ágio originalmente formado. Contudo, por motivos lógicos e sistemáticos, há que se prestigiar a interpretação segundo a qual a norma só pode estar se referindo à parcela do ágio ainda não amortizado contabilmente pela investidora até o evento que culminou com a extinção daquela participação.

É que a racionalidade da norma está em permitir, depois da reunião do investimento com o patrimônio investido, que o ágio pago possa ser deduzido com a concretização dos benefícios que o motivaram. Consequentemente, tratando-se do ágio fundamentado no valor de mercado de bens do ativo da investida, a amortização deve ocorrer na medida em que esses bens sejam realizados. Por sua vez, tratando-se do ágio fundamentado na expectativa de resultados futuros da investida, a amortização deve ocorrer no ritmo da geração dos lucros esperados, respeitada a razão máxima estabelecida. Se houve parcelas dos bens já realizadas ou dos lucros já gerados antes da reunião do investimento com o patrimônio investido, não faz sentido querer transportar as correspondentes parcelas de ágios já amortizadas para a nova configuração patrimonial.

Uma questão de suma importância para a qualificação dos planejamentos tributários inseridos neste contexto é saber se o tratamento da matéria disciplinado pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 constituiu ou não um benefício fiscal diante do tratamento anteriormente conferido pelo artigo 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77. A argumentação contrária ao reconhecimento do benefício fiscal é fundada na constatação de que a nova disciplina não mais permite o aproveitamento imediato do ágio (como visto, a parcela ainda não amortizada contabilmente na investidora) no evento que extingue a participação societária, mas, sim, exige seu diferimento para eventos futuros diversificados conforme a fundamentação econômica adotada na sua geração. Afinal, se uma despesa podia ser imediatamente aproveitada e surge uma nova lei que posterga seu aproveitamento, onde estaria o benefício fiscal?

Esse raciocínio, defendido inclusive por autores de escol<sup>23</sup>, iria contra todo um pensamento comum que se formou em torno do conteúdo normativo veiculado nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Como já apontado, eles foram editados no âmbito do PND, criado para estimular a privatização das empresas públicas, na década de 90. O que mais se ouvia falar sobre tal conteúdo é que ele constituía um verdadeiro incentivo fiscal para a criação de empresas ou consórcios de empresas nacionais com o objetivo de poderem participar dos leilões de privatização.

Em favor da ideia segundo a qual o novo regramento trouxe, de fato, um benefício fiscal, o Conselheiro Antonio Carlos Guidoni Filho expressou opinião divergente em seu voto vencedor num recente julgamento proferido nesta mesma Turma. Pelo brilhantismo da explanação, vale a pena reproduzir o seguinte trecho daquele voto (*Acórdão nº 1102-000.873, de 11 de junho de 2013*):

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

(...)

Especificamente no que tange à extinção do investimento por incorporação, fusão ou cisão, na vigência da legislação acima referida, seria considerado dedutível apenas a perda de capital correspondente à “*diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado*” (sic art. 34 do DL 1.598), que poderia ser deduzido de uma vez só ou como ativo diferido em 10 anos.

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

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

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

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

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

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

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

*Nesse caso não haverá valor a ser deduzido como perda.*

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

Apenas para contextualizar, imagine-se o ambiente de empresas listadas em bolsa, como a Telebrás e controladas. Numa realidade em que estas empresas estão obsoletas e sob o regime de monopólio estatal, o valor das ações em bolsa, que serve

para determinar o VALPM, provavelmente refletirá ao valor do patrimônio líquido (pode ser mais ou menos). O que aconteceria num ambiente em que o poder estatal anunciasse a privatização destas empresas?

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

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

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

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

Fica claro, então, que a argumentação contrária à ideia do benefício fiscal concentra seu raciocínio no ágio aproveitado, mas se esquece que a regra anterior tratava da perda (ou ganho) de capital auferido a partir de uma outra variável, qual seja, o acervo líquido vertido a preços de mercado. Este, como bem lembrado pelo ilustre Conselheiro Guidoni, pode variar ao sabor das oscilações do mercado. E num contexto em que se injeta recursos na empresa investida o normal é que o mercado reflita de forma positiva no valor daquele acervo.

Portanto, com todo o respeito às posições divergentes, sigo com o entendimento segundo o qual os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 constituíram verdadeiro benefício fiscal no tratamento da matéria.

Tratando-se de benefício fiscal, diria que sua natureza é de uma isenção. Como explica Paulo de Barros Carvalho, a isenção atua no próprio campo normativo. A regra de isenção subtrai parte do campo de abrangência do antecedente ou do consequente da regra-matriz de incidência, mutilando, parcialmente, um ou mais dos seus critérios<sup>24</sup>.

Nessa trilha, quando a lei permite a amortização do ágio que no regramento anterior poderia ser absorvido pela versão de um acervo líquido superavaliado, nada mais faz do que mutilar, parcialmente, o critério da base de cálculo da regra-matriz de incidência.

Por tratar-se de isenção, há que se lembrar o que determina o artigo 111 do CTN, *verbis*:

*Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:*

(...)

*II - outorga de isenção;*

Assim, não há espaço para um alargamento da isenção além das situações expressamente previstas em lei. Não é possível, portanto, interpretar os comandos legais de modo que a amortização do ágio ocorra fora dos exatos parâmetros idealizados pelo legislador.

Registre-se, contudo, que a matéria sofrerá profundas alterações para os fatos geradores futuros se o conteúdo da recente Medida Provisória nº 627, de 11 de novembro de 2013, for efetivamente convertido em lei.

**Da glosa de amortizações de ágio:**

Com essas premissas em mente, quais sejam, a inoponibilidade ao Fisco dos planejamentos formados por negócios jurídicos de propósito preponderantemente marcado pela economia tributária e a impossibilidade de uma interpretação extensiva das hipóteses expressamente previstas em lei para a amortização do ágio, já se pode enfrentar a principal matéria do presente caso.

A fiscalização relata que a ELECTRO VIDRO, num primeiro momento, adquiriu o total controle societário da ISOLADORES SANTANA. Para esta aquisição, de fato, como bem esclarecido e detalhado pela impugnante, desembolsou a quantia de R\$ 215.122.000,00, dos quais, o equivalente a R\$ 144.683.423,98 foi contabilizado como ágio pela empresa adquirente. Num segundo momento, a ELECTRO VIDRO transferiu o mesmo controle societário para a empresa A.L.T.T.E.S.P. e, em substituição, recebeu ações desta última. Ocorreu uma mudança na titularidade do controle na ISOLADORES SANTANA: saiu da ELECTRO VIDRO e foi para a A.L.T.T.E.S.P. Ato contínuo, foi gerado o ágio, no mesmo valor de R\$ 144.683.423,98, na A.L.T.T.E.S.P. pela aquisição da participação na ISOLADORES SANTANA.

Nesse ponto, é de se recordar a questão fundamental que orienta a oponibilidade dos planejamentos tributários ao Fisco: o propósito do negócio jurídico é preponderantemente marcado pela economia tributária? Para que fique claro, o negócio jurídico em análise é a operação de substituição da participação societária na ELECTRO VIDRO. Então, reformulando a questão, pergunta-se: essa operação teve o propósito preponderante de gerar o ágio para futuro aproveitamento?

O que se constata, pelo relato da fiscalização, é que a A.L.T.T.E.S.P. havia sido constituída em 10/08/2006 com um capital de R\$ 500. Em 03/12/2007, sofreu o aumento de capital, com a conseqüente geração do ágio, provocado pela operação de substituição da participação societária na ELECTRO VIDRO. Um dia após, em 04/12/2007, foi incorporada pela ISOLADORES SANTANA. Em toda sua vida útil, só efetuou uma única operação econômica: o referido aumento de capital.

É de se questionar a utilização da A.L.T.T.E.S.P. como veículo para a geração de um ágio mediante a mera substituição de ações na ELECTRO VIDRO. Por mais que aquela empresa tenha sido criada mais de um ano antes dessa operação, sua única utilidade

restou ser a viabilização da geração do ágio para o futuro aproveitamento com a superveniente incorporação. A razão preponderante para a substituição da participação societária da ELECTRO VIDRO na ISOLADORES SANTANA foi, sem dúvida, o futuro aproveitamento do ágio.

A impugnante alega que não se trata de ágio interno, uma vez que houve a efetiva aquisição do controle da ISOLADORES SANTANA por parte da ELECTRO VIDRO. Aliás, esse foi o argumento decisivo para a DRJ cancelar a autuação. Não importa! A operação de substituição da participação societária, gerando o ágio na A.L.T.T.E.S.P., é suficiente para macular o planejamento, mesmo que anteriormente tenha sido gerado um ágio, numa aquisição pretérita, realizada mediante efetivo pagamento.

Alguém replicaria que só se está focando numa parte do planejamento. E que Marco Aurélio Greco, em sua obra de referência sobre o tema, manda olhar o “filme” como um todo<sup>25</sup>.

Nada obstante, poucas linhas atrás dissemos que em matéria de isenção, como é o caso da amortização do ágio, não há espaço para alargamento das situações expressamente previstas em lei. Por oportuno, repita-se a transcrição do artigo 7º, *caput*, e do artigo 8º, alínea “b”, da Lei nº 9.532/97:

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

(...)

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

(...)

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

Se a lei falou que o ágio a ser amortizado é aquele surgido na aquisição da participação societária detida por uma das pessoas envolvidas na incorporação, não se poderá querer estender a interpretação do comando legal para o ágio surgido numa aquisição pretérita à expressamente mencionada sob pretexto de que se trata do mesmo ágio. Tanto são diferentes que foram gerados em “aquisições” diferentes. Na pretérita, a aquisição das ações da ISOLADORES SANTANA em troca de pagamento, na posterior, a aquisição das ações da mesma ISOLADORES SANTANA em troca da emissão de ações pela A.L.T.T.E.S.P.

A DRJ entendeu que a autoridade fiscal não analisou a efetividade do pagamento daquela aquisição pretérita e que, por isso, seria incompreensível a distinção do

presente caso com o aproveitamento do ágio, mediante sociedade veículo, nas muitas aquisições de participações nas concessionárias de serviços públicos.

Sem embargo, diferentemente do que ocorreu com os investimentos envolvidos no âmbito do Programa Nacional de Desestatização da década de 90, que motivou a criação do benefício fiscal da amortização do ágio, não se vislumbra aqui a necessidade de canalização dos investimentos numa empresa ou consórcio de empresas nacional que tem a incumbência de fazer a aquisição da participação societária através de leilões de privatização de empresas públicas. Pelo contrário, o investimento aqui foi feito numa aquisição pretérita. Só depois, com o único propósito da economia tributária, foi interposta uma sociedade veículo.

A autoridade julgadora da primeira instância justificou a não apresentação do seu ponto de vista a respeito das operações efetuadas por entender que não caberia invocar outras razões para o lançamento. Não se trata disso. De fato, a fiscalização focou sua argumentação na perspectiva de que houve ágio interno. Contudo, ela deixou claro que estava se referindo à geração do ágio no segundo momento, o da substituição da participação societária, e não à geração do ágio no primeiro momento, o da aquisição pretérita. Confira-se, novamente, os seguintes trechos do Termo de Constatação Fiscal, com grifos nossos:

46. O ágio interno tem origem em uma construção contábil, que decorreu da interposição da A.L.T.T.E.S.P. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A. como intermediária entre a ISOLADORES SANTANA S.A. e sua controladora ELECTRO VIDRO S.A., sem que se alterasse de fato o verdadeiro controlador.

(...)

51. Não há qualquer suporte na teoria da contabilidade ou nas normas societárias e fiscais para o reconhecimento de ágio na sequência de operações praticadas pelo fiscalizado. Não se discute aqui, por ser irrelevante na fundamentação da autuação, o propósito negocial da operação como um todo.

(...)

52. Além disso, embora não se conteste a motivação final do processo de reestruturação, é evidente que a etapa intermediária de interposição da A.L.T.T.E.S.P. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A., sociedade empresária inoperante que, em toda a sua vida útil, só efetuou uma única operação econômica: a de seu aumento de capital, objetivou unicamente buscar o benefício fiscal previsto no art. 7º da Lei 9.532/97. Concluindo: não houve nenhum propósito negocial, societário ou econômico.

53. São insubsistentes, portanto, os efeitos fiscais na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL da ISOLADORES SANTANA S.A., no ano-calendário de 2008, decorrentes da amortização do suposto ágio herdado na incorporação da A.L.T.T.E.S.P. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A., cuja origem foi a subscrição de capital pela ELECTRO VIDRO S.A. na A.L.T.T.E.S.P. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A., através da transferência de investimento detido pela subscritora junto a ISOLADORES SANTANA S.A.

**Portanto, mantenho a glosa das amortizações do ágio.**

**Das multas de ofício aplicadas:**

No que diz respeito à alegação de que as multas de ofício aplicadas não deveriam se comunicar à empresa incorporadora, trata-se de matéria já pacificada no CARF. Com efeito, ficou sumulado que a responsabilidade tributária alcança a sucessora, no caso das penalidades impostas por infrações cometidas pela sucedida, quando for verificado que as sociedades a época dos fatos encontravam-se sobre controle comum ou pertenciam ao mesmo grupo econômico. Confira-se:

*Súmula CARF nº 47: Cabível a imputação da multa de ofício à sucessora, por infração cometida pela sucedida, quando provado que as sociedades estavam sob controle comum ou pertenciam ao mesmo grupo econômico.*

Como é cediço, a matéria sumulada é de observância obrigatória por disposição expressa do que consta no artigo 72 do Anexo II do RICARF:

*Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.*

No presente caso, a descrição dos fatos deixa claro que a empresa autuada (ELECTRO VIDRO) era a detentora da totalidade das ações da empresa incorporada (ISOLADORES SANTANA) desde o princípio da reorganização societária. No primeiro momento, com a aquisição do controle societário, de forma direta; depois, com a interposição da empresa veículo (A.L.T.T.E.S.P.), de forma indireta; e por fim, com a incorporação desta última pela ISOLADORES SANTANA, novamente de forma direta.

Portanto, não há como dar abrigo à pretensão da impugnante.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso de ofício.

É como voto.

*Documento assinado digitalmente.*

## Voto Vencedor

Conselheiro José Evande Carvalho Araujo

Na sessão de julgamento deste processo, usei divergir do posicionamento do Ilustre Relator no tocante ao provimento do recurso de ofício, entendimento que prevaleceu pela maioria dos votos da Turma.

Apesar de reconhecer a existência de ágio pago em operação anterior, entendeu o Relator que a simples conferência de capital com ações resultou em um ágio diverso do anteriormente existente, cujo dedutibilidade seria inoponível ao Fisco por possuir propósito preponderantemente tributário.

Ora, caso exista um propósito negocial válido, é plenamente aceitável que o grupo econômico “transfira” o ágio para uma de suas controladas.

Esta Turma de Julgamento já analisou situação onde a investidora, detentora do ágio, não podia, por disposições contratuais e legais, incorporar a investida e amortizar o ágio. Por isso, criou empresa veículo e nela conferiu as ações da investida, realizando posterior incorporação reversa da empresa veículo pela investida e nela amortizando o ágio. Tal situação, muito comum no contexto das privatizações do final da década de 1990, foi admitida como válida, pois ficou comprovado que o aproveitamento do ágio poderia se dar mesmo sem as operações societárias, e que somente não se utilizou a incorporação direta por vedações legais e contratuais.

Trata-se do Acórdão nº 1102-000.873, julgado na sessão de 11 de junho de 2013, tendo como redator do voto vencedor o Conselheiro Antonio Carlos Guidoni Filho, que possui a seguinte ementa na parte de interesse à discussão:

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

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

No caso, há que se reconhecer que, caso a Electro Vidro tivesse incorporado diretamente a Isoladores Santana, ou vice-versa, ter-se-ia obtido o mesmo resultado fiscal conseguido com o uso da empresa veículo. Contudo, segundo o raciocínio do Relator, somente seria oponível ao Fisco o resultado obtido pela incorporação direta.

Dessa forma, seria a simples “descida” do ágio por meio de empresa veículo que tornaria o aproveitamento do ágio indevido, porque evidenciaria propósito preponderantemente tributário.

Não consigo entender o fenômeno dessa forma. Se o propósito fosse somente tributário, bastaria a incorporação direta para garantir o benefício. Se houve o uso da empresa veículo era porque se desejava manter intacta as duas empresas existentes por razões diversas da tributária.

Ademais, na imensa maioria das aquisições de empresas, a possibilidade de amortização do ágio pago após incorporação posterior é sem dúvida um importante elemento do negócio, sendo utilizada na composição do preço final acordado. Por se tratar de um benefício expressamente previsto em lei, seria de se estagnar que os diversos agentes econômicos dele não se utilizassem em suas transações.

Assim, não há sentido em se decompor um negócio jurídico ocorrido em diversas fases e considerar apenas a última, onde prepondera o aspecto tributário, esquecendo-se das demais etapas que permitem a compreensão do propósito negocial como um todo.

É bem verdade que, na situação destes autos, não ficou claro porque não se optou pela incorporação direta, preferindo-se a operação com o uso de empresa veículo. Mas isso decorre do fato de a fiscalização não ter realizado qualquer pesquisa da motivação dos atos negociais, preferindo analisar a segunda operação de forma desvinculada da imediatamente anterior, onde o sobrepreço havia sido pago.

Assim, apesar de considerar que é necessário se justificar qual o motivo para não se utilizar da incorporação direta e se optar pelo uso de empresa veículo para o aproveitamento do ágio em outra empresa do grupo, penso que o trabalho fiscal não trouxe espaço para a apresentação dessa justificativa ao concentrar a acusação apenas na última etapa da operação. Diante da imputação fiscal de não se tratar de ágio pago, o contribuinte centrou sua defesa na criação do ágio na etapa anterior, quando da aquisição da Isoladores Santana de seus acionistas minoritários.

Dessa forma, concordo com o raciocínio da decisão recorrida de que a acusação fiscal é incorreta, porque reputou como interno e sem fundamento ágio que foi devidamente pago em operação anterior, não possuindo, nesse sentido, correlação com os fatos efetivamente existentes.

No mesmo sentido, respeitosamente entendo que também se equivoca o voto vencido quando, por meio de uma perspectiva excessivamente formalista, desvincula o ágio efetivamente pago pela aquisição de uma investida daquele surgido por meio da conferência de capital de ações dessa mesma investida.

Foram essas as razões porque a Turma Julgadora, por maioria de votos, entendeu por manter a decisão recorrida, que cancelou o lançamento que glosava amortizações de ágio, e assim negar provimento ao recurso de ofício.

(assinado digitalmente)  
José Evande Carvalho Araujo

Processo nº 15540.720556/2012-28  
Acórdão n.º **1102-000.982**

**S1-C1T2**  
Fl. 740

---

CÓPIA