



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.001724/2010-16
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-006.600 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de setembro de 2023
Recorrente TOKIO MARINE SEGURADORA S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2005

DECADÊNCIA. ABRANGÊNCIA.

Para a aplicação do fenômeno da decadência, é necessário que se identifique um dever legal atribuído à Fazenda Pública, passível de ser extinto pelo decurso de determinado prazo. No caso dos autos, considerando que se está tributando o resultado do ano-calendário de 2005, de modo a reduzir o saldo de prejuízo fiscal do IRPJ e de base negativa da CSLL, e não dos períodos anteriores, o poder-dever da Fazenda Pública de realizar a revisão e homologação do lançamento somente poderia ter sido exercido a partir da ocorrência do respectivo fato gerador, de modo que o prazo decadencial apenas pode ser computado a partir do fato ensejador da obrigação tributária, e não dos atos ou fatos pretéritos, de efeitos prospectivos, que apenas contribuíram para a materialização da hipótese de incidência. Inteligência da Súmula CARF nº 116.

REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. DESPESA COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. FUNDAMENTO ECONÔMICO. RENTABILIDADE COM BASE EM PREVISÃO DE RESULTADO NOS EXERCÍCIOS FUTUROS DA INVESTIDA. LAUDO TÉCNICO PRODUZIDO POSTERIORMENTE À AQUISIÇÃO DO INVESTIMENTO. INEFICÁCIA.

A existência do ágio e seu respectivo lançamento contábil são decorrência lógica da apuração feita por ocasião da operação societária que o tenha gerado, não sendo factível o lançamento de ágio que não tenha sido antes ou concomitantemente apurado, o que demanda a preexistência ou coexistência do demonstrativo indicativo da sua formação. Sem esse demonstrativo, não existe ágio a ser contabilizado por expectativa de rentabilidade futura e, por via de consequência, não se pode atribuir-lhe os efeitos fiscais atinentes à dedutibilidade da sua amortização posterior.

CSLL. DECORRÊNCIA.

O decidido quanto ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica aplica-se à tributação decorrente dos mesmos fatos e elementos de prova.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de decadência suscitada e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Luciano Bernart e Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça que davam provimento.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Jandir José Dalle Lucca - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Alexandre Iabrudi Catunda, Luciano Bernart, Mauricio Novaes Ferreira, Jandir Jose Dalle Lucca, Mauritania Elvira de Sousa Mendonca (suplente convocada) e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

1.Trata-se de Recurso Voluntário (e-fls. 1157/1200) interposto em face do v. acórdão de e-fls. 1101/1132, que julgou improcedente a impugnação de e-fls. 701/737 para o fim de manter integralmente as exigências descritas nos Autos de Infração lavrados em 29.12.2010, relativamente aos ajustes na base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), com retificação do saldo de prejuízo fiscal e do saldo de base negativa do ano-calendário de 2005 (e-fls. 679/685).

2.Para melhor compreensão a respeito da matéria versada nos autos e por bem descrever os fatos, consulte-se o relatório da r. decisão recorrida:

Em consequência de procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias, em 29/12/2010, foram lavrados contra a empresa contribuinte acima identificada, os Autos de Infração a seguir discriminados, para ajuste de Base de Cálculo do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

a) Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) - Lucro Real (fls. 548 a 550)

Valor Tributável lançado: R\$ 10.928.284,80;

Fato Gerador: 31/12/2005;

Enquadramento legal: (001) AMORTIZAÇÃO. VALORES NÃO AMORTIZÁVEIS: arts. 249, inciso I, 251, parágrafo único, 299, 324, §§ 2º e 4º; 385, § 3º, art. 386, inciso II, e 391 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99 - Decreto nº 3.000, de 26/03/1999;

b) Contribuição Social (CSLL) (fls. 551 a 553)

Valor Tributável lançado: R\$ 10.928.284,80;

Fato Gerador: 31/12/2005;

Enquadramento legal: art. 2º e §§, da Lei nº7.689/1988; art. 1º da Lei nº 9.316/1996, art. 28 da Lei nº9.430/1996; e art. 37 da Lei nº 10.637/2002.

1.1. A ciência da autuação ocorreu na mesma data da lavratura (29/12/2010), conforme consignado às fls. 548 e 551.

2. Conforme exposto no Termo de Verificação às fls. 520 a 546-verso, a autuante, em introdução, registra que:

- A Real Seguros S.A. é uma sociedade anônima que tem por objeto a exploração de seguros e resseguros dos ramos elementares e do ramo de vida, tais como definidos na legislação em vigor;
- Conforme a Assembléia Geral Extraordinária realizada em 04/05/2005, o capital social da Real Seguros era de R\$ 225.617.303,63, integralmente subscrito e integralizado e dividido em 1.030 ações ordinárias nominativas, sem valor nominal, sendo a ABN AMRO Brasil Dois Participações detentora de 99,7% das ações (1.027 ações);
- De acordo com a DIPJ, AC: 2004, a Real Seguros S.A. detinha 100% do capital social da Real Capitalização (CNPJ 00.338.748/0001-07) e da Real Vida e Previdência (CNPJ 04.884.104/0001-67);
- No ano de 2005, a ABN Dois firmou contrato com a Tóquio Marine & Nichido Fire Insurance Co Ltda para venda de 100% das ações, representativas de sua participação na Real Seguros e 50% das ações representativas do capital social da Real Vida e Previdência;
- A Tóquio Marine & Nichido Fire Insurance Co Ltda (7'MNF) é uma empresa pertencente ao Grupo Millea, de origem japonesa, que atua no mercado de Seguros e Previdência. Seu capital social é integralmente detido pela Millea Holdings Inc;
- A ABN AMRO Brasil Dois Participações S.A (ABN 2), em 2005 era uma empresa holding não operacional, pertencente ao Grupo ABN, de origem holandesa, que atuava no setor de serviços financeiros.

2.1. Em tópico denominado Planejamento Tributário, a autoridade fiscal faz descrição dos fatos:

- A ABN Brasil Dois Participações S.A., inscrita no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) sob o nº 05.515.360/0001-40, firmou contrato de Compra e Venda de Ações com a Tóquio Marine & Nichido Fire Insurance Co., Ltd, pessoa jurídica domiciliada no exterior e inscrita no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) sob o nº 05.711.001/0001-68, cujo objetivo era vender 100% de sua participação acionária na Real Seguros e 50% do capital social da Real Vida. Em seguida, transcreve partes do referido Contrato de Compra e Venda de Ações (fls. 520-verso a 524), datado em 28.04.2005;
- A fim de dar cumprimento ao contrato acima citado, as partes firmaram em 28 de junho de 2005 um Termo Aditivo ao Contrato de Compra e Venda de Ações (fls. 223 a 232) no qual estabeleceram as etapas da operação de venda, conforme resumiu às fls. 524/527. (Partes contratantes: TMNFI, sociedade constituída segundo as leis do Japão, inscrita no CNPJ: 05.711.001/0001-68; ABN Dois, sociedade constituída segundo as leis do Brasil, inscrita no CNPJ: 05.515.360/0001-40; ABN Participações Financeiras; Millea Holdings, Inc, sociedade constituída segundo as leis do Japão, sociedade controladora da TMNF; ABN NV, sociedade constituída segundo as leis da Holanda, sociedade controladora da ABN Dois, inscrita no CNPJ 05.489.634/0001-73; Intervenientes: Real Seguros, CNPJ: 33.164.021/0001-00;, Real Vida e Previdência, CNPJ: 04.884.104/0001-67; FARAGPart., CNPJ: 07.081.424/0001-77). Destacando-se

as Etapas:

ETAPA 1: A ABN Dois, sociedade controladora da Real Seguros aprovará cisão parcial da Real Seguros, de sorte que:

O investimento correspondente a 100% da Real Capitalização S.A (Real Cap); e,

O investimento correspondente a 65,10% da Real Vida sejam cindidos e segregados da Real Seguros e, subseqüentemente incorporados pela ABN Dois.

ETAPA 2: A Real Seguros e a ABN Dois aprovarão aumento de capital da Real Vida no valor de R\$ 24.971.875,45, subscrito e integralizado pela Real Seguros, de sorte que após o aumento de capital, a Real Seguros e a ABN Dois passem a ser as acionistas da Real Vida, cada

qual detentora de 50% da totalidade do capital social da Real Vida.

ETAPA 3: A ABN NV, sociedade controladora da ABN Dois, aprovará cisão parcial da ABN Dois, de sorte que, única e exclusivamente o investimento correspondente a 100% da Real Seguros seja segregado e destinado a uma nova pessoa jurídica resultante da parcela cindida da ABN Dois ("ABN Três").

ETAPA 4: A ABN Três e a Real Seguros aprovarão a incorporação da ABN Três pela Real Seguros, de sorte que a ABN NV passe a ser a única e direta acionista da Real Seguros, detendo 100% de suas ações.

ETAPA 5: A ABN Dois terá adquirido uma empresa holding brasileira (FARAG) e promovido um aumento de seu capital social no valor total de R\$ 9.900,00. Após o aumento de capital, o capital social da FARAG passará a ser representado por R\$ 10.000,00 divididos em 10.000 ações ordinárias emitidas e em circulação, sem quaisquer gravames. As 10.000 ações ordinárias emitidas e em circulação serão totalmente integralizadas até a Data de Fechamento.

ETAPA 6: Na Data de Fechamento, a Millea subscreverá 10.000 novas ações preferenciais sem direito de voto (convertíveis em 963.736.987 ações ordinárias) emitidas pela FARAG no valor total de R\$ 963.736.987,53.

ETAPA 7: Na Data de Fechamento, a FARAG adquirirá da ABN NV, 100% das ações emitidas e em circulação da Real Seguros, livres e desembaraçadas de quaisquer ônus e gravames (exceto pela opção outorgada a acionistas minoritários do desdobramento reverso de ações da Real Seguros aprovado na Assembléia Geral de 18 de abril de 2005), de acordo com o item 2.4 infra. Imediatamente depois que a compra e venda aqui descrita for efetivada, a MILLEA converterá suas 10.000 ações preferenciais sem direito de voto em 963.736.987 ações ordinárias, tornando-se acionista controladora da FARAG.

2.4 Transferência das Ações Objeto de Venda e Pagamento do Preço de Compra Final. Em decorrência do disposto na Cláusula 4.2 do Contrato de Compra e Venda de Ações e da efetivação da Cisão de Negócios conforme descrito acima, fica por este ato convencionado que na Data de Fechamento, a ABN NV transferirá as Ações Objeto de Venda (Inclusive, caso aplicável, o direito de receber dividendos e/ou sobre patrimônio líquido), livres e desembaraçadas de quaisquer ônus ou gravames (exceto pela opção outorgada a acionistas minoritários) e fará com que sejam entregues à FARAG, assim como registrará as aludidas Ações Objeto de Venda em nome da FARAG nos devidos Livros Societários da Real Seguros. Ademais, fica por este ato convencionado que o preço de compra, corrigido e ajustado em conformidade com o Cap. III do Contrato de Compra e Venda de Ações é R\$ 963.736.987,53. No entanto, desse preço de compra será deduzida a CPMF, resultando no pagamento do Preço Final no valor de R\$ 960.088.650,66, valor esse que será pago pela FARAG na Data de Fechamento em fundos imediatamente disponíveis. A ABN NV encaminhará à FARAG as instruções para pagamento do Preço de Compra Final com antecedência mínima de 2 dias Úteis da Data de Fechamento.

2.1.1. Passa então a discorrer a respeito dos Atos Societários expedidos a fim de viabilizar as etapas contratadas no Termo Aditivo, conforme que descreve às fls. 527 a 534. Explicita os atos societários e documentos pertinentes a (1) Cisão da Real Seguros com versão do correspondente PL à ABN Dois, representando 100% do investimento no capital da Real Capitalização e 65,10% do investimento no capital da Real Vida e Previdência; (2) Aprovação de aumento de capital na Real Vida de tal forma que seus únicos acionistas, Real Seguros e

ABN Dois participem ambos com 50% cad; (3) Cisão Parcial da ABN. Dois de sorte a verter o PL correspondente ao investimento na Real Seguros para ABN Três, cujo único sócio é a ABN NV; (4) Incorporação da ABN 3 pela Real Seguros; (5) Aquisição pela ABN 2 de uma empresa Holding brasileira (FARAG Participações) e aumento de capital da empresa adquirida; (6) Subscrição pela Millea de 10.000 novas ações preferenciais sem direito a voto emitidas pela FARAG no valor de R\$ 963.736.987,53; (7) Operações realizadas na Data de Fechamento (Aquisição pela FARAG da Real Seguros da ABN NV; Conversão pela Millea de 10.000 ações ordinárias em preferenciais tomando-se controladora da FARAG); (8) Alteração dos membros do Conselho de Administração da Real Seguros e da alteração da denominação social da companhia para Tóquio rine Seguradora S/A.; (10) Alteração da Diretoria da Companhia; (10 - 11) Aprovação da elevação do capital social de R\$ 950.394.517,00 para R\$ 1.624.735.103,00 (aumento de R\$ 674.340.658,00 — ações ordinárias de valor nominal R\$ 1,00 cada) da ABN 2 integralmente subscrito e integralizado por ABN AMRO Bank NV.

2.1.1.1. Detalha, ainda, a AGE da FARAG Participações em 31.10.2005, às 10:00 horas, (registro sob nº-260.444/10-8 na Jucesp em 23/07/2010) cujas deliberações foram: (1) Aprovação da Incorporação da totalidade do PL da FARAG Participações pela Tokio Marine Seguradora S/A, sem aumento de capital, e de acordo com o estabelecido no Protocolo de Incorporação e Justificação assinados pelos administradores em 25/10/2005; (2) Ratificação da escolha da Empresa KPMG Auditores Independentes indicada para elaborar o Laudo de Avaliação do patrimônio Líquido da companhia. Expõe também a autuante a respeito do Anexo I ao Protocolo de Incorporação e Justificação e, dentre os tópicos transcritos, destaca-se que *"A incorporação efetivar-se-á pela absorção do patrimônio líquido da Farag Participações S.A., que se extinguirá, sendo que a Tóquio Marine Seguradora S.A. a sucederá em todos os seus bens, direitos e obrigações, sem qualquer solução de continuidade. Como resultado, da incorporação do patrimônio líquido da Farag Participações pela Tóquio Marine Seguradora, a Millea Holdings, Inc, única acionista da Farag Participações, passará a deter diretamente 1.024 ações ordinárias de emissão da Tóquio Marine Seguradora, sendo que as demais 6 ações ordinárias de emissão da TMS permanecerão, em caráter fiduciário, com os membros do Conselho de Administração da TMS."*, bem como, nas considerações gerais, que a incorporação terá como consequência que o controle acionário direto passa a ser detido pela Millea Holdings, Inc., até então controladora indireta.

2.1.1.2. Também reporta-se e transcreve partes do Laudo de Avaliação elaborado pela ICPMG, datado de 28.10.2005, que avaliou o patrimônio líquido contábil da Farag Participações em R\$ 548.035.177,53 e das Demonstrações Contábeis integrantes do documento registrado na JUCESP em 23/07/2010).

2.1.2. Consigna que a AGE da Tóquio Marine Seguradora S.A, nova denominação da Real Seguros S.A., foi realizada em 31.10.2005, às 11:00h, e registrada na Jucesp em 04/03/2009 sob o nº 075.535/09-9, sendo que os termos do Protocolo de Incorporação e Justificação são iguais aos contidos no documento registrado pela FARAG.

2.1.3. Observa a autuante, a partir do acima exposto, que o único objetivo da incorporação da Farag pela Real Seguros foi o aproveitamento do crédito tributário sobre o ágio e a incorporação do ágio para fins de amortização.

2.2. Ao fazer a análise dos fatos, a auditora fiscal autuante registra que:

2.2.1. Das reorganizações societárias praticadas a fim de materializar o disposto no contrato de compra e venda de ações foram utilizadas duas empresas veículos,

a ABN 3 e a FARAG;

2.2.2. A ABN 3 é oriunda da Scotta Participações, CNPJ: 07.152.467/0001-04, empresa criada em 17/12/2004 com capital inicial de R\$ 100,00. Figuravam como acionistas da sociedade a Texpar Participações Ltda e Pacaembu Serviços e Participações Ltda, e como diretores: Roberto Figueiredo Mello e Ricardo Campus Caiubi Ariani. O Livro Diário do período de primeiro de janeiro a 28 de junho de 2005 demonstra que não ocorreu nenhuma atividade empresarial. Na AGE de 29/06/2005 foi alterada a denominação social para ABN AMRO Brasil Três Participações S.A. e foram destituídos os diretores para eleição de José Luiz Majolo e José de Menezes Berenguer Neto. Na AGE de 30/06/2005, às 09:30 h, foi aprovada cisão parcial da ABN 2 com versão do patrimônio correspondente a sua participação na Real Seguros para a ABN 3. Na AGE de 30/06/2005, às 18:00 h, foi aprovada a incorporação da ABN 3 pela Real Seguros (incorporação às avessas, na qual a controlada incorpora a controladora). No Livro de Balancetes Diários e Balanços do período de 29/06/2005 a 30/06/2005 existe apenas o registro correspondente ao recebimento do ativo (investimento na Real Seguros) e do aumento de capital, e a saída do investimento e conseqüentemente diminuição do capital social, com o "zeramento" de todas as contas. Nenhuma outra atividade empresarial;

2.2.3. O único objetivo dessas reorganizações societárias foi transferir da ABN 2 para a ABN 3 o controle direto das ações da Real Seguros e indiretamente a da Real Vida e Previdência para possibilitar que a venda das ações da Real Seguros ficasse sujeita a uma tributação mais benéfica que é o ganho de capital auferido por empresa domiciliada no exterior que vende ativo no Brasil à alíquota de 15% de IR e exclusivo na fonte. Enquanto que, se vendido pela ABN 2, a detentora original do ativo, esta ficaria sujeita ao IR e CSLL à alíquota de 34% sobre o ganho de capital < oriundo desta alienação;

2.2.4. A Farag Participações S.A, CNPJ: 07.081.424/0001-77 foi constituída pela AGE de 29/10/2004 com capital inicial de R\$ 100,00. Figuravam como acionistas da sociedade a Texpar Participações Ltda e Pacaembu Serviços e Participações Ltda, e como diretores: Roberto Figueiredo Mello e Ricardo Campus Caiubi Ariani. A empresa tinha como objeto social a participação em outras sociedades. Na AGE de 24/06/2005 foram destituídos os diretores para eleição de Ryoji Fujii e Kasuo Suda, mudança de endereço, alteração do capital social de R\$ 100,00 para R\$ 10.000,00, cujo aumento foi subscrito pela ABN 2. Na AGE de 07/07/2005 foi aprovado aumento de capital de R\$ 963.726.987,53 subscrito por Millea em ações preferenciais, que no mesmo dia após o pagamento do preço para aquisição da Real Seguros da ABN NV converteu as ações preferenciais em ordinárias passando a ser controladora da Real Seguros. Na AGE de 31/10/2005 foi aprovada a incorporação da FARAG pela Real Seguros (incorporação às avessas). Com base no LALUR, balancetes e Livro Razão apresentados da FARAG observa-se que não houve nenhuma outra atividade empresarial;

2.2.5. Constata-se como objetivo preponderante destas reorganizações societárias o benefício fiscal de antecipar a amortização do ágio pela ocorrência de incorporação reversa nos termos previstos no art. 386 do RIR/99 em detrimento do disposto no art. 391 do RIR/99, ou seja, utilização da incorporada (Farag) como mera "empresa veículo" para transferência do ágio à incorporadora (TMS nova denominação da Real Seguros) e se enquadrar nos termos do disposto no art. 386, III, c/c §6º, II, do RIR/99.

2.3. Sob o tópico "Do propósito Negocial", a autoridade fiscal relata que:

--em 24/11/2010, a contribuinte foi intimada (doc. de fls. 79/80 e 83) a justificar o que se segue: (1) *Da incorporação da ABN 3, pela Real Seguros, afim de que a vendedora das ações fosse a ABN NV. Qual o motivo negocial da ABN NV ser a vendedora?;* (2) *Da Millea adquirir participação na FARAG, que serviu de instrumento para a aquisição da Real Seguros da ABN NV. Qual o motivo*

negocia! da FARAG ter servido como instrumento para operacionalizar a compra?; (3) Da incorporação da FARAG pela Real Seguros. Qual o motivo comercial da controlada ter incorporado a controladora?

-- em 29/11/2010, a contribuinte respondeu aos quesitos formulados, nos seguintes termos: *Item a - A empresa ABN NV figurou como "Vendedora" no negócio, uma vez que era a detentora das ações adquiridas na transação descrita; Item b - A empresa Farag Participações S.A. serviu de instrumento para operacionalizar o negócio, pois a compradora visava criar uma reserva de capital; Item c - A Real Seguros incorporou a Farag por questões meramente operacionais, tendo em vista a desnecessidade de manutenção de duas empresas distintas após o processo de aquisição das operações;*

2.3.1. Ao analisar as informações prestadas pela contribuinte comparativamente aos atos societários emitidos para materializar a compra e venda das ações da Real Seguros e da Real Vida (desde o agrupamento da Real Seguros -AGE de 18/04/2005-, dos atos societários que materializaram as etapas 1 a 7, o aumento de capital na ABN 2 em 07/07/2005; e incorporação da Farag pela Real Seguros em 31.10.2005), a autoridade fiscal considerou apenas com motivação comercial, o agrupamento de ações e as Etapas 1 e 2 que permitiram a segregação do negócio para venda.

2.3.2. Registra, ainda, que as demais etapas e atos societários não agregam nenhuma vantagem comercial, operacional, societária, regulatória, mas apenas o benefício fiscal de uma tributação mais favorecida. Do ponto de vista do vendedor, conforme já exposto anteriormente, as etapas 3 e 4 permitiram que a empresa veículo ABN 3 servisse de trânsito do patrimônio para diretamente poder ser vendida pela ABN NV. Assim como, a FARAG, do ponto de vista do comprador serviu de veículo para que o ágio gerado na operação pudesse ser amortizado imediatamente após a incorporação da controladora (FARAG) pela controlada (Real Seguros). Na aquisição direta da Real Seguros e Real Vida e Previdência, a TMNF (Millea) estaria proibida de amortizar, para, fins tributários, o ágio oriundo da aquisição, exceto no caso de alienação ou liquidação da participação acionária, ou seja, evitou-se a tributação do art. 391 do RIR/99. Para fugir desta proibição, montou-se uma estrutura comercial que se enquadrava na norma do art. 386, III, § 6º, II, do RIR/99, ou seja, usou-se a FARAG para efetuar a aquisição e, logo, após, promoveu-se a sua incorporação pela controlada Real Seguros, permitindo assim a amortização do ágio fiscalmente.

2.4. Sobre o fundamento econômico do ágio, a autuante expõe que:

- Nas datas de 18/11/2010 e 24/11/2010, a contribuinte foi cientificado dos Termos de Intimação de 10/11/2010 e 23/11/2010, respectivamente, que em resumo solicitavam a apresentação de documentos que demonstrassem a fundamentação econômica do ágio registrado na aquisição das ações da Real Seguros, no valor de R\$ 655.697.088,56, nos termos do disposto no § 3º do art. 385 do RIR/99, assim como justificar a motivação para amortização a razão de 1/120 avos (fls. 73/74 e 81/82).

- Em 29/11/2010, o contribuinte apresentou o Relatório de Avaliação Econômico- Financeira das Empresas Real Seguros S.A e Real Vida e Previdência S.A. emitido pela KPMG Corporate Finance Ltda, a fim de justificar a fundamentação econômica do ágio e a motivação para amortização a razão de 1/120 avos. Nesse relatório a ICPMG caracteriza o ágio de R\$ 655,7 milhões integralmente fundamentado pelo valor da rentabilidade das empresas com base em previsão de resultados nos exercícios futuros;

- o critério legal de avaliação do investimento da Real Seguros (e da Real vida e Previdência) na compradora a ser considerado é o valor do "Patrimônio Líquido", previsto no art. 384 do RIR/99 e o momento de apuração de qualquer ágio é "por ocasião de aquisição da participação" que no caso ocorreu em 07/07/2005, quando da transferência do controle acionário da Real Seguros para

a FARAG, conforme demonstrado no Balancete de julho de 2005 da Farag e no Livro de Registro de Ações da Real Seguros;

- O Laudo foi produzido em 28/05/2006 (relativamente à data base de 31/12/2005), portanto, posterior a data de aquisição prevista no art. 385 do RIR/99 (transferência do controle acionário efetivada em 07/07/2005);
- de acordo com o § 3º do art. 385 do RIR/99 este demonstrativo de fundamentação do ágio é pré-requisito para indispensável para a contabilização do fundamento econômico do ágio, o que leva a crer que, em 07/07/2005, o investimento foi avaliado pelo inciso III do § 2º deste mesmo artigo, ou seja, "fundo de comércio, intangíveis, e outras razões econômicas";
- o laudo não teve como objetivo a determinação do valor da Real Seguros e da Real Vida e Previdência para embasar a negociação muito menos determinar o valor e fundamentação legal do ágio, sua principal finalidade foi a de indicação de qual o montante do ágio já anteriormente pago que poderia ser dedutível nos períodos subseqüentes, aliado a uma avaliação a uma avaliação de conformidade do valor deste ágio com uma avaliação de eventuais resultados de rentabilidade futura;
- em uma transação dessa natureza, o documento de avaliação econômico-financeira deveria ser o primeiro a ser elaborado e servir de subsídio e fundamentação econômica do Contrato de compra e Venda de 28/04/2005 e não como efetivamente ocorreu;
- no momento previsto para a escrituração do ágio e indicação de seu fundamento econômico (aquisição da participação econômica em 07/07/2005), a compradora não possuía qualquer demonstração exigida pela legislação de regência da matéria que lhe permitisse classificar o fundamento econômico do ágio pago com base em rentabilidade futura ou ainda em valor de mercado. Consequentemente, o fundamento econômico desse ágio deve ser definido como sendo "por outras razões econômicas" (inciso III, do § 2º do art. 385 do RIR/99 (LALUR AC 2005 — Exclusão —amortização de ágio—no valor de R\$ 10.928.284,80.

2.5. No tópico "Da validade do Planejamento Tributário" a auditora fiscal registra que *Planejamento Fiscal poderia ser entendido como uma estratégia traçada pelo Contribuinte para organizar seus negócios de forma a obter economia quanto ao pagamento de tributos/contribuições. No Planejamento Tributário o caminho (meio) escolhido e a finalidade são lícitos, o que significa atuar no campo da elisão tributária, reportando-se a ensinamentos do Prof. Marco Aurélio Greco (obra "Planejamento Tributário", São Paulo, Dialética, 2008, págs. 75-76), para assinalar que:*

- *o Fisco não pode proibir o contribuinte de realizar um "ato lícito" que o fará pagar menos imposto. Entretanto, quanto à exigência do tributo que deixar de ser recolhido em decorrência de tal procedimento, dependerá da análise da(s) circunstância(s) e efeito(s) do referido ato. Melhor explicando, se a realização de uma operação lícita não guardar coerência ou correspondência com o que verdadeiramente resultou de sua prática, revelando ter servido apenas para ocultar, mascarar ou nublar o fato (imponível) que realmente ocorreu, deve o Fisco proceder de ofício ao lançamento do tributo que deixou assim de ser recolhido;*
- *A questão fundamental que cerca o planejamento tributário consiste em saber — diante de determinada situação, operação concreta ou conjunto delas — se os efeitos jurídicos tributários que o contribuinte pretende extrair são ou não oponíveis ao Fisco. Ou seja, se o Fisco deve suportar os efeitos que resultam dos atos ou negócios jurídicos celebrados. Não se trata de questionar integralmente a operação ou seus efeitos. Trata-se de inibir parcialmente a sua eficácia perante determinado terceiro (o Fisco)*
- *Desta maneira, quando a autoridade fiscal se depara com figuras clássicas de planejamento tributário (tais como: operações estruturadas em seqüência; a utilização de empresa veículo; e reorganização societária com amortização de*

ágio) é natural que empenhe seus melhores esforços na busca do que verdadeiramente se pretendeu com aquele determinado procedimento (caminho) escolhido pelo contribuinte;

2.5.1. Reproduz, então, lições do Prof. Prof. Marco Aurélio Greco, da obra acima citada, extraídas do capítulo dedicado ao estudo das "operações preocupantes" (operações estruturadas em sequência, operações invertidas, operações entre partes relacionadas, uso de sociedades -"conduit companies" e sociedades efêmeras-, ágio de si mesmo)

2.6. Sob o tópico "Da oponibilidade ao Fisco", a autuante explica que, a fim de caracterizar os atos ou negócios jurídicos como válidos ou eficazes perante o Fisco, no sentido de produzirem os efeitos desejados, no caso do planejamento, a redução da carga tributária ou afastar a incidência da norma tributária, é necessário identificar o arcabouço da operação formatado no caso concreto e os personagens e suas atuações no contexto deste caso concreto:

- Existência de um plano:

-- A primeira circunstância da existência de um plano é o encadeamento de etapas, assim reconhecível quando houver um nexo relevante entre elas. Não se trata da mera justaposição ou sucessão de negócios ou eventos, mas da identificação de situação em que: a) a posterior só existe se ocorrer a anterior (e vice-versa); e b) a anterior (construir) o pressuposto legal ou de fato do cabimento e da realização da posterior.

-- A segunda consiste na inexorabilidade da sequência no sentido de que o conjunto não pode deixar de se concluir o que leva mútua implicação dos atos e declarações de vontade que perdem sua autonomia para deverem ser vistos como frações de uma unidade maior.

-- A terceira é a não celebração dos negócios intermediários com terceiros, no sentido de que ao contribuinte só interessa realizá-los daquela forma e com aqueles personagens;

-- A quarta é o uso de institutos em hibernação; buscar no arcabouço legal existente uma estrutura formal que sirva ao objetivo visado ainda que ela seja inusual;

-- A quinta - e muito relevante - é a neutralização de efeitos indesejáveis que adviriam dos negócios celebrados se eles se mantivessem com o perfil que lhes é próprio.

- Identificar a existência de um plano acarreta relevantes consequências. Como dito, ao reconhecer a unidade (e não as etapas isoladas) o enquadramento no tipo tributário será do conjunto. Além disso, o reconhecimento de um plano permite a identificação do sujeito passivo da exigência;

- No caso em questão, existe o contrato entre a ABN2 e a TMNF cujo objetivo é a venda de ações representativas de 100% de sua participação direta na Real Seguros e de 50% de sua participação indireta na Real Vida e Previdência. A materialização deste objetivo foi realizada num conjunto de etapas (step transactions) definidos no Termo Aditivo ao contrato de Compra e Venda de Ações;

- As etapas 1 e 2 tiveram como objetivo separar o ativo que seria vendido, as etapas 3 e 4 tiveram como objetivo tornar a ABN NV, sede no exterior, dona das ações objeto da venda, afim de viabilizar o enquadramento tributário menor, as etapas 5 6 e 7 permitiram o pagamento da operação e o registro do ágio em uma empresa veículo para posterior, incorporação e amortização do ágio. A Estrutura Negocial montada utilizou-se da FARAG para efetuar a aquisição a fim de que, após sua incorporação pela Real Seguros (7ªMS), tornasse

aplicável uma tributação mais benéfica, ou seja, a permissão para a antecipação da amortização do ágio para fins tributários. Portanto, a TMNF. desejava adquirir 100% das ações da Real Seguros e 50% da Real Vida e Previdência. No entanto, se tivesse feita a aquisição diretamente da Real Seguros, estaria proibido de amortizar, para fins tributários, o ágio oriundo da aquisição, exceto no caso de alienação ou liquidação da participação acionária (norma contornada, art 391 do RIR/99). Para fugir a esta proibição, montou uma estrutura negocial, que se enquadrava à norma de contorno (art. 386, III cc § 6o, II, do RIR/99), ou seja, usou a FARAG, para efetuar a aquisição e, logo, após, promoveu a sua incorporação;

- Diante do exposto fica caracterizado o plano, como uma unidade formada por uma pluralidade de negócios, operações ou etapas. A operação que se pretendeu opor ao Fisco foi a aquisição direta pela TMNF (Millea) de 100% das ações da Real Seguros. Portanto, o enquadramento no tipo tributário deve ser do negócio global, ou seja, o art. 391 do RIR/99 que não permite a amortização antecipada do ágio.

2.6.1. Quanto ao uso de sociedades a autuante faz três observações:

2.6.1.1. A primeira é que o elemento relevante quando estamos perante uma pessoa jurídica não é apenas a sua existência formal; tão importante ou até mais - em matéria tributária é a identificação do empreendimento que justifica sua existência. A criação de uma pessoa jurídica tem sentido na medida em que corresponda à vestimenta jurídica de determinado empreendimento econômico ou profissional. A idéia de empresa é o núcleo a ser perquirido.

2.6.1.2. A segunda é no sentido de que, para fins tributários, o Código Tributário Nacional ao dispor sobre capacidade tributária passiva - vale dizer, sobre a qualificação subjetiva para fins de imputação de consequências tributárias em função da realização de fatos geradores alcançados pela legislação brasileira - estabelece de forma categórica que ela "independe (...) III- de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional". Ou seja, a capacidade tributária passiva (aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações em matéria tributária) surge pelo simples fato de existir uma unidade econômica, ainda que não se configure um estabelecimento, assim entendido como o complexo de bens organizado para o exercício da empresa. Relevante para o CTN é o exercício do empreendimento e não apenas o complexo de bens.

2.6.1.1. A terceira é que a figura da simulação pode se dar mediante o uso de pessoas jurídicas. Com efeito, a simulação pode ser objetiva, quando forem utilizados atos, ou subjetiva, quando a aparência do negócio se der mediante a criação ou atribuição de poderes ou deveres a uma pessoa jurídica.

2.6.2. Feitas essas observações a autoridade fiscal esclarece as seguintes figuras (1) Conduit companies; (empresas-veículo ou de passagem) em que uma pessoa jurídica é criada apenas para servir como canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro sem que tenha efetivamente outra função dentro do contexto; (2) Sociedades fictícias; se caracterizam pela existência de sócios, mas a pessoa jurídica é apenas de papel, não materializa nenhum empreendimento que a lastreie; é mera sociedade de papel, sem finalidade própria (=sem exercício de atividade empresarial autônoma; = sem propósito negocial); (3) Sociedades efêmeras; ou de curta duração; são aquelas sociedades que nascem para morrer ou para serem extintas depois de alguns dias ou algumas horas, tão logo compareçam em determinada operação. Dentro do planejamento a sociedade, é criada para participar de determinado negócio ou receber determinado patrimônio em trânsito para outra pessoa jurídica; feito isto pode desaparecer;

(4) Interposta pessoa: caracteriza-se pela utilização de uma pessoa jurídica para realizar negócio que se fosse realizado por outra teria efeito tributário relevante.

2.6.3. Conclui, assim que:

-- podemos enxergar que no planejamento tributário ora implementado foram utilizadas as empresas ABN 3 e a FARAG como *conduit companies*, sociedades fictícias, sociedades efêmeras e interpostas pessoas. Pois a primeira serviu de canal de passagem do patrimônio, não possui existência autônoma, não executa nenhuma atividade empresarial autônoma, ou seja, sem propósito negocial, sociedade de curta duração, e quando incorporada pela sua controlada serviu de interposta pessoa para realizar a venda das ações da Real Seguros uma vez que propiciou que os donos da ação fossem residentes e domiciliados no exterior cuja tributação tem uma carga menor. Da mesma forma, a empresa FARAG serviu de conduit companies, sociedade fictícia, efêmera e interposta pessoa. Pois serviu de passagem do dinheiro utilizado para efetuar a compra das ações da Real Seguros, não exerceu nenhuma atividade empresarial autônoma, ou seja, não tinha propósito negocial, teve curta duração e sua função como interposta pessoa foi efetuar a compra, registrar contabilmente o ágio, e quando da sua incorporação pela controlada que foi o produto de sua compra, permitiu o início da amortização imediata do ágio. Que se feito pelo comprador verdadeiro não poderia iniciar a amortização fiscal do ágio, pois este só poderia ser feito depois de alienado o bem ou baixado por qualquer motivo.

-- não tendo o contribuinte apresentado motivo extratributário que justificasse as reorganizações societárias havidas com o fim de transmitir o direito de compra para a FARAG ao invés de ser executado pela TMNF (Millea), e a incorporação reversa, onde a Tóquio Marine Seguradora, nova denominação social da Real Seguro incorpora a FARAG, entendo caracterizar o ato como abuso de direito, caracterizando como inoponível ao Fisco, pois a auto-organização com a finalidade predominante de pagar menos imposto configura abuso de direito e o Fisco pode recusar-se a aceitar seus efeitos no âmbito tributário de modo a neutralizar os efeitos fiscais do excesso abusivo;

-- As reorganizações societárias havidas afim de transferirem o direito da compra da TMNF para a FARAG também caracterizam outra patologia que é a fraude à lei, pois o contribuinte contorna a norma de incidência tributária prevista no art. 391 do RIR/99: "As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real ressaltado o disposto no art. 426", a fim de se beneficiar da norma de contorno prevista no art. 386, III cc § 6º, II do RIR/99: "A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior: III — poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do art. Anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração. § 6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando: II - a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária". Sendo, também, **inoponível ao Fisco**;

-- A Fraude à Lei é caracterizada como um drible jurídico, segundo Marco Aurélio Grego, em seu livro Planejamento Tributário, 2008, pág. 242, em que o agente se utiliza da norma de contorno (norma 2) para obter o mesmo resultado que adviria do pressuposto de fato de incidência da norma contornada (norma 1) sem que seja por ela alcançado;

-- Essas duas figuras, abuso de direito e fraude à lei, estão classificadas no novo Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/2002, no art. 187, o abuso de direito como ato ilícito. Que assim dispõe: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim

económico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes. E a Fraude à Lei está prevista no art. 166, inciso VI, que assim dispõe: É nulo o negócio jurídico quando: tiver por objetivo fraudar lei imperativa.

2.7. A autoridade fiscal passa então a discorrer sobre as figuras de abuso do direito e da fraude à lei e a transcrever ementas de julgados administrativos de segunda instância proferidos no sentido de *não acatar o efeito tributário pretendido pelo contribuinte relativamente à liberdade de auto-organização sem motivação negocial.*

2.8. No que concerne à apuração da base de cálculo e do crédito tributário, a autoridade fiscal aponta que o montante do ágio deduzido indevidamente na apuração do lucro real no ano de 2005 foi de: R\$ 10.928.284,80. Com base na glosa da dedução da amortização do ágio na apuração do lucro real e na apuração da base de cálculo da CSLL foram calculados o imposto de renda e a contribuição social sobre o lucro respectivos, conforme demonstrado nos quadros abaixo reproduzidos:

Quadro Demonstrativo da apuração do Lucro Real:

Lucro Real (prejuízo fiscal) antes da compensação de prejuízos declarados pelo contribuinte	-44.163.456,26
(+) glosa da exclusão da reversão da provisão do ágio	65.569.708,80
Compensação de prejuízo fiscal	0,00
Lucro Real	-33.235.171,46

Quadro Demonstrativo da apuração da Base de Cálculo da CSLL

Base de Cálculo antes da compensação de Base de Cálculo Negativa (declarada)	-44.163.267,12
(+) glosa da dedução da amortização do ágio	10.928.284,80
Compensação de Base de Calc. Negativa CSLL	0,00
Base de Cálculo da CSLL	-33.234.982,32

2.9. Ao final do Termo de Verificação Fiscal, a auditora fiscal autuante consigna o lançamento, por meio de auto de infração, de retificação do saldo de prejuízo fiscal e do saldo de base negativa da contribuição social sobre o lucro do ano-calendário 2005 e também intimou a contribuinte a retificar sua escrituração fiscal (o LALUR e a base de cálculo da CSLL).

3. Irresignada com o lançamento, a contribuinte, por intermédio de seus advogados e procuradores (docs. de fls. 627 a 630), apresentou, em 27/01/2011, a impugnação de fls. 570 a 606, acompanhada dos documentos de fls. 608 a 952.

3.1. Ao descrever os fatos, a impugnante expõe que:

- o ágio glosado é resultado de operação envolvendo a ora Impugnante – Tokio Marine Seguradora S.A. ("TMS"), como compradora, e o Grupo ABN ("ABN"), como parte vendedora de participação societária das empresas Real Seguros S.A. ("Real Seguros") e Real Vida e Previdência S.A. ("Real VP");
- Na visão da agente fiscal, a impossibilidade de amortização do ágio em questão advém, em linhas gerais, das seguintes constatações: (i) houve reorganização societária sem "motivação negocial"; (ii) houve planejamento tributário "ilícito" tendente a organizar seus negócios de forma a obter economia no pagamento de tributos; (iii) o ágio escriturado não possuía qualquer demonstração exigida pela legislação de forma a comprovar seu fundamento econômico (sendo, portanto classificado como "outras razões econômicas") não sujeita à amortização para fins tributários; (iv) houve planejamento tributário "inoponível ao fisco"; (v) houve falta de demonstração de "motivação extratributária"; e (vi) houve fraude à lei e abuso do direito;
- a amortização do ágio se deu em estrita observância da legislação vigente à época dos fatos.

3.2. Passa, então, a impugnante a discorrer sobre o "Tratamento Tributário do Ágio", explicando que:

- quando uma pessoa jurídica adquire um investimento em outra pessoa jurídica, que seja caracterizado como "investimento relevante em sociedade controlada

ou coligada", há a necessidade do desdobramento do custo de aquisição em (i) valor patrimonial do investimento, que é obtido mediante a multiplicação do percentual de participação pelo patrimônio líquido da empresa investida; (ii) ágio ou deságio, que será a diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento;

- quando o custo de aquisição do investimento for superior ao seu valor patrimonial, será configurado o ágio; por outro lado, se o custo for menor que tal valor patrimonial, configurar-se-á o deságio;*

- O ágio ou o deságio devem ser justificados com base em um dos seguintes fundamentos econômicos: a) diferença entre o valor de mercado e o valor contábil dos ativos tangíveis da empresa investida; b) valor de rentabilidade da sociedade investida, com base em previsão de resultados nos exercícios futuros; c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas;*

- as justificativas mencionadas nos itens (a) e (b), acima, devem ser baseadas em laudos, elaborados em conformidade com o que exige a Lei das S.A. (empresa especializada, ou três peritos). Os laudos, por sua vez, devem se basear na situação da empresa investida na data da aquisição do investimento, na exata medida realizada pela Impugnante, (...). Para o ágio ou deságio que não houver sido justificado, será considerado como fundamento "outras razões econômicas";*

- O ágio ou o deságio verificado na aquisição de investimento relevante em controlada ou coligada, sob o ponto de vista contábil, deve ser amortizado na medida em que se verifiquem realizados seus fundamentos econômicos. Por exemplo, no caso de ágio baseado na diferença entre o valor de mercado e o valor contábil de uma máquina, na medida em que a máquina é depreciada no balanço da investida, o ágio respectivo deve ser amortizado na investidora;*

- Enquanto o investimento permanecer registrado no balanço da investidora, a amortização, tanto do ágio, quanto do deságio, não geram efeitos fiscais, isto é, não são considerados na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL;*

- No momento em que o investimento é vendido ou baixado, o custo de aquisição, para fins de verificar se a investidora obteve ou não ganho de capital, será o somatório dos saldos das contas "valor patrimonial do investimento" e "ágio ou deságio na aquisição do investimento". Neste momento, o valor do ágio ou deságio que já houver sido amortizado será computado nas bases de cálculo do IRPJ e CSLL, para fins de recompor o custo de aquisição efetivo;*

- No caso de ocorrer a incorporação da sociedade investida na sociedade investidora ("upstream merger") ou a incorporação da sociedade investidora na sociedade investida ("downstream merger"), ao ágio ou deságio será atribuído o seguinte tratamento tributário: a) Caso o ágio tenha sido fundamentado pela diferença entre os valores de mercado e contábil dos bens do ativo, o ágio ou o deságio deve ser lançado na conta de cada bem que o justificou, aumentando (no caso do ágio) ou diminuindo (no caso do deságio) o valor contábil de tais ativos. O efeito tributário desse ágio ou deságio será verificado na medida em que tais ativos sejam depreciados, amortizados ou baixados a qualquer título; b) Caso o fundamento econômico tenha sido a rentabilidade futura da sociedade investida, o ágio deverá ser lançado como um ativo diferido, passível de amortização em um prazo de, no mínimo, 5 (cinco) anos, com a dedução de, no máximo, 1/60 (um sessenta avos) por mês, Tal amortização será dedutível para de IRPJ e CSLL; c) Em se tratando de deságio fundamentado em rentabilidade futura da sociedade investida, o mesmo deverá ser registrado como passivo diferido, a ser amortizado e submetido à tributação pelo IRPJ e pela CSL num prazo de, no máximo, 5 anos, na proporção de 1/60 por mês, a partir do primeiro mês subsequente à incorporação; e d) Caso o fundamento para o ágio tenha fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, o ágio deverá ser lançado como ativo diferido não sujeito a qualquer amortização -consequentemente, esta parcela do ágio não será dedutível para fins do IRPJ e da CSLL.*

- *No caso concreto, objeto do auto de infração federal, a ora Impugnante registrou na contabilidade seu ágio decorrente da aquisição do investimento das empresas do Grupo ABN de maneira adequada e usando o conceito de "rentabilidade futura", com base em laudo fidedigno.*

3.3. A impugnante tece um breve relato da Operação Societária que fundamentou o Ágio (fls. 575 a 570).

3.4. Em seguida, em tópico de preliminar, defende a impugnante, com base no artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional, ter ocorrido a decadência do direito de o fisco cobrar tributos e exigir o estorno de lançamentos referentes a prejuízos fiscais e base de cálculo negativas de mais de 5 anos, porquanto *a operação de incorporação da FARAG pela Real Seguros ou TMS se efetivou em 31/10/2005, momento em que ocorreu a extinção da primeira sociedade. Não obstante, em 07/07/2005 é que ocorreu a transferência do controle acionário da Real Seguros para FARAG.* A contribuinte alega que o ágio surgiu em julho de 2005 e a notificação dos lançamentos ocorreu em 29/12/2010, ou seja mais de 5 anos após a ocorrência do "fato gerador" que deu ensejo ao aproveitamento do ágio, ou ao seu fato originário.

3.5. Quanto ao mérito, sob o tópico "V.I. Da Vontade das Partes e a Legalidade", a V.1-DA LEGITIMIDADE DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO — O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO NORTEADOR DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL" a contribuinte inicia sua exposição apontando que *hoje em dia não há consenso formado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, em relação aos vícios que podem levar à desconconsideração de determinado ato negocial, especialmente para fins fiscais, mesmo que o tema já tenha sido objeto de diversas digressões e debates.* Prossegue argumentando que:

- ato ou negócio jurídico é um ato de vontade da pessoa (ou pessoas) que o pratica. Sendo ação derivada da vontade da pessoa, o ato ou negócio jurídico também é ato que carrega consigo uma razão ou motivação da pessoa para praticá-lo;
- é da essência do ato jurídico a existência da liberdade de praticá-lo ou não, sendo a livre manifestação da vontade elemento ínsito à validade do ato ou negócio jurídico;
- o fisco não possui a liberalidade, a faculdade de considerar válido ou inválido, autorizar ou desconconsiderar negócios ou operações ao seu bel prazer;
- não se vê prazos, condições para fins de aproveitamento do mencionado ágio, bastando que seja comprovada sua existência com documentos idôneos e claros e que seja aproveitado (amortizado) em prazo mínimo, não havendo, dessa forma, como desprestigiar o princípio da legalidade mormente para fins de direito ou relações tributárias;
- a lei determina imperativamente o desdobramento do custo de aquisição, para refletir o valor patrimonial contábil da participação adquirida e o respectivo ágio ou deságio, ao passo que o motivo (fundamento econômico) ela não prescreve mandatoriamente se deva ser este ou aquele, ou primeiro este, depois aquele e ao fim mais um outro e, assim não o faz, porque tem a inteligência de reconhecer que o motivo é de ordem subjetiva e inerente à liberdade das pessoas na condução de seus negócios;
- O princípio da legalidade não pode ser entendido como um simples cumprimento formal das disposições legais. Ele não se coaduna com a mera aparência de legalidade, mas, ao contrário, requer uma atenção especial para com o espírito da lei e para com as circunstâncias do caso concreto;
- uma vez que não existe legislação que determine que a operação realizada pela Impugnante enseja o surgimento de hipótese de incidência tributária, ou no caso, impossibilidade de redução da base de cálculo, a Impugnante apenas exerceu seu direito constitucional e legal de amortizar o ágio apurado com a operação adrede relatada.

3.6. Também invoca a Segurança Jurídica, argumentando que:

- Quando tratamos de segurança jurídica, o foco não muda: precisamos de um ordenamento jurídico que confira segurança e justiça aos integrantes da sociedade, visamos a estabilidade do Direito;
- do princípio da segurança jurídica decorrem diversos outros princípios também de suma importância para o nosso sistema: princípio da legalidade, da anterioridade, da irretroatividade, do devido processo legal, do direito adquirido. Tais princípios são de suma importância para que o contribuinte não fique sujeito às arbitrariedades tributárias da União, dos Estados e dos Municípios;
- a lei é a verdadeira fonte de segurança jurídica, já que sua constituição deriva da vontade imediata daqueles que são geridos. Não cabe portanto, ao executivo, ao judiciário ou ao Rei editar normas em um Estado Democrático de Direito. Somente a lei pode ter tal atribuição, (...);
- a sensação de insegurança surge de análises equivocadas e míopes que burlam nosso ordenamento, i.g., jurisprudência pacificada por tribunais superiores sendo desrespeitadas por tribunais superiores sendo desrespeitadas por agentes públicos ou mesmo reinterpretadas por outras instâncias ou togados (o que gera incertezas), decretos que legislam ou que alteram conceitos legais, atos administrativos que ultrapassam a barreira de suas incumbências, com a determinação (se fosse possível determinar) de majoração de tributos, alargamento de hipóteses tributárias, etc.;
- a ora Impugnante se vê autuada pelo simples fato de ter agido de acordo com as leis vigentes. Nada do que tenha executado pode ser considerado como "abuso do direito e fraude à lei";
- Não pode o fisco se apropriar de teorias alienígenas ou internacionais para incorporar — ao seu bel prazer — em nosso sistema de direito. Não pode se valer de presunções e interpretações unilaterais, sem que tenha poder para tanto, pois quem tem poder é o povo, a lei.

3.7. A respeito do Planejamento Tributário, a impugnante, na esteira dos tópicos anteriores, argumenta que:

- em consonância com o princípio da autonomia de vontades das partes, as mesmas podem contratar da maneira que lhe for mais favorável desde que o Direito Civil não determine a forma;
- Com a evolução do Estado de Direito, passou-se a observar também a função social do contrato, visando preservar alguns interesses de toda a coletividade e não somente das partes contratantes. Sendo assim, alguns desavisados passaram a entender que o Direito Tributário poderia ser utilizado como forma de promover a função social;
- em se tratando de Direito tributário, é inegável que as pretensões do Estado representam um *numerus clausus* haja vista que o legislador constitucional criou arquétipos bem estabelecidos, delimitando o campo livre de tributo, em razão do princípio da tipicidade;
- não há que se falar em lacunas, mas sim em livre espaço de tributação;
- a liberdade de "economizar tributos" só pode ser restringida por meio de lei, jamais pela intervenção do aplicador do direito, no caso em tela do Agente Administrativo sujeito à vinculação inerente ao seu cargo;
- aquele que age em desacordo com o princípio da estrita legalidade e desconsidera operações jurídicas realizadas nos termos da lei, sta arbitrariamente confiscando o patrimônio do contribuinte por presumir haver irregularidades em tais operações;
- o artigo 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional que autoriza o representante fazendário a desconsiderar atos ou negócios jurídicos (em casos de dissimulação) determina que seus procedimentos devem ser regulados por lei ordinária. Entretanto, referida lei ordinária ainda não fora publicada;

- inexistindo lei que limite o planejamento ou que diga quais os procedimentos devem ser observados pela autoridade administrativa, resta incontroverso que a liberdade não pode ser delimitada pelo aplicador do Direito, sob pena, inclusive, da inobservância do princípio da livre iniciativa e da liberdade econômica estabelecida na Lei Maior.

3.8. Sob o tópico "V.4. DA INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL E DO FUNDAMENTO ECONÔMICO DO ÁGIO", a impugnante enfatiza que os valores lançados foram apurados em razão da presunção de ter havido simples intenção de se evitar o recolhimento de tributos e não teria havido a necessária busca da verdade material, mas, sim, presunção. Nesse sentido, alega que

- Não há, nesta matéria, disponibilidade ou autonomia da vontade. A obrigação é 'ex lege' e de Direito Público, absolutamente inderrogável. Mesmo quando é a lei que estabelece em favor de determinada situação uma presunção 'juris tantum', está apenas indicando que para a referida situação haveria dispensa do ônus da prova aquele que a tem a seu favor, nada mais. Quem a invoca, no entanto, deverá obrigatoriamente demonstrar que está em condições de invocá-la, podendo a outra parte trazer elementos seguros de prova em contrário;

- A aplicação das presunções e indícios no direito tributário deve ser feita com especial cautela, já que afastando-se da segurança e certeza, que respaldam os princípios da legalidade e da tipicidade, enveredam-se no perigoso campo da imprecisão, dúvida e incerteza;

- O uso de ficções e presunções deve ser feito apenas como instrumento excepcional, apresentando-se indesculpável a sua utilização para incremento de arrecadação, em vista da simplificação ofertada ao trabalho da Fazenda Pública, já que há de predominar sobre o despreparo do Fisco em lidar com o ritmo atual da economia e o sucateamento da máquina administrativa, os princípios da segurança jurídica e da tipicidade estrita;

- pautando-se no princípio da verdade material, o Agente Fiscalizador deveria ter buscado todos os elementos capazes de influenciar seu convencimento, com o dever de analisar toda a documentação que lhe fora entregue pela Impugnante. Isso porque, a apresentação de laudo com data posterior à negociação de ações objeto do ágio desconsiderado na peça fiscal não pode servir como fato impositivo de atuação desarrazoada e desproporcional;

- a Impugnante possui meios de comprovar a expectativa de rentabilidade futura, com os laudos fornecidos à época da fiscalização (Doc. 3 — fls. 695 a 732) já que este reflete com propriedade o fundamento do ágio lançado na contabilidade da FARAG, como também o laudo que ora é juntado à presente defesa (arbitrariamente desconsiderado pela Ilma Agente Fiscalizadora — Doc. 04 — fls. 734 a 791 e 794 a 939), o qual fora elaborado igualmente por empresa de renome, idônea. Além disso, há igualmente os laudos levantados à época das operações societárias em discussão os quais trazem carga valorativa de informações suficientes que sustentam os valores em discussão;

- também colaciona-se à presente impugnação os balanços da Real Seguros e Real Vida e Previdência publicados no Diário Oficial da União (Doc. 05 — 941 a 947), reforçando a validade da fundamentação econômica do ágio. No mesmo sentido o laudo de avaliação da FARAG participações emitido pela KPMG (Doc. 06 — 949 a 952);

- as alegações da autoridade fiscal, quando discorre sobre o fundamento do ágio e desconsidera a demonstração apresentada pela Impugnante dentro do prazo legal e acaba por enquadrar, erroneamente, o ágio no inciso III do artigo 385 do RIR/99, carecem de verossimilhança na medida em que a Impugnante entregou dentro do prazo legal da intimação relatório elaborado pela Tillinghast business of Towers Perrin "Tillinghast";

- da análise do documento nota-se que o relatório foi expedido em vinte e sete de abril de 2005, portanto em momento ANTERIOR ao da formalização do contrato de compra e venda de ações que ocorreu somente no dia seguinte, ressaltando

que o relatório fora solicitado em junho de 2004 para auxiliar a impugnante a determinar os valores dos negócios envolvendo a Real Seguros e Real Vida e Previdência;

- evidente que o pré-requisito para contabilização do fundamento econômico do ágio como "expectativa de rentabilidade futura" fora cumprido pela Impugnante, nos termos do artigo 385 do RIR/99 eis que o demonstrativo fora emitido antes da celebração do contrato de compra e venda de ações o que por si só já comprova a legalidade da operação e da amortização realizada pela Impugnante restando inequívoco que os Autos de Infração ora combatidos não merecem prosperar;

- a legislação tributária não determina qual deve ser a forma de comprovação do ágio ou deságio. Da leitura do artigo 20 do Decreto-lei nº 1598, consolidado no artigo 385 do RIR/99 tem-se que tal diploma requer apenas uma demonstração arquivada como parte da escrituração do ágio;

- uma vez que não há previsão legal, em consonância com o princípio constitucional da legalidade, as sociedades empresárias são livres para elaborar ou solicitar que terceiros (idôneos) elaborem a avaliação do fundamento econômico do ágio, desde que demonstrem direcionamento, coerência, clareza e fidedignidade com a impugnante;

- não se demonstra plausível as alegações da Ilma Agente fiscalizadora no sentido de que somente houve elaboração de demonstração do ágio após o fechamento do negócio jurídico para comprovar as amortizações subseqüentes;

- em estrita observância dos artigos 384 e 385 do RIR/99 a Impugnante solicitou a avaliação da Incorporada, desdobrando o custo de aquisição em Patrimônio Líquido e ágio;

- E, somente após a incorporação, exercendo seu direito, efetivou a amortização do ágio adquirido com a aquisição da Real Seguros e Real VP;

- não há qualquer irregularidade na operação realizada pela Impugnante na incorporação da FARAG e por consequência na aquisição da Real Seguros e Real VP, negócio jurídico que lhe gerou ágio, nos estritos termos da lei tributária.

3.8.1. Ao final do tópico a impugnante informa já ter providenciado a tradução juramentada do relatório em questão e protesta pela sua posterior juntada com fundamento no princípio da verdade material.

3.9. Reporta-se, ainda a impugnante à ementas de acórdãos administrativos e judiciário, para concluir que não somente a doutrina como também a jurisprudência pátria reconhecem a validade do ágio como instituto presente em nosso ordenamento jurídico, bem como da legalidade de seu aproveitamento para fins fiscais.

4. Em 02/03/2011, comparece a impugnante aos autos, por meio do expediente de fls. 955/961, no qual requer *ajuntada da cópia autenticada do documento bem como da cópia autenticada da tradução juramentada do mesmo* [do laudo elaborado pela Tillghast business of Tower Perrin], *como forma de comprovar que à época da formalização do contrato de compra e venda de ações o relatório e, portanto a análise que deu embasamento ao fundamento do ágio, já haviam sido realizadas*. A documentação então apresentada compõe o Anexo I deste processo, e encontra-se dividido em três volumes.

4.1. Em 19/05/2011, volta a contribuinte aos autos (doc. de fls. 964/965) para requerer a juntada de cópia da tradução juramentada do "Project Ear Due Dilligence — Binding Offer Report" traduzido como "Tokio Marine and Fire Insurance Company, Ltd Projeto Ear de Auditoria de 'Due Dilligence' Relatório de Oferta Vinculante" bem como a tradução juramentada do "Real Seguros S.A. Actuarial INBR Reserve Review as of December 31, 2003", traduzido como "Real Seguros S.A. Revisão de Reserva IBNR atuarial em 31 de dezembro de 2003", com fundamento no princípio da verdade material.

Os documentos trazidos com a petição compõe o Anexo II deste processo que encontra-se dividido em 4 volumes.

3.A 8ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo I (SP) houve por bem julgar improcedente a impugnação em decisão assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005

DECADÊNCIA. CONTAGEM DE PRAZO.

O direito de constituição do crédito tributário relativo a tributos e contribuições sociais decai em 5 anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído, quando não se verifica o recolhimento antecipado do tributo. *In casu*, os lançamentos são pertinentes a ajuste de Base de Cálculo do Imposto de Renda e a ajuste da Base de Cálculo da Contribuição sobre o Lucro Líquido, não havendo constituição de crédito tributário propriamente dita.

ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. SOCIEDADE SEM ATIVIDADE ECONÔMICA ADQUIRIDA PARA POSTERIOR EXTINÇÃO. FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

Carece de propósito negocial a aquisição de sociedade sem atividade econômica para posterior extinção, restando maculado o ágio havido na aquisição da participação societária ocorrida antes da sua incorporação.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. ABUSO DE DIREITO. FRAUDE À LEI. INOPONIBILIDADE AO FISCO.

É inoponível ao Fisco o ato ou a sequência de atos praticados com distorção na amplitude da dimensão do exercício do direito em qualquer de suas variáveis (abuso de direito) e com fraude à legislação tributária, assim entendida como conduta formalmente enquadrável a determinado dispositivo legal com tributação mais favorecida do que aquela prevista em outra norma imperativa.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2005

CSLL. DECORRÊNCIA.

O resultado do julgamento do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ espraia seus efeitos sobre a CSLL lançada em decorrência das mesmas infrações.

Impugnação Improcedente

Sem Crédito em Litígio

4.Inconformada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário via do qual, após explanar detalhes das operações societárias que deram azo ao ágio, aborda, em apertada síntese, os seguintes aspectos:

- impossibilidade do fisco averiguar registros contábeis atingidos pela decadência com repercussão futura;
- legitimidade da amortização do ágio - inocorrência de "ágio interno";
- não ocorrência de simulação, fraude ou abuso de direito/formas;
- impossibilidade de aplicação do art. 116 do CTN; e
- inobservância do princípio da verdade material e do fundamento econômico no ágio (a apresentação de laudo com data posterior à negociação de ações objeto do ágio desconsiderado na peça fiscal não pode servir como fato imponível de autuação desarrazoada e desproporcional.)

5.É o relatório.

Fl. 19 do Acórdão n.º 1402-006.600 - 1ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.001724/2010-16

Voto

Conselheiro Jandir José Dalle Lucca, Relator.

6.O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos requisitos legais de admissibilidade.

DA DECADÊNCIA

7.Sustenta a Recorrente que teria se operado a decadência do direito de promover o lançamento, isto porque, por ocasião da lavratura dos autos de infração, o fisco não mais poderia verificar a regularidade dos atos que originaram o direito ao aproveitamento do ágio, haja vista o transcurso do prazo de cinco anos entre os fatos que proporcionaram o surgimento desse ágio, ocorridos no ano de 2005 (mais precisamente em 31.10.2005, data da efetiva incorporação).

8.Pois bem, ao contrário do que afirma a Recorrente, verifica-se que o lançamento não atingiu anos-calendários anteriores, tendo apenas sido considerados, na revisão da matéria tributável, os efeitos de fatos, operações, registros e elementos patrimoniais relativos às operações societárias praticadas pela Recorrente que tiveram repercussão tributária na base de cálculo do ano-calendário de 2005. Confira-se o demonstrativo constante dos itens 47 e 48 do TVF de e-fls. 624/678:

Da apuração da base de cálculo

47. O montante do ágio deduzido indevidamente na apuração do lucro real no ano de 2005 foi de: R\$ 10.928.284,80

48. Com base na glosa da dedução da amortização do ágio foram calculados o imposto de renda e a contribuição social sobre o lucro respectivos, demonstrados nos quadros a seguir:

Quadro demonstrativo da apuração do Lucro Real decorrente da glosa da amortização do ágio:

Lucro real/(prejuízo fiscal) antes da compensação (declarado)	-44.163.456,26
Glosa da dedução da amortização do ágio (+)	10.928.284,80
(-) compensação de prejuízos fiscais	0
Lucro Real/(prejuízo fiscal) Apurado após compensações	-33.235.171,46

Demonstrativo de apuração da Base de Cálculo da CSLL decorrente da glosa da amortização do ágio:

BC antes da compensação (declarada)	-44.163.267,12
Glosa da dedução da amortização do ágio (+)	10.928.284,80
(-) compensação de base de cálculo negativa	0
Base de Cálculo da CSLL apurada após compensação	-33.234.982,32

9.O § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional é de meridiana clareza ao dispor que *“Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”*. Vale dizer, como o lançamento, dado seu caráter constitutivo do crédito tributário, mas declaratório da obrigação, somente pode

ser realizado após a ocorrência do fato gerador, é indene de dúvidas que apenas partir deste momento se inicia a contagem do prazo decadencial.

10. Assim, não se pode olvidar que, para a aplicação do fenômeno da decadência, é necessário que se identifique um dever legal atribuído à Fazenda Pública, passível de ser extinto pelo decurso de determinado prazo. No caso dos autos, considerando que se está tributando o resultado do ano-calendário de 2005, de modo a reduzir o saldo de prejuízo fiscal do IRPJ e de base negativa da CSLL, e não dos períodos anteriores, o poder-dever da Fazenda Pública de realizar a revisão e homologação do lançamento somente poderia ter sido exercido a partir da ocorrência do respectivo fato gerador, de modo que o prazo decadencial apenas pode ser computado a partir do fato ensejador da obrigação tributária, e não dos atos ou fatos pretéritos, de efeitos prospectivos, que apenas contribuíram para a materialização da hipótese de incidência.

11. Nesse sentido, foi editada a Súmula CARF nº 116, *in verbis*:

Súmula CARF nº 116

Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança.

12. Por via de consequência, ainda que tenha se valido de elementos constitutivos da base de cálculo extraídos de períodos anteriores, não se verifica a decadência do direito da Fazenda Pública de realizar a revisão na base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), com retificação do saldo de prejuízo fiscal e do saldo de base negativa do ano-calendário de 2005.

DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO

13. Cuida-se de operações societárias pormenorizadamente descritas no relatório da presente decisão, envolvendo a aquisição de investimento em controlada por valor superior ao patrimonial, das quais decorreu a geração de ágio que foi amortizado, aumentando os saldos de prejuízo fiscal de IRPJ e de base negativa da CSLL apurados pela Recorrente no ano calendário de 2005.

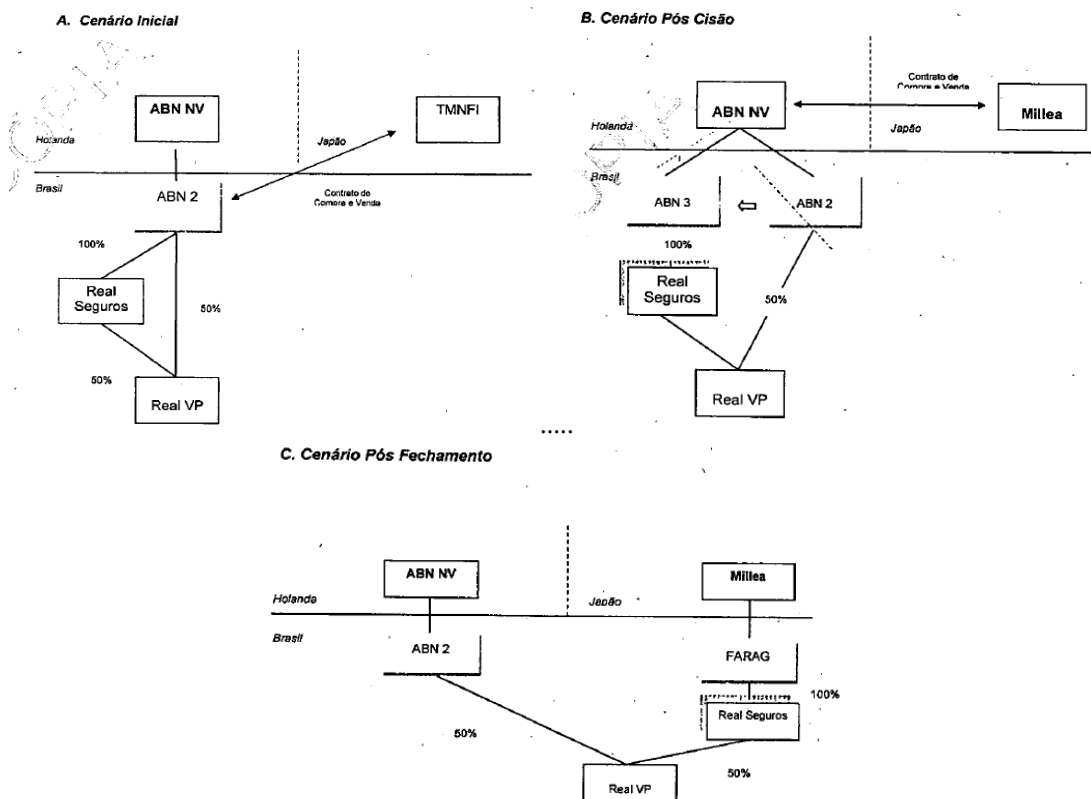
14. Como se depreende do exame dos autos, foi glosada a amortização de ágio deduzido no ano-calendário de 2005 no importe de R\$ 10.928.284,80, apurado na operação em que a Recorrente adquiriu 100% da participação detida diretamente por ABNV em Real Seguros e 50% da participação detida indiretamente em Real Vida e Previdência, pelo preço total de R\$ 963.736.987,53.

15. A fiscalização, a partir da premissa de que a reestruturação societária não teve propósito negocial em todas as suas etapas; que faltou adequada fundamentação econômica; que se deu mediante planejamento tributário ilícito e inoponível ao fisco, por meio de abuso de direito e fraude à lei; concluiu que o ágio gerado não reuniria as condições necessárias para que fosse aproveitado na dedução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

16. Inicialmente, ressalte-se que não cuidam os autos do assim denominado “ágio interno” ou “ágio em si mesmo”, que envolve a reavaliação voluntária de uma participação societária dentro de um grupo empresarial, onde o custo do “ganho” decorrente dessa reavaliação

é aproveitado fiscalmente pela própria pessoa jurídica reavaliada, sendo, por essa razão, denominado de “si mesmo”. No caso *sub examine*, a empresa Millea (investidora estrangeira) integralizou o capital da empresa FARAG (pessoa jurídica nacional), para viabilizar a aquisição, por parte desta última, de participação relevante em outras empresas nacionais (Real Seguros S/A e Real Vida e Previdência).

17. Para maior clareza sobre as operações desencadeadas pela Recorrente e demais empresas, tome-se os quadros que ilustram o RV:



18. Ou seja, trata-se de ágio apurado em operação de aquisição realizada com terceiro independente, com efetivo fluxo pagamento do preço, neste incluído o ágio.

19. Concernentemente à exclusão do ágio na apuração do IRPJ e da CSLL, o artigo 7º da Lei nº 9.532, de 1997, assim determina:

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)

(...)

20.Vale acentuar, portanto, que as condições necessárias para exclusão do ágio na apuração do IRPJ e da CSLL consistem em (i) a incorporação, fusão ou cisão da investidora e (ii) que o ágio deva ter como fundamento econômico a rentabilidade futura calculada com base em previsão dos resultados futuros.

21.Como é cediço, até o advento da Lei nº 12.973, de 2014, o ágio fiscal era definido como a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido na época da aquisição, nos termos do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, *litteris*:

Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento 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.

22.Já na definição do Apêndice “A” do CPC 15 (Combinação de Negócios), *“Ágio por rentabilidade futura (goodwill) é um ativo que representa benefícios econômicos futuros resultantes dos ativos adquiridos em combinação de negócios, os quais não são individualmente identificados e separadamente reconhecidos”*.

23.Verifica-se, assim, que o ágio fiscal, na sua concepção vigente até o advento da Lei nº 12.973, de 2014, tinha maior amplitude do que o ágio contábil, uma vez que aquele decorria da diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido, e este se configura como um ativo residual, advindo de uma combinação de negócios e dependente de outros ativos.

24.Dessarte, para se inserir no conceito do ágio definido no inciso II do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, bastaria que o contribuinte:

- (i) avaliasse o investimento pelo valor do patrimônio líquido;
- (ii) que, no momento da aquisição, desdobrasse o custo em investimento (participação no patrimônio líquido da investida) e ágio.

25.Como se sabe, recentemente o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.446/DF, via da qual reconheceu a constitucionalidade da inclusão do parágrafo único ao artigo 116 do Código Tributário Nacional,

pela Lei Complementar nº 104, de 2001. O referido dispositivo legal se encontra assim enunciado:

Art. 116. *Omissis.*

(...)

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.

26. Do voto da Ministra Cármen Lúcia (Relatora) se destacam os seguintes excertos sobre a injuridicidade da adoção de interpretação econômica como elemento configurador da dissimulação da ocorrência do fato gerador:

(...)

8. A norma do parágrafo único do art. 116 não dispõe, ao contrário do pretendido pela autora, de espaço autorizado de interpretação econômica. Ali não se trata da interpretação da lei, o que se dá no Capítulo IV do Código Tributário Nacional intitulado “Interpretação e Integração da Legislação Tributária”.

Tem-se no artigo 110:

“A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

Esse dispositivo não foi alterado pela Lei Complementar n. 104/2001.

9. De se anotar que elisão fiscal difere da evasão fiscal. Enquanto na primeira há diminuição lícita dos valores tributários devidos pois o contribuinte evita relação jurídica que faria nascer obrigação tributária, na segunda, o contribuinte atua de forma a ocultar fato gerador materializado para omitir-se ao pagamento da obrigação tributária devida.

A despeito dos alegados motivos que resultaram na inclusão do parágrafo único ao art. 116 do CTN, a denominação “norma antielisão” é de ser tida como inapropriada, cuidando o dispositivo de questão de norma de combate à evasão fiscal.

(...)

27. No mesmo sentido, confira-se a lição sempre segura de Paulo de Barros Carvalho¹:

(...) os fatos, assim como toda construção de linguagem, podem ser observados como jurídicos, econômicos, antropológicos, históricos, políticos, contábeis etc.; tudo dependendo do critério adotado pelo corte metodológico empreendido. Existe interpretação econômica do fato? Sim, para os economistas. Existirá interpretação contábil do fato? Certamente, para o contabilista. No entanto, uma vez assumido o caráter jurídico, o fato será, única e exclusivamente, fato jurídico; e claro, fato de natureza jurídica, não-econômica ou contábil, entre outras matérias. Como já anotado, o Direito não pede emprestado conceitos de fatos para outras disciplinas. Ele mesmo constrói sua realidade, seu objeto, suas categorias e unidades de significação.

O paradoxo inevitável, e que causa perplexidade no trabalho hermenêutico, justifica a circunstância do disciplinar levar ao interdisciplinar e este último fazer retornar ao primeiro. Sem disciplinas, portanto, não teremos as interdisciplinas; mas o próprio saber disciplinar, em função do princípio da intertextualidade, avança na direção dos outros setores do

¹ “O absurdo da interpretação econômica do ‘Fato Gerador’ - Direito e sua autonomia – o paradoxo da interdisciplinariedade”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 102, jan./dez. 2007, pp.455/456.

conhecimento, buscando a indispensável complementariedade. Tanto o jurídico quanto o econômico fazem parte do domínio social e, por ter este referente comum, justifica-se que entre um e outro haja aspectos ou áreas que se entrecruzem, podendo ensejar uma tradução aproximada e, em parâmetros mais amplos, uma densa e profícua conversação.

(...)

28. Ives Gandra da Silva Martins é categórico²:

(...)

Tenho para mim que o artigo 150 inciso I da Constituição Federal não é apenas repetitivo do art. 5º inc. II, mas explicitador de que ao Fisco cabe a espada da imposição, nos estritos limites do que a Constituição lhe permite, e, ao contribuinte, defender-se com o escudo da lei suprema para que não seja obrigado a submeter-se a exigências indevidas. Pretende, todavia, o Fisco suprir as omissões legislativas por interpretações econômicas, superativas da lei formal. Porém, em direito tributário, não cabe a interpretação econômica. Sendo o tributo uma norma de rejeição social (Teoria da Imposição Tributária, Ed. LTR, 2ª. ed., 1998), deve o Fisco respeitar, rigorosamente, o disposto na legislação para exigir os tributos constitucionalmente devidos, não podendo jamais desconsiderar, superar, eliminar as formas legais e legitimamente adotadas pelo contribuinte, para fazer prevalecer outra, à sua escolha, que implique maior arrecadação.

(...)

29. Segundo ensina Ingrid Aragão Freitas Porto, *“Na interpretação econômica o que importa na verificação da existência de relação jurídica tributária é o seu conteúdo econômico, e não a forma jurídica. O que importa não é o fato gerador, mas a capacidade contributiva. Assim, se um ato do contribuinte não estiver previsto legalmente como fato gerador, mas os seus efeitos econômicos forem similares aos de fatos geradores, então, pode esse ato ser tributado, a despeito de não estar tipificado”*³.

30. Depreende-se, desse modo, que não é dado à autoridade administrativa *“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”* (cfe. parágrafo único do art. 116 do CTN), **mediante uma interpretação meramente econômica**.

31. Ressalte-se que a *“economia lícita de tributos obtida através da organização das atividades do contribuinte, de sorte que sobre elas recaia o menor ônus possível”* revela, para Hugo de Brito Machado, técnica de elisão fiscal⁴. Já evasão fiscal, nas palavras de Luis Flávio Neto, *“se constitui a partir do momento que se verifica a utilização pelo contribuinte de práticas expressamente proibidas pelo ordenamento jurídico, com o objetivo de evitar, minorar ou retardar o pagamento de tributos”*⁵.

32. Portanto, o simples fato de o contribuinte poder alcançar o mesmo resultado mediante a adoção de uma determinada forma jurídica, dentre tantas outras à sua disposição,

² “A Interpretação Econômica no Direito Tributário”, Gazeta Mercantil, 06.07.2005, disponível para consulta em http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2012/10/23/65a6741a2005091_a_interpr_eco_no_dir_trib.pdf.

³ “A tipicidade aberta e a interpretação econômica no Direito Tributário”, II Jornada de Direito Tributário, Coleção Jornada de Estudos Esmaf, 13, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região, outubro/2012, p. 149.

⁴ “Breves Notas sobre o Planejamento Tributário”. In: Marcelo Magalhães Peixoto; José Maria Arruda de Andrade. (Org.). Planejamento Tributário. São Paulo: MP, 2007 p. 360

⁵ “Teorias do ‘Abuso’ no Planejamento Tributário”, 2011. Dissertação de Mestrado – Universidade de São Paulo, 201, p. 54

desde que lícita, não basta para a desconsideração das operações praticadas, independentemente de se submeterem à menor carga tributária, visto que tal estratégia não configura evasão, mas sim elisão fiscal.

33. De outra parte, cabe retirar do oblição o disposto no artigo 167 do Código Civil, que soa:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º. Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º. Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

34. Assim, apenas será considerado simulado, e portanto nulo, o negócio jurídico que aparentar conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; contiver declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; ou se os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

35. Nessa ordem de ideias, à míngua da demonstração da prática de simulação nos negócios jurídicos celebrados pela Recorrente, o fato desta ter realizado as operações que constituem o cerne da acusação, quando os mesmos objetivos poderiam eventualmente ter sido alcançados pela utilização de forma mais simples e direta, mas com maior carga tributária, não é suficiente para que sejam desqualificadas, não constituindo abuso de direito ou de forma.

36. Todavia, quanto ao suporte econômico da existência do ágio, verifica-se que razão assiste à fiscalização.

37. De fato, ao contrário do que sustenta a Recorrente, resta claro que o ágio somente se validaria diante da existência de laudo ou demonstrativo com a indicação do seu fundamento econômico **na ocasião da sua constituição**, na forma estatuída pelo § 3º do propagado artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, na sua redação então vigente, *litteris*:

Art 20 – *Omissis*

(...)

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

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

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

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

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

§ 4º - (Revogado pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

38. Anote-se que o mesmo tratamento foi reproduzido no § 3º do artigo 385 do RIR/99, na redação vigente à época dos fatos:

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

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

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

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

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

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

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

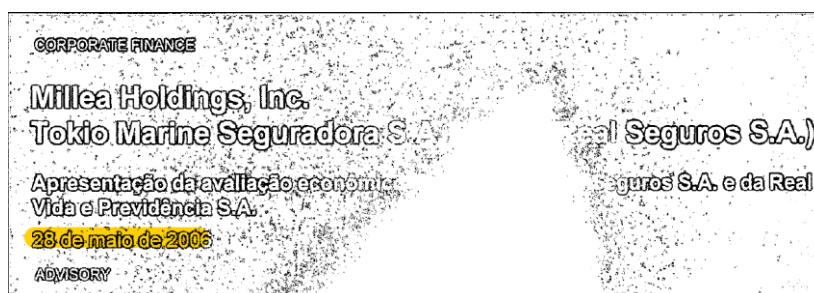
III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

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

39. Vale frisar, o ágio oriundo de expectativa de rentabilidade futura, que possa implicar em dedução de despesas de amortização da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, deverá ter seus motivos e apuração do respectivo valor formalizados e embasados em demonstração, que deverá ser obrigatoriamente arquivada como comprovante da escrituração.

40. Desta maneira, é evidente que a existência do ágio depende da apuração feita por ocasião da operação que o tenha gerado, não sendo factível o lançamento contábil de ágio que não tenha sido previamente, ou, no limite, concomitantemente apurado, o que demanda a preexistência (ou coexistência) do demonstrativo indicativo da sua formação. Sem essa demonstração, não existe ágio a ser contabilizado por expectativa de rentabilidade futura e, por via de consequência, não se pode atribuir-lhe os efeitos fiscais atinentes à dedutibilidade da sua amortização posterior.

41. No caso dos autos, o laudo de avaliação econômico-financeira das investidas Real Seguros S/A e da Real Vida e Previdência S/A, de autoria da empresa KPMG Corporate Finance Ltda., foi elaborado em 28.05.2006, tendo apurado ágio de de R\$ 655,7 milhões. Confira-se às e-fls. 829/864:



Conclusão

Nossa conclusão referente ao valor da RS e RVP está fundamentada na aplicação da metodologia do fluxo de caixa descontado e nas premissas utilizadas para valorização dos negócios, definidas pela Administração, analisadas e ajustadas quando julgado apropriado pela KPMG.

Em nossas análises não identificamos premissas que pudessem ser consideradas inválidas ou não razoáveis no contexto desta avaliação.

Com base na aplicação desta metodologia, concluímos que o valor da RS (e de sua participação na RVP, em 31 de dezembro de 2005, é de R\$ 1.157 milhões.

Valor total do negócio	
RS	803.541
50% da RVP	353.363
Total	1.156.904

Desta forma, o ágio total da transação no valor de R\$ 655,7 milhões, dado pela diferença entre o Custo de Aquisição e o valor contábil do patrimônio líquido da RS em 30 de junho de 2005, é integralmente fundamentado pela rentabilidade das Empresas com base em previsão de resultados nos exercícios futuros.

42. Portanto, com razão o TVF ao expor, em seus itens 26 e 27, que:

26. Em uma transação desta natureza, o documento de avaliação econômico-financeira deveria ser o primeiro a ser elaborado e servir de subsídio e fundamentação econômica ao Contrato de Compra e Venda de 28/04/2005 e não como efetivamente ocorreu, ao ser elaborado após consumados os fatos, com pretensão efeito de convalidar atos já praticados sem fundamentação legal.
27. Comprova-se assim que no momento previsto para a escrituração do ágio e indicação de seu fundamento econômico, qual seja, a data da aquisição das ações da Real Seguros e da Real Vida e Previdência, iniciada em 28/04/2005 e efetivada em 07/07/2005, a compradora não possuía qualquer demonstração exigida pela legislação de regência da matéria que lhe permitisse classificar o fundamento econômico do ágio pago com base em rentabilidade futura ou ainda em valor de mercado, conseqüentemente defino o fundamento econômico deste ágio com sendo por "outras razões econômicas", conforme previsto no inciso III do § 2º do art. 385 do RIR/99, pelo que se desenquadra o procedimento adotado pela Real Seguros de amortizar o ágio fiscalmente conforme discriminado no quadro abaixo:

LALUR AC: 2005	Data
Exclusão (amortização de ágio)	
Valor R\$	
5.464.142,40	30/11/2005
5.464.142,40	31/12/2005
10.928.284,80	total

43. Já quanto aos demais laudos mencionados pela Recorrente, produzidos pela empresa *Tillinghast Business of Towers Perrin* (e-fls. 866/1072, reproduzido às e-fls. 1238/1445

e 1696/1958, com traduções às e-fls. 1447/1692 e 1959/2093), e pela empresa *Milliman* (e-fls. 2209/2309, com tradução às e-fls. 2310/2398), verifica-se que, apesar de apontarem diversos dados e indicadores mercadológicos, não refletem o valor do ágio apurado conforme o laudo da KPMG (valor total do negócio de R\$ 1.156.904.000,00 e ágio de R\$ 655.700.000,00), não sendo perceptível a relação entre as informações e conclusões lá expostas com a apuração do ágio em questão, sendo, assim imprestáveis para conferir-lhe fundamento para fins tributários.

44.De mais a mais, o RV trata laconicamente da questão, limitando-se a afirmar, em síntese, que *“a Recorrente possui meios de comprovar a expectativa de rentabilidade futura, com os laudos fornecidos à época da fiscalização que demonstram não só o valuation dos investimentos adquiridos, como a expectativa de rentabilidade futura do negócio”*; que *“o demonstrativo fora emitido antes da celebração do contrato de compra e venda de ações o que por si só já comprova a legalidade da operação e da amortização realizada pela Recorrente”*; e que *“esse foi o exato procedimento adotado pela Recorrente que solicitou a terceiro (Tillinghast e KPMG - ambos os laudos já foram juntados na fiscalização), que elaborasse relatório que embasasse a compra e venda e ainda o seu preço, em momento anterior a contratação do negocio jurídico”*; mas não demonstrando como e de que forma o ágio teria sido apresentado em tais documentos no momento apropriado.

45.Destarte, como corolário lógico-jurídico da inexistência de ágio por rentabilidade futura comprovado ao tempo da operação, a situação não se insere no campo de aplicação do princípio da verdade material, de modo a não subsistirem as deduções de sua amortização, por absoluta falta de amparo legal.

DISPOSITIVO

46.Pelo exposto e por tudo mais que dos autos consta, rejeito a preliminar de decadência suscitada e, no mérito, nego provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Jandir José Dalle Lucca